

Salvatore Amato

*La filosofia del diritto è inutile, perché è indispensabile?*

Perché insegnare la filosofia del diritto? Cosa insegniamo nei nostri corsi? Sono domande ricorrenti nei Consigli di Dipartimento. Da quando ho cominciato a frequentare la cattedra di Filosofia del diritto sono perseguitato dal senso di colpa per “essere al mondo”, per avere un cantuccio nel mondo del diritto. Dovrei giustificarmi per evocare Platone e Kant proprio con chi nelle proprie lezioni parla ancora dell'enfiteusi o della cambiale? Dovrei essere in imbarazzo per riflettere sul diritto naturale proprio con chi trasmette agli studenti di primo anno l'immagine senza tempo di un diritto in cui il “negozio giuridico” passa da Gaio ai nostri manuali senza soluzione di continuità? Quando scopriranno gli studenti che hanno dovuto studiare qualcosa di cui non c'è nessuna espressione latina corrispondente e di cui non si trovano tracce neppure nel nostro codice civile? Se una sottile costruzione della scuola delle pandette è diventata un postulato dell'insegnamento del diritto, perché non potrebbe esserlo una riflessione di Platone? E siamo proprio sicuri che conoscere la disciplina della cave e delle torbiere (la domanda a cui ho dovuto rispondere all'esame di amministrativo) o la fantastica Imu, che viene e va come le stagioni, sia più utile alla maturazione culturale e alla preparazione professionale di una riflessione sulla teoria della giustizia o sullo Stato di diritto?

Tutti questi interrogativi tornano alla ribalta ogni volta che si prospetta una qualche riforma dell'ordinamento universitario. E, malgrado questi interrogativi, ogni volta che avviene una riforma dell'ordinamento universitario, dobbiamo superare il test di ammissibilità al mondo e ci dobbiamo impegnare per cercare di raccattare ancora qualche credito. È vero che i nostri complessi di inferiorità vengono meno quando ci sbattono a far parte della commissione di esami di avvocato (saremo avulsi dal mondo del diritto, ma all'inutile rituale degli esami di avvocato non ci possiamo sottrarre), perché scopriamo che gli studenti, quegli studenti che noi abbiamo proclamato dottore in Giurisprudenza dopo aver loro imposto l'apprendimento di migliaia di pagine sulle norme più svariate, hanno una maturazione intellettuale e una padronanza del senso del diritto minime. Appena si esce dagli schemi della solita domandina, si smarriscono. E anche quando ripetono la lezione alla perfezione, si bloccano davanti al perché. Perché va trascritta una sentenza?

Dinanzi a tutte le possibili risposte spiattegate dai codici, il nostro compito è quello di formulare le domande, o meglio di abituare lo studente a porre le domande. Tutti sanno che nel processo di apprendimento il domandare è tanto importante quanto il rispondere. Sulla connessione di questi due momenti si fondano

la retorica e l'ermeneutica, ma anche secoli di dogmatica giuridica. Arzigogolato e geniale, Legendre sintetizza tutto questo nell'immagine dell'uomo come "*animale del perché*". E aggiunge che "ogni società deve assumersi la responsabilità della fondazione di una rappresentazione del '*perché*', che ha logicamente statuto di rappresentazione legale, perché si tratta di mantenere il discorso fondatore su scala sociale, con tutti gli effetti giuridici"<sup>1</sup>.

L'innegabile esigenza di privilegiare l'apprendimento del dato positivo, per quanto eterogeneo e confuso possa essere, "*acervatarum legum cumulo*"<sup>2</sup>, non esclude il fatto che il diritto esprima sempre una scelta: la scelta tutt'altro che scontata di una forma di cooperazione rispetto a un'altra (contratto), di un modello di vita rispetto a un altro (matrimonio), di una distribuzione dei beni rispetto a un'altra (proprietà). Lo studente deve rendersi conto di tutto questo, mentre apprende la specifica articolazione normativa della singola organizzazione sociale. Non si può sopprimere il momento del *perché*, il momento della riflessione sul diritto nell'analisi del diritto.

Sotto questo punto di vista, è vero che non esiste un settore definito che si possa chiudere nel recinto "filosofia del diritto". Non esiste, perché tutto nel diritto è filosofia. "L'uomo ha bisogno di *vivere per*. Si propone dei fini. *Vuole, desidera, opta, sceglie*"<sup>3</sup>. Il diritto qualifica gli atti di volontà, seleziona i desideri, offre una serie di opzioni e incanala le scelte. Lo fa in base a un'immagine dell'uomo e a un equilibrio degli interessi che si raggiungono storicamente attraverso forti tensioni politiche e culturali. Sarebbe mai esistito il diritto amministrativo senza l'opera di centralizzazione del potere politico operata dalla Rivoluzione francese e soprattutto da Napoleone? Sarebbe mai esistito un diritto del lavoro, senza il socialismo e il marxismo, ma anche senza la rivoluzione borghese che ha segnato il passaggio dal principio dell'*ascription* (le posizioni sociali sono attribuite per privilegio di nascita) al principio dell'*achievement* (le posizioni sociali sono acquisite attraverso le capacità individuali)?

Ognuna delle discipline che caratterizza l'esperienza giuridica è profondamente segnata dalle esigenze sociali relative a una determinata distribuzione del potere, dall'aspirazione a un particolare equilibrio degli interessi, dal perseguimento di alcuni valori fondamentali senza i quali non sarebbe possibile il rispetto della dignità umana. Ma allora la filosofia del diritto è inutile nei limiti in cui è indispensabile. O meglio sarebbe inutile qualora, in ogni insegnamento, una parte fosse dedicata alla filosofia del diritto. Ricordo tre opere di straordinario spessore culturale, per quanto molto diverse tra loro: la *Histoire des Institutions* di Jaques Ellul<sup>4</sup>, *La formation de la pensée juridique moderne* di Michel Villey<sup>5</sup> e la *Storia della cultura giuridica*

1 P. Legendre, *Il giurista artista della ragione*, tr. it. Giappichelli, Torino, 2000, p. 33.

2 Il diritto appariva così a Livio già qualche millennio fa. Figuratevi che direbbe oggi: *Ab urbe condita*, III, 34, trad. it. in *La prima deca*, UTET, Torino 1953, p. 245.

3 J. Hersch, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, tr. it. Bruno Mondadori, Milano, 2008, p. 61.

4 Trad. it. Mursia, Milano, 1976.

5 Trad. it. Jaca Book, Milano, 1985.

*moderna* di Giovanni Tarello<sup>6</sup>. Sono state scritte da filosofi del diritto, solo ad Ellul questa definizione starebbe stretta, ma hanno un respiro storico-teoretico che potrebbe costituire il fondamento di qualsiasi insegnamento del diritto: vi potrebbe pescare a piene mani sia uno di privato che uno di penale, sia un amministrativista che un processualista. Dovremmo avere una filosofia del diritto come parte integrante di ogni singola disciplina, nei limiti in cui il giurista è molto più di un mero assembleatore di norme. Come nota Holmes, la nostra “è una professione da pensatori... Se la vostra materia è il diritto, vi sarà facile giungere all’antropologia, scienza dell’uomo, all’economia politica, alla scienza della legislazione, all’etica e quindi, per molteplici vie, a una visione completa della vita”<sup>7</sup>.

GEV e ANVUR permettendo, credo che non esistano molti di questi docenti attenti a rivelare “una visione completa della vita” e, quindi, il corso di studi in Giurisprudenza si deve rassegnare a mantenere un cantuccio per la filosofia del diritto. Quanto grande? Io sono abbastanza soddisfatto dall’attuale assetto con due insegnamenti obbligatori e una varietà di scelte opzionali rimessa alla duttilità dei singoli corsi di laurea. Mi sembra che, più o meno, in tutti i Dipartimenti vi sia una filosofia *del* diritto all’inizio del corso e una filosofia *nel* diritto alla fine del corso (in genere negli ultimi due anni). Per come la vedo io, questa differenza è importante.

All’inizio del corso l’insegnamento dovrebbe essere più vicino alla filosofia che al diritto, per creare un collegamento più semplice e immediato con quanto lo studente ha già appreso durante la scuola secondaria, ma soprattutto per porre quelle domande fondamentali sull’identità umana e sulla struttura della coesistenza attorno alle quali si costruisce tutta l’esperienza giuridica. Domande che è bene siano immediatamente presenti, per consentire una visione più consapevole e critica nella prosecuzione degli studi. Non vi è nulla di più fuorviante dell’immagine, cara a molti nostri colleghi, per cui da una parte vi è il diritto, compatto nelle sue certezze, e dall’altra vi sono i problemi, oggetto delle “astrazioni” della filosofia del diritto. Basta aprire ogni tanto la porta per fare entrare, con la filosofia, qualche problema. In fondo sono sufficienti pochi minuti per cambiare l’aria in una stanza.

Nella seconda parte del corso di studi penso, invece, a un insegnamento più vicino al diritto che alla filosofia. Può essere la Teoria generale del diritto, la Sociologia del diritto, la Biogiuridica. In ogni caso, si dovrebbe muovere dal dato positivo, dalla singola questione, per riflettere sui problemi etici o teorici o sociali dell’articolazione delle norme. Non sono mai riuscito a realizzarlo, anche per il numero elevato di studenti che mi ritrovo a lezione, ma ho sempre ammirato il modello del *Casebook* (l’Unesco ne ha messi in rete diversi sui temi della bioetica), in cui si chiede allo studente di esaminare le possibili implicazioni di un problema etico e dei suoi riflessi giuridici, di individuare e distinguere le diverse premesse culturali e sociali, di sviluppare coerenti processi argomentativi. Una futura riforma dovrebbe

6 Il Mulino, Bologna, 1976.

7 Oliver W. Holmes, *La professione legale*, tr. it. in *Opinioni dissenzienti*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 325.

imporre il numero chiuso alla frequenza delle opzionali, allargando nel contempo l'offerta formativa. Solo così (e questo vale per tutti gli insegnamenti) le materie opzionali potrebbero divenire quel momento di approfondimento e di riflessione critica che spesso non è possibile sviluppare durante gli insegnamenti fondamentali: troppo affollati, ma anche troppo vincolati all'indispensabile trasmissione di uno specifico insieme di nozioni.

Le osservazioni precedenti ci aiutano anche a chiarire uno degli altri apparenti punti deboli della nostra disciplina. La mancanza di un oggetto omogeneo di insegnamento. Se tutto nel diritto è filosofia, noi possiamo insegnare di tutto? Se guardiamo i vari testi "consigliati" agli studenti nei diversi atenei, l'impressione può essere questa. Torno a dire che, per me, è un segno di ricchezza e vitalità. Mi rendo conto, però, che, osservata dall'esterno, l'impressione immediata possa essere negativa. Il rimedio non consiste, a mio avviso, in un appiattimento generalizzato. I lodevoli tentativi di provare a offrire un panorama comune non hanno dato grandi risultati. Penso alla *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Giorgio Pino, Aldo Schiavellò e Vittorio Villa<sup>8</sup>, l'opera più complessa e articolata di questi ultimi anni per mettere assieme più voci in un unico contesto, ma anche alle *Cento e una voce di filosofia dal diritto*<sup>9</sup> e alle *Cento e una voce di teoria del diritto*<sup>10</sup>, entrambe a cura di Francesco D'Agostino e Agata Amato, oppure ai *Luoghi della Filosofia del diritto* a cura di Bruno Montanari<sup>11</sup>. Mi pare che queste opere, malgrado l'inegabile sforzo per selezionare i temi più rilevanti del nostro orizzonte culturale, presentino una varietà di metodologie e di stili che è ben lontana dall'unità della manualistica di altre discipline.

Sarebbe più opportuno uno sforzo *a posteriori*. Dovremmo dedicare uno dei nostri convegni nazionali o forse un numero della Rivista di Filosofia del diritto all'individuazione delle linee comuni che attraversano i diversi manuali adottati da ciascuno di noi. Penso proprio a un'opera capillare di censimento e analisi. Sono sicuro che alla fine emergerà un quadro molto più unitario di quanto si possa pensare, perché, pur nella varietà delle prospettive, non possiamo non toccare certi temi e problemi. Non è tanto rilevante che io muova da Agostino o da Kelsen, l'importante a invitare gli studenti a riflettere sulla funzione correttiva del diritto, la capacità di far fare qualcosa a qualcuno attraverso la minaccia della sanzione. Non è tanto importante che io muova da Tommaso o da Habermas, l'importante è mettere in luce il ruolo comunicativo e cooperativo del diritto, la capacità di fare qualcosa con qualcuno. Ma potremmo raggiungere lo stesso risultato, muovendo da Shakespeare, da Dürrenmatt o da una sentenza della CEDU. Lo scopo del nostro insegnamento è riuscire a far comprendere la sfaccettata complessità del diritto. Mi pare veramente opportuno che *Il prisma del diritto* sia il titolo con cui

8 Giappichelli, Torino, 2013.

9 Giappichelli, Torino, 2013.

10 Giappichelli, Torino, 2010.

11 Giappichelli, Torino, 2009.

Franco Todescan ha raccolto alcuni splendidi corsi di lezione di Enrico Opocher sulla “realtà giuridica e il problema del suo valore”<sup>12</sup>.

Un prisma, appunto. Non abbiamo un contenuto vincolante da trasmettere, ma il nostro compito fondamentale è far riflettere gli studenti su come il diritto sia qualcosa di profondamente diverso dall’insieme delle norme che sono chiamati a studiare. Ormai da tempo, vergognandomi un po’ della ripetitività, inizio il corso di lezioni di Filosofia del diritto al secondo semestre del primo anno, domandando agli studenti se sanno individuare qualche norma che regola il nostro comportamento in aula. “Vietato fumare” è la prima “scoperta” e poi il segnale dell’“Uscita di sicurezza” e poi... Alla fine sembrano tutti d’accordo nel ritenere che non sarebbe proprio insensato domandare “quante norme ci sono in quest’aula?”. Il momento critico viene dopo, quando domando “quanto diritto c’è in quest’aula?”. È una domanda sensata? La risposta dipende dalla quantità di norme individuate? Rispettate? Ragionevoli? Giuste? Si può quantificare il diritto come quantifichiamo gli articoli del codice civile?

Per spiegare il valore della realtà giuridica, noi abbiamo il dovere di accumulare “perché” con la stessa intensità con cui i nostri colleghi accumulano norme. Non dobbiamo, quindi, rinunciare alla varietà di prospettive e alla diversità degli approcci. Ho avuto sempre presente, in questi anni di insegnamento, uno degli elementi che Luigi Lombardi Vallauri indicava come essenziale per “l’esercizio assiduo dell’accuratezza intellettuale”. Per inciso credo che, se i nostri corsi di laurea riuscissero ad educare anche solo un poco al senso dell’accuratezza intellettuale, avremmo una società di gran lunga migliore. Tra gli elementi dell’accuratezza intellettuale Lombardi indicava “avere il senso del frammento”<sup>13</sup>. Si tratta, a suo avviso, di nutrire la consapevolezza di vivere in una civiltà dalle “verità incomplete” che stanno assieme anche se i loro bordi non si saldano, ma costituiscono piuttosto un conglomerato di livelli, punti di vista, diversità. Il prisma del diritto? E perché non la “schiuma”? È questa la metafora con cui Sloterdijk sintetizza uno dei caratteri del nostro tempo: quella molteplicità di “improvvisazioni immunitarie, legate agli spazi vitali che sono tra loro vicine, che scivolano l’una nell’altra e che si accumulano l’una sull’altra”<sup>14</sup>.

È questo il compito dell’approfondimento critico di una filosofia nel diritto. Me ne rendo conto quando insegno Biogiuridica. Per me non è tanto importante che gli studenti sappiano le solite tiriterie su principio di autonomia, beneficenza, non-maleficenza... ma che si rendano conto di quanto gli sviluppi scientifici e le nuove prospettive della biomedicina moltiplichino le possibili letture dell’identità umana, inserendo nella struttura tradizionale di molti istituti giuridici diversi modi di osservazione e gestione delle sfere di relazione. È come un *file* costruito con diversi “taglia e incolla”. Hanno ancora valore le stesure originarie? Va ripensato unitariamente come qualcosa di assolutamente nuovo? Ma cosa? Ma come? Gli

12 Cedam, Padova, 2016.

13 *Corso di Filosofia del diritto*, II ed., Cedam, Padova, 2012, p. 493.

14 *Sfere III. Schiume*, trad. it. Raffaello Cortina, Milano, 2015, p. 237

stessi discorsi, muovendo dagli stessi temi e problemi, si potrebbero fare in teoria generale del diritto o in sociologia.

Restando nell'orizzonte della biogiuridica sono state, innanzitutto, le tecniche di procreazione medicalmente assistita a rimescolare le carte, sovrapponendo la famiglia sociale a quella biologica nell'identificazione dei genitori e nell'assunzione delle responsabilità, creando nuove figure contrattuali (la cessione di gameti o la gestazione per conto terzi), nuove figure di danno (da nascita indesiderata / *wrongful birth*, *wrongful life*, *wrongful conception*, *wrongful pregnancy*, da alterazione della programmazione familiare / *wrongful planning*, *wrongful design*), e di pretese (il diritto al figlio, il diritto a un figlio sano). Se la famiglia è diventata "arcobaleno", una stratificazione di tensioni e rivendicazioni, il soggetto di diritto appare, a sua volta, una realtà cangiante a secondo del modo in cui osserviamo le questioni di inizio e di fine vita. E non sono più di alcun aiuto l'art. 1 del cod. civ. e le varie norme (320, 462, 687, 715, 784) sulla capacità patrimoniale del concepito, come è assolutamente inadeguata la nozione penalistica di "omicidio del consenziente" (art. 579 cod. pen.) per definire tutti gli aspetti del rifiuto delle cure o dell'assistenza farmacologica nel morire. Il prolungarsi della vita ha cambiato, anche, la struttura dei poteri del rappresentante legale, consentendogli di decidere, ben oltre i tradizionali confini patrimoniali, sul tipo di terapie e anche sulla prosecuzione delle stesse. Di riflesso il testamento è diventato "biologico", ha ricompreso le questioni mediche di fine vita e/o la destinazione, dopo la morte, del corpo o di parte di esso. Più in generale, è tutto il diritto di successione a trovarsi di fronte a nuovi "beni": il seme congelato, gli embrioni congelati, il cadavere o i più futili, ma non meno rilevanti, appunti e pensieri presenti nello *stream* di Facebook o in Twitter, o le foto in Dropbox o i dati conservati in un qualsiasi supporto informatico protetto da password (*Digital Inheritance*).

Il diritto di successione, del resto, è un aspetto del diritto di proprietà che, ormai, annovera da tempo tra gli "oggetti" il corpo umano in tutte le sue possibili frammentazioni: organi, sequenze cellulari, cellule, dna, geni, virus, proteine. Sono tutti "beni" da conservare in una biobanca, da sottoporre a brevetto, da utilizzare a scopi identificativi (biometria), da dare in locazione (gestazione per surrogazione). Sono nate, così, le categorie della cessione dei diritti procreativi, della *first possession* del materiale biologico, del *right to discontinue participation* del materiale genetico, delle varie tipologie ("emotionally related", "samaritan", "crossover") di cessione di organi, del *right to be forgotten* o del *right to data deletion*. Queste sfere di appropriazione o di disposizione si potranno estendere ai ricordi e forse alla memoria nel suo complesso, appena sarà possibile isolare e leggere le loro tracce mnestiche, i loro engrammi che le neuroscienze ci garantiscono siano conservati in qualche parte del cervello. In quel caso lo sforzo di adattamento riproporrà il dualismo che regola i processi informatici tra accesso e possesso dei singoli dati? Potremo disporre dei diritti di accesso ai ricordi e mantenerne anche il possesso oppure avremo solo un diritto di accesso (come avviene per un *ebook*) e il possesso apparterrà a qualche istituzione pubblica o privata, in un grande processo di socializzazione del pensiero? E avrà ancora un senso in diritto penale il principio del *nemo tenetur se detegere*?

Che dire poi delle oltre 100.000 “app” a disposizione dei sensori dei vari *smartphone* o *tablet* per misurare la qualità del nostro benessere? Un mercato che riguarda circa 4 miliardi di persone. Possiamo immaginare che questo *self-tracking*, *self-monitoring*, *self-sensing* non incida sulla costruzione dell’identità giuridica? Un *Quantified Self* che ricade un po’ sul gioco e un po’ sulla salute, alterando il rispetto della riservatezza, ma anche la configurazione sociale del corpo. *Health* o *fitness*? Dispositivi elettronici o dispositivi medici? Informazioni o dati sensibili? A loro volta le tecnologie di potenziamento genetico o farmacologico stanno cambiando il concetto di salute e la relativa responsabilità sociale nella gestione di sé, fino a proporre una nuova visione della giustizia *just health care*<sup>15</sup>. Nuovi beni, nuove forme di trasmissione delle informazioni, nuove forme di controllo, nuovi padroni delle informazioni e dei controlli e... i modelli giudici restano invariati?

Possiamo tener lontani gli studenti da questa dimensione frammentaria dell’attuale evoluzione giuridica, perpetuando istituti che ormai esistono solo sui manuali? Possiamo non proporre loro uno scenario problematico? Possiamo evitare di sollevare qualche “perché”? Mi torna in mente il grande giurista Pothier, che nel 1772 completava il suo imponente *Trattato sulle persone e sulle cose*, individuando ben sei modelli di disciplina delle “persone”, divise per classe, per condizione economica, per cultura, per sesso. E osservava in ordine al “terzo stato” che “su quest’ordine di persone non vi è nulla di particolare da rilevare”<sup>16</sup>. E i fermenti della Rivoluzione francese che di lì a qualche anno avrebbero reso tutte quelle dotte disquisizioni una montagna di carta? Eppure qualche filosofo, attorno a lui, qualche dubbio l’aveva già avanzato da tempo...

15 N. Daniels, *Just Health Care*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.

16 U. Vincenti, *‘Persona’ e diritto: trasformazioni della categoria giuridica fondamentale*, in G. Boniolo, G. De Anna, U. Vincenti, *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, Bompiani, Milano, 2001, p. 176.