

FRANCESCO VIOLA

R. VON JHERING
E LA CONOSCENZA DEL DIRITTO

Estratto dal volume

**«*Interpretazione e
applicazione del diritto
tra scienza e politica*»**

Aprile 1974

EDIZIONI CELUP S.R.L. - PALERMO

R. VON JHERING E LA CONOSCENZA DEL DIRITTO

1. *Gli apporti della Scuola storica.*

Le matrici fondamentali delle moderne teorie dell'interpretazione si ritrovano, già all'inizio del sec. XIX, elaborate dalle due grandi scuole della giurisprudenza: la Scuola storica e la Scuola dell'esegesi¹. Tutti gli apporti successivi, sia nel senso dello sviluppo delle idee e dei metodi già elaborati da queste scuole che nel senso dell'opposizione ad esse, possono in ogni caso riallacciarsi alla problematica di questi due grandi movimenti scientifici. D'altra parte il diverso clima in cui esse fiorirono, cioè quello tedesco del diritto scientifico la Scuola storica e quello francese del diritto legislativo la Scuola dell'esegesi, consente di rendersi conto del vario atteggiarsi dei procedimenti interpretativi a seconda della diversità dell'oggetto da interpretare. Non sempre però il termine 'interpretazione' è preso nello stesso senso. C'è invero un significato comune, in cui la Scuola storica e quella dell'esegesi si incontrano perfettamente, ed è quello relativo *all'interpretazione della legge* o, meglio, dei testi giuridici. Da questo punto di vista v'è la concezione comune che compito dell'interprete è quello di mettere in luce il significato preesistente del testo senza nulla aggiungere o togliere ad esso. « Entrambe le scuole consideravano il diritto come una realtà precostituita all'interpretazione, e l'interpretazione come attività di ritrovamento del senso

¹ G. TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, in « Riv. trim. di dir. e proc. civ. », 1971, p. 9.

vero di simile realtà preconstituita: ma per i giuristi della scuola dell'esegesi questa realtà preconstituita era il codice, per quelli della scuola storica del diritto era un fenomeno storico più complesso, e cioè il sistema coerente e completo della " reale " disciplina di tutti i rapporti giuridici »². Mentre quindi per i primi l'interpretazione della legge esauriva e racchiudeva in sé lo stesso compito scientifico del giurista, per i secondi esso non era che una tappa obbligata, che apriva la strada alle nuove indagini e elaborazioni, a cui propriamente si dedicava la scienza giuridica. V'era quindi un accordo di fondo sul modo di intendere le tecniche e l'oggetto della interpretazione, ed un disaccordo netto sul posto, il valore ed il fine che tali procedimenti avevano nella conoscenza del diritto.

Negli sviluppi delle due scuole l'accordo si è progressivamente affievolito e il disaccordo si è corrispondentemente approfondito.

Il fondatore della Scuola storica elaborò una teoria unitaria dell'interpretazione che si è rivelata come una delle parti più durature del suo sistema. Essa sopravvisse nella mentalità e nella prassi dei giuristi molto più a lungo delle stesse idee fondamentali della Scuola storica. Il Savigny infatti si sforza di configurare l'interpretazione come un'operazione fondamentalmente unitaria di tipo scientifico. Egli nega validità alla distinzione tra interpretazione giudiziale e dottrinale in quanto una sola è l'interpretazione giusta ed è quella della scienza³. Egli considerò in generale come scopo dell'interpretazione la ricostruzione esatta del pensiero insito nella legge (« Rekonstruktion des dem Gesetz innewohnenden Gedankens »)⁴. Per operare questa ricostruzione ci si serve di vari criteri d'indagine che non sono vari metodi, ma sono parti costitutive (« Bestandteile ») dell'unico metodo d'interpretazione della legge. Donde la necessità di strutturare gerarchicamente questi diversi criteri, sì da fondare l'interpretazione come operazione unitaria. Il Savigny tende a precisare che non si tratta di criteri tra cui scegliere secondo il proprio gusto personale, ma di differenti attività, che devono essere poste in opera congiuntamente.

² *Ibidem*, p. 10.

³ Nella sua opera programmatica (*Juristische Methodenlehre*) il Savigny afferma che l'unico compito del giudice è un'interpretazione puramente logica (« Das einzige Geschäft des Richters ist eine reine logische Interpretation »).

⁴ F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, (1840-49), trad. di V. Scialoja, Torino, 1886, I, par. 33, pp. 220-224.

Queste sono quindi le tappe obbligate del procedimento interpretativo⁵:

1) l'*elemento grammaticale*, che considera le parole del testo da interpretare come un mezzo necessario per raggiungere il pensiero insito nella legge.

2) l'*elemento logico*, che ha riguardo alla connessione e alla articolazione logica dei contenuti di pensiero.

3) l'*elemento storico*, che tiene presente la situazione storico-giuridica, che ha ispirato quella data regolamentazione.

4) l'*elemento sistematico*, che ricostruisce nella loro coerenza interna gli istituti giuridici e le norme di diritto.

Non si tratta di una pura costruzione creativa dell'interpretazione, ma propriamente di una « ricostruzione », poiché si tratta di riprodurre la connessione dei concetti giuridici così come si è presentata alla mente del legislatore. Il Savigny esclude da questi criteri l'interpretazione secondo i motivi della legge o secondo la intenzione del legislatore, la quale evidentemente consente l'introduzione di un intervento valutativo dell'interprete. L'elemento storico è quindi interpretato nel senso più oggettivo possibile.

Indipendentemente dal sottofondo ideologico, che si può vedere in queste affermazioni⁶, in ciò si riflette la caratteristica fondamentale della Scuola storica, che cerca di conciliare la visione storica del diritto fondato sulle forze elementari della vita e del costume con la concezione sistematica dello stesso, tesa alla ricerca dell'ordine astratto e della coerenza formale. Quest'ultima tendenza razionalistica era ereditata dal giusnaturalismo settecentesco, che per altri versi era l'ispiratore anche della Scuola della esegesi⁷.

Nel suo sviluppo la Scuola storica andò sempre più accentuando l'aspetto sistematico e scientifico fino a sfociare nella Pandettistica e nella Giurisprudenza dei concetti. Il risultato fu il formalismo storico-giuridico e la « tendenza dogmatizzante » nella storia del diritto, l'allontanamento da una visione propriamente storica e sociologica ed infine il distacco tra teoria e pratica giuridica.

⁵ *Ibidem*, par. 33.

⁶ G. TARELLO, *op. cit.*, p. 14.

⁷ P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, trad. di A. Biscardi, Firenze, 1962, pp. 471-476. Cfr. anche M. PORZIO, *Le origini del formalismo giuridico*, in « Bollettino della Biblioteca degli Ist. giur. Univ. di Napoli », 1961, p. 255.

Tutto ciò era già in germe contenuto nel pensiero di Savigny e, soprattutto, nella sua dottrina dell'istituto giuridico tendente a raffigurarlo come una figura tipica esistente al di sopra del concreto rapporto sociale⁸. Già dalla sua dottrina dell'interpretazione, elaborata in funzione della sua concezione dell'istituto giuridico, si possono intravedere le ragioni per cui la Scuola storica sfocierà in un'apologia della scienza⁹.

Dato che v'è sostanziale identità per Savigny tra dottrina dell'interpretazione e dottrina del metodo scientifico, il problema del metodo si sposta dalla singola norma al diritto nella sua totalità. L'attività scientifica della giurisprudenza consiste nel reperimento di 'principi-guida', da cui si deduce tutto il sistema giuridico¹⁰. La possibilità di un simile procedere era fondata sulla convinzione di marca hegeliana della profonda razionalità del reale e, quindi, della storia, convinzione però ancora sviluppata con una logica formale di tipo giusnaturalistico e illuministico. Cosicché il sistema a cui si doveva necessariamente pervenire non sorgeva dalla struttura stessa del diritto, ma apparteneva piuttosto alla struttura della scienza in generale. Era un sistema 'esterno'¹¹, sovrapposto alla realtà giuridica.

Tuttavia il Savigny ammetteva che la scienza giuridica fosse fonte di nuovo diritto. È vero che la connessione dei concetti era ritenuta già presente nella mente del legislatore, ma è anche vero che questo sistema tendeva a svilupparsi organicamente attraverso l'uso sempre più rigoroso della deduzione.

Colui che sviluppò nella maniera più conseguente queste intuizioni del Savigny fu il Puchta. Il pandettista tedesco, oltre che continuare l'opera di formalizzazione delle Pandette, avanzò la convinzione che il giurista crea diritto valido. La giurisprudenza è fonte di nuovo diritto, cioè è «produttiva». Il diritto scientifico (*Juristenrecht*) si pone con pari forza sullo stesso piano del diritto scaturito dalla coscienza popolare (diritto consuetudinario e diritto legislativo). Tuttavia non tutto il diritto dei giuristi era diritto scien-

⁸ M. PORZIO, *op. cit.*, p. 258.

⁹ A. PASSERIN D'ENTREVES, *La dottrina del diritto naturale*, trad. di V. Frosini, Milano, 1962, p. 132.

¹⁰ M. G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, Torino, 1968, I, p. 215.

¹¹ *Ibidem*, p. 216.

tifico, ma solo quello prodotto dalla sistematica e non già quello proveniente dalla coscienza giuridica popolare¹².

Quindi diritto scientifico in senso stretto era solo quello che si poneva come il prodotto di una deduzione scientifica¹³. La sua autorità si fondava sulla forza dei « fattori sistematici interni » e sulla coerenza intrinseca alla stessa verità scientifica.

Questi sviluppi, perfettamente in linea con il pensiero di Savigny, finivano però per produrre una prima e rilevante incrinatura nella sua teoria dell'interpretazione come operazione unitaria e come pura ricostruzione del pensiero del legislatore. Da una parte infatti non tutti i modi su elencati di interpretazione appartenevano alla scienza allo stesso titolo dell'interpretazione sistematica, dall'altra quest'ultima diventava il presupposto e la fonte di nuovo diritto valido. Ma in quest'ultimo caso non poteva più considerarsi interpretazione del diritto ciò che ne era invece la fonte. Di conseguenza l'attività interpretativa andò sempre più assumendo una funzione subordinata e propedeutica all'opera della scienza. Ed il metodo dell'interpretazione non si identificò più con il metodo della scienza. Questi sviluppi fecero sentire il loro peso — come vedremo — nel pensiero di Jhering.

In definitiva nella Scuola storica sono presenti due istanze: da una parte l'esigenza di una ricostruzione sistematica dei singoli istituti (esigenza dogmatica), dall'altra l'esigenza filosofica di un sistema che comprende tutto il diritto nella sua struttura caratterizzante. Tuttavia, nell'uno e nell'altro caso, l'affermazione che la scienza giuridica è produttiva non poteva essere pienamente giustificata finché di questa ricostruzione e di questo sistema si aveva una visione esterna, basata sulla correttezza della deduzione da principi razionali. Jhering invece sostiene che il criterio per valutare l'attendibilità di una costruzione giuridica è la sua adeguatezza alla struttura interna della materia. Il giurista, che si impossessa di tale struttura, è in grado di accrescere il diritto dall'interno, creando nuove norme.

« Con questo la Scuola storica si sdoppia in due correnti ancora oggi vive: da un lato la dogmatica e il formalismo (fino ad Hans

¹² G. F. PUCHTA, *Vorlesungen über den heutigen römischen Recht*, 4^a ed., 1854, p. 42.

¹³ M. PORZIO, *op. cit.*, p. 261.

Kelsen) e dall'altro le reazioni ad esso (Jhering, la sociologia del diritto, la scuola del diritto libero, la giurisprudenza degli interessi ed anche la teoria marxistica del diritto »¹⁴.

2. Jhering e il metodo storico-naturale.

Solitamente il pensiero di Jhering viene distinto in due periodi, che stanno tra loro in tale opposizione da essere considerato il primo il precorritto della Giurisprudenza dei concetti e il secondo della Giurisprudenza degli interessi. Lo *Spirito del diritto romano*¹⁵ è l'opera più rappresentativa del primo periodo e *Lo scopo nel diritto*¹⁶ quella più rappresentativa del secondo periodo.

Nella prima fase prevale nettamente l'aspetto sistematico. Jhering si propone di studiare la struttura interna del diritto per cogliere le leggi della sua produttività. Nella seconda fase prevale l'aspetto teleologico e funzionale. Jhering ora cerca il significato del diritto fuori dal diritto stesso, cioè nell'interesse del singolo e negli scopi della comunità sociale¹⁷.

Tuttavia, nonostante la differenza dei metodi, la continuità del pensiero jheringhiano è fondata sulla presenza di un'istanza mai abbandonata, cioè la risoluzione del problema della genesi del diritto. È il problema dell'accrescimento e dello sviluppo della realtà giuridica ad attrarre l'attenzione di Jhering. Per risolverlo egli tenta la strada del concettualismo, via d'altronde già tracciata dalla Scuola storica e dalla Pandettistica. Tuttavia anche a questo proposito Jhering è un innovatore, perché cerca di elaborare un metodo propriamente giuridico e non già di trasfondere *sic et simpliciter* nella scienza giuridica quelle caratteristiche proprie di qualsiasi scienza. Così egli rimprovera a Savigny di aver tenuto in troppo conto la forma ed in nessun conto la materia del diritto¹⁸ « Jhering intuisce, cioè, che

¹⁴ M. G. LOSANO, *op. cit.*, p. 220.

¹⁵ R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1852-1865), 10. Auf., Darmstadt, 1968.

¹⁶ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto* (1877), trad. di M. G. Losano, Torino, 1972, vol. I.

¹⁷ M. G. LOSANO, *op. cit.*, p. 228.

¹⁸ R. VON JHERING, *Geist*, cit., Bd. 1., par. 2, pp. 20-21.

tutti i sistemi esterni si riducono all'applicazione della logica tradizionale alle proposizioni scientifiche »¹⁹. Però quest'operazione di ritrovamento di un metodo logico propriamente giuridico fallisce in quanto questo metodo deve essere ricavato (herausholt) — come già aveva intuito lo stesso Jhering — dall'oggetto studiato e non già imposto (hineinbringt) ad esso²⁰.

I risultati insoddisfacenti, a cui arriva la sistematica giuridica di Jhering, sono quindi da ascrivere ad un influsso ancora troppo pressante dei metodi della Pandettistica. Jhering si rende così conto della necessità preliminare di conoscere le basi storiche e sociali del fenomeno giuridico per trarre poi da esso il metodo produttivo della scienza. L'analisi teleologica deve dunque precedere quella logica. A nostro avviso Jhering non rinuncia mai a quest'ultima, ma nella seconda fase del suo pensiero la subordina alla prima.

Fin dal primo volume dello *Spirito del diritto romano* egli ha distinto un'anatomia giuridica, che riguarda la struttura del diritto, da una fisiologia giuridica, che concerne la sua funzione²¹. Ma quando quest'ultimo aspetto si è concretizzato nello studio dello scopo nel diritto, allora è apparso evidente che era la funzione del diritto a dettare le regole per la descrizione della sua struttura. La prima fase del suo pensiero non veniva così sconfessata²², ma l'apparato logico a cui era pervenuta poteva benissimo servire ad uno studio teleologico del diritto, beninteso eliminando quelle tesi che potessero condurre ad una sopravvalutazione degli elementi logici del diritto. Ciò dimostra d'altronde la comune matrice ideologica e scientifica della Giurisprudenza dei concetti e di quella degli interessi.

Della prima tappa del pensiero jheringhiano resta quindi valido, con i debiti limiti, il metodo storico-naturale adottato. Questo metodo era stato apprestato da Jhering per fare acquisire alla scienza giuridica il carattere di una disciplina autonoma, indipendente dalle

¹⁹ M. G. LOSANO, *op. cit.*, p. 230.

²⁰ R. VON JHERING, *Geist*, cit., Bd. 1., par. 3, pp. 36-37.

²¹ *Ibidem*, Bd. 1., par. 3, pp. 26-27.

²² Il fatto che Jhering abbia conservato nella sua ultima edizione del secondo volume del *Geist* le sue tesi sul metodo storico-naturale e le abbia collegato con il par. 59 della terza parte dimostra che non vedeva tra questo metodo e gli sviluppi ultimi del suo pensiero un contrasto di fondo. Cfr. H. J. HOMMES, « Rudolf von Jherings naturhistorische Methode », in *Jherings Erbe*, Göttingen, 1970, p. 102.

condizioni storico-sociali²³. Perché ciò si potesse realizzare, era necessario mettere in luce l'autonomia dell'oggetto, cioè del diritto. Il diritto diventava autonomo oggetto di scienza solo in quanto lo si liberava dalla sua forma mutevole per coglierne la sua struttura naturale. Così anche lo studio storico del diritto assume un altro significato²⁴. Non si tratta più di studiare lo svolgimento degli ordinamenti giuridici del passato come qualcosa di ormai definitivamente concluso, ma di ritrovare nella storia del diritto la legge naturale di ogni tecnica giuridica, valida ancora oggi²⁵.

Bisognava dunque spogliare il diritto dalla sua forma pratica. Il diritto si presenta innanzi tutto come regola e complesso di norme o imperativi. Tale aspetto prescrittivo implica il legame del diritto con una volontà operante ma instabile. Liberarsi da questo significherebbe allora sbarazzarsi del volontarismo giuridico, che rende il lavoro dello scienziato puramente recettivo, per dare ai concetti giuridici una loro esistenza indipendente e formale.

Quindi l'interpretazione delle leggi costituisce il primo gradino di ogni attività scientifica. Essa non dice nulla di più di ciò che è contenuto nella legge. Essa non trasforma la materia giuridica, ma la purifica, la libera dalle sue forme mutevoli e, in definitiva, la prepara all'opera della scienza²⁶. L'interpretazione ha quindi solamente il compito di riordinare la materia, risolvere le contraddizioni apparenti, dissipare le oscurità e i difetti di precisione, mettere in luce l'intero contenuto del volere del legislatore e, persino, dedurre dalle disposizioni esistenti il principio che ne è a fondamento, traendone tutte le conseguenze²⁷.

Come tale l'interpretazione non è un'operazione esclusiva della scienza giuridica in quanto ogni scienza ha necessariamente un momento interpretativo. Del resto l'interpretazione non crea — secondo Jhering — nulla di nuovo, non fa se non porre in luce gli elementi giuridici esistenti²⁸. Sembra quasi che Jhering la consideri priva di un vero e proprio carattere scientifico, poiché è quell'attività per la

²³ M. PORZIO, *op. cit.*, p. 275.

²⁴ *Ibidem*, p. 278.

²⁵ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963, pp. 288-291.

²⁶ R. VON JHERING, *Geist*, cit., Bd. 2. 2., par. 41, pp. 358-359.

²⁷ *Ibidem*, p. 359.

²⁸ G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965, p. 24.

quale il giurista è costretto a mantenersi in contatto con la realtà storica nelle sue forme mutevoli e contingenti²⁹.

Dal punto di vista della tecnica interpretativa Jhering si rifa pienamente alla dottrina di Savigny già accennata. Evidentemente la interpretazione sistematica non è in senso proprio interpretazione, ma già costruzione giuridica. Assume così un posto di preminenza l'interpretazione logica, di cui Jhering sottolinea la netta superiorità rispetto a quella grammaticale, che però la precede storicamente³⁰. Jhering dà comunque all'interpretazione logica un senso fortemente storico. Mentre infatti l'interpretazione grammaticale considera le parole in se stesse come se fossero cose, quella storica si rappresenta la situazione nella quale una parola è stata pronunciata e quindi coglie il significato effettivo che ad essa è stata data. Solamente l'interpretazione logica risponde alla vera natura della comunicazione intellettuale³¹, anche se quella grammaticale è di somma utilità nella formazione di un apparato filologico e di un linguaggio tecnico-giuridico³².

La fase puramente recettiva della scienza, in cui prende posto l'attività interpretativa, è da Jhering considerata « giurisprudenza inferiore » (niedere Jurisprudenz). Il passaggio dal piano inferiore a quello della « giurisprudenza superiore » (höhere Jurisprudenz) costituisce una vera e propria trasformazione qualitativa della materia giuridica³³. L'attività sistematica è la soglia che congiunge la giurisprudenza inferiore con quella superiore. Dalla parte infatti della giurisprudenza inferiore essa opera sia una semplificazione quantitativa della materia giuridica (analisi, concentrazione logica e classificazione sistematica) che una semplificazione qualitativa (simmetria, ordine interno, non contraddittorietà dei principi giuridici). Il sistema è la forma pratica più vantaggiosa con cui possa presentarsi la materia giuridica. Sicché ne segue il maggior pregio che possa darsi al diritto: la rapidità, facilità e sicurezza delle decisioni giudiziali, e quindi dell'orientamento del singolo che non vuol compiere atti antiggiuridici³⁴.

²⁹ M. PORZIO, *op. cit.*, p. 280.

³⁰ R. VON JHERING, *Geist*, cit., Bd. 2. 2., par. 44, pp. 446 e segg.

³¹ *Ibidem*, par. 44, pp. 447-448.

³² *Ibidem*, Bd. 2. 2., par. 44, p. 455.

³³ *Ibidem*, Bd. 2. 2., par. 41, p. 358.

³⁴ *Ibidem*, Bd. 2. 2., par. 41, pp. 383-386.

Il materiale è così pronto sia per l'applicazione del diritto astratto ai casi concreti che per l'opera altamente scientifica della *costruzione giuridica* (giurisprudenza superiore), che è la fase creativa dell'attività del giurista.

L'opera della giurisprudenza inferiore ha sortito così l'effetto di spogliare le norme dalla loro forma imperativa e di renderle « elementi e qualità » degli istituti giuridici. Il diritto risulta così composto da un insieme di individualità (« i corpi giuridici »), che hanno una famiglia di appartenenza, una natura propria e qualità speciali³⁵. Lo studio del diritto assume la forma della scienza naturale, avendo individuato nei corpi giuridici gli organismi da studiare³⁶. Questa scienza è capace di produrre nuovi concetti e nuove norme giuridiche in quanto gli stessi istituti giuridici si riproducono. « I concetti sono produttivi — essi infatti si accoppiano e si riproducono. Di qui la possibilità di un miglioramento del diritto, di una crescita dall'interno »³⁷. L'opera della scienza feconda questa capacità riproduttiva del diritto, poiché solo in quanto le norme sono ridotte ai loro elementi essenziali vengono in luce i rapporti di parentela tra i concetti e quindi la possibilità di una conversione e modificazione dei concetti fondamentali³⁸.

Questi sono i benefici effetti della costruzione giuridica. L'interprete ha il compito di badare alla *voluntas legis* e di sostituire, se è il caso, più corrette definizioni a quelle legislative³⁹. Il giurista invece, pur rispettando il contenuto delle regole positive, conserva una piena libertà riguardo alla forma. Ma la forma è altamente produttiva, la teoria è creatrice, anticipa la prassi e la prepara. Per Jhering la nozione di costruzione giuridica sembra in alcuni casi molto ampia. Essa abbraccia qualsiasi artificio concettuale tramite cui il diritto si realizza sia ad opera del legislatore che del giudice o dell'interprete in genere⁴⁰.

³⁵ R. VON JHERING, *Unsere Aufgabe*, in « *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts* », I, 1857, p. 10.

³⁶ Per rendersi conto di quanto questa visione naturalistica della scienza giuridica abbia influenzato la giurisprudenza del novecento basta leggere la *Metodologia del diritto* di F. CARNELUTTI.

³⁷ R. VON JHERING, *Geist*, cit., Bd. 1., par. 3, p. 40.

³⁸ *Ibidem*, Bd. I., par. 3, pp. 40-48.

³⁹ G. LAZZARO, *op. cit.*, pp. 28-29.

⁴⁰ Questa nozione di costruzione giuridica è recepita pienamente da Geny, che

La conclusione di questa teoria della scienza giuridica è quindi una formalizzazione totale del diritto e un assoluto sganciamento dalle strutture politiche e sociali. Il metodo storico-naturale di Jhering non conduce però necessariamente a questa conseguenza. Ma questa è il portato di una scelta valutativa relativa all'importanza ed all'uso della « forma » nel diritto. Compiuta una scelta in tal senso, allora il culto per la dogmatica costruttiva, la giurisprudenza dei concetti e il formalismo giuridico diventano ovvie conseguenze del metodo storico-naturale, perché ogni metodo giuridico è a servizio di una concezione del diritto. In ogni caso però il metodo storico-naturale di Jhering non evita le mistificazioni della teoria oggettiva e soggettiva dell'interpretazione, mistificazioni consistenti nell'accreditare l'illusione che interpretare significhi semplicemente mettere in luce qualcosa di preesistente⁴¹.

3. *La crisi del costruttivismo.*

Dopo aver attribuito alla scienza una funzione costitutiva della struttura giuridica, Jhering si accorge che una scienza siffatta produrrà forse qualcosa, ma certamente non produrrà mai diritto. Nel 1861 con una lettera anonima, pubblicata nella « Preussische Gerichtszeitung », sulla costruzione dei civilisti comincia la reazione contro il costruttivismo. Successivamente le critiche di Jhering si vanno facendo sempre più incalzanti e spietate; specialmente nello scritto « Nel cielo dei concetti giuridici » (*Im juristischen Begriffshimmel*)⁴² sotto una forma satirica e immaginifica si possono rilevare in sintesi tutte le più importanti aberrazioni che egli attribuisce alla dottrina giuridica⁴³:

1) la considerazione dei concetti giuridici, facendo astrazione

però vi vede l'essenza non già della scienza ma della tecnica giuridica. - Cfr. G. LAZZARO, *op. cit.*, p. 29.

⁴¹ P. O. EKELÖF, « Zur naturhistorischen Methode Jherings », in *JheringsErbe*, cit., p. 28.

⁴² R. VON JHERING, « Nel cielo dei concetti giuridici », in *Serio e faceto nella giurisprudenza*, trad. di F. Vassalli, Firenze, 1954.

⁴³ Questa sintesi è desunta da H. L. A. HART, « Jherings Heaven of Concepts and modern analytical Jurisprudence », in *Jherings Erbe*, cit., pp. 68-69.

dalle condizioni in cui questi devono essere applicati nella vita reale⁴⁴.

2) assoluta insensibilità nei confronti degli interessi sociali e individuali, che, insieme ad altri problemi pratici, influiscono necessariamente sull'uso e sullo sviluppo dei concetti legali⁴⁵.

3) la convinzione che sia possibile scindere l'essenza dalle conseguenze legali di una norma o di un concetto giuridico, cosicché è possibile considerare un concetto indipendente dai suoi effetti reali⁴⁶.

4) l'ignoranza dei fini e degli scopi della legge, per cui tutti i concetti formulati sulla base di considerazioni di utilità sono per la scienza pura veri e propri aborti⁴⁷.

5) la falsa assimilazione dei concetti e dei metodi della giurisprudenza alla matematica. Così si introduce nella scienza giuridica l'uso del calcolo e della pura deduzione⁴⁸.

Il risultato di questa mordace critica⁴⁹ è non solo l'abbandono del concettualismo, ma soprattutto l'introduzione del criterio di utilità nella struttura stessa della scienza giuridica⁵⁰ e per ciò stesso la difesa di una concezione prammatica del diritto che metta a nudo le forze latenti negli istituti e nelle norme giuridiche⁵¹ ed utilizzi il concetto di fine nello spiegare il significato di un istituto giuridico⁵².

Ancora una volta la storia del pensiero giuridico mostra come la

⁴⁴ « Significato dei problemi per la vita reale? Ma qui regna solo la scienza pura, la logica formale. La condizione prima del suo trionfo e della suprema bellezza che emana da essa sta proprio nel fatto di non aver nulla a che vedere con la vita ». R. VON JHERING, « Nel cielo dei concetti giuridici », *op. cit.*, p. 282, cfr. anche le pp. 14, 279, 311, 373.

⁴⁵ I concetti « ... hanno bisogno di un mondo per sé, in cui vivono di vita affatto autonoma, lontani da ogni contatto con la realtà », *Ibidem*, p. 274.

⁴⁶ A proposito del possesso leggiamo in Savigny: « Il possesso è a un tempo fatto e diritto: per sua natura equivale a un fatto, per i suoi effetti equivale a un diritto ». *Ibidem*, p. 343, nota 18.

⁴⁷ « ... non chiedere mai più nel nostro cielo quale sia il perché delle cose. Qui questo non se lo domanda nessuno ». *Ibidem*, p. 310.

⁴⁸ « Il giurista calcola con i suoi concetti come il matematico con le sue grandezze ». *Ibidem*, p. 298.

⁴⁹ A conclusione di questa esposizione sintetica delle accuse mosse da Jhering alla scienza giuridica del suo tempo Hart nota che esse sono del tutto identiche a quelle di Holmes e dei suoi seguaci contro l'operato dei giudici e dei pratici del diritto americani, cfr. H. L. A. HART, *op. cit.*, pp. 71-74.

⁵⁰ R. VON JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, cit., pp. 318 e segg.

⁵¹ *Ibidem*, p. 22, nota 5.

⁵² *Ibidem*, p. 344, nota 22.

prassi interpretativa del diritto possa mettere in crisi gli schemi di una scienza che si è allontanata da essa. In Jhering ritroviamo questa stretta collaborazione e tensione dialettica tra interpretazione e scienza giuridica.

Nella prima fase del suo pensiero la scienza prende sempre più le distanze dalla prassi interpretativa attraverso l'ideale della « costruzione giuridica ». Lo studio del diritto è scientifico infatti quanto più si allontana dall'indagine tipicamente interpretativa, pur presupponendola. Al culmine dell'indagine scientifica v'è — è vero — il tentativo di ridare ad essa una dimensione pratica attraverso la riaffermazione della produttività giuridica della scienza. Così quest'ultima cerca inutilmente di riaccostarsi alla vita del diritto. L'interpretazione analogica è anzi l'apporto più rilevante della costruzione giuridica alla pratica. « L'estensione per analogia » non è per Jhering opera della giurisprudenza inferiore, ma di quella superiore perché esige una chiara nozione della distinzione di genere e specie⁵³.

Nella seconda fase del suo pensiero Jhering non abbandona certo la convinzione della superiorità della scienza sull'interpretazione giuridica. Il momento interpretativo della scienza non può offrire una vera e propria « conoscenza » del diritto. Al contrario, se quest'ultima si attiene ai dati giuridici effettivi, potrà illuminare di nuova luce i procedimenti e i risultati della attività interpretativa.

Vediamo ora in che senso Jhering opera un profondo rinnovamento della scienza giuridica.

4. *Jhering e il metodo teleologico o prammatico-costruttivo.*

L'oggetto immediato a cui si dirige l'indagine scientifica è ancora la norma, cioè la regola giuridica. Essa porta in sé il materiale giuridico in date forme. In sostanza il giurista ha davanti a sé prodotti già elaborati, di cui deve cogliere la struttura portante. La forma « normativa », che questa materia ha assunto, è il risultato dell'elaborazione della tecnica giuridica. È necessario quindi spo-

⁵³ R. VON JHERING, *Unsere Aufgabe*, cit., p. 16. Cfr. *Geist*, cit., Bd. 2. 2., par. 39, pp. 342 e segg.

gliare la materia da questa veste normativa. E su questo punto non vi sono mutamenti di rilievo nel pensiero di Jhering. Ve da notare però che egli comincia a distinguere la tecnica dalla scienza giuridica propriamente detta.

Il mutamento importante concerne invece la diversa considerazione dei contenuti del diritto. Questi ultimi infatti non possono risolversi in concetti o « corpi giuridici », ma in interessi e scopi pratici. Data la diversità dell'oggetto deve conseguentemente cambiare il metodo di studio del diritto. Alla considerazione *strutturale* deve subentrare una considerazione *funzionale* dello stesso. L'elaborazione scientifica e la ricerca storica devono quindi incentrarsi sulla legge di finalità, che è la legge fondamentale dell'essenza e dello sviluppo della vita giuridica. C'è quindi una corrispondenza tra la realtà giuridica e il metodo del suo studio. Il mondo degli interessi e dei fini esige uno studio teleologico di essi. Il mondo dell'azione esige un metodo adeguato alla sua struttura, che è quella della vita pratica. Direi che con ciò Jhering non si è molto allontanato dalle istanze metodologiche della prima fase, le ha anzi rese con ciò più concrete e realizzabili. Egli infatti non rinuncia alla scientificità della conoscenza giuridica in nome di un pragmatismo operativo. È convinto al contrario che la vera e propria struttura della realtà giuridica sia la sua funzione e quindi si sforza di ridare dignità teoretica al metodo teleologico ed alla logica degli scopi⁵⁴.

Il contenuto e lo scopo del diritto è dunque l'interesse, anziché il principio puramente formale di una volontà indifferente ai bisogni concreti della vita⁵⁵. « Non esiste alcuna norma giuridica che non debba la sua origine ad uno scopo, cioè ad un motivo pratico »⁵⁶. La ragione di ciò è molto semplice. La norma è infatti un prodotto della volontà. Ma « non v'è volontà, ovvero, per usare un termine equivalente, non v'è azione senza scopo »⁵⁷. Lo scopo è la molla psicologica della volontà, è la legge che ne regola e determina l'attività. È « la forza veramente creatrice del mondo »⁵⁸, perché è la rappresentazione di un evento futuro che la volontà pensa di realizzare⁵⁹.

⁵⁴ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 8.

⁵⁵ D. PASINI, *Saggio sul Jhering*, Milano, 1959, p. 184.

⁵⁶ R. von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 6.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 18.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 32.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 22.

Nella legge della finalità Jhering ha così individuato la struttura propria del mondo della volontà nei confronti di quello della natura retto dalla legge di causalità⁶¹. Da ciò è evidente l'approccio caratteristico con cui Jhering cerca di fondare la conoscenza del diritto. Egli vuole ora evitare i due pericoli, in cui si era imbattuto il suo pensiero giuridico fino a quel tempo: da una parte il tentativo di far risiedere l'essenza del diritto in una struttura logica di concetti e quindi di porre la costruzione giuridica come ideale supremo della scienza del diritto, dall'altra quello di considerare la realtà giuridica alla stessa stregua di una realtà naturale per servirsi delle leggi strutturali di questa, quale quella della causalità. Nel primo caso il diritto aveva una propria legge di sviluppo e una propria dinamica interna ma a patto di sganciarsi totalmente dalla vita concreta. Nel secondo il naturalismo giuridico impediva l'individuazione delle peculiarità della vita giuridica. In sostanza anche lo stesso metodo storico-naturale non era stato altro che il tentativo di rispondere contemporaneamente ad entrambe le esigenze. Se infatti la natura si mostrava pronta a recepire le istanze della logica e delle leggi del pensiero, non si vedevano le ragioni per cui i concetti non potessero pretendere una vera e propria vita naturale. Il fallimento di questo tentativo mette Jhering nella condizione di tentare una terza via. Non si tratta cioè di abbandonare una spiegazione naturalistica del diritto, anzi di sottolineare la necessità di essa. Invece di andare arbitrariamente dal pensiero alla natura, dalla logica alla vita bisogna partire dagli elementi naturali del diritto per ritrovare la struttura logica particolare che li governa. Ciò è possibile solo in quanto si riconosca che la legge fondamentale che governa la vita pratica, il dinamismo della azione e l'opera del volere è diversa da quella che regge il mondo della causalità naturale.

A questo punto il problema assumeva inevitabilmente vastissime proporzioni. Non era in questione solo la scienza del diritto né tantomeno l'interpretazione della norma, ma — addirittura — una visione generale dell'azione e della volontà umana. Un'opera che evidentemente superava le forze culturali dello stesso Jhering e che egli si risolse di affrontare con il bagaglio dell'evoluzionismo darwiniano e dell'utilitarismo benthamiano. C'è tuttavia da notare

⁶⁰ *Ibidem*, p. 32.

che il metodo con cui procede all'esame dello scopo del diritto ha alcune caratteristiche che — a nostro parere — lo distinguono da quel metodo seguito dalla scienza naturale del suo tempo. Sembra infatti che, accanto ad un procedimento riduzionistico per cui ogni problema veniva risolto nei suoi elementi strettamente indispensabili, Jhering ponga un'istanza compositiva che gli permette di accostarsi in maniera progressiva alle caratteristiche peculiari dell'oggetto da definire, mettendolo in movimento ed osservandolo nel suo divenire. Questo metodo d'indagine non è molto lontano da quello funzionalistico usato dalla giurisprudenza analitica per definire il diritto e, in ogni caso, prelude ad un metodo peculiare ad una scienza pratica ⁶¹.

a) Il diritto come controllo sociale.

Osserviamo ora un po' più da vicino in qual senso si sviluppa il teleologismo naturalistico di Jhering applicato alla società e allo Stato.

L'interesse, fondato sull'egoismo (istinto di conservazione), è il motore della volontà, che però, operando una scelta tra i diversi interessi, agisce sempre per uno scopo. L'interesse concreto (quello che prevale) coincide dunque con lo scopo⁶².

« La natura stessa ha mostrato all'uomo la strada che egli deve percorrere per portare un'altra persona a perseguire i suoi stessi scopi: è il collegamento del proprio scopo con l'interesse altrui. Su questa formula riposa tutta la nostra vita umana, lo stato e la società, il commercio e i traffici » ⁶³.

L'interesse è quindi lo scopo *soggettivo*, che diviene *oggettivo* solo in quanto coincide con lo scopo *comune*, per cui ognuno, pur agendo per il proprio vantaggio, persegue al contempo lo scopo *generale* ⁶⁴. Ciò significa che Jhering intende lo scopo in un duplice senso: dal punto di vista soggettivo lo scopo non è altro che l'interesse prevalente cioè quello vincente in seguito ad una valutazione degli interessi contrastanti, dal punto di vista oggettivo lo scopo è

⁶¹ Cfr. il cap. V della prima parte.

⁶² D. PASINI, *op. cit.*, pp. 77-78.

⁶³ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 40.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 41.

il risultato di una valutazione non già tra la pluralità di interessi di un singolo individuo, ma degli interessi di una pluralità di individui accomunati in vista della realizzazione dei loro bisogni fondamentali⁶⁵.

Nella categoria degli scopi comuni i più importanti, ai fini della nostra materia, sono gli scopi *organizzati*, cioè « scopi per il cui perseguimento esiste un apparato fondato sull'unione salda e istituzionalizzata di chi persegue il medesimo scopo »⁶⁶. « L'organizzazione dello scopo raggiunge il suo punto culminante nello stato »⁶⁷. Si tratta in questo caso di un'organizzazione fondata sull'utilizzazione del diritto, cioè del sistema della coercizione, che si affianca al meccanismo della ricompensa con cui si governa la vita economica. La ricompensa e la coercizione sono le due « molle » egoistiche della meccanica sociale. « L'apparato, cui lo stato ricorre per la realizzazione dei suoi scopi, coincide con quello cui la natura si serve per i propri scopi »⁶⁸. Jhering non afferma dunque che in ciò lo stato imita la natura, ma che l'apparato statale è lo stesso apparato naturale approntato per governare gli scopi sociali. Perciò il positivismo giuridico di Jhering è strettamente dipendente dal suo positivismo filosofico e scientifico. Il diritto cioè non è solo una costruzione artificiale ai fini dell'uso e dell'esercizio del potere, ma è un apparato messo in movimento dalla necessità naturale di conservare la società realizzando gli scopi sociali⁶⁹.

Per scopi 'organizzati' s'intende non solo un sistema di fini, ma anche un sistema di mezzi per la realizzazione dei medesimi. Anzi un sistema di scopi è tanto più organizzato o istituzionalizzato quanto più accurata è la predisposizione dei mezzi atti a realizzarli. Tuttavia è l'importanza, cioè la forte pressione, degli scopi che genera e produce i mezzi e non viceversa. Jhering rifiuta un concetto di diritto che si limiti ai mezzi con cui il potere regola se stesso ed escluda i fini della stessa regolamentazione. Il diritto non può costruirsi se non in riferimento ad un fine e quindi non ha autonomia rispetto ad esso.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 43.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 43.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 45.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 46.

⁶⁹ Cfr. K. OLIVECRONA, « Jherings Rechtspositivismus im Lichte der heutigen Wissenschaft », in *Jherings Erbe*, cit., pp. 164-176.

Nel concetto di diritto rientrano sia gli scopi che il sistema dei mezzi. Solo così questo concetto può rivelarsi « produttivo », non nel senso puramente logico ma in quanto si fonda sull'impulso pratico dello scopo generatore dei mezzi⁷⁰. La genesi dello stato e del diritto deriva necessariamente dalla forma pratica dello scopo⁷¹. Con ciò stesso Jhering ha fondato il concetto di diritto sulla realtà stessa del movimento sociale.

Se ora ci addentriamo nell'esame delle molle egoistiche del movimento sociale, limitandoci alla coercizione, che concerne più direttamente il diritto, ci rendiamo subito conto che il diritto e lo stato, essendo i prodotti ultimi e più perfezionati della dinamica degli scopi sociali, raccolgono, portano in sé e realizzano le stesse esigenze che li producono.

Il problema della coercizione, cioè dell'uso della forza, conduce naturalmente al problema del potere che esercita la coercizione (lo stato) e al problema delle regole per l'esercizio dello stesso potere coattivo (il diritto)⁷².

Jhering si rende ben conto che la coercizione giuridica non è l'unica forma di coercizione, anche se è quella veramente e propriamente 'organizzata'. Accanto ad essa v'è anche la coercizione sociale, che però, pur precedendola storicamente, non è per Jhering organizzata⁷³.

È superfluo rilevare l'attualità di queste notazioni di Jhering relative al diritto come una forma di controllo sociale, tesi ampiamente sviluppata dalla odierna sociologia del diritto⁷⁴.

b) *La forma del diritto.*

L'impulso pratico dello scopo mette dunque in movimento la forza, che non è solo energia personale⁷⁵ ma anche energia sociale per la realizzazione degli scopi comuni. La forza è quindi creatrice del diritto. Mediante il diritto essa si autoregola e si pone dei criteri di guida e d'azione (le norme). Tuttavia essa resta sempre l'elemento

⁷⁰ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 66.

⁷¹ *Ibidem*, p. 176.

⁷² *Ibidem*, p. 175.

⁷³ *Ibidem*, pp. 175-176.

⁷⁴ D. PASINI, « La sociologia interna di Jhering », in *Jherings Erbe*, cit., p. 184.

⁷⁵ R. VON JHERING, *La lotta per il diritto*, trad. di R. Mariano, Bari, 1960.

propulsivo ed esistenziale della dimensione giuridica. Jhering rifiuta tutte quelle filosofie della storia e del diritto che vedono nell'evoluzione giuridica dell'umanità il passaggio dalla forza bruta al regime del diritto. In effetti una forza senza un minimo di regolamentazione si autodistrugge e, d'altronde, il diritto, anche nelle società giuridicamente più evolute, ha bisogno della forza, si basa su di essa, deve ad essa la sua stessa esistenza. « La forza non si ritira, quindi, per far posto al diritto, ma conserva immutata la sua posizione aggiungendovi soltanto il diritto, come elemento accessorio: diviene così la forza giusta »⁷⁶. « In caso di necessità, la forza può esistere senza il diritto e ne ha pure fornito la prova concreta. Il diritto senza la forza è invece un nome privo di realtà, poiché soltanto la forza, realizzando norme di diritto, fa del diritto ciò che esso è e deve essere »⁷⁷. Il diritto è dunque misura e prodotto della forza e deve essere considerato come « politica della forza »⁷⁸.

Lo scopo fondamentale di autoconservazione della società viene raggiunto mediante il diritto, ma quando esso si dimostra inadeguato a ciò per cui è apprestato, la forza lo travolge, fa violenza alla sua stessa regolamentazione⁷⁹.

Jhering non si nasconde che vi sono dei casi in cui il diritto a sua volta produce la forza, in cui la norma diviene forza⁸⁰. Ciò è possibile in quanto l'idea del diritto abbia conquistato una sua forza operativa nella coscienza umana. È infatti il diritto a produrre il senso del diritto e non viceversa⁸¹.

Lo stato è la forma definitiva dell'utilizzazione della forza per scopi umani, l'organizzazione sociale del potere coercitivo⁸². Lo scopo fondamentale dello stato è la formazione e la tutela del diritto, cioè lo scopo giuridico. « L'amministrazione del diritto è la funzione vitale dello stato »⁸³. « Lo stato è l'organizzazione della coercizione sociale »⁸⁴.

« L'organizzazione del potere coercitivo statale presenta due

⁷⁶ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 184.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 187.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 184.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 185.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 183.

⁸¹ Cfr. D. PASINI, *Saggio sul Jhering*, cit., p. 45.

⁸² R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 223.

⁸³ *Ibidem*, p. 224.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 224.

aspetti: la produzione del meccanismo esterno della forza e la creazione del principi che ne regolano l'uso »⁸⁵. « Il diritto è l'insieme delle norme coercitive vigenti in un certo stato »⁸⁶. Sono norme giuridiche soltanto quelle assistite dalla coercizione statale, ossia « lo stato è l'unica fonte del diritto »⁸⁷.

Come si può notare in questa lunga serie di citazioni, la forza gioca un ruolo di protagonista assoluta nella definizione del diritto in un duplice senso: sia in quanto forza che crea diritto sia in quanto forza oggetto del diritto⁸⁸. Poiché la forza si autolimita nelle regole giuridiche, i due sensi del rapporto tra diritto e forza sono per Jhering manifestamente inscindibili. « Diritto nel senso pieno del termine è quindi la forza bilateralmente vincolante della legge, la subordinazione del potere statale alle leggi che esso stesso ha emanate »⁸⁹. Queste affermazioni sulla forza come oggetto del diritto potrebbero sembrare in contrasto con la teoria teleologica degli scopi sociali come contenuto sostanziale del diritto⁹⁰. In effetti però Jhering ha già distinto l'aspetto strumentale dall'aspetto finalistico del diritto. E poi c'è da precisare che la regolamentazione della forza, e non già la forza, è l'oggetto del diritto. E da questo punto di vista la considerazione del diritto è puramente formale. Infatti a questo proposito Jhering sviluppa la sua nuova teoria della norma⁹¹ in senso però profondamente diverso da quello concettualistico, poiché essa è tenuta costantemente in relazione con la forza creatrice di diritto e portatrice degli scopi sociali.

Così l'analisi di Jhering si svolge su questo duplice piano di considerazione della norma giuridica: il valore dell'ordine è il primo ed il più essenziale degli scopi sociali⁹², mentre quello della certezza e dell'eguaglianza nell'applicazione della norma⁹³ sono esigenze atinenti all'uso della forza.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 226.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 232.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 232.

⁸⁸ Sugli sviluppi contemporanei della teoria della forza come contenuto delle norme giuridiche cfr. N. BOBBIO, « Diritto e forza », ora in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, pp. 119-138.

⁸⁹ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 257.

⁹⁰ N. BOBBIO, « Diritto e forza », *op. cit.*, p. 124.

⁹¹ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., pp. 238-245.

⁹² *Ibidem*, p. 253.

⁹³ *Ibidem*, p. 254.

Ecco allora assurgere a fondamentale il problema dell'*applicazione* del diritto. Ciò introduce il concetto di giustizia, che è un concetto insieme giuridico e morale. « Per il giudice è un vincolo giuridico, per il legislatore è un vincolo morale, poiché il primo è sottoposto alla legge, mentre il secondo è superiore ad essa »⁹⁴. Bisognerebbe quindi distinguere la giustizia giudiziaria dalla giustizia legislativa, ma è meglio parlare di giustizia formale e giustizia sostanziale⁹⁵.

Il problema dell'applicazione del diritto si configura così come un problema di giustizia formale. Non si tratta infatti di osservare donde lo stato desume le norme, ma come esso debba rispettare le norme che ha statuito⁹⁶. La finalità pratica della giustizia è il raggiungimento dell'eguaglianza. La funzione del legislatore è quella di raggiungere l'eguaglianza materiale, quella del giudice consiste nel raggiungimento dell'eguaglianza formale, cioè l'uniforme applicazione della norma a tutti i casi ad essa riconducibili⁹⁷.

« A differenza dalle autorità amministrative, l'autorità cui è affidata l'amministrazione della giustizia in senso stretto, cioè l'autorità giudiziaria, deve fondarsi esclusivamente sul diritto. Il giudice deve essere, per così dire, null'altro che la legge divenuta viva e parlante persona »⁹⁸. « Se la giustizia scendesse dal cielo e prendesse lo stilo per formulare di suo pugno il diritto con tale precisione, chiarezza ed accuratezza da trasformarne l'applicazione in un semplice lavoro ripetitivo, per l'amministrazione della giustizia non vi potrebbe essere nulla di più perfetto... »⁹⁹. Mentre l'amministrazione della giustizia è vincolata alla norma, la pubblica amministrazione è diretta solo dall'opportunità e quindi è più libera nell'esercizio della sua funzione, ma non è autonoma rispetto allo stato.

Nel concedere e rispettare l'*autonomia* dell'amministrazione della giustizia, lo stato rinuncia praticamente ad essa, rinuncia ad esercitare il proprio potere in quella sfera e quindi si autolimita.

« L'istituzione del giudice significa in via di principio un'auto-

⁹⁴ *Ibidem*, p. 263.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 263.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 263.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 264.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 276.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 277.

limitazione del potere statale per quella parte del diritto, la cui realizzazione è stata delegata al giudice, significa un'autorizzazione del giudice a trovare il diritto indipendentemente dal potere statale, secondo il proprio convincimento, significa infine una garanzia della forza vincolante della sentenza da esso pronunciata »¹⁰⁰.

Pur prevalendo in queste affermazioni di Jhering ancora l'aspetto meccanicistico e formalistico dell'interpretazione giudiziale, tuttavia già si intravedono i fondamenti teorici su cui faranno leva tutti i fautori di una concezione più libera dell'attività interpretativa. Essi riposano sul principio dell'autonomia dell'interprete, principio che può essere variamente inteso, ma che in ogni caso non può prescindere dall'autonomia di giudizio («*secondo il proprio convincimento* »). L'imprecisione e l'oscurità delle norme richiedono delle scelte interpretative, a cui lo stato rinuncia affidandole ai giudici ovvero che lo stato stesso compie attraverso e mediante essi. In ogni caso il lavoro del giudice non è meramente ripetitivo, anche se in tal senso ne è stata configurata la funzione tipica.

Anche la considerazione dell'amministrazione della giustizia come organo statale varia a seconda della teoria dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto. Una concezione meccanicistica e formalistica di essa accoppiata al modello ideale dello stato di diritto vedrà nell'amministrazione della giustizia una vera e propria autolimitazione del potere statale, che rinuncia ad ogni ingerenza nella applicazione del diritto mentre accredita l'ideologia della completezza e perfetta coerenza del diritto statuito e quindi della piena fedeltà dell'interprete al dettato normativo. Invece una concezione più libera dell'interpretazione del diritto, accoppiata ad una ridefinizione della teoria della divisione dei poteri, vedrà nell'amministrazione della giustizia un vero e proprio organo statale partecipe del potere politico e quindi in grado, in un senso particolare, di creare diritto. Ma sorgerà il problema dell'effettiva configurazione della posizione del giudice nell'ambito dei poteri statali. Se il giudice esercita pienamente i poteri dello stato, come lo si potrà ritenere libero, indipendente ed autonomo dal Potere dello stato?

È evidente che le opinioni di Jhering ricalcano la nostra prima ipotesi, ma non già nella sua integralità. Infatti Jhering si sforza di

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 279.

spogliarla dai suoi aspetti ideologici, muovendosi verso un'affermazione reale e contenutistica dell'autonomia dell'interprete senza perdere le garanzie dello stato di diritto. Jhering si rende ben conto dell'assurdità a cui conduce la teoria meccanicistica dell'interpretazione per l'impossibilità di prevedere gli aspetti infinitamente vari e molteplici dei singoli casi sì da predeterminare la sentenza giudiziaria. « Il pensiero che vi presiede è quello di rendere l'applicazione della legge un fatto puramente meccanico, in cui il pensiero del giudice è reso superfluo dalla legge »¹⁰¹. In tal modo si tenta di eliminare la capacità ragionativa del giudice e, quindi, la sua specifica funzione è ridotta al rango di una macchina calcolatrice¹⁰². In effetti la legge offre al giudice solo principi generali, la cui esatta applicazione al caso singolo è affidata al suo giudizio¹⁰³. Jhering ribadisce più volte che l'opera del giudice si deve rigorosamente iscrivere nell'ambito della legge, esclude cioè recisamente che essa abbia un carattere propriamente « creativo », poiché in uno stato di diritto come il legislatore non deve sostituirsi al giudice così a quest'ultimo non è permesso surrogare l'opera del legislatore.

In conclusione l'amministrazione della giustizia è iscritta nell'ambito della legge, ma in questi limiti non è un fatto meccanico ma è opera della ragione e del libero e imparziale giudizio. Da ciò l'attenzione portata sulle caratteristiche psicologiche e morali della personalità del giudice al fine di assicurare per quanto è possibile la sua imparzialità¹⁰⁴.

Ma allora come comportarsi di fronte all'inadeguatezza della legge, alla sua lacunosità o, peggio, alla sua ingiustizia? — Anche in questi casi Jhering esclude che il rimedio possa venire da un potenziamento o da una trasformazione della funzione del giudice. I difetti e le manchevolezze della legge devono essere sanati dal potere legislativo stesso. Ciò significa in sostanza che lo stato deve saper usare con parsimonia del suo potere di produzione legislativa. Più legifera più si autolimita e sempre più si preclude la possibilità di seguire le esigenze dell'evoluzione sociale. « Da questo deriva il principio che il potere dello stato deve limitare con la legge la pro-

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 281.

¹⁰² *Ibidem*, p. 281.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 281.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 283 ss.

pria attività non più di quanto sia assolutamente necessario: in questa direzione è meglio errare per difetto che per eccesso »¹⁰⁵.

Nei confronti poi delle leggi in vigore il potere statale non è mai completamente impotente. Vi sono dei casi in cui è costretto a disattenderle per motivi di particolare gravità. Non bisogna mai dimenticare che il diritto è un mezzo e non un fine, che esso esiste per la società. Quando si tratta di salvare la società, non bisogna esitare a sacrificare il diritto¹⁰⁶.

Tuttavia, per evitare l'arbitrio a cui il potere statale potrebbe in tali casi dar luogo, Jhering consiglia l'istituzione di un tribunale supremo, superiore alla legge stessa, pienamente indipendente dallo stato¹⁰⁷ e superiore al giudice ordinario. Questa « Corte della Giustizia » eliminerebbe le imperfezioni della legge, ricorrendo al metodo legislativo, giudicando cioè il caso singolo proprio come avrebbe fatto il legislatore nell'emanazione della legge¹⁰⁸.

È chiaro che con ciò Jhering tenta di mettere a contatto la giustizia formale con quella sostanziale e di risolvere, sempre nell'ambito dello stato di diritto, quel difficile rapporto tra legislazione e giurisdizione, che ha dato luogo alle più disparate e disperate versioni della teoria dell'applicazione del diritto.

c) Il contenuto del diritto.

L'elemento materiale o contenutistico del diritto è lo scopo. Una teoria del diritto non può esimersi da un'indagine relativa al contenuto del diritto, poiché, se il diritto è essenzialmente un mezzo, solo la conoscenza del suo contenuto può dirci a che fine il diritto veramente serve¹⁰⁹. Tuttavia il contenuto è estremamente mutevole, mentre la forma della giuridicità rimane costante dovunque e capace dei contenuti più diversi. È apparso naturale allora alla scienza giuridica prendere a proprio oggetto la forma del diritto, disinteressandosi dei contenuti, la cui mutevolezza impedisce la conoscenza scientifica. Il concettualismo di risulta non è quindi una necessità dettata dall'essenza stessa del diritto piuttosto è la neces-

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 298.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 300.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 303.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 305.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 307.

saria conseguenza di una concezione ottusamente univoca della scientificità. Il diritto appartiene all'ordine dell'agire e non a quello del conoscere. Il criterio mediante cui deve essere valutato non è dunque quello della verità, ma quello della « conformità allo scopo ». Un'azione non è vera o errata, ma esatta o meno in base al suo rapporto con il fine del volere. Essa viene valutata in riferimento a tale fine, donde la relatività di tale criterio di valutazione, poiché vari possono essere i modi di attingere il fine.

« L'esattezza è il criterio di valutazione del pratico, cioè dello agire, la verità è il criterio di valutazione del teoretico, cioè del conoscere »¹¹⁰. Le posizioni di Jhering, che su questo punto precorrono significativamente la « Zweckmässigkeit » di Weber, oscillano tra il tentativo di dare uno statuto epistemologico proprio alle scienze pratiche e l'esigenza di far prevalere nel campo morale e giuridico l'aspetto pragmatico dell'impulso e dell'applicazione della forza. Forse nel suo pensiero c'è una maggiore accentuazione di questa seconda esigenza, ma egli non rinuncia mai a cercare una conoscenza scientifica della struttura del diritto. Sarà la Giurisprudenza degli interessi che proseguirà il filone pragmatico del pensiero jheringhiano, mentre dobbiamo a Geny il più importante sviluppo da parte di un giurista di una teoria della scienza pratica.

Lo scopo del diritto è quello di guidare i comportamenti umani verso determinati obiettivi. Il suo contenuto non può non essere infinitamente vario. « Come il medico non prescrive il medesimo rimedio a tutti gli ammalati, ma sceglie il rimedio in base al paziente, così il diritto non può essere costituito dovunque dalle medesime disposizioni, ma deve anch'esso adattare alla situazione del popolo, al suo grado di cultura ed alle esigenze del tempo... »¹¹¹. L'oggetto della scienza del diritto è dunque ciò che è opportuno¹¹² ovvero ciò che è utile al fine del raggiungimento dello scopo. Lo scopo generale è quello di realizzare i presupposti e le condizioni fondamentali per l'esistenza della società e per il raggiungimento di quei beni materiali ed ideali che ne costituiscono la ragion d'essere¹¹³.

Tuttavia questo scopo generale deve essere concretizzato e pre-

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 309.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 310.

¹¹² *Ibidem*, p. 311.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 313-314.

cisato in relazione al soggetto dello scopo stesso. Le condizioni della esistenza variano tanto negli individui quanto nella società. Né è possibile stabilire in maniera definitiva e precisa la configurazione di questi presupposti fondamentali senza riferirsi a determinati individui e ad una determinata società. Il diritto è quindi mutevole per due ordini di motivi: sia perché mutano gli scopi concreti, cioè le condizioni fondamentali d'esistenza della società, sia perché v'è una gamma infinita di mezzi con cui realizzare gli stessi scopi.

Tuttavia è possibile stabilire in via generale i motivi e le forze su cui riposano i presupposti fondamentali per l'esistenza di una società. Questi impulsi possono dipendere dalla natura (condizioni di esistenza extragiuridiche, perché il diritto non può far altro che prendere atto della loro esistenza) oppure fondarsi sugli istinti vitali dell'uomo (condizioni giuridiche miste: cioè autoconservazione, riproduzione, lavoro e traffici) oppure fondarsi sullo stesso diritto nel caso di condizioni d'esistenza che la società può garantire esclusivamente attraverso il diritto (condizioni puramente giuridiche)¹¹⁴.

Ma in definitiva il problema dello scopo rimanda a quello del soggetto di esso. Tutto il diritto si riferisce ai soggetti dello scopo, che sono per Jhering l'individuo, la società e lo stato. « Essi sono i centri personali dello scopo dell'intero diritto, intorno a cui si raggruppano tutte le istituzioni e tutte le norme »¹¹⁵.

È questa un'affermazione cruciale della concezione jheringhiana, perché riporta in sostanza il problema del fine e del dover essere giuridico a quello dell'essere effettivo della società. Purtroppo quest'idea non è poi svolta con l'opportuna consapevolezza metodologica che essa richiede. Jhering tende a scambiare le condizioni empiriche e sociologiche, che hanno dato luogo alla nascita e alla stabilizzazione di certi istituti giuridici, con la necessità naturale insita nella struttura essenziale dei soggetti dello scopo. Ciò che manca nel suo pensiero è un coordinamento ed una giustificazione del rapporto tra il relativismo storico delle formazioni giuridiche e le esigenze naturali che ne giustificano l'origine. Qui si riflette quel contrasto, che è rimasto irrisolto nel suo pensiero, tra il metodo naturalistico adottato e la storicità dell'esperienza giuridica. Ciò vuol dire che an-

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 319-324.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 327.

cora non tutto era stato fatto per liberarsi dall'ideologia, tipica del giurista, tesa alla fondazione di una scienza autonoma del diritto.

5. Riflessioni conclusive.

Il pensiero giuridico di Jhering è un immenso serbatoio, da cui la scienza giuridica dei nostri tempi ha attinto le sue teorie più importanti: la tesi sociologica del diritto come controllo sociale, la funzione promozionale del diritto, la distinzione tra norme primarie e secondarie, la teoria dei giudici come principali destinatari delle norme, i rapporti tra diritto e forza e così via.

Jhering ha precorso Kelsen nella ricerca di una legge propria dell'esperienza giuridica e nella concezione del diritto come tecnica sociale, ha anticipato le tesi sociologiche di Ross e la considerazione funzionalistica della norma di Hart¹¹⁶.

Jhering non ha applicato la teoria dello scopo alla sua dottrina dell'interpretazione, che non si è sviluppata in armonia con la sua concezione della scienza giuridica, fermandosi sostanzialmente alle posizioni del Savigny. Tuttavia se l'interpretazione dottrinale è una tappa obbligata verso una formulazione scientifica del diritto, non potrà fare a meno essa stessa del concetto di scopo e di utilità. La stessa *ratio legis* deve essere costruita alla luce del concetto di scopo inteso in senso effettivo. Ciò significa introdurre il metodo teleologico nella dottrina dell'interpretazione. Cosa che Jhering non ha fatto, ma che è nondimeno una necessaria conseguenza del suo pensiero¹¹⁷. Anzi si può dire che i risultati più fruttuosi di questa concezione elaborata per la scienza giuridica si sono prodotti proprio nel campo dell'interpretazione con la teoria genetica degli interessi di Heck¹¹⁸. Ciò dipende anche dal fatto che Jhering non ha sostenuto una teleologia del diritto oggettiva e immanente fondata su uno scopo peculiare al diritto, ma ha concentrato la sua attenzione sugli aspetti pratici delle singole massime giuridiche come criterio

¹¹⁶ Per una più ampia panoramica degli influssi del pensiero jheringhiano cfr. l'ottima introduzione del Losano a *Lo scopo nel diritto*, cit., pp. VII-LXXXV.

¹¹⁷ J. EDELMANN, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz*, Berlin, 1967, p. 67.

¹¹⁸ Jhering è stato considerato il primo giurista degli interessi («erster Interessenjurist») cfr. J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, Tübingen, 1964, p. 222.

per coglierne la genesi e quindi per interpretarle ¹¹⁹. Non potendosi individuare degli scopi assoluti da assegnare al diritto, diventa fondamentale la considerazione del soggetto dello scopo, che è il soggetto dell'azione e quindi il luogo degli impulsi e delle motivazioni di questa. Jhering individua — come abbiamo visto — il soggetto giuridico dello scopo nella società e nello stato, dà così un volto al legislatore. Ma non supera la fiducia della sua epoca nella legge, anzi riafferma decisamente il monopolio dello stato nella produzione del diritto. Ciò significa escludere che l'interprete possa attingere i criteri di valutazione della legge al di fuori di essa, in fonti extra-legislative come la « natura delle cose », i principi etico-giuridici o il diritto naturale. Il metodo teleologico si accorda quindi perfettamente con il positivismo sociologico e giuridico.

Ma si potrà ancora dire che una scienza giuridica siffatta è produttiva di nuovo diritto? Non più, se la forza e un uso di essa in regime di monopolio è l'unica fonte del diritto. Non c'è qui più posto per l'autorità della ragione e delle categorie scientifiche. Jhering ha realizzato una descrizione della struttura interna del diritto, ma la conclusione è che il diritto non è una realtà autonoma, è un mezzo a servizio di un fine — e che quindi il vero significato del diritto sta al di là di esso. La scienza giuridica assume sempre più il volto di una scienza esplicativa, sempre più prona alla logica della forza piuttosto che a quella della ragione.

Anche l'atteggiamento dell'interprete sarà puramente descrittivo e avalutativo. Interpretazione e scienza si avvicineranno sempre più nel senso di una giurisprudenza puramente riproduttiva del gioco sociale degli interessi e degli scopi.

In conclusione a nulla sarà valsa l'introduzione del metodo teleologico nell'interpretazione del diritto se i risultati non saranno diversi da quelli auspicati dalla teoria del Savigny.

Jhering ci offre così un lucidissimo precorrimento dei problemi che incontrerà l'interpretazione giuridica nella versione positivista del diritto come scienza della pratica. La crisi della teoria teleologica dell'interpretazione non sarà che la necessaria conseguenza della crisi di questa visione della scienza giuridica.

¹¹⁹ K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it., Milano, 1966, p. 62.