



**LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO  
Y OTRAS DIRECCIONES DEL PENSAMIENTO  
JURÍDICO CONTEMPORÁNEO  
LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR  
GREGORIO ROBLES**

Coordinadores



**tirant**  
lo blanch

homenajes  
& congresos

Copyright © 2020

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com).

© Varios autores

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
[www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: [www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
DEPÓSITO LEGAL: V-246-2020  
ISBN: 978-84-1336-588-6  
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: [http://www.tirant.net/Docs/RSC\\_Tirant.pdf](http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf)

## LA FILOSOFIA DEL DIRITTO COME PRATICA SOCIALE

FRANCESCO VIOLA

*Università di Palermo (Italia)*

**SUMARIO:** 1. LA PRECOMPRESIONE DELLA NATURA DEL DIRITTO. 2. LA CONFUSA TOTALITÀ DI SENSO DEL DIRITTO. 3. LA CORRETTEZZA DELLA COOPERAZIONE GIURIDICA. 4. IL CARATTERE COMPRENSIVO DEL SAPERE GIURIDICO. 5. LA FUNZIONE CIVILE DEL SAPERE GIURIDICO.

**RESUMEN:** Esta exposición muy general de la concepción del derecho como práctica social tiene solamente el objetivo de mostrar la interconexión entre los diversos aspectos del pensamiento jurídico y, en particular, el papel pervasivo y normativo de la perspectiva filosófica, bien como precomprensión de la naturaleza del derecho, bien como comprensión de su unidad de sentido. Se concluye con una comparación entre esta concepción y la teoría comunicacional de Gregorio Robles Morchón.

**ABSTRACT:** This very general account of law as a social practice has the only aim of showing the interconnection among the different aspects of legal thought, and in particular the pervasive and normative role of the philosophical approach, according to two senses: as a pre-comprehension of the nature of law and as a comprehension of its unity of meaning. In addition, it is tried a comparison between this conception of law and the communicational theory of Gregorio Robles Morchón.

Nel 2012 la *Rivista di Filosofia del diritto*, di cui allora ero direttore, ha dedicato i primi due fascicoli ad un'inchiesta sul modo d'intendere la filosofia del diritto. Alcune domande sono state rivolte a filosofi e teorici del diritto rappresentativi delle principali correnti di pensiero. Il risultato –com'era prevedibile– non ha permesso d'individuare un minimo comune denominatore tra le posizioni contrapposte. Tuttavia si sono potute constatare alcune convergenze spesso mero frutto di un *overlapping consensus*. Una di queste mi ha particolarmente colpito. Nel suo intervento John Finnis ha sostenuto che la filosofia del diritto deve essere intesa come un'estensione

e una specificazione della filosofia politica in quanto il diritto è volto a dare continuità, stabilità e regolarità alla vita associata<sup>1</sup>. Da parte sua Luigi Ferrajoli ha concluso il suo articolo, affermando che il costituzionalismo attuale ha prodotto un mutamento profondo nella cultura giuridica e ne ha capovolto il paradigma dominante, da quello puramente descrittivo a quello decisamente normativo, com'è proprio della filosofia politica<sup>2</sup>. Secondo Finnis la filosofia del diritto è parte della filosofia politica. Secondo Ferrajoli è il punto di vista politico a diventare interno alla filosofia del diritto. Ma la differenza non è certamente rilevante. Non credo che Finnis e Ferrajoli abbiano molto di più in comune, ma il fatto che vi sia una convergenza del genere m'induce ad alcune considerazioni sul modo di praticare la filosofia del diritto.

## 1. LA PRECOMPRESIONE DELLA NATURA DEL DIRITTO

“La filosofia del diritto come pratica sociale” è un titolo volutamente ambiguo, poiché può essere interpretato al contempo come un discorso filosofico sul diritto come pratica sociale e come una concezione della stessa filosofia del diritto come pratica sociale. In effetti intendo sostenere l'una e l'altra cosa insieme. Cercherò di mostrare che l'una cosa implica l'altra, sicché l'unico modo per sbarazzarsi con un sol colpo di tutte le banalità che dirò sarebbe quello di rigettare il concetto stesso di “pratica sociale” come qualcosa di nebuloso, confuso e oscuro. Cosa che sono prontissimo a fare a patto che mi si dia un sostituto capace di abbracciare in via preliminare il mondo del diritto. Questo, oggi più che mai, è un luogo particolarmente confuso e caotico: vari tipi di regole provenienti da fonti differenti e disordinate, atti di comando e atti di obbedienza o di disobbedienza, minaccia ed uso della forza, dottrine giuridiche consolidate e contestate, decisioni motivate da ragioni non sempre affidabili e prevedibili, ascrizione di diritti e di doveri, di poteri e di obblighi, relazioni intersoggettive vincolanti ed istituzioni socio-politiche non sempre ben funzionanti, per non parlare dei fini e dei beni, che il diritto persegue o promette, e delle passioni che lo abitano, da quelle più nobili a quelle meno commendevoli. Racchiudere tutto questo, e altro ancora, nell'idea di una pratica sociale vuole per il momento soltanto indicare, facendo ricorso al principio di carità, che

<sup>1</sup> Finnis, J., “What is the Philosophy of Law?”, *Rivista di Filosofia del diritto* 1, 2012, 1, págs. 67-69.

<sup>2</sup> Ferrajoli, L., “La teoria generale del diritto: l'oggetto, il metodo, la funzione”, *Rivista di Filosofia del diritto* 1, 2012, 2, págs. 249-250.

quest'insieme eterogeneo di azioni si esercita in un contesto sociale e aspira ad avere una certa qual unità di senso. Ma non dice ancora cosa e quale questa pratica sociale sia e a quali condizioni sia possibile. Si potrebbe forse pensare che un insieme confuso e disordinato non possa che partorire una definizione confusa e vaga.

L'idea che il diritto sia una pratica sociale ha il vantaggio di suggerire una visione dinamica del diritto. Si tratta di qualcosa che diviene, di un processo, di una procedura articolata in una miriade di procedimenti, di potenzialità e di successive determinazioni pratiche. Non si tratta di un divenire puro, perché le determinazioni si consolidano e producono effettività e stabilità, ma non sino al punto di spegnere le potenzialità per far fronte a situazioni sempre nuove. Il dinamismo del diritto è bipolare: da una parte riduce le possibilità di azione e, dall'altra, non si preclude di accogliere nuove istanze mediante un processo continuo di revisione delle determinazioni già compiute. Ogni tappa di questo processo abbisogna di una qualche giustificazione argomentata.

Dunque, l'indagine sulla natura del diritto, prima ancora di iniziare, è chiamata a prendere posizione riguardo ad una questione preliminare che decide sulla sua direzione di ricerca: il termine 'diritto' si riferisce ad un insieme di attività sociali che aspira ad una sua coerenza interna (come sembrerebbe suggerito dall'espressione "natura del diritto"), oppure è una qualità inerente o una specificazione di qualcos'altro (ad es. del linguaggio, della norma, della sanzione, dell'ordinamento sociale, del fatto sociale, dell'argomentazione)? Credo che Dworkin intendesse riferirsi ad un tale dilemma quando ha distinto le teorie interpretative dalle teorie semantiche del diritto<sup>3</sup>, ma non è il suo pensiero che vorrei qui chiamare in causa. Quello che stupisce è l'assenza di dibattito su questo punto cruciale e preliminare. Ognuno prende la sua strada, si trova a discutere solo con i suoi compagni di viaggio e commiserà tutti gli altri per aver smarrito la retta via.

In effetti bisogna riconoscere che la divaricazione è profonda. Se il diritto è l'integrazione di elementi eterogenei in un insieme ordinato e sensato, allora l'attività conoscitiva diventa un compito di carattere insieme riflessivo e ricostruttivo, che mostri a quali condizioni tale integrazione sia possibile e come essa dovrebbe essere governata<sup>4</sup>. A questo fine si richiede

<sup>3</sup> Dworkin, R., *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986, págs. 31 e ss.

<sup>4</sup> Cfr. Alexy, R., "The Nature of Legal Philosophy", *Ratio juris* 17, 2004, págs. 156-167.

un superamento della rigidità delle dicotomie tra analisi e sintesi, tra descrittivismo e normativismo, tra fatti e valori. Questa configurazione della conoscenza del diritto è –com'è noto– accusata di mancanza di scientificità, di confusionarismo epistemologico e per di più di scarso senso della legalità. Ad essa si oppone l'analisi dei concetti giuridici (*legal analysis*) che si occupa di questioni di chiarificazione concettuale, che però sono solo *previe* rispetto agli scopi e ai valori che un ordine giuridico persegue<sup>5</sup>. Il resto viene lasciato all'ideologia o, se vogliamo, alla filosofia. Il divorzio tra la teoria e la pratica del diritto è inevitabile. Peggio per la scienza o peggio per il diritto?

Se consideriamo i rapporti tra filosofia e teoria del diritto, possiamo osservare che nell'ambito del giuspositivismo analitico essi sono intesi fondamentalmente in due sensi.

Se la filosofia del diritto è intesa come riflessione sulla scienza giuridica, e in questo caso come filosofia della scienza giuridica, allora avrà un compito cognitivo di carattere metodologico ed epistemologico, e sarà intesa come metagiurisprudenza.

Se la filosofia è intesa come una riflessione su ciò che non può essere oggetto di scienza in quanto non fondato su dati empirici, allora nel caso della filosofia del diritto si occuperà del dover essere del diritto, della deontologia giuridica, del *ius condendum*, dei valori e delle idealità giuridiche, riguarderà la giurisprudenza censoria, e avrà un compito ideologico.

È ovvio che questi due compiti sono pienamente compatibili. In entrambi i casi il presupposto necessario è quello del non-cognitivismo etico.

In realtà la conoscenza filosofica del diritto è insieme descrittiva e prescrittiva, perché è un'interpretazione di un ambito dell'esperienza umana in cui sono inevitabili giudizi di rilevanza. Il rigetto del mero descrittivismo non è rigetto della descrizione. Il descrittivismo è irrealistico ed impossibile, ma una descrizione che giustifichi le proprie scelte tra i fenomeni da osservare è una via praticabile e commendevole.

Se intendiamo in questo modo il compito di una teoria del diritto, allora essa ha inevitabilmente anche una dimensione filosofica, perché è necessariamente filosofica la giustificazione che sorregge le descrizioni. Si può constatare che è proprio ciò che avviene di fatto. I disaccordi sul piano

<sup>5</sup> Cfr. Coyle, S., "Two Concepts of Legal Analysis", *Jurisprudence or Legal Science? A Debate about the Nature of Legal Theory*, ed. by S. Coyle and G. Pavlakos, Hart Publishing, Oxford, 2005, págs. 16-17.

della teoria del diritto sono spesso dettati dal conflitto tra queste giustificazioni che sono valutazioni e in definitiva giudizi di valore.

Se ha ragione il cognitivismo etico, allora la teoria potrà aspirare ad un suo statuto epistemologico. Se, invece, ha ragione il non-cognitivismo, allora la teoria sarà nella sostanza un'ideologia del diritto e bisognerà rinunciare a conferire ad essa una vera e propria scientificità. Ma anche la scientificità se mal riposta può essere un ideale irrazionale.

Un'altra alternativa alla configurazione olistica è quella di rinunciare a cercare la natura del 'diritto'. In fondo –come pensa il realismo giuridico scandinavo– si tratta di una parola magica, il tû-tû di Alf Ross, o di un problema metafisico. Bisognerebbe ripulire il nostro linguaggio da questi termini privi di referente. Possiamo veramente farlo? Non lo credo possibile, perché il termine 'diritto' indica collegamenti e relazioni di cui non possiamo fare a meno per la vita sociale e per la sua comprensione. Non esistono solo le cose, ma anche le relazioni fra le cose. Se non fosse così, non potremmo neppure pensare e dovremmo ridurci –come diceva Platone<sup>6</sup>– ad abbracciare gli alberi. Ed infatti si continua ad usare il termine 'diritto' come soggetto delle più diverse proposizioni e come attributo delle più diverse situazioni sociali. Anche i teorici più antimetafisici non rinunciano a qualificare la loro come una "teoria del diritto" e non sono contenti quando ciò viene considerato come un'usurpazione arrogante.

Bisogna riconoscere che ci si trova di fronte ad una situazione apparentemente paradossale. Sembra che tutte le ricerche sul diritto, e persino quella sulla natura del diritto, presuppongano che già si sappia cosa il diritto sia e quale sia il modo adeguato di conoscerlo. Ma si tratta della situazione tipica del circolo ermeneutico, in cui un'iniziale precomprensione del diritto viene sottoposta progressivamente a riflessione critica ed è, pertanto, soggetta a correzioni e ad aggiustamenti fino a raggiungere un'adeguata comprensione, peraltro mai definitiva.

## 2. LA CONFUSA TOTALITÀ DI SENSO DEL DIRITTO

C'è una bozza iniziale del diritto che attende di essere rielaborata e successivamente arricchita dei tratti particolari. Ma non qualsiasi abbozzo va bene. Bisogna prestare molta attenzione a questo primo passo da cui dipende la strada che s'imbocca. La precomprensione richiede, almeno *pri-*

<sup>6</sup> *Sofista*, 246.

*ma facie*, contenuti attendibili, ma questo esige a sua volta una certa pratica del diritto. Non basta aver subito una contravvenzione per violazione delle regole del traffico e neppure conoscere qualche articolo del codice civile o della costituzione. In mancanza di un'adeguata esperienza diretta bisogna frequentare i grandi giuristi. Per me è stata molto istruttiva la lettura delle opere principali dei grandi giuristi tedeschi dell'Ottocento, quelli da cui dipende la nostra dogmatica giuridica, il formalismo giuridico e la stessa teoria dello Stato di diritto. Come si sa, si trattava in buona parte di romanisti, cioè di giuristi ben più vicini alla tradizione della cultura giuridica latina di quanto non fosse lo statalismo napoleonico legicentrico. Da loro si apprende non soltanto la tecnica giuridica, ma anche la sua dipendenza da una visione generale della vita sociale. Il diritto ha le sue regole interne e le sue condizioni di possibilità, ma non è un mondo isolato e autosufficiente. Anche il teorico della dottrina pura del diritto ne era pienamente consapevole a differenza di molti suoi seguaci.

Prendere le mosse da un abbozzo iniziale è il metodo filosofico seguito da Aristotele nel primo libro dell'*Etica Nicomachea*<sup>7</sup>. Nella *Politica* si precisa che la ricerca nel campo pratico deve muovere non già da principi, cioè da premesse indiscutibili, quali le definizioni o le assunzioni di esistenza, bensì da premesse dotate di buona reputazione, cioè da opinioni ben fondate (*éndoxxa*), le quali sono ammesse da tutti, o dalla maggior parte, o dai più sapienti, o dalla maggior parte di questi. Ci si può, dunque, riferire alle opinioni diffuse tra gli utenti del diritto, poiché – come si sa – i consumatori sono migliori giudici rispetto ai produttori. Tuttavia, anche se condivise, queste opinioni restano nel campo agitato e conflittuale della *doxa*. Il sapere dei giuristi è già un passo in avanti, perché ha un carattere riflessivo e nello stesso tempo non è un metadiritto, ma è parte integrante della pratica giuridica, poiché le norme non sono che il risultato dell'interpretazione.

Ammettiamo pure che nella formazione della precomprensione del diritto il filosofo del diritto debba tener conto delle opinioni condivise dei partecipanti alla pratica giuridica e, segnatamente, di coloro che all'inter-

<sup>7</sup> “Per prima cosa si deve delineare un abbozzo, indi, in un secondo tempo, definirne i particolari” (*Etica Nicomachea*, 1098a 20). L'immagine del pittore per illustrare il compito del politico si trova anche in Platone, *Leggi* VI, 770B. A questa Aristotele aggiunge altre prescrizioni di metodo: l'esattezza scientifica da ricercare è quella adeguata alla natura della materia; la causa non va ricercata allo stesso modo in tutti i campi, ma in alcuni basta indicare il fatto o il che; in campo pratico i principi devono essere ricavati per induzione dall'esperienza, qui specificati nelle sensazioni e nelle abitudini.



no di essa svolgono una funzione cognitiva. Non è cosa ovvia, perché la passione filosofica può prendere la mano e condurre a svalutare la portata cognitiva e riflessiva dei saperi tecnici.

Ammettiano pure che il filosofo del diritto abbia messo a punto un abbozzo della pratica giuridica e che esso consista nello schizzo di una colossale impresa cooperativa tra soggetti interagenti con ruoli differenti, ufficiali e non. Le azioni cooperative consistono in deliberazioni e decisioni, procedure stabilite, interpretazioni e argomentazioni. Il fine generale di quest'attività cooperativa è quello di dare attuazione ad una promessa di giustizia senza la quale la vita associata sarebbe un nonsenso<sup>8</sup>. È qui il caso di ricordare che la definizione di "sistema equo di cooperazione" è usata da John Rawls per indicare la società politica, con l'aggiunta molto significativa che la cooperazione è un fine in se stesso della vita sociale<sup>9</sup>. È quindi legittimo pensare che sia proprio del diritto contribuire a determinare i termini equi della cooperazione sociale<sup>10</sup>. Il diritto è in funzione della vita politica secondo l'antico detto "ubi societas ibi ius".

### 3. LA CORRETTEZZA DELLA COOPERAZIONE GIURIDICA

Infatti, ogni attività cooperativa è minacciata dal tentativo di alcuni di asservire e di altri di sfruttare i partecipanti, e per questo deve continuamente correggere se stessa. La cooperazione dei funzionari tra loro e con gli utenti del diritto tende a trasformarsi in competizione e in conflitto. Il legislatore vuole un giurista mero esegeta delle norme e un giudice come suo portavoce; il giurista desidera un legislatore razionale e un giudice deferente nei confronti della dottrina; il giudice è combattuto tra la tendenza di non assumersi la responsabilità della decisione e quella di surrogare il ruolo del legislatore e della dottrina. In più il potere politico non sempre riesce a controllare i significati delle norme che ha emanato, anche quando cerca di trincerarle. Questi significati sono in balia della vita sociale, che non di rado è in grado di eludere le restrizioni imposte dalle procedure legislative formali. Tra la fonte del diritto e la regola del caso concreto il diritto va assumendo significati differenti da quelli d'origine, provocando effetti non previsti né prevedibili<sup>11</sup>. Dove sta il diritto? Nell'origine o

<sup>8</sup> Waldron, J., "Does Law Promise Justice?", *Georgia State University Law Review* 17, 2000, 3, págs. 759-788.

<sup>9</sup> Rawls, J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, pág. 323.

<sup>10</sup> Cfr. Viola, F., "Rawls e il diritto", *Biblioteca della Libertà* 48, 2013, págs. 163-173.

<sup>11</sup> Cfr. Cover, R.M., "Nomos and Narrative", *Harvard Law Review* 97, 1983,1, págs. 4-68.

nell'applicazione finale? Certamente, per amore di scienza, si può scegliere un punto o una fase di questo complesso processo, quella che si riterrà più significativa o più influente. Ma anche questa selezione implica una valutazione e una giustificazione normativa.

In queste condizioni si richiede che siano stabiliti i termini di una cooperazione giuridica corretta, cioè in senso generale "giusta". Quest'esigenza è chiaramente normativa, perché il diritto è insieme uno strumento e un controllo del potere, perché ogni legge è una restrizione della libertà dei cittadini, ammissibile solo quando necessaria per il bene comune, e perché i destinatari delle norme devono essere in grado di coltivare aspettative affidabili. Questo compito riflessivo è *interno* alla stessa pratica giuridica e si estende dalla scienza giuridica alla teoria e alla filosofia del diritto.

Le dottrine giuridiche formulate dalla giurisprudenza sono chiaramente normative, perché rielaborano (e a volte manipolano) il materiale normativo sulla base di punti di riferimento valorativi e in tal modo intercettano dottrine morali e politiche. Le categorie della dogmatica giuridica non sono scritte nel cielo, non sono eticamente neutrali, ed hanno un carattere culturale, riflettendo un modo di concepire le relazioni sociali ed economiche all'interno di una visione sistematica.

Anche la costruzione kelseniana della nomodinamica è senza dubbio un modello ideale, che intende mostrare come, anche in assenza di vincoli assiologici sul contenuto delle norme, sia possibile realizzare una giustizia procedurale che la distingue dalla giustizia del *cadì*. D'altronde perché accanirsi tanto a cercare di distinguere il diritto dal non diritto se non perché le garanzie giuridiche sono più rassicuranti e giuste della loro assenza?

Anche il dibattito attuale intorno al costituzionalismo appare popolato da discorsi chiaramente valutativi. Qui sarebbe troppo facile riferirsi al neocostituzionalismo, etichetta peraltro molto ambigua. Ma non è forse assiologica anche la contrapposizione tra costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista, qual è quella formulata da Luigi Ferrajoli<sup>12</sup>? E non è forse normativo il dibattito attuale intorno all'attivismo giudiziale, che non avrebbe alcun senso se non fosse possibile stabilire quale *debba* essere il ruolo del giudice all'interno della pratica giuridica?

---

<sup>12</sup> Ferrajoli, L., "Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista", *Giurisprudenza costituzionale* 55, 2010, págs. 2771-2816.

Non credo che vi possano essere dubbi sul carattere valutativo di tutti questi discorsi e neppure dovrebbero esservene riguardo al dibattito sulla connessione o separazione o separabilità fra diritto e morale. Non si potrà certamente dire che solo i fautori della connessione hanno una posizione valutativa o ideologica, mentre gli altri una posizione descrittiva o "scientifica", perché non c'è dubbio che nell'ottica meramente descrittiva il diritto è "di fatto" intriso di moralità e di giudizi valutativi di vario genere. Entrambe le fazioni, dunque, intendono affermare come il diritto dovrebbe essere praticato, considerato o definito, cioè come dovrebbe essere e quali dovrebbero essere i termini di una corretta cooperazione giuridica. In questi dibattiti c'è ovviamente chi ha ragione e chi ha torto, ma non già perché qualcuno abbia la patente di scientificità che manca ad altri.

Comunque sia, la conoscenza giuridica ha inevitabilmente un carattere normativo anche quando si rivolge ad aspetti particolari della pratica del diritto. In ogni caso l'obiettivo è sempre quello di reinterpretare criticamente la pratica giuridica, in modo che essa esprima il miglior diritto positivo possibile in concreto, tenuto conto delle risorse disponibili e dei vincoli normativi. Certamente si possono descrivere gli ordinamenti giuridici delle epoche passate e si può anche descrivere in modo distaccato o sociologico la pratica giuridica del presente. Ma anche in questi casi non si tratterà mai di una descrizione pura qual è l'ideale delle scienze empiriche, perché non si potrà fare a meno di una precomprensione riguardante la natura del diritto, di un criterio aprioristico che distingua il diritto dal non diritto e che aiuti ad isolare il fenomeno che s'intende descrivere, considerandolo come giuridico.

Il carattere normativo conferisce alla conoscenza del diritto una tendenza dinamica verso un allargamento progressivo dei suoi orizzonti, poiché le giustificazioni settoriali non sono mai esaustive e rinviando in ultima istanza ad una visione olistica della pratica giuridica e delle funzioni del diritto. Pertanto, si può constatare che quella riflessività propria della filosofia del diritto è in certo qual modo già presente nella conoscenza interpretativa delle norme, nella costruzione dei concetti dogmatici, nelle dottrine giuridiche e nelle teorie del diritto. D'altronde questa dimensione "filosofica" della scienza giuridica già è presente agli albori della civiltà giuridica. Com'è ben noto, Ulpiano ha contrassegnato il ruolo e il compito della giurisprudenza come "vera philosophia", cioè come una disciplina dotata di un carattere autenticamente filosofico<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> D. I. I. I. I.

#### 4. IL CARATTERE COMPRENSIVO DEL SAPERE GIURIDICO

In quest'ottica i livelli del sapere giuridico non sono disposti secondo il modello descrittivistico del metalinguaggio, poiché il livello superiore riflette e corregge quello inferiore e ciò avviene mediante giudizi di rilevanza, che sono a tutti gli effetti valutazioni. Il confronto fra differenti teorie del diritto implica, a sua volta, che sia possibile un discorso critico fra differenti giudizi di rilevanza. Se avesse ragione il noncognitivismo etico, allora tutta la conoscenza giuridica sarebbe impossibile e dovremmo accontentarci della magra consolazione dell'analisi surrettiziamente asettica dei concetti giuridici, ben lontana dal cogliere l'essere del diritto. La pretesa che una teoria del diritto sia o debba essere puramente descrittiva di norme e noncognitiva rispetto ai valori è a tutti gli effetti un *wishful thinking*. I rapporti fra scienza giuridica, teoria del diritto e filosofia del diritto sono meglio illustrati dall'immagine della scatola cinese, o della matriosca russa, piuttosto che da quella dei livelli sovrapposti di discorso o di linguaggio. Ogni grado implica un aumento di comprensione del diritto, un ampliamento degli orizzonti d'indagine, un emergere di nuove relazioni e un approfondimento delle giustificazioni.

L'aspetto "filosofico" dei vari gradi del sapere giuridico non dipende soltanto dal loro carattere riflessivo, ma anche dalla loro dimensione comprensiva, anche se sempre relativa. La comprensione è ben lungi dall'essere una conoscenza assoluta, ma consiste nel mettere in relazione, nel trovare o istituire collegamenti, o –come osserva Giuseppe Zaccaria<sup>14</sup>– nel gettare ponti ermeneutici e nel permettere la comunicazione senza cui è impossibile la vita civile ("communicatio facit civitatem", secondo Tommaso d'Aquino). Si tratta di un'opera paziente di cucitura di ragioni, com'è proprio del ragionamento e dell'argomentazione. Ogni conoscenza giuridica, anche quella del giudice, intende essere conclusiva del problema affrontato, cioè comprensiva di tutti gli elementi necessari per la sua soluzione sulla base delle risorse normative disponibili. Ma questa comprensione non soltanto è relativa alla questione affrontata, ma è anche contingente e sempre soggetta a revisione. La contingenza cognitiva è ineliminabile in un sapere che si basa su un artefatto umano, qual è il diritto positivo, e che appartiene alla ragion pratica<sup>15</sup>. Questa provvisorietà cognitiva viene in certo qual modo combattuta, seppur mai del tutto sconfitta, da un allargamento

<sup>14</sup> Zaccaria, G., *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

<sup>15</sup> Viola, F., "Il diritto tra arte ed etica", *Una filosofia del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, coord. C. Hermida e J.A. Santos, Congreso de los Diputados, Madrid, 2015, págs. 3-17.

e da un approfondimento degli orizzonti del pensiero giuridico, alla ricerca di appoggi più stabili e di elaborazioni concettuali meno effimere.

Quest'opera continua di riordinamento del materiale normativo, che è propria del sapere giuridico, assume oggi una complessità ancora più elevata in considerazione dell'evoluzione del diritto contemporaneo. Non si tratta soltanto dell'intersezione fra la pratica giuridica e altri saperi pratici quali quelli della tecnologia, dell'economia, dell'ecologia e delle religioni. Ancora più in profondità sono rimessi in questione alcuni assetti consolidati della pratica giuridica stessa, a partire dai suoi concetti fondamentali. Il diritto non è un'isola neutrale. Non è certamente esente dalle trasformazioni culturali del tempo. Vorrei qui solo segnalare due orientamenti culturali oggi dominanti a cui il diritto è particolarmente sensibile.

Il primo di essi è il pluralismo, la cui portata globale non permette di ridurlo ai settori particolari dell'etica, della società politica o delle culture. La ventata del pluralismo investe anche il diritto in tutte le sue componenti fondamentali, anche quelle meramente formali. Solo per portare alcuni esempi, si discute oggi dei vari tipi di regola giuridica, della pluralità delle fonti del diritto senza stabili gerarchie, della molteplicità delle norme di riconoscimento, della concorrenza degli ordinamenti giuridici, della coesistenza, e a volte commistione, tra differenti sistemi giuridici all'interno di uno stesso "spazio giuridico". Quest'ultima mi sembra una nozione destinata ad espandersi, affiancando (e forse superando) quella tradizionale di sistema giuridico<sup>16</sup>.

L'altro fattore globale di rilievo investe il diritto in un punto sensibile. Esso riguarda la tendenza all'instabilità degli assetti costituiti. Oggi appare evidente che l'ordine giuridico non è mai raggiunto una volta per tutte, ma deve ogni volta riordinarsi e autogiustificarsi. Le norme giuridiche che fluiscono dall'alto dell'autorità portano ancora al loro interno quei conflitti che hanno creduto di risolvere o che hanno dato ad intendere di risolvere. Questa conflittualità si comunica a tutto il percorso della loro applicazione<sup>17</sup>. La costituzionalizzazione della persona umana, di cui ha parlato Stefano Rodotà<sup>18</sup>, rende l'ordine giuridico molto precario, in quanto riguarda in certo qual modo anche la costituzionalizzazione della coscienza delle persone.

<sup>16</sup> Viola, F., "The Rule of Law in Legal Pluralism", *Law and Legal Cultures in the 21<sup>st</sup> Century. Diversity and Unity*, ed. by T. Gizbert-Studnicki and J. Stelmach, Oficyna, Warszawa, 2007, págs. 114-117.

<sup>17</sup> Cfr. Waldron, J. *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford 1999.

<sup>18</sup> Rodotà, S., *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

Ciò significa che parlare di “positività” del diritto non è più molto appropriato per la sua staticità; più consono sarebbe considerare il diritto in una condizione persistente di “positivizzazione”. Conseguentemente, viene ridimensionata la questione dell’autorità, che era posta al centro del diritto e della teoria giuridica. Il diritto positivo non s’identifica più soltanto per la sua origine, o per il suo *pedigree*, cioè per la questione della validità formale, ma anche e soprattutto per il suo uso da parte dei suoi funzionari e dei suoi utenti. Tuttavia quest’uso deve essere disciplinato e in qualche modo formalizzato, come s’addice ad una pratica giuridica corretta. Pertanto, torniamo a chiederci, ad esempio, se i principi del *rule of law* non debbano entrare a far parte integrante del concetto stesso di diritto e non soltanto confinati nelle condizioni ideali di desiderabilità<sup>19</sup>.

Un’altra questione aperta è quella del ruolo giusgenerativo del principio di ragionevolezza nel processo di positivizzazione del diritto. Ed ancora vorrei segnalare da ultimo l’importanza che vanno assumendo le procedure deliberative, sicché ci si dovrebbe chiedere se accanto alle procedure interpretative e argomentative la teoria del diritto non debba riservare un capitolo apposito alla “deliberazione giuridica” da distinguere dalla deliberazione politica, da una parte, e dal ragionamento giuridico in generale dall’altra<sup>20</sup>.

Ho voluto soltanto portare alcuni esempi di questioni aperte, per la verità un po’ alla rinfusa, ma solo per sottolineare fino a che punto una pratica giuridica è sempre alla ricerca della sua identità, cioè della sua correttezza. In questo processo continuo di aggiustamento non è certamente d’aiuto chiudere gli occhi di fronte a queste “novità”, che poi sono meno nuove di quel che sembri, e neppure rigettare apriori il carattere evolutivo del diritto.

## 5. LA FUNZIONE CIVILE DEL SAPERE GIURIDICO

Guardando ora più direttamente alla filosofia del diritto, credo che il percorso della sua riflessione sia segnato da un passaggio progressivo, e logicamente necessario, dalla dimensione teoretica a quella pratica.

<sup>19</sup> Cfr. Waldron, J., “The Concept and the Rule of Law”, *Georgia Law Review* 43, 2008, 1, págs. 3-61.

<sup>20</sup> Cfr. Viola, F., “Una teoria deliberativa della giurisdizione?”, *Ars Interpretandi* 7, 2018, 1, págs. 13-28.

Il punto di partenza è teoretico e consiste nell'interrogativo tradizionale del "che cos'è". Qual è la natura del diritto? L'esperienza più elementare dice che si tratta di un artefatto, di un'opera dell'uomo. Il modo più appropriato di conoscere gli artefatti è quello di chiedersi preliminarmente perché sono, a cosa servono e a quale fine sono predisposti, e solo dopo esaminare come sono prodotti o di che cosa sono costituiti<sup>21</sup>. Non avrebbe alcun senso descrivere le componenti di un orologio senza prima dire che serve a segnare il tempo. Ammettiamo, solo in via di ipotesi plausibile (ma non unica), che l'artefatto giuridico fin dal suo prodursi sia segnato dal compito di realizzare un bene umano, che per la sua stessa natura è moralmente valutabile. È plausibile affermare che abbiamo bisogno di regole, istituzioni, procedure e autorità legittime *per il bene della giustizia*. Tuttavia questa risposta già pregiudica il modo di affrontare il passo successivo, cioè quello della natura di queste pratiche giuridiche: si tratta di produzioni o di azioni? Si tratta di una tecnica o di una praxis? Quali forme di cooperazione sociale sono appropriate alla pratica giuridica? È strano questo disinteresse per una filosofia dell'artificio giuridico soprattutto da parte di concezioni che sottolineano il carattere radicalmente positivo del diritto. Se il diritto è del tutto una produzione umana, allora la filosofia del diritto dovrebbe essere più vicina alla filosofia dell'arte piuttosto che a quella della scienza. Il giuspositivismo sbaglia il settore filosofico di riferimento, ma anche il giusnaturalismo, all'opposto enfatizzando troppo la filosofia morale, non è da meno.

È interessante notare che a questo punto della ricerca si è già formulato un concetto di diritto che porta in sé, anche se in modo confuso, l'idea a cui il diritto deve adeguarsi. L'indagine teoretica diventa indistinguibile dal punto di vista pratico, perché il dover essere del diritto appartiene al suo essere. Il diritto è sempre alla ricerca di se stesso, del modo migliore di realizzare le finalità per cui l'impresa giuridica è intrapresa, tenendo presenti i contesti sociali e le circostanze di fatto. Proprio per questo non si può cercare di conoscere la natura del diritto senza assumere il punto di vista normativo e senza compiere valutazioni e giudizi di rilevanza.

Non bisogna confondere questa prospettiva con il tradizionale compito deontologico assegnato alla filosofia del diritto. Com'è noto, questo riguarda dall'esterno la critica del contenuto delle norme giuridiche al fine di un diritto più giusto *de iure condendo*. Qui mi riferisco, invece, al *ius conditum*,

<sup>21</sup> Finnis, J., "Law and What I Truly Should Decide", *The American Journal of Jurisprudence* 48, 2003, págs. 107-108.

al diritto positivo, se esso è inteso non già come un prodotto già definito, ma come una pratica sociale che può essere posta in essere bene o male, in modo più o meno corretto, sia per quanto riguarda i suoi contenuti sostanziali sia per quanto riguarda i suoi aspetti meramente procedurali. In quest'ambito la funzione critica della riflessione filosofica sull'uso dei concetti e dei metodi giuridici, e sul modo di elaborare il sapere giuridico mediante l'interpretazione e l'argomentazione, è legata –come ha notato Aienza<sup>22</sup>– ad un orientamento pratico che considera il diritto come un insieme unitario avente in se stesso il proprio principio. Da parte mia tendo ad estendere questo compito pratico della filosofia del diritto, intendendolo non solo nel senso negativo di come il diritto non deve essere inteso e di come il sapere giuridico non deve essere costruito, ma anche nel senso positivo di come la pratica giuridica in tutte le sue componenti (scienza giuridica compresa) dovrebbe essere posta in essere. In questo senso si può dire che anche la filosofia del diritto esercita (o dovrebbe esercitare) una funzione pratica ai fini della realizzazione dell'impresa giuridica ed è essa stessa parte della pratica giuridica.

Non vorrei essere frainteso. Non intendo rivendicare al filosofo del diritto una funzione generale di supervisore della pratica giuridica. Me ne guardo bene, anche in considerazione di ciò di cui spesso si occupano i filosofi del diritto. Intendo riferirmi, invece, ad un atteggiamento filosofico, diffuso in tutti i gradi della conoscenza giuridica, che è richiesto per ben praticare il diritto nella consapevolezza della sua natura specifica. La filosofia del diritto in senso stretto per la sua propensione a guardare all'intero del diritto dovrebbe contribuire alla formazione di questa coscienza giuridica o –se vogliamo– del senso del diritto.

Ho appreso da Letizia Gianformaggio e da Carlos Nino<sup>23</sup> che la metodologia giuridica deve essere intesa come un'attività, un impegno e una militanza. Insomma, essa svolge una "funzione civile", che è interna alla pratica giuridica e ne permette l'autocorrezione. Credo che bisogna attribuire questa funzione civile, e la correlativa responsabilità morale, a tutte le forme del sapere giuridico, dalla scienza alla teoria e alla filosofia del diritto, se esse sono intese come dovrebbero, cioè come forme di conoscenza pratica, come un conoscere per bene agire. In ogni momento della riflessione giuridica c'è un obiettivo che viene perseguito direttamente o indirettamente e che esprimerò servendomi delle parole stesse di Letizia: "ren-

<sup>22</sup> Aienza, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pág. 249.

<sup>23</sup> Nino, C.S., *Derecho, moral y política*. Una revisión de la teoría general del derecho, Siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2014.



dere giusto il diritto positivo, ovvero rendere positivo il diritto giusto”<sup>24</sup>. Ovviamente, quando si parla di giustizia, non ci si riferisce solo a questioni di giustizia sostanziale, per le quali si è in generale disposti a riconoscere una competenza alla filosofia del diritto, sia essa intesa come ideologia o come conoscenza razionale. Anche la correttezza delle procedure giuridiche e del loro esercizio è una questione di giustizia, forse la questione più delicata e importante nell’epoca del pluralismo.

Quando nel 1990 sono arrivato alla convinzione che il miglior modo di comprendere la natura del diritto fosse quello di considerarlo come una pratica sociale<sup>25</sup>, ancora non conoscevo gli scritti di Gregorio Robles Morchón. Per la verità la teoria comunicazionale del diritto ha assunto una fisionomia ben distinta solo più tardi<sup>26</sup>, anche se nelle opere precedenti<sup>27</sup> questo progetto di ricerca era già chiaramente delineato.

Le convergenze tra il diritto come pratica sociale e la teoria comunicazionale del diritto sono state per me sorprendenti: il privilegiamento della dimensione prammatica incentrata sull’azione giuridica, l’attenzione al linguaggio senza una sua entificazione, l’esigenza di un superamento della sterile contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo, la considerazione del diritto come una totalità complessa da analizzare nei suoi elementi costitutivi, il paragone del diritto con il gioco, il rifiuto del logicismo in nome dell’ermeneutica e, infine, non da ultimo, la rilevanza dell’aspetto didattico e interattivo.

Che si arrivi sostanzialmente alla stessa visione del diritto per vie diverse è senza dubbio un suo rafforzamento. Tuttavia la diversità degli approcci ha una sua ragion d’essere che si riflette in qualche modo anche sulla concezione del diritto.

Gregorio parla sempre di “teoria del diritto”, mentre io continuo a pensare che dietro ogni teoria del diritto ci sia una filosofia del diritto e che quest’ultima –come ho cercato qui di mostrare– abbia un ruolo normativo

<sup>24</sup> Gianformaggio, L., *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, pág. 35.

<sup>25</sup> Viola, F., *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990.

<sup>26</sup> Cfr. Robles, G., *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, vol. I, Civitas, Madrid 1998. Ho accolto con entusiasmo la proposta di Giuseppe Zaccaria di pubblicare la traduzione italiana di quest’opera nella collana “Recta Ratio”, che dirigo insieme a Francesco D’Agostino. Questa traduzione è stata pubblicata nel 2007. Ma nel frattempo il testo di Gregorio è cresciuto, quasi fosse un essere vivente, raggiungendo, nella sesta edizione del 2015, proporzioni gigantesche. Sospetto che non si fermerà qui.

<sup>27</sup> In particolare mi riferisco a Robles, G., *Introducción a la Teoría del Derecho*, Debate, Madrid 1988.

sempre presente nello sviluppo della teoria. Ma sono sicuro che Gregorio, da filosofo di stampo tedesco quale indubbiamente è, pensi alla teoria come comprensiva anche della dimensione filosofica, pur se con una maggiore accentuazione dell'aspetto descrittivo. Non bisogna fare questioni di nomi. Tuttavia resta il fatto che il suo percorso metodico va in senso esattamente opposto al mio, cioè va dal semplice al complesso. Da parte mia si dovrebbe andare dalla precomprensione di una confusa totalità di senso alla comprensione della ragion d'essere dei suoi elementi costitutivi. Tuttavia resta il fatto, che, nonostante queste differenze, il punto di arrivo è lo stesso e, pertanto, considero Gregorio un compagno di viaggio.