

II.

GLI AMBITI PROBLEMATICI DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO

1. L'UNITÀ DELL'ESPERIENZA GIURIDICA.

Una delle caratteristiche più rilevanti dell'approccio filosofico al mondo del diritto è — come abbiamo visto — la sua pretesa di afferrare questa sfera dell'esperienza umana nella sua globalità senza rinunciare ad alcuna prospettiva particolare.

Il sapere del filosofo rifugge dalla specializzazione nella misura in cui questa implica una riduzione della multiformità dell'esperienza. In questo la filosofia differisce radicalmente dalla scienza. Quest'ultima è sempre prospettica, si colloca in un determinato punto di vista e resta fedele ad esso con rigore. Tutto il resto cade al di fuori del suo interesse. L'ottica dello scienziato è paragonabile ad un raggio di luce che, quanto più illumina fortemente una parte, tanto più lascia in ombra tutte le altre. Ciò che opera questa specificazione è il **metodo**, cioè quel complesso di procedimenti mentali di cui lo scienziato si serve per accostarsi all'esperienza. Un metodo consente di mettere in luce aspetti che un altro metodo completamente trascura a vantaggio di altri. Per questo, quando si vuole individuare l'oggetto di una scienza, bisogna soprattutto prestare attenzione al metodo, cioè ai procedimenti e ai

modelli teorici, che essa usa. Il metodo interviene sempre nella determinazione dell'oggetto della scienza. La filosofia, invece non accetta di rinchiudersi in un punto di vista particolare ed è per questo che ha rapporti difficili con il «metodo» (Gadamer).

La Filosofia del diritto, conseguentemente, è interessata a tutto ciò che in qualche modo e a qualunque titolo riguarda il diritto. Per questo s'intrufola in tutte quelle discipline che hanno a che fare con il diritto nella convinzione che, se esiste una sola parola ('diritto') per indicare cose tanto diverse e punti di vista così eterogenei, deve anche esistere una certa unità interna alla sfera dell'esperienza giuridica, un'aria di famiglia tra fenomeni tanto diversi. La filosofia va, dunque, alla ricerca di quest'**unità dell'eterogeneo**, che è anche la condizione di possibilità della comunicazione tra i vari punti di vista.

Può darsi che quest'unità globale sia in realtà una chimera, tuttavia anche questo è solo la ricerca filosofica che potrà rilevarlo. L'unità che cerca il filosofo non è quella settoriale interna ad un determinato punto di vista, ma quella della totalità dei punti di vista. Da questo dipende la differenza tra la razionalità scientifica e quella filosofica. Però il ritmo sempre più accelerato della cooperazione tra scienze ben diverse e la fruttuosità di ricerche pluridisciplinari manifestano chiaramente che quest'esigenza di unità è in certo qual modo percepita anche dallo scienziato, poiché essa appartiene alle radici di ogni autentica conoscenza nella misura in cui essa aspira a raggiungere la verità.

Tradizionalmente la ricerca dell'unità tra i fenomeni giuridici è stata espressa in senso forte come ricerca del **concetto di diritto**. Si è tentato di costruire il concetto di diritto mediante l'individuazione di caratteristiche essenziali o note distintive (ad esempio, l'esteriorità, l'alterità, la coercitività, etc...), che sembravano in grado di distinguere i fenomeni giuridici da quelli affini.

Si è andati alla ricerca dell'**essenza** del diritto al di là delle sue variazioni culturali e storiche, individuandola in un insieme di caratteristiche, che a loro volta qualificano norme o comportamenti. Ma questa linea di pensiero si è impigliata in difficoltà inestricabili. Nessuna delle definizioni di diritto che la storia del pensiero giuridico ci offre è andata esente da forti e ben giustificate critiche. Di conseguenza forte è anche la tentazione di abbandonare del tutto una ricerca del genere, negando lo stesso problema d'origine. In realtà il fatto che un problema non sia mai stato soddisfacentemente risolto non è una buona ragione per negare la sua ragion d'essere. Non bisogna, perciò, confondere l'esigenza che ha mosso verso questa problematica con il modo in cui s'è cercato di soddisfarla.

L'errore più diffuso è stato quello di non tener conto delle peculiarità del campo d'esperienza che qui s'indaga. Il diritto non è un'entità come le cose naturali o artificiali, ma un plesso di relazioni. Si tratta — come abbiamo visto — di relazioni tra azioni governate da regole. Di conseguenza l'unità di cui andiamo in cerca non può essere un'unità sostanziale, ma un'**unità d'ordine**, che è la forma più debole d'unità riscontrabile tra i fenomeni (s. Tommaso). Il «concetto» di diritto deve piegarsi a queste esigenze se vuole mordere la realtà e non restare confinato nel mondo rarefatto delle costruzioni intellettuali.

Abbiamo detto che la ricerca dell'unità concettuale si ritrova anche nella scienza. E' anzi il presupposto filosofico ineliminabile della stessa scientificità. Lo scienziato deve necessariamente presupporre che sia possibile ricondurre in qualche modo ad unità i fenomeni osservati, altrimenti non resterebbe che registrare i dati di fatto senza spiegarli nè comprenderli.

Le teorie scientifiche sono costruzioni concettuali che hanno come scopo la spiegazione dell'unità presupposta. Quando abbiamo presentato le principali immagini del diritto che l'esperienza giuridica ci offre, abbiamo potuto constatare quest'unità raffigurata di volta in volta come «macchina

del diritto», «sistema giuridico», «cultura giuridica». Queste configurazioni provengono in buona parte dalla stessa scienza giuridica e mostrano con evidenza quanto l'unità sia un'esigenza della stessa scienza. Solo qualcosa che ha una sua unità può essere conosciuta e, quindi, essere oggetto di scienza.

Si può obiettare che ciò è vero per la conoscenza, ma non necessariamente per la realtà. E' la scienza ad aver bisogno di unità e coerenza interna, ma questo non implica per nulla che gli oggetti osservati abbiano una loro unità intrinseca e rende vano andare alla ricerca di un'unità ulteriore rispetto a quella prospettivistica e relativa che offre la scienza stessa. Non è certamente qui il caso di addentrarsi in questioni così difficili, anche perché la situazione della scienza giuridica è del tutto particolare.

Bisogna constatare che la scienza giuridica si rapporta al suo oggetto in un modo del tutto particolare. Una cultura giuridica è il frutto non solo dell'opera dei legislatori e dei giudici, ma anche di quella dei giuristi. Basti considerare che l'opera dello scienziato del diritto è innanzitutto e prevalentemente diretta all'interpretazione delle regole giuridiche. Nella sostanza non v'è differenza tra la norma e la sua interpretazione. La norma non è certamente un'entità che esista al di là e al di fuori delle interpretazioni che se ne danno. Ciò significa che l'opera del giurista e quella del giudice sono organicamente legate all'esperienza giuridica e si collocano all'interno del suo sviluppo. Voglio dire che il diritto è il risultato anche dell'elaborazione scientifica e si sviluppa anche per l'apporto degli scienziati del diritto. E' questo un dato di fatto che si può constatare in tutte le culture giuridiche, anche in quelle in cui la scienza giuridica non è fonte ufficiale di produzione. In particolare, il diritto codificato è un laboratorio privilegiato di osservazione di questa strana situazione. Come vedremo, il diritto codificato è nella sostanza — in base agli ideali illuministici — un diritto razionale, un diritto che reca in sé l'impronta della scienza. Si crea, così, una situazione che

non ha l'eguale nelle scienze della natura. I fenomeni naturali non sembrano, almeno a prima vista, condizionati dal succedersi delle teorie scientifiche che si adoperano a spiegarli; invece i fenomeni giuridici indubbiamente in qualche misura lo sono.

Possiamo, dunque, affermare che la scienza giuridica è implicata nel suo oggetto in un modo del tutto particolare. Ciò dipende dal fatto che si tratta — come abbiamo già detto — di una scienza pratica, il cui fine ultimo si raggiunge nell'azione concreta e determinata.

Tutto ciò ha ovvie ripercussioni sul problema dell'unità dei fenomeni giuridici. L'unità concettuale della scienza deve fare i conti con la prassi giuridica e viene verificata dall'operatività dei risultati scientifici. Basta un esempio per rendersene conto.

Il concetto di validità o di diritto valido è categoria eminentemente scientifica. Il giurista va alla ricerca dei criteri in base a cui per un ordinamento giuridico determinato una norma deve considerarsi 'valida', cioè giuridicamente obbligatoria. L'elaborazione scientifica di questo criterio consente di ricondurre ad unità un insieme di fenomeni di normazione e quest'unità è raffigurata dall'espressione 'diritto valido' riferita ad un ambito sociale determinato (ad esempio, «diritto italiano», cioè diritto valido oggi in Italia). Si crea, così, una situazione di comunicazione a doppio senso tra scienza e diritto. La scienza persegue l'unità concettuale sulla base di ciò che preleva dall'esperienza giuridica e quest'ultima riceve dalla scienza un controllo di razionalità, che, tuttavia, deve poter essere operativo, cioè concretamente applicabile in un dato contesto. Si richiede, dunque, una certa corrispondenza, adattabilità e compenetrazione tra l'unità concettuale elaborata dalla scienza e l'unità vitale della prassi giuridica.

Per questo i rapporti tra conoscenza del diritto e realtà giuridica non sono adeguatamente raffigurati dal modello del mero rispecchiamento dell'una nell'altra (descrittivismo),

poiché la scienza indubbiamente partecipa a suo modo alla vita del diritto.

L'esigenza dell'unificazione concettuale dei fenomeni giuridici non è un mero lusso conoscitivo, nè pura e semplice «teoria», ma anche esigenza pratica tesa a prendere coscienza della giuridicità come forma di vita. Tale istanza «pratica» attiva un processo conoscitivo che prende le mosse dalla scienza giuridica e che registra un inarrestabile ampliamento di orizzonti. Da determinati e contingenti criteri di validità relativi ad una specifica fase storica di un ordinamento giuridico particolare si passa al concetto generale di 'diritto valido' e da questo al concetto ancor più ampio di 'diritto positivo'. Si può, così, riscontrare nella scienza giuridica di tutti i tempi in certo qual modo una tensione filosofica, nel senso cioè della consapevolezza che un restringimento degli orizzonti concettuali a ciò che accade qui e ora è di ostacolo ad una piena comprensione del significato di ciò che proprio qui e ora accade.

In conclusione, la ricerca dell'unità dei fenomeni giuridici (così come degli altri fenomeni «umani») non deve intendersi come una pura e semplice esigenza conoscitiva di second'ordine rispetto alla prassi giuridica, ma deve essere considerata come appartenente essa stessa alla vita del diritto, che in tal modo cerca la propria identità tra le altre forme della vita pratica.

In quest'ottica dobbiamo ora osservare il ruolo della filosofia del diritto all'interno di questo movimento conoscitivo appartenente alla stessa esperienza giuridica. Per non rompere i legami con una tradizione ben radicata negli studi filosofico-giuridici, che tende a circoscrivere le problematiche relative sulla base di una ripartizione tridimensionale, distingueremo tre sfere d'indagine filosofica, quella metascientifica, quella antropologico-ontologica e quella deontologica.

2. LA RIFLESSIONE META-SCIENTIFICA.

Nella cultura contemporanea è diffusa la convinzione che la riflessione filosofica sia un'indagine di second'ordine, cioè una riflessione *su* qualcosa che già possiede una sua elaborazione concettuale. Ciò dipende in buona parte dalla grande rilevanza culturale che va sempre più assumendo la scienza. All'esperienza immediata dei fenomeni si sostituisce l'esperienza scientifica, cioè già filtrata da schemi concettuali e da modelli teorici. Così la filosofia della natura diviene filosofia *della* scienza naturale, la filosofia morale si trasforma in filosofia *della* morale (meta-etica), la filosofia politica in filosofia *della* politica. La scienza e l'ideale della scientificità in ragione della loro divulgazione culturale e della tecnologia entrano a far parte della mentalità comunemente diffusa ed acquistano rilevanza anche per la vita pratica fino al punto da costituire il modo stesso in cui l'uomo di oggi si rapporta al suo mondo d'esperienza.

Mentre in passato ci sono stati grandi filosofi che hanno potuto ignorare le elaborazioni della scienza senza nocumento apprezzabile per la loro indagine, oggi questo non è più possibile. Ciò è particolarmente evidente nel campo delle scienze umane. Nessun filosofo della società si può oggi permettere d'ignorare i risultati delle ricerche sociologiche senza per ciò stesso perdere il contatto vitale con l'oggetto della sua riflessione. Semmai la sua maggiore difficoltà sarà al contrario quella di riuscire a rivendicare uno spazio proprio alla riflessione filosofica.

Questa linea di tendenza volta a confinare la filosofia al compito di una riflessione sulla scienza si ritrova ovviamente anche nel campo degli studi giuridici.

La filosofia del diritto viene spesso intesa esclusivamente come filosofia della scienza giuridica, come una riflessione *sulla* scienza giuridica e nulla di più. Questa posizione, soste-

nuta da tutti coloro che possiamo considerare genericamente «positivisti» in senso filosofico, è — come vedremo — riduttiva. Tuttavia è senz'altro vero che uno dei compiti più importanti della filosofia del diritto è la riflessione meta-scientifica.

Il rapporto tra scienza e filosofia del diritto si sviluppa lungo due binari, che, pur essendo complementari, è bene tenere distinti. La filosofia può guardare la scienza giuridica dall'esterno o dall'interno. Cominceremo dal primo ordine di problemi, perché è quello di gran lunga più noto e per nulla contestato. Nessuno mette in dubbio la legittimità di una riflessione filosofica sulle scienze a patto, però, che non si confondano le differenti competenze.

Affinché il compito meta-scientifico della filosofia del diritto sia ben svolto, è necessario che si riconosca alla scienza giuridica una sua indipendenza e autonomia conoscitiva. Ma ciò significa anche che, se ogni scienza si elabora a partire da un punto di vista, la filosofia, non lasciandosi imprigionare da alcun punto di vista particolare, può riflettere sulla scienza senza mai entrare in concorrenza con essa. La filosofia non è una scienza tra le altre, ma si colloca in un ordine diverso di problemi. Una ben precisa differenziazione tra scienza e filosofia non esclude, anzi postula, uno stretto collegamento tra di esse. Il compito meta-scientifico richiede che la filosofia non sia intesa come la vecchia metafisica, cioè indifferente nei confronti delle scienze, ma neppure che sia intesa come una mera appendice delle scienze senza un oggetto proprio, quale è stata l'aspirazione del neopositivismo.

La filosofia si accosta, dunque, al diritto attraverso la mediazione della scienza giuridica. La riflessione filosofica è diretta ad una presa di coscienza dell'elaborazione scientifica del diritto. L'obiettivo non è soltanto quello epistemologico, cioè teso a ricostruire una dottrina del metodo delle scienze giuridiche, ma anche quello di mettersi in contatto con la stessa esperienza del diritto, poiché — come abbiamo già detto — l'elaborazione scientifica è un elemento costitutivo del-

la stessa realtà del diritto.

Infatti nella scienza giuridica — come in tutte le scienze — bisogna distinguere i risultati che essa raggiunge relativamente al suo oggetto, dal modo in cui li raggiunge, cioè dal modo in cui procede la ricerca scientifica intorno al diritto. Questi due aspetti della riflessione meta-scientifica non possono essere separati, poiché già s'è notato che l'oggetto della scienza è condizionato dal metodo usato.

Si guarda spesso con diffidenza all'intrusione del filosofo nei problemi metodologici della scienza. Solo chi effettivamente usa i metodi è in grado di giudicarli. Ed infatti le riflessioni metodologiche più significative vengono di solito dagli stessi scienziati, quand'essi, però, sono capaci di guardare criticamente la loro stessa opera, di uscire cioè in una certa misura dalla sua logica interna. Il più adatto a portare avanti ricerche metodologiche è, dunque, lo scienziato capace di assumere un atteggiamento filosofico ovvero il filosofo che sia anche in grado di usare un metodo scientifico. I più rilevanti contributi alla metodologia giuridica provengono da giuristi capaci di riflessione filosofica e da filosofi forniti di competenza giuridica. In ogni caso la riflessione meta-scientifica richiede un atteggiamento filosofico per molteplici ragioni.

Innanzitutto non si può acquistare consapevolezza di un metodo specifico se non lo si mette a confronto con altri. Ammesso che esista un «metodo giuridico», cioè un metodo tipico della scienza giuridica, per definirlo adeguatamente sarà necessario confrontarlo con i metodi non giuridici, specie con quelli propri delle altre scienze sociali e per far questo non si può essere soltanto un tecnico del diritto. Ma la riflessione sui metodi è molto più complessa.

Poiché di fatto molte scienze si occupano del diritto e sono interessate ai fenomeni giuridici, bisogna sapersi liberare dalle strettoie di una singola disciplina e di un determinato punto di vista. Inoltre bisogna notare che nell'ambito stesso

delle scienze ritenute «giuridiche» in senso stretto l'omogeneità dei metodi è più un ideale che una realtà. I tentativi di unità metodica tra scienza del diritto pubblico e quella del diritto privato, che nell'Ottocento sono stati portati avanti con grande successo, oggi conoscono una significativa battuta di arresto. In effetti non c'è omogeneità tra gli stessi fenomeni giuridici. Con 'diritto' indichiamo cose molto diverse tra loro e non si può pretendere che i metodi d'indagine non tengano conto di quest'eterogeneità.

Se passiamo dalla riflessione sui metodi alla riflessione sui risultati, la necessità di un'opera continua di ricomposizione della frammentarietà delle indagini scientifiche s'impone. Nonostante la molteplicità delle discipline e delle indagini specifiche è spesso possibile individuare alcune costanti culturali che collegano ambiti di ricerca ben diversi tra loro. Le soluzioni teoriche adottate nella prassi dell'interpretazione giuridica presentano non di rado analogie sul piano dei procedimenti seguiti, delle valutazioni adottate e dei risultati raggiunti.

L'indagine filosofica è rivolta a ricostruire un'immagine unitaria della cultura giuridica del tempo. Tuttavia è bene avvertire che l'unità culturale può realizzarsi nei modi più diversi, dalla compattezza della prassi interpretativa alla semplice persistenza di linee di tendenza ricorrenti.

La ricomposizione dei risultati dell'indagine scientifica dovrà, inoltre, tener conto della molteplicità delle scienze che s'interessano del diritto. Tradizionalmente uno dei compiti della filosofia è quello di mettere ordine nell'universo della conoscenza. Si tratta del cosiddetto compito architettonico, che è rivolto a fissare la gerarchia del sapere, cioè i vari livelli di conoscenza e i loro rapporti. Ma il sapere contemporaneo rifiuta ogni gerarchia. Nell'universo delle scienze vige la democrazia. Non ci sono punti di vista superiori ad altri, tutte le scienze hanno la stessa dignità epistemologica. Tuttavia non si può negare che, se mancano le gerarchie, sussistono le connes-

sioni e le interdipendenze. La rete del sapere si intesse con l'apporto congiunto di indagini complementari, ognuna delle quali di per sé sarebbe insufficiente. Anche se al posto della subalternanza dobbiamo porre l'interdipendenza, resta la necessità di mettere ordine nelle complesse relazioni tra le scienze. Ad esempio, ci si interroga sullo statuto epistemologico della sociologia del diritto, che alcuni vorrebbero intendere più vicina alle scienze giuridiche e alle teorie del diritto, mentre altri ne rivendicano la matrice tipicamente sociologica. Tale questione implica ovviamente una definizione dei vari tipi d'approccio al fenomeno giuridico e dei loro rapporti.

Nel compito architettonico della filosofia del diritto la riflessione sui metodi e quella sui risultati si ricongiungono, riconfermando la loro stretta complementarità.

Finora abbiamo considerato la filosofia del diritto come esterna alle scienze giuridiche, ma non è questo l'unico modo in cui essa si rapporta a queste. C'è anche una presenza della dimensione filosofica all'interno della stessa elaborazione scientifica. Il rapporto «interno» tra filosofia e scienza è particolarmente (ma non esclusivamente) rilevante nelle scienze umane.

L'esplorazione del mondo dell'uomo non può fare a meno di muoversi all'interno di determinate assunzioni antropologiche, che sono in realtà presupposizioni filosofiche, di cui lo scienziato deve almeno essere consapevole se vuole evitare una caduta della propria ricerca nella mera ideologia. Ma, accanto a queste condizioni generali dell'indagine su cui ritorneremo, ve ne sono altre più specifiche, che ci conducono nel cuore stesso dei procedimenti scientifici.

Il compito immediato delle scienze dell'uomo è quello dell'osservazione delle manifestazioni dell'azione umana. Questa può essere compresa solo nella misura in cui si riconosce ad essa un senso. L'azione umana propriamente è un'azione «sensata», un'azione a cui è stato conferito un determinato senso. Il discorso sul senso richiede l'introduzione di concetti

non osservabili che colorano i comportamenti di significati non meramente fattuali. Ad esempio, il discorso etico e giuridico si serve di concetti quali quelli di norma, valore, dovere, diritto, obbligo, validità..., che chiameremo **concetti di senso**. Tutti questi non sono concetti empirici e, tuttavia, sono chiamati in causa necessariamente da scienze che sono rivolte ad indagare l'umano, perché aprono all'osservazione, alla spiegazione e alla comprensione questo campo d'esperienza.

Il discorso giuridico, come quello etico, non può essere semplicemente analitico e descrittivo, ma è propriamente un discorso prescrittivo e costitutivo del senso stesso dell'azione sensata. Esso non è diretto a descrivere l'azione, ma a qualificarla, attribuendo ad essa un senso prescrittivo e valutativo.

Nella chiarificazione e nell'uso di questi concetti di senso si evidenzia l'utilità dell'apporto filosofico al fine dell'individuazione dell'unità dell'oggetto della scienza. I concetti di senso non hanno, però, una loro oggettività autonoma. Non esiste un «oggetto» norma o valore, ma esistono solo azioni e comportamenti su cui la qualificazione deontica deve esercitarsi.

E' per questo che l'intervento dei concetti di senso non significa affatto per la scienza giuridica l'evasione dal diritto positivo in tutta la sua concretezza e determinatezza. Si tratta di mostrare che lo stesso concetto di diritto positivo deve la sua unità interna e il suo senso specifico a qualcosa che non è mera positività fattuale. Di conseguenza concetti filosofici sono implicati nella scienza giuridica molto più di quanto non credano o non vogliano credere i giuristi.

3. LA RIFLESSIONE SUL FONDAMENTO ANTROPOLOGICO.

Finora abbiamo osservato la problematica filosofica in rapporto alla scienza giuridica. Il contatto che qui la dimen-

sione filosofica ha con l'esperienza giuridica è in certo qual modo condizionato e mediato dalla scienza, che pure — come s'è notato — fa parte integrante della cultura giuridica. Ora dobbiamo osservare un po' più da vicino gli interrogativi filosofici che la stessa esperienza del diritto nella sua globalità suscita. In radice si tratta del problema eminentemente filosofico del fondamento del diritto, ma per non lasciarsi paralizzare da una questione così grossa bisogna accostarsi ad essa con gradualità e cautela.

La presenza del diritto nelle più diverse e varie culture, nonostante l'eterogeneità delle sue regole, sembra essere manifestazione di una modalità dell'essere dell'uomo. La **modalità giuridica** appare come una componente rilevante dell'agire propriamente umano e attraverso l'agire è l'essere stesso dell'uomo che viene alla luce. A questo punto la riflessione filosofico-giuridica non è più diretta ad aiutare la scienza del diritto a farsi consapevole di se stessa, ma aspira a conoscere meglio l'uomo nelle sue modalità esistenziali. Per questo si muove entro l'orizzonte dell'**antropologia filosofica**, in cui è custodito il senso ultimo della giuridicità.

L'attenzione per la dimensione antropologica si fa strada sempre più chiaramente anche nell'ambito della scienza giuridica, delle tecniche interpretative e delle rilevazioni sociologiche.

La diffusione dell'ermeneutica e il crescente interesse che la filosofia analitica ha per quello che Hart ha chiamato «il punto di vista interno» stanno a testimoniare la convinzione che sia necessario considerare il diritto in modo antropomorfo. Se il diritto appartiene al campo dei fenomeni umani, si deve tenerne conto anche in sede scientifica. La descrizione dei fenomeni umani deve riprodurre la situazione così com'essa è appresa dagli agenti, il cui comportamento viene osservato. Le norme in quanto guida della condotta forniscono ragioni per l'azione e possono essere osservate solo a partire dagli atteggiamenti degli agenti, dal grado di accettazione e

dai significati che rivestono in relazione alla valutazione della propria e altrui condotta.

Tutto ciò presuppone da parte dello scienziato del diritto l'uso di un'antropologia implicita, almeno con un contenuto minimale. Gli utenti del diritto vengono considerati come esseri razionali in grado di rendersi conto del modello di condotta insito nella norma; il loro comportamento è messo in movimento dalla pressione dei bisogni, degli interessi, dei desideri; la loro azione segue la logica dello scopo, ha una motivazione, un'intenzione ed è giustificata da ragioni. Come c'è un'antropologia dello scienziato del diritto, così c'è anche un'antropologia implicita nel sistema giuridico (Jenkins). Le relazioni tra uomo e diritto sono simmetriche, cioè a doppio senso. E' stato a ragione affermato che, se è vero che il diritto è opera dell'uomo, è anche vero che l'uomo è opera del diritto (Broekman). Ogni sistema giuridico accredita e rafforza una specifica immagine dell'uomo e del suo posto nel mondo.

Certamente bisogna distinguere l'**antropologia giuridica**, che è una disciplina scientifica di carattere descrittivo, dall'antropologia filosofica, che s'interroga sulla possibilità di spiegare le costanti transculturali dell'agire umano. Tuttavia non v'è dubbio che lo sviluppo della prima accresce l'includibilità delle domande che affaticano la seconda.

Nella sostanza l'antropologia filosofica è stata sviluppata tradizionalmente come un'ontologia applicata all'uomo. Ci si chiede, infatti, in che misura si possa parlare di uno statuto ontologico proprio dell'uomo, ente tra gli enti. E' questo il ben noto tema della natura umana oggi ampiamente contestato.

Le tendenze attuali dell'antropologia filosofica rifiutano ogni derivazione ontologica e contestano la possibilità stessa di un'ontologia. Ma con ciò diventa problematica la possibilità della stessa antropologia a conferma degli stretti legami tra l'una e l'altra. Nessuna caratteristica essenziale potrà infatti essere attribuita all'ente-uomo senza per ciò stesso compiere

un'affermazione ontologica. Certamente restano aperti gli spazi della descrizione fenomenologica, che però di per sé non è fondante.

Molti equivoci sono stati causati dall'ambiguo uso del concetto di natura umana, che non di rado, essendo stata intesa in senso fattualistico, non può essere posta a fondamento di valori morali o giuridici. Se la «natura» è un ordine meramente fisico, allora l'uomo si contrappone ad essa. «L'uomo è infatti quell'essere la cui condotta di vita è svincolata dall'ordine della natura» (Gadamer). Tutto il pensiero della modernità è contrassegnato dalla dicotomia «uomo-natura». Ma, se il concetto di natura viene spogliato dei suoi aspetti fattualistici e ridotto a quello di ordine e di misura, allora si può certamente parlare di una natura dell'uomo nel senso di un ordine interno tra le varie modalità dell'agire umano.

Anche questo ovviamente è problematico, poiché sotto molti aspetti l'uomo appare come un essere, a dir poco, sbilanciato, e tuttavia questo concetto di «natura umana» non è assurdo e per essere rifiutato richiede un'indagine non più strettamente antropologica, ma anche relativa alle presupposizioni filosofiche generali.

L'indagine filosofica sulla «natura umana» non è, però, ancora una riflessione filosofico-giuridica. Anche nello stesso ambito speculativo c'è una differenza rilevante tra l'antropologia filosofica e la filosofia del diritto. Quest'ultima ha per oggetto il diritto, non già l'uomo. La ricerca del fondamento del diritto può condurre a trascurare le modalità specifiche dell'oggetto di cui si cerca il fondamento. La tendenza ad andare sempre più in profondità fa allontanare dalle cause prossime alla ricerca di quelle radici ultime da cui dipendono non solo il diritto, ma tante altre cose. Così i filosofi del diritto sono accusati, non di rado a ragione, di spostare il centro d'interesse verso problemi speculativi che hanno ben poco a che fare con il diritto. Quest'ultimo, al pari delle altre manifestazioni dell'agire umano, può essere senza dubbio un punto di par-

tenza per conoscere l'uomo, ma questa non è certamente una ricerca filosofico-giuridica. Allora s'impone di precisare a quali condizioni è sottoposta un'indagine riguardante il fondamento del diritto.

Uno dei punti fermi, che è bene non dimenticare, risiede nella presupposizione che il fondamento deve in qualche misura appartenere alla stessa realtà fondata, altrimenti la consistenza e l'individuazione di quest'ultima si vanifica ed essa diventa una mera appendice priva d'identità. Se il diritto è esclusivamente uno strumento del potere, allora quest'ultimo diventa il vero centro della giuridicità. La raffigurazione tecnologica del diritto pone inevitabilmente il fondamento al di fuori di un diritto che è nella sostanza un complesso di regole per l'esercizio del potere. La raffigurazione culturale e quella etica richiedono, invece, un fondamento intrinseco al diritto stesso.

La specificità della giuridicità è salvaguardata, dunque, da un fondamento che appartenga ad essa, senza tuttavia identificarsi con nessuna delle manifestazioni di essa. D'altronde la filosofia del diritto va alla ricerca del fondamento del diritto e non già del fondamento della realtà in generale. Secondo Kelsen, ad esempio, una norma può essere fondata solo da un'altra norma e, tuttavia, la norma fondamentale non può ovviamente essere del tutto simile alle norme che fonda, altrimenti dovrebbe a sua volta essere fondata. Ecco, dunque, le due istanze che il problema del fondamento pone al filosofo del diritto: il diritto deve poggiare sul diritto e, tuttavia, proprio per questo il concetto di diritto non può essere univoco, deve tener conto di un'ulteriorità, di una sporgenza.

Il **problema del fondamento del diritto** è antico quanto il diritto stesso. Se non esiste una norma o un criterio di valutazione dei diritti storici, tutto è permesso. Bisognerà obbedire ciecamente ai comandi di coloro che detengono il potere.

Di fatto il problema del fondamento del diritto ha avuto e avrà sempre i suoi martiri e non è, quindi, puramente teorico. Negare l'importanza del problema è ridicolo; negare la sua risolvibilità è presumere troppo e ipotecare temerariamente il futuro; lasciare sempre aperta la questione nel succedersi delle soluzioni provvisorie è saggio e più consono ad una ragione che non è assoluta, ma che non è neppure cieca nei confronti del bene e del male.

Il riflesso della problematica antropologica della natura nella filosofia giuridica si trova nella distinzione tra diritto vero e diritto giusto.

Non è necessario che una regola giuridica sia considerata giusta per essere giuridicamente obbligatoria, cioè per avere esistenza giuridica. Tuttavia ciò non significa che non debba rispettare certe condizioni. Quando si afferma che una norma per essere giuridica deve essere valida, cioè rispondente a certe condizioni procedurali e formali, si vuole distinguere non già il diritto giusto dall'ingiusto, ma il diritto dal non diritto, il vero diritto dal falso diritto. Infatti la validità appartiene alla categoria più generale e comprensiva della verità.

Si pone, allora, il problema se la validità formale sia sufficiente a determinare il diritto vero. Questo è nella sostanza il problema del diritto naturale, che erroneamente è stato considerato anche da illustri studiosi come riguardante il diritto giusto. La confusione dei piani ha una sua giustificazione nell'evoluzione storica della dottrina del diritto naturale. In effetti il giusnaturalismo moderno ha — come vedremo — confuso il diritto vero con il diritto giusto. Qui sono in gioco evidentemente concetti filosofici fondamentali, quali quelli di verità e giustizia, che subiscono continui mutamenti di significato. Il giusnaturalismo antico e medioevale aveva la tendenza a intendere la giustizia in termini di verità, quello moderno al contrario pensa la verità in termini di giustizia.

Per comprendere in che senso la problematica del diritto vero non debba restringersi alle condizioni di validità forma-

le, da una parte, e non debba coinvolgere, dall'altra, questioni di giustizia, è bene riferirsi a qualche esempio particolarmente illuminante.

Un corpo di persone che delibera, cioè un collegio, è ovviamente governato da certe regole. Queste regole non sono tutte arbitrarie, cioè liberamente stabilite dagli organi costituenti, ma debbono rispettare certe condizioni strutturali legate alla «natura» della cosa in questione, altrimenti il collegio non può funzionare bene. Ad esempio, la convocazione della seduta deve contenere l'indicazione dell'ordine del giorno e deve essere effettuata con un certo anticipo, altrimenti la volontà di chi decide non sarà adeguatamente informata. Se manca l'informazione, la deliberazione, che è la finalità principale di un collegio, non sarà una *vera* deliberazione e, quindi, il collegio non sarà un *vero* collegio. Il legislatore non è, pertanto, libero di emanare qualsiasi regola, ma la sua scelta è ristretta solo a quelle che rispettano certe condizioni strutturali dei rapporti sociali. C'è la possibilità di distinguere i collegi dai non collegi, così come c'è la possibilità di distinguere i cani dai non cani. Si potrebbero qui portare molti esempi, come per il diritto privato quello della promessa o del contratto (per l'esempio del collegio mi sono ispirato a G. Corso, *Individuo, decisione collettiva, principio maggioritario*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. I, Milano 1988, pp. 231-266, dove si troveranno molte altre indicazioni al riguardo).

In generale, si può affermare che il diritto per essere tale deve essere praticabile, deve rispettare la natura delle cose. Quest'espressione è estremamente generica, ma consente di abbracciare un ampio spettro di situazioni. In fondo anche la validità formale delle norme è il modo di rendere praticabile il diritto in una situazione di pluralismo diffuso sul piano dei valori. Un accordo comune sulle norme giuridiche è necessario. Se non può esserci un accordo sui contenuti, almeno ci dovrà essere un accordo sulle procedure di produzione normativa.

Non vedo come si possa affermare la necessità che casi uguali siano trattati in modo eguale, che le conseguenze giuridiche di un'azione siano prevedibili, che la legge non sia retroattiva, che a diritti corrispondano doveri...senza sostenere la presenza di condizioni interne che controllano la determinazione del bene giuridico (Fuller).

Nella «natura delle cose» si fanno rientrare fattori fisici, biologici, culturali e, anche, ontologici. Per ritornare all'esempio di sopra, si può ritenere che la convinzione riguardante il collegamento necessario tra deliberazione e informazione sia di carattere culturale e non ontologico, che il rispetto della libertà individuale sia un valore storico che potrebbe venir meno in futuro. Ma tutto ciò non inficia la distinzione tra diritto vero e diritto giusto, perché resta il fatto che, dati certi presupposti (siano essi culturali o ontologici) la regola giuridica deve rispettare certe condizioni. Basta questo per parlare di una certa naturalità del diritto e per impostare il problema del diritto naturale non già nei termini di un diritto alternativo al diritto positivo, ma in riferimento alle condizioni di praticabilità del diritto.

Mettendo a frutto ciò che c'insegna la travagliata vicenda intellettuale del giusnaturalismo, non possiamo più oggi pensare il diritto naturale se non come un aspetto interno al diritto positivo stesso. La dicotomia «diritto positivo/diritto naturale» deve cedere il posto alla constatazione che la positività, cioè la determinatezza e la vigenza, è una caratteristica indispensabile al diritto. In senso pieno non v'è diritto che non sia positivo. La positività più che un dato di fatto è un processo storico che governa lo sviluppo del diritto. La tendenza del diritto è diretta verso una sempre maggiore positivizzazione, che trova la sua meta ideale nella regola del caso concreto. Tutto lascia pensare, perciò, che la rilevanza del diritto naturale non possa che essere modesta per un diritto proiettato verso una sempre maggiore positività. Si tratterà di vedere in che misura il punto di partenza e il processo di selezione nor-

mativa non facciano e non debbano fare anche ricorso a qualificazioni in termini di adattabilità o convenienza nei confronti di strutture della coesistenza umana e di esigenze persistenti della «natura umana».

Da queste notazioni appare chiaro che il diritto naturale non può che essere un elemento interno dell'ordinamento giuridico positivo. La questione reale non è se il diritto naturale esista, ma quale sia e che valore abbia. La sua funzione è quella di consentire il raggiungimento di quelle finalità verso cui è diretto il processo di positivizzazione, cioè la sicurezza e la pace sociale, la prosperità e la multilaterale realizzazione dell'umano. Ciò spiega anche la grande influenza che ha esercitato il giusnaturalismo moderno sulla teoria del diritto e sui contenuti della dogmatica giuridica.

Connessa all'immanenza del fondamento è la sua ulteriorità. Un diritto naturale così inteso è incompatibile con una chiusura della giuridicità in se stessa. Se all'interno dell'ordinamento giuridico positivo vi sono elementi non positivi, per quanto anch'essi soggetti al processo di positivizzazione, il diritto è una struttura aperta e innestata nella dimensione etica e sociale.

Non si deve credere che le presupposizioni culturali o ontologiche, entro cui si colloca la questione del diritto naturale, non debbano essere problematizzate o che sfuggano alla riflessione filosofico-giuridica. Questo, però, non è più il problema del diritto naturale, ma attiene ad una sfera ben distinta, per quanto anch'essa compresa nel giusnaturalismo. Mi riferisco qui al **problema della legge naturale**, cioè dell'esistenza o meno di finalità naturali e di valori morali comuni a tutti gli esseri umani.

A parte la presenza dello scenario antropologico sullo sfondo, l'evoluzione del diritto registra un progressivo andare al di là delle proprie formulazioni positive. L'inquietudine nei confronti di ogni formulazione positiva, la sua instabilità, la sua continua revisione spesso non indicano una negazione

dei principi originari, ma al contrario sono progressivi tentativi di catturarli nella loro integralità e in tutta la loro ampiezza. La parte del diritto che viene alla luce e si consolida è circondata da un alone di penombra in cui diritto, costume e moralità sociale si confondono e che costituisce insieme un serbatoio e un immenso laboratorio di produzione giuridica. Ciò spiega perché abbia senso porsi la questione della mutevolezza del diritto naturale. In effetti ogni formulazione di esso è una concretizzazione storica e come tale mai definitiva e compiuta.

Una volta penetrati in questa zona di penombra giuridica della vita pratica e sociale, in questa parte sommersa della giuridicità, sorge la questione cruciale: si tratta soltanto di una formazione storica e culturale oppure sono in essa nascosti principi e linee di tendenza persistenti? Questo problema non è più quello del diritto naturale, che pure può ammettersi solo in un'ottica non relativistica. Così la questione cruciale diviene ora quella della legge naturale, cioè della presenza all'interno della vita pratica di principi e regole non articolate, di istanze e di orientamenti che restano sempre al di là delle loro manifestazioni storiche, sociali e giuridiche.

La problematica della legge naturale, a differenza di quella del diritto naturale, non è più strettamente giuridica, ma in senso lato etica, ed interessa la ragion pratica in tutta la sua ampiezza. Tuttavia, se il diritto non è solo quello che emerge nelle formulazioni storiche ma è anche quello che si trova ancora confuso con la moralità positiva in attesa di una determinazione contingente e di una purificazione concettuale, allora le questioni più basilari della vita pratica interessano direttamente la filosofia del diritto. A differenza del diritto naturale, per la legge naturale ha senso porsi la questione se essa esista o meno.

Il problema del fondamento del diritto presenta, dunque, due versanti: un aspetto interno, immanente all'ordinamento giuridico, che è rappresentato dalla problematica del diritto

naturale, e una sporgenza verso l'ulteriorità, che è rappresentata dalla problematica della legge naturale.

4. LA RIFLESSIONE DEONTOLOGICA.

Abbiamo detto che il problema della legge naturale è nella sostanza un problema etico. Esso introduce al problema della giustizia e a quello del diritto giusto.

La giustizia è il valore morale del diritto ed è, perciò, il fine ultimo di ogni ordinamento giuridico. Lo scopo del diritto sembra essere quello di raddrizzare ciò che è storto, di restituire il maltolto, di riparare ciò che è stato danneggiato, cioè in una parola di mettere ordine nella vita sociale, e questa è tradizionalmente l'opera della giustizia (*opus iustitiae pax*).

Proprio per i contatti che il tema della giustizia ha con i sentimenti, gli interessi, i bisogni, i desideri dei singoli e le aspirazioni, le aspettative, le passioni dei popoli è facilmente preda delle ideologie e necessita più di ogni altro di una terapia linguistica e concettuale.

Dobbiamo innanzitutto distinguere il **giusto legale** dal **giusto morale**. Un comportamento è giusto in senso legale quando è conforme ad una legge. Ma è ovvio che il giusto legale non raggiunge la radice del problema, perché resta ancora da chiedersi quando una legge è giusta, cioè quando è fornita del valore morale della giustizia. Il giuspositivismo nella sua versione estrema ha sostenuto che una legge giuridica è giusta per il solo fatto di essere valida (**legalismo giuridico**). Si fa così dipendere il valore della giustizia dalla volontà del sovrano e si prefigura uno Stato etico, che stabilisce ciò che è bene e ciò che è male in senso morale. Questa dottrina è la base del totalitarismo ed è condannata dal sangue di tutti coloro che hanno difeso il valore della giustizia.

Alla distinzione tra giusto legale e morale si collega quella

tra **giustizia dell'azione** e **giustizia della regola**. La giustizia può riferirsi ad un'azione o ad una regola. Si tratta di due problematiche ben diverse, perché gli oggetti a cui si riferiscono sono ben diversi. E' importante stabilire se la giustizia si debba riferire prioritariamente all'azione o alla regola. Abbiamo, infatti, visto che la distinzione tra giusto legale e giusto morale presuppone che la giustizia sia propriamente qualità di regole. Le azioni o i comportamenti sono giusti nella misura in cui sono conformi a regole giuste. Tuttavia questa priorità della legge sull'azione concreta non è un fatto indiscutibile. In realtà si tratta di una tendenza tipica del pensiero moderno.

In un'epoca di pluralismo di valori e di ideali appare urgente individuare un gruppo di principi razionali di carattere universale che hanno la loro autorità su di noi indipendentemente dai nostri atteggiamenti, preferenze e sentimenti. Il fallimento di questo tentativo, che ha trovato nell'etica kantiana della legge morale la sua più alta espressione, ha prodotto lo scetticismo attuale in tema di giustizia. La concezione emotivista riduce i valori morali a nulla più che sentimenti. Kelsen dirà che «la giustizia è un ideale irrazionale» e Ross agghungerà che affermare la giustizia di qualcosa è come «battere un pugno sul tavolo». Ma la crisi della razionalità della giustizia è in realtà la crisi di un certo modo d'intendere l'uso della ragione nelle cose pratiche. Allora non resteranno che gli **ideali di giustizia**, nobili quanto si vuole, ma ingiustificabili sul piano della ragione. Allora la tendenza verso un diritto più giusto, l'impegno verso un migliore diritto non sarà altro che un'aspirazione emotiva dei singoli e dei popoli.

La considerazione del problema della giustizia da parte del pensiero greco e medioevale era ben diversa. Qui alla giustizia dell'azione viene data la priorità sulla giustizia della regola.

Nel diritto romano di preferenza si parla di **res iusta**. Il giusto è nelle cose, cioè nelle azioni e nelle situazioni, nel loro ordine e nella loro misura. Per questo non si deve dedurre il diritto dalla regola, ma, partendo dal giusto, che esiste nelle

cose, si può cercare di ricostruire la regola. *Ius non a regula sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat* (Paolo). La giurisprudenza è la *justi atque injusti scientia*.

Una delle differenze più macroscopiche tra le due prospettive è che per il pensiero moderno l'universalità è essenziale al concetto di giustizia, poiché una legge che non valga per tutti non è una vera e propria legge, mentre per il pensiero antico non si parla più del concetto astratto di giustizia, ma del giusto, cioè dell'azione concreta che qui e ora deve essere posta in essere e un'azione è sempre particolare e contingente. Per il pensiero antico i nostri discorsi sulla giustizia apparirebbero null'altro che vuota retorica. Il problema della giustizia si pone legittimamente solo nella prospettiva di un impegno pratico al fine di deliberare l'azione da compiere. Non si tratta infatti di afferrare un'idea, ma di individuare qual è l'azione giusta in quella determinata circostanza.

Ora appare chiaro perché il pensiero greco e medioevale pensa la giustizia in termini di verità piuttosto che di valore morale e, perciò, la collega alla problematica del diritto naturale. Quando s.Tommaso, seguendo s.Agostino, sostiene che una legge ingiusta non è una vera e propria legge, non vuole affatto affermare — come s'è creduto — che il rispetto dei valori morali è un elemento della validità di una norma giuridica. Questa sarebbe una maniera di leggere nell'ottica della modernità un'espressione che appartiene ad un contesto ben diverso. Bisogna rendersi conto che il linguaggio della giustizia è più di tutti gli altri culturalmente condizionato. S.Tommaso qui si riferisce al rispetto che la legge positiva deve avere nei confronti della natura delle cose, che egli intende in senso ontologico. S.Tommaso si riferisce qui più al diritto «vero» che a quello «giusto» o, meglio, al diritto giusto in quanto fondato su quello vero.

Inoltre, nell'ambito del pensiero antico e medioevale la giustizia non è né un sentimento né un'aspirazione, ma è una virtù. La differenza salta agli occhi ove si pensi che avere sen-

timenti o aspirazioni di giustizia non rende per ciò stesso giusti, mentre colui che ha la virtù della giustizia è per ciò stesso giusto. Un'azione giusta è più sicuramente deliberata e posta in essere da uomini giusti. E' l'accento posto sulla giustizia dell'azione a postulare la giustizia delle persone.

La virtù della giustizia è richiesta al fine d'individuare l'azione giusta, che, essendo qualcosa di singolare e contingente, non può essere trovata mediante mere deduzioni logiche, ma richiede anche l'impegno personale e la rettificazione della volontà.

L'attenzione per la giustizia dell'azione non deve far dimenticare le buone ragioni che hanno spinto i moderni ad interessarsi più della giustizia della legge. Ridurre la giustizia alla verità è altrettanto insoddisfacente quanto ridurre la verità alla giustizia.

I moderni sono stati indotti a dar più importanza alla giustizia delle leggi a causa del processo di autonomizzazione che ha portato il diritto a distinguersi sempre più dalle altre sfere della vita pratica e, segnatamente, dalla morale. La separazione del diritto è ovviamente legata ad una sua entificazione, cioè all'individuazione di un gruppo di prescrizioni propriamente «giuridiche». Il diritto è divenuto così un oggetto da confrontare con le situazioni sociali a cui deve essere applicato. Allora il problema più rilevante diventa quello della giustizia di queste prescrizioni, della loro rispondenza ai valori sociali e morali.

L'aspirazione verso un diritto migliore o più giusto si concretizza nelle riforme legislative, nel miglioramento delle norme giuridiche alla luce degli ideali di giustizia. Per il diritto romano, invece, il diritto risiede — come abbiamo visto — nelle azioni e nelle situazioni, mentre le norme sono solo una guida per la scoperta della *res iusta*.

Come si può notare, i due contesti, entro cui si pone il problema giuridico della giustizia, sono ben differenti e non è certo possibile scegliere liberamente quello che ci aggrada. Lo

sforzo semmai deve essere quello di temperare la problematica attuale della giustizia delle leggi, tenendo presente le istanze della ragion pratica e la tensione verso il giusto in concreto.

Un'ultima notazione riguarda i **contenuti della giustizia**. E' stato rilevato che nella storia della civiltà la giustizia è stata di volta in volta identificata con un valore fondamentale dominante: il bene collettivo, l'ordine, la libertà, l'uguaglianza, la pace....Ciò ha condotto alla conclusione che di per sé la giustizia non abbia un volto specifico. Si tratta di una bandiera che può essere issata a sostegno di tutte le cause.

Anche a questo proposito il pensiero antico e medioevale hanno qualcosa da insegnarci. Secondo Platone e Aristotele la giustizia ha un **carattere pleromatico**, cioè racchiude in sé tutti i valori fondamentali della vita umana, nessuno escluso. Seguendo questa linea di pensiero, Finnis individua alcune esigenze basilari (*requirements*), a cui le ragioni di fare o non fare una cosa debbono sottostare. Le nove esigenze della ragionevolezza pratica sono: un piano coerente di vita (*plan of life*), nessuna arbitraria preferenza tra i valori, nessuna preferenza arbitraria tra le persone, distacco dalle situazioni particolari, fedeltà agli impegni presi, rilevanza (limitata) delle conseguenze, rispetto in ogni atto per ogni valore fondamentale, favorire e promuovere il bene comune, seguire la propria coscienza (cfr. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980, ch. V). Qui la giustizia non è un valore, ma la realizzazione multilaterale della persona umana.