

## V.

### SCIENZA E DOGMATICA GIURIDICA

Nel descrivere, molto sommariamente, i caratteri più importanti del diritto codificato abbiamo dovuto necessariamente chiamare in causa più volte la stessa scienza giuridica. Non ci si può sottrarre all'impressione che il valore della scientificità, così com'esso è inteso dall'illuminismo, sia un elemento essenziale del diritto codificato. Questo è nella sostanza costruito dai giuristi ed è, comunque, configurato in modo da essere intellegibile ad un determinato modo d'intendere la scienza giuridica. Tutti gli aspetti del diritto codificato che abbiamo già esaminato conducono a questa considerazione e la confermano ampiamente.

La forma tipica che la scienza giuridica ha assunto nell'ambito del diritto codificato è quella della dogmatica giuridica. Tuttavia questo modo particolare d'intendere la conoscenza del diritto non può rispondere a tutte le fondamentali istanze teoriche della scienza giuridica. Si è prodotta così una divaricazione tra scienza e dogmatica giuridica, che cercheremo di illustrare nelle pagine seguenti.

#### 1. PROBLEMI DELLA DOGMATICA GIURIDICA

Si sa che il compito fondamentale di ogni scienza è innan-

zitutto quello di descrivere il proprio oggetto. L'ideale della scientificità, qualunque sia la sua forma culturale, è quello di far conoscere le cose così come sono, turbando il meno possibile i dati di fatto. Lo scienziato deve adattare i propri schemi mentali e i propri metodi alla fisionomia dell'oggetto studiato e non già modellare questo a suo piacimento. Questo è almeno ciò che il senso comune suggerisce quando chiede alla scienza di essere «oggettiva», anche se poi in realtà la situazione è più complessa e articolata.

La cultura della codificazione pone la scienza giuridica in una strana (e favorevole) posizione nei confronti del suo oggetto, poiché questo a sua volta è anche il frutto dell'opera dei giuristi. Ogni codice è pensato e organizzato da commissioni di giuristi, per quanto il ruolo del potere politico non sia mai puramente passivo e ricettivo. Ciò implica che, quando un giurista si pone di fronte al diritto codificato per conoscerne i contenuti normativi, trova facilmente una corrispondenza tra le procedure metodiche della scienza e l'ordine che il codice dà alle materie giuridiche. Ciò è tanto più evidente quanto più vicini siamo al tempo in cui il codice è entrato in vigore.

E' necessario che la scienza giuridica sia consapevole di questa situazione, altrimenti il giurista potrebbe pensare (come non di rado è avvenuto e avviene) che le proprie categorie di pensiero abbiano un valore assoluto, dato che si adattano alla perfezione al diritto indagato, che, invece, è stato a sua volta preformato in base a quelle categorie.

L'importante è rendersi conto che la scienza giuridica appartiene allo stesso orizzonte culturale del diritto che studia. Se all'interno di questo essa descrive il diritto, ciò non significa che essa si ponga al di fuori della cultura giuridica del proprio tempo, di cui la stessa scienza è tra l'altro fattore produttivo. V'è, dunque, una stretta compenetrazione e una mutua implicanza tra lo stato attuale del diritto positivo e lo stato attuale della scienza del diritto positivo.

La cultura della codificazione — come abbiamo visto —

assegna alla scienza un ruolo non produttivo, ma puramente conoscitivo. Il giurista non deve essere fonte di diritto, poiché in tal modo verrebbe meno il monopolio della produzione giuridica da parte dello Stato. La dogmatica giuridica è quella forma della giurisprudenza che rispetta questi vincoli posti al giurista. Dato che il diritto positivo s'identifica con le norme giuridiche, che sono prescrizioni nella forma di comandi del sovrano, il compito della scienza sarà quello di evidenziare il contenuto di esse. Il giurista è chiamato fondamentalmente a svolgere un'attività interpretativa.

### 1.1. *L'interpretazione giuridica*

'Interpretare' significa individuare, attribuire un significato ed è, quindi, attività che ha a che fare con il linguaggio. Qui si tratta del linguaggio del legislatore, cioè degli enunciati normativi.

Bisogna rendersi conto, però, che ci sono diversi modi d'intendere l'attività interpretativa. La convinzione che sta alla base della dogmatica giuridica consiste nel ritenere l'opera dell'interprete come un'attività di rispecchiamento di significati precostituiti. I significati sono già attribuiti alle norme dal legislatore e si tratta soltanto di scoprirli, di metterli in luce, di evidenziarli. In tal modo si tenta di neutralizzare l'apporto dell'interprete (giurista o giudice) per difendere non solo la supremazia del legislatore, ma anche la certezza del diritto. Il potere legislativo è diffidente nei confronti della discrezionalità degli interpreti e cerca in ogni modo di porre vincoli alla loro libertà interpretativa. Quasi tutti i codici contengono norme sui metodi interpretativi da seguire, in modo da privilegiare quelli meno creativi. Bisogna però guardarsi dal ridurre quest'operazione alle pure e semplici esigenze di supremazia del potere politico. Una libera interpretazione delle norme getta il diritto nell'incertezza e nell'imprevedibilità. Tuttavia la storia del diritto ci insegna che ogni tentativo

di controllare l'interpretazione giuridica non è andato esente da insuccessi.

La dogmatica giuridica controlla l'attività interpretativa, usando due metodi, che concorrono insieme a definire questa scienza.

a) il metodo esegetico, che è il più vicino al testo legislativo, essendo diretto alla ricognizione del significato delle singole norme nel loro senso letterale e logico-grammaticale.

b) il metodo sistematico, che è il più costruttivo, implica un maggiore intervento dello scienziato e si articola a sua volta in due fasi:

1. Raggruppamento delle norme in relazione ad un oggetto o materia (per esempio, gli istituti della famiglia, del contratto, della proprietà....)

2. Enucleazione di principi generali (per esempio, il principio della buona fede, della giusta causa, del *favor rei*....).

La dogmatica giuridica è così chiamata, perché non mette in discussione le norme, che sono viste come veri e propri «dogmi», cioè come indiscutibili atti dell'autorità politica. Bisogna solo accertarsi se un determinato comando sia stato effettivamente emanato dal legislatore e continui a poggiare sulla sua autorità. Per questo la dogmatica giuridica si può accostare alla teologia dogmatica, che si fonda su un testo scritto proveniente dall'autorità divina (la Sacra Scrittura) e su un'autorità che lo custodisce e, formulando dogmi, ne dà un'interpretazione autentica (il Magistero della Chiesa). Il dogma è una verità che si accetta non già in seguito ad un esame del suo contenuto, ma in quanto proviene da una determinata fonte. Allora il problema che resta è solo quello di conoscere il contenuto del dogma.

La differenza tra il codice e la Sacra Scrittura consiste non solo nel fatto che il primo poggia su un'autorità umana e la seconda sull'autorità divina, ma anche nel fatto che il primo è

già formulato in modo dogmatico, cioè presume di contenere significati univoci. Il legislatore somma in sé il ruolo dell'autorità divina e quello del Magistero della Chiesa. All'interprete del diritto non resta altro che mostrare ciò che è già contenuto nel codice in modo compiuto. Tuttavia la complessità dell'ordinamento giuridico e, soprattutto, della prassi giuridica spinge la dogmatica verso l'interpretazione sistematica e verso la concettualizzazione.

### *1.2. La formazione dei concetti giuridici*

La formazione di concetti giuridici non è certo iniziata nell'epoca della codificazione. Ma nel diritto romano e nelle elaborazioni giuridiche medioevali la logica usata è stata prevalentemente quella dialettica e, pertanto, non rigorosamente vincolata a fattispecie assolute e invariabili. L'oggetto principale del ragionamento dei giuristi era il «fatto», cioè la fattispecie concreta, in cui si cercavano tutte quelle particolarità che potevano condurre ad una diversità nell'applicazione del principio giuridico. Le concettualizzazioni della «dogmatica» romana avevano spesso un carattere meramente espositivo e non erano fondate su una necessità logico-formale.

Il ragionamento della dogmatica odierna è, invece, esclusivamente un ragionamento su norme. Si desumono concetti dalle norme, si seguono procedimenti di astrazione per risalire ad altre norme o si cercano ragioni di analogia per passare da un dato ordine di prescrizioni ad un altro, che si ritiene simile al primo.

L'obiettivo finale della dogmatica è la costruzione del sistema giuridico, inteso nel senso di una struttura logica composta di entità logico-linguistiche (proposizioni o precetti, oppure enunciati esprimenti proposizioni o precetti). Il sistema giuridico è una catena di norme o di concetti esprimenti il significato delle norme. Le norme dipendono l'una dall'altra come gli anelli di una catena e sono poste in un ordi-

ne gerarchico. Vi sono norme superiori e norme inferiori, norme che regolano la produzione di altre norme e norme la cui esistenza o validità dipende da quella di altre norme.

E' naturale, però, che un complesso di norme legislative, per quanto possa presentarsi come ordinato in un codice, non ha mai di per sé la forma del sistema logico. Il sistema è propriamente un prodotto dell'attività scientifica, è il risultato dell'opera della scienza. La realtà non è mai sistematica, pur essendo ordinata. Il sistema è l'ordine del pensiero, non già quello della realtà. Come l'opera del legislatore trova il suo compimento nel codice, così l'opera del giurista trova il suo compimento nel sistema.

Certamente il sistema è un concetto relativo al campo d'indagine e, quindi, si può parlare di «sistema del diritto italiano» e di «sistema delle obbligazioni». Quest'ultimo è un sotto-insieme del primo.

L'operazione scientifica del sistemare il diritto comprende varie attività: interpretare la legge secondo certi metodi, colmare le lacune, risolvere le antinomie, esporre in modo ordinato....

Il modello logico-formale di sistema, tracciato da Wolff e perfezionato da Leibniz, non è però l'unico possibile né l'unico praticato dal giurista. Abbiamo già visto che il sistema giuridico è stato anche inteso come totalità organica sulla falsariga degli organismi naturali, in cui le parti sono organizzate dalla forza vitale interna del tutto. Allora la sistematicità diventa proprietà intrinseca del diritto. Il diritto nasce sistematico nel senso che i principi giuridici sono una sorta di codice genetico originario, che per il suo dinamismo interno, attraverso successive determinazioni e applicazioni, produce una totalità organica di concetti giuridici. Tuttavia, quando poi si deve precisare il modo in cui i concetti giuridici si connettono tra loro, i rapporti di tipo logico inevitabilmente prevalgono. Alla Scuola storica succede la Pandettistica.

### 1.3. *Ordinamento e sistema giuridico*

Nel descrivere il diritto codificato abbiamo parlato spesso di ordinamento normativo, ora, invece, a proposito della dogmatica giuridica, abbiamo usato l'espressione 'sistema giuridico'. Dobbiamo, allora, chiederci se le due espressioni siano equivalenti come induce a credere l'uso corrente del linguaggio giuridico.

Secondo alcuni 'ordinamento giuridico' è espressione vaga e generica, di uso occasionale e sporadico nel linguaggio ordinario, insufficientemente tecnicizzata. Al contrario 'sistema giuridico' è espressione tecnicizzata e diffusa, oltre che legata ad origini molto più vetuste.

Il termine 'sistema' comincia a diffondersi nella seconda metà del Seicento, anche se solo alla fine del Settecento è accolto stabilmente dalla cultura giuridica. E' vero che oggi nella cultura giuridica italiana l'uso di 'ordinamento giuridico', esauritosi l'impulso che ad esso ha dato la teoria di Santi Romano, è in declino, mentre si va sempre più diffondendo l'uso di 'sistema giuridico', anche per l'influsso congiunto della cultura giuridica anglosassone e delle scienze sociali e politiche. Tuttavia queste vicende linguistiche e culturali non esimono dal chiedersi se il concetto di ordinamento giuridico non abbia un'area semantica propria, che il concetto di sistema giuridico, senza dubbio tecnicamente più agguerrito, lascia scoperta.

Innanzitutto c'è da notare che sia 'ordinamento' che 'sistema' dicono riferimento alla scienza giuridica; in entrambi i casi bisogna mettersi dal punto di vista del giurista.

Quando il giurista parla di 'ordinamento giuridico', intende indicare l'ordine che il diritto positivo di uno Stato ha in se stesso indipendentemente dall'opera della scienza. Si vuole dire che i materiali legislativi non sono un'accozzaglia disordinata di comandi dell'autorità, ma hanno un ordine, cioè un'unità, ed è per questo che il diritto può essere «oggetto» di scienza.

L'apprensione del diritto come ordinamento è costitutiva della stessa possibilità della scienza giuridica, perché manifesta l'unità di un campo d'esperienza che altrimenti non potrebbe mai assurgere ad oggetto di scienza.

Il concetto di ordinamento è un concetto vago proprio perché suggerisce soltanto al giurista che quel complesso di materiali legislativi, a cui si accosta, ha un suo ordine, una sua razionalità intrinseca, una sua intelligibilità. Comunque venga pensato il diritto, sia esso norma o azione, rapporto o istituzione, il giurista si accosta ad esso nella convinzione di trovarsi di fronte ad una totalità ordinata. Per quanto vago possa essere il concetto di ordinamento, è importante per la scienza, poiché essa ha un senso solo se è (o crede di essere) conoscenza di qualcosa.

Così il concetto di ordinamento giuridico è uno di quei concetti di senso che sono costitutivi dell'intelligibilità di un campo d'esperienza e che, quindi, sono necessariamente usati dalla scienza senza che questa possa a sua volta fondarli. Tali concetti dominano la scienza più che essere da questa dominati. Lo statuto epistemologico di tali concetti non è propriamente scientifico, ma filosofico.

Se guardiamo un po' più a fondo nel concetto di ordinamento giuridico, possiamo notare che esso suggerisce al giurista non solo che il diritto è conoscibile, ma anche che ha una determinatezza e vigenza storica, cioè una positività. Questo è un altro aspetto non meno importante e decisivo per la possibilità della scienza giuridica, che è una scienza del diritto positivo. La positività di una regola indica che essa ha raggiunto un grado elevato di articolazione sia per quanto riguarda la sua formulazione che per quanto concerne la sua applicazione. Il diritto si muove verso una progressiva positivizzazione e, d'altronde, il termine stesso 'ordinamento' indica che qualcosa si va ordinando, si mette in ordine, cioè tiene conto della prospettiva dinamica e non solo di quella statica, per cui il diritto positivo è assetto stabile di norme ordinate. Stabilità del

quadro normativo e dinamismo dei processi di positivizzazione sono le due facce dell'ordinamento giuridico.

Se 'ordinamento giuridico' dice il modo in cui il giurista precomprende il diritto positivo, 'sistema giuridico' indica il risultato dell'elaborazione scientifica. Ma anche a questo proposito bisogna notare che il modello di 'sistema' non è univoco. Abbiamo già detto che la dogmatica giuridica recepisce il modello a catena. Si tratta del sistema assiomatico, che è strutturato da proposizioni che assolvono il ruolo di assiomi e da proposizioni derivate dalle prime. Un sistema assiomatico può essere definito come la totalità delle deduzioni derivate da un numero finito di assiomi, che sono la base del sistema. Questo modello architettonico è compatto, ben delimitato, autosufficiente, chiuso in se stesso. Nel caso del sistema giuridico gli assiomi sono posti dal legislatore, mentre le conseguenze normative sono sviluppate dal giurista.

Il modello assiomatico ben si adatta alle esigenze della dogmatica giuridica, perché negli assiomi sono precontenute tutte le conseguenze normative che il giurista deve soltanto evidenziare e sviluppare.

«Il compito della scienza è dunque quello di riconoscere le regole giuridiche (*Rechtssätze*) nel loro ordine sistematico, in quanto vicendevolmente si condizionano e derivano l'una dall'altra, per potere risalire la genealogia della singola regola sino ai suoi principi e ridiscendere dai principi alle loro ultime conseguenze. In tale operazione vengono portate alla luce della coscienza e estratte le regole giuridiche che, nascoste nello spirito del diritto nazionale, non sono apparse né nella convinzione immediata e nelle azioni dei membri del popolo, né nelle enunciazioni del legislatore e che, quindi, si fanno visibili solo come prodotto di una deduzione scientifica. In tal modo la scienza si aggiunge, come terza fonte del diritto, alle due precedenti; il diritto, che nasce da essa, è diritto della scienza, ovvero, poiché esso è portato alla luce grazie all'attività dei giuristi, diritto dei giuristi (*Juristenrecht*)» (Puchta,

*Cursus der Institutionen*, I, par. 15).

Questa lunga citazione riassume in tutta la sua ampiezza l'ideale della sistematicità che anima la dogmatica giuridica. Il movimento è quello verticale, dall'alto verso il basso e viceversa, dai principi alle conseguenze. Il giurista non rinuncia formalmente ad una creatività, ma questa è intesa in senso strettamente logico-deduttivo. Si tratta di far fruttificare i principi giuridici attraverso la deduzione logica di ciò che è in essi implicito. Sono, dunque, presenti tutti i requisiti del modello assiomatico di sistema: la superiorità gerarchica di alcune proposizioni su tutte le altre, la struttura piramidale, il nesso logico-deduttivo e, non da ultimo, la tendenza all'auto-fondazione e all'auto-produzione. Dobbiamo, però, ricordare che la Scuola storica e la Pandettistica si appellano ancora alla razionalità interna del diritto e non accettano la codificazione come ideale della giuridicità. Tuttavia, anche quando tutto il diritto sarà ridotto a quello contenuto nel codice, il modello assiomatico resterà ancora come struttura portante della scienza giuridica.

Il modello assiomatico non è ovviamente l'unico modello di 'sistema'. Il suo antagonista è il modello a rete (*the network model*). Si tratta di un intreccio di relazioni, che intercorrono tra gli elementi del **sistema a rete** senza che si possa stabilire un punto di partenza obbligato o un'unica via d'accesso. Il movimento del sistema non è ascendente o discendente, ma circolare. Ciò significa che esso non procede attraverso la derivazione di un elemento dall'altro, ma attraverso l'interrelazione. Non vi sono, pertanto, parti del sistema che possano considerarsi basilari o fondamentali. Al posto degli assiomi abbiamo soltanto premesse operative che permettono di seguire solo alcune trame interne, ma che non è certo il caso di considerare come i fondamenti del sistema.

La metafora della rete o dell'ordito, al posto della catena, è un modo molto efficace di raffigurare questo nuovo modello di sistema. D'altronde il latino *ordinare* è il disporre i fili nel

tessere. 'Ordito' viene da 'ordo'. Nel tessuto la totalità è il risultato dell'intreccio di una molteplicità di elementi, che si reggono mutualmente senza gerarchie né priorità.

Sussistono oggi molti indizi che inducono a ritenere che la scienza giuridica si muova sempre più chiaramente verso il modello a rete in seguito alla crisi del modello assiomatico, ma questo implica anche il tramonto della forma storica assunta dalla dogmatica giuridica e, quindi, esula dalla nostra trattazione. Qui è più interessante notare che il modello a rete non è certamente una novità per la scienza giuridica. Se vogliamo restare nell'ambito della modernità, dobbiamo risalire all'Umanesimo giuridico, che comincia ad avere consapevolezza del carattere sistematico dello studio del diritto. La sistematicità si presenta come connessa all'esigenza della conoscenza di un diritto sempre più complesso e dipendente da una pluralità di fonti, che debbono necessariamente essere messe in ordine. Ci si rivolge, pertanto, alla **topica**, cioè a quella tecnica di pensiero che procede per problemi e casi particolari. Si sono, così, messi a punto numerosi cataloghi di *topoi*, *loci communes*, e *regulae*, che avevano la funzione di ordinare la materia giuridica.

Il pensiero topico è stato ripreso nei nostri tempi (Viehweg). Esso sottolinea l'esigenza che i compiti della giurisprudenza siano strettamente interpretativo-applicativi, cioè diretti ad individuare la regola propria del caso particolare, volti alla «costante ricerca, nella inafferrabile pienezza delle situazioni, del giusto particolare». In tal caso pensare per problemi deve avere la prevalenza sulla costruzione del sistema unico. Poiché il problema è suscettibile di una pluralità di soluzioni, conduce ad una pluralità di sistemi, nessuno dei quali è onnicomprensivo.

Nonostante la validità delle critiche che il pensiero giuridico topico rivolge al pensiero sistematico, non possiamo affermare che si sia sostituito ad esso. Quella attuale è una situazione di crisi: crisi del modello assiomatico, crisi dell'unicità del sistema giuridico, crisi della utilizzabilità dello stesso me-

todo sistematico a causa del caos legislativo, crisi in definitiva dell'assetto tradizionale della dogmatica giuridica.

## 2. PRESUPPOSTI TEORICI DELLA DOGMATICA GIURIDICA

Da quanto s'è detto emerge con chiarezza che la dogmatica giuridica si muove all'interno di uno scenario più ampio da cui è condizionata. Basti pensare quanto il concetto di sistema giuridico sia debitore del razionalismo illuministico e dei metodi della conoscenza scientifica. Ma ci sono anche elementi teorici di sfondo più vicini alla dogmatica in quanto attinenti direttamente al diritto. Si tratta delle concezioni generali del diritto che accompagnano in modo non sempre visibile o consapevole le elaborazioni della dogmatica giuridica. Dobbiamo cominciare il nostro esame riprendendo il tema della positività, poiché la dogmatica giuridica presuppone indubbiamente un determinato **concetto di diritto positivo**.

### 2.1. *Il concetto di positività del diritto*

Il problema della positività è ben più ampio e radicale di quello riguardante l'ordinamento giuridico, poiché è elemento essenziale del concetto di diritto. Un diritto non positivo non è in senso stretto 'diritto'. Abbiamo visto un senso di 'positività', cioè la positività come processo di determinazione progressiva dei contenuti normativi, che attraversano vari gradi di concretizzazione (Engisch). La **Scuola del diritto libero** ha considerato le formulazioni legislative una sorta di materiale giuridico da cui l'interprete, che ha di mira un caso particolare, deve trarre la regola-guida per l'applicazione del diritto. Ma questo senso di 'positività' non è certamente quello più diffuso nella cultura della codificazione.

Nel diritto codificato la positività è collegata al problema

della **produzione giuridica**, cioè degli atti umani produttivi di diritto. La positività è posizione di un atto di volontà. Conseguentemente non si presta più attenzione alla consolidazione dei contenuti normativi, come era ovvio in un regime di diritto consuetudinario, ma ai processi di produzione o alle procedure di posizione, che non sono altro che le modalità degli atti di comportamento umano da cui dipende l'essere della norma.

Il terzo senso di 'positività', anch'esso presente nella cultura della codificazione, è quello che la collega all'assetto istituzionale. Esso suggerisce la raffigurazione del diritto come di un'entità esistente alla stregua di un **fatto istituzionale**, cioè come corpo consolidato di regole e di principi praticati da un determinato gruppo sociale. Qui l'accento si sposta dalla validità delle norme alla loro effettività e, per ciò stesso, agli atteggiamenti dei destinatari e degli organi pubblici. Il diritto positivo è inteso come una **pratica sociale** dotata di una propria organizzazione e diretta a funzioni di stabilizzazione e integrazione.

La positività come posizione di atti di volontà e come fatto istituzionale è alla base di due teorie del diritto che i giuristi non di rado presuppongono nella loro elaborazione dogmatica.

## *2.2. Le teorie della dogmatica giuridica*

La prima di queste è la **teoria imperativistica del diritto**, che è l'espressione più ovvia del volontarismo giuridico. Secondo questa prospettiva il diritto è comando del sovrano. Il comando appartiene al genere delle prescrizioni, che, a differenza delle asserzioni, non forniscono informazioni, ma mirano a dirigere il comportamento dei destinatari. Se è facile distinguere il comando dagli altri tipi di prescrizione (ad esempio, dal consiglio), è più difficile distinguere i comandi giuridici da quelli che non lo sono. Due sembrano le vie possi-

bili: o individuare il comando giuridico in base alla sua fonte o individuarlo in base alla sua struttura.

Nel primo caso è giuridico un comando emanato da un'autorità giuridica. Così si suggerisce una **concezione politica del diritto**, perché nello Stato moderno l'autorità giuridica è il sovrano politico. E questo ben corrisponde alla mentalità diffusa tra i giuristi che operano all'interno della cultura della codificazione. Ma, se ci si chiede perché i comandi dell'autorità politica sono giuridicamente obbligatori, allora si può rispondere che lo sono in quanto sono sostenuti dalla minaccia dell'uso della forza pubblica, di cui il sovrano politico ha il monopolio. L'attenzione si sposta, pertanto, sulla sanzione. Ciò significa che s'individua il comando giuridico in base alla sua struttura specifica, in base a cui esso si presenta come un comando sanzionato. Abbiamo, così, la **concezione sanzionatoria del diritto**.

Non tutti i comandi sanzionati sono per ciò stesso giuridici. Bisogna ancora distinguere la sanzione giuridica sia dalla mera coercizione che dagli altri tipi di sanzione. Si dirà, allora, che, mentre la sanzione morale è interiore (ad esempio, il rimorso o la vergogna), quella giuridica è esterna, e che a differenza della sanzione sociale (ad esempio il linciaggio) quella giuridica è istituzionalizzata, poiché stabilisce e precisa le modalità dell'irrogazione della pena. La minaccia dell'uso della forza è propria anche dei comandi del bandito. Si dirà, allora, che la sanzione è giuridica quando è comminata dall'autorità politica. Ma, così, si ritorna ad individuare il comando giuridico e la relativa sanzione in base alla sua fonte con un conseguente circolo vizioso.

Da quanto detto si evince che la teoria imperativistica del diritto si trova in difficoltà quando le si chiede di esibire i fondamenti della giuridicità. Sia il ricorso all'autorità politica con il conseguente **statalismo** che quello all'uso della forza pubblica non sono soddisfacenti o sufficienti. Tuttavia l'imperativismo offre una descrizione adeguata della legge giuridica po-

sitiva in riferimento al modello di diritto codificato. E' anche vero che la raffigurazione della prescrizione giuridica come un comando composto di precetto, che indica il comportamento comandato, vietato o permesso, e di sanzione, che prescrive agli organi pubblici le modalità dell'uso della forza nel caso di violazione del precetto, è stata ed è ancora quella più accreditata presso i giuristi.

La debolezza teorica dell'imperativismo giuridico spingerà a coniugarlo con altre teorie, quali lo statalismo o la teoria sanzionatoria. Ciò significa che l'imperativismo serve meglio a descrivere l'oggetto della dogmatica, cioè i comandi del sovrano, che a giustificarne l'obbligatorietà giuridica.

Contro l'imperativismo sono state mosse accuse ben più radicali di quelle sopra accennate. Vorrei qui segnalarne solo due. Kelsen vede nell'imperativismo una concezione fattualistica della norma, perché fa derivare il suo dover essere da un atto di volontà che è un fatto. Santi Romano incalza, rilevando che l'imperativismo riflette una concezione sorpassata del diritto, in quanto ancora troppo legata ad un rapporto personale tra sovrano e sudditi.

Tutte queste critiche hanno smantellato l'imperativismo come teoria, anche se esso resta ben radicato come atteggiamento mentale del giurista dell'epoca della codificazione. All'imperativismo come teoria si sostituisce il normativismo. Ora si abbandona la considerazione della norma giuridica come comando e la si riconduce al genere più ampio della prescrizione, che appartiene al dover essere e non all'essere. Il diritto è un complesso di prescrizioni e s'identifica per la struttura normativa, cioè per l'ordine che le prescrizioni giuridiche hanno tra loro. L'ordinamento normativo è gerarchico, poiché le norme inferiori derivano la loro validità da quelle superiori.

Anche il normativismo è più convincente come descrizione dell'ordinamento giuridico che come sua fondazione. La domanda relativa alla provenienza della norma fondamentale

incontra le stesse difficoltà della domanda relativa alla legittimità della volontà sovrana.

Il secondo grappolo di teorie ruota intorno alla **concezione istituzionale del diritto**, per cui questo è visto come l'organizzazione di un fatto istituzionale. L'istituzionalismo giuridico ha conosciuto versioni diverse e non sempre compatibili, che qui non interessa esaminare.

Secondo Santi Romano diritto e istituzione s'identificano pienamente e con ciò egli rifiuta l'identificazione tra diritto e comando e quella tra diritto e norma. Le norme sono solo una manifestazione derivata dell'istituzione giuridica, che si compone anche di altri elementi. L'istituzione sociale, infatti, è un'entità composta non soltanto di norme, ma anche di soggetti che interagiscono, di forze sociali che si organizzano, d'interessi che si compongono e di valori e fini che si perseguono. Santi Romano ha una concezione fortemente sostanzialistica dell'istituzione. Questa è un ente sociale ben determinato, un corpo sociale che ha un'esistenza autonoma. Il diritto è un ordinamento di autorità, poteri, norme e sanzioni, attraverso cui una forza sociale si costituisce e si fa valere nella società. L'ordinamento giuridico non è considerato in primo luogo come una struttura di relazioni normative, ma come un'entità concreta che dà esistenza alle sue parti, le organizza ed acquista così una forza operativa.

L'obiezione che la teoria normativa fa alla teoria istituzionale consiste nel notare che in ultima istanza l'istituzionalizzazione dei fatti sociali presuppone pur sempre un complesso di norme.

L'obiezione che la teoria istituzionale fa alla teoria normativa consiste nel rilevare che essa separa indebitamente la norma dal fatto sociale, perdendo di vista l'effettività del diritto che è necessaria alla positività.

Al di là delle contrapposizioni tutte queste teorie appartengono all'area semantica della dogmatica giuridica e come tali sono da questa in vari gradi e modi presupposte.

### 2.3. Metodo giuridico e metodologia dei giuristi

Un'altra sfera di concetti presupposti dalla dogmatica riguarda il problema del metodo.

Il **metodo giuridico** è l'insieme dei criteri-guida e di controllo delle operazioni intellettuali compiute dai giuristi nell'esercizio della conoscenza giuridica, cioè delle operazioni interpretative e costruttive compiute in riferimento a norme. Anche questa nozione è relativa ad una certa cultura giuridica, quella che identifica il diritto con la legge positiva.

La **metodologia giuridica**, invece, è la disciplina che si occupa del metodo giuridico, cioè dei criteri usati per la formazione dei concetti giuridici.

Gli elementi fondamentali della dogmatica giuridica sono ormai tutti venuti alla luce: metodo esegetico e sistematico, interpretazione riproduttiva, studio della forma giuridica, struttura logica del diritto. Il termine 'metodo', come quello di 'sistema', è spesso usato per indicare un procedimento interpretativo specifico. Ora lo useremo per indicare il complesso dei procedimenti cognitivi della dogmatica; per questo parleremo di 'metodo giuridico'.

Il metodo giuridico non è sperimentale, ma logico, più propriamente ha un carattere logico-astroente ed è nella sostanza una combinazione tra procedimenti induttivi e deduttivi. Il metodo deduttivo viene criticato per l'astrattezza dei suoi concetti posti al di fuori della storia, mentre al metodo induttivo si rimprovera che i suoi concetti sono poco rigorosi e non hanno carattere di stabilità. La combinazione dei due metodi potrebbe aiutare ad eliminare i difetti di entrambi con mutuo beneficio, ma potrebbe anche aggravarli. Ciò evidentemente dipende dal loro uso.

L'obiettivo centrale della dogmatica giuridica è quello di costruire categorie tipiche, entro cui inquadrare il contenuto delle norme. Questi vengono classificati secondo il modello tradizionale *per genus et differentiam specificam* e, al contempo si

usa la deduzione per ricavare nuovi concetti giuridici non direttamente desumibili dal materiale normativo.

Con **metodo dogmatico** si designa, dunque, una varietà di procedimenti intellettuali volti a conoscere i contenuti del diritto positivo attraverso un'opera di sistemazione razionale.

«Il punto di partenza della costruzione dogmatica del diritto è la norma. Ogni norma è un concetto che può convertirsi in una definizione...Se da un gruppo di norme di un certo tipo si astraggono le note comuni, e queste si concentrano in un concetto solo si ha l'**istituto**. L'istituto della proprietà non è che la 'concentrazione' in un unico concetto di tutte le norme concernenti i rapporti di dominio...Se gli istituti si concentrano in una superiore e più vasta unità, si ha il **sistema**, che è il grado più alto dell'astrazione logico-giuridica. Sono sistemi il diritto di proprietà, delle obbligazioni, etc. nel diritto privato; e sono, alla loro volta, sistemi più generali, il diritto civile commerciale, amministrativo, penale, etc.; e infine lo stesso diritto pubblico e privato. In sostanza il lavoro della giurisprudenza, dopo la formazione dei concetti, si riduce a disporre gerarchicamente tali concetti, così che i meno generali si concentrino via via sotto i più generali» (G. Maggiore, *Diritto penale*, I, 1, Bologna 1955, V ed., p. 44).

Attraverso le tre tappe della **definizione**, della **classificazione** e della **sistemazione** la dogmatica giuridica dispiega la sua complessa architettura concettuale.

Quando si parla di metodo, non ci si riferisce al modo in cui in concreto viene risolto un problema di dogmatica giuridica, ma ad un **modello di procedura**, che è applicabile ai problemi più diversi e che, quindi, mantiene la sua uniformità ovvero è reiterabile (cfr. U. Scarpelli, *Il metodo giuridico*, in *L'etica senza verità*, Bologna 1982).

Abbiamo visto che la dogmatica giuridica comprende operazioni interpretative e operazioni costruttive e che queste ultime tendono ad essere considerate, per esempio da Jhering,

come quelle propriamente «scientifiche». Tuttavia, dal punto di vista del metodo, non è lecito separarle. Operazioni interpretative e operazioni costruttive sono strette da un nesso di circolarità logica. L'interpretazione dei testi normativi procede sempre con l'ausilio delle categorie dogmatiche e queste, a loro volta, traggono alimento dall'analisi dei testi normativi. Lo stesso legislatore usa una dogmatica implicita.

«La metodologia giuridica riguarda, dunque, una complessa attività, che sale dall'interpretazione dei testi normativi alle costruzioni della dogmatica, e da questa ridiscende sino a quella» (N. Irti, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano 1982, pp. 14-15).

Se c'è un'unità metodologica, non c'è però un unico criterio metodico, poiché i criteri sono molteplici e sono suscettibili delle combinazioni più varie.

S'è distinta la **metodologia descrittiva** dalla **metodologia prescrittiva** o direttiva. La prima descrive i procedimenti effettivamente adottati dai giuristi, mentre la seconda prescrive ai giuristi come devono procedere sul piano conoscitivo. E' ovvio che non bisogna sottovalutare la prima, perché osservare come di fatto operano i giuristi è porsi al riparo da ogni insensata pretesa di insegnare loro quello che devono fare. I metodologi non di rado non sono esperti della scienza su cui discettano e a cui intendono dare direttive di metodo. Per questo i più attendibili studiosi del metodo giuridico sono i giuristi stessi, a patto che abbiano raggiunto un alto grado di auto-riflessione, cosa rara anch'essa.

In ogni caso la metodologia direttiva deve tener conto della storia del metodo giuridico. In ultima istanza la stessa metodologia direttiva dipende strettamente dal concetto di diritto che si presuppone (cfr. R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Bologna 1987).

L'oggetto della scienza giuridica è il diritto positivo, ma — come abbiamo visto — la positività, anche all'interno del diritto codificato, ha una pluralità di sensi. Se essa si riferisce e-

clusivamente al problema della validità formale delle norme statali, il metodo prescritto seguirà questa strada. Se, invece, sulla validità prevale l'efficacia delle norme, allora occorrerà inserire nel metodo giuridico criteri in grado di rilevare tale efficacia.

Per questo, in conclusione, possiamo ritenere che le questioni di metodo non sono in definitiva quelle più radicali. Lo sono sicuramente meno della questione del concetto di diritto, che è l'universo culturale entro cui si muove la dogmatica giuridica.

### 3. IL TRAVAGLIO EPISTEMOLOGICO DELLA DOGMATICA GIURIDICA

Abbiamo visto che nella cultura della codificazione la forma assunta dalla scienza del diritto è quella della dogmatica. Tuttavia la piena identificazione tra scienza e dogmatica è problematica.

La scienza non si adatta a compiti meramente interpretativi ed esegetici e tende a proiettarsi più avanti. Lo sviluppo del metodo sistematico è stato il primo passo; il secondo è stato rappresentato dalla costruzione giuridica. Bisogna rendersi conto che la difficoltà principale per conferire pieno valore scientifico alla dogmatica risiede tutta nel fatto che il riferimento ad un sistema legislativo transeunte rende contingenti i concetti elaborati.

L'ideale della scientificità di quel tempo richiedeva che i concetti scientifici fossero immutabili e assoluti. La dogmatica giuridica, dunque, non risponde perfettamente a ciò che si riteneva debba essere una vera e propria «scienza». Resta, dunque, aperto in tutta la sua complessità il problema epistemologico della scienza giuridica, cioè il **problema del valore conoscitivo dei concetti giuridici** della dogmatica.

I tre filoni di pensiero, che abbiamo esaminato nel capito-

lo precedente, sono già in questo senso indicativi.

### 3.1. *La dogmatica giuridica come scienza*

Nella Scuola dell'esegesi la dogmatica è vista come strettamente funzionale al sistema normativo. L'oggetto — come abbiamo detto — è individuato con precisione negli enunciati normativi. Per quanto il metodo esegetico non sia costruttivo, tuttavia la dogmatica della Scuola dell'esegesi, nel suo rispecchiare un sistema normativo già costruito secondo un'architettura concettuale ben precisa, è senza dubbio sistematica.

Il sistema del diritto civile coincide con l'ordine del Codice civile napoleonico. La logica del diritto si risolve nella logica legislativa. Il metodo esegetico non è anti-sistematico, ma al contrario vuole impedire che il giurista sostituisca il proprio sistema al sistema del codice. Per questo il metodo esegetico appartiene in modo ineliminabile alla mentalità del giurista dell'età della codificazione, non tanto cioè per la sua dimensione filologica, ma piuttosto per la sua aspirazione puramente riproduttiva dell'ordine interno del codice.

Anche nei confronti del codice italiano del 1865 possiamo registrare il medesimo atteggiamento. «Il nostro codice civile è già ordinato secondo un certo **sistema**, quando si dice adunque che devesi fare il sistema, non si dice bene, ma si dovrebbe dire che si vuol mutare il sistema» (Cogliolo, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, Torino 1885, p. 87).

E' facile notare che ogni codice ha un ordine interno, perché ha alle sue spalle la dogmatica sviluppata dai giuristi che lo hanno elaborato. In ogni caso in questa concezione meramente riproduttiva dell'ordine del codice veniva soddisfatta una delle esigenze epistemologiche fondamentali per cui la conoscenza deve riflettere in un certo qual modo l'ordine della realtà. Ciò sembrò bastare ad assicurare la piena scientificità della dogmatica, sì da fare di essa il modello della scienza giuridica di diritto codificato. Tuttavia il riferimento al sistema

legislativo è indubbiamente limitativo del valore dei concetti dogmatici, che vengono in tal modo vincolati ad un determinato tempo e ad un determinato spazio.

In più l'ordine interno del codice deve fare i conti con tutti i processi interpretativi e applicativi che conducono ad una revisione continua del sistema del diritto positivo.

Quando entra in crisi la coincidenza tra il sistema legislativo e il sistema del diritto, allora la dogmatica deve cercare altrove la sua legittimazione scientifica. Si comprende, così, tutta l'importanza delle tesi della Scuola storica, che poneva il sistema come un prodotto della scienza. Abbiamo, così, un secondo modo di pensare il valore della dogmatica giuridica.

### 3.2. *Le costanti dell'esperienza giuridica*

Non poteva, infatti, considerarsi il sistema del codice come assoluto punto di partenza e di arrivo della scienza giuridica, quando esso stesso era il risultato dell'opera secolare della scienza e della tradizione giuridica. Gli istituti giuridici e il loro ordine non possono essere totalmente una creazione della volontà legislativa, poiché hanno una propria storia e un'origine meno arbitraria. Tali istituti sono legati in certo qual modo alla struttura «naturale» dei rapporti sociali. Questi rapporti, pur essendo in continuo mutamento secondo le varie determinazioni storiche, tuttavia sono sempre governati dai medesimi principi giuridici, che ovviamente si vanno adattando e specificando secondo la particolarità delle culture e delle circostanze. Questi principi a loro volta sono un'espressione della «destinazione etica della natura umana» (Savigny) o dello spirito universale dell'umanità.

Alla luce di queste idee, che sono ispirate da una sorta di giusnaturalismo applicato al diritto positivo e che si concretizza nella ricerca delle costanti dell'esperienza giuridica, la dogmatica giuridica assume connotati differenti. Il suo campo d'osservazione non è più soltanto (o principalmente) il lin-

guaggio del legislatore, ma la fenomenologia dell'esperienza giuridica, cioè il concreto e storico atteggiarsi dei rapporti giuridici. Il suo obiettivo, però, non è certamente quello sociologico, poiché questi rapporti osservati sono già giuridici, cioè governati da regole giuridiche. Si tratta, dunque, di individuare il plesso delle regole che reggono un rapporto giuridico, cioè gli istituti giuridici. La dogmatica sarà intesa come la ricostruzione del sistema degli istituti giuridici.

Tutta la differenza tra questo modo d'intendere la dogmatica e quello della Scuola dell'esegesi non si può cogliere se non si precisa che le regole raccolte nell'istituto giuridico, anche se possono essere formulate in un testo legislativo, hanno un'origine più lontana e un fondamento ben più stabile, perché attraverso esse continuano ad agire quei principi giuridici radicati nell'esperienza di un popolo e, ancor più a monte, dell'umanità intera. Ed allora la dogmatica avrà certamente come oggetto immediato l'assetto attuale dei rapporti giuridici, che potrà anche essere tutto rappresentato nel testo legislativo, ma il suo vero obiettivo sarà quello di far venire alla luce i principi originari impliciti nell'esperienza giuridica attuale.

Così si comincia a distinguere tra giurisprudenza inferiore e superiore, tra bassa e alta dogmatica. Si ammette che nella parte inferiore i concetti della dogmatica sono relativi e variabili, poiché nella sostanza sono tratti dall'interpretazione di norme legislative, ma nella parte superiore la dogmatica dispiega tutta la sua potenzialità scientifica, raggiungendo un grado di astrazione tale da cogliere l'invariabilità dei concetti giuridici.

Nella realtà questo secondo modello di dogmatica si è fuso con il primo, a cui fornisce un crisma di scientificità. Il giurista dell'età della codificazione non intende uscir fuori dalla positività del diritto, ma al contempo non vuole rinunciare alla scientificità della sua conoscenza. Per questo l'influsso della Scuola storica sulla mentalità del giurista è altrettanto formidabile.

Anche in questo secondo modello di dogmatica, più costruttivo e creativo, le difficoltà non mancano. Il giurista è incoraggiato a non essere mero esegeta e funzionario del potere legislativo, ma inevitabilmente comincia ad attuarsi un distacco tra la dogmatica e la scienza giuridica, tra l'interpretazione dei contenuti normativi e la speculazione teorica. L'attività interpretativa viene intesa come un compito necessario e preliminare, ma non propriamente come compito scientifico. Allora non appare più giustificato designare con la stessa denominazione ricerche così differenti nel procedimento e, persino, nell'oggetto. Parlare di giurisprudenza inferiore e superiore può ingenerare la convinzione che si tratti di ricerche omogenee sul piano metodologico. In realtà c'è profonda differenza tra l'interpretazione di testi normativi e la costruzione giuridica. Sembra più appropriato parlare di dogmatica solo nella prima fase che va dall'esegesi alla sistematica, fase in cui si ricostruisce il sistema attuale del diritto, sia esso quello del codice o quello che si va dispiegando nella prassi interpretativa e applicativa. Bisognerebbe, invece, considerare «scienza giuridica» solo quella ricerca che prende il volo nel cielo dei concetti.

Questa soluzione del problema epistemologico, per quanto logicamente richiesta dalle premesse già poste, non è convincente, perché va contro il modo comune d'intendere l'opera del giurista. Il senso comune attribuisce al giurista il compito d'interpretare norme, di conoscere il loro significato, di mettere ordine tra i contenuti normativi. Ed in effetti coloro che chiamiamo 'giuristi' possono fare tante cose, ma non possono esimersi dal fare quelle cose che ci aspettiamo che debbano fare per meritare questo appellativo, cioè essere interpreti del diritto positivo. Proprio in questo loro compito essenziale non sarebbero scienziati del diritto e ciò non convince.

In verità il fondatore della Scuola storica vedeva nella scienza giuridica un unico processo intellettuale, che, nono-

stante la pluralità dei metodi, partendo dal fenomeno giuridico, risaliva ai suoi principi originari. Questo modello era stato spezzato dalla Pandettistica, che inseguiva l'ideale di una scienza giuridica nella forma di una matematica concettuale priva ormai di ogni riferimento alla realtà sociale e ai concreti fenomeni giuridici della normazione e dell'interpretazione.

A questa difficoltà se ne è aggiunta un'altra non meno importante. Si tratta del venir meno della concezione filosofica generale che sosteneva il pensiero di Savigny e che gli permetteva di andare alla ricerca delle costanti dell'esperienza giuridica. Il crescere d'importanza della normazione legislativa e la riduzione di tutto il diritto a legge dello Stato impedivano sempre più di scorgere negli istituti giuridici radici che affondavano nella storia dell'umanità. I fenomeni giuridici non potevano più essere visti come manifestazioni esteriori di principi originari, ontologicamente o storicamente fondati. Sembrava che ormai non potessero essere giustificati che sulla base della logica interna di un assetto giuridico e sociale determinato, non avendo più né spessore né profondità. Ciò significava andare alla ricerca di una giustificazione funzionale dei concetti giuridici. E' questa la nuova via aperta da Jhering ed anche la terza fase dei rapporti tra dogmatica e scienza del diritto codificato.

### *3.3. La relatività dei concetti giuridici*

I concetti giuridici della dogmatica si presentano come relativi ad un dato contesto istituzionale, in cui il giurista deve necessariamente calarsi, e tuttavia obbediscono ad una logica ben precisa che è quella del mondo dell'azione e della volontà e che Jhering individua attraverso i concetti di scopo e di interesse. In tal modo si sottraggono le categorie giuridiche, che sono relative a norme contingenti, alla mera arbitrarietà senza dovere far ricorso a concetti giuridici originari e metastorici. Il naturalismo giuridico di Jhering osserva i meccanismi del-

la volontà, individuali e collettivi, e crede con ciò di poter razionalmente giustificare il loro prodotto. I concetti di scopo e di interesse fungono da concetti di senso, cioè alla loro luce si svela il senso dei significati racchiusi nei concetti dogmatici. I significati possono essere relativi al contesto culturale e normativo, ma il senso che essi hanno è sempre governato dalla logica dello scopo. Il senso del diritto è teleologico, cioè si ricava dal suo scopo.

Questo nuovo approccio si può ritrovare, sebbene in modo ancora imperfetto e non del tutto consapevole, nel pensiero di Jhering.

Abbiamo, così, un terzo modello di scienza giuridica. Questa non è più puramente e semplicemente ridotta alla dogmatica codicistica e neppure lanciata alla ricerca di principi giuridici transculturali. Ora la scienza giuridica è rigorosamente tutta calata nell'ambito del diritto positivo vigente e mantiene intatto il suo apparato dogmatico, ma è vera e propria scienza solo in quanto è capace di mettere a nudo il senso del sistema concettuale tratto dalle norme.

Così il giurista non è puramente e semplicemente il dogmatico, ma colui che conosce il senso dei concetti dogmatici. In tal modo la scienza giuridica non si distingue dalla dogmatica per il suo oggetto, ma per l'operazione del conferimento di senso ai significati normativi. La dogmatica va alla ricerca dei significati degli enunciati normativi ed è questa la prima tappa della scienza giuridica. Ma la seconda è quella decisiva, perché illumina la ragion d'essere di tali significati.

E' chiaro che la risposta al problema del senso può essere varia. Quella di Jhering è solo una delle possibili. Per Jhering il senso del diritto è la sua funzione sociale. Il diritto è una tecnica di controllo sociale, il cui scopo è quello di assicurare l'ordine e il perseguimento degli interessi comuni. Questa è la chiave del senso dei concetti dogmatici per Jhering. Questa posizione ben corrisponde alle matrici culturali dell'epoca della codificazione, in cui — come abbiamo ripetutamente

sottolineato — emerge la concezione tecnologica del diritto.

Tutto lasciava pensare che la soluzione teleologica di Jhering sarebbe stata accolta senza riserve, ma non fu così. Nonostante le apparenze essa urtava contro la mentalità del giurista. L'utilitarismo sociale, che Jhering propugnava, poteva ben adattarsi ad una visione sociologica, ma era estraneo a una visione giuridica. La scienza del diritto non aveva soltanto bisogno di assicurarsi della sua scientificità, ma anche di cogliere la specificità della giuridicità. Cosa restava di specificatamente giuridico nel pensiero di Jhering? Senza dubbio l'apparato concettuale della dogmatica, ma questo non basta più ora che l'asse della scienza giuridica si è spostato dai significati al senso.

Non è certamente il senso teleologico quello che meglio descrive l'atteggiamento del giurista, ma piuttosto il senso normativo.

### 3.4. *Senso teleologico e senso normativo dei concetti giuridici*

La valutazione giuridica non è fondamentalmente una valutazione teleologica, basata cioè sul rapporto tra azione e suo risultato come mezzo a fine. Il giurista assume la norma come criterio esclusivo di regolarità e, conseguentemente, il regolato (la condotta umana) viene qualificato in relazione ad una regola, che è criterio assoluto di valutazione giuridica. Un comportamento viene qualificato come doveroso (in senso positivo o negativo) o come permesso in quanto lo si valuta in riferimento ad una norma (cfr. U. Scarpelli, *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano 1983, pp.292-301). Tutto ciò indipendentemente dalle conseguenze. Quando un giurista o un giudice stabilisce che qualcosa è dovuto, non ha calcolato mezzi in relazione a scopi, ma ha fatto riferimento a norme come criteri esclusivi di valutazione. La normatività sembra, dunque, essere il senso proprio dei concetti giuridici,

che possono, peraltro, anche essere valutati in base ad altre prospettive, che, però, non sono quelle propriamente giuridiche.

Pur restando fermo il modello jheringhiano di scienza giuridica, si sostiene, dunque, che il senso normativo sia quello proprio dei significati giuridici, perché descrive più adeguatamente l'atteggiamento dei giuristi e perché solo a queste condizioni si può fare differenza tra il punto di vista giuridico e il punto di vista sociologico.

Così nel 1878 August Thon, pur riconoscendo che i comandi giuridici mirano a tutelare interessi umani, affermava che «lo scopo pratico del diritto non rientra nella determinazione del concetto dello stesso». Il concetto dogmatico non deve far riferimento a scopi o funzioni della norma, ma soltanto ricostruire la struttura normativa al fine di conoscere il contenuto tipico del criterio di regolarità assunto come esclusivo. Tutta un'ampia schiera di dogmatici «puristi» ha seguito questa direzione, che, al di là delle esagerazioni formalistiche, era ben fondata sul rifiuto del senso teleologico e sull'imprecindibilità del senso normativo.

Neppure il senso normativo è esente da difficoltà teoriche. Una è già stata accennata: alla luce del senso normativo il diritto non può essere considerato esclusivamente come una tecnica, poiché una tecnica è compresa mediante criteri funzionali e non normativi. Questa difficoltà sorge ovviamente nei confronti della concezione tecnologica del diritto, ma qui desideriamo soffermarci piuttosto sulle difficoltà suscitate dalla stessa concezione normativa del diritto. Anche queste sono facilmente comprensibili.

Quelle norme che sono assunte come criterio esclusivo di regolarità sono in effetti comandi mutevoli (e a volte capricciosi) di un legislatore politico. Nessuna delle leggi positive ha di per sé un'intrinseca necessità deontica, poiché la sua validità riposa su ragioni di fatto. Di fronte alle norme morali l'atteggiamento normativo è senza dubbio giustificato, ma

appare eccessivo nei confronti delle norme giuridiche, specie quando queste sono ormai spogliate di ogni autorità derivante dalla tradizione o dalla conformità a criteri di giustizia sostanziale.

L'atteggiamento normativo appartiene senza dubbio alla dimensione etica, mentre quello teleologico è proprio della dimensione economica e politica. Le origini delle norme di diritto codificato riposano senza dubbio sullo scopo, sul conflitto degli interessi, sul rapporto tra le forze politiche, ma la considerazione normativa richiede che di tutto ciò si tenga ben poco conto e che la normatività abbia la prevalenza sullo scopo nel determinare l'atteggiamento scientifico del giurista e quello pratico del giudice e del cittadino. Non è, dunque, soltanto l'*habitus* mentale del giurista a richiedere ciò, ma l'uso stesso del diritto all'interno di un contesto sociale. Ciò è palese già dalla forma che assume il diritto. La c.d. «norma positiva» si ammanta di una veste di grande solennità sotto cui cela origini non sempre nobili.

Nella formulazione della norma sono cancellati tutti gli interessi particolari che hanno spinto ad emanarla, non trovano più posto i conflitti a volte laceranti che hanno preceduto la sua promulgazione. Ma essa si mostra come determinazione di una fattispecie astratta, di un soggetto astratto e di un comportamento astratto. Grazie all'astrattezza la norma trascende la particolarità di un soggetto e di un caso e vale per tipi, ossia universalmente. Ora, l'universalità, almeno in senso potenziale, è la caratteristica della norma morale. La veste, con cui la norma giuridica si copre, somiglia quindi a quella propria della norma morale. E non si tratta solo di un fatto esteriore, cioè di un tentativo del potere politico di infondere maggiore credibilità ai suoi comandi, conferendo ad essi la sacralità etica. Noi possiamo constatare che, quando la norma giuridica perde questa forma, quando nella sua formulazione lascia intravedere le sue origini politiche, allora perde inevitabilmente di autorità e non viene più usata come criterio esclu-

sivo di regolarità. Ma questa è la crisi dello Stato di diritto.

Con ciò è evidente la strana posizione del giurista, che, operando all'interno di un dato contesto politico e sociale, assume criteri di condotta in sé relativi e transeunti come criteri esclusivi di regolarità. E' ovvio che questa situazione è particolarmente evidente nel diritto codificato, che è un diritto politico, cioè interamente derivato e dipendente dal potere dello Stato. E' come se l'esigenza insopprimibile della giuridicità imponga le sue condizioni ad una concezione tecnologica e politica del diritto.

In conclusione, se il senso normativo del diritto è senza dubbio quello caratterizzante, il senso teleologico tuttavia non può essere del tutto escluso. Ma questo destabilizza fortemente la scienza giuridica, poiché la priva di un orientamento unitario e dominante. Philipp Heck (1858-1943), un esponente di rilievo della **Giurisprudenza degli interessi**, ha visto nella dogmatica concetti misti, cioè composti da nozioni di interesse e da nozioni di comando. Il riemergere del rilievo dell'interesse è ancor più evidente nel caso di lacune e dei c.d. «casi dubbi».

### *3.5. Estremi tentativi di fondazione della scienza giuridica*

Di fronte a questa situazione così complessa, che qui non affrontiamo in sede teoretica, dobbiamo accennare ai contraccolpi che ha subito la teoria della scienza giuridica. L'esigenza fondamentale percepita dai teorici è stata quella di assicurare che il senso normativo non andasse smarrito, mentre si dava un certo gioco, specie in campo interpretativo, alla dimensione teleologica. Le direzioni percorse sono state molteplici, qui accenniamo solo ad alcune.

Innanzitutto c'è da ribadire che, se può essere discutibile ridurre il diritto ad una tecnica, non v'è dubbio che la dogmatica ha una spiccata dimensione tecnologica, poiché è al servi-

zio della pratica giuridica e non è cosa buona trascurare questa sua destinazione originaria. La dogmatica è sorta non già per il fine di una conoscenza pura del diritto, ma per renderlo praticabile, per rendere più facilmente applicabili le direttive normative. Ma questa funzione pratica della dogmatica è stata vista come estranea alla dimensione teoretica, poiché s'è smarrita la nozione di ragion pratica. Come abbiamo visto, teoria e prassi si sono separate. Conseguentemente anche scienza e tecnica si sono divise.

Questa linea divisoria è passata all'interno della stessa dogmatica, i cui concetti ora sono visti nella loro veste teoretica, ora nella loro funzione pratica, ma separatamente l'una dall'altra. Emblematica è la netta separazione tra scienza e tecnica giuridica che traccia Nberto Bobbio nel suo *Scienza e tecnica del diritto* del 1934.

Il tentativo di fondare il senso normativo della scienza giuridica ha condotto la riflessione filosofica a trascurare sempre più la dimensione tecnica della dogmatica. Come esempio, ci riferiremo qui soltanto al **neokantismo giuridico** e al pensiero di uno dei suoi più noti esponenti, Rudolf Stammler (1856-1938).

Stammler ha stabilito una tavola di categorie giuridiche, alle quali attribuisce la dignità di categorie *a priori*. Solo questi concetti puri hanno universalità, mentre i concetti giuridici condizionati sono empirici e *a posteriori*. Qui è evidente il tentativo di compromesso tra senso normativo e senso teleologico, dando evidentemente la prevalenza sul piano della fondazione della scienza al primo. Da questa dottrina di Stammler sui due tipi di concetti giuridici è derivata la distinzione tra teoria pura e teoria empirica del diritto, che si è sostituita alla tradizionale distinzione tra diritto naturale e diritto positivo.

Stammler basa i suoi concetti puri sui quattro elementi che compongono a suo parere il concetto di diritto: volere, vincolo, forza obbligatoria, assolutezza. Le categorie pure sarebbero, quindi, i concetti di soggetto ed oggetto del diritto,

di causa e rapporto giuridico, di sovranità e subordinazione giuridica, di legalità e antiggiuridicità.

Come si può notare, le costanti dell'esperienza giuridica risiederebbero non già in principi giuridici materiali, quali, ad esempio, la permanenza storica di certi istituti, ma in forme *a priori*, in cui la presenza del senso normativo è evidente, come lo è l'assenza di concetti funzionali (quali l'interesse o lo scopo).

Le critiche a Stammler non sono mancate. Si è fatto, ad esempio, notare che i suoi concetti giuridici puri non erano altro che concetti empirici generali, che differiscono dagli altri solo per il maggior grado di astrazione e hanno una valenza esclusivamente culturale, cioè limitata alla cultura giuridica di una data comunità o di un dato periodo storico (cfr. J. Goldschmidt, *Problemi generali del diritto*, trad. it., Padova 1950, p.73). In ogni caso sta di fatto che il neokantismo giuridico ha aperto una strada maestra, che si è diramata in tante direzioni, tra cui v'è ovviamente quella rappresentata dal pensiero di Kelsen.

Un'altra direzione interessante, ma molto meno fortunata e influente, è quella tratta dalle sollecitazioni della **fenomenologia husserliana**. Questa volta le categorie giuridiche vengono viste come essenze *a priori* immediatamente intuite e logicamente precedenti i concetti dogmatici, che sono empirici e relativi ad un dato diritto positivo. Il compito della scienza giuridica è l'apprensione intellettuale delle essenze, cioè dell'essenza della proprietà, del contratto, del testamento...., mentre la dogmatica tradizionale sarebbe rivolta allo studio di un dato diritto positivo, in cui quelle categorie prendono forma storica, cioè contingente, in quanto determinata dalla statuizione positiva. Qui il grosso problema è quello del rapporto tra queste essenze ideali, che sono gli aspetti invariabili dell'esperienza giuridica, e le loro forme storiche. In più, poiché la normatività viene tutta concentrata sul piano storico, mentre quello delle essenze è il piano dell'esse-

re, il senso normativo del diritto non avrebbe qui altro fondamento che quello volontaristico.

Le concezioni neokantiane e quelle fenomenologiche sono qui indicate solo per mostrare fino a che punto il travaglio epistemologico della scienza giuridica l'abbia condotta lontana dalla dogmatica giuridica e dai concreti problemi interpretativi.

### *3.6. Teorie semantiche e teorie interpretative del diritto*

L'ancoraggio della scienza all'invarianza della forma permette il libero gioco della tesi scettica riguardo all'interpretazione.

Questa tesi trae alimento da un duplice ordine di considerazioni: da una parte la mutevolezza e la contingenza della legge positiva, dall'altra la constatazione della molteplicità d'interpretazioni possibili dello stesso testo di legge. Kelsen sostiene l'ampia discrezionalità del giudice all'interno della cornice legislativa e considera la scelta interpretativa come un atto di decisione e non di conoscenza. Nella concezione kelseniana, che si può considerare come l'esito ultimo (anche se non necessario) del travaglio epistemologico della scienza giuridica dell'Ottocento, mai la giurisprudenza si è trovata tanto lontana dall'ermeneutica. Da una parte una concezione forte della scienza, dall'altra una concezione debole della dogmatica, cioè dell'interpretazione giuridica.

Non credo che si possa salvare il ruolo conoscitivo dell'interpretazione, accettando i presupposti filosofici da cui ha avuto inizio la problematica della scienza giuridica nell'età della codificazione. Essa ha dato luogo a quelle che Dworkin ha efficacemente chiamato **teorie semantiche del diritto**. Queste teorie sono rivolte ad identificare i criteri di validità del diritto, cioè la definizione del diritto e le condizioni di verità delle proposizioni giuridiche. Le teorie positivistiche sono di questa specie e differiscono tra loro nell'individuazione dei

fatti storici decisivi per la validità. Anche le teorie giusnaturalistiche sono semantiche e differiscono dalle prime, perché seguono criteri non soltanto fattuali ma anche morali al fine di decidere quale proposizione giuridica sia vera. Ora non si tratta di contestare questa o quella soluzione semantica, ma di mettere in discussione nella sua globalità un approccio del genere come il più adeguato a cogliere la dimensione giuridica.

Si pone, allora, una domanda ancor più radicale che mette in discussione l'approccio semantico: il diritto è un mondo di oggetti da interpretare o un mondo d'interpretazioni che si rincorrono all'infinito? Le teorie semantiche del diritto lo considerano come un oggetto da interpretare simbolicamente rappresentato da un testo di legge. Ma si può affermare che la nona sinfonia di Beethoven esista prima e indipendentemente dall'interpretazione di Furtwängler? oppure essa non è altro che un processo interpretativo ancora aperto di cui possiamo tracciare la storia? In questo caso l'identità della nona sinfonia risiederebbe nella storia delle sue interpretazioni. Basta porre al posto della nona sinfonia il codice civile per comprendere fino a che punto questo problema ermeneutico possa interessare il diritto. Alle teorie semantiche si oppongono, allora, le teorie interpretative del diritto.

Ora il diritto non è prefigurato nelle vesti di un testo o di un complesso di norme o di un insieme di decisioni, ma fondamentalmente come una pratica sociale allo stesso modo di quella dell'etichetta o del galateo. Conoscere il diritto di una determinata comunità umana vorrà dire descrivere una pratica sociale complessa con una sua identità e in continuo mutamento. Se è così, allora una teoria giuridica deve essere attrezzata nella conoscenza di una pratica sociale siffatta, una conoscenza che sia propriamente 'giuridica' e non già meramente sociologica. Anche qui le difficoltà non mancano. Da una parte non v'è dubbio che nelle scienze umane si ha a che fare sempre con prodotti di attività ermeneutiche, con interpretazioni d'interpretazioni, ma, dall'altra, è pur vero che ab-

biamo bisogno di un criterio non puramente interpretativo per distinguere la nona sinfonia dalla sesta o da altri brani musicali. Tracciare la storia delle esecuzioni della nona sinfonia richiede che essa non sia semplicemente un'esecuzione. A questa difficoltà, che è d'ostacolo per una considerazione delle teorie interpretative come teorie scientifiche del diritto, queste rispondono che bisogna mutare radicalmente il concetto d'interpretazione, tenendo conto della **svolta ermeneutica**. Ma a questo punto siamo fuori dalla cultura della codificazione e, quindi, anche dal nostro tema.

#### 4. LA SCIENZA GIURIDICA E LE ALTRE SCIENZE

Il confronto tra la scienza giuridica e le altre scienze e il problema del suo posto nell'universo scientifico sono stati al centro di vivaci dibattiti fin dalla seconda metà dell'Ottocento.

In realtà ancora una volta ci si è interrogati sulla scientificità della giurisprudenza, in quanto bisognava mostrare il suo diritto di ammissione nell'universo delle scienze. Ma anche qui non è mancato il circolo vizioso: dalle scienze storicamente più significative e indiscusse si trae il modello di scientificità, poi ci si chiede se si può applicare alla giurisprudenza e, di solito, si scopre che ciò è possibile e, allora, si dà una versione della giurisprudenza che conferma questa ipotesi e che non sempre corrisponde a come i giuristi di fatto operano. Tutto ciò è metodologia prescrittiva della peggiore specie e, tuttavia, questi dibattiti hanno avuto ed ancora hanno la loro utilità. Oltre che essere utile interrogarsi sul concetto di scienza, tutt'altro che chiaro e — a nostro parere — correttamente applicabile alle svariate discipline solo per via analogica, sono molto interessanti in quanto aiutano a rendersi conto meglio della specificità del diritto rispetto agli altri oggetti della

scienza. Osserveremo le tappe principali di questa problematica dall'Ottocento ai nostri giorni.

A) *Scienza del diritto e scienze della natura*

L'esordio della dogmatica giuridica dell'età della codificazione coincide con l'imperialismo metodologico esercitato dalle **scienze della natura**.

La scienza naturale è una scienza di fatti condotta con metodo esplicativo fondato sul principio di causalità. Sono ritenute condizioni di scientificità imprescindibili sia l'empiricità che l'esattezza (metodo fisico-matematico). Ma si deve notare che la scienza naturale traeva molta della sua sicurezza dalla convinzione diffusa dell'immutabilità del suo oggetto, cioè delle leggi della natura.

Il metodo e il modello della scienza naturale hanno influenzato molto la scienza giuridica. Il metodo classificatorio usato dalla dogmatica era quello stesso usato dalla botanica e dalla zoologia. La terminologia giuridica reca ancora *oggi* le tracce di quest'influsso: corpi giuridici, organi, anatomia, fisiologia, patologia del sistema giuridico e così via. Tuttavia i giuristi hanno sempre avuto ben chiara la differenza tra un fatto empirico e una norma o un istituto giuridico.

Nel 1848 Julius Hermann von Kirchmann pubblicò a Berlino un libretto dal titolo *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, in cui riassume in modo felice e incisivo l'insoddisfazione che i giuristi provavano per la loro attività scientifica e le ragioni del disprezzo così diffuso per le forme e le procedure della giustizia. Le ragioni, a detta di Kirchmann, sono le seguenti:

1. Il diritto, a differenza dell'oggetto delle altre scienze, è continuamente in mutamento. Quindi i risultati raggiunti dalla scienza giuridica sono instabili e debbono essere continuamente rimessi in discussione.

2. Nello studio del diritto entrano inevitabilmente in

gioco i sentimenti personali (diremmo oggi, le varie posizioni ideologiche). Quindi non è possibile tradurre l'oggetto della scienza giuridica in termini razionali.

3. Quando poi l'oggetto della scienza giuridica è la legge positiva, che è qualcosa di arbitrario e di contingente, legata alle circostanze particolari di tempo e di luogo, allora tale oggetto non solo è mutevole, ma addirittura cambia senza una regola che ne disciplini lo sviluppo. La scienza giuridica quindi è abbandonata al caso e ai capricci del potere legislativo. "Tre parole innovatrici del legislatore e intere biblioteche divengono carta da macero".

In conclusione, l'oggetto della scienza giuridica è mutevole, né v'è possibilità di dare una spiegazione razionale di questa mutevolezza, né di fondarsi su un metodo razionale.

Queste considerazioni sulla situazione della scienza giuridica sono strettamente collegate al positivismo giuridico, cioè all'abbandono della convinzione dell'esistenza di un diritto naturale in qualunque modo lo si voglia intendere. La positività, che nel campo delle scienze naturali era stata la condizione necessaria per fondare la scientificità, pone invece in crisi la scienza giuridica, perché il suo oggetto è mutevole.

Non bisogna confondere il positivismo giuridico con il positivismo filosofico. Il giuspositivismo è fondamentalmente caratterizzato dall'esclusione del diritto naturale in ogni sua forma, ma non già contrassegnato da una determinata concezione del diritto positivo. Ci sono, infatti, varie forme di giuspositivismo. Il positivismo filosofico, invece, è caratterizzato dalla riduzione di ogni realtà a fatto controllabile in base al principio della verifica empirica. Può, dunque, esserci senza contraddizione un giuspositivista non positivista in senso filosofico, perché non accetta la riduzione delle norme giuridiche a fatti empirici. Ed in effetti questa riduzione elimina quel senso normativo che abbiamo constatato come essenziale alla scienza giuridica e, più in generale, non può

giustificare la presenza di concetti di senso non osservabili. Per converso è significativo che il padre del positivismo filosofico, Auguste Comte, abbia avuto grande disprezzo per i giuristi, da lui considerati ancora troppo "metafisici", proprio perché restii a ridurre le norme a fatti. Tuttavia Comte riconosceva che questa resistenza era dovuta non già ad arretratezza culturale dei giuristi, ma al carattere antiquato del loro oggetto di studio. Per Comte nella società tecnocratica del futuro il diritto sarebbe scomparso, cioè sostituito da forme tecnologicamente più adeguate di controllo sociale.

Le amare constatazioni di J.H. von Kirchmann si basavano sul preconcetto che le scienze naturali fossero il modello ideale della scientificità. Se la giurisprudenza non si adegua a questo modello, non è scientifica. Ma nella seconda metà dell'Ottocento questo pregiudizio fu messo in dubbio e si verificarono sviluppi che sembrarono favorevoli alla scienza giuridica.

#### B) *Scienza del diritto e scienze dello spirito*

Dapprima si cercò di sfuggire alla supremazia delle scienze naturali, distinguendo le scienze in base al loro oggetto. Si pervenne così alla distinzione tra le scienze della natura e le scienze dello spirito. Tale classificazione ha le sue basi nella filosofia kantiana. Kant ha nettamente separato il mondo della natura dal mondo della morale («il cielo stellato sopra di me, la legge morale dentro di me»). I filosofi neokantiani hanno sviluppato la filosofia morale, approfondendo sempre più la separazione tra natura e spirito. La natura coincide con la materialità ed è preda del puro meccanicismo deterministico, mentre lo spirito è il regno della libertà.

A parte le difficoltà che si incontrano nel mettere a punto un metodo proprio delle scienze dello spirito, non è convincente escludere completamente il diritto dal mondo della natura. E' vero che esso appartiene al mondo della volontà e della libertà; tuttavia il mondo giuridico — come ben sapeva Kant

— non è *in interiore hominis*. Certamente Kant aveva distinto l'autonomia della morale dall'eteronomia del diritto. Ma l'esteriorità del diritto è ancor più accentuata ove si guardi alle strutture istituzionali e agli assetti giuridici positivi. In effetti il diritto si trova in una **zona di confine** tra natura e spirito, in una sfera in cui lo spirito si presenta come natura, come se fosse un mondo esterno all'uomo. Si tratta di un mondo di prodotti spirituali.

Abbiamo visto che la dogmatica giuridica si serve di un metodo induttivo e del procedimento classificatorio tipico delle scienze naturali e che il punto di vista teleologico ha un rilievo non trascurabile nella conoscenza del diritto. Ma allora la distinzione tra scienze della natura e scienze dello spirito non sembra avere molta utilità per il giurista. La scienza giuridica non può essere totalmente ricondotta all'una o all'altra categoria. D'altronde, mentre da una parte la netta distinzione tra natura e spirito, che è un portato tipico del pensiero moderno sin dai tempi di Cartesio, è rimessa in discussione dal pensiero contemporaneo, dall'altra si persegue un concetto di scienza che possa abbracciare tutte le discipline, assicurandone l'unità.

### C) *Scienza del diritto e scienze storiche*

Nel clima culturale del neo-idealismo italiano si tentò di utilizzare anche in ambito giusfilosofico la distinzione tra **scienze storiche e scienze empiriche**. Questa distinzione, a differenza della precedente, intende appoggiarsi più sul metodo che sull'oggetto. Le scienze storiche sarebbero caratterizzate da un metodo individualizzante (o idiografico), poiché mirano a conoscere eventi particolari e non già leggi generali. Al contrario le scienze empiriche procedono per generalizzazione e schematismi secondo il c.d. "metodo nomotetico". È noto che Croce considerava solo quelle storiche come vere e proprie scienze e le altre come pseudo-scienze. Ma ancora una volta il giurista si trovò a disagio di fronte a questa

nuova mappa del sapere scientifico. Di fatto — come abbiamo visto — la dogmatica giuridica procede per categorie generali e senza dubbio non è una scienza storica.

Se vogliamo cercare nel diritto ciò che lo avvicina alla storia, dobbiamo guardare alla sua applicazione. Quando il giudice applica una norma, ha presente un caso concreto e cerca la regola da applicare in concreto. Mentre il giurista è rivolto alla conoscenza di significati astratti, il giudice si interessa di casi concreti e di eventi particolari. Abbiamo anche visto che il metodo storico è uno dei metodi dell'interpretazione giuridica. Tuttavia la scienza giuridica non è una scienza storica, perché ha bisogno della generalizzazione. Si può solo dire che essa è in definitiva rivolta all'applicazione della norma al caso concreto, che essa ha una finalità pratica. In questo senso la distinzione tra scienze storiche e scienze empiriche può essere utile. Ma di per sé la scienza giuridica non è una scienza storica. Inoltre è anche dubbio che le stesse scienze storiche possano fare del tutto a meno di metodi generalizzanti. I fatti hanno dimostrato che il metodo storico, pur avendo un'indubbia dignità scientifica, non è autosufficiente e ha bisogno di essere coniugato con altri metodi.

#### D) *Scienza del diritto e scienze formali*

Il neopositivismo ha introdotto la nuova distinzione tra **scienze empiriche e scienze formali**. Anche questa si basa su un concetto univoco di scienza con la differenza che esso prendeva a modello le scienze empiriche e non già quelle storiche.

Sono scienze empiriche le scienze dei fatti, cioè di tutto ciò di cui può darsi verifica empirica. Di conseguenza al di fuori dell'empiricità non si dà scienza. Ciò, però, non esclude che esistano, in un ruolo subordinato e strumentale, anche altre scienze, il cui compito è quello di esaminare le forme logico-linguistiche in cui l'esperienza si esprime. Queste scienze formali «non fanno nessuna asserzione sul mondo empiri-

co, ma ci dicono come dobbiamo usare certi simboli per formulare le nostre asserzioni sul mondo empirico» (cfr. N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino 1950). Qui si ha principalmente presente la matematica o la logica.

Sembra a prima vista che non ci siano difficoltà ad annoverare la scienza giuridica tra queste scienze formali, in quanto nel diritto la dimensione formale è di grande rilievo. Dopo il rifiuto del diritto naturale la giuridicità non viene più vista nell'identificazione di determinati contenuti normativi, ma nella forma stessa della regolamentazione. Ma, anche prendendo per buone le teorie formali del diritto che non sono certo le uniche possibili, bisogna riconoscere che esse vedono la forma non già soltanto come indifferenza a qualsiasi contenuto, ma come la sede specifica della giuridicità. Affermare che il diritto è una specifica forma di regolamentazione sociale significa indicare qual è l'oggetto della scienza giuridica, un oggetto che non è un fatto empirico (per cui la scienza giuridica non è una scienza empirica), ma che è pur sempre "qualcosa", cioè il senso che è dato ad un particolare significato (per cui la scienza giuridica è ben più di una scienza formale nel senso neopositivistico).

#### E) *Scienza del diritto e scienze dell'uomo*

Oggi tutte queste distinzioni hanno fatto il loro tempo e sono cadute in disuso. La classificazione oggi dominante è quella tra **scienze naturali** e **scienze umane**. E' una distinzione che vuol tener conto insieme e dell'oggetto e del metodo. Ma bisogna constatare che la vastissima categoria delle scienze umane comprende discipline molto diverse tra loro e non è stata ancora ben definita sul piano metodologico. Le scienze umane non disdegnano il metodo empirico, ma non possono dimenticare che il loro obiettivo è la ricerca del senso, avendo a che fare con fatti carichi d'intenzionalità quali sono le azioni umane. Bisognerà, allora, ridare spazio alla prospettiva ermeneutica, alla **comprensione** del senso più che alla **spiegazione**

del fatto.

Senza dubbio la scienza giuridica è una scienza umana e certamente fa parte del gruppo delle scienze sociali. Allora diventa necessario distinguere la scienza giuridica dalle altre scienze sociali. La prospettiva della scienza giuridica è ben diversa, poiché è quella della normatività della condotta umana e non già quella della sua normalità, a cui guardano le altre scienze sociali. Il giurista ha in comune con il sociologo il problema del rapporto tra regola e comportamento. Ma il sociologo usa le regole di comportamento che trova per spiegare perché certi individui si comportano in un certo modo. Il giurista usa le stesse regole per qualificare gli stessi comportamenti come leciti o illeciti, cioè per stabilire perché ci si debba comportare in un modo piuttosto che in un altro. Si tratta, quindi, di due operazioni diverse sullo stesso oggetto. Proprio perché scienza giuridica e scienze sociali si distinguono per l'approccio diverso, pur nell'identità della materia, si spiega il fenomeno della duplicazione, per cui ogni disciplina giuridica ha una specie di controfigura in una disciplina sociologica e viceversa (ad esempio, diritto del lavoro e sociologia del lavoro).

Il problema odierno della scienza giuridica è, dunque, quello di difendersi da un'assimilazione indiscriminata alle altre scienze sociali. È in atto un tentativo di assorbimento e, addirittura, di subordinazione della scienza giuridica alla sociologia. Il diritto non occupa più quel posto privilegiato nel sistema globale della società che gli era stato per lunga tradizione assegnato. La cultura illuministica aveva avvalorato il **primato del diritto**. Kant aveva indicato la meta della storia umana nella realizzazione di uno Stato universale secondo il diritto. Il positivismo filosofico ottocentesco — come abbiamo visto — ha combattuto questo primato. Non diversamente pensava Marx quando affermava: «...il vostro diritto è soltanto la volontà della vostra classe elevata a legge».

Oggi il diritto non viene considerato come il nucleo più

significativo di una civiltà o di uno Stato, ma come un epifenomeno, un momento secondario dello sviluppo storico, come uno strumento sempre meno indicativo di mutamento sociale. Sorgono oggi altri strumenti di controllo sociale con un peso ben maggiore di quello giuridico. Se guardiamo al problema dell'efficacia, il diritto può apparire superato, ma, se guardiamo al rispetto della persona e alle garanzie che il diritto offre al cittadino, dobbiamo riconoscere che abbiamo sempre più bisogno di diritto.

Alla fine di questo veloce *excursus* delle varie forme di classificazione delle scienze, dobbiamo constatare che nessuna di esse è pienamente soddisfacente per il giurista. La scienza giuridica conferma, così, la sua eterogeneità nei confronti di tutte le altre scienze. Ancora oggi il problema della scientificità della giurisprudenza resta irrisolto sul piano strettamente epistemologico. Ma non per questo i giuristi cessano di praticare la loro "scienza".

La ragione di fondo di questa situazione risiede nel diritto stesso, che non può essere afferrato da una prospettiva particolare. Il diritto alberga nella zona di confine tra natura e spirito, tra forma e materia, tra fatto e valore, tra norma e scopo. Le visioni filosofiche di carattere dicotomico, quali quelle fiorite nella modernità, non sono pertanto favorevoli ad una piena comprensione della presenza del diritto nel mondo dell'uomo.