

## Ha ancora senso discutere oggi di scienza giuridica?

Federico Casa

*Università degli Studi di Padova*

### **Abstract: Does It Still Make Sense to Discuss Legal Science Today?**

The present contribution aims to understand if dealing with legal science from a philosophical point of view can still have a meaning today, and this with particular regard to its procedures and purposes, analyzed and understood first from an epistemological perspective, and then from a methodological one. The problem thus posed is not secondary for those who intend to deal with legal science and who neither want to adhere to the analysis of language of the positivistic Schools (while recognizing their important merits) nor reduce legal science to the theory of interpretation (while understanding the undeniable results obtained by the schools of hermeneutics and legal realism). In fact, as it seems by looking at the literature on the subject, the epistemological debates have now lost their interest for the Schools of analytic training, so much that all the most important discussions date back to the last century. Yet jurists (the “doctrine”) continue to propose legal theories and to affirm the need for new paradigms, capable of accounting for the continuous changing of legal experience. Therefore, this contribution intends to examine an exemplary dispute between philosophers of the last century, as well as an equally emblematic discussion between jurists belonging to the present century, in order to draw some indications and, in other words, to understand whether it can still have any significance to deal with epistemology and legal methodology.

**Keywords:** Science, Methodology, Epistemology, Legal experience, Interpretation.

**Sommario:** 1. Una premessa. – 2. Discussioni di filosofi del secolo scorso. – 3. Dibattiti (simmetrici) di giuristi recenti.

### **1. Una premessa**

Pare di poter affermare con una certa sicurezza che non sembra oggi possibile registrare in letteratura importanti discussioni dedicate all’epistemologia e alla metodologia giuridica. I motivi sono probabilmente molteplici, anche se, semplificando il più possibile, essi sono riconducibili ad almeno due ragioni, indubbiamente collegate.

La prima ha a che vedere con l’affermarsi di nuovi e importanti àmbiti di ricerca, come quello dei diritti umani, della bioetica, dell’informatica e della didattica giuridica; rispetto a questi settori gli studiosi di filosofia del diritto appaiono soprattutto occupati a ricondurre tali discipline alle categorie filosofiche

giuridiche che essi usualmente adoperano, apparendo meno propensi a verificare l'impatto di tali materie sulla metodologia dei giuristi.

La seconda inerisce invece più strettamente allo sviluppo della teoria dell'interpretazione e, in senso anche più generale, al diffondersi degli studi dedicati alla teoria dell'argomentazione, discipline che effettivamente paiono avere sostituito le indagini un tempo consacrate all'analisi delle costruzioni e dei procedimenti della scienza giuridica (che nel proseguito denomineremo anche giurisprudenza)<sup>1</sup>. È soprattutto questa la questione, da cui il presente contributo intende prendere le mosse.

Infatti, non vi è dubbio alcuno che gli studi filosofici dedicati alla teoria dell'argomentazione e alle questioni inerenti l'interpretazione giuridica, àmbiti certo non sovrapponibili ma nemmeno, tutto sommato, agevolmente separabili, consentano di coniugare le indicazioni, pur intese in senso generalissimo e molto approssimativo, delle Scuole filosofico-giuridiche oggi del tutto prevalenti: da una parte, il positivismo post-hartiano e il realismo giuridico di formazione analitica, dall'altra, l'ermeneutica giuridica di Gadamer e di Ricoeur.

Tutto ciò naturalmente ha a che vedere non solo con la crisi del positivismo giuridico statualista, divenuta più evidente dopo l'esito catastrofico delle due guerre mondiali, ma anche a séguito del diffondersi dei temi legati ai diritti umani, al sempre maggiore significato assunto dalle Costituzioni e al moltiplicarsi delle fonti del diritto. Considerazioni che tanto ci paiono pacifiche, che a proposito di queste non pare necessario nemmeno troppo diffondersi, quantomeno in questa sede. In altri e notissimi termini, occorre solo rilevare che la crisi tutta novecentesca del positivismo giuridico, in tutti suoi rivoli e possibili risvolti, ha comportato la messa in discussione dell'idea stessa del sistema giuridico, quale risultato fisiologico della scienza giuridica. Ciò cagionando la rinuncia da parte di filosofi e giuristi alla costituzione di un ordinamento giuridico, inteso questo quale prodotto dell'attività chiarificatrice ed esplicativa della scienza giuridica. La fine dell'idea stessa del sistema giuridico, e non viceversa, ha comportato il disinteresse per la scienza giuridica, divenuta perlopiù un settore nemmeno troppo rilevante della teoria dell'interpretazione<sup>2</sup>.

Il tema, ai fini del presente contributo, ci pare cruciale e va meglio precisato con riferimento all'oggetto e agli scopi della giurisprudenza. In relazione all'oggetto, ci rendiamo conto che la tesi suggerita è condizionata da un'impostazione filosofica nel senso del giusnaturalismo, declinato soprattutto in un'epistemologia di stampo cognitivista e realista.

Secondo la prospettiva qui proposta, l'oggetto delle analisi scientifiche non può essere limitato al diritto positivo, pur non potendosene prescindere, poiché

<sup>1</sup> Solo per scrupolo, occorre osservare che la "*Jurisprudenz*" di Bergbohm e di Stammer era generalmente intesa come la dogmatica scientifica del diritto oppure la totalità di tutte le scienze del diritto; invece, la inglese "*Jurisprudence*" era configurata dai *commonlawiers* (Bentham e Austin) come la parte generale delle scienze del diritto.

<sup>2</sup> R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 213-225.

l'intento della scienza giuridica è quello di apprestare e proporre le teorie, che siano in grado di meglio rappresentare l'esperienza, per divenire poi orientamento e guida dell'attività del legislatore, il quale nel diritto positivo fissa provvisoriamente le sue determinazioni.

In altri termini, pare doversi affermare che proprio perché oggetto della scienza è l'esperienza giuridica nella sua complessità e in tutte le sue possibili articolazioni, la cui più rilevante è evidentemente quella fissata nel diritto positivo, lo scienziato giuridico non può certo ritenersi (solo) un elaboratore oppure un classificatore delle prescrizioni del legislatore. Egli è soprattutto un "inventore" di teorie in grado di comprendere e ordinare in modo realistico l'esperienza; esse rappresentano il substrato stesso sul quale, e risalendo al quale, opera l'attività (necessariamente) politica del legislatore<sup>3</sup>. D'altro canto, questa ci pare tesi che, per quanto lontana negli esiti, risponde alle medesime esigenze che si ritrovano negli argomenti fatti propri dalle teorie riconducibili alle determinazioni del positivismo giuridico c.d. "inclusivo", soprattutto con riferimento all'indeterminatezza e ai limiti del diritto<sup>4</sup>.

Con riferimento agli obiettivi della scienza giuridica, non vi è dubbio che le teorie della scienza giuridica, di qualunque matrice esse siano, mirino nella sostanza all'edificazione di quello che pur sempre finisce per essere un sistema (giuridico). Questo naturalmente va inteso nel senso della costruzione di un ordinamento altro rispetto a quello oggetto di osservazione, in grado di descrivere e comprendere l'esperienza giuridica. Si tratta pur sempre dell'idea che conoscere un avvenimento significa essere in grado d'indicare le cause, anche solo dal punto di vista statistico. D'altro canto, ferma ogni possibile discussione e messo da parte ogni ipotizzabile dibattito epistemologico sulla natura delle teorie scientifiche, parimenti, le leggi fisiche si propongono di dare conto della realtà (descriverla) e contemporaneamente intenderla (comprenderla), almeno nel senso in cui la scienza può e/o intende cogliere l'essenza del mondo fisico<sup>5</sup>. Da questo punto di vista, affermare che la scienza giuridica intenda "sistematizzare" l'esperienza ci pare una definizione un po' approssimativa, eppure accettabile e condivisibile, quantomeno se, nell'intento di spiegare e unificare l'esperienza giuridica, essa intenda proporre teorie complete, indipendenti ma coerenti.

Comprendiamo perfettamente che il tema dovrebbe comportare la discussione dei rapporti tra il sapere problematico della filosofia e quello convenzionale ed operativo della scienza<sup>6</sup>; il dibattito però ci porterebbe probabilmente fin troppo lontano. Ci basti a questo punto rilevare che, pur nei limiti

<sup>3</sup> F. Gentile, *Politicità e positività nell'opera del legislatore*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Catanzaro, 1998, pp. 96-101.

<sup>4</sup> G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 70-71.

<sup>5</sup> E. Agazzi, *L'oggettività scientifica e i suoi contesti*, Giunti ed. Bompiani, Firenze, 2018, pp. 520-544.

<sup>6</sup> F. Gentile, *Pensiero ed esperienza politica*, CE.GRA.M, Cercola (Na), 1980-1981, pp. 37-85.

della natura dei suoi procedimenti e con riferimento ai suoi fini operativi, la scienza non può rinunciare a descrivere in termini realistici l'esperienza, né, in nome della descrizione<sup>7</sup>, può essa abdicare alla sua comprensione.

Infine, sempre con riferimento al c.d. "sistema" della scienza giuridica, sia consentito osservare che la distinzione tra il sistema c.d. "interno" e quello c.d. "esterno" non solo non ha sempre incontrato grossi favori in letteratura<sup>8</sup>, ma soprattutto, anche a volere riconoscere una qualche utilità a tale distinzione, le concezioni ispirate al sistema interno sono sempre apparse foriere di alcune contraddizioni. Infatti, la tesi della possibile esistenza di un sistema interno costituisce una variazione dell'ermeneutica tedesca post-hegeliana di Wilhelm Dilthey e di Friedrich Schleiermacher, secondo cui vi è un'intrinseca sistematicità nel dato giuridico<sup>9</sup>. Sul tema, sia solo consentito rilevare che l'ermeneutica filosofica di Gadamer radicalizzerà questo tema, suggerendo una "famigliarità" tra l'interprete e l'oggetto, che costituisce la ragione per la quale esso diviene accessibile. Dilthey, infatti, riteneva che l'oggettività della vita dovesse passare attraverso l'oggettività della conoscenza scientifica, nella quale la vita o l'esperienza si compievano nella sua verità. Certo, Dilthey, risalendo al metodo, separava nettamente le scienze naturali, estranee all'uomo, da quelle storiche, trascurando, da questo punto di vista, la considerazione che la vita, facendosi interna alla natura, riconduceva quest'ultima alla storia, riannodando in questo l'elemento storico a quello sistematico. Si tratta di quel principio di ordine insito nell'esperienza che, secondo Cassirer, anche le scienze naturali avrebbero potuto cogliere attraverso il concetto, se lo si fosse liberato dai condizionamenti della "sostanza".

Nel settore giuridico si consegue questo medesimo risultato, se all'unità organica di scienza ed esperienza si sostituisce l'unità logica del sistema interno, cosicché "la coerenza e la completezza diventano l'altra faccia (l'aspetto per così dire superficiale) dell'intima connessione tra gli istituti di cui è composto il diritto", con conseguente corrispondenza se non anche identificazione del nesso interno con l'inferenza deduttiva<sup>10</sup>. Certo, con riferimento alla costituzione del sistema esterno, rimane la considerazione che, secondo la prospettazione qui proposta, non è del tutto condivisibile la tesi di Kelsen della *Reine Rechtslehre*, secondo la quale esso sia concepibile come un sistema completo e coerente di proposizioni normative<sup>11</sup>; oppure un vero e proprio insieme di norme ordinate dall'intervento della dottrina<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> E. Agazzi, *op. cit.*, pp. 523-527.

<sup>8</sup> Cfr. G.B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 28-34; cfr. di recente G. Pino, *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 237-240; in ogni caso, V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 15 ss.

<sup>9</sup> Cfr. M.G. Losano, *Sistema e struttura del diritto*, II, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 4-20.

<sup>10</sup> G.B. Ratti, *op.cit.*, p. 35; M.G. Losano, *op.cit.*, pp. 1-39.

<sup>11</sup> G.B. Ratti, *op. cit.*, p. 33.

<sup>12</sup> E. Bulygin, *Dogmatica giuridica e sistematizzazione del diritto*, in Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995.

Infatti, non è in discussione che si tratti di un ordine (quello indicato dalla giurisprudenza), che si sovrappone (seppure non virtualmente) a quello fissato nel diritto positivo. Eppure, si tratta di un ordine che si riferisce all'esperienza giuridica del settore di riferimento (essendo pacifico che il giurista si misuri solo con porzioni delimitate del sistema giuridico, c.d. "micro-sistemi"), il quale non è però costituito solo da proposizioni normative, intese quali proposizioni in senso logico che vertono su norme, come tali vere o false<sup>13</sup>. Sia difatti consentito precisare che l'attività scientifica è perlopiù oggi quella della dottrina, anche se essa, come noto, non si limita a proporre proposizioni normative, poiché le disposizioni giuridiche costituiscono solo una parte dell'oggetto della sua attività. Con l'elaborazione delle teorie giuridiche il giurista dà conto non solo del diritto positivo, ma dell'intera esperienza giuridica del settore di riferimento.

D'altro canto, seppure in parte per ragioni diverse, le due Scuole più importanti e autorevoli nell'ambito degli studi filosofico-giuridici, l'ermeneutica e gli studi analitici (pur con ogni approssimazione che una tale affermazione comporta), oggi sostanzialmente entrambe assimilano la scienza giuridica alla teoria dell'interpretazione. Se la tesi naturalmente non può sorprendere con riferimento alle indicazioni dell'ermeneutica giuridica, è oggi considerazione accettata anche negli ambienti analitici quella in virtù della quale la dogmatica giuridica costituisce essenzialmente un buon argomento di natura sistematica<sup>14</sup>. D'altro canto, è ormai pacifica la tesi che l'ermeneutica giuridica risolva ogni questione scientifica nell'interpretazione e nella comprensione del caso concreto, recuperando in questo modo quell'"orizzonte di senso", che non si è (ancóra) del tutto oggettivato nel diritto positivo, e che contemporaneamente lo presuppone. Infatti, solo istituendo, attraverso la c.d. "precomprensione", una continuità di significato tra l'interprete e il diritto positivo, il giurista può accedere a quel senso della tradizione giuridica, che assicura la verità dell'interpretazione<sup>15</sup> e la giustizia della sentenza<sup>16</sup>.

D'altronde, la svolta interpretativa degli anni Ottanta del secolo scorso pare avere ormai posto in discussione la possibilità stessa di esercitare la scienza del diritto. Essa non solo ne ha rilevato l'inutilità, ma anche la possibilità stessa di comparare le diverse teorie giuridiche in relazione, a parità di condizioni, alla loro capacità esplicativa. Da questo punto di vista, è persino esemplare la tesi di Ronald Dworkin, secondo la quale, in relazione ad un caso particolare si costruisce un argomento che mostra che esiste una determinata e unica risposta corretta, la quale

<sup>13</sup> R. Guastini, *op. cit.*, p. 217, n. 15.

<sup>14</sup> G. Pino, *op. cit.*, p. 299.

<sup>15</sup> F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 129-133, pp. 259-267.

<sup>16</sup> Tesi questa che il de-costruzionismo di Derrida, secondo il quale la "differenza" tra diritto positivo e giustizia è il risultato di un'"alterità radicale", porterà all'estreme conseguenze, visto che la violenza del diritto positivo va decostruita, e la decostruzione stessa "è la giustizia" (J. Derrida, *Forza di legge. Il "fondamento mistico dell'autorità"*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, p. 64).

può essere criticata solo mostrando che in relazione a quel caso di specie la risposta proposta non è corretta, o che i valori che hanno contribuito a produrre una possibile risposta non sono commensurabili. “Il mito' che vi sia una sola risposta giusta a un caso difficile è difficile da smontare ed è efficace. Tutto ciò conta come argomento per dimostrare che non si tratta di un mito”<sup>17</sup>.

Va, in altri termini, sempre più affermandosi l'idea che l'attività interpretativa consenta sia l'identificazione del diritto valido sia il contenuto stesso della disposizione giuridica, prevalendo la tesi dell'impossibilità di distinguere l'oggetto dell'interpretazione dal risultato interpretativo, l'interpretazione giuridica dall'argomentazione<sup>18</sup> e dall'applicazione del diritto<sup>19</sup>. In ultima analisi, è oggi tesi prevalente, anche nelle posizioni filosoficamente più lontane, che quello della positivizzazione del diritto sia un procedimento<sup>20</sup> e che esso trovi una valorizzazione soprattutto nella decisione del caso concreto<sup>21</sup>.

Non vi è dubbio che per le teorie analitiche l'attività dell'interpretazione e quella dell'applicazione della norma al caso concreto sono opere distinte, poiché, mentre ciascun soggetto giuridico può interpretare, l'applicazione del diritto è attività che compete solo al giudice e ai funzionari amministrativi<sup>22</sup>. Eppure, anche le Scuole analitiche sembrano sempre più convergere sull'idea che il c.d. “ritorno al diritto” sia oggi soprattutto inteso come riscoperta del caso giuridico, in particolare quello portato all'attenzione del giudice, il quale consente di attribuire importanza al valore connesso all'attività interpretativa e all'attitudine del giurista di portare ragioni a sostegno di scelte interpretative. Donde il successo nella filosofia del diritto contemporanea anche della ragion pratica e della teoria dell'argomentazione<sup>23</sup>. In questi termini, il sistema appare sostituito dallo “spazio giuridico”, venendo a profilarsi un rapporto fortissimo tra l'interpretazione, l'argomentazione e l'applicazione, poiché la concretizzazione del diritto diventa la sua stessa positivizzazione<sup>24</sup>. Non vi è dubbio, infatti, che anche secondo le teorie analitiche oggi prevalenti, non vi è alcuna differenza qualitativa tra l'interpretazione giudiziale e quella dottrinale, poiché la sussunzione generica (o qualificazione giuridica della fattispecie) è da considerarsi parte integrante di qualunque attività

<sup>17</sup> R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 331-346.

<sup>18</sup> R. Guastini, *op.cit.*, pp. 267-269.

<sup>19</sup> Cfr. U. Neumann, “Teoria dell'argomentazione giuridica”, in *Ars Interpretandi*, 15 (2010), pp. 49-70.

<sup>20</sup> C. Luzzati, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 375-382.

<sup>21</sup> F. Cavalla, *L'origine e il diritto*, Franco Angeli, Milano, 2017, pp. 377-413.

<sup>22</sup> R. Guastini, *op. cit.*, pp. 253-257.

<sup>23</sup> Si vedano R. Alexy, “Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto”, in *Ars Interpretandi*, 15 (2010), pp. 17-36; M. Atienza, “Robert Alexy e la ‘svolta argomentativa’ nella filosofia del diritto contemporanea”, in *Ars Interpretandi*, 15 (2010), pp. 261-305; M. Manzin, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Giappichelli, Torino, 2014.

<sup>24</sup> Cfr. F. Viola, “Il futuro del diritto”, in *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derecho humanos*, 79 (2018), pp. 33-34.

interpretativa, sia essa svolta dalla giurisprudenza per decidere casi concreti oppure dalla dottrina per precisare il significato di testi giuridici<sup>25</sup>.

Secondo la tesi qui proposta, invece, le attività scientifiche dei giuristi, perlopiù svolte dalla dottrina, sono compiute nell'intento di descrivere, spiegare e comprendere il diritto, a fini sia conoscitivi, sia pratici, sviluppando logicamente e riformulando soprattutto (ma non solo) le disposizioni giuridiche del diritto positivo. E ciò, secondo schemi del tutto svincolati da quelli dei giudici stessi, pur apprestando, ma ad altri fini, teorie e soluzioni che possono essere utilizzate dagli organi giurisdizionali<sup>26</sup>. Non vi è dubbio allora che, se con l'espressione sistema giuridico s'intenda il risultato del "mettere ordine" nell'ordinamento giuridico<sup>27</sup>, i giuristi hanno, almeno quale riferimento ideale, il sistema giuridico, inteso come l'unità di quel sotto-sistema (il diritto commerciale, il diritto penale), che essi intendono ordinare. Esso costituisce, contemporaneamente, il risultato delle/operazioni sulla e attraverso la dogmatica giuridica, e il criterio di verifica e/o confutazione delle teorie proposte<sup>28</sup>.

In linea molto approssimativa, è possibile affermare che la ricerca dello scienziato giuridico prende le mosse da un problema, il quale spesso coincide con il sopravvenuto difficile rapporto di una disposizione giuridica con i fatti della vita che interessano il diritto; si pensi oggi allo sviluppo dell'intelligenza artificiale e alla necessità di disciplinare l'interferenza della medesima con la realtà. In altri termini, il giurista ha a che fare con norme (o con la loro assenza) e fatti, che impongono il ripensamento della teoria giuridica prevalente oppure attività dell'uomo che non sono più comprensibili attraverso la dogmatica giuridica la quale, secondo l'accezione accolta, costituisce il risultato delle elaborazioni scientifiche prevalenti rispetto a un dato settore dell'ordinamento. Se le risposte della dogmatica diventano, infatti, insufficienti, occorre comprendere, facendo le opportune concretizzazioni, se effettivamente vi sia una distanza non colmabile tra quello che sono gli accadimenti fattuali e le indicazioni contenute nel diritto positivo. In tal caso, occorre risalire alla teoria e comprendere se, opportunamente corretta, soprattutto partendo dagli enunciati "periferici", il cui mutamento porterebbe il minor danno possibile all'edificio della scienza giuridica (il sotto-sistema) sia possibile fornire una risposta ai problemi che gli accadimenti procurano. È poi necessario capire se la difficoltà incontrata dipende da un difetto d'inferenza, perlopiù deduttiva. Oppure se le correzioni, che devono essere apportate alla teoria, consentano di rispondere al quesito, ma tali soluzioni comportino conseguenze giuridiche non compatibili con la coerenza del settore giuridico del quale il giurista si sta occupando. In questo caso, occorre

<sup>25</sup> G. Pino, *op. cit.*, p. 67; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 199.

<sup>26</sup> G.B. Ratti, *op. cit.*, pp. 219-220, 353-355.

<sup>27</sup> F. Gentile, *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova, 2000, pp. 3-28.

<sup>28</sup> Cfr. M.G. Losano, *Sistema e struttura nel diritto. Dalle origini alla scuola storica*, I, Giappichelli, Torino, 1968, pp. 113-148.

probabilmente abbandonare la teoria e nei casi più gravi il modello stesso che ne costituisce il fondamento. Una volta proposta una teoria, è poi necessario procedere alla sua confutazione; a séguito di tale attività di falsificazione, i giuristi adattano, modificano e ampliano l'ambito di applicazione della teoria proposta, e così il rapporto di questa con quella porzione dell'esperienza giuridica, che essi intendono comprendere e spiegare. La confutazione della teoria giuridica non è solo un tentativo di falsificazione della stessa, ma anche l'individuazione, rispetto allo schema generale di riferimento, di un riscontro a quanto formulato, accrescendo in questo modo la conoscenza del diritto<sup>29</sup>.

Si tenga, infine, presente che una teoria giuridica consta non solo di una serie di presupposti di natura filosofico-metafisica, ma anche di alcune assunzioni (principio di non contraddizione e del terzo escluso)<sup>30</sup>, che a loro volta risentono, solo per fare qualche esempio ricavato dalle scienze naturali, di una particolare idea della logica o della matematica<sup>31</sup>. Inoltre, una teoria giuridica si caratterizza sia per l'esistenza di alcune conoscenze che costituiscono lo "sfondo" su cui essa si colloca (le elaborazioni della giurisprudenza, la dogmatica giuridica, i comportamenti consolidati dei destinatari delle norme giuridiche), sia per la vera e propria attività di modellizzazione, da cui deriva la teoria scientifica. Quest'ultima è connotata da una sorta d'idealizzazione dell'esperienza giuridica, alla quale segue, anche ai fini della confutazione, la concretizzazione della medesima, che non solo ha una propria indipendenza e autonomia, ma soprattutto ha un suo importante ruolo conoscitivo.

Pacifico che tali procedimenti non hanno nulla che vedere con l'interpretazione giuridica-attività, seppure sia altrettanto sicuro che una teoria giuridica possa determinare un puntuale risultato interpretativo.

Il proseguo del contributo sarà allora dedicato prima all'illustrazione di un dibattito del secolo scorso, e poi alla disamina di una recente discussione tra giuristi, entrambe sul senso stesso della scienza giuridica. E ciò nell'intento di dimostrare come l'idea stessa che lo studio del diritto positivo (l'oggetto della giurisprudenza) assorba interamente le indagini del giurista si è a tal punto consolidata che anche i filosofi e i giuristi programmaticamente più antipositivisti non sono in grado di rinunciare alla concezione della scienza giuridica come semplice elaborazione del solo diritto positivo.

## 2. Discussioni di filosofi del secolo scorso

“Il problema della natura della giurisprudenza [...] è diventato, specialmente in questi ultimi anni, quello che si dice un tema di moda”, affermava ormai

<sup>29</sup> E. Agazzi, *op. cit.*, pp. 545-568.

<sup>30</sup> Cfr. M. Bunge, *Philosophie de la Physique*, Éditions du Seuil, Paris, 1973.

<sup>31</sup> U. Bottazzini, *Il calcolo sublime. Storia dell'analisi infinitesimale da Euler a Weierstrauss*, Boringhieri, Torino, 1981, p. 13.



settant'anni fa Enrico Opocher, allorché negli ultimi mesi del 1953 richiamava gli studenti della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova ad affrontare quello che egli denominava “un terreno d'incontro tra i filosofi del diritto e giuristi particolarmente fecondo, una specie di tregua alla loro antica, reciproca incomprendione”<sup>32</sup>. Appare pacifico che lo scritto cui il filosofo di Padova si riferiva era un saggio del 1922 di Angelo Ermanno Cammarata<sup>33</sup>, giovane ma già noto fautore dell'attualismo gentiliano nel campo della filosofia del diritto. Egli riteneva quello dei rapporti della filosofia del diritto con la giurisprudenza un problema cruciale<sup>34</sup>:

mentre il filosofo del diritto crede in cuor suo di agevolare il cammino del giurista, invitandolo a sollevarsi in una sfera ben più elevata che non quella del mero tecnicismo, il giurista, invece, nell'intento di conservarsi “puro” il più che sia possibile, crede indispensabile rifuggire da tutto quel che abbia, anche lontanamente, sapor di filosofia: quasi che ciò costituisse il criterio più sicuro per conservare intatte le doti del vero giurista<sup>35</sup>.

Enrico Opocher sarebbe stato sempre convinto, e con lui a ben vedere tutta la importante Scuola padovana di filosofia del diritto<sup>36</sup>, che la scienza giuridica (nella pluralità delle sue prospettive) finisca per formulare a proposito del diritto

una serie di giudizi puramente descrittivi che tendono a rappresentarci il fenomeno giuridico nella sua struttura e nei suoi nessi fondamentali, mentre la filosofia del diritto pronuncia su di esso una serie di giudizi di valore che tendono ad interpretare il significato che il fenomeno giuridico esprime per la vita della coscienza<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> Sono gli Appunti delle Lezioni tenute dal maestro padovano nel 1953, raccolte nel volume E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto. Il problema della natura della giurisprudenza* (1953), CEDAM, Padova, 1954.

<sup>33</sup> Il riferimento è naturalmente sempre a Cammarata: “Anche, prescindendo, infatti, dalle note tesi del Cammarata (la filosofia del diritto come critica gnoseologica della giurisprudenza) che perviene ad una simile conclusione non già per un atteggiamento negativo nei confronti della filosofia, ma, all'opposto, perché attraverso un acuto e coerentissimo sviluppo delle premesse idealistiche, sostiene l'identità dell'esperienza giuridica con la giurisprudenza”. Per il noto intervento si veda A.E. Cammarata, “Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia”, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2 (1922), pp. 234-258.

<sup>34</sup> Cfr. L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, CEDAM, Padova, 1955, p. 1.

<sup>35</sup> Cfr. A.E. Cammarata, *op.cit.*, p. 234.

<sup>36</sup> F. Gentile, *Pensiero ed esperienza politica*, cit., p. 39, in cui il maestro padovano evidenziava che “quale che sia l'iter attraverso cui si è venuta determinando [una teoria scientifica], per la ricerca successiva, cioè per la ricerca scientifica in senso stretto, si configura come un principio non problematizzato né problematizzabile, quindi essenzialmente ipotetico, tendente appunto a circoscrivere la problematicità dell'esperienza entro limiti convenzionali ben precisi”.

<sup>37</sup> Cfr. E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, CEDAM, Padova, 1983, p. 3: “le fondamentali obiezioni che si muovono alla filosofia del diritto sono sostanzialmente tre. La prima, di carattere più generale e proveniente per lo più dal campo dei giuristi, nega la legittimità della filosofia del diritto in quanto filosofia; la seconda, proveniente generalmente dal campo dei filosofi puri, nega la

Infatti, per quanto riguarda l'evoluzione della filosofia del diritto nel panorama giuridico-filosofico italiano<sup>38</sup>, rilevanti sarebbero state le conseguenze di questo "punto fermo"; d'altro canto, Francesco Carnelutti aveva persino ritenuto di teorizzare un'"*actio finium regundorum*" tra filosofia e scienza giuridica<sup>39</sup>. Eppure, quella determinazione degli anni Cinquanta di Enrico Opocher, secondo la quale era il momento di affrontare il dibattuto tema della natura della giurisprudenza, consentiva di intervenire in una discussione, nella quale si erano pronunciati studiosi già importanti e apprezzati, come Bruno Leoni e Norberto Bobbio. D'altronde, risalendo alla seconda parte degli anni Trenta, occorre ricordare che erano già state date alle stampe alcune tra le più significative opere dedicate al tema della scienza giuridica; basti pensare a *Il diritto come relazione* di Renato Treves del 1934, a *Scienza e tecnica del diritto* di Norberto Bobbio del medesimo anno, a *Il problema della scienza del diritto* di Giuseppe Capograssi del 1937, agli *Studi filosofici sulla scienza del diritto* di Flavio Lopez de Oñate del 1939, a *L'interpretazione del diritto* di Gino Gorla del 1941, a *Diritto e scienza giuridica nella critica del concreto* di Luigi Bagolini del 1942, a *Per una teoria irrazionale del diritto* di Bruno Leoni del medesimo anno, a *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto* di Francesco Olgiati dell'anno successivo ma ristampato nel 1950, a *La filosofia dei giuristi italiani* di Luigi Caiani del 1955, ai quali vanno aggiunti *Il problema della scienza del diritto* di Bruno Leoni del 1940, *Teoria della scienza del diritto* di Norberto Bobbio di dieci anni successivo, fino a *Il problema della natura della giurisprudenza* di Enrico Opocher del 1953.

Opocher proponeva quel medesimo itinerario che era stato indicato da Bruno Leoni nella *Prefazione* al Suo saggio sulla giurisprudenza<sup>40</sup>, del tutto contiguo a

possibilità di porre accanto alla filosofia generale le cosiddette filosofie particolari, tra le quali appunto andrebbe annoverata la filosofia del diritto; la terza, infine, rivolta tanto da giuristi quanto da filosofi, sostiene che, pur ammettendosi la legittimità di una filosofia particolare, il diritto non può, per il suo peculiare carattere, costituire oggetto di riflessione filosofica autonoma", per poi evidenziare che "mentre la scienza studia il 'come' del proprio oggetto, la filosofia del diritto ne studia il 'perché'".

<sup>38</sup> Anche se non vi è un esplicito riferimento ad Angelo Cammarata, occorre comunque ricordare il recentissimo A. Punzi, voce "Filosofia del diritto", VI aggiornamento, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 1163, in cui l'Autore evidenziava come "a partire dagli anni '50, attraverso due direzioni fondamentali, individuabili - in modo certo ambiguo - come 'una filosofia del diritto per i giuristi' ed 'una filosofia del diritto per i filosofi': il primo approccio inteso ad elaborare, con gli strumenti del neo-positivismo prima e della filosofia analitica poi, un'analisi logico-formale dell'ordinamento e dei concetti giuridici fondamentali; l'altro, proiettato, in continuità con i 'classici' del pensiero, ma anche in dialogo con alcune voci della filosofia più recente, verso un'interrogazione radicale sul senso e sul valore del diritto per la concreta esperienza dell'uomo".

<sup>39</sup> Cfr. F. Carnelutti, "I giuristi e la filosofia", in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 3 (1923), pp.184-189, in cui l'Autore afferma: "Io credo che a dirimere questa specie di malinteso che esiste, non dico tra i giuristi e i filosofi [...] molto varrebbe, come avviene sempre, la sincerità. I giuristi devono confessare che non sono filosofi e i filosofi che non sono giuristi. E la colpa è di questo meticcio, che noi chiamiamo filosofia del diritto".

<sup>40</sup> B. Leoni, *Il problema della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1940, p. 5.

quello indicato da Norberto Bobbio, il quale si prefiggeva di stabilire se la ricerca “del giurista – quella che potremmo anche chiamare con termine antico giurisprudenza – sia o non sia una scienza”<sup>41</sup>. Si prenda a tal proposito a riferimento la metodologia giuridica proposta da Norberto Bobbio negli anni Cinquanta. Il programma era non poco ambizioso, e soprattutto era svolto tutto in ambito epistemologico, complessivamente prescindendo dalla concreta attività dei giuristi. Alcune insufficienze sarebbero proprio dipese dalla considerazione che l’operazione era soprattutto teorica; egli intendeva coniugare l’insegnamento di Kelsen con la filosofia analitica del linguaggio e il neo-empirismo<sup>42</sup>. Bobbio dedicava a questo studio soprattutto *Teoria della scienza giuridica* del 1950<sup>43</sup>. Eppure, era evidente che alcuni principi della filosofia analitica, quali la distinzione tra i “livelli di discorso”, la considerazione che la filosofia si occupa soprattutto dell’analisi di altri discorsi, la separazione tra contesto della scoperta e quello della giustificazione e altri dell’epistemologia neo-empirista, come la distinzione tra analitico e sintetico e la grande divisione tra descrittivo e prescrittivo non erano agevolmente riconducibili al neo-kantismo che ancora innervava l’epistemologia kelseniana. Bobbio optava senza dubbio per la tesi di Carnap, secondo il quale la prospettiva fisicalista avrebbe potuto fornire agli scienziati le procedure che possono presiedere alla formazione di un linguaggio rigoroso e coerente. Anche la scienza giuridica doveva mirare alla costruzione di un tale linguaggio, e ciò attraverso una serie di operazioni che hanno a oggetto proprio il linguaggio del legislatore. Da questo punto di vista, però, Bobbio dovrà rinunciare all’empiricità della giurisprudenza; infatti, dopo aver affermato che ciò che caratterizza la scienza giuridica sono le “le regole di comportamento”, nei confronti delle quali “si possono condurre due ricerche distinte: o analizzare la regola, in quanto tale, cioè come struttura tipica entro cui vengono assunti tutti i comportamenti che da questa assunzione acquistano il carattere di giuridici, oppure il contenuto delle regole, ovvero il comportamento regolato”<sup>44</sup>, l’una avrebbe preso il nome di “teoria generale del diritto”, l’altra di “scienza giuridica”<sup>45</sup>. Occorreva però armonizzare questa distinzione con la nota lezione di Carnap, secondo il quale possono sussistere solo due modelli cui la conoscenza scientifica può essere ricondotta: le scienze formali, che si dedicano allo studio delle forme delle espressioni linguistiche e delle regole per la loro trasformazione, che risultano strumentali alle scienze empiriche in quanto forniscono i mezzi logici per l’esplicazione di regole di fatto<sup>46</sup>; e le scienze empiriche, che invece si caratterizzano per lo studio delle proposizioni nei

<sup>41</sup> Cfr. N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1950, p. 53.

<sup>42</sup> M. Jori, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 22.

<sup>43</sup> Cfr. N. Bobbio, *op.cit.*, ma anche U. Scarpelli, “Scienza del diritto e analisi del linguaggio”, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 5-6 (1948), pp. 212 ss.

<sup>44</sup> N. Bobbio, *op.cit.*, p. 166.

<sup>45</sup> *Ivi*, p.175.

<sup>46</sup> M. Cossutta, *Riflessioni sulla giurisprudenza come scienza. Dal more geometrico alla Geometrie der totalen Rechtserscheinung*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2018, pp.98-101.

loro rapporti con i vari contenuti di esperienza, cosicché non può essere pensata una conoscenza empirica, la quale non sia fondata e sorretta da sviluppi logico-formali dei dati. La giurisprudenza, allora, non potrà che indirizzarsi verso i giudizi analitici, che traggono il loro criterio di correttezza nei principi logici, che fondano le trasformazioni delle proposizioni iniziali, e non ai giudizi sintetici, i quali trovano la loro correttezza nella rispondenza con la realtà empirica, e in questi termini accrescono la conoscenza. La concezione che si appoggia al normativismo consente di affermare che la giurisprudenza è scienza formale, poiché il diritto altro non è se non l'elemento formale della vita sociale<sup>47</sup>. Da questo punto di vista il formalismo giuridico s'identifica con la teoria normativa del diritto, cosicché l'accettazione della costruzione normativa implica la considerazione della giurisprudenza come scienza formale nel senso indicato da Carnap. Eppure, secondo Bobbio, essa non è solo scienza formale, cosicché, per essere considerata anche scienza empirica, deve essere scienza dei comportamenti regolati dalle norme: "la norma funziona così come schema qualificativo"<sup>48</sup>.

In ultima analisi, Bobbio riteneva che la scienza giuridica dovesse purificare il discorso del legislatore, procedere al suo completamento e alla sua ordinazione. Appare evidente che oggetto di questa giurisprudenza sono (solo) le norme prodotte dal legislatore, e il principio/criterio di verifica/falsificazione è costituito da una sorta di isomorfismo tra la logica delle norme e delle proposizioni normative<sup>49</sup>.

Bruno Leoni, dal canto suo e in quegli stessi anni, appariva come sempre efficacissimo:

è comprensibile che il problema della scienza giuridica si sia spesso atteggiato come problema classificatorio: ma se si cerca sotto la superficie, il suo vero senso riesce chiaro. Frugare, talora affannosamente, in tutto il casellario dello scibile, per scoprirvi – con un Dilthey, con un Rickert, con un Lask, con un Kelsen, o con uno Stammler – un posto adeguato alla disciplina giuridica, significa, realmente ripresentare il problema della possibilità di quella 'scienza'<sup>50</sup>

che "si svela, in ultima analisi, come il problema della possibilità del suo oggetto"<sup>51</sup>. In questa prospettiva risulta decodificabile la cifra teorica di Leoni, secondo la quale "scienza e sistema appaiono dunque indissolubili", poiché la pretesa organizzazione unitaria, compiuta dalla scienza giuridica,

si riduce alla giustapposizione di due sistemi di diritto, inutili entrambi e lacunosi: quello costituito dall'ordinamento giuridico attraverso il mutare dei

<sup>47</sup> Cfr. N. Bobbio, *op.cit.*, pp. 139, 143, 150.

<sup>48</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Einaudi, Torino, 1952, p. 50.

<sup>49</sup> G.B. Ratti, *op.cit.*, pp. 103-105.

<sup>50</sup> Cfr. B. Leoni, *Per una teoria dell'irrazionale*, Giappichelli, Torino, p. 31.

<sup>51</sup> *Ivi*, pp. 71-72.

regimi, e quello escogitato dall'interprete, per soddisfare con coerenza le molteplici necessità dell'applicazione concreta<sup>52</sup>.

Pertanto, la vera grande classificazione verrebbe a delinarsi tra i “tentativi di 'fondare' la scienza enunciandone un nuovo oggetto, o di negare la scienza stessa, contestando l'esistenza del suo oggetto tradizionale” (appartenendo a questa categoria il purismo kelseniano) e, invece, quelli intesi “a provare criticamente la possibilità della scienza, dimostrando, cioè, la 'costruibilità' del suo oggetto”, così come avevano fatto i neo-kantiani, “per l'attitudine a fissare forme stabili nell'esperienza giuridica, a malgrado della mutevolezza del suo contenuto storico”<sup>53</sup>. Lo stile è, come sempre, impressionistico, ma appare evidente che l'esistenza stessa della giurisprudenza dipende dalla natura e dalla identificazione del suo oggetto, che ne condiziona anche gli scopi. E non poteva essere un caso se anche Norberto Bobbio, seppur da una prospettiva filosofica diversa, avesse affermato che discutere della scientificità della giurisprudenza “significa domandarsi se essa sia o non sia una ricerca che abbia le stesse ragioni di validità delle ricerche teoreticamente più salde”<sup>54</sup>, e così “porci il problema risolutivo, quel problema che più volte è affiorato ma non è stato sinora affrontato direttamente: vogliamo dire il problema dell'oggetto della scienza giuridica”<sup>55</sup>.

A dire il vero, in Opocher il tema è affrontato risalendo al profilo degli obiettivi della scienza giuridica, ma poco rileva, perché la soluzione al problema della scientificità della giurisprudenza dipendeva soprattutto dalla possibilità di collocare la scienza giuridica in questa o quella categoria (oppure in una intermedia). Donde l'idea che caratterizzava tutto il lavoro non solo di Leoni e di Bobbio, ma anche dello stesso Opocher, che la giurisprudenza finisse per essere una metodologia duplicata, in quanto rappresentata da un momento teorico e classificatorio, che è costituito dalla teoria generale del diritto, e da un aspetto di comprensione del reale, il quale è rappresentato dall'attività individualizzante dell'interpretazione giuridica.

Infatti, solo per restare al maestro padovano, l'idea di fondo è che “coloro che ravvisano nella giurisprudenza una scienza spirituale o una scienza individualizzante, avrebbero mosso dal presupposto che il diritto sarebbe stato un valore pratico”, mentre

la concezione della giurisprudenza come scienza generalizzante, sul piano speculativo, avrebbe portato a quel processo di concettualizzazione dei valori (e di conseguente vanificazione del problema assiologico in quello gnoseologico) che caratterizza lo sviluppo dato all'idealismo dal neohegelismo italiano<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> *Ivi*, p. 50. Sul punto, si veda sempre B. Leoni, *Il problema della scienza giuridica*, cit., p. 176.

<sup>53</sup> B. Leoni, *Per una teoria*, cit., p. 74.

<sup>54</sup> N. Bobbio, *op. cit.*, p. 53.

<sup>55</sup> *Ivi*, pp. 159-160.

<sup>56</sup> *Ivi*, p. 112.

Pertanto, differentemente da Dilthey, in Windelband e in Rickert

ciò che fa una scienza, o meglio ciò che costituisce il carattere peculiare di una determinata scienza non è costituito dal particolare carattere dell'oggetto che questa scienza studia, ma è costituito, all'opposto, dalla maniera con la quale qualsiasi oggetto può essere studiato<sup>57</sup>.

Persino ancora più esemplare la ricostruzione del pensiero di Emil Lask, poiché i due momenti della giurisprudenza si sarebbero potuti ricondurre “l'uno alle scienze generalizzanti, l'altro alle scienze individualizzanti”, poiché “nel momento della teoria generale del diritto il giurista si sarebbe preoccupato di elaborare concetti di carattere generale”, mentre “nel momento dell'interpretazione si sarebbe preoccupato di trovare il significato delle norme nelle proposizioni normative con cui ha a che fare”<sup>58</sup>. Anche in tal caso l'attuata schematizzazione avrebbe trovato il suo fondamento nell'intento di evidenziare come la giurisprudenza avesse, contemporaneamente, partecipato dei caratteri “tanto delle scienze naturali quanto delle scienze spirituali o storiche”, poiché, a ben vedere, secondo Lask, i due temi fondamentali della scienza giuridica sarebbero stati caratterizzati, il primo “dall'unitaria presa di posizione del diritto e della giurisprudenza nei confronti del sostrato pre-giuridico della vita e della cultura, cioè la riformazione del materiale pre-giuridico in concetti giuridici”, mentre il secondo avrebbe studiato “il reciproco nesso sistematico dei concetti giuridici, ovvero la forma di sistema della giurisprudenza”<sup>59</sup>. Eppure, anche nel Radbruch di Opocher, “tutta l'opera del giurista sarebbe pertanto condizionata da una presa di posizione su di una particolare situazione storica”, con la conseguenza che “il giudizio del giurista sarebbe sempre un giudizio storico”<sup>60</sup>, ma occorre coniugare “il metodo ‘individualizzante’ che, secondo Rickert, deve essere proprio di ogni scienza di cultura, colla scienza giuridica, da cui è sorto, per così dire, lo stesso concetto di legge?”<sup>61</sup>. Persino l'opera di Rudolf Stammler<sup>62</sup> era descritta come un formidabile esempio di applicazione all'ambito giuridico di quella concezione, secondo la quale ciò che renderebbe possibile la conoscenza sarebbe un ordinamento formale della materia oggetto di analisi:

come la conoscenza di qualsiasi oggetto è possibile in quanto si attui una sintesi tra l'elemento formale o a priori e l'elemento materiale dell'esperienza,

<sup>57</sup> *Ivi*, p. 46.

<sup>58</sup> Cfr. E. Opocher, *Il problema della natura*, cit., p. 50.

<sup>59</sup> Cfr. E. Lask, *Rechtphilosophie*, cit., p. 41.

<sup>60</sup> E. Opocher, *Il problema della natura*, cit., p. 55.

<sup>61</sup> B. Leoni, *Il problema della scienza giuridica*, cit., p. 60.

<sup>62</sup> Per una trattazione del pensiero di Stammler, può essere opportuno vedere E. Kaufmann, *Critica della filosofia neo-kantiana del diritto*, ESI, Napoli, 1992; G. Gigliotti, *Il neocriticismo tedesco*, Loescher, Torino, 1983.

così anche la conoscenza della società implica un elemento formale [la legge] e uno materiale [le norme giuridiche],

con la conseguenza che la giurisprudenza dovrebbe essere “lo studio di quell’*a-priori*, che rende possibile la conoscenza della società”<sup>63</sup>.

Non interessa in questa sede osservare come la soluzione alla supposta duplicazione del metodo della giurisprudenza in tali Autori avesse un fondamento sostanzialmente epistemologico in Norberto Bobbio, e ciò attraverso le indicazioni del neo-empirismo logico; perlopiù filosofico in Bruno Leoni, anche se il riferimento all’irrazionale sarebbe parso per certi versi un po’ oscuro. Secondo il maestro padovano, invece, la giurisprudenza, in quanto scienza formale<sup>64</sup>, era strumentale rispetto all’attività del giudice, il quale “nell’atto di applicare le norme al fatto concreto, deve tener conto dell’interpretazione data a questa norma dal giurista, e delle figure logiche che da queste norme il giurista ricava nella teoria generale del diritto”<sup>65</sup>.

Eppure, tutto ciò “si tiene”, perché “il diritto è inseparabile, nel suo concetto e nella sua struttura, dalla possibilità del processo”<sup>66</sup>, il quale ha sempre “un carattere strumentale”, poiché “ciò che esso fa valere non appartiene alla sfera giuridica”<sup>67</sup>. In questo modo si ripresentava quella convinzione, di matrice esistenzialistica, che avrebbe accompagnato l’intera opera di Opocher, secondo cui

il valore si rivela come veicolo del processo di oggettivizzazione dell’esistenza”, rispetto al quale “il diritto è valore proprio perché appartiene al processo di oggettivizzazione dell’esistenza, perché la sua funzione ‘significatrice’ sorregge attraverso la storia, la continuità e la coerenza dell’umana libertà”<sup>68</sup>;

non è detto però che in questi termini il problema epistemologico della duplicazione della metodologia giuridica fosse risolto, ma la questione ci porterebbe però

<sup>63</sup> E. Opocher, *Il problema della natura*, cit., p. 66.

<sup>64</sup> Cfr. H. Hahn, O. Neurath, R. Carnap, *La concezione scientifica del mondo*, Laterza, Roma-Bari, 1979, nel quale saggio gli Autori determinano le categorie scientifiche fondamentali nell’ambito della nuova concezione della scienza: scienze empiriche e scienze formali. Le prime, il cui oggetto, consiste in un fatto, si snodano attraverso un’elaborazione sperimentale dei fatti medesimi, implicando giudizi sintetici. Le scienze formali originano invece da un complesso di simboli che sono già rappresentazioni di fatti; attraverso di esse non si ottiene una conoscenza ulteriore, rispetto ai dati di partenza, poiché la ricerca si muove all’interno delle rappresentazioni medesime, e ciò attraverso giudizi analitici. Le scienze formali, secondo Carnap, hanno una funzione essenzialmente strumentale, rispetto al procedere delle scienze empiriche.

<sup>65</sup> Cfr. E. Opocher, *Il problema della natura*, cit., p. 108.

<sup>66</sup> Cfr. F. Gentile, *Politica aut/et Statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell’ordinamento politico*, Giuffrè, Milano, 2003, decisamente sul punto p. 144, ma anche F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto*, CEDAM, Padova, 1991.

<sup>67</sup> Cfr. E. Opocher, *Lezioni di filosofia*, cit., p. 293.

<sup>68</sup> *Ivi*, p. 284.

lontano. In effetti, la netta duplicazione (nella teoria generale del diritto e nella teoria dell'interpretazione giuridica) della metodologia giuridica, che secondo Opocher avrebbe accompagnato la storia stessa del metodo della scienza giuridica, ritrovava una sua unità (solo) nel riconoscimento della natura strumentale di questa rispetto all'attività del giudice svolta nel processo, al quale era attribuito il compito di riaffermare il valore, ricomponendo la frattura della relazione giuridica a séguito della lite. Infatti, in questo senso, solo la natura processuale dell'esperienza giuridica consente di affermare il valore degli elementi costitutivi della stessa (norma, azione e giudizio)<sup>69</sup>.

A questo punto della nostra analisi, non interessa tanto discutere la bontà delle tesi filosofiche proposte da Bruno Leoni e da Enrico Opocher, quanto rilevare come esse, pur programmaticamente ostili ad ogni forma di positivismo giuridico, non revocano in dubbio l'idea che il giurista non possa che occuparsi del diritto positivo; certo, per elaborarlo oppure interpretarlo, ma pur sempre solo del diritto positivo; ciò coincide, da questo punto di vista, con la lezione normativistica degli anni Quaranta e Cinquanta di Norberto Bobbio.

### 3. Dibattiti (simmetrici) di giuristi recenti

Ci pare utile prendere le mosse dell'analisi dal noto saggio *Nichilismo giuridico* di Natalino Irti del 2004, scritto probabilmente prima che definitivamente prevalesse nella produzione filosofico-giuridica del maestro romano un esito fortemente nichilista, anche se, a dire il vero, la sua importante opera filosofico-giuridica sin dal *Dialogo su diritto e tecnica* sarebbe apparsa già influenzata dalle lezioni di Nietzsche e dal ripensamento in chiave moderna della concezione filosofica di Parmenide; e ciò probabilmente anche attraverso le note riflessioni di Emanuele Severino<sup>70</sup>.

L'intendimento della presente trattazione è il medesimo di quello di cui al paragrafo precedente: dimostrare come anche le teoriche dei giuristi che più apertamente si dichiarano antipositivistiche, come quelle di Mario Barcellona e Nicolò Lipari, ritengono che la scienza giuridica, non potendo che occuparsi del diritto positivo e non potendo certo limitarsi a elaborarlo, lo devono ricostruire (ed in parte modificare), ora attraverso un sistema c.d. "funzionalmente evolutivo"<sup>71</sup>, ora tramite l'interpretazione giuridica<sup>72</sup>.

D'altro canto, Natalino Irti, risalendo a una posizione rigidamente positivista e dichiaratamente normativistica, assimilabile, seppure solo per certi versi, a quella

<sup>69</sup> E. Opocher, "Il diritto nell'esperienza pratica: la processualità del diritto", in *Lezioni di filosofia*, cit., pp. 285 ss.

<sup>70</sup> Cfr. N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

<sup>71</sup> M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso; lineamento di una teoria giuridica sistemica*, voll. I-III, Giappichelli, Torino, 1996.

<sup>72</sup> N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2013.



di Norberto Bobbio, dopo cinquant'anni da *Teoria della scienza giuridica* ritiene che, siccome la tradizionale concezione del metodo giuridico sia stata ormai del tutto accantonata, poiché è mutato radicalmente l'oggetto della scienza giuridica, il giurista sia stato definitivamente privato del sistema giuridico e della stabilità che esso comportava. In altri termini, l'esperienza giuridica dopo la fine della modernità, venuti meno i riferimenti della natura e della ragione, siccome accoglie solo disposizioni giuridiche che sono il prodotto della volontà umana, esse possono essere adottate e immediatamente restituite a quel nulla dal quale sono venute. La metodologia giuridica non può che prendere atto di questa stessa precarietà; Luhmann direbbe "contingenza", Severino "divenire", ma il concetto è il medesimo. Infatti, adattandosi il metodo giuridico, e anzi rendendosi solidale con questa mancanza di riferimenti, che finisce per coincidere con la volontà dispotica dell'uomo moderno, e quindi con la casualità di contro alla causalità, l'esperienza giuridica non può più essere pensata e nemmeno ricostruita in termini di sistema. Sarebbe interessante discutere in che senso il metodo giuridico debba "adattarsi" all'oggetto, e così affrontare il complesso tema del diffuso antinaturalismo novecentesco nelle scienze umane, ma la questione ci porterebbe troppo lontano. Meglio seguire Irti nell'indicazione teorica, secondo la quale il c.d. "politeismo dei valori", il quale identifica la fine di quella modernità, che da Weber è arrivata sino a Kelsen, consegna il diritto all'indifferenza contenutistica e ne rimette la validità al culto della forma, la risolve nel mero rispetto della procedura<sup>73</sup>. Ne deriva la notissima tesi, in virtù della quale l'esperienza giuridica, sospinta dalla crisi dello stato nazionale e dal dominio planetario della tecno-economia, diviene formalismo e il diritto mera tecnica. E così la perdita di ogni riferimento alla razionalità formale di Max Weber, secondo il quale una concreta decisione giuridica può diventare un'applicazione calcolabile di un principio giuridico astratto a un fatto concreto<sup>74</sup>; ne discende un diritto che, non sapendo andare oltre l'irrazionalità del caso singolo, rimane non calcolabile.

In questi termini, se la calcolabilità del funzionamento dell'amministrazione della giustizia costituisce una delle più importanti condizioni preliminari d'imprese economiche durevoli, e specialmente di quelle di tipo capitalistico, che hanno bisogno della sicurezza del "traffico giuridico", allora l'amministrazione della giustizia esige l'assoluta legalità della fattispecie, il giudizio sussuntivo del fatto concreto, la sentenza come risultato di una fattispecie: "il capitalismo ha bisogno di un diritto che si possa calcolare in modo simile ad una macchina"<sup>75</sup>. D'altro canto, anche per Carlo Castronovo, siccome il capitalismo non può fare a meno dello Stato e della tutela coercitiva, "il dopo dell'eclissi non potrà che essere il recupero del sistema"<sup>76</sup>. Di pari passo, sempre secondo Irti, i giuristi hanno ormai perduto il

<sup>73</sup> N. Irti, *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 26.

<sup>74</sup> Cfr. P. Rossi, *Max Weber. Oltre lo storicismo*, Il Saggiatore, Milano, 1988, pp. 149-169.

<sup>75</sup> N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 15.

<sup>76</sup> Cfr. C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 10-11.

senso stesso della fattispecie giuridica<sup>77</sup>, poiché essi non portano più all'attenzione del giudice fattispecie giuridiche, intese come qualificazioni giuridiche di avvenimenti, ma semplicemente "operazioni economiche, posizioni esistenziali, intrecci o grovigli di interessi e bisogni e attese"<sup>78</sup>. Da ultimo, la de-costruzione del sistema implica il venir meno di "un nesso unitario di contenuti, una sostanza comune a tutte le norme", la cui assenza è la causa di ogni instabilità e imprevedibilità che oggi da più parti si attribuisce al diritto<sup>79</sup>.

Seppure solo incidentalmente, sia consentito rilevare che la lettura del testo di Irti consente anche di delineare un possibile rapporto tra il significato del tempo e la norma giuridica, declinato dallo studioso romano nel senso che la fine della modernità e il conseguente venir meno del sistema giuridico oggi non consentono più alla norma giuridica di proporre delle previsioni e di confrontare queste con le aspettative dei destinatari delle stesse<sup>80</sup>. In altri termini, l'idea di fondo, che è a ben vedere quella propria di buona parte dell'epistemologia occidentale, è che la conoscenza è soprattutto conoscenza delle cause (e quindi del passato), e ciò al fine di prevedere il futuro; esigenza questa alla quale il sistema giuridico risponde perfettamente.

Tema questo che, a dire il vero, si ritrova anche in Mario Barcellona, la cui prospettiva giuridica è persino agli antipodi rispetto a quella di Irti. Infatti, per il giurista siciliano solo una rinnovata idea del sistema, quale sistema funzionale formalisticamente strutturato, collegato ad una teoria dell'interpretazione intesa come teoria dello sviluppo evolutivo del sistema giuridico (e quindi persino oltre Luhmann), consente la neutralizzazione della contingenza. Eppure, pur da posizioni opposte, entrambi affermano la tesi che dopo la fine della modernità occorra ripensare il rapporto tra il tempo e il diritto, il quale non può più essere concepito "sulla base di una continuità naturale della 'natura', di un passato che deterministicamente non avrebbe potuto avere nessun altro futuro"<sup>81</sup>.

Pur molto semplificando, non vi è dubbio che in ambito epistemologico tale discussione inerisca al trascalorare del principio di causalità nel probabilismo statistico e poi con l'affermarsi anche nelle scienze sociali del principio d'indeterminatezza. Infatti, la dogmatica giuridica, per sua natura, guarda al passato; è interpretazione di norme preesistenti, in cui sussumere i casi del presente<sup>82</sup>.

Per Irti dalla fine del sistema giuridico, tipicamente quello pensato e teorizzato dal Norberto Bobbio di *Teoria della scienza giuridica*, deriva il venir

<sup>77</sup> Ne discute anche N. Lipari, *op. cit.*, p. 167, il quale fa proprio riferimento a N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 19-31.

<sup>78</sup> *Ivi*, pp. 28-29.

<sup>79</sup> *Ivi*, p. 25.

<sup>80</sup> M. Cacciari, N. Irti, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, La nave di Teseo, Milano, 2019, p. 146.

<sup>81</sup> Cfr. M. Barcellona, *op. cit.*, II, p. 13.

<sup>82</sup> Cfr. A. Romano, *Causalità giuridica e fisica contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 32-35.

meno di ogni forma di “calcolabilità giuridica”. Per Barcellona, come peraltro per Luhmann, occorre proporre un’altra idea di sistema giuridico, in cui “la complessità del futuro e la selettività del presente possono [pur anche] essere aumentate, purché ciò che accade non si limiti semplicemente a ‘capitare’, ma possa essere razionalizzato come scelta, dotata di senso, compiuta tra più possibilità”<sup>83</sup>.

Irti lamenta il venir meno della “gabbia benefica” della fattispecie giuridica; Barcellona auspica che la teoria dei sistemi (giuridici) sia invece in grado di trasformare la contingenza in un tema giuridico. Per il primo, il tempo del diritto è quello del passato<sup>84</sup>; per il secondo è il tempo futuro del decostruzionismo<sup>85</sup>, il quale consente di guardare al passato, per conoscere la regola che è stata effettivamente seguita, e che però solo nel futuro può essere individuata per quella che è<sup>86</sup>. Si potrebbe quasi dire che il sistema giuridico di cui Irti mostra una certa nostalgia<sup>87</sup>, per Barcellona va superato, così come va abbandonata la teoria dei sistemi sociali dello stesso Luhmann, alla quale è rimproverato di avere ridotto il diritto (e la scienza giuridica) a mero strumento di stabilizzazione sociale<sup>88</sup>. Con riferimento a Mario Barcellona, la tentazione è rilevare che il ripensamento del formalismo kelseniano nella “forma sensata” della “contingenza normativa” sembra ri-proporre, a un maggiore livello di sofisticazione, l’idea della “calcolabilità giuridica”, poiché i presupposti sostanzialistici che avevano ispirato la modernità risultano sostituiti dalla categorie della imprevedibilità e della indeterminazione, quali connotati permanenti di un possibile sistema giuridico<sup>89</sup>, ma non è questa la sede, né interessa osservare questo. Quanto, piuttosto, che in Barcellona appare radicale la discussione sul significato e la capacità di ordinare del diritto positivo, ma non si prevede che la scienza giuridica possa occuparsi di qualche cosa di diverso, pur attribuendo alla medesima il compito di ri-costruirlo. L’intento è “andare oltre” il sistema giuridico di Bobbio e dare una risposta al conseguente nichilismo di Irti, ma certo non attraverso la capacità esplicativa della scienza

<sup>83</sup> N. Luhmann, *Sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1977, p. 352. Jean François Lyotard, il teorico della post-modernità, riteneva che la legittimazione del legislatore fosse la medesima di quella della scienza, e che oggi essa possa solo rappresentare lo studio della probabilità che un enunciato dica una cosa piuttosto che un’altra (cfr. J.F. Lyotard, *La condizione post-moderna* (1979), Feltrinelli, Milano, 1997, pp. 19, 104). Dal punto di vista strettamente filosofico, il tema riguarda, finito il tempo “calcolabile” della modernità, il rapporto tra l’esperienza dell’accelerazione in vista della “serializzazione” dell’eventuale, da cui deriva l’obsolescenza del tragico e il disorientamento di fronte alla morte, causati dalla soppressione di ogni “accaduto” a favore di “un accadere” in corso, che non è il “presente”, perché il tempo del presente è ormai esaurito (E. Castelli, *Il tempo esaurito*, Bocca, Milano-Roma, 1954, p. 121).

<sup>84</sup> N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 52-55.

<sup>85</sup> M. Barcellona, *op. cit.*, I, pp. 108-109.

<sup>86</sup> F. Viola, “Ermeneutica e ragione giuridica”, in L. Triolo (a cura di), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 232.

<sup>87</sup> M. Cacciari, N. Irti, *Elogio del diritto*, cit., pp. 129-135.

<sup>88</sup> M. Barcellona, *op. cit.*, II, p. 19.

<sup>89</sup> G. Marramao, *Potere e secolarizzazione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2005, pp. 164-176.

giuridica, che, nell'idea di Barcellona, è pur sempre espressione del potere della casta conservatrice dei giuristi.

Eppure, da una prospettiva ancora diversa, Nicolò Lipari, un altro importante civilista italiano, propone la necessità di un ripensamento delle categorie civilistiche, risalendo però a una prospettiva marcatamente ermeneutica, secondo la quale legislatore e giudice concorrono nella stessa misura alla positivizzazione del diritto. Con riferimento alla soggettività giuridica, per esempio, egli osserva non solo come sia necessario abbandonare ogni presupposto essenzialistico, come quello del diritto soggettivo, che appare superato dall'evoluzione della storia e della società, ma anche prendere atto che tali posizioni soggettive assumono una loro rilevanza, solo se sono in grado di ottenere una tutela giurisdizionale<sup>90</sup>. In questo modo, secondo Lipari, occorre rovesciare il rapporto tra il diritto sostanziale e l'azione processuale, poiché quest'ultima non è più solo una semplice manifestazione nel processo giurisdizionale del diritto soggettivo, ma è quest'ultimo a essere divenuto un mezzo di tutela attraverso l'azione. Ciò comporta l'abbandono dei criteri di classificazione categoriale, cui fa ancora riferimento la giurisprudenza di legittimità, i quali, a tutto concedere, dovrebbero operare non come “un letto di Procuste”, ma “un *posterius*”<sup>91</sup>. Infatti, la comune coscienza sociale avverte oggi come ineludibile che il bene vita possa essere tutelato nella sua oggettività anche nell'interesse dell'intera collettività e non solo con riferimento alla tutela giuridica del titolare<sup>92</sup>. Sullo sfondo vi è l'idea che l'affermarsi del sistema giuridico, ultimo approdo della metodologia dell'età della codificazione, intrisa di metafisica e sostanzialismo, giusnaturalismo ed essenzialismo, rappresenti l'esito ultimo del processo di trasformazione dell'idea platonico-aristotelica di “*subiectum*”, in quella propria della modernità giuridica, in cui il momento fondativo del pensiero filosofico non è più l’“essere” ma il “*cogito*” cartesiano. Una possibile soluzione, rispetto al tema della soggettività giuridica, è considerare il soggetto, quale “sintesi degli effetti giuridici”, declinato però non più “secondo la logica dell'agente ma quella dell'azione”<sup>93</sup>.

Appare senza dubbio condivisibile la tesi che le categorie giuridiche debbano costituire un “*posterius*” rispetto al diritto civile, e non un “letto di Procuste” dell'esperienza giuridica, se con tale indicazione si suggerisce l'opportunità che la scienza giuridica civilistica abbandoni alcuni modelli enunciati al momento dell'entrata in vigore del codice civile. Infatti, questi (e le teorie conseguenti) sono in parte probabilmente divenuti inadeguati e vanno sostituiti con categorie giuridiche maggiormente in grado di dare conto dei mutamenti della realtà. D'altro canto, le teorie giuridiche, che costituiscono la derivazione dai modelli giuridici di

<sup>90</sup> Cfr. N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 85. Cfr. sul tema anche A. Scerbo, *Tecnica e politica del diritto nella teoria del processo. Profili di processualisti italiani contemporanei*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2000.

<sup>91</sup> N. Lipari, *Le categorie*, cit., pp. 28-34.

<sup>92</sup> *Ivi*, pp. 212-213.

<sup>93</sup> *Ivi*, pp. 52-53.

esplicazione della realtà “inventati” dai giuristi, sono evidentemente sempre un “*posterius*” rispetto all’esperienza giuridica, in quanto il risultato dell’operare dell’attività scientifica sul diritto. La trappola in cui il giurista non deve correre il rischio di cadere è quella di ritenere che gli interpreti dei primi anni del Novecento avessero teorie giuridiche “infestate” da assunzioni extra-giuridiche, che ora devono essere del tutto accantonate, proprio perché riferite a una determinata metafisica. Dal punto di vista epistemologico, infatti, il problema, come noto, non è tanto la metafisica in sé, poiché ogni teoria deve “fare i conti” con la visione dell’esperienza e la concezione del diritto dello scienziato proponente<sup>94</sup>; quanto la necessità di avere una “buona” metafisica, in assenza della quale le teorie e le categorie giuridiche, come effettivamente sta accadendo, divengono desuete e incapaci di dare conto dei mutamenti della realtà economica e sociale.

La tesi, invece, che il diritto abbia bisogno, per venire a esistenza, del contributo dei “consumatori del prodotto”<sup>95</sup>, se significa affermare che il diritto della contemporaneità va positivizzato dall’interpretazione giuridica<sup>96</sup>, prima del cui intervento esso non è ancora venuto a esistenza<sup>97</sup>, è ben più scivolosa, e foriera di alcune contraddizioni, che risentono di quella duplicazione della scienza giuridica di cui si è detto *supra*. Prima tra tutti, almeno ai fini di questo contributo, è l’idea secondo la quale la scienza giuridica debba cedere il passo alla teoria dell’interpretazione, e questa debba soprattutto occuparsi di collaborare con il giudice nella “correzione” del diritto positivo. Quasi che l’attività interpretativa sia divenuta il “cavallo di Troia” nella cittadella del diritto, non solo per attribuire rilevanza ai giudizi di valore che, stretti tra i giudizi analitici e quelli sintetici non avrebbero avuto alcuno spazio, ma soprattutto per affermare quelle istanze di giustizia e di verità che oggi si ritiene che la scienza giuridica non sia in grado di assicurare.

E ciò, a maggior ragione, se dal punto di vista epistemologico, bene si rifletta sulla genesi di un modello giuridico e sul rapporto di questo con le assunzioni metafisiche dell’interprete. In questi termini non s’intende, certo, sostenere che l’ordinamento giuridico sia completo e coerente, ma, molto più semplicemente, che, rispetto a determinati àmbiti, anche ristretti, dell’esperienza giuridica, attraverso l’invenzione di modelli esplicativi della realtà e teorie giuridiche da essi derivati, l’interprete intende ‘mettere ordine’, prima descrivendo eppoi comprendendo il diritto. Evidentemente, per utilizzare la terminologia di Nicolò Lipari, le categorie giuridiche sono i modelli, che consentono la formulazione delle teorie giuridiche, i quali sono necessariamente un “*posterius*”, così come lo è il diritto positivo. Quest’ultimo, infatti, non è l’oggetto della scienza giuridica o della teoria dell’interpretazione ma quella porzione dell’esperienza giuridica che il legislatore

<sup>94</sup> E. Agazzi, *op. cit.*, pp. 694-703.

<sup>95</sup> N. Lipari, *Il diritto civile*, cit., p. 187 fa riferimento a V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 139.

<sup>96</sup> F. Cavalla, *L’origine*, cit., pp. 365-376.

<sup>97</sup> N. Lipari, *Il diritto civile*, cit., pp. 188-189.

ha inteso provvisoriamente fissare nelle disposizioni giuridiche. Certo, lo scienziato giuridico si occupa di spiegare e comprendere l'esperienza giuridica, e in essa un ruolo preponderante ha evidentemente il diritto positivo, ma questo non la esaurisce. D'altro canto, in questa prospettiva, la parziale stabilità delle norme rappresenta solo un mezzo, poco più di un aiuto all'interprete, uno schema di riferimento, una sorta di direttiva di comportamento, una specie di "guida" alla comprensione dei fatti<sup>98</sup>.

Appare questa la ragione per la quale ha senza dubbio ancora senso discutere di fini e metodi della scienza giuridica.

<sup>98</sup> Cfr. F. Gentile, *Orientamento giuridico*, cit., pp. 57-65.