

***La comparazione diacronica
nell'insegnamento della filosofia del diritto
Una proposta metodologica.***

I. Elementi introduttivi

Non essendoci un modo unico per trattare, in ambito giuridico, un tema ampio e complesso come quello della comparazione diacronica – e della più generale essenzialità dello studio storico – appare utile chiarire subito lo specifico obiettivo del presente contributo, incentrato sulla comparazione diacronica come metodo per la formazione del giurista, volendo così evidenziare anche la funzione sociale che – attraverso la comparazione diacronica – può (e deve) assumere la filosofia del diritto.

La rilevanza della comparazione diacronica mi sembra possa essere colta assumendo questa prospettiva specifica proprio perché essa non tratta della comparazione diacronica come fine in sé ma la considera come ‘mezzo’ (come metodo, per l’appunto) legato a specifici obiettivi (non solo scientifici) da raggiungere nella formazione dell’operatore del diritto.

Una riflessione, quella che si propone, che da un lato si apre a scenari più ampi i quali rimandano alla necessità di sottolineare l’importanza della filosofia del diritto nella formazione del buon operatore del diritto. Dall’altro appare quantomai opportuna se si considera il rischio di uno scivolamento dei percorsi formativi di area giuridica (tanto quelli tradizionali di giurisprudenza, quanto quelli più nebulosi legati all’erogazione dei ‘servizi giuridici’) verso una formazione ‘tecnica’, professionalizzante, orientata prevalentemente all’acquisizione di quelle specifiche competenze pratiche e settoriali che appaiono necessarie per maneggiare, in maniera più o meno cosciente, le problematiche poste al giurista dalla crescente complessità che va caratterizzando la fenomenologia del diritto.

Una riflessione che nasconde quello che appare come paralogismo: per far fronte al ritorno alla complessità del diritto, i percorsi universitari dovrebbero tendere a plasmare nuovi *automata* del diritto, operatori con sempre maggiori competenze tecniche e operative¹.

¹ In realtà è vero l’esatto contrario. Come sottolineato da Cecilia Blengino e Claudio Sarzotti, la concezione per la quale «il diritto viene percepito come un testo scritto posto autoritativamente dal legislatore, una sostanza appunto che il giurista ha il compito di interpretare non superando i limiti che l’ordinamento stesso gli ha indicato», rappresentata dall’immagine classica della ‘pi-

In questo scenario generale appare legittima la domanda sul ruolo della filosofia del diritto o della storia della filosofia del diritto nella formazione dell'operatore del diritto.

Se, difatti, l'imperativo è quello di formare un esercito di tecnici del diritto, pronti per assumere da subito, *hic et nunc*, un ruolo attoreo nel mercato delle professioni giuridiche, perché trattare questioni – come quelle storiche o storico-filosofiche – che tecniche non sono?

In questo scenario, da formazione 'usa e getta', potremmo dire, quale spazio può ritagliarsi la comparazione diacronica la quale ha la pecca di proiettare verso il passato (non verso il futuro) un particolare istituto o concetto giuridico oppure una dottrina del diritto?

La riduzione del diritto a tecnica nasconde evidentemente molte fallacie poiché, in una prospettiva 'efficientista', la formazione universitaria risulta fallimentare se non riesce a modellare tecnici del diritto capaci di orientarsi da subito nell'universo del diritto post-legislativo².

In realtà, una siffatta formazione appare fallimentare in partenza poiché incapace di instillare il seme della più generale comprensione delle dinamiche di mutamento che inevitabilmente travolgeranno il diritto (e che non possono ridursi a tecnica del diritto) in un orizzonte di medio-lungo periodo, lo stesso orizzonte che andrà a coincidere con quello della vita professionale di ogni operatore del diritto.

II. Di precisazione in precisazione

È forse utile far anticipare le riflessioni sulla comparazione diacronica da alcune precisazioni.

La prima, forse anche inutile, è che la prospettiva attraverso la quale guarderò al tema della comparazione diacronica è la mia prospettiva, una prospettiva soggettiva, che non vuole essere escludente o esclusiva e che va necessariamente ad assommarsi alle tante possibili prospettive attraverso le quali guardare alla rilevanza dello studio storico del diritto e, in particolare, per ciò che mi concerne, allo studio storico della filosofia del diritto.

ramide' è entrata in crisi e con essa «la figura del giurista mero tecnico del diritto». C. Blengino, C. Sarzotti, *La didattica esperienziale: una sfida per l'epistemologia giuridica e la sociologia del diritto*, in C. Blengino, C. Sarzotti (a c. di), *'Quale formazione per quale giurista?'*. *Insegnare il diritto nella prospettiva socio-giuridica*, Torino 2021, 12 s.

² M.R. Ferrarese, *Globalizzazione*, in U. Pomarici (a c. di), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Torino 2007, 351.

La seconda precisazione è che la mia prospettiva ha come sfondo un tema più generale che riguarda l'importanza della dimensione filosofica nella formazione del giurista.

Una prospettiva che non vuole essere autoreferenziale ma che rappresenta il punto di avvio di una serie di argomentazioni finalizzate a sottolineare la funzione della filosofia del diritto nella formazione di un giurista e, entrando più nello specifico, in linea con il tema di questo Convegno, il contributo che la prospettiva storica (storica-filosofica-giuridica) può dare alla filosofia del diritto nell'assolvimento della sua funzione formativa (e sociale).

Pertanto il presente contributo, avendo sempre come sfondo il tema della dimensione filosofico-giuridica nella formazione del giurista, si dipanerà in due parti.

Nella parte iniziale si tenterà di dare una risposta alla domanda «Quale è la funzione della filosofia del diritto nella formazione del giurista, oggi».

La parte successiva, invece, tenterà di rispondere alla domanda: «Quale è la funzione della prospettiva storica e/o della comparazione diacronica nella formazione filosofico-giuridica del giurista, oggi».

Prima di entrare nel merito, però, un altro paio di precisazioni sono necessarie.

La mia prospettiva non è la prospettiva scientifica dello storico della filosofia del diritto. Per quanto sia attratto da sempre dalla dimensione storico-filosofica del diritto, la mia vita di ricercatore è stata segnata dallo studio del linguaggio normativo dei diritti, nelle diverse prospettive attraverso le quali viene utilizzato. Uno studio, occorre dire, nel quale la comparazione diacronica, volta ad evidenziare come il concetto filosofico-giuridico di 'diritto soggettivo' sia cambiato nel tempo, appare fondamentale per comprendere cosa sono i diritti oggi, a cosa servono, da dove vengono e che ne sarà di loro nel prossimo futuro.

La seconda precisazione riguarda il Convegno odierno al quale ho dato la mia adesione immediatamente, prima di conoscerne il tema specifico. Un tema che è poi parso subito in linea con il mio specifico approccio all'insegnamento della filosofia del diritto in un corso di laurea come quello di giurisprudenza.

Difatti sono fortemente convinto, come argomenterò a breve, dell'importanza della comparazione diacronica, non solo nello studio della filosofia del diritto (da un punto di vista prettamente scientifico, dunque) ma anche, e soprattutto, nella didattica della filosofia del diritto soprattutto in un percorso formativo teologicamente orientato a formare (bravi) operatori del diritto.

Dico questo, e inizio dunque ad entrare nel merito, partendo da una prospettiva quasi 'funzionalista', riguardante per l'appunto la funzione specifica che la filosofia diritto ha nel processo di formazione di un (bravo) giurista.

III. Qual è la funzione della filosofia del diritto?

La prima domanda alla quale cercherò di rispondere è dunque la seguente: «Quale è la funzione della filosofia del diritto nella formazione del giurista oggi»

Da questo punto di vista, la filosofia del diritto appare una disciplina particolare, forse diversa dalle altre discipline scientifiche che i futuri giuristi (per lo più studenti di giurisprudenza) incontrano nel loro percorso di formazione.

A mio avviso la filosofia del diritto – ma più in generale la filosofia – ha un compito specifico che, ovviamente, è enucleato nel suo statuto epistemologico.

Qual è la funzione della filosofia del diritto? A cosa serve? Qual è la sua funzione formativa? In che termini la filosofia del diritto può essere definita come un sapere ‘utile’ e utile a che cosa?

Difficile rispondere a queste domande in maniera sintetica, ma in qualche maniera necessario, vista la ghiotta occasione di confronto che ci è fornita da questa Giornata di studio.

Qual è dunque la funzione della filosofia del diritto?

A mio avviso occorre dare tre diverse risposte, che però si intrecciano tra loro, utilizzando alcune argomentazioni di carattere per lo più introduttivo presenti in alcuni lavori/manuali tra quelli utilizzati da chi insegna filosofia del diritto in un corso di laurea in giurisprudenza.

Il mio ragionamento, che si dipanerà sul piano del metodo filosofico, avrà un riferimento centrale, Enrico Opocher, e due riferimenti ‘integrativi’, ma non meno importanti, Giuseppe Limone e Francesco Viola.

Partiamo, in realtà, da Giuseppe Limone, il quale, movendosi da sempre sul crinale tra filosofia del diritto e filosofia politica, nel capitolo dedicato alla *Filosofia del Diritto*, nel volume collettaneo *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, curato da Ulderico Pomarici e pubblicato da Giappichelli nel 2007³, prendeva le mosse da un adagio di Martin Heidegger (tratto da *Che cosa significa pensare?*) secondo il quale: «La scienza calcola, la filosofia pensa».

Movendo da questo assunto, Giuseppe Limone osservava come: «La scienza *calcola*. La scienza misura il suo oggetto come *dato* che non mette in discussione e che, anzi, assume come premessa del discorso. E nel farlo *misura*, all’interno del suo oggetto, tutte le possibili relazioni, strutture, funzioni. Misurazione compiuta attraverso passi logici anch’essi misurati: il *metodo* che è la strada attraverso la quale la scienza conosce il suo oggetto»⁴.

Al contrario, argomentava Limone, «la filosofia *pensa*. [Cioè] Mentre la

³ Pomarici (a c. di), *Filosofia del diritto* cit.

⁴ G. Limone, *Filosofia del diritto*, in Pomarici (a c. di), *Filosofia del diritto* cit. 228.

scienza identifica e calcola significati, la filosofia apre la domanda sul senso. Essa [la filosofia] indaga il suo oggetto, insieme col lessico in cui arriva: studiandone i presupposti, mettendolo in rapporto con le prospettive possibili, con i valori, coi caratteri dell'interpretazione e del linguaggio, coi limiti della conoscenza e del pensiero, con l'incidenza del metodo sull'oggetto, con le condizioni di possibilità del guardare e del guardato, col complessivo mondo dell'agire, con l'essere profondo della realtà, con l'esistere umano e con le sue domande di senso»⁵.

Al di là, forse, di alcune possibili forzature, soprattutto – mi sembra – sulla 'fissità' dell'approccio propriamente scientifico, la conclusione di Limone appare però tanto suggestiva quanto condivisibile perché fa emergere il primario compito che dovrebbe essere assolto dalla filosofia – in generale – e dalla filosofia del diritto in particolare.

La filosofia, difatti, affermava Giuseppe Limone, «mette in questione tutto ciò che le appare come un *dato*, scoprendolo come un *problema*» e continuava dicendo che «in quanto attività investigante sui presupposti, la filosofia è una straordinaria forza di *demistificazione dell'ovvio* e perciò di vigilanza critica nei confronti del reale e delle sue forme»⁶. In un quadro, specifichiamo noi, dove, il diritto è una delle forme del reale.

La conclusione di Limone, particolarmente efficace, appare non troppo diversa da quella di Enrico Opocher il quale, nelle sue celeberrime *Lezioni di filosofia del diritto*, risalenti agli anni Cinquanta del Novecento, ma riedite negli anni Novanta, si riproponeva di proporre non una 'semplice' storia della filosofia del diritto (la più completa storia novecentesca è sicuramente quella in tre volumi di Guido Fassò⁷), ma, sottolineava il filosofo padovano, «un tentativo di interpretazione storica dei momenti essenziali della nostra disciplina [la filosofia del diritto, n.d.r.] o, meglio, del processo di formazione delle prospettive intorno al diritto che sono proprie alla civiltà occidentale»⁸.

Movendo da questo intento, Opocher attribuiva alla filosofia del diritto, ma più in generale a tutta la filosofia, quello che chiamava «un compito rivoluzionario» cioè quello di «dissolvere le certezze dell'esperienza nella problematicità e, quindi, di porre nella coscienza il germe delle più profonde trasformazioni»⁹.

Sviluppando quanto sostenuto da Opocher e Limone – i quali esprimono un sentimento comune, diffuso, sulla filosofia come sapere critico – possiamo

⁵ Limone, *Filosofia del diritto* cit. 228.

⁶ Limone, *Filosofia del diritto* cit. 228.

⁷ G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto* I. *Antichità e medioevo*, II. *L'età moderna*, III. *Ottocento e Novecento*, riedizione a c. di C. Faralli, Bologna 2001.

⁸ E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova 1993², V.

⁹ Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto* cit. 5.

sintetizzare dicendo che la filosofia del diritto, ma, probabilmente, più in generale la Filosofia, dovrebbe avere tre funzioni principali le quali intrecciano: una prospettiva epistemologica; una prospettiva formativa; una prospettiva sociale.

Dalla prima prospettiva, quella epistemologica, la filosofia del diritto dovrebbe esprimere una capacità di *demistificazione dell'ovvio* e di vigilanza critica nei confronti del diritto positivo, con l'intento ultimo di dissolvere le certezze del dato giuridico nella problematicità.

Dalla seconda prospettiva, quella formativa (quindi anche didattica), invece, la filosofia del diritto dovrebbe dare conto del processo di formazione delle diverse prospettive intorno al diritto.

Sovrapponendo le due prospettive, possiamo evidenziare come la filosofia del diritto, forse più di altre discipline accademiche, ha nel suo statuto epistemologico l'apertura verso una pluralità di prospettive attraverso le quali guardare il diritto, per cui sembra corretto affermare che non esiste *tout court* la filosofia del diritto, ma esistono tante e tra loro anche diverse – molto diverse – filosofie del diritto.

Da questo punto di vista, estremamente significativo ed efficace è l'*incipit* di *The Concept of Law*, tra i classici della giusfilosofica novecentesca, perché Herbert Hart propone la sua prospettiva sul diritto partendo però dalla consapevolezza della pluralità di prospettive che attraversano e hanno attraversato (anche storicamente) la filosofia del diritto.

Scrivi difatti Hart: «Poche questioni riguardanti la società umana sono state poste tanto insistentemente e sono state risolte da pensatori seri in modi tanto diversi, strani e perfino paradossali come la questione *Che cos'è il Diritto*». Anche se limitatissimo, continua sempre Hart, «la nostra attenzione alla teoria giuridica degli ultimi centocinquant'anni [*The Concept of Law* è del 1961, n.d.r.] e lasciamo da parte la riflessione classica e medievale sulla *natura del diritto* ci troviamo di fronte a una situazione che non ha eguali in nessuna altra materia studiata in modo sistematico, come disciplina accademica a sé», perché, continua il filosofo inglese, «non esiste un'ampia letteratura dedicata alla risoluzione del problema *Che cosa è la chimica* oppure *Che cosa è la medicina* come quella rivolta alla soluzione della questione *Che cosa è il diritto*»¹⁰.

Invece, conclude Hart, «nei confronti del diritto sono state fatte affermazioni che pur apparendo strane o paradossali, sono state sostenute con eloquenza e passione, come se fossero rivelazioni di verità sul diritto che erano state a lungo nascoste a causa di gravi travisamenti della sua essenziale natura»¹¹.

Accanto però alla prospettiva epistemologica e a quella formativa che tra

¹⁰ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino 2002³, 3.

¹¹ Hart, *Il concetto di diritto* cit. 3.

loro naturalmente si fondono, dato che non ci può essere formazione su un sapere se non partendo dal suo statuto epistemologico, vi è però una terza prospettiva, spesso considerata marginale, se non proprio trascurata, ma che invece appare – a mio avviso – di particolare importanza.

Mi riferisco a quella che possiamo definire la funzione sociale della filosofia del diritto, per l'appunto la terza prospettiva, enunciata in apertura di paragrafo.

In che termini pertanto la filosofia del diritto svolge una funzione sociale?

Anche qui le parole di Opocher appaiono illuminanti perché la filosofia del diritto, difatti, nel dissolvere le certezze dell'esperienza nella problematicità, svolge, dice Enrico Opocher, «un compito rivoluzionario» consentendo di «porre nella coscienza il germe delle più profonde trasformazioni»¹².

Difatti la riflessione filosofica sul diritto non è – o non dovrebbe essere – un esercizio fine a se stesso (e per questo dovrebbe essere una disciplina fortemente 'empatica' aperta al dialogo e al confronto anche inter a trans-disciplinare) perché la capacità di problematizzare anche il dato giuridico positivo che appare certo, rappresenta, a ben vedere, quel collante che unisce l'incessante evolversi delle nostre società con l'incessante trasformazione del diritto.

Da qui il 'compito rivoluzionario' della filosofia del diritto che assolve alla sua funzione sociale nel momento in cui pone le condizioni per le quali il diritto si evolve, si trasforma, si adegua e in quest'opera di evoluzione, trasformazione, adeguamento indirizza (e regola) l'evoluzione delle nostre società.

La fenomenologia giuridica, difatti, non è contrassegnata dalla fissità, ma dalla fluidità e le dinamiche che regolamentano il rapporto (fondamentale) tra fissità del dato giuridico positivo e fluidità della società si sviluppano a partire proprio dalla messa in dubbio – che significa necessariamente messa in discussione critica – del diritto positivo e, nello specifico, dalla messa in dubbio del significato, dell'interpretazione, dell'applicazione di ogni norma giuridica e della relazione di ogni norma giuridica con altre norme giuridiche.

Senza l'esercizio del dubbio, senza la vigilanza critica, il diritto positivo, probabilmente, rimarrebbe isolato nella sua fissità e così facendo sarebbe un 'diritto morto' scollato irrimediabilmente dalla vivente realtà sociale.

Nel promuovere dunque l'esercizio del dubbio, il filosofo del diritto svolge un ruolo 'rivoluzionario' perché, chiudendo sempre con Opocher, instilla nella coscienza di ogni operatore, di ogni singolo operatore del diritto «il germe che consente le più profonde trasformazioni comunitarie [giuridiche e sociali]»¹³.

¹² Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto* cit. 5.

¹³ Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto* cit. 5.

IV. Chi è il filosofo del diritto?

Se dunque si accetta questa funzione, una e trina, della filosofia del diritto potremmo dire che essa dovrebbe avere tre compiti principali tra loro non separabili: una funzione critica di messa in dubbio del diritto positivo; una funzione prismatica aperta alle diverse prospettive attraverso le quali guardare al diritto; una funzione sociale, atta a porre le condizioni per guidare (tramite la regolamentazione) gli incessanti cambiamenti e le profonde trasformazioni che riguardano le nostre società.

Occorre, però, fare un passo in avanti perché, definite quelle che dovrebbero essere le funzioni della filosofia del diritto, occorre comprendere chi è il filosofo del diritto, chi può essere il filosofo del diritto o chi può farsi filosofo del diritto.

E occorre rispondere a questa domanda cercando di sgomberare il campo da un possibile equivoco legato all'idea che l'importanza della filosofia del diritto che si sta cercando di evidenziare, forse anche la sua centralità, sia funzionale a promuovere una sorta di ristretto governo dei saggi, una noocrazia.

Non è così. Questo equivoco – per riprendere sempre Opocher – nasce dall'erroneo concetto che la filosofia (e quindi anche la filosofia del diritto) «coincida con le teorizzazioni astratte svolte da questo o quel filosofo nel chiuso della propria biblioteca e che sia perciò sufficiente opporvi una serie di argomenti logici, ossia in definitiva altre teorizzazioni, per negarne la ragion d'essere»¹⁴.

Il filosofo (forse), il filosofo del diritto (certamente) non può estranearsi dalla realtà che lo circonda.

Il filosofo del diritto non può farlo certamente perché l'oggetto della sua riflessione è il diritto ed il diritto è una forma delle forme del reale, è teoria e pratica allo stesso tempo pertanto è teoria inscindibile dalla pratica.

Ciò significa, riprendendo ancora Opocher, che «la filosofia degna di questo nome è inseparabile dalla vita [...] si accompagna alla vita sempre come elemento integrante dell'esperienza di ogni uomo che pensa e che dunque vive». «In maggiore o minore misura chiosa Opocher – tutti sono filosofi in quanto uomini perché quello del filosofare non è che un aspetto della singolare condizione dell'esistenza umana e i cosiddetti filosofi, nel senso tecnico della parola, non sono che uomini particolarmente sensibili a questa insopprimibile istanza della vita»¹⁵.

Se la filosofia è dunque inseparabile dalla vita, lo è anche e necessariamente da quel complesso di uomini, cose, norme, istituti, volontà, azioni che costituisce il mondo del diritto.

¹⁴ Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto* cit. 4.

¹⁵ Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto* cit. 4.

Se dunque è vero che, seguendo ancora Opocher, «non è possibile vivere coscientemente la vita giuridica senza filosofare su di essa» sarà altrettanto vero che alle domande chi è il filosofo del diritto, chi può essere il filosofo del diritto o chi può farsi filosofo del diritto, possiamo rispondere, sempre riprendendo Enrico Opocher, osservando che «filosofa il giurista, nell'atto in cui interpreta le leggi, filosofa il legislatore, nell'atto in cui le discute e le approva, filosofa il giudice, nell'atto in cui le applica, filosofano i singoli individui nell'atto in cui obbediscono o disobbediscono alle norme giuridiche»¹⁶.

«Tutta la vita giuridica – concludeva Opocher – si muove sotto il possente impulso della riflessione filosofica»¹⁷.

È vero che il filosofo (anche il filosofo del diritto) è chiunque sia particolarmente sensibile all'insopprimibile istanza della riflessione filosofica sulla vita (anche sulla vita del diritto), è altrettanto vero che non tutti hanno questa *attitudine* filosofica (che dipende dalla sensibilità soggettiva), ma è anche vero che, probabilmente, qualcuno, più altri, dovrebbe avvertire come un imperativo questa insopprimibile istanza di riflessione filosofica sulla vita giuridica.

Un'attitudine che appare di fondamentale importanza perché consente di superare una visione iper-tecnicistica della formazione e della professione del giurista e consente di responsabilizzare operatori del diritto *riflessivi*¹⁸ movendo dalla presa di coscienza «dell'inadeguatezza del modello di conoscenza professionale intesa come razionalità tecnica»¹⁹ attraverso la formazione di «operatori capaci di accompagnare lo sviluppo di competenze tecniche con un processo metacognitivo costante»²⁰.

Nel giurista va dunque installato necessariamente il seme dell'imperativo filosofico, sul quale occorre lavorare, tramite la formazione, per sviluppare l'attitudine filosofica.

Tale processo assume una particolare rilevanza e non è scontato, ma dipende dal modello che si vuole utilizzare nel processo di formazione del giurista.

Quale tipo di giurista vogliamo dunque formare? «Un tecnico del diritto – evidenzia Massimo Dogliotti – docile strumento nelle mani di vecchi e nuovi 'padroni' del diritto, oppure un giurista libero e responsabile, capace sì di tradur-

¹⁶ Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto* cit. 4.

¹⁷ Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto* cit. 4.

¹⁸ D. Schon, *Il professionista riflessivo. Per una nuova epistemologia della pratica professionale*, Napoli 1993.

¹⁹ C. Blengino, C. Sarzotti, *La didattica esperienziale: una sfida per l'epistemologia giuridica e la sociologia del diritto*, in C. Blengino, C. Sarzotti (a c. di), 'Quale formazione per quale giurista?'. *Insegnare il diritto nella prospettiva socio-giuridica* Torino 2021, 20.

²⁰ Blengino, Sarzotti, *La didattica esperienziale* cit. 20.

re problemi e i conflitti sociali in un linguaggio giuridico corretto, ma anche e soprattutto consapevole delle conseguenze (e delle responsabilità) sociali, economiche, etiche e politiche delle scelte che il lavoro del giurista necessariamente comporta?»²¹.

Il giurista (cioè chi si occupa professionalmente di diritto), pertanto, non dovrebbe filosofare perché è personalmente sensibile all'esigenza di filosofare (un'esigenza ipotetica che dipende dalle inclinazioni naturali), ma, al contrario, deve essere capace di filosofare proprio perché è giurista.

È la filosofia del diritto che consente al giurista, ricordava Francesco Viola, «di non divenire uno strumento degli strumenti della tecnica», ma al contrario, è la filosofia del diritto che consente al giurista di «padroneggiare gli strumenti della tecnica, di asservirsene, di sfuggire alla loro autoreferenzialità e di orientare gli strumenti della tecnica giuridica verso fini degni dell'essere umano»²².

Da questa prospettiva appare evidente quanto la dimensione filosofica sia una aspetto essenziale dell'educazione del giurista, poiché il giurista – sottolineava sempre Francesco Viola – non deve essere considerato come «mero tecnico del diritto, ma [come] costruttore di civiltà giuridica»²³.

In quest'ottica, dunque, ogni attore che gioca una parte nel processo di produzione e trasformazione del diritto, deve essere capace di sviluppare una sua propria capacità di riflettere 'filosoficamente' e criticamente sul diritto come dato da problematizzare.

Se, parafrasando Dworkin, tutti noi siamo cittadini – non sudditi – dell'*Impero del Diritto*²⁴, è perché tutti noi contribuiamo, con parti diverse, alla definizione di ciò che è Diritto.

Il giurista (e l'avvocato in particolare) dal canto suo, in un contesto caratterizzato da crescente complessità, segnato dalla pluralità di ordinamenti giuridici e piani normativi che si intrecciano tra loro in sistemi multilivello, da una pluralità reticolare – non piramidale – di fonti del diritto, dall'espansione (costante ma graduale) del potere politico-giudiziario a discapito del potere politico-rappresentativo (degenerazione patologica o evoluzione fisiologica delle democrazie costituzionali), da un'ibridazione dei sistemi giuridici che si nutre di dialogo tra parlamenti, corti, avvocati, gruppi di interesse e di pressione in uno scenario transnazionale, il giurista (e l'avvocato in particolare) deve sapersi orientare e deve essere consapevole delle responsabilità e delle opportunità che seguono la

²¹ M. Dogliotti, *Per una nuova educazione giuridica*, in Blengino, Sarzotti (a c. di), *Quale formazione?* cit. 61.

²² F. Viola. G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Bologna 2003, 12.

²³ Viola. Zaccaria, *Le ragioni del diritto* cit. 12.

²⁴ R. Dworkin, *L'impero del diritto* (1986), Milano 1989.

crescente (e continua) complessità caratterizzante la fenomenologia giuridica.

Il giurista che riesce a comprendere e a padroneggiare le dinamiche che segnano il ritorno alla complessità del diritto è perciò capace di ergersi a costruttore di civiltà, attraverso la capacità – puntellata dall'attitudine filosofica – di dominare gli strumenti della tecnica giuridica.

Al potere della conoscenza giuridica, della tecnica giuridica, dell'interpretazione e dell'argomentazione, tradizionalmente impliciti nello statuto del giurista, ora si aggiunge anche un potere più propriamente 'politico': quello di incidere, direttamente, con la propria conoscenza, la propria tecnica, la capacità interpretativa e quella logico-argomentativa, sui processi *bottom-up* di produzione e trasformazione del diritto.

Emergere così il ruolo sempre più attivo per i giuristi che viene letto anche in chiave problematica, se è vero – come è vero – che taluni paventano la sostituzione della democrazia con l'espertocrazia giuridica, la *giuristocrazia*, per riprendere una famosa espressione del politologo canadese di origine israeliana Ran Hirschl compendiata nel superamento della formula – chiaramente legata alla storia costituzionale statunitense – del *We the People* con quella del *They the Jurists*²⁵.

V. *Quale è la funzione della prospettiva storica e/o della comparazione diacronica nella formazione filosofico-giuridica del giurista, oggi*

Definita dunque la funzione 'una e trina' della filosofia del diritto, anche in relazione all'individuazione di chi è, chi può essere o chi può (e deve) farsi filosofo del diritto, occorre rispondere alla seconda domanda che ci siamo posti in apertura: «Quale è la funzione della prospettiva storica e/o della comparazione diacronica nella formazione filosofico-giuridica del giurista, oggi?».

La domanda in questione pone evidentemente una questione di metodo che può essere rappresentata nel seguente modo: qual è il metodo 'migliore', non l'unico, ma quello che, forse, è maggiormente funzionale a restituire la funzione una e trina della filosofia del diritto facendo così comprendere al singolo giurista o al singolo futuro giurista qual è il ruolo 'rivoluzionario' che gli tocca svolgere?

L'individuazione del metodo, difatti, è funzionale agli obiettivi che ci si pone.

Pertanto se l'obiettivo è quello di restituire compiutamente la funzione della filosofia del diritto, per individuare il metodo più adeguato al raggiungimento dell'obiettivo, occorre ripartire dalla funzione della filosofia del diritto.

Qual è dunque la funzione della filosofia del diritto? A cosa serve? In che

²⁵ R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge 2004, 1.

termini la filosofia del diritto può essere definita come un sapere ‘utile’ ed utile a che cosa? La prima (e primaria) funzione della filosofia del diritto è quella di far comprendere ai giuristi (compresi i futuri giuristi) la necessità di sviluppare un’attitudine filosofica, critica, nei confronti del diritto stesso.

Premesso che l’attitudine critica sia ha in gradazioni diverse in persone diverse, come si fa a indurre un giurista, a maggior ragione un giurista in formazione, a sviluppare questa attitudine?

Se volessi affrontare questa questione da una prospettiva prettamente scientifica, direi che il miglior metodo per sviluppare tale attitudine filosofica è quello ‘giusnaturalistico’.

Dico questo perché, chiaramente, tra le grandi famiglie di dottrine giusfilosofiche, la famiglia delle dottrine giusnaturalistiche è quella che tradizionalmente, con maggiore efficacia, ha posto l’accento sul rapporto tra diritto e giustizia, considerando la dimensione critica e valutativa come parte integrante e necessaria della riflessione sul diritto, sino a disconoscere la dimensione giuridico-positiva a norme che non fossero considerate ‘giuste’ o che fossero contrarie alla giuridicità di un dato sistema etico (il diritto naturale, per l’appunto).

In realtà questa soluzione non appare molto convincente.

È vero che la prospettiva giusnaturalistica è quella che si è posta, più di altre, il problema dell’approccio critico nei confronti del diritto, ma è altrettanto vero che, pur attraverso prospettive tra loro diverse, diversissime, che abbracciano – senza sistematicità – l’Antigone di Sofocle, Cicerone, San Tommaso, Sant’Agostino, Grozio, Hobbes, Rousseau, e poi Locke, Kant sino ad arrivare a Radbruch, Maritain, Finnis e Cotta, è altrettanto vero che la prospettiva giusnaturalistica è una delle prospettive attraverso le quali guardare al diritto, non l’unica.

Se, pertanto, la funzione critica (I prospettiva) della filosofia del diritto deve abbracciare quella che abbiamo definito la funzione formativa (II prospettiva) in vista dell’assolvimento della funzione sociale della filosofia del diritto (III prospettiva) è altrettanto vero che l’attitudine filosofica nei confronti del diritto si potrà sviluppare dando atto delle diverse – tra loro diversissime – prospettive attraverso le quali guardare al diritto.

Non delle diverse prospettive all’interno di un’unica prospettiva (quella giusnaturalistica, ad esempio) ma delle diverse prospettive all’interno delle diverse prospettive intorno al diritto che sono proprie della nostra civiltà giuridica.

Diversità e ricchezza di prospettive che possono essere compiutamente restituite attraverso la comparazione diacronica la quale può essere utilizzata per far emergere come il diritto e la riflessione sul diritto siano cambiati (e siano soggetti sempre a cambiamento) nel tempo e nello spazio.

Un esercizio di pluralismo riflessivo utile ad assolvere – per il tramite della formazione – la funzione critica (e sociale) della filosofia del diritto.

VI. Riflessioni conclusive

Rebus sic stantibus, si possono mettere in evidenza due conclusioni.

La prima è che, probabilmente, ogni percorso di formazione che coinvolga il giurista, soprattutto il giurista in formazione, non dovrebbe appiattirsi esclusivamente su una sola prospettiva.

Non solo, difatti, tale appiattimento rischia di essere un'artificiosa riduzione della straordinaria ricchezza e complessità della filosofia del diritto. Ma quanto più specifica è la prospettiva che si assume come orizzonte formativo, tanto maggiori saranno le certezze del giurista in formazione, mentre il compito della filosofia del diritto non è quello di radicare certezze ma di disseminare dubbi.

La seconda è che la meta-prospettiva storica – definiamola così – è quella che consente di dare conto, forse con maggiore efficacia, delle tante prospettive intorno al diritto e delle tante prospettive intorno al diritto che si hanno nelle tante prospettive intorno al diritto.

Una meta-prospettiva che non considera la storia della filosofia del diritto come fine in sé (cosa di per sé non disdicevole), ma che – attraverso la storia della filosofia del diritto – riesce a dare conto della pluralità di prospettive nella pluralità di prospettive.

Così facendo la comparazione diacronica diviene metodo, strumento, per comprendere come cambia la riflessione sul diritto (perché cambia il diritto), individuando al tempo stesso però gli elementi che attraversano e accomunano le diverse prospettive che si sviluppano all'interno di una famiglia di dottrine giusfilosofiche (quella giusnaturalistica, quella giuspositivistica, quella realistica, per riprendere una tripartizione classica), caratterizzata da unità e pluralità al tempo stesso, da elementi concettuali comuni che si proiettano in concezioni diverse (per riprendere una distinzione cara a Dworkin). In un percorso, infine, di scomposizione prismatica della filosofia del diritto o delle filosofie del diritto che si ricompongono al plurale intorno ai giusnaturalismi, ai giuspositivismi ai giusrealismi.

La comparazione diacronica, all'interno di grandi e accoglienti famiglie di dottrine giusfilosofiche, appare uno dei possibili metodi per far sviluppare al giurista, soprattutto al giurista in formazione, uno spirito critico.

Uno spirito critico che si nutre del pluralismo di prospettive e che serve ad alimentare il dubbio, quel dubbio che è il motore di ogni ricerca scientifica, ma soprattutto è ciò che consente di trasformare il diritto, facendo assolvere al giurista la sua funzione più importante, la funzione sociale.

Attilio Pisanò
Università del Salento
attilio.pisano@unisalento.it