

UNA FILOSOFIA DELLA GIURISPRUDENZA

Nello scrivere pagine in tema di filosofia e metodologia del diritto, è opportuno che l'autore, in via preliminare, indichi le questioni oggetto di trattazione e gli strumenti adoperati per il suo svolgimento.

Fino agli anni '70 del secolo trascorso, la riflessione teorica sul diritto veniva per lo più condotta secondo due approcci tra loro sensibilmente diversi, l'uno più incline ad un'indagine sui fondamenti e sul senso dell'esperienza giuridica [S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, 1991; B. Romano, *Il riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, 1986], l'altro più orientato verso una lettura e classificazione del diritto positivo condotta mediante gli strumenti dell'analisi del linguaggio [U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, 1976; R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, 1982]. Le questioni oggetto di indagine, poi, erano le più diverse: dal concetto del diritto (*quid ius*) al suo valore nell'esperienza umana (*quia ius*), dalla dialettica tra giustizia e legalità (quali norme valide siano anche giuste e come comportarsi di fronte a quelle ingiuste) alle categorie giuridiche fondamentali (diritto soggettivo, diritto oggettivo, potere, obbligo, fattispecie, ecc.), dalla definizione della norma alla struttura dell'ordinamento, dalle fonti del diritto ai metodi dell'interpretazione ed applicazione delle regole al caso concreto.

Una simile partizione di temi ed approcci trovava, almeno in parte, una giustificazione nel modo in cui, dal Secondo dopoguerra fino agli anni Settanta del secolo trascorso, erano organizzati gli ordinamenti giuridici occidentali e soprattutto nelle modalità, allora predominanti, di produzione ed applicazione del diritto. Fino a che il diritto vigente si presentava come un insieme di norme dal significato intelligibile, la cui validità era ricondotta ad un ordinamento statale strutturato gerarchicamente e al cui vertice era posta una costituzione, le indagini si orientavano, prevalentemente, o verso una teoria generale del diritto positivo sviluppata sulla base dell'analisi del linguaggio oppure verso un'indagi-

ne filosofica intesa a chiarificare il senso dell'esperienza giuridica e a metterne in luce i valori specifici.

Una simile dicotomia – la cui ambiguità e i cui limiti sono stati opportunamente segnalati [G. Carcaterra, *Lezioni di filosofia del diritto*, 1994] – ha indubbiamente nuociuto agli studi di filosofia e metodologia del diritto, tanto più che spesso si è identificata con la contrapposizione tra i sostenitori del positivismo giuridico ed i suoi detrattori, questi ultimi convinti delle buone ragioni, più o meno cogenti, del diritto naturale.

Col tempo, invero, i modi di declinare l'indagine filosofico-giuridica si sono significativamente diversificati e ciò anche per effetto delle **trasformazioni subite dagli ordinamenti giuridici statali**. Tali trasformazioni si sono manifestate anzitutto sul piano interno: si pensi solo alla crisi dell'idea che il diritto venga prodotto esclusivamente dal potere legislativo e alla conseguente ridefinizione degli equilibri tra i poteri dello Stato, alla maggiore apertura di credito verso il diritto creato dai giudici, all'aumento dei poteri delle Corti supreme, alla nascita ed evoluzione delle autorità amministrative indipendenti [P. Grossi, *Società, diritto, stato*, 2006].

Trasformazioni ancora più evidenti si sono determinate a **livello sovvrastatale**. Si pensi alla nascita dell'Unione europea, alle sempre più estese competenze attribuite ai suoi organismi, all'affermazione dei principi dell'efficacia diretta sugli ordinamenti nazionali delle sue regole (in ossequio al primato del diritto comunitario, già affermato dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea con la sentenza Costa/Enel del 15 luglio 1964, secondo cui in caso di contrarietà di una norma nazionale ad una disposizione europea, le autorità degli stati membri sono tenuti ad applicare quest'ultima) nonché, in applicazione dell'art. 46 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, della vincolatività in ambito nazionale delle pronunce emesse dalla Corte di Strasburgo.

Significative modifiche ha subito, più di recente, il processo di produzione del diritto a seguito dello sviluppo del diritto sovranazionale nell'epoca della **globalizzazione**, il cui portato più rilevante è la transizione dal classico *government*, come insieme delle politiche deliberate e realizzate dall'autorità degli Stati, alla postmoderna *governance*, nella quale giocano un ruolo attivo non solo gli Stati e gli organismi del diritto internazionale, ma anche nuovi attori quali le organizzazioni non gover-

native, i grandi operatori economici, le associazioni rappresentative di interessi diffusi, le organizzazioni professionali e gli stessi soggetti privati in sede di formazione di modelli contrattuali atipici e di soluzione delle controversie in sede extragiurisdizionale [M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, 2010].

Simili trasformazioni, qui richiamate in forma estremamente sintetica e sulle quali si avrà modo di tornare nel corso del presente lavoro, incidendo in modo significativo sulle modalità di produzione ed applicazione delle regole, nell'ordinamento statale come nella società globale, hanno segnalato e continuano a segnalare l'urgenza e l'inevitabilità di un **diverso modo di pensare il diritto** sul piano filosofico e metodologico.

Tale considerazioni preliminari già annunciano il tipo di riflessione sul metodo della giurisprudenza che caratterizza il presente lavoro. L'interrogazione sul metodo, infatti, può seguire molti percorsi. Un metodo, infatti, è costituito in generale da un serie di atti che vengono compiuti al fine di raggiungere un determinato scopo. Quando tale pluralità di atti è compiuta, in modo più o meno consapevole, seguendo un certo procedimento, essa non costituisce semplicemente una prassi, ma, appunto, un **metodo**. Riflettere sul metodo (**metodologia**) significa, dunque, individuare i procedimenti seguiti da un agente nell'esercizio del suo ufficio (sia essa un'arte o una scienza) e/o esprimere una valutazione circa l'idoneità degli atti compiuti a raggiungere lo scopo prefisso.

La riflessione sul metodo può assumere, dunque, un carattere sia **descrittivo** del modo in cui l'agente opera, sia **prescrittivo** del modo in cui dovrebbe operare per raggiungere nel modo più efficace le finalità proprie dell'arte o della scienza che esercita. Nel caso della giurisprudenza i due profili sono distinti, ma non separati: una riflessione sul metodo non può essere né solo avalutativa, dunque descrittiva del modo in cui ragiona ed opera il giurisperito, né solo prescrittiva dei procedimenti che si ritengono in astratto più corretti. Un esempio per tutti: la chiarificazione del metodo per la soluzione di una controversia, mettendo in luce la logica del ragionamento giudiziale (l'accertamento del fatto, l'interpretazione della legge, l'articolazione della motivazione, ecc.) assume, inevitabilmente, anche un valore prescrittivo, finendo per indicare come *si deve* ragionare in vista della decisione del caso [M. Jori, *Il metodo giuridico*, 1976].

Tale comparazione e valutazione dei diversi metodi che la giurispru-

denza può adottare deve essere condotta, ad avviso di chi scrive, prendendo le mosse dalle problematiche che in concreto il giurista si trova a dover affrontare nell'esercizio quotidiano del suo ufficio, così da poter vagliare grandezza e limiti dei diversi approcci nel confronto costante con le questioni sollevate dal diritto vivente. Ciò appare coerente con il carattere proprio della **giurisprudenza**, che, se è scienza, lo è come **scienza pratica**, che non si limita a contemplare un oggetto immutabile (fossero anche le leggi vigenti), ma conosce il suo oggetto in vista della sua applicazione pratica, dunque studia le regole interpretandole in vista della loro incidenza sul caso concreto, anticipando le conseguenze che la loro applicazione può determinare nell'equilibrio degli interessi in conflitto [E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, 1955]. Tale vocazione pratica della giurisprudenza, peraltro, costringe l'operatore del diritto che sia chiamato ad assumere una decisione – il legislatore come il pubblico amministratore, il giudice come l'arbitro – a prendere in esame anche gli interessi e i valori in gioco e dunque ad esercitare quell'*ars boni et aequi* nella quale, in ultima istanza, si rivela il senso della sua opera.

Se la conoscenza del diritto è scienza pratica, che richiede l'acquisizione di un'arte intesa come discernimento ed attribuzione del giusto e dell'ingiusto, allora apprendere una tale arte esige l'addestramento ad una mentalità, l'assunzione di un abito che consenta il puntuale esercizio della **prudenza**: “la scienza (pratica) del diritto è una forma di prudenza” [J. Hervada, *Cosa è il diritto*, 2013]. Diventare giuristi, prima che l'acquisizione di tecniche, richiede l'educazione dello spirito che è propedeutica al corretto utilizzo del ragionamento pratico.

Il presente lavoro, in tal senso, muove dal convincimento che la metodologia giuridica possa essere declinata come una **filosofia della giurisprudenza**, la cui riflessione teorica prenda le mosse, né solo dal diritto *vigente* in forma di legge né solo dai valori che di esso dovrebbero idealmente costituire il presidio, bensì da quel diritto vivente, nel quale i profili della validità e della giustizia inevitabilmente si intrecciano, pur senza confondersi.

Tale ancoramento al **diritto vivente** segnala una precipua attenzione non solo alle forme che assume il **diritto vigente** nel suo continuo rimodellarsi grazie al quotidiano lavoro della giurisprudenza di merito e di legittimità, ma, più in generale, alla viva carnalità del diritto contemporaneo, ai temi quotidianamente affrontati dalle corti di giustizia come dalle



amministrazioni, dai soggetti economici pubblici e privati come dagli operatori del diritto, fino agli stessi cittadini nel perseguimento dei propri interessi privati o nell'esercizio di quelli che un tempo si qualificavano diritti pubblici soggettivi. Un itinerario di pensiero disposto a muovere, se necessario, dall'attualità, a sporcarsi le mani con l'esperienza comune, a costo di incorrere nell'accusa di non farsi carico della "fatica del concetto".

In un simile riflessione sul metodo della giurisprudenza – di cui si rinven- gono numerose tracce nella tradizione giusfilosofica antica e moderna [G. Capograssi, *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il suo significato*, 1950; M. Sandel, *Giustizia. Il nostro bene comune*, 2009] – la questione oggetto di un intervento legislativo o il caso di giurisprudenza costituiscono l'occasione per avviare una più meditata riflessione specu- lativa o comunque il banco di prova per valutarne la sua effettiva rilevan- za nel concreto esperienza giuridica. Se non altro l'attenzione alla con- temporaneità induce l'indagine teorica del giurista a non dimenticare il proprio dovere civile, che è quello di dialogare con il proprio tempo [G. Benedetti, *La contemporaneità del civilista*, 2004].