

Per un'introduzione
Bruno Montanari

Il volume che qui si introduce contiene gli Atti del Convegno che si è svolto il 2 e 3 ottobre 2015, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, in una occasione per chi scrive particolarmente importante: la presentazione alla comunità scientifica dell'edizione cartacea di "Teoria e Critica della Regolazione Sociale", che con questo fascicolo inizia la sua quarta annata, dopo le sei (2007-2012) dell'edizione *on line*. Ma su questo non è il caso di indugiare. Mi propongo, invece, di svolgere qualche riflessione sul significato dell'insegnamento della Filosofia del diritto, oggi, tenendo conto però di quella che si può chiamare la sua tradizione.

Anche in questo caso si dà un'occasione: la riforma degli studi giuridici (su cui torneranno gli autori di quasi tutti i contributi, a cominciare da Francesco Riccobono) e le proposte di una necessaria sempre maggiore professionalizzazione di chi ad essi si forma. La riflessione che intendo proporvi è sollecitata da un certo clima di "sufficienza" che colpisce la figura del giurista. Basti ricordare quanto scriveva nell'estate del 2013 Angelo Panebianco a proposito di una riforma della Facoltà di Giurisprudenza da non affidare ai giuristi, ma ad esperti di altre discipline; o a quanto successivamente ha scritto Francesco Giavazzi a proposito degli alti dirigenti statali, per i cui ruoli sarebbe preferibile all'esperto di diritto un manager, se non un ingegnere.

Non v'è dubbio che questi punti di vista "colti" si traducano poi in un atteggiamento mentale di sfiducia nel diritto diffuso nell'ambiente sociale, genericamente inteso, e questo sicuramente a causa anche delle carenze della giurisdizione, in particolare di quella civile: proprio su questo è tornato a insistere Gustavo Ghidini sul *Corriere* del 6 aprile 2014, e più di recente Luciano Violante nel suo *Il dovere di avere doveri*.

Mi è capitato, negli ultimi due anni, di discutere con i miei studenti di Teoria generale del diritto un autore, Niklas Luhmann, per il quale non ho mai avuto grande simpatia, ma che oggi, a distanza di quarant'anni, sollecita avvertite considerazioni.

Ecco, dunque, l'incipit di un testo del 1974, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, che cito nella traduzione di Alberto Febbrajo: "Negli ultimi anni la scienza giuridica è stata risucchiata dal vortice di controversie di carattere socio-politico, che attualmente sembrano intensificarsi [...] Le critiche [...] per quanto riguarda la scienza del diritto e la giurisprudenza, si rivolgono non contro singole manchevolezze di tali discipline, ma contro gli stessi fondamenti della loro plausibilità: [...]"

contro i contenuti dell'educazione giuridica. Si richiede – e con pieno diritto – che vi sia un'adeguata consapevolezza della situazione sociale del sistema giuridico e della prassi giuridica”.

Era il 1974, appunto. Un tempo drammaticamente segnato dalla temperie ideologica. Queste parole, che sottolineano il “risucchio” della scienza giuridica in un “vortice” alla cui base vi erano, allora, categorie filosofiche e socio-politiche, sono ancora oggi attuali, con una differenza, però, fondamentale, che va tenuta d'occhio. Lì il contesto di riferimento era, come ho già detto, di natura socio-politica e ideologica; oggi è di natura pragmatico-economicistica.

Differenza fondamentale, ribadisco, perché nel primo caso tra i due contesti, quello giuridico e quello socio-politico, vi è la comunanza delle categorie “soggetto”, “legittimazione” e “competenza”, proprie del “razionalismo” moderno, come dirò tra poco; nel secondo, invece, queste categorie vengono sostituite da quella, materialistico-pragmatica, dei “portatori d'interesse”.

Conseguenza: nel primo contesto, il diritto, sia pure come sottosistema auto-referenziale à la Luhmann, può tuttavia continuare a svolgere la funzione propria della scienza giuridica dell'800 e di buona parte del '900: quella di fattore costitutivo dello Stato di diritto, in quanto strumento di controllo per la politica, e di orientamento sistematico per la legislazione. Nel secondo caso, invece, i giuristi si trasformano in quelli che già Kant a suo tempo definiva meri “giurisperiti”, vale a dire in specialisti nella tecnica normativa della negoziazione degli interessi; o, come li ha definiti più di recente Natalino Irti, in idraulici delle norme.

Proprio in quest'ultimo contesto, costituisce una concezione veramente fuorviante qualificare, secondo la *vulgata* che corre nelle Facoltà giuridiche italiane, la Filosofia del diritto come materia “culturale”, espressione che serve a distinguere l'area storico-filosofica da quella delle materie a più stretto contenuto tecnico-professionale.

In realtà questa è una partizione priva di significato, poiché il Diritto, nel suo insieme, è un fenomeno culturale. In particolare, è proprio compito della Filosofia del diritto mettere in luce tale sua intrinseca connotazione, a cominciare dalla definizione della figura stessa del “giurista”. Infatti, com'è possibile pensare alla “Legge” se non a partire da categorie filosofiche e anche religiose e teologiche? Com'è possibile pensare all’“ordinamento” se non a partire dalla misteriosità del *kosmos* e dalla funzione epistemologicamente costitutiva dei concetti di “ordine” e “sistema” nel razionalismo moderno? E proprio quest'ultimo, il razionalismo moderno, elabora alcune categorie-chiave del diritto con le quali i giuristi, almeno fino a buona parte del XX secolo, hanno lavorato. Pensiamo all'idea di “soggetto”, soggetto umano e soggetto giuridico; pensiamo a concetti quali “legittimazione” e “legalità”, “sovranità”, “sfera pubblica/sfera privata”; e ancora “libertà” e “responsabilità”; pensiamo alla “volontà”, alla sua fenomenologia ed ai suoi vizi, pensiamo al contratto. Questo significa che la Filosofia del diritto non può fare a meno di coltivare al suo interno un profilo di storia del pensiero filosofico, dove il giuridico si accompagna sempre al politico, per poi trascenderlo, senza del quale non si potrebbe apprezzare il travaglio intellettuale delle categorie che ho appena esemplificativamente nominato.

In altre parole, il razionalismo filosofico della modernità si presenta veramente come la fonte da cui nascono quel pensiero giuridico e quel pensiero politico, attraverso i quali si è costruita la storia sociale dell'occidente europeo (e non introduco qui il tema della scienza "moderna", la quale è anch'essa "parto" della filosofia razionalistica).

E il giurista cosiddetto "positivo", tra l'Ottocento e almeno buona parte del Novecento, ha sempre arricchito la sua formazione del contributo intellettuale proveniente dagli studi degli storici e dei filosofi. Talora, tuttavia, si è ritenuto e forse ancora si ritiene che lo spazio formativo del filosofico sia ristretto ai soli profili di tipo valoriale. Questa, mi permetto di dire, è una riduzione di comodo che, circoscrivendo dei confini disciplinari, gioca, come ogni definizione di confini, un doppio ruolo: opera infatti sia nel senso del dialogo sia in quello, quanto meno, dell'indifferenza. Così facendo si è finito per confondere la filosofia del diritto con una specie di filosofia morale, quasi come un giudizio "esterno", in nome del giusto e dell'ingiusto. E con questo non si vuole escludere che tale confusione ad alcuni filosofi del diritto possa essere anche piaciuta.

Al contrario, io penso quello che ho cercato di dire fin qui: e cioè che tra filosofia e diritto vi sia una relazione "interna", che ha le sue radici nei profili *teoretici* del pensiero filosofico.

Non la relazione, ma l'*evidenza* di tale relazione, si interrompe sul finire del XIX secolo, e tale interruzione si consolida nel XX, dando luogo ad un'*apparente* autosufficienza del Diritto, sotto forma di "positivismo giuridico", debitore quest'ultimo all'irrigidirsi del concettualismo della Scuola storica tedesca nella Pandettistica. Ma vediamo meglio questo punto, perché è la chiave per intendere il ruolo e la funzione della Filosofia del diritto oggi, in una Facoltà giuridica.

Il venir meno dell'evidenza di cui ho detto dipende dallo svolgersi, per rivoli diversi, delle filosofie post-hegeliane, rette dalla contestazione all'idea di "sistema". Basti pensare alle filosofie esistenzialistiche, dalle quali nasce l'Ermeneutica filosofica; al positivismo sociologico; alla divisione tra scienze dello spirito e scienze della natura, che costituisce il presupposto teoretico per la Teoria dell'interpretazione.

In un tal variegato contesto, una via che l'inizio del '900 ha intrapreso per tornare ad una lettura unitaria del mondo è rappresentata dal neo-positivismo logico, dal quale trae origine la filosofia analitica. È su queste basi che l'istanza ordinatrice del diritto, al di là della frammentazione culturale e politica, trova il suo alimento e si esplica nelle costruzioni delle Teorie generali del diritto, a cominciare dall'impostazione kelseniana, il cui normativismo, per un verso, è figlio delle contraddizioni della scienza giuridica di fine '800 (Jellinek) e, per un altro, matura nel contesto neo-positivistico.

I legami tra filosofia e diritto nel '900, in chiave non analitica, restano allora affidati ai residui dello storicismo filosofico, prevalentemente nella sua declinazione materialistica e ad una sopravvivenza, con alterne fortune, del giusnaturalismo, che rimane una linea diffusa negli ambienti culturali di matrice cattolica. Queste due linee, antitetiche tra di loro, hanno però un tratto in comune: quello di un atteggiamento di valutazione esterna al diritto, in chiave ideologica o metafisico-valoriale, che da un lato fa sentire il suo peso sulla effettività del giuridico, ma nella

ricostruzione interna di questo non si discosta da una impostazione formalistico-normativa.

Nel clima filosofico del XX secolo, il paradigma neo-positivistico e analitico assume la funzione di validazione scientifica del diritto e, in Italia, questo paradigma si diffonde e si consolida, sia pure con accentuazioni diverse, attraverso l'insegnamento di Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli: strettamente giuridico-normativistico il primo, con inclinazione più linguistico-filosofica il secondo. A questo si aggiunge l'orientamento fenomenologico-esistenziale che si diffonde attraverso l'insegnamento di Sergio Cotta.

Non v'è dubbio che le due linee hanno avuto un diverso impatto, soprattutto perché il numero di coloro che si sono richiamati e formati nell'insegnamento analitico è stato assai superiore a quello degli altri. Tuttavia, come disse un nostro autorevole antenato, "ciascuno è figlio del suo tempo", e "la filosofia è il proprio tempo appreso nel pensiero." Proprio queste parole devono farci riflettere, oggi, se il pilastro su cui si è costruita la filosofia analitica e la sua forza critica nel tempo in cui si è affermata in Italia, e cioè la Grande Divisione, sia ancora capace di interpretare in modo del tutto esaustivo l'attuale rappresentazione del mondo, così come essa scaturisce dall'intreccio tra scoperte scientifiche e interpretazioni filosofiche. In questa chiave, mi sembra estremamente importante la recente pubblicazione, curata da Anna Pintore, dei più antichi scritti analitici di Uberto Scarpelli, proprio a dimostrazione di quello che era, in quegli anni, il travaglio che scuoteva un filosofo autentico, tra formazione tradizionale e innovazione intellettuale¹.

La linea fenomenologico-esistenziale di Sergio Cotta ha ispirato altri colleghi, tra i quali metto me stesso, più per i profili epistemologici e metodologici attraverso i quali (e a certe condizioni) è superabile la Grande Divisione, che non per specifiche opzioni contenutistiche.

Ma il panorama italiano, soprattutto del secondo '900, annovera almeno altre due figure di prestigio, corrispondenti ad altrettante linee di pensiero, con le quali la filosofia del diritto si cimenta e penetra dentro la struttura giuridico-positiva. Pensiamo, da un lato, alla linea che lega il concetto di esperienza giuridica di Giuseppe Capograssi alla prospettiva processualistica di Enrico Opocher e, dall'altro, al realismo di Giovanni Tarello, che definirei "critico" perché si forma per affrontare in direzione giuridicamente costruttiva quella tensione tra teoria e ideologia, che domina gli anni del suo lavoro scientifico. E questi sono i Maestri che io ho incontrato nei miei oltre 40 anni di lavoro accademico, il cui pensiero è alimentato da una forte formazione storica e filosofico-teoretica, oltre che giuridica.

Il panorama che ho descritto mi pare che abbia come suo confine temporale gli anni '90. Da quella data in poi non si registrano più costruzioni di Teoria generale del diritto e la Filosofia del diritto si dispone a corrispondere alla pluralità di problemi emergenti o servendosi ancora del paradigma analitico o orientando

1 Mi riferisco ovviamente a U. Scarpelli, *Filosofia analitica del diritto*, a cura di Anna Pintore, ETS, Pisa 2014.

l'insegnamento fenomenologico sotto forma di epistemologia critica (riprendendo anche il classico insegnamento kantiano). Testi come quello di Robert Alexy (presentato in Italia da Luigi Mengoni)² ne sono una indicazione di massima, che è pur sempre significativa.

In ogni caso, l'insegnamento filosofico del diritto nella seconda metà del '900 ha avuto uno scopo comune all'intera area disciplinare: la formazazione intellettuale e civile dei giovani studenti in Giurisprudenza collegata al riconoscimento inequivocabile del modello democratico-parlamentare. Anche, spesso, operando un distacco critico dalle proprie specifiche formazioni politico-culturali. Vorrei ricordare alcune parole pronunciate da Luigi Mengoni al XXIV Convegno Nazionale dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani: "Si è detto che la catastrofe dell'ultima guerra mondiale ha risvegliato i giuristi dal sonno dogmatico. *Ciò è vero soltanto sul piano della Filosofia del diritto e tutt'al più della Teoria generale del diritto e dello stato.* Il ripudio del positivismo giuridico fu il risultato di un esame di coscienza con lo sguardo rivolto al passato, alle rovine materiali e morali lasciate dallo Stato totalitario. Esso non fu accompagnato da una riflessione metodologica volta a definire un nuovo modo di intendere il compito della giurisprudenza di fronte allo sviluppo sociale e i corrispondenti metodi operativi" (pubblicato in *Iustitia*, 1974: lo stesso anno del Luhmann di *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*). Parole che ancor oggi devono sollecitare la riflessione del giurista e stabiliscono un ponte indispensabile con la filosofia e la teoria del diritto.

Nell'attualità, la Filosofia del diritto non può rinunciare alla finalità formativa intellettuale e civile di cui ho detto. Il suo oggetto sarà quello del nostro tempo: un'analisi spregiudicata e una riflessione consapevolmente critica di quella realtà contemporanea che si è venuta formando e affermando attraverso la sinergia tra le tecnologie informatiche e la tecnocrazia economico-finanziaria. La Filosofia del diritto, e solo la Filosofia del diritto, ragionando criticamente su tale scenario, disvela la radicalizzazione di un paradigma "scientista" il quale, dichiarando la sua assoluta autosufficienza epistemologica, di fatto mette in discussione la sua stessa legittimazione originaria (come si accennava: la scienza come parto della filosofia razionalistica della modernità).

In più, nell'attuale frammentazione sociale, di fronte al venir meno del rispetto della legalità e, nel senso comune, dell'idea stessa di ordinamento giuridico e di istituzioni legittime, credo che allo studente di Giurisprudenza, sia che si trovi all'inizio dei suoi studi o in un momento più avanzato, proprio in funzione della sua formazione civile, occorra mostrare che il diritto non possa rinunciare alla funzione che ha sempre avuto nell'Occidente europeo: di costruzione dell'ordine sociale, di autoriflessione critica e di controllo del potere, comunque esso si manifesti, affinché i mutamenti in atto non conducano a derive inarrestabili.

Da questo punto di vista, non si può non tener conto che anche la tradizione teorico-generale della Filosofia del diritto ha una sua indiscutibile valenza critica e

2 R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica* (1978), tr. it. Giuffrè, Milano 1998.

formativa, proprio perché propone, in un tempo “a-teorico”, lo studio del diritto come teoria generale.

Il giovane, che oggi intende formarsi allo studio della nostra disciplina, credo che debba avere dentro di sé due riferimenti assolutamente indispensabili: la conoscenza di quelle che sono state la scienza e la teoria del diritto, e una formazione intellettuale in chiave di filosofia teoretica. Il che non esclude diverse specializzazioni; ma bisogna avere consapevolezza che tali sono solo se viste come rami di quel tronco formato tra idea di diritto e filosofia teoretica.

Per quanto concerne quella formazione tecnico-professionale cui aspira la riforma degli studi giuridici, penso di poter dire che essa dovrebbe puntare certamente a formare buoni professionisti, i quali però saranno tali nella misura in cui, oltre al necessario sapere specialistico, siano dotati di occhiali capaci di leggere e utilmente recepire i messaggi cognitivi provenienti da altri campi del sapere, che attualmente mettono in discussione i tradizionali paradigmi epistemologici. E questi “occhiali” li può fornire solo l’insegnamento della filosofia del diritto, impartito da docenti a loro volta formati nel modo che ho sopra detto.

A conclusione mi piace ricordare alcune parole dette da Carl Schmitt nel 1944: “Noi [giuristi] realizziamo ... un compito che non ci può essere tolto da nessun'altra forma o metodo di attività umana. Non possiamo sceglierci, secondo i nostri gusti, i regimi e i mutevoli detentori del potere, ma tuteliamo, con il cambiare delle situazioni, ciò su cui poggia un modo razionale di essere uomini, che non può fare a meno dei principi del diritto. Di tali principi fa parte un riconoscimento della persona che non venga meno neppure nella contesa e che poggia sul rispetto reciproco”³.

3 C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea* (1958), tr. it. Pellicani, Roma 1996, pp. 82-83