

INTRODUZIONE

Questo libro, rivolto prevalentemente agli studenti e alle studentesse del corso di filosofia del diritto, amplia, integra e aggiorna quello, con lo stesso titolo, pubblicato nel 2015. Il tema trattato, centrale per la comprensione del diritto e per una sua rappresentazione perspicua, riguarda il rapporto tra decisioni, poteri normativi e vincoli, in relazione ai diversi ambiti nei quali vengono in evidenza istanze di controllabilità razionale.

Quando ci si accosta al complesso campo dell'esperienza giuridica, una domanda sorge immediata: come si presenta quel fenomeno che chiamiamo "diritto"? Una possibile risposta è la seguente: il diritto si presenta come un insieme di decisioni. Tali decisioni sono prese da soggetti dotati di competenza normativa. Il legislatore, il giudice, la pubblica amministrazione prendono decisioni che incidono potentemente nella vita dei consociati. Anche i cittadini decidono, esercitando i poteri loro attribuiti dagli istituti giuridici di diritto privato. Abbiamo a che fare, in sostanza, con organi e individui, ai quali sono attribuiti poteri, sulla base di norme, e che usano norme come parametri per decidere. L'atto del decidere, d'altra parte, si lega all'argomentazione. Argomentare, infatti, significa fornire ragioni a sostegno di una decisione.

Il diritto orienta e guida i rapporti tra i membri di una società tramite regole. Si riferisce ad attività umane e a regole che le governano. Tali regole sono frutto dell'opera di esseri umani che le creano, le usano, le interpretano, le adattano, le modificano, in vista di determinate esigenze e di determinati obiettivi.

Il diritto, da questo punto di vista, è sempre "diritto positivo", cioè posto: è un prodotto umano. Ciò, però, non significa che esso sia frutto del capriccio o della volontà arbitraria. Il diritto, anzi, per molti versi, non è interamente disponibile da parte della volontà umana. Esso è soggetto a criteri e vincoli che vanno rispettati proprio per evitare il rischio dell'arbitrio.

Si tratta, dunque, di considerare le forme e le modalità più rilevanti in cui il diritto positivo si articola. Questo, invero, è uno dei compiti della filosofia del diritto.

“Filosofia del diritto” si dice in molti modi. L’espressione richiama molteplici autori, indirizzi di pensiero diversificati, ricerche tra loro eterogenee, stili di lavoro vari. Le differenze hanno riguardato (e continuano a riguardare) sia i contenuti sia i metodi di studio usati. Rimane (e non può non rimanere) comune l’attenzione rivolta al diritto e al chiarimento delle nozioni ad esso relative.

La filosofia del diritto è, in questa prospettiva, funzionale al lavoro dei giuristi: riguarda le loro riflessioni sugli oggetti, sui metodi delle professioni legali, sulle tecniche, sugli strumenti che permettono di comprendere e maneggiare il diritto.

Un corso di filosofia del diritto, destinato agli studenti e alle studentesse che intraprendono gli studi giuridici, dovrebbe trattare (almeno) le seguenti questioni: a) perché la giuridicità è da considerare come modalità tipica dell’azione umana; b) quali sono gli elementi fondamentali del diritto; c) cosa si intende per “diritto valido” e come vanno trattati i limiti tra diritto e non-diritto; d) che relazione mantiene il diritto con la morale e con la politica; e) quali sono le funzioni del diritto, quali i suoi obiettivi, quali valori devono (o possono) essere raggiunti per il suo tramite; f) come può essere conosciuto il diritto, in che modo può costituirsi la conoscenza giuridica; g) come vanno intese le operazioni di produzione, interpretazione e applicazione del diritto.

Dietro tali questioni vi è l’idea che la filosofia del diritto deve mantenere uno stretto legame con il diritto positivo, considerato nelle sue variegate articolazioni. In questo senso, l’indagine sulla positività giuridica rappresenta un obiettivo non eludibile.

Non va dimenticato, peraltro, che la filosofia del diritto si occupa del diritto come fenomeno sociale anche in relazione agli altri ambiti della vita pratica, ed è chiamata a mettere i giuristi a contatto con le matrici culturali da cui ogni ordinamento giuridico è derivato e che condizionano il loro lavoro.

La filosofia del diritto si configura, pertanto, come disciplina permeabile, posta sul crinale tra il diritto e gli altri saperi specialistici e operante come valvola di collegamento, aperta ai problemi sociali, politici, etici che il diritto intercetta.

La filosofia del diritto ha, costitutivamente, una vocazione riflessiva e critica. Serve, nel contesto delle discipline giuridiche, a preparare i futuri giuristi affinché operino in maniera adeguata. Sta dentro al conoscere e all’operare del giurista. Ma una filosofia del diritto che intenda produrre strumenti utili per l’attività del giurista non può non mostrare un’attitudine critica verso il diritto positivo. Ha, infatti, anche lo scopo di formare i giuristi alla valutazione criticamente fondata, sicché compiano consapevolmente e motivatamente le proprie scelte, senza dimenticare l’essenziale funzione sociale che essi svolgono.

I giuristi sono solutori di problemi sulla base di regole. Il loro impegno è quello di governare la complessità sociale avvicinando le parole scritte nei testi normativi, che configurano astrattamente, entro schemi generali, i comportamenti umani, agli infiniti casi che la convivenza produce.

Partecipando all'educazione del giurista come ordinatore di fronte a situazioni che richiedono regolamentazione, alla filosofia del diritto spetta oggi un'altra insostituibile incombenza: evitare il rischio che ci si appiattisca su una visione particolaristica, atomizzata e settoriale dei campi dell'esperienza giuridica, polverizzandone l'unità e producendo una perdita di rilevanza dell'identità di coloro che professionalmente partecipano alla positivizzazione del diritto.

Come si cercherà di mostrare nei capitoli che compongono questo libro, il diritto positivo *si fa* attraverso un costante intreccio tra decisioni, attività argomentative, complementari a quelle interpretative, e controlli.

La positivizzazione giuridica si realizza tramite decisioni, fondate su norme, di vario tipo, che ne costituiscono la cornice e ne definiscono i contenuti (ciò vale tipicamente negli odierni Stati costituzionali). Eliminare l'arbitrio è uno degli scopi essenziali del diritto. Ma qui viene in rilievo un paradosso. Il diritto, per funzionare, ha bisogno di decisioni. Esse sono espressione di una ineliminabile libertà (discrezionalità, creatività) che può condurre, se non controllata, proprio all'arbitrio. Come evitare tutto ciò? Sottoponendo a controllo le decisioni che i soggetti competenti a produrle prendono. Sottoporre a controllo significa far riferimento a vincoli, di forma e di sostanza, e ad argomentazioni giustificative, atti ad impedire che una decisione, risultato dell'esercizio di un potere normativo, sia presa sulla base di se stessa, sia cioè autofondata e dunque infondata. Un siffatto controllo, invero, può essere letto come l'inserzione, in un campo in cui la volontà è essenziale, della ragione. L'aspetto giustificativo contribuisce a liberare la decisione giuridica dal sospetto di essere arbitraria.

Il diritto è una costruzione umana che vede come protagonisti diversi soggetti, istituzionali e non-istituzionali, che producono, accettano, utilizzano decisioni e norme. Di esso portiamo per intero la responsabilità nello spazio pubblico della convivenza. Il diritto ha bisogno del potere, ma non si riduce ad un mero atto potestativo. La sua realizzazione ha bisogno anche della ragione: di una ragione che controlla il potere.