

Alberto Scerbo

*Attualità e centralità della filosofia del diritto all'alba del XXI secolo*

1.

È diventata consuetudine per la comunità dei filosofi del diritto interrogarsi periodicamente, con approssimazione ogni venti anni, sull'identità della disciplina. Il che costituisce sicuramente un segnale di vitalità e di forte capacità autocritica, ma, nello stesso tempo, anche la dimostrazione di una certa difficoltà a definire il proprio essere, o meglio l'esempio dell'esistenza di una diversità di modi di definirla, peraltro, ad esser sinceri, con la pretesa di ogni differente posizione di essere depositaria dell'idea della "unica" e "vera" filosofia del diritto.

Già a questo punto potrebbe nascere la contesa. Che riposa sull'origine stessa della filosofia del diritto, sulle modalità di conformazione nel corso dell'Ottocento e soprattutto sul modello di sviluppo del tutto particolare assunto nel contesto della dottrina italiana.

Infatti, bisogna risalire al processo di secolarizzazione che accompagna il pensiero giusnaturalistico moderno per scoprire la formazione di una visione del diritto naturale svincolata da radici trascendenti ed interamente formulata in termini razionali. In questa specifica prospettiva è istituita nel 1660 nell'Università di Heidelberg la cattedra di filosofia, diritto naturale e delle genti affidata a Pufendorf, a cui è dovuto il chiarimento in merito al fondamento razionale del diritto naturale e alla sua distinzione dal diritto positivo, rispetto al quale esercita la funzione di modello di riferimento<sup>1</sup>.

Nella cultura tedesca il diritto naturale acquista una precisa connotazione teorica, che si esprime attraverso il contributo fornito, sul piano pratico, all'esistenza e all'evoluzione del diritto positivo. Sia come fattore determinante per la costruzione delle relazioni tra gli Stati, sia mediante l'esercizio di una funzione "suppletiva", per colmare le lacune dell'ordinamento, o quale correttivo delle norme esistenti dinanzi a soluzioni giuridiche non rispondenti alla realtà.

Tale impostazione non viene disattesa dalle idee dell'illuminismo giuridico e dal conseguente processo di codificazione, sebbene vada ripiegando nel clima culturale francese verso una caratterizzazione della scienza giuridica come luogo di riflessione indirizzata alla formulazione di proposte di riforma dei sistemi giuridici. Non meraviglia, quindi, che agli inizi dell'Ottocento Romagnosi sostenga che "ora, siccome appunto lo studio della giurisprudenza è principalmente istituito ad

1 Cfr. S. Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, 1672.

oggetto di supplire dove la legge solamente statui in generale (...) l'insegnamento dell'istruttore deve precipuamente versare sulla *teoria filosofica* del diritto, *combinata* colla disposizione positiva delle leggi<sup>2</sup>.

Non manca, però, chi, ancora agli inizi, pone la filosofia del diritto tra il diritto naturale e la legislazione positiva, dal momento che è generalmente intesa o come “la teoria, da alcuni chiamata diritto civile naturale ed universale, colla quale vengono accennati diritti, che, supposta l' esistenza del governo civile, ossia dello stato, la stessa ragione stabilisce e riconosce competere ai singoli cittadini fra loro”, oppure come lo studio “della rettitudine (della giustizia) e della congruenza. (della prudenza o della politica) di qualche diritto positivo già. stabilito, o da stabilirsi”<sup>3</sup>. Ciò rivela come, nel momento in cui la filosofia del diritto abbandona lo stato di “lusso accademico estraneo ad un quadro regolare di studi” per acquistare il rango di “madre di tutte le discipline giuridiche”<sup>4</sup>, vi è una diffusa impreparazione sul significato da attribuirle, di modo che si palesa un'evidente confusione metodologica e un'insufficiente definizione del compito da svolgere e degli obiettivi da perseguire, aggravate dalla dipendenza strutturale dai diversi filoni filosofici dominanti.

Una rappresentazione esemplare di questa situazione è offerta dalla discussione, ancora nella prima metà dell'Ottocento, tra Mamiani, sostenitore della sovrapposizione della scienza morale alla scienza giuridica, e Mancini, teorico del ruolo della filosofia del diritto come strumento di ricerca del punto di contatto tra filosofia morale e scienza del diritto<sup>5</sup>. Si comprende chiaramente che una disputa di tal genere lascia indifferenti i giuristi e non contribuisce alla costruzione di un'identità dei filosofi del diritto.

Vi è, però, un filo conduttore unico, costituito dalla tendenziale coincidenza della filosofia del diritto in senso ampio con la filosofia del diritto in senso stretto<sup>6</sup>, come si evince rapidamente da alcune indicazioni presenti in testi molto diffusi al tempo. Nel compendio del tedesco Stahl si afferma perentoriamente che “la filosofia del diritto è la scienza del giusto”<sup>7</sup>, mentre nel suo celebre Corso Ahrens chiarisce che “la filosofia del diritto, o il diritto naturale, è la scienza ch'espone i supremi principj del diritto basati sulla natura umana, e conosciuti col mezzo della ragione”<sup>8</sup>.

Questa impostazione di fondo produce un panorama della filosofia del diritto ottocentesca connotato da un estremo eclettismo, favorito anche dal fatto che il

2 G.D. Romagnosi, *Saggio filosofico-politico sull'istruzione pubblica legale*, in *Filosofia del diritto*, V ed., Azzolino, Napoli 1839, p. 9

3 P. Baroli, *Diritto naturale privato e pubblico*, Feraboli, Cremona 1837, pp. 12-13

4 P. S. Mancini, *De' progressi del diritto nella società, nella legislazione e nella scienza durante l'ultimo secolo in rapporto co' principj e con gli ordini liberi*, Stamperia Reale, Torino 1859, pp. 36-37.

5 Cfr. T. Mamiani Della Rovere e P.S. Mancini, *Intorno alla filosofia del diritto e singolarmente intorno alle origini del diritto di punire. Lettere*, Jovene, Napoli 1841.

6 Il riferimento è alla convincente distinzione operata da M. Barberis, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna 2011, *Prefazione*.

7 F. G. Stahl, *Storia della filosofia del diritto* (1829), Tip. Favale, Torino 1853, p. XIV.

8 E. Ahrens, *Corso di diritto naturale o della filosofia del diritto secondo lo stato attuale di questa scienza in Germania*, vol. I, Stabil. Tipogr. dell'Ancora, Napoli 1861, p. 81.

suo insegnamento è affidato a studiosi provenienti o da discipline strettamente filosofiche o da materie più propriamente giuridiche. La varietà e la dispersione dei risultati è evidente al solo sfogliare qualche testo del tempo. Il rosminiano Fasolis ritiene che la filosofia del diritto è “la scienza, che nell'essenza pura della giustizia universale cerca le ragioni supreme di tutti i diritti, di tutte le leggi – e quindi – contiene il diritto nella sua pura e ideale essenza”<sup>9</sup>. Lo storicista padovano Antonio Cavagnari pensa, invece, che tale disciplina non può essere fondata sulla natura o sulla ragione umana, ma ha bisogno del riferimento all'elemento storico, che “corregge l'immutabilità delle idee assolute, le arricchisce di un contenuto reale, dà vita e movimento agli obbiettivi giuridici e fa della filosofia del diritto la scienza che potrebbe dirsi dello sviluppo”<sup>10</sup>. Il penalista Nova intende la filosofia del diritto come la “scienza delle istituzioni giuridiche vere”<sup>11</sup>, con il compito, quindi, di proporsi quale “filosofia del diritto positivo” e, al contempo, quale base critica della “politica del diritto”.

Si oscilla, in altri termini, tra una “filosofia dimidiata”<sup>12</sup>, per usare un'espressione bobbiana, mera deduzione applicativa del nucleo teoretico di un sistema filosofico generale, ed una acritica generalizzazione, falsamente speculativa, di concetti e nozioni derivati dalla scienza giuridica. Con il ridimensionamento del diritto operato dal neoidealismo, ridotto all'economia dal pensiero crociano e alla morale dall'attualismo gentiliano, si perviene all'idea dell'inutilità della filosofia del diritto, che trova suggestiva espressione nell'etichetta di “ircocervo”<sup>13</sup>. La sentenza di Croce, che fa riferimento ad una creatura chimerica, inesistente, ma anche ibrida, perché incrocio tra due animali, stigmatizza la filosofia del diritto come un campo di ricerca senza senso, che non ha ragione di esistere e comunque finisce per non essere niente di definito, perché non riconducibile alla filosofia, ma neppure al diritto.

Si apre, così, la stagione delle dispute sul significato e sull'autonomia della filosofia del diritto, che già aveva investito i positivisti Vanni e Fracapane e si estende al dibattito filosofico vedendo contrapposti Croce e Del Vecchio. Evidentemente per il bisogno avvertito di ridare centralità al valore giuridico, ma anche per la necessità di aprire un dialogo autentico tra filosofi e giuristi, che spinge, nella seconda metà degli anni Trenta del Novecento, ad approfondire il tema della natura della

9 U. Fasolis, *Elementi della filosofia e storia del diritto tratti dai principi della moderna filosofia italiana e disposti secondo il programma delle scuole universitarie di giurisprudenza*, Vercellino, Torino 1867, p. 16.

10 A. Cavagnari, *Odierno indirizzo della filosofia del diritto*, Prosperini, Padova 1870, p. 213.

11 A. Nova, *La filosofia, la filosofia del diritto e l'Università*, Tip. Agnelli, Milano 1862, p. 38.

12 N. Bobbio, *La filosofia del diritto in Italia nella seconda metà del XIX secolo*, in “Bollettino dell'Istituto di Filosofia del Diritto nella Regia Università di Roma”, 1942.

13 Cfr. B. Croce, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Giannini, Napoli 1907, *Filosofia della pratica. Economica e etica*, Laterza, Bari 1909, e *Pagine sparse*, prima serie, Ricciardi, Napoli 1919, in particolare p. 334.

scienza giuridica<sup>14</sup>, ma anche le questioni legate ai concetti e alla logica, da cui scaturisce la vera apertura verso lo sviluppo della teoria generale del diritto.

## 2.

Queste precise esigenze, coltivate in epoca fascista con l'aiuto della Rivista internazionale di filosofia del diritto, costituiscono gli argomenti dei primi tre congressi nazionali della Società italiana di filosofia del diritto, che si interroga dapprima sul contenuto della filosofia del diritto, poi sulla relazione tra filosofia e scienza giuridica e quindi sulla specificità della disciplina. Il fervore degli anni Cinquanta fa emergere immediatamente alcuni tratti caratteristici, che possono sintetizzarsi nella polarizzazione tra seguaci di una prospettiva giusnaturalista e sostenitori di una visione storicista<sup>15</sup>, nella ricerca di un rapporto della filosofia del diritto con la teoria generale del diritto e soprattutto nella definizione dei propri elementi costitutivi, colti mediante la resa dei conti con il crocianesimo e l'opera gentiliana, da una parte, e la puntualizzazione dei confini distintivi con gli studi sociologici<sup>16</sup>, dall'altra. Ma a tutto questo fa da accompagnamento l'accorato appello di Giorgio Del Vecchio ad "una certa unità e solidarietà tra i cultori di una medesima disciplina"<sup>17</sup>.

A distanza di venti anni, anche a causa dei rivolgimenti politici, sociali e culturali del Sessantotto e della lunga coda successiva degli anni Settanta, i giusfilosofi avvertono il bisogno di fare il punto della situazione. Appare chiaro che, da una parte, si intende chiudere in modo definitivo la parentesi idealistica<sup>18</sup>, e, dall'altra, si vuole visualizzare lo stato degli studi e la distribuzione delle scuole, che sono accorpati intorno a due fondamentali matrici, quella giunaturalistica e quella positivista e neopositivistica<sup>19</sup>. In realtà la varietà di prospettive e di interessi è più

14 In questo periodo appaiono i volumi di N. Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, Istituto Giuridico della R. Università, Torino 1934, G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Foro Italiano, Roma 1937, F. Lopez De Oñate, *Studi filosofici sulla scienza del diritto*, Stab. Tip. Filelfo, Tolentino 1939, B. Leoni, *Il problema della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino 1940 e L. Bagolini, *Diritto e scienza giuridica nella critica del concreto*, Giuffrè, Milano 1942.

15 Così Perticone, che inserisce tra gli storicisti "gli idealisti come i positivisti" e considera il criticismo kantiano vicino alle posizioni giusnaturalistiche (R. Orecchia, a cura di, *I problemi attuali della filosofia del diritto. Atti del convegno di studi tenuto a Roma nei giorni 3 e 4 ottobre 1953*, Giuffrè, Milano 1954, pp. 117-118), ma analogamente anche Opocher, che differenzia, però, tra marxisti e neogiusnaturalisti di ispirazione cattolica (*Ivi*, p. 110).

16 Su questo tema troviamo gli interventi di Fassò, Groppali, Marchello, Palazzolo, Pardini e Tortora, in R. Orecchia (a cura di), *Filosofia del diritto e discipline affini. Atti del III congresso nazionale di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 1958.

17 G. Del Vecchio, *Discorso inaugurale*, in *I problemi attuali della filosofia del diritto*, cit., p. 7.

18 Espressamente Frosini apre la sua relazione premettendo che avrebbe potuto avere come sottotitolo la frase "come nacque e come morì l'idealismo giuridico in Italia" (V. Frosini, *L'idealismo giuridico italiano del Novecento*, in R. Orecchia, a cura di, *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX. Atti del XI congresso nazionale*, vol. I, Giuffrè, Milano 1976, p. 9).

19 Nel congresso è tenuta anche una relazione sulla filosofia dell'esperienza giuridica,

accentuata, ma, probabilmente, in questa fase prevale, più di prima, un intenso confronto, per non dire scontro, ideologico.

Per tale ragione, in coincidenza con la fine delle ideologie e il sorgere di una nuova fase post-ideologica, si pone ancora una volta la necessità di svolgere un'indagine sull'identità della filosofia del diritto. In questa circostanza si ripropone la classica distinzione tra una prospettiva empirista, che comprende neopositivisti e analitici, ed un'altra metafisica, in cui trova posto il neoidealismo, l'esistenzialismo e la onto-fenomenologia<sup>20</sup>. Si ripropone, cioè, in maniera convinta, la distanza tra una visione di un "diritto senza verità"<sup>21</sup> o di una "etica senza verità"<sup>22</sup> ed un'altra incentrata sull'idea del diritto come valore, che conduce, invece, ad una ricerca della "verità del diritto". A cui è affiancata, e sovrapposta, una cesura ancor più discriminante, tra la filosofia del diritto dei filosofi, che è una concezione del mondo applicata al diritto, avente come oggetti di studio il concetto di diritto e il concetto di giustizia, e la filosofia del diritto dei giuristi, che è la teoria generale, che muove dai problemi concettuali all'interno della scienza giuridica. Sebbene entrambe siano caratterizzate dallo stile filosofico, quello della filosofia del diritto si richiama a "un'idea vetusta di filosofia – che corrisponde appunto ad – una concezione generale del mondo"<sup>23</sup>, mentre quello dei teorici del diritto si rifà al pensiero contemporaneo di indirizzo empiristico e si identifica con l'analisi logica del linguaggio. Nondimeno, si sottolinea l'indispensabilità di un dialogo tra filosofi e giuristi, per evitare i "non infrequenti paraocchi dell'uno e dell'altro tipo"<sup>24</sup>.

### 3.

Il quadro che scaturisce dalla riflessione degli anni Novanta dell'altro secolo non trova più una reale conferma in questo momento. Non certo perché siano scomparse le divergenze teoriche, né tantomeno perché si sia composto il divario tra filosofia e teoria generale del diritto. Non esiste più, però, il conflitto inesauribile e la contrapposizione ad armi spiegate tra scuole ispirate a concezioni diverse. Che hanno determinato per molto tempo una situazione di stallo provocata dall'esercizio incrociato di una sorta di diritto di veto e causato, di conseguenza, il blocco dei

ma questa sezione è presente, "in maniera extra-vagante (...) su personale e ferma richiesta del Presidente della Società, il professore Enrico Opocher" (F. Gentile, *Il ruolo della filosofia nella formazione del giurista*, in "L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello Stato", 2008, n. 1).

20 Così M.A. Cattaneo, *La filosofia del diritto: il problema della sua identità*, in B. Montanari (a cura di), *Filosofia del diritto: identità scientifica e didattica, oggi*, Giuffrè, Milano 1994, p. 29.

21 Cfr. E. Opocher, *Il diritto senza verità*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Cedam, Padova 1950.

22 Il riferimento è a U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna 1982.

23 R. Guastini, *Immagini della teoria generale del diritto*, in *Filosofia del diritto*, cit., p.61.

24 L. Lombardi Vallauri, *Filosofia del diritto per giuristi. Linee introduttive*, in *Filosofia del diritto*, cit., p. 52.

concorsi, delle progressioni di carriera e degli ingressi nel mondo accademico. La pacificazione, favorita dall'azione di incisiva mediazione esercitata dalla Società di filosofia del diritto sotto la guida di Enrico Pattaro, ha frantumato questa situazione e ha modificato gli assetti della disciplina. Da tale mutamento è derivato un diverso significato delle scuole, che appaiono più variegate, ma anche una maggiore frammentazione e diversificazione delle posizioni, che riguarda i singoli più che i gruppi.

Ciò è dovuto anche alla moltiplicazione dei campi di interessi e dei temi di studio, che ha condotto ad un allargamento della base operativa, a volte ad una focalizzazione delle competenze, ma spesso anche ad un avvicinamento delle idee. Sono diventati ormai patrimonio della filosofia del diritto la materia bioetica e l'informatica giuridica, ma anche l'estetica giuridica, senza contare che sono in fase di forte sviluppo, sotto l'impulso della Società italiana di diritto e letteratura, gli studi filosofici con un'impronta più largamente culturale, che non toccano solamente l'ambito del diritto come letteratura o del diritto nella letteratura o ancora della letteratura nel diritto, ma si estendono alle altre forme dell'arte come la pittura e la scultura, il cinema, il teatro e la musica. Per non dimenticare i problemi posti, sia sotto il profilo della teoria generale che sotto quello della filosofia del diritto in senso stretto, dai fenomeni legati ai processi di globalizzazione e alla sovrapposizione degli ordinamenti giuridici.

Si è determinata, così, una sorta di soggettivizzazione delle differenze, nel senso che, al di là delle distinzioni ampie tra gruppi, si è andata imponendo una autonomia singolare sempre più accentuata. Tale tendenza ha un risvolto sicuramente positivo, perché impedisce la radicalizzazione delle distinzioni, ma può contenere un effetto negativo, se si traduce in un percorso ripiegato su uno spazio a maggiore spinta individualistica.

Questo indubbio segno di vitalità della filosofia del diritto, all'interno, ha aperto la strada ad incroci, contatti e scambi favoriti sicuramente da ragioni prima personali e poi anche teoriche. Ma le stesse motivazioni, e forse l'idea, errata, di una certa dispersività della disciplina, nonché la spinta decisa verso una più accentuata tecnicizzazione degli studi giuridici, per non dire l'irrazionale corsa sui sentieri pratico-materiali dell'utilitarismo e della monetarizzazione del sapere, hanno indotto a riesumare il mito della vacuità e della fumosità della filosofia del diritto.

Questa visione è stata favorita anche da altri fattori. Innanzitutto, in concomitanza con lo spostamento di parte della filosofia del diritto in direzione di metodologie e tematiche più allineate con il clima culturale internazionale, si è andata rarefacendo l'attenzione per una ricerca autenticamente teoretica. Non è casuale, così, che a partire dagli anni Settanta del Novecento il dibattito sul problema della giustizia è stato, ed è tuttora, imperniato sugli studi teorici provenienti dalle incursioni nello spazio giuridico di filosofi politici, di filosofi morali, di sociologi e di economisti<sup>25</sup>.

25 Il riferimento è principalmente alle teorie di Rawls e Dworkin, ma anche ai più recenti lavori di M. Sandel, *Giustizia. Il nostro bene comune* (2009), Feltrinelli, Milano 2010 e A.K. Sen, *L'idea di giustizia* (2009), Milano, Mondadori 2010.

Per altro verso, chissà forse anche con il contributo della stessa filosofia del diritto, magari involontario, o anche volontariamente indirizzato al perseguimento di insondabili fini di stretta operatività, si è prodotta l'apertura della disciplina, a volte anche con l'acquisizione diretta dell'insegnamento, ai giuristi positivi. Dando, peraltro, la sensazione di una male interpretata volontà di legittimazione del disvalore degli studi giurifilosofici. Con il risultato che non solamente si ritiene che la voce della filosofia del diritto ormai risuona prevalentemente nelle pagine di studiosi di diritto positivo<sup>26</sup>, ma, anche per questa ragione, che la filosofia del diritto sia ritornata ad essere abbastanza inutile. Al punto da indurre chiunque si avventuri a predisporre nuovi modelli di ordinamento didattico dei corsi di laurea in giurisprudenza che si possa fare a meno dello studio della filosofia del diritto.

Fatto sta che tutti sbandierano l'irrilevanza della filosofia del diritto, ma, guarda caso, tutti si pregiano, molto spesso con risultati assolutamente modesti, di infarcire i propri lavori di dissertazioni filosofiche. Certo per dare dimostrazione di una dotta formazione, ma anche nella sottile convinzione che la filosofia del diritto in fondo è alla portata di tutti. Ciò dimostra, però, in maniera indubitabile, che la filosofia del diritto è un patrimonio culturale di cui un giurista non può fare a meno, proprio per sostenere ed affinare criticamente le proprie conoscenze tecniche, e, di conseguenza, che non è sufficiente cogliere i fondamenti e le radici filosofiche del sapere giuridico semplicemente salendo i gradini della scala della tecnica.

La complessità delle questioni poste dallo sviluppo attuale del diritto e l'allargamento degli ambiti degli studi giurifilosofici producono l'inevitabile intersezione delle idee e la necessità del confronto dialettico tra posizioni prima ritenute divergenti. Nella pluralità delle concezioni si profilano aspetti ed argomenti necessariamente comuni e con maggiore facilità si incrociano tematiche un tempo distanti, che implicano l'apertura di spazi condivisi di ricerca e di riflessione. La consapevolezza di questa unità di fondo deve costituire il principio per recuperare il senso del ruolo e della funzione della filosofia del diritto in senso ampio.

Il dialogo tra filosofi e giuristi è assolutamente imprescindibile, ma bisogna avere la consapevolezza che la filosofia del diritto *tout court*, che ricomprende cioè tutte le sue componenti plurali<sup>27</sup>, ha una dimensione "totale", che fornisce la chiave di lettura "radicalmente problematica" della vita e delle dinamiche giuridiche. Per questa ragione rimane ancora attuale il monito lanciato a suo tempo da Letizia Gianformaggio, per il quale è necessario investire in una continua relazione di *compenetrazione* tra le diverse anime della filosofia del diritto, al fine di assicurare sempre una visione "critica" del diritto, che è nello stesso tempo critica *interna* e critica *morale*<sup>28</sup>.

26 A titolo esemplificativo si può rammentare la progressiva piega giurifilosofica acquisita dai lavori di autori come Natalino Irti, Stefano Rodotà e Gustavo Zagrebelsky

27 Opportunamente il XXVI congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto (Torino 16-18 settembre 2008) è stato dedicato al tema "L'identità plurale della filosofia del diritto", i cui Atti sono stati pubblicati a cura di P. Nerhot, Giappichelli, Torino 2009.

28 Si rinvia a L. Gianformaggio, *La funzione docente del filosofo del diritto*, in *Filosofia del diritto*, cit., p. 114.