

$$\frac{A_{12}}{362}$$

Questo libro ha visto la sua prima edizione in lingua inglese (*A philosophical introduction to law*, Aracne, Roma 2010).

Laura Palazzani

Una introduzione filosofica al diritto



Copyright © MMXI
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133 / A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-4268-7

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: settembre 2011

Indice

- 7 **Capitolo I**
Che cosa è il diritto?
- 1.1. Scienza e filosofia, 7 – 1.2. Scienza del diritto e filosofia del diritto: come/perché il diritto?, 9 – 1.3. Verso una definizione filosofica del diritto, 10.
- 13 **Capitolo II**
Teorie del diritto
- 2.1. Il giusnaturalismo, 13 – 2.2. Il positivismo giuridico, 27 – 2.3. Il realismo giuridico, 34.
- 39 **Capitolo III**
Definizioni del diritto e approcci al diritto
- 3.1. Filosofia del diritto: approccio etico, 40 – 3.2. Teoria generale del diritto: approccio formale, 40 – 3.3. Sociologia del diritto: approccio empirico, 41.
- 43 **Capitolo IV**
Perché la filosofia del diritto
- 4.1. Perché giustificare il diritto e quale giustificazione del diritto, 43 – 4.2. Presupposti filosofici della giustificazione giuridica, 46 – 4.3. La 'legge di Hume': dall'essere al dover essere, 50 – 4.4. Il diritto come tutela della dignità umana e della coesistenza sociale, 55 – 4.5. Diritti umani e diritti fondamentali, 59.
- 63 **Capitolo V**
Concetti filosofici per il diritto
- 5.1. Giustizia, 63 – 5.2. Ingiustizia: l'obiezione di coscienza, 69 – 5.3. Sovra-

6 Una introduzione filosofica al diritto

nità, 74 – 5.4. Sanzione, 76 – 5.5. Pluralismo e tolleranza, 87 – 5.6. Uguaglianza e differenza, 96 – 5.7. Oltre la giustizia, 98.

105 *Indicazioni bibliografiche*

Che cosa è il diritto?

La domanda preliminare ad ogni tipo di riflessione sul diritto, non può che essere la domanda ‘che cosa è il diritto’? È una domanda semplice, ma la risposta è estremamente complessa. Quando formuliamo questa domanda ci aspettiamo nella risposta una definizione concettuale di diritto. Si tratta di una definizione teorica che consente di leggere la realtà e la nostra esperienza: il diritto esiste e la nostra stessa esistenza si svolge — consapevolmente o inconsapevolmente — all’interno di regole giuridiche.

Ma è sbagliato cercare ‘una’ definizione di diritto: esistono diverse definizioni. Ogni definizione dipende da un diverso approccio al diritto, ossia da un particolare modo di porsi di fronte al diritto e da una diversa teoria o concezione del diritto, ossia una elaborazione concettuale che spiega il diritto. La filosofia del diritto consente di esplicitare le premesse, cioè risalire all’approccio e alla teoria che costituiscono i presupposti concettuali della definizione del diritto.

Due sono gli approcci al diritto: l’approccio scientifico al diritto e l’approccio filosofico al diritto.

La scienza e la filosofia sono due ambiti di sapere diversi, con metodi diversi: tale distinzione di carattere generale ha implicazioni anche sul diritto.

1.1. Scienza e filosofia

La scienza, più precisamente, la scienza sperimentale moderna, descrive ‘come’ è la realtà: studia i fatti o gli eventi mediante l’osservazione empirica, la formulazione di ipotesi, la verifica sperimentale. Lo scienziato osserva la realtà, cerca di spiegarla e verifica sperimentalmente

la verità o falsità dell'ipotesi formulata, partendo da una considerazione empirica della realtà, subordinata alla verificaione/falsificazione fattuale. Il metodo scientifico è quantitativo: misura e calcola l'estensione nello spazio e il movimento nel tempo dei corpi. Estensione e movimento sono considerati i parametri scientifici di riferimento necessari e sufficienti per la conoscenza empirica del reale.

La filosofia si interroga sul 'perché' della realtà: è un sapere che ricerca la verità dei fatti 'oltre' i fatti, che ricerca mediante la ragione una possibile spiegazione unitaria, la comprensione del senso e la giustificazione ultima della realtà. La domanda filosofica preliminare ad ogni riflessione è la seguente: perché c'è l'essere anziché il nulla? Una domanda radicale che richiede una risposta altrettanto radicale. Il sapere filosofico non si ferma alla descrizione empirica di come è la realtà, ma intende indagare sulla esistenza e conoscibilità della verità dei fatti attraverso la ragione. Fare filosofia significa usare la razionalità in modo diverso rispetto alla scienza: si tratta di una razionalità non solo empirica e descrittiva, ma anche riflessiva e giustificativa. La filosofia cerca di 'rendere ragione' del reale. Ciò non significa pretendere una conoscenza totale quantitativamente, ma significa porsi dal punto di vista della totalità in senso qualitativo.

Se nell'età antica era indiscutibile la superiorità della filosofia sulla scienza (intesa come conoscenza empirica in generale) e la filosofia era considerata l'unica vera 'sapienza', nell'epoca moderna nasce la scienza come sapere sperimentale, che si distingue metodologicamente dalla filosofia. È nell'epoca contemporanea che il sapere scientifico tende a divenire preminente sulla filosofia: si parla di 'crisi' della filosofia. Viviamo in una società in cui il sapere scientifico è considerato superiore a quello filosofico, in una cultura neopositivistica dove tutto deve essere convalidato scientificamente per essere considerato vero.

Molte le obiezioni sollevate oggi alla filosofia: si ritiene che sia un sapere plurale, inverificabile, inconcludente. Plurale in quanto non esiste 'la' filosofia ma esistono 'le' filosofie; non esiste un sapere univoco, ma ogni filosofo ha una propria visione del mondo o dell'uomo. Inverificabile poiché manca un criterio oggettivo per riconoscere una teoria come vera o falsa. Inconcludente nella misura in cui sul piano teoretico manca una teoria univoca e sul piano pratico il sapere

filosofico non risulta efficace e incisivo rispetto alla prassi immediata. Di contro, la scienza è esaltata in quanto sapere univoco, verificabile, certo. La univocità è assicurata dal metodo omogeneo che rende possibile una cooperazione anche internazionale; la verificabilità è garantita dal criterio oggettivo del controllo sperimentale, traducibile in un linguaggio matematico; la certezza è raggiungibile sul piano teorico quando i risultati acquisiti consentono una progressione lineare del sapere e sul piano pratico la previsione e applicazione delle teorie.

Eppure, nonostante la mitizzazione della scienza nella società contemporanea, emerge in modo sempre più visibile come anche il sapere scientifico sia per taluni aspetti conflittuale e disomogeneo, tendendo sempre più ad avere un carattere probabilistico (si pensi alla medicina, in alcuni ambiti) e non esaustivo. Emerge la consapevolezza che il sapere scientifico, seppur consenta di conoscere meglio la realtà, non esaurisca la possibilità di conoscerla. Si percepisce la rilevanza delle integrazioni della filosofia: dalla scienza emergono interrogativi filosofici sul senso della conoscenza, sui limiti dell'applicazione delle conoscenze, sul significato della vita. Benché lo scienziato si sforzi di spiegare in modo dettagliato 'come' sono i fatti, le domande filosofiche sul 'perché' riemergono ineludibilmente.

1.2. Scienza del diritto e filosofia del diritto: come/perché il diritto?

Il metodo scientifico applicato al diritto consente di studiare e descrivere 'come' è il diritto, ossia il diritto come dato empirico, come fenomeno nel suo apparire. L'approccio scientifico al diritto parte dall'osservazione e dalla rilevazione del diritto esistente. È dunque un atteggiamento passivo, che prende atto a posteriori di ciò che si manifesta, del diritto nel modo in cui esiste nella società, ossia del diritto come fatto o fenomeno sociale.

La filosofia del diritto, quale parte della filosofia pratica che studia i comportamenti umani, studia il 'perché' del diritto, la riflessione sul senso e sulla essenza, ossia su ciò che costituisce l'essere proprio del diritto, articolandosi in tre livelli di analisi.

Ad un primo livello la filosofia del diritto esplicita il fondamento del diritto, le condizioni a priori di possibilità e pensabilità del diritto, ponendosi le domande preliminari: perché esiste il diritto piuttosto che l'assenza del diritto? Quali sono le condizioni per cui è pensabile e possibile il diritto? Perché è meglio che esista il diritto piuttosto che l'assenza del diritto?

Ad un secondo livello, la filosofia del diritto discute criticamente il diritto, giustificando una presa di posizione rispetto al diritto vigente in merito alla sua accettabilità o inaccettabilità.

Infine, la filosofia del diritto elabora un (possibile) diritto futuro, indagando come il diritto deve o dovrebbe essere, a partire dalla tematizzazione del suo fine intrinseco, per progettare un diritto 'migliore' di quello già esistente (se inaccettabile) e di configurare nuove norme laddove siano necessarie e assenti.

1.3. Verso una definizione filosofica del diritto

Tante sono le definizioni possibili di diritto. Ogni definizione del diritto rimanda ad un approccio al diritto e ad una teoria del diritto. Ma prima di analizzare le definizioni del diritto è indispensabile fare riferimento ad una distinzione preliminare nel diritto tra *diritto naturale*, *diritto positivo*, *diritto reale*.

Non è facile definire il diritto naturale: si può partire da una definizione in negativo. Il diritto naturale è il diritto "non posto", cioè il diritto la cui esistenza non dipende dal fatto di essere prodotto, empiricamente e storicamente, dalla volontà del legislatore, esistendo indipendentemente dall'atto di posizione. È il diritto che ha un'origine nella natura, dunque non coincide (o meglio può non coincidere) con le leggi emanate dal legislatore o con le sentenze dei giudici. Il diritto naturale è spazialmente universale, ossia rivolto a tutti e temporalmente immutabile ed eterno, o anche costante e permanente, in quanto la natura nella sua essenza non cambia.

Il diritto positivo si riferisce al diritto 'posto'. La qualificazione 'positivo' deriva da *positum*, participio passato del latino *ponere* (porre). È il diritto la cui fonte è convenzionale, in quanto deriva dalla volontà

del legislatore. È un diritto particolare, rivolto ad un determinato gruppo di individui, in quanto vige in una comunità politica; è un diritto mutabile e variabile, che può cambiare nel tempo con il mutare della volontà legislativa.

Si delinea, oltre alla tradizionale distinzione tra diritto positivo e naturale, anche la categoria del c.d. diritto reale. È il diritto 'vivente', ossia il diritto che non proviene né dalla natura né dalla volontà, ma dai comportamenti sociali diffusi, ripetuti e frequenti o dalle decisioni dei giudici. Si tratta di un diritto dinamico e variabile, che si riferisce ad un certo contesto sociale in una determinata epoca storica; è un diritto che rileva gli 'usi e costumi' prevalenti nella società, che esprime i bisogni e gli interessi provenienti dai consociati, che manifesta le esigenze che si esprimono nelle aule dei tribunali e nelle decisioni dei giudici, che rispondono al diffuso sentire sociale.