

Presentazione

di Vito Velluzzi

Letizia Gianformaggio è scomparsa prematuramente il primo giorno di settembre del 2004. Sino ad allora aveva esercitato il suo insegnamento nelle Università di Siena (fino al 1996) e Ferrara. Il suo contributo alla filosofia del diritto contemporanea è stato notevole. La sua bibliografia è ampia ed eclettica, raccoglie volumi e saggi che investigano i vari campi del sapere riconducibili al grande contenitore della filosofia del diritto¹. Tuttavia, sottolineare la ricchezza e la varietà dell'apporto scientifico di Letizia Gianformaggio non significa rinunciare ad individuarne un percorso di ricerca omogeneo ed una base consolidata. Gli undici tra saggi e voci di enciclopedia che qui si ripropongono vanno, anzi, nella direzione opposta e per questa ragione è sembrato importante raccogliarli in un agile libro, con la speranza che essi si rivelino in grado di sintetizzare, in maniera efficace, i punti cardine della filosofia del diritto di Letizia Gianformaggio.

Il pensiero di Letizia Gianformaggio può essere opportunamente considerato, seppur con qualche approssimazione, lo sviluppo di una *filosofia critica del ragionamento giuridico*, filosofia ben rappresentata, a parere dei curatori, dagli scritti di questo libro². In essi si può cogliere il nucleo essenziale del cammino filosofico giuridico compiuto dall'autrice, nucleo che non si è mai smarrito nel corso degli anni, ma che al contrario è chiaramente presente nei lavori di più stretta attinenza alla teoria del diritto e che costituisce la base, il presupposto, delle elaborazioni concettuali più vicine alla filosofia politica, alla metaetica ed alla filosofia del diritto più ampiamente intesa.

Per quanto l'attenzione degli addetti ai lavori sul pensiero di Letizia Gianformaggio non sia mai venuta meno, è parso importante fornirne una sintesi densa e, si spera, lineare. In poche battute: realizzare questo volume è sem-

¹ Sui vari sviluppi della carriera accademica e per una bibliografia pressoché completa di Letizia Gianformaggio v. E. Diciotti, «Ricordo di Letizia Gianformaggio», in *Studi Senesi*, 3, 2004, pp. 363-378.

² Che l'autrice abbia avuto affezione per la parola «critica» lo dimostra anche il titolo da lei assegnato ad una sua raccolta di saggi pubblicata nel 1995, ossia *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995.

brato ai curatori il modo migliore di ricordare, di far ricordare e ringraziare Letizia Gianformaggio, di onorarne l'insegnamento sotto il quale si sono formati negli anni senesi e di introdurre i giovani studiosi alla sua opera³.

Una ragione importante della ripubblicazione di questi saggi è costituita dall'attualità del pensiero filosofico giuridico di Letizia Gianformaggio ed è valorizzando tale aspetto che si renderà conto della scelta dei testi, nonché dell'ordine seguito nel riproporli⁴.

Particolarmente significativo è il primo saggio *Il filosofo del diritto e il diritto positivo*, dove l'autrice mette in luce qual è un buon modo di essere filosofo del diritto (e giurista), rilevando che:

L'accostarsi da filosofo a un oggetto di conoscenza e di interpretazione, a una sfera di attività, a dei prodotti culturali, non è qualcosa che si aggiunge alla conoscenza e all'interpretazione, o all'attività di produzione di cultura; non è qualche cosa di accessorio e inessenziale: un di più che serve a distinguere l'élite che riflette dalla massa che opera. Un giurista privo di consapevolezza critica (che nullo altro, in definitiva, produce la filosofia) non è «solo un giurista»: è semplicemente un cattivo giurista; mentre un filosofo del diritto che non studi il diritto non è un «mero filosofo del diritto»: semplicemente non è un filosofo del diritto. La filosofia è *dentro* e non *accanto* al conoscere e all'operare del giurista⁵.

Orbene, il filosofo del diritto è dunque un giurista tra i giuristi e non può prescindere nell'assolvere i propri compiti dallo studio del diritto positivo. Ma come va inteso quest'ultimo? La positività del diritto è una questione di grado, da non intendersi in termini assoluti, ed il diritto positivo non è tale solo perché viene proposto come diritto, ma lo è in quanto

... viene accettato, o accolto, o riconosciuto come tale. La positività del diritto infatti non è un fatto, ma è frutto di un'operazione di riconoscimento, e questa operazione è una prassi diffusa, complessa, e soprattutto – per logica necessità – non istituzionalizzata⁶.

³ È bene rammentare che l'importanza della figura di Letizia Gianformaggio per la filosofia del diritto italiana è stata ricordata in più occasioni, se ne menzionano due: il convegno nazionale della Società italiana di Filosofia del diritto tenutosi a Catania nel settembre del 2004 (con commemorazione di Luigi Ferrajoli); il convegno tenutosi a Ferrara nell'ottobre del 2005, i cui atti, con l'aggiunta di altri saggi, sono stati pubblicati sulla rivista *Ragion Pratica*, 27, 2006, sotto la sezione *In ricordo di Letizia Gianformaggio*, pp. 325-427. Coeva al convegno ora menzionato è l'uscita del volume A. Facchi-C. Faralli-T. Pitch (a cura di), *Eguaglianza, donne, diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005, dove sono raccolti scritti di Letizia Gianformaggio sull'uguaglianza, sulla tolleranza, sui diritti delle minoranze.

⁴ Si è seguita una scansione concettuale e non cronologica.

⁵ «Il filosofo del diritto e il diritto positivo», p. 28.

⁶ Ivi, pp. 30-31.

Orbene, la costruzione di una filosofia del diritto positivo passa necessariamente attraverso la consapevolezza che stabilire cos'è diritto positivo significa indagare una pratica complessa al fine di comprendere come il diritto sia diventato quello che è. Ciò sposta l'attenzione dal profilo della produzione a quello dell'interpretazione, dell'applicazione e soprattutto della giustificazione di queste pratiche, profilo che «... viene riassunto da una teoria finalmente *integrata* del diritto, per cui centrale è, come oggetto d'indagine, il problema della giustificazione». L'ultima citazione è tratta dal saggio *Per una definizione del diritto naturale*⁷, saggio dove il dualismo diritto positivo/diritto naturale viene superato ponendo al centro le questioni dell'interpretazione e della giustificazione giuridica, ed infatti, in esso si legge:

Il diritto, o un diritto, non c'è per natura, così come non c'è per un mero atto di emanazione; asserire che questo è il diritto perché questo è il corso della natura, o che quest'altro è il diritto perché quest'altro è stato stabilito il giorno tale dal signor XY, è in entrambi i casi compiere una trasformazione ... il diritto, sempre, riposa sulle opinioni degli uomini. Inoltre, esattamente nello stesso modo per il diritto positivo e per il diritto naturale, vale che altro è la tesi di principio che il diritto deriva dalla natura o da un atto di imperio, altro è l'interpretazione di quanto la natura o l'autorità hanno stabilito⁸.

Sulla medesima linea argomentativa si colloca il contributo *Le ragioni del realismo giuridico come teoria dell'istituzione o dell'ordinamento concreto*, dove nell'esaminare a fondo l'alternativa tra realismo e formalismo giuridico si conclude:

... Il realismo giuridico non è dunque la sola teoria alternativa al formalismo giuridico ... c'è una ulteriore alternativa, che incontra oggi favori molto maggiori di quanti non ne incontri il realismo presso i filosofi ed i teorici del diritto, ed è la teoria della giustificazione razionale discorsiva che programmaticamente intende incorporare i pregi ed evitare i difetti di entrambe⁹.

Ecco allora che l'esame del ragionamento giuridico e della sua giustificazione razionale diviene il perno della filosofia del diritto, il punto d'osservazione dal quale si possono intravedere e fornire appropriate risposte a molteplici questioni generali e settoriali: i rapporti tra etica e diritto, i modelli di ragionamento giuridico, l'analogia giuridica ed altre ancora¹⁰.

⁷ «Per una definizione del diritto naturale», p. 45.

⁸ Ivi, p. 42.

⁹ «Le ragioni del realismo giuridico come teoria dell'istituzione o dell'ordinamento concreto», p. 61.

¹⁰ Che il tema della giustificazione giuridica fosse di particolare importanza per Letizia Gianformaggio lo dimostra, tra l'altro, il volume da lei pubblicato nel 1986 col titolo

Procediamo con ordine.

Nel saggio *Rapporti tra etica e diritto* l'autrice pone in rilievo che l'annosa questione del rapporto tra diritto e morale può essere proficuamente affrontata solo capendo che:

Il diritto come la morale è una *misura*; è norma, vale a dire è ... un «metro di giudizio». Che «ci sia» non vuol dire affatto che è stato fatto o trovato, costruito o scoperto: vuol dire che viene usato ... Per il diritto e per la morale ... chiedersi che cosa essi sono significa in realtà niente altro che chiedersi come vengono usati, cioè come si svolge il procedimento di misurazione. In riferimento al diritto e alla morale il misurare vien detto giudicare, ed il procedimento con cui da una norma (morale o giuridica) si deriva un giudizio (morale o giuridico), o – che è lo stesso – il procedimento con cui un giudizio (morale o giuridico) si giustifica con riferimento ad una norma (morale o giuridica) è il *ragionamento morale o giuridico* che sono casi del *ragionamento pratico*¹¹.

Trattare dei rapporti tra diritto e morale significa dunque trattare dei rapporti tra ragionamento giuridico e ragionamento morale e delle rispettive specificità, per quanto appartenenti entrambi al genere del ragionamento pratico. Ragionare, e ragionare in ambito giuridico, vuol dire costruire inferenze ed anche occuparsi della loro giustificazione, ovvero rendere ragione delle premesse poste e del rapporto tra premesse e conclusioni. Più in particolare, per quanto riguarda la giustificazione del ragionamento giuridico, significa, secondo Letizia Gianformaggio, mettere in luce per i diversi ragionamenti il peso accordato alle norme prodotte quali ragioni delle decisioni.

L'indagine approda dunque allo studio dei *Modelli di ragionamento giuridico*, ossia di ragionamenti attraverso i quali si motiva una decisione giuridica, e:

motivare significa giustificare, e giustificare significa giustificarsi, rendere ragione del proprio operato ammettendo in linea di principio la legittimità delle critiche potenziali, la legittimità di un controllo ... Il giurista e/o il teorico del diritto, in quanto si occupano di metodologia giuridica, lavorano tra l'altro, ed a parer mio *in primis*, ad apprestare gli strumenti per tale opera di controllo ... La motivazione è un discorso. La logica è lo studio e l'elaborazione delle tecniche per il

Studi sulla giustificazione giuridica, Torino, Giappichelli, 1986. Enrico Diciotti e Baldasare Pastore, hanno definito, in perfetta continuità col dato appena sottolineato e ribadito più volte in questa presentazione, la filosofia del diritto di Letizia Gianformaggio «... come argomentazione razionale volta alla trasformazione del diritto esistente», E. Diciotti-B. Pastore, «Presentazione», in *Ragion Pratica*, 27, 2006, p. 325; per un inquadramento complessivo del pensiero dell'autrice v. nel medesimo volume E. Diciotti, «La filosofia del diritto di Letizia Gianformaggio», pp. 329-349, e con particolare attenzione al ragionamento giuridico B. Pastore, «Argomenti e controlli. La teoria del ragionamento giuridico di Letizia Gianformaggio», pp. 351-364.

¹¹ «Rapporti tra etica e diritto», p. 69.

controllo dei discorsi; la costruzione di modelli di relazioni tra proposizioni (nessi inferenziali) a cui si può commisurare un discorso effettivo al fine di saggiarne la correttezza o accettabilità. L'analisi delle motivazioni si compie con lo strumento della logica giuridica. La metodologia giuridica elabora modelli di ragionamento giuridico¹².

Ecco allora che i tre principali modelli di ragionamento giuridico (deduttivo, induttivo, retorico) accordano un diverso peso giustificativo alle norme e diversi sono i criteri di controllo del ragionamento e gli effetti del controllo medesimo.

Riassumendo. Il filosofo del diritto è un giurista il cui compito consiste nell'occuparsi del diritto positivo, diritto positivo per l'individuazione e comprensione del quale è centrale la questione della giustificazione giuridica, ossia del modo in cui col diritto e nel diritto si ragiona e si spendono argomenti a sostegno dei ragionamenti compiuti. L'individuazione del diritto, che è al contempo partecipazione alla sua costruzione, impone che l'interprete, nell'assolvere il suo delicato ruolo, si attenga a criteri di razionalità e coerenza, ed è per questo che la filosofia del diritto di Letizia Gianformaggio non è una semplice filosofia del ragionamento giuridico, bensì una filosofia critica (caratteristica che tra l'altro dovrebbe essere propria di qualsiasi filosofia). Ne consegue la centralità dello studio del ragionamento giuridico, dei suoi modelli e delle possibilità di controllo correlate ad ognuno di essi¹³.

Diviene più che opportuna, a questo punto, una riflessione sulla certezza del diritto, la cui configurazione è legata in Letizia Gianformaggio, per l'appunto, alla sua concezione complessiva del diritto, alla luce della quale

... la certezza è ... costitutiva dell'idea stessa del diritto se ciò che ha da essere prevedibile perché il diritto sia certo è quel che deve essere deciso in relazione ad ogni singola fattispecie perché il diritto sia rispettato. Se questo vuol dire certezza del diritto: che sia possibile con un taglio netto separare il diritto dal torto, il diritto appunto a questo serve. E il diritto per questo c'è: per essere certo; cosa che evidentemente non potrà mai compiutamente essere, ma a cui altrettanto evidentemente *ogni operatore giuridico non potrà non tendere*¹⁴.

Insomma, i filosofi del diritto devono prendere se stessi in quanto giuristi e gli altri giuristi sul serio¹⁵. La presa d'atto che il diritto non è semplicemente

¹² «Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico», p. 94.

¹³ Rinvio sul punto al saggio di B. Pastore menzionato *retro* alla nota 10 ed a E. Di-ciotti, «La funzione civile del ragionamento giuridico», in questo volume, pp. 9-24.

¹⁴ «Certezza del diritto», p. 84.

¹⁵ Si richiama volutamente il saggio «Logica e argomentazione nell'interpretazione giuridica ovvero i giuristi interpreti presi sul serio», ai contenuti del quale si rinvia per l'approfondimento di cosa intendesse l'autrice col prendere sul serio i giuristi interpreti.

prodotto, ma è un prodotto complesso alla cui costruzione partecipano i vari attori sulla scena giuridica, non autorizza il filosofo del diritto a registrare passivamente comportamenti e ragionamenti, ed anzi gli impone un loro vaglio critico sulla base di criteri di razionalità e coerenza. Questa prospettiva di analisi della filosofia del diritto si riflette, lo si è detto, sull'esame delle più svariate questioni. Ad alcune di queste si è fatto cenno, ora è il momento di menzionare, seppur rapidamente, le altre contenute in questo volume.

La scelta non è stata casuale. I temi dell'analogia giuridica e dell'interpretazione costituzionale costituiscono più di altri un'esemplificazione felice del modo in cui Letizia Gianformaggio ritenesse di poter esercitare, alla luce di una specifica concezione del diritto, una critica filosofica dell'operare dei giuristi con il diritto e nel diritto.

Si guardi, innanzi tutto, lo scritto *L'analogia giuridica*, nel quale una volta stabilito che «... l'analogia in diritto non è il paradigma, e non fonda una probabilità. Analogia è proporzionalità ... quale che sia il merito (= il criterio), si potrà sempre trovare una giustizia secondo il merito», si aggiunge che il ragionamento analogico in ambito giuridico non è formalmente valido

... dal momento che i valori espressi dai rapporti da eguagliare sono valori qualitativi e non quantitativi, e quindi sono sempre suscettibili di interpretazioni diverse, e di discussione. Ma questo non significa che tali valori possano venir fissati *ad libitum* dall'interprete. Significa soltanto che il sistema razionale del diritto non è un *dato*, ma il *prodotto*, perennemente *in fieri*, della collaborazione tra legislatori, giuristi, giudici¹⁶.

Ed altrettanto significativo è il saggio *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, nel quale la adeguata trattazione di una tematica così delicata come quella dell'interpretazione costituzionale passa, per l'ennesima volta, per lo studio della «logica dei giuristi», ossia del ragionamento giuridico. Scrive, infatti, l'autrice con riguardo alla distinzione tra regole e principi, ancora oggi al centro di gran parte del dibattito filosofico giuridico contemporaneo, che

... una regola è una norma la cui applicazione ha, quale fase centrale ed assolutamente determinante l'esito dell'argomentazione, la sussunzione di un concetto di specie (fattispecie concreta) sotto un concetto di genere (fattispecie astratta); un principio è una norma la cui applicazione *non ha* quale fase centrale ed assolutamente determinante l'esito dell'argomentazione ... A parer mio, dunque, la differenza tra regola e principio emerge *esclusivamente*, nel momento della interpretazione-applicazione ... Intendo dire con ciò che la distinzione tra regola e principio appartiene alla logica giuridica in quanto logica dei giuristi, e non alla logica giuridica in quanto logica del diritto; cioè alla problematica delle relazioni tra

¹⁶ «L'analogia giuridica», pp. 140 e 142, questa opinione è stata ribadita nell'articolo «Ragionamento giuridico e somiglianza», specie pp. 159-161.

gli elementi di un ragionamento giuridico e non tra gli elementi di un sistema giuridico¹⁷.

L'attualità dei lavori di Letizia Gianformaggio riproposti in questo volume è presto detta: l'autrice ha saputo affrontare questioni, per così dire, «classiche» della filosofia del diritto a partire da una prospettiva filosofica chiaramente delineata, in grado di sgombrare il campo da dualismi sterili e avviluppamenti concettuali improduttivi. La sua opera è originale non per l'oggetto che indaga, ma per come lo indaga e per la capacità di inserire ogni riflessione all'interno di un quadro filosofico giuridico limpido nel quale v'è un aperto e dichiarato riferimento ai valori da perseguire ed ai mezzi idonei per farlo.

Il cammino ripercorso in questa presentazione è stato compiuto restando sulla superficie dei vari saggi, cercando solo di inquadrarli nell'ambito di un riferimento unitario in grado di spiegare il senso del riproporli e l'ordine (non cronologico) in cui sono disposti. Si lascia al lettore il compito di saggiare in profondità le molte suggestioni e le acute riflessioni proposte dall'autrice, nella speranza che sappia riconoscere in questa presentazione non un travisamento, bensì un'interpretazione appassionata e non troppo infedele degli scritti.

È opportuno, quindi, chiudere questa breve presentazione con l'ennesima e lunga citazione, tratta questa volta dal saggio *La critica morale del diritto: critica esterna o critica interna?*, inserito per ultimo proprio in quanto si ricongiunge armoniosamente col primo riguardante i compiti del filosofo del diritto, concludendo in maniera coerente il percorso scandito dai vari saggi. Scrive Letizia Gianformaggio:

La critica morale del diritto è una parte di un settore fondamentale della filosofia del diritto: quello relativo ai rapporti tra diritto e morale ... Consiste essenzialmente in un esame critico di regole, decisioni, istituzioni e pratiche giuridiche sulla base di criteri che, riconosciuti come criteri di valore morale, sono tuttavia già incorporati nel diritto positivo, al livello più alto della scala gerarchica. Da questo esame possono scaturire proposte di revisione di queste stesse regole, decisioni, istituzioni e pratiche, ove vengano riconosciute come non compatibili con i suddetti criteri. Pertanto esso richiede l'assunzione di punti di vista diversi nei confronti del diritto: descrittivo, valutativo, interpretativo. Si tratta di una critica *interna* al diritto, e tuttavia di una critica *morale* oltretutto *giuridica*, un tipo di critica che le interpretazioni correnti del giusnaturalismo, della onto-fenomenologia e del positivismo giuridico non solo non svolgono, ma tendono ad escludere; e questo per il fatto che guardano, da una parte, alla filosofia del diritto come a un'impresa *filosofica* e/o ad una disciplina *scientifica*, e dall'altra a questo tipo di critica come ad un compito di natura *politica*, non consono alla filosofia, né alla

¹⁷ «L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi», pp. 178-179.

scienza. Ma la filosofia non può e non deve diventare un alibi per gente che non voglia comprometersi trattando della vita, e scelga quindi le speculazioni astratte della logica o dell'etica ... La filosofia del diritto, in particolare, ha rappresentato tradizionalmente un impegno civile, cioè un impegno per la realizzazione dei valori nella vita sociale ¹⁸.

¹⁸ «La critica morale del diritto: critica esterna o critica interna?», pp. 205-207.