

Tommaso Greco

La porta aperta della legge

1. Domandarsi *quale sia il ruolo* della filosofia del diritto (d'ora in avanti: FD) nella formazione del giurista vuol dire domandarsi inevitabilmente *cosa sia la FD*. Ora, se è vero che una delle ragioni a favore della filosofia è il suo perenne e insistito *domandare*, possiamo dire che tipico della FD è di avanzare domande non solo con riguardo a tutto ciò di cui tradizionalmente i filosofi del diritto si sono occupati (il diritto, lo stato, ecc.), ma anche con riguardo al suo medesimo statuto epistemologico. È probabile che nessuna disciplina, quanto la nostra, si interroghi così ricorrentemente sulla natura e sull'oggetto del proprio sapere¹; ciò che segna una differenza consistente con le scienze giuridiche positive, le quali non solo non sentono il bisogno di problematizzare se stesse, ma non problematizzano — se non raramente — neppure il proprio oggetto.

I metadiscorsi che ne derivano, peraltro, possono prendere direzioni diverse, descrittive o (assai più spesso) prescrittive: nel senso che chiedersi cosa è la FD può implicare una risposta che rinvii a come essa *di fatto* è praticata là dove viene insegnata, oppure a come essa viene concepita da colui che si sta interrogando, il quale inevitabilmente ci dirà che la FD è ciò che per lui *dovrebbe essere*². Una distinzione da tenere presente, anche se personalmente diffido sempre un po' delle indagini che si presentino come meramente descrittive, se non altro perché capita troppo spesso che la descrizione serva soltanto ad avvalorare ciò che già si ha in mente di dire. Così vediamo che una *meta-giusfilosofia* descrittiva si pone al servizio di una FD prescrittiva.

Tutto ciò rivela ad ogni modo una verità di cui non dobbiamo affatto vergognarci e che rappresenta probabilmente il vero specifico della nostra disciplina, disegnandone il ruolo in maniera inequivocabile all'interno degli studi giuridici. Il fatto che il filosofo del diritto si faccia spesso la domanda relativa alla natura della disciplina che pratica, non è da considerare come un indizio di incertezza epistemologica, ma è da intendere come volontà di rispondere ai suoi compiti mettendo

1 Lo ha spiegato bene François Ost nel fascicolo di apertura della Rivista di Filosofia del diritto: è la radicalità dell'approccio, tipico della filosofia, a far sì che la Filosofia del diritto assuma un atteggiamento autoriflessivo: "osserva se stessa mentre riflette, allo stesso modo in cui analizza i discorsi che si dà per oggetto" (F. Ost, *Quale filosofia del diritto?*, in "Rivista di Filosofia del diritto", 2012, 1, p. 26.

2 Cfr. E. Rippepe, *Fragilità del potere il tuo nome è uomo*, in "Rivista di Filosofia del diritto", 2014, 2, pp. 331 ss.

in gioco la capacità di rimodellarsi continuamente. Rimodellarsi a partire dai molti saperi — le scienze giuridiche, la filosofia, la storia, le scienze naturali — con i quali è chiamata a dialogare costantemente.

2. Su quali siano i compiti che la FD vuole svolgere rimodellando la sua identità la discussione può essere infinita, anche se la vecchia dottrina — che rinviava ai compiti assiologico, ontologico, fenomenologico e metodologico —, rimane un punto di riferimento imprescindibile. C'è tuttavia un'immagine, evocatrice di richiami letterari, alla quale si può ricorrere per riassumere le questioni contenute in quella dottrina. Si può dire, in altre parole, che la FD è chiamata principalmente a svolgere il compito di *tenere aperta la porta*. Quale porta? La porta di quella stanza all'interno della quale il giurista rischia di rinchiudersi, quando cede alla tentazione di sedersi alla scrivania tenendovi sopra solamente il famoso “libro dei codici” e dimenticando tutto il resto.

Da questo punto di vista, il filosofo del diritto si integra perfettamente dentro una comunità di giuristi chiamati tutti — lo ricorda con appassionata insistenza Paolo Grossi — a non isolarsi e a lavorare sapendosi parte di una comunità scientifica unitaria³. Non solo, anzi, il filosofo del diritto non si isola, ma fa un lavoro che aiuta gli altri a non isolarsi e a non rimanere isolati.

Lo stare sulla soglia implica un movimento continuo tra *diritto e realtà* ad esso esterna (nella quale — e della quale — sono da considerare anche i *valori*), e impone quindi l'esercizio di uno sguardo bifronte: se al di là della porta c'è la ricca e mutevole realtà, al di qua c'è la stanza ben ordinata del diritto nelle sue varie branche e diramazioni. Questo — ed è molto — dovrebbe essere sufficiente per evitare il rischio di fare una filosofia del diritto *senza il diritto*, quella filosofia del diritto “dei filosofi” di cui negativamente parlava Bobbio⁴, e che aveva col diritto un rapporto spesso residuale o del tutto accidentale.

L'esercizio di questo sguardo duplice appare tanto più necessario se si pone mente alle grandi trasformazioni che il diritto sta subendo sotto i colpi della globalizzazione: perciò, “la teoria giuridica dovrebbe favorire l'apertura del sapere tecnico del giurista e del giudice ai nuovi contesti culturali in cui il diritto prende forma oggi”⁵.

3. Tenere aperta la porta vuol dire quindi fare in modo che il diritto e il giurista non perdano il contatto con la realtà. Questo può voler dire molte cose. Ad esempio: può voler dire rendersi conto che il diritto positivo debba subire delle modifiche che lo adattino alla mutata realtà; oppure che esso può essere interpretato in senso evolutivo in determinate circostanze; oppure ancora — ed è forse una delle cose più importanti — che c'è e ci sarà sempre una dimensione normativa esterna

3 P. Grossi, *Il punto e la linea*, in Id., *Società, diritto, Stato*, Giuffrè, Milano 2006, p. 3 ss.

4 Cfr. N. Bobbio, *Natura e funzione della filosofia del diritto* (1962), in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, p. 43 ss.

5 F. Viola, *Il diritto come arte della convivenza civile*, in “Rivista di filosofia del diritto”, 2015, 1, p. 62.

al diritto positivo, ancora non positivizzata ma che, nondimeno, ambisce a regolare i rapporti sociali e come tale già li regola (in passato lo si è chiamato in molti modi: diritto vivente, diritto sociale, diritto in formazione, ecc.).

Nel tenere aperta la porta, dunque, il filosofo del diritto non si limiterà a fare da maggiordomo. Egli non svolge un lavoro passivo e inerte. Se stesse fermo e non ci mettesse del suo, si limiterebbe a lasciare la realtà fuori dalla porta e il giurista piegato sui codici. Egli invece fa sì che si instauri un dialogo costante tra il diritto (le scienze giuridiche) e la realtà, coniando concetti, elaborando teorie, operando una critica interna ed esterna al diritto, svolgendo cioè un lavoro attivo i cui risultati permettano al giurista di capire meglio il suo stesso lavoro: di capirne il fine, l'oggetto, il metodo.

Questo tipo di impostazione mi sembra possa essere ascritta a molti modi contemporanei di fare FD, attenti alla evoluzione delle forme giuridiche, e quindi alle nuove configurazioni che il diritto sta assumendo nel contesto della società globale. Dal neocostituzionalismo all'approccio ermeneutico, dall'informatica giuridica alla riflessione (storica e teorica) sui diritti, sembra di poter dire che è costante la preoccupazione relativa al mantenimento delle relazioni tra il diritto e la società che esso è chiamato a regolare.

4. Se qui si pone la specificità della FD come disciplina filosofica e giuridica insieme, va ancora aggiunto un tassello: il lavoro di concettualizzazione e di teorizzazione che essa intende svolgere, l'impegno nel collegamento costante tra diritto e realtà, non è sospeso nel vuoto e non è privo di un 'senso', ovvero di una direzione. Esso è costantemente praticato a partire da una riflessione che rappresenta lo sfondo costante di qualsiasi lavoro filosofico-giuridico. Mi riferisco alla riflessione sulla *giustizia* che, più di altre, è costitutiva della nostra disciplina.

Sul fatto che il *proprium* della FD sia la riflessione su "cosa è giusto" (inteso nelle più diverse accezioni) non credo possano essere sollevati troppi dubbi. Sembra più opportuno sottolineare che, considerato quanto detto sinora circa il lavoro di mediazione tra diritto/scienza giuridica e realtà, il "cosa è giusto" va molto oltre lo spazio che Bobbio assegnava a questa dimensione, quando riprendeva la dottrina dei compiti al fine di distinguere la FD in senso stretto dalla teoria generale, dalla sociologia e dalla metodologia della scienza giuridica. Questo *proprium* ha infatti la caratteristica di non poter essere isolato da altri saperi: e i saperi che hanno a che fare col giusto sono di natura politica, morale, giuridica. È anche questo che rende (o meglio, sembra rendere) incerto e instabile lo statuto epistemologico della nostra disciplina, nel momento stesso in cui allarga il suo oggetto: ragionare di "cosa è giusto" oggi vuol dire occuparsi anche di diritto costituzionale e di bioetica, di tecnologie e di neuroscienze, come ha ben saputo fare e sta facendo una parte attenta e dinamica dei nostri colleghi.

5. Se questo è il piano del discorso sul quale possiamo collocarci, si può dire ancora che la FD rivendica uno spazio non dissimile da quello che Calvino assegnava alla letteratura nelle famose *Lezioni americane*: in quella dedicata alla *Molteplicità*, Calvino scriveva che "da quando la scienza diffida dalle spiegazioni generali e dalle

soluzioni che non siano settoriali e specialistiche, la grande sfida per la letteratura è il saper tessere insieme i diversi saperi e i diversi codici in una visione plurima, sfaccettata del mondo”⁶.

Ciò che la FD può fare, in altre parole, è organizzare un discorso fatto di teorie, concetti, definizioni, in grado di dare ordine alla molteplicità delle suggestioni e delle conoscenze provenienti dalle altre discipline, soprattutto da quelle giuridiche, ma senza mai dimenticare che questo ordine (teorico) da costruire ha un suo principio ordinatore nella domanda specifica sul ‘giusto’. Ciò permette di non fare della FD una mera ancella delle altre discipline giuridiche: un rischio sempre presente in tutte le prospettive che vogliono farne un discorso costruito esclusivamente a partire da elementi propri di queste altre discipline⁷; e permette anche di evitare il rischio che il filosofo del diritto dialoghi soltanto con se stesso o al massimo coi colleghi della sua disciplina, esaurendo il proprio lavoro in una discussione tra teorici del diritto, attenti a incrociare e confrontare esclusivamente le loro teorie.

Perciò, se oggi non può esserci dubbio sul fatto che i filosofi del diritto costruiscano (e forse debbano costruire) il loro (meta)discorso a partire dai discorsi dei giuristi, va sempre tenuto presente che questo metadiscorso non può che includere quella riflessione che fa lo specifico del filosofo del diritto e che lo mette in collegamento con le discipline confinanti, la cui dimenticanza invece fa — in negativo — lo specifico del giurista dogmatico. Da questo punto di vista, se vogliamo impiegare almeno una volta la vecchia opposizione bobbiana, possiamo dire che la FD *dei filosofi* ha ancora (e sempre avrà) qualche cosa da suggerire alla FD *dei giuristi*, per la sua necessaria apertura a tutte quelle dimensioni che il discorso tecnico dei giuristi tende a tener fuori dalle proprie mura ben recintate.

6. Ho citato all’inizio Ost e la sua idea della autoriflessività della filosofia. Ost ne derivava una ulteriore considerazione, che vale la pena di riprendere. “La filosofia — dice — è anche necessariamente storica: è a partire da un costante ripensamento del proprio passato che essa opera, come attestano alcune delle filosofie tra le più critiche del XX secolo [...]. Mentre a nessuno verrebbe in mente di insegnare ancora le ricette di Ippocrate agli studenti di medicina d’oggi, così come è diventato abbastanza raro oggi commentare il diritto civile a partire da Giustiniano, da Baldo, da Pothier, o da Portalis, in compenso però Aristotele resta un contemporaneo del filosofo del diritto”⁸.

La riflessione è importante perché davvero qui ci troviamo davanti a qualcosa che assomiglia ad un suicidio. Se in passato c’è stata una disciplina capace di fare

6 I. Calvino, *Lezioni americane*, Mondadori, Milano.

7 Si pensi a quella che viene chiamata la filosofia *dal* diritto, o ancora alla prospettiva di una filosofia del diritto *dei giuristi* da contrapporre — come fece Bobbio — alla filosofia del diritto dei filosofi, o ancora alla filosofia del diritto intesa come *critica morale interna* al diritto, di cui parlava ad es. Letizia Gianformaggio, *La critica morale del diritto: critica esterna o critica interna?*, in Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Giappichelli, Torino 2008, p. 205 ss.

8 Ost, *Quale filosofia del diritto?*, cit., p. 26.

i conti con la realtà e con i suoi problemi e persino di guardare avanti — cioè di proporre nuove teorie, nuovi concetti, nuove idee — facendo tesoro della sua tradizione, questa è stata la FD. Basti fare i nomi di Bobbio, di Tarello e di Fassò per avere una impressione chiara e forte di quanto la storia della FD abbia giocato un ruolo fondamentale nell'opera di scavo teorico che questi Maestri hanno compiuto, lasciandoci opere che ancora sono un punto di riferimento per tutti.

Ebbene, quell'insegnamento di metodo e di sostanza rischia di andare perduto. A proposito di Bobbio, Guastini scrive che i suoi lavori “rivelano una peculiarità del suo stile di studioso: la capacità di combinare felicemente storia del pensiero e analisi dei concetti o, se volete, di dare ‘spessore storico’ all’analisi teorica”; e aggiunge che questo è stato per lui, “affetto da grave ‘logicismo’ e del tutto privo di sensibilità storiografica, un grande motivo di invidia”⁹. Ma qui non c'è da praticare alcuna invidia; c'è solo da riprendere un insegnamento e credere che esso sia ancora valido.

La formazione del giurista non può fare a meno della cultura storico-filosofica, se non altro perché da questa viene una consapevolezza che non può non appartenere ad ogni operatore del diritto: essere i concetti e gli strumenti giuridici figli della storia e del pensiero, e quindi prodotti dello sforzo che uomini del passato hanno compiuto a nostro vantaggio. Non perché si debba pretendere una devozione nei confronti di questi uomini, o del passato in generale, ma perché solo la conoscenza della storia dei concetti può far comprendere la loro vera natura e quindi le loro potenzialità e i loro limiti. Non solo ci si deve associare perciò accuratamente alle parole di Francesco Viola, quando auspica che la Rivista di FD possa ospitare sempre più studi di storia della filosofia del diritto, oggi troppo scarsi, ma si deve fare in modo che questo auspicio possa tradursi in realtà.

7. Tutto quanto detto finora acquista ulteriore forza se si vuole dar seguito a un'ultima riflessione. Sappiamo, e lo insegniamo ai nostri studenti, che soprattutto dal lavoro del giurista passa quell'insieme di azioni e convinzioni che si traducono nel *riconoscimento* del diritto e delle sue norme. Se davvero è così, allora tanto più importante è il tipo di percorso offerto al giurista, il quale necessita di una formazione che lo porti all'“impegno per la realizzazione dei valori nella vita sociale”¹⁰. Tale formazione però ha bisogno di strumenti e di approcci adeguati, il che significa che lo studio non può esaurirsi nell'acquisizione della capacità di citare qualche articolo di legge, ma deve includere come sua parte essenziale tutto quell'insieme di soggetti che vengono generalmente ricondotti all'ambito della “cultura”. Se rimarrà fermo che — come ha scritto Bruno Montanari — “l'Università è il centro del rapporto tra forme del sapere e costruzione della coscienza civile e politica di una società”¹¹, la FD non avrà nulla da temere dai progetti di riforma riguardanti

9 R. Guastini, *Il diritto*, in V. Pazé (a cura di), *L'opera di Norberto Bobbio. Itinerari di lettura*, FrancoAngeli, Milano 2005, p. 35.

10 L. Gianformaggio, *La critica morale del diritto*, cit., p. 207.

11 B. Montanari, *La filosofia del diritto oggi: continuità e revisioni*, in “Rivista di filosofia del diritto”, 2012, 1, p. 202.

i corsi di giurisprudenza. Rimane però la domanda circa il fatto che l'Università sia ancora considerata — da coloro che ci governano, dalla stampa, dall'opinione pubblica in generale e persino dai professori universitari — ciò che noi crediamo che sia o che ancora debba continuare ad essere. Il futuro della FD è strettamente legato alla considerazione e allo spazio che si vorranno riservare al sapere “critico”, di cui la FD è parte e custode.