

Realino Marra

Filosofia del diritto e scienza giuridica

Ogni cosa è talmente legata con tutto
che voler escludere una qualsiasi cosa
vuol dire escludere tutto.

(Fr. Nietzsche, *Frammenti postumi*, 14.31, 1888)

Il mio intervento tocca, in maniera necessariamente sintetica, due questioni: la prima, il rapporto della filosofia del diritto con le discipline di diritto positivo; la seconda, il contributo specifico della filosofia del diritto alla conoscenza del diritto. Implicita nel primo caso, esplicita nel secondo, è l'assunzione per cui la filosofia del diritto è un'area di studi e ricerche che legittima la sua esistenza soprattutto se cerca di dare un contributo alla scienza giuridica. Tale assunzione è dunque, evidentemente, anche il principale elemento di congiunzione tra le due serie di riflessioni.

Sulla prima questione ho una posizione diversa da quella del mio autore di riferimento, e cioè Max Weber: non solo uno storico dell'economia e un sociologo, ma anche, come è noto, un grande giurista, formatosi all'ombra della *Begriffsjurisprudenz* di area germanica tra Ottocento e Novecento¹.

Per Weber la dogmatica si occupa delle norme (*Rechtssätze*), e propriamente del senso oggettivo logicamente corretto delle stesse, della "verità giuridica" (*juristische Wahrheit*) racchiusa in esse. La validità ideale è il suo obiettivo, grazie all'analisi dei "processi concettuali che devono valere per l'intelletto giuridico"². Una posizione che anticipa sostanzialmente quella di Kelsen: la scienza giuridica (dogmatica) ha per oggetto il dover essere ideale (*das ideale Gelten-Sollen*) delle proposizioni giuridiche, le sue analisi pertanto vertono esclusivamente su documenti normativi.

Le scienze sociali del diritto, la sociologia giuridica o la storia, studiano per contro i fatti del diritto, e in particolare il "fatto" che le norme sono assunte come regole dell'agire di uomini concreti. A questo livello l'analisi si indirizza alla "effi-

1 Sulla formazione giuridica di Weber mi sia permesso di rinviare a *Dalla comunità al diritto moderno. La formazione giuridica di Max Weber. 1882-1889*, Giappichelli, Torino, 1992.

2 M. Weber, *Rudolf Stammler e il "superamento" della concezione materialistica della storia* (1907), in *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, a cura di Pietro Rossi, Comunità, Torino, 2001, p. 330.

cia” della norma, alla sua “validità empirica” (*das empirische Gelten*)³. Per Weber, insomma, la scienza giuridica dovrebbe sdoppiarsi: da un lato delle discipline nomotetiche, concettuali, estremamente formalizzate (la dogmatica soprattutto, ma anche la teoria generale); dall’altro delle discipline empiriche e idiografiche⁴. Una divisione del lavoro, o forse un compromesso, che ha effettivamente avuto nel Novecento, principalmente grazie a Kelsen, una discreta fortuna tra i giuristi: dogmatici, teorico-generalisti, e anche sociologi.

La mia posizione è vicina invece a quella di Eugen Ehrlich (così come a quella dell’autore italiano, Giovanni Tarello, che in maniera probabilmente inconsapevole ha sostenuto nel nostro Paese un indirizzo simile⁵). La scienza giuridica non può essere divisa, è un’impresa unitaria, per Ehrlich realizzata soprattutto dalla sociologia del diritto. Per parte mia penso piuttosto alla collaborazione delle discipline cd. culturali, e con l’obiettivo di “conoscere” il diritto, di “descriverlo” com’è o come è stato: la filosofia del diritto in primo luogo per le cose che dirò in seguito, ma anche il diritto romano, la storia del diritto, l’antropologia giuridica, la sociologia, la comparazione giuridica.

Su un versante del tutto diverso c’è la dogmatica, o come Ehrlich si esprime, la “giurisprudenza pratica”: un insieme di cognizioni tecniche, l’arte di utilizzare il diritto per le necessità della vita di relazione. Allo stesso tempo “qualcosa di completamente diverso dalla scienza”⁶. La giurisprudenza pratica cerca di trovare (nelle aule universitarie, negli studi forensi, nelle aule di tribunale) le soluzioni più sensate e ragionevoli rispetto ai mille problemi giuridici della vita di una comunità. E se nei contesti appropriati ha aspirazioni di politica del diritto, aggiungo, le mette in campo, le manifesta apertamente, le affida al confronto e alla discussione. Guardando soprattutto ai nostri ambienti di lavoro, le facoltà o i dipartimenti di giurisprudenza, sono queste – io penso – le attività indispensabili per la formazione di uno specialista capace e competente. Ancor meglio se si legano allo sviluppo di una coscienza critica sul mondo del diritto (e non solo su di esso).

Ciò riconosciuto, la scienza del diritto è però un’altra cosa, non può essere confusa con un sapere tecnico⁷. Su questi temi la questione cruciale posta da Dilthey, quella della irriducibile peculiarità delle scienze dell’uomo (*Geisteswissenschaften*), al netto di un intuizionismo storico un po’ *d’antan*, non ha perso nulla della

3 Ivi, p. 331.

4 Sono, come è noto, i termini di Windelband: *Geschichte und Naturwissenschaft (Straßburger Rektoratsrede)*, 1894, in *Präludivien. Aufsätze und Reden zur Philosophie und ihrer Geschichte*, Mohr, Tübingen, II, 1924, p. 145.

5 Un’affinità acutamente constatata da Vincenzo Ferrari: *Lineamenti di sociologia del diritto. I. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 67-8.

6 E. Ehrlich, *I fondamenti della sociologia del diritto*, 1913, a cura di A. Febbrajo, Giuffrè, Milano, 1976, p. 330.

7 Come scriveva Carnelutti “il sapere diventa scientifico quando si distacca dal fare” (*Discorsi intorno al diritto*, Cedam, Padova, II, 1961, p. 321). Il sapere tecnico si lega alla scienza, quando può, quando ci riesce, nel recinto delle scienze naturali, nella biologia ad esempio, o nella chimica, nella medicina, e così via.

sua rilevanza e attualità⁸. Analogamente ad ogni altra scienza sociale, gli “oggetti” della scienza giuridica sono azioni, relazioni e interazioni sociali, “oggetti” che a loro volta dipendono da modi di pensare e di sentire complessi, più o meno formalizzati, più o meno condivisi, più o meno intelligibili. Ogni fatto sociale – azione, relazione, interazione – è insomma una monade di cultura, e così i “fatti” del diritto⁹. Comprendere il diritto allora significa indagare la dimensione profonda (culturale) dell’agire “giuridico”, individuare nella vita di un gruppo sociale regolato da ordinamenti i processi di costruzione e connessione di senso che hanno reso possibile quel determinato ordine¹⁰.

Non ignoro che, con il contributo soprattutto del positivismo logico, i percorsi epistemologici del Novecento abbiano invece ripreso, e anche radicalizzato, l’inclinazione riduzionista nei confronti delle scienze sociali. In molti casi si è verificato quanto paventato da Husserl nel suo testamento, la *Crisi delle scienze europee*¹¹: una parte delle scienze sociali che, nel nome di una problematica unità della scienza, si consegna ad un modello di conoscenza formalizzato, fiscalista, da naturalismo cognitivo, in cui tutto può essere tradotto in formule, simboli, regole di deduzione, “protocolli” e simili. Questo è avvenuto anche per la filosofia del diritto, e meglio per quella parte di essa che ha tentato di isolare nel fenomeno giuridico la parte ritenuta (a torto) principale di esso, vale a dire il linguaggio¹², e considerata (di nuovo a torto) disponibile ad un trattamento di logicizzazione. Obiettivo

8 Cfr. W. Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte*, 1883, Teubner, Stuttgart, 1962⁵, pp. 8-9.

9 Come scienza di fatti la scienza giuridica è una scienza empirica: la *scienza della realtà del diritto* (su questo cfr. più diffusamente *Per una scienza di realtà del diritto (contro il feticismo giuridico)*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, XXXVIII-2, dicembre 2008, pp. 317-46; XXXIX-1, giugno 2009, pp. 5-30). In tale etichetta vi sarebbe anche l’auspicio di mettere in connessione un’importante tradizione filosofica, quella della *Wirklichkeitswissenschaft* di Simmel, Rickert, dello stesso Weber, o della *Erfahrungswissenschaft* di Windelband, ad una grande tradizione giusfilosofica, quella del realismo giuridico.

10 Sono le questioni che partono dal concetto di *gemeinter Sinn* di Weber (sviluppo peculiare della tematica dell’*Erlebnis* in Dilthey), e conducono alla identificazione del valore come meccanismo sociale fondamentale, e anche come quello più accessibile al comprendere dello scienziato sociale: il senso intelligibile, non solo per i soggetti agenti ma anche per il ricercatore, è il senso orientato ai valori, perché solo nei valori considerati “oggettivamente” validi gli individui riescono a dare un significato alla vita, quanto meno alla vita sociale. Le costruzioni di senso svelano insomma qual è il motore universale delle “creazioni” culturali (religiose, politiche, economiche, giuridiche), e mostrano poi in concreto quali siano, comunità per comunità, momento per momento, i riferimenti ai valori più rilevanti e “produttivi” di istituzioni sociali.

11 E. Husserl, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, 1954, con Prefazione di E. Paci, trad. di E. Filippini, Il Saggiatore, Milano, 2008.

12 Affermare il diritto sia semplicemente l’insieme dei documenti di una qualche autorità normativa (costituente, legislatore, giudice...) è anche per il “nostro” diritto continentale tanto temerario quanto il sostenere che cristianesimo come fenomeno religioso è riducibile alle parole dei Vangeli, e conoscibile dunque attraverso una qualche analisi di esse. Se poi ci si volge al diritto europeo prima e dopo l’età dell’oro del processo di codificazione, o a una qualunque vicenda giuridica al di fuori del nostro continente, l’insensatezza del normativismo diviene ancora più evidente.

invero impossibile da conseguire, e infatti significativamente “spostato” a livelli linguistici progressivamente superiori (dal linguaggio del legislatore a quello della dogmatica, da questo all’analisi del linguaggio dei giuristi, da questa all’empireo dei concetti giuridici fondamentali)¹³. La conseguenza a me pare evidente: l’irrealismo giuridico, un recinto progressivamente dimentico delle “cose” del diritto, in cui risuonano solo le voci dei teorici e l’eco delle loro dispute.

Quale diverso contributo può dare la filosofia del diritto ai problemi della scienza giuridica? Innanzitutto proprio questo: la critica di tutte le concezioni normativistiche del diritto di cui s’è detto velocemente fin qui, e in particolare di quelle di marca kelseniana. Il diritto non è un insieme di documenti normativi, è sufficiente un rapido sguardo alle tradizioni giuridiche del mondo per smentire tale assunto. Dalla comparazione infatti emergono vicende caratterizzate dai gradi più diversi di “intensità” normativa. Troviamo il diritto delle prescrizioni obbligatorie, ma anche il diritto che suggerisce come i *sastra* del diritto indù, o il diritto della persuasione e dell’esempio come il *li* confuciano. C’è il diritto del legislatore, ma esiste anche il diritto dei giudici, il diritto dei giuristi (il *Professorenrecht* in Germania prima del BGB), il diritto dei notabili, il diritto della comunità, il diritto di Dio. Il diritto verbalizzato e quello nascosto o muto (come nella definizione di Sacco). Il diritto separato dalla morale come in Occidente o il diritto confuso alla morale come il *fiqh* islamico o come il diritto talmudico. Il diritto spontaneo e quello governato, il

13 La filosofia del diritto italiana di orientamento analitico è rimasta fedele, a me pare, alle linee programmatiche del grande saggio di Bobbio del 1950 (*Scienza giuridica e analisi del linguaggio*, adesso in N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 335-65): la scienza giuridica è analisi del linguaggio, e il grado di “scientificità” si misura concretamente sul livello di rigore dei suoi “discorsi”. Sennonché, tramontata rapidamente (anche se non per tutti gli autori della Scuola di Bobbio) l’idea di elevare la dogmatica al rango di scienza (l’obiettivo ad essa prescritto di purificare, completare, sistemare il linguaggio del legislatore s’è rivelato palesemente impraticabile), gli allievi si sono esercitati sull’analisi della “norma in quanto tale”, non sui contenuti delle regole, ma sulla loro forma. Tornare a Kelsen attraverso Bobbio, la filosofia del diritto che diviene una *teoria generale e formale del diritto*, un discorso insomma di terzo grado (dopo il discorso del legislatore, e quello dei giuristi sul linguaggio del legislatore). Vedo qui l’aspirazione ad una sorta di “alta dogmatica”: analisi logica del linguaggio dei giuristi e/o costruzione dei concetti giuridici fondamentali. La prima operazione però rimane nell’ambito di una esperienza giuridica particolare, non può per definizione essere generale. Potrebbe esserla la seconda, a condizione però di legare strettamente la costruzione dei concetti alle interazioni di pensiero e realtà empirica. Il diritto non è la matematica o la geometria, i suoi oggetti non sono numeri o triangoli, ad esso è adeguata – per così dire – solo una logica trascendentale (non certo la logica formale). Insomma, se applicati al di fuori dell’esperienza i concetti sono solo delle parole vuote; e altrettanto se, come in Kelsen o nei suoi epigoni, l’esperienza di riferimento è estremamente limitata dal punto di vista spazio-temporale. Per l’obiettivo di una teoria generale ben altra disposizione occorrerebbe: una apertura alle esperienze giuridiche del mondo che non è mai stata, però, nell’indole dei teorici continentali. E invero almeno dalla *Struttura alla funzione* è Bobbio stesso ad allontanarsi progressivamente dal giuspositivismo normativista. Un assunto di ortodossia kelseniana come il seguente, “non c’è giurisprudenza al di fuori della regola e del regolato, e tutto ciò che sta prima della regola (sia il fondamento o l’origine) non appartiene alla ricerca del giurista” (ivi, p. 348), gli sarebbe apparso fuori luogo nel 1976, e credo ancor di più all’inizio del nuovo millennio.

diritto dal basso e il diritto dall'alto, il diritto che rispecchia la società o all'opposto vuole dirigerla. Un diritto unitario e un diritto che conosce partizioni interne e una specie di divisione del lavoro (*ius civile* e *ius gentium*, *common law* e *equity*, *fa e li*, ecc.).

La filosofia del diritto anche per la sua collocazione al primo anno è naturalmente vocata a funzionare come una introduzione alla scienza giuridica. E allora penso che essa dovrebbe innanzitutto correggere il punto di vista unilaterale che potrebbe venire (e in genere proprio questo è quello che succede) dalle materie "positive" contermini (privato, costituzionale). Dovrebbe cercare di aprire alla conoscenza del diritto senza dare l'idea, assolutamente falsa, che l'esperienza di una porzione di mondo minoritaria rappresenti il centro, il modello, o ancora peggio la destinazione ideale della giuridicità. *L'essere del diritto si dice in molti modi*, questo dovrebbe essere il nostro primo, fondamentale insegnamento.

E poi vi è l'altro. Dopo aver richiamato l'attenzione sulle *differenze* tra culture giuridiche, bisognerebbe poi iniziare ad addestrare all'indagine sulla natura della propria, affermare la necessità del ricercare, in termini storico-culturali, quali sono i caratteri che le conferiscono la sua specifica *unità*. Anche in questo caso l'obiettivo è quello di contrastare il punto di vista del riduzionismo normativista. Ma qui l'operazione è indubbiamente più difficile, il richiamo alle tradizioni giuridiche del mondo può non bastare a respingere il pensiero per cui "almeno da noi" il diritto non è nient'altro, "in fondo", che un insieme di norme. Non ci sono solo i kelseniani per convinzione, ci sono anche quelli più o meno inconsapevoli al di fuori della cerchia dei filosofi o teorici del diritto. Si tratta qui, di nuovo, soprattutto dei giuristi "positivi", kelseniani per convenienza, per la comodità cioè di potersi limitare negli scritti o a lezione al commento di un qualche documento normativo o di un grappolo di sentenze, e con il conforto magari della recente legislazione universitaria che prescrive, in maniera tanto dissennata quanto provinciale, obiettivi formativi "professionalizzanti".

Ma il diritto, anche ai nostri lidi, è ben altro: è un fatto sociale complesso. Pure in un ordinamento tendenzialmente legislativo come il nostro le norme, in definitiva, sono soltanto la manifestazione esteriore di modi di pensare, di sentire, di agire che coinvolgono più punti e più organi del corpo sociale. Sono cioè, assieme agli apparati della produzione e dell'applicazione, alla comunità dei destinatari, a determinate pratiche e rappresentazioni collettive, l'espressione di una *cultura giuridica* particolare, dipendente a sua volta da una dimensione culturale più ampia (dall'insieme dei fenomeni religiosi, politici, economici, artistici che caratterizzano la vita sociale). La consapevolezza di questi intrecci dovrebbe fare della scienza giuridica non solo una scienza di realtà, ma anche una *scienza sintetica*¹⁴. Per essa "conoscere" il diritto non equivale a conoscere le norme, la giurisprudenza, le consuetudini o simili altre cose di questo tipo; questo è (quasi tutto) il compito delle materie "positive". Per noi, e per i nostri allievi, "conoscere" il diritto dovrebbe

14 Rinnovo qui, in conclusione di queste poche pagine, la mia riconoscenza nei confronti del grande pensiero di Edgar Morin.

significare invece comprenderlo a partire dalla rete dei legami che esso intrattiene nell'universo più vasto dei fatti di cultura. Costringerci in una parola – non suoni come un paradosso – a studiare il diritto andando costantemente, programmaticamente, *oltre il diritto*.

Ci siamo tante volte interrogati sulla identità della nostra materia. E tante volte, troppe forse, lo abbiamo fatto nell'ottica di un settore disciplinare da difendere dalle intrusioni, dalle invasioni di campo, con obiettivi dunque di barriera e chiusura, e perfino di divisione al nostro interno (i sottosettori, la sociologia, la teoria, l'antropologia, ecc.). Si tratta, io penso, di una identità debole, e proprio perché fondata su una qualche idea di separazione o "distinzione". A mio modo di vedere la filosofia del diritto dovrebbe invece proporre un disegno di inclusione, di collegamento multidisciplinare, di incontro e discussione con tutte le scienze sociali. Dovrebbe indicare, come la disciplina metodologicamente più attrezzata nell'ambito delle materie di cultura giuridica, la direzione che la scienza giuridica deve seguire per rispondere alle sfide conoscitive conseguenti al tramonto dei modelli di organizzazione giuridica del secolo passato.