

in F.Viola e M.Urso, *Scienza giuridica e diritto codificato*, ed. provvisoria, Giappichelli, Torino 1989, pp.7-30.

I.

APPROCCIO FILOSOFICO AL MONDO DEL DIRITTO

L'oggetto intorno a cui ruota l'interesse principale degli studi giuridici è senza dubbio il **diritto positivo**, cioè il diritto in qualche modo prodotto dall'uomo o di fatto usato dall'uomo per regolare determinati rapporti sociali. Anche quelle discipline, che non hanno un immediato riferimento al diritto positivo attualmente vigente, interessano gli studi giuridici solo in quanto servono o possono servire a conoscerlo meglio, a coglierne le radici o le implicazioni sociali e culturali (la storia del diritto, i rapporti tra diritto e società, diritto ed economia, diritto e politica...). Per questo anche l'indagine filosofica può acquistare una rilevanza per gli studi giuridici solo nella misura in cui si possa dimostrare che il suo apporto è indispensabile ad una più approfondita e matura presa di coscienza dei fenomeni giuridici.

Per aprire la strada in questa direzione bisogna preliminarmente e decisamente abbandonare due atteggiamenti culturali (prima che filosofici) non ancora del tutto scomparsi nel pensiero contemporaneo: l'**imperialismo** e il **riduzionismo** scientifico. Il primo riguarda prevalentemente il metodo scientifico, il secondo prevalentemente l'oggetto della scienza.

Ogni campo d'esperienza può e deve essere osservato da molteplici punti di vista, che si configurano come una plurali-

tà di livelli conoscitivi a volte anche differenti per il metodo adottato. Quando si pensa che un determinato punto di vista o un determinato metodo scientifico debba avere la prevalenza su tutti gli altri e costituisca il modello a cui tutte le altre prospettive debbano conformarsi, allora avremo un atteggiamento epistemologico che è stato definito metaforicamente 'imperialista'. Se si ritiene che un campo d'esperienza può essere afferrato cognitivamente solo riducendo la sua complessità, il risultato sarà quello di un'uniformità ottenuta al prezzo del sacrificio e della mortificazione della ricchezza dell'esperienza. Tale atteggiamento si può definire 'riduzionista'. Poiché metodo e oggetto nella scienza interferiscono tra loro, spesso questi due atteggiamenti si ritrovano insieme.

Se adottiamo l'atteggiamento imperialista saremo costretti ad accettare che vi sia un solo approccio conoscitivo al fenomeno giuridico e che questo sia presumibilmente quello offerto dalle scienze che hanno un immediato riferimento al diritto positivo vigente. Vi sarebbe quindi un solo modello di scienza, cui tutte le scienze giuridiche debbono conformarsi, un solo metodo per conoscere il diritto, che si ripete in ogni disciplina avente per oggetto un settore del diritto positivo vigente.

Se adottiamo l'atteggiamento riduzionista saremo costretti ad ammettere una sola dimensione del fenomeno giuridico e presumibilmente sceglieremo quella che ci sembra ne esprima l'essenza o ne sia un aspetto fondamentale. In riferimento alla nostra organizzazione giuridica, ad esempio, la legge.

Se assumiamo questi due atteggiamenti non solo non vi sarà posto per l'indagine filosofica nell'ambito della conoscenza giuridica, ma anche sarà difficile ammettere la pluralità dei metodi e degli approcci scientifici richiesti e resi possibili dal complesso campo d'esperienza del diritto.

1. CONOSCENZA DEL DIRITTO E RAGION PRATICA.

Nell'esperienza comune la parola 'diritto' è usata in contesti molto diversi tra loro e, conseguentemente, evoca cose diverse. Alcuni esempi: «Rossi ha il diritto di usare l'immobile che ha in locazione»; «Il diritto di esercitare il commercio è riconosciuto dalla legge»; «Il Libro primo del codice civile disciplina il diritto di famiglia»; «La disciplina della proprietà privata nel diritto italiano è diversa da quella del diritto sovietico»; «Gli ex presidenti della Repubblica sono di diritto senatori a vita»; «Il nascituro ha diritto alla vita». Nonostante la diversità dei contesti e dei significati della parola 'diritto', tutte queste — e altre possibili — espressioni hanno qualcosa in comune. Tutte si riferiscono ad attività regolate e/o a regole, regole che a loro volta si riferiscono ad attività. Di conseguenza l'idea di regola è di fondamentale importanza per la comprensione del diritto. E' la regola che contribuisce a dar senso all'azione e questa in quanto azione sensata è conoscibile, comunicabile e prescrivibile. D'altra parte sono le attività, i concreti comportamenti che contribuiscono ad individuare le regole, è nei comportamenti, nell'azione in concreto che si coglie il dinamismo e la varietà di significati delle regole.

L'esperienza del diritto ha, dunque, a che fare con le azioni e con le regole. Le une sono inseparabili dalle altre, le une e le altre si implicano a vicenda. Tale implicanza reciproca è rilevante non solo a livello dell'esperienza degli agenti sociali, ma anche a livello conoscitivo. L'agente sociale si muove nel campo pratico seguendo regole e conosce queste nella prospettiva del suo agire. Nella sua azione la regola si determina e si concretizza. La ragione implicata nell'azione è, dunque, una **ragion pratica**, cioè conosce in riferimento all'azione.

Se in questo consiste l'esperienza del diritto, conoscere il diritto è conoscere regole dell'agire e attività regolate nella loro connessione reciproca. Tale conoscenza implicherà pure

un riferimento all'agire. Infatti ciò a cui è diretta la conoscenza giuridica non sono meri comportamenti o fatti e neppure regole afferrabili in sé senza riferimento all'azione. Neppure si tratta di conoscere una semplice connessione estrinseca tra regole e azioni, ma un processo dinamico che va dalla regola all'azione concreta e viceversa. La ragione che conosce il diritto è, dunque, essa stessa immersa in questo processo e per questo in qualche modo vi partecipa.

Il conoscere giuridico è un **conoscere per agire** e non già un conoscere per conoscere. Di conseguenza le scienze giuridiche appartengono in linea di principio alla categoria delle **scienze pratiche**, anche se — come vedremo — si può studiare il diritto positivo pure in un'ottica non «pratica» (come nel caso degli studi storico-giuridici o sociologico-giuridici).

La considerazione degli studi giuridici nell'ottica delle scienze pratiche è stata in modo deciso contestata principalmente per il fatto che tale categoria di scienze è difficilmente definibile sul piano epistemologico ed appare debole sul piano della scientificità (cfr., ad esempio, la critica kelseniana al concetto di 'intelletto pratico'). Tuttavia l'epistemologia contemporanea si muove verso un concetto più elastico e analogico di scienza con il risultato anche di attenuare notevolmente la differenza tra scienze teoretiche e scienze pratiche. Bisogna, pertanto, ben precisare a quali condizioni una conoscenza può considerarsi «pratica» senza per questo rinunciare ad essere «scientifica».

Che lo studio del diritto appartenga al campo pratico non significa certamente che sia finalizzato all'esercizio di una professione giuridica o, comunque, di un lavoro che richiede una formazione giuridica. Questa è una constatazione banale e, in una certa misura, applicabile a tutte le discipline. Questo modo d'intendere la finalità pratica è esterna allo studio scientifico e non modifica in nulla la sua struttura conoscitiva.

Perché si possa parlare di 'conoscenza pratica', sono necessarie due condizioni. Innanzi tutto, colui che conosce deve es-

sere in qualche misura (diretta o indiretta) personalmente coinvolto in ciò che ha da conoscere, poiché **in ragione del proprio ruolo** è chiamato a compiere scelte o a porre in essere azioni, oppure ad offrire ad altri criteri per l'azione. Inoltre, l'oggetto ultimo del conoscere non deve essere qualcosa di necessario e di universale, ma un'azione concreta e determinata, cosicché si possa dire che la conoscenza pratica è alla fin dei conti una conoscenza di ciò che è **contingente e singolare**.

L'azione, a cui una scienza pratica cognitivamente approda, costituisce una sorta di verifica *a posteriori* delle elaborazioni concettuali e, quindi, consente di valutarne il grado di razionalità. La scienza pratica raggiunge il suo obiettivo conoscitivo, cioè la verità, quando l'azione prescritta è quella che *doveva* essere posta, cioè l'azione «giusta».

Proprio queste due caratteristiche della scienza pratica risultano essere particolarmente repellenti per la dottrina della scienza di stampo positivistico.

La prima sembra urtare contro il principio dell'avalutatività, che consacra il mito dell'osservatore «esterno», della necessaria separazione tra soggetto conoscente e oggetto conosciuto. In base a tale principio i giudizi di valore non debbono in alcun modo entrare nel mondo della conoscenza scientifica, mondo che deve essere abitato solo dai giudizi di fatto, i soli ad essere «oggettivi» in quanto empiricamente verificabili e, quindi, indipendenti dall'osservatore. Tuttavia è un fatto che le scienze giuridiche contengono valutazioni, scelte e giudizi prudenziali. Se vogliamo negare questo fatto magari imputandolo alla fallacia dei giuristi, corriamo il rischio d'introdurre surrettiziamente giudizi di valore senza esserne consapevoli. Il problema reale non è certo quello di estromettere i giudizi di valore, ma quello di sottoporli al vaglio della ragionevolezza, quello di evitare valutazioni non «giustificate» o non «giustificabili», in modo che possano essere comunicate e condivise.

La seconda caratteristica è inaccettabile per la dottrina della conoscenza elaborata dal pensiero moderno, da Cartesio a Kant, per cui c'è scienza solo dell'universale e del necessario. Il singolare e il contingente nella loro concretezza sfuggono alla nostra presa conoscitiva in ragione della loro incomunicabilità e instabilità. Occorrerebbe avere un intelletto più forte del nostro per cogliere un essere così debole. Tuttavia la ragion pratica raggiunge il suo compimento solo nella conoscenza del singolare in tutta la sua concretezza, cioè dell'azione che deve essere posta in essere non già in generale, ma in questa o quella situazione determinata. Per questo la ragion pratica è stata trascurata dall'epistemologia moderna e solo di recente è stata riabilitata.

Allora il problema reale è quello se vi sia differenza tra una scienza che esaurisce il suo oggetto nell'elaborazione di concetti generali e una scienza che, pur servendosi di schemi concettuali, non è chiusa in se stessa, ma appartiene (in modo prossimo o remoto) ad un processo di determinazione dell'azione concreta. «Per ciò stesso che la conoscenza pratica è come un movimento continuo del pensiero che discende verso l'azione concreta da porre in esistenza, il suo carattere pratico, presente fin dall'origine, s'intensifica via via fino a diventare nella **prudenza** totalmente dominatore: allora esso ha invaso ogni cosa; e, benché il giudizio prudenziale implichi sempre un conoscere, la sua verità specifica non consiste nel conoscere ciò che è, ma nel dirigere ciò che deve essere fatto» (J. Maritain, *Distinguere per unire. I gradi del sapere*, trad. it., p. 539). Quanto più una scienza pratica è lontana dall'azione concreta, tanto più è difficile distinguerla dalle scienze puramente teoriche. Come vedremo, la ragione giuridica ha non di rado smarrito la sua dimensione pratica e la pratica sociale la sua ragione giuridica.

Seguendo Aristotele, possiamo distinguere nell'ambito della conoscenza pratica il sapere poietico, che riguarda il mondo del **fare**, dal sapere prammatico, che riguarda il mon-

do dell'**agire**. Il primo è rivolto a conoscere le regole proprie di ogni attività diretta a trasformare il mondo esterno, dall'arte alla tecnica. Il secondo, invece, riguarda quell'attività interiore mediante cui l'uomo realizza se stesso in vista del ben vivere. Quando costruiamo qualcosa, noi facciamo qualcosa. Quando compiamo una scelta etica, noi propriamente agiamo.

Il sapere tecnico è diretto a conoscere le regole del ben fare. Queste regole sono tratte dalla materia stessa su cui si opera. Il sapere morale concerne, invece, le regole del ben agire. Queste regole sono più complesse delle precedenti, in quanto devono prendere in considerazione l'uomo e le singole situazioni in cui viene a trovarsi. Le regole tecniche si applicano meccanicamente o, comunque, indipendentemente dalle situazioni soggettive; invece le regole morali non sono pienamente determinabili a prescindere dalla situazione concreta in cui si deve agire giustamente. Nel sapere morale si va dall'universale al particolare, cioè si vuol cogliere ciò che la situazione concreta richiede alla luce di ciò che la legge in generale esige. La legge morale è una guida che conduce alla determinazione del giusto in concreto, ma che per ciò stesso è suscettibile di essere corretta in relazione alla situazione particolare. Tale correzione della legge non è, però, un andare oltre o contro la legge, ma trovare in essa la regola circostanziata del giusto. C'è, dunque, una differenza notevole tra sapere tecnico e sapere morale, pur appartenendo entrambi all'ambito della ragion pratica. Il sapere tecnico è già raggiunto con la sola conoscenza delle regole tecniche, a prescindere dalle applicazioni particolari; il sapere morale resta imperfetto se si limita alle leggi generali e raggiunge il suo compimento solo attraverso le applicazioni concrete.

Sorge, allora, la prima domanda filosofica intorno al diritto: la conoscenza giuridica a quale mondo appartiene? a quello dell'arte e della tecnica o a quello della morale? Per rispondere a tale questione dobbiamo accostarci al mondo del

diritto, prendendo le mosse dalla raffigurazione più immediata e superficiale che di esso ci offre la cultura giuridica del nostro tempo.

2. L'IMMAGINE TECNOLOGICA DEL DIRITTO.

La prima immagine del diritto che ci viene incontro ce lo presenta come un meccanismo che assicura il funzionamento della convivenza civile. E', dunque, un'**immagine tecnologica**. Il diritto è una grande macchina costruita dall'uomo e continuamente modificata per far fronte a sempre nuove esigenze sociali. La società, infatti, è il luogo della sicurezza, perché protegge l'individuo, gli assicura i beni fondamentali della vita e permette anche un'espansione del benessere attraverso l'opera progressiva della civilizzazione. Ma non c'è sicurezza senza ordine e non c'è ordine senza regole. Il diritto è una macchina complessa fatta di norme, il cui fine è il mantenimento dell'ordine sociale.

Siamo, dunque, di fronte ad una **concezione funzionalista** del diritto, poiché esso è individuato per la funzione che esplica all'interno della vita sociale. La sicurezza offerta dalla società all'esistenza umana è garantita non soltanto dal diritto, ma anche da altri meccanismi sociali (come, ad esempio, dalla morale positiva). Il diritto contribuisce a suo modo a garantire questa sicurezza, che è l'imperativo esistenziale fondamentale a cui tutto è subordinato.

A questo punto si presentano le prime difficoltà e cominciano ad emergere alcune linee di frattura all'interno di quest'immagine del diritto. Si evidenzia, infatti, ben presto che lo strumento giuridico può svolgere, all'interno della generale funzione dell'ordine e della sicurezza, funzioni diverse e più specifiche, che ciò dipende in buona misura dalla volontà di chi lo usa e che ciò influisce inevitabilmente sulla sua

configurazione. Così, se l'ordine sociale si vuol far consistere nel lasciare i cittadini il più possibile liberi di perseguire i loro fini individuali, la macchina giuridica dovrà limitare le interferenze del potere politico nella libertà individuale e controllare che l'uso della libertà da parte di ogni individuo non impedisca l'esercizio dell'eguale libertà da parte degli altri individui. In tal caso la funzione del diritto è prevalentemente negativa e si sostanzia nel **controllo sociale**, controllo del potere politico e dell'esercizio della libertà. E' questa la concezione tipica dello Stato liberale. Se, invece, si vuole raggiungere la sicurezza attraverso il perseguimento del bene collettivo in modo da assicurare a tutti il raggiungimento del benessere, allora la funzione del diritto sarà concepita nel senso della direzione sociale dell'attività dei cittadini. E' questo lo Stato sociale, la cui opera è prevalentemente assistenziale (**welfare state**). Ovviamente questi due modelli di Stato non si realizzano mai in modo puro e nella realtà si può parlare solo della prevalenza di una funzione sull'altra.

Ciò che qui interessa notare è che la concezione funzionalistica si adatta perfettamente a quella situazione sociale determinata dal sorgere nell'Europa occidentale di quel fenomeno caratteristico che è lo **Stato moderno**. Esso stesso è visto come una costruzione artificiale dell'uomo, un meccanismo da cui dipende interamente la possibilità della coesistenza e della convivenza. Tra Stato e diritto si instaura uno strettissimo e peculiare rapporto. Il diritto diventa uno strumento di cui lo Stato si serve per i suoi fini e, quindi, la sua fisionomia è — più o meno — plasmata dai fini che lo Stato di volta in volta concretamente persegue.

Di conseguenza lo studio della struttura della macchina del diritto deve far riferimento ad una concreta e determinata organizzazione giuridica apprestata per svolgere certe funzioni e non altre, o alcune più di altre. Si vuole con ciò affermare che la struttura del diritto positivo non ha in questo primo approccio al mondo giuridico una sua autonomia, ma s'inscri-

ve sempre all'interno della prospettiva funzionale. Per cui, anche quando s'identifica il diritto positivo in base ad una sua determinata struttura, questa è ricostruita, surrettiziamente o meno, in base a quella funzione che si ritiene il diritto svolga o debba svolgere.

In ragione di tutto ciò questa prima immagine del diritto s'inscrive in una **visione struttural-funzionalistica**, rappresentandone una particolare versione comune a molte scienze sociali: la struttura è una variabile dipendente dalla funzione. E' la funzione che produce o implica un determinato assetto strutturale.

L'approccio tipico del giurista, nei confronti di quel determinato complesso di norme in cui si sostanzia il diritto positivo di uno Stato, va immediatamente verso la struttura, cioè verso i meccanismi dell'organizzazione giuridica. Il giurista non si cura di tematizzare e problematizzare le funzioni di fatto svolte o assegnate allo strumento giuridico, che pure egli considera una **tecnica sociale**. Il giurista da questa complessa tecnica ritaglia la «struttura» e ne fa oggetto dei propri studi, assume un punto di vista strutturale, rivolto esclusivamente all'indagine degli strumenti propri di una determinata organizzazione giuridica, si dedica all'analisi formale delle norme senza curarsi dei comportamenti regolati da queste né sugli effetti sociali da queste in qualche modo determinati.

Se ora, seguendo il procedimento mentale del giurista, cioè il punto di vista strutturale, osserviamo le parti fondamentali di un determinato ordinamento giuridico, quello italiano per esempio, ci accorgiamo che ognuna di esse svolge un ruolo specifico. Una ha un carattere particolare, perché presiede alla programmazione e all'organizzazione dell'intero apparato. La chiameremo «diritto costituzionale». Un'altra s'interessa del mondo dei rapporti privati (rapporti familiari, economici, etc...). La chiameremo «diritto privato». Un'altra controlla l'uso della forza pubblica e la chiameremo «diritto penale». E così via via potremmo continuare a distinguere le

varie sfere che costituiscono l'oggetto della conoscenza del diritto positivo italiano e che si trovano, seppur in modo diversificato, in tutti i sistemi giuridici evoluti.

A questo punto possiamo prendere due strade: o tentare di divenire esperti di un settore giuridico o sforzarci di comprendere i problemi generali di funzionamento della macchina del diritto. Ma noi andiamo alla ricerca di una via filosofica al diritto e, quindi, dobbiamo escludere la prima strada, che restringerebbe di molto l'ampiezza dell'esperienza giuridica.

Potremmo essere esperti delle tecniche del diritto costituzionale o del diritto privato senza renderci conto dei rapporti che intercorrono tra le varie parti dell'ordinamento giuridico. Solo attraverso lo studio coordinato di tutte le discipline giuridiche arriveremo a comprendere in modo unitario e complessivo i meccanismi e le procedure generali del mondo del diritto positivo.

La ricomposizione dei vari settori dell'apparato giuridico evidenzia la presenza di elementi comuni. La struttura portante del diritto positivo è fatta di norme, cioè di un materiale omogeneo, cosicché la macchina giuridica si presenta come un coordinamento di plessi normativi. Di conseguenza tutti i problemi generali che riguardano le norme giuridiche sono comuni a tutti i rami del diritto. Fra tutti c'è un problema particolarmente importante: quando e a quali condizioni una qualsiasi prescrizione può essere considerata una vera e propria norma giuridica e come tale appartenente a quella struttura normativa che è oggetto dell'indagine del giurista? E' questo il problema della **validità**. Nella prospettiva struttural-formale del giurista la validità è il problema fondamentale, perché è il **criterio d'identificazione** del diritto esistente e, quindi, anche del proprio oggetto di studio. Solo quando è valida, una norma è anche obbligatoria. Dire che una norma giuridica è valida, significa che bisogna assumerla come criterio-guida dell'agire giuridico.

Ogni ordinamento giuridico stabilisce i propri criteri di

validità, cioè le caratteristiche che una prescrizione deve avere per potere essere considerata una norma giuridica vigente. In tal modo si può distinguere con precisione ciò che appartiene all'apparato giuridico da ciò che non ne fa parte o non gli appartiene più.

Tra gli studi giuridici esiste una disciplina che si occupa dei problemi comuni alle varie parti dell'ordinamento giuridico e questa è la **Teoria generale del diritto**. Non siamo, dunque, ancora in una dimensione filosofica. Tuttavia i problemi qui affrontati hanno un'ampiezza ben maggiore di un'ottica settoriale, poiché riguardano il diritto positivo nel suo insieme. Non è un caso che questa disciplina abbia tratto la sua origine dalla Filosofia del diritto e che ad essa — come vedremo — tenda a ritornare. I concetti della Teoria generale del diritto sono, infatti, suscettibili di una considerazione filosofica.

Abbiamo già osservato che la considerazione della struttura del diritto positivo s'inscrive pur sempre all'interno dell'ottica funzionale. Per questo, se il giurista trascura il punto di vista funzionale, non può sperare di raggiungere una conoscenza adeguata del diritto positivo né di contribuire ad un operare giuridico efficace. Infatti il diritto positivo si muove dentro un contesto specifico, che è il suo ambiente vitale. Questo contesto e quest'ambiente è la società.

Se la funzione del diritto è una funzione sociale, allora è un'illusione ritenere di poter conoscere il diritto separatamente dal suo impatto sociale. In ogni caso non si può operare giuridicamente in modo consapevole se non si ha la possibilità di prevedere gli effetti sociali dell'attività giuridica.

Questo secondo punto di vista, necessario perché complementare al primo, consente una visione più ampia, perché studia il rapporto tra la macchina del diritto e il sistema sociale e politico. Il diritto positivo qui appare come un **sub-sistema** del sistema sociale generale. V'è interazione tra l'uno e l'altro: da una parte il diritto agisce sulla società nel senso che contribuisce ad influenzare i comportamenti sociali, dall'altra la so-

cietà agisce sul diritto nel senso che esercita su di esso pressioni e richieste a cui l'apparato giuridico è chiamato a dare una risposta.

L'importanza del rapporto tra diritto e società rivela l'insufficienza della teoria della validità formale. Una norma può essere formalmente valida e non avere alcuna influenza sul piano sociale. Per questo, se si vuole realmente conoscere il diritto positivo, il problema della validità formale deve essere coniugato con quello dell'**efficacia** del diritto.

Una norma giuridica è efficace quando è seguita, cioè obbedita, applicata, usata, quando in qualche modo ha presa sui comportamenti dei destinatari. Solitamente si considerano come destinatari delle norme i cittadini. Si dovrebbe allora arrivare alla conclusione che le norme violate non sono efficaci, tuttavia potrebbero considerarsi tali se il concetto di efficacia si fa consistere — come è stato sostenuto — nel comportamento osservante degli organi pubblici. Più precisamente, allora, l'efficacia della norma riguarda il comportamento degli organi pubblici (e in particolare dei giudici). Una norma è efficace quando è applicata dai giudici, quando cioè la sua violazione mette in moto il procedimento sanzionatorio. Se ciò vale per la singola norma, per l'ordinamento giuridico nel suo complesso non basta. Se la maggior parte dei cittadini non rispetta buona parte delle norme formalmente giuridiche, dimostrando con ciò di non considerarle più legittime, allora quell'ordinamento giuridico non è più efficace e, conseguentemente, neppure valido. La crisi giuridica rivela una ancor più radicale crisi politica e sociale.

Mentre per quanto riguarda la singola norma è possibile distinguere la sua validità formale dalla sua efficacia, per quanto riguarda l'ordinamento giuridico nel suo complesso efficacia e validità non possono andare disgiunte. Per questo alcuni teorici del diritto hanno considerato l'efficacia come un criterio di validità del diritto, arrivando alla conclusione che il diritto è valido quando è efficace, ma ciò — come abbia-

mo visto — non può riguardare la singola norma.

L'importanza che ha l'efficacia ai fini della conoscenza del diritto positivo rende palesemente inadeguato il tradizionale **formalismo** dei giuristi, se esso intende considerare irrilevante ai fini della scienza giuridica lo studio dell'impatto tra domanda sociale e risposta giuridica e tra quest'ultima e i suoi effetti sociali. Se poi facciamo attenzione al carattere «pratico» della conoscenza giuridica, ci rendiamo ben conto quanto il formalismo così inteso la neghi decisamente e richieda, per recuperarla in qualche modo, un altro approccio che tenga conto degli effetti sociali (l'altra parte del diritto rimasta fuori dal taglio del giurista). Tuttavia è opportuno notare che, solo apparentemente, questo secondo approccio, aggiunto al primo, consente di recuperare la dimensione pratica della scienza giuridica. In realtà esso analizza fatti, li ricostruisce come «effetti» di norme giuridiche, ma il nesso tra regole e comportamenti resta estrinseco, non ricomponne quell'unità di regole e azioni che è il campo proprio della scienza pratica. Né del resto questo è l'obiettivo degli studi sociologici. Ciò non vuol dire che non abbiano rilevanza per la conoscenza del diritto, ma solo che la dimensione pratica è tutt'altra cosa. In ogni caso sembrerebbe che i giuristi non abbiano voluto trarre tutte le debite conseguenze dalla visione del diritto in chiave funzionalistica e tecnologica. Ma anche questa incoerenza può essere — come vedremo — istruttiva.

Il rapporto tra diritto e società è studiato in modo specifico dalla **Sociologia del diritto**. Si tratta di una disciplina che di recente ha conosciuto interessanti sviluppi ed una sua più chiara identità, ma che ha origini più antiche. Non di rado incontriamo nei testi dei giuristi, dei filosofi del diritto e dei sociologi del passato ricerche di rilievo nel campo sociologico-giuridico.

3. L'IMMAGINE CULTURALE DEL DIRITTO.

Questa prima esplorazione nel mondo della conoscenza giuridica ha messo in luce quanto sia importante non restringere troppo l'orizzonte dell'indagine se si vuole acquisire una piena consapevolezza dell'autentica dimensione del fenomeno giuridico e se si vuole usare questo strumento in modo efficace. La tecnica giuridica ha alle spalle un reticolo di concetti teorici generali e richiede una certa presa di coscienza della connessione con i fenomeni sociali. L'esperto di diritto non deve essere un tecnico miope, che non vede cioè al di là dei problemi giuridici particolari. Si comprende, così, perché accanto all'immagine meramente tecnologica se ne faccia strada, in modo meno visibile ma inequivocabile, un'altra, quella che chiameremo **immagine culturale**. Il diritto positivo non è soltanto uno strumento, ma al contempo anche un fatto culturale. Non c'è evidentemente opposizione tra questi due aspetti, al contrario c'è una mutua implicanza, poiché il diritto è un «fenomeno umano» e la tecnica è una componente essenziale della cultura.

La storia c'insegna che varie sono le forme culturali che il diritto può assumere. Il diritto codificato è una di essa, quella espressa dalla cultura moderna dell'Europa occidentale. Esso è il frutto di una lunga elaborazione filosofica, politica, e dell'evoluzione economica e sociale, che ha poi trovato una caratteristica espressione tecnico-giuridica nell'Ottocento. Ma non bisogna credere che questa sia per ciò stesso la forma giuridica migliore. I regimi giuridici del passato hanno retto ad una lunga prova storica ed hanno ancora qualcosa da insegnarci, tant'è vero che non tutte le nazioni evolute hanno recepito la cultura della codificazione. Tutta l'area culturale anglo-americana si serve di un regime giuridico di ben più antica tradizione.

Da queste considerazioni comprendiamo l'utilità dello

studio della **Storia del diritto**. Essa aiuta il giurista a rendersi conto della lunga tradizione giuridica, a non assolutizzare i propri strumenti giuridici, a non ritenerli immutabili né i migliori in linea di principio, lo predispone a cercare nuove soluzioni più adeguate alla trasformazione della vita sociale.

Lo studio storico del diritto mette in luce una dimensione che non può essere recepita dall'immagine meramente tecnologica. Una delle caratteristiche più curiose del diritto è la sua **continuità e permanenza**. Anche quando il diritto positivo è il prodotto dell'opera di un'autorità politica, non dipende interamente da essa. C'è sempre qualcosa nel diritto di oggi che proviene dal passato o che può essere spiegato solo all'interno di una tradizione giuridica. Il diritto non parte mai da zero, non è mai creato dal nulla mediante un'operazione d'ingegneria sociale.

La continuità del diritto riguarda sia i singoli contenuti normativi che l'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Per quanto riguarda i contenuti normativi, è da notare che il crollo delle istituzioni politiche non implica per ciò stesso quello delle istituzioni giuridiche. Ad esempio, il codice civile italiano attualmente vigente è stato elaborato in epoca fascista, pur se sulle basi del codice del 1865, ed è sopravvissuto alla caduta del regime fascista. Ogni rivoluzione, per quanto profonda possa essere, è costretta a mantenere almeno alcune strutture giuridiche del passato se vuole difendere la stabilità della vita sociale. Solo i regimi totalitari cercano di cancellare radicalmente le tradizioni giuridiche del popolo, perché esse costituiscono un limite alle pretese onnicomprensive del potere politico.

Per quanto riguarda la permanenza dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, è da notare che esso mantiene la sua identità finché permangono i criteri di validità su cui poggia, anche se il suo contenuto in buona parte va mutando. Da questo punto di vista c'è una più stretta correlazione tra diritto e politica, poiché i criteri di validità normativa sono desunti

dalla Costituzione e, quindi, seguono le sorti delle istituzioni politiche. Il crollo della legittimità costituzionale produrrà anche inevitabilmente una rottura della continuità dell'ordinamento giuridico. Ciò significa che s'è verificato un distacco tra le istituzioni politiche e il consenso sociale. Il diritto, anche quando dipende totalmente dalla politica, non per questo cessa di appartenere alla vita sociale.

S'è detto che la continuità del diritto mal si adatta ad una visione meramente tecnologica. Una tecnica, infatti, non pone alcun limite alla volontà di chi se ne serve se non il rispetto delle sue regole. Ma la continuità rende il diritto qualcosa che eccede la mera tecnica e, quindi, non pienamente disponibile da parte del potere politico. Il diritto positivo stesso costituisce un limite non disponibile. Pur essendo opera dell'uomo, sfugge al pieno controllo da parte dell'uomo. Lo Stato stesso deve rispettare quel diritto che è pure una sua creatura. Tutto ciò non può essere spiegato dalla visione tecnologica del diritto e richiede un'ulteriore apertura di orizzonti.

Il diritto ha, dunque, una sua storia, che è in una certa misura indipendente da quella dei regimi politici. Ciò spiega perché è utile ancora oggi studiare gli ordinamenti giuridici del passato, anche se non sono più in vigore.

Allo studio diacronico del diritto bisogna aggiungere quello sincronico. La comparazione tra ordinamenti giuridici contemporanei non è mera curiosità intellettuale, ma favorisce il processo inarrestabile, anche se lento, di comunicazione teorica e pratica fra le varie culture giuridiche, che sono alle prese con problemi molto simili, e prefigura una tendenza verso l'eliminazione delle differenze più macroscopiche. Lo studio del diritto comparato si basa sulla convinzione che l'estensione del giuridico è ben più ampia di quella dell'ente politico, a cui pure appartiene.

Storia del diritto e diritto comparato stanno a dimostrare gli stretti legami che corrono tra diritto e società. I rapporti sociali hanno una continuità e stabilità ben maggiore di quelli

politici. La cultura di un popolo sopravvive ai mutamenti dei regimi politici che lo governano. Gli studi storici e comparatistici rivelano una dimensione transculturale del diritto, proprio perché i problemi sociali fondamentali si ritrovano in certo qual modo in tutti i tipi di società del passato e del presente.

Tutto ciò conduce alla convinzione che non vi sia società senza diritto (*ubi societas ibi jus*). Tuttavia quest'affermazione non è unanimamente condivisa. Alcuni ritengono che, se è vero che non v'è diritto senza società, non è ugualmente vero che non v'è società senza diritto, poiché nelle società primitive non esiste il diritto come tecnica sociale specifica e distinta dal costume o dalla religione. Ma con ciò si presuppone il concetto moderno di diritto.

Per alcuni studiosi, nelle società parentali, che sono evidentemente le più antiche, si può già parlare di diritto, perché vi sono ben precise regole sociali fornite di un apparato coattivo. Per Lévi-Strauss la proibizione dell'incesto è senza dubbio una regola giuridica altamente diffusa nelle società primitive. La struttura della parentela nei popoli primitivi ha una varietà di regole tale da ben reggere il confronto con la complessità dei nostri ordinamenti normativi.

Se prevale la concezione tecnologica, allora vi sarà diritto solo quando si potranno ben distinguere le regole giuridiche dalle altre regole sociali. Se, invece, si tien conto dell'aspetto culturale del diritto, allora la commistione originaria tra religione, morale e diritto non significherà l'assenza della dimensione giuridica.

Ciò che è specifico del diritto moderno è — come ha notato Max Weber — il **processo di autonomizzazione**, per cui esso si tecnicizza, si formalizza sempre più, separandosi dalle altre regole sociali, e viene monopolizzato dallo Stato. Ma ciò non significa che la dimensione giuridica non appartenga in modo costante e permanente all'esperienza umana e sociale di tutti i tempi. Noi non diciamo che la filosofia è nata con l'U-

manesimo, perché solo allora si è separata dalla teologia. Diciamo soltanto che allora è nata la filosofia moderna. Il diritto moderno è solo una tra le tante forme culturali del diritto, quella senza dubbio più raffinata sul piano tecnologico, ma non identificabile con il concetto di diritto *tout court*.

4. L'IMMAGINE MORALE DEL DIRITTO.

Riconsiderando il cammino fin qui percorso, non possiamo non constatare il carattere *sui generis* del diritto in quanto tecnica sociale. Questo strumento non opera nel mondo della natura, ma in quello della cultura, cioè nel mondo dell'uomo. Si potrebbe considerare il diritto, per così dire, come una **tecnica dell'agire** piuttosto che del fare e ciò getta scompiglio nella distinzione aristotelica sopra ricordata.

Infatti, se il diritto dice riferimento alla società nel senso che contribuisce a dare ad essa stabilità e a renderla luogo di realizzazione dei fini dell'uomo, vuol dire che la sua funzione primaria non è quella di salvaguardare un regime politico o di mettersi a servizio dei fini dello Stato, ma quella di rendere possibile ai singoli individui di **ben vivere**. La ragion d'essere del diritto è quella di contribuire ad assicurare tutte le condizioni di cui ha bisogno l'uomo per vivere bene. Ma una vita buona non può darsi al di fuori di valutazioni morali. Ciò spiega perché il problema dei rapporti tra morale e diritto si riproponga continuamente nel pensiero giuridico di tutti i tempi. Qualora il diritto fosse una mera tecnica, tale problema sarebbe presto risolto e, tuttavia, dobbiamo constatare che oggi è più vivo e scottante che mai.

E' ancor oggi altamente diffusa un'immagine morale del diritto. Questa può essere rilevata da molteplici considerazioni immediate, anche se banali.

Il cittadino crede che una delle caratteristiche essenziali

che una legge debba avere sia quella di essere giusta. Una legge che urta il sentimento morale della gente viene percepita come un atto di mera imposizione, fondato cioè sul potere piuttosto che sul consenso. E questo non è normalmente ciò che ci aspettiamo dal diritto. Inoltre c'è da notare che alcuni precetti morali di grande rilievo (non uccidere, non rubare...) sono anche precetti giuridici e che spesso si obbedisce ai secondi con la convinzione di adempiere un dovere morale.

Queste ed altre notazioni del genere mostrano che nella pratica sociale morale e diritto sono ancora confuse e che in una certa misura è anche bene che lo siano, altrimenti le regole giuridiche si separerebbero pericolosamente dai valori sentiti e praticati in un determinato contesto sociale. Ma, quando qui si parla di immagine morale del diritto, si vuole far riferimento a qualcosa di ancor più significativo, cioè non tanto ai contenuti normativi quanto piuttosto alla **forma della giuridicità**.

Un problema di grande rilievo, che la scienza e la filosofia del diritto non possono evitare, è quello dell'obbligatorietà delle prescrizioni giuridiche: in che senso si afferma che una norma giuridica è obbligatoria? E' ovvio che quest'obbligatorietà non può essere quella stessa delle norme morali e, tuttavia, essa deve anche distinguersi dalla mera coercizione, altrimenti non sarebbe possibile distinguere tra legalità e pura e semplice minaccia dell'uso della forza. Bisogna concludere che l'obbligatorietà delle norme giuridiche ha qualcosa che la avvicina all'obbligo morale, pur distinguendosi da esso. Una conferma in tal senso viene da un'altra considerazione a dir poco sconcertante.

Il concetto di normatività, che è proprio delle regole giuridiche, non è riconducibile a quello proprio di una regola tecnica. Questa si applica nella misura in cui consente di raggiungere le finalità per cui è apprestata. Se non serve più al suo scopo, non è più obbligatorio seguirla. Al contrario la regola giuridica, finché è in vigore, continua ad essere obbligatoria

anche se non è mai stata (o non è più) adatta a raggiungere i fini per cui il legislatore l'aveva emanata. Proprio per questo, quando la legge non è più adatta a regolamentare la situazione a cui è diretta, se ne richiede l'abrogazione. E' perché la regola giuridica ha carattere obbligatorio che esistono procedure apposite di abrogazione, come ad esempio i referendum. Non potremmo semplicemente non seguire una regola giuridica per eliminarne l'obbligatorietà. Al cittadino, al giudice e al giurista è richiesto di considerare le norme giuridiche come criteri esclusivi di regolamentazione del comportamento, affermandosi così la priorità del punto di vista normativo su quello teleologico.

Ciò fa sì che la norma giuridica debba essere considerata un **mezzo** piuttosto che uno **strumento**. Un mezzo è sempre intrinsecamente legato al suo fine, mentre uno strumento è sempre sostituibile non appena non serve più allo scopo o se ne trova uno più adatto. La concezione tecnologica tende a considerare il diritto uno strumento, quella morale vede in esso un mezzo indispensabile alla vita pratica.

Una tecnica in quanto tale è suscettibile soltanto di un giudizio di opportunità, di utilità e di efficacia. La normatività della regola tecnica è subordinata a questi criteri. Altre tecniche sociali potrebbero in determinati periodi storici risultare più efficaci della tecnica giuridica e, quindi, dovrebbero in quest'ottica sostituirla. Di fronte a tecniche di controllo sociale più perfezionate il diritto dovrebbe cedere il passo, come la trazione animale ha dovuto cedere il passo alla trazione meccanica. Se ciò non avviene (al contrario assistiamo al fenomeno di espansione sempre crescente della «tecnica» giuridica) non è perché il calcolo utilitaristico lo vieti. Anzi, da questo punto di vista, l'uso del diritto è antieconomico, non sempre efficace come si vorrebbe, scomodo, perché costringe al ritmo lento delle sue procedure senza dubbio incompatibile con l'accresciuto dinamismo della vita sociale.

Il diritto deve essere rispettato senza chiedersi se in quella

particolare circostanza le conseguenze saranno utili o vantaggiose per i fini economici o politici. Le norme giuridiche devono essere osservate non già perché provocano o mantengono una data situazione sociale, politica o economica, ma perché sono considerate espressione di esigenze di giustizia.

Non c'è dubbio, dunque, che quella giuridica sia una normatività forte, ma ciò non fa che rendere ancor più articolato e complesso il mondo del diritto. Ciò pone il **problema del fondamento** di questa normatività.

Il fondamento e la natura dell'obbligatorietà del diritto positivo sono interrogativi tipici della **Filosofia del diritto**. Anche se non sono le sole domande filosofiche intorno al diritto, tuttavia si possono considerare quelle che c'introducono in un nuovo ordine di problemi.

5. INTERROGATIVI FILOSOFICI.

L'itinerario che abbiamo sin qui seguito attraverso un percorso interno al diritto positivo ci ha condotto verso un progressivo allargamento di orizzonti fino all'interrogativo rivolto ai fondamenti.

L'importante è rendersi conto che la questione del fondamento non ci allontana dal diritto positivo, né ci costringe ad evadere dal suo mondo. Un vero fondamento sta dentro o nel profondo della realtà fondata e non già oltre o al di fuori. Per questo bisogna ritenere che questo allargamento di orizzonti è in effetti un tentativo di gettare uno sguardo più in profondità verso le radici. Certamente ciò implica un superamento della varietà delle forme esteriori in cui il diritto positivo s'esprime.

Attraverso le varie culture giuridiche, e indipendentemente dalle loro specifiche caratteristiche particolari, emerge una vera e propria **dimensione della giuridicità**, che è irridu-

cibile alle altre dimensioni della vita umana e sociale.

Qualora i fenomeni giuridici fossero spiegabili esaurientemente o in termini tecnologici o in termini etici o in termini politici, allora non si potrebbe parlare di un'autonomia concettuale della giuridicità. Ma — come abbiamo visto — il concetto di diritto s'individua proprio attraverso questa strana e apparentemente paradossale commistione di caratteristiche che siamo abituati a considerare separate: una tecnica con pretese di normatività forte, una morale che è dipendente dal consenso sociale, una politica che deve non di rado abbandonare i calcoli dell'utilità.

L'irriducibilità del diritto alle altre dimensioni della vita pratica fa pensare che esso abbia una propria configurazione, cioè che rappresenti una specifica struttura dell'umana coesistenza. Lo sviluppo di questa problematica costituisce il compito proprio della Filosofia del diritto.

Affermare che la giuridicità ha la dignità propria di una forma della coesistenza umana significa considerarla come una **modalità tipica dell'azione** accanto all'economia, all'etica, alla politica, alla religione e all'arte. Non sono, dunque, i fini che caratterizzano la giuridicità, ma il modo proprio in cui essa struttura l'azione umana. Solo in quanto le radici del diritto si trovano nell'uomo si può legittimamente parlare di una Filosofia del diritto accanto alla Filosofia della morale, della politica, della religione.... Qualora il diritto non fosse una modalità tipica dell'azione umana ma solo uno strumento esteriore, indipendente dall'uomo e pienamente sostituibile, potremmo certamente osservarlo anche nell'ottica filosofica, ma non avremmo una Filosofia del diritto.

V'è, quindi, un **orizzonte antropologico** del diritto da prendere in considerazione. Interrogarsi sui fondamenti del diritto positivo appartiene alle domande filosofiche riguardanti il mondo dell'uomo e, quindi, l'uomo stesso. In questa prospettiva i meccanismi del mondo giuridico non interessano più di per se stessi, ma per la loro capacità di rivelare qual-

cosa sull'uomo e sull'azione umana.

Tuttavia l'interrogativo sui fondamenti del diritto non può essere affrontato senza percorrere tutto l'itinerario che abbiamo rapidamente tracciato nelle pagine precedenti. Infatti è solo nelle forme concrete, tecniche e culturali, del diritto che si manifestano quelle caratteristiche antropologiche da prendere in considerazione per affrontare la questione del fondamento. Così possiamo affermare che tutto ciò che abbiamo finora detto appartiene al senso pieno dell'approccio filosofico al mondo del diritto.

Come il filosofo del diritto non deve ignorare i meccanismi della tecnica giuridica, così anche il giurista, e più in generale l'operatore del diritto, non deve sottovalutare l'importanza che ha l'interrogativo sui fondamenti per lo stesso uso degli strumenti giuridici. Chi lavora all'interno della macchina non può disinteressarsi dei fini per cui è stata costruita, dei valori che la sostengono, dell'ambiente in cui opera, dei significati che veicola. E' più che legittimo chiedere ai tecnici del diritto la consapevolezza della presenza di orizzonti più vasti nascosti nelle questioni giuridiche particolari, orizzonti che pure fanno parte del diritto e che mettono in luce la profondità delle sue radici e l'estensione delle sue dimensioni.

Il ruolo della Filosofia del diritto nell'ambito degli studi giuridici è quello di alimentare e sviluppare questa presa di coscienza. Questo ruolo non è puramente teorico, ma soprattutto «pratico», in quanto la conoscenza dell'azione concreta richiede che vengano prese in considerazione tutte le sue dimensioni, affinché essa sia non solo un'azione *dell'* uomo, ma soprattutto un'**azione umana**.