

# Essere e dover essere nella scienza giuridica\*

## I

Considerare il problema della scienza giuridica dal punto di vista della distinzione dell'*essere* e del *dover essere*, vuol dire trovarsi ancora una volta di fronte al vecchio e ormai un po' logoro prolema se la giurisprudenza, posto che sia scienza, sia una *scienza normativa*. Vecchio, perché ebbe il suo periodo di maggior fortuna per opera della cosiddetta *école scientifique* in Francia e della *Freirechtsbewegung* in Germania.<sup>1</sup> Logoro, perché l'espressione "scienza normativa" è ambigua e ha dato

---

\* Relazione tenuta al Congresso internazionale di filosofia giuridica e sociale, svoltosi a Milano-Gardone dal 9 al 13 settembre 1967. Il tema generale del Congresso, *Essere e dover essere nell'esperienza giuridica*, è stato suddiviso in tre sotto-temi: *Essere e dover essere nella scienza giuridica*; *Essere e dover essere nelle concezioni della validità e del valore*; *Essere e dover essere nelle concezioni sociologiche del diritto*. La presente relazione era destinata, insieme con quella della signora J. Parain-Vial, a introdurre la discussione sul primo sotto-tema. — Essa è stata elaborata tenendo conto dei problemi sollevati, delle idee dibattute e dei risultati raggiunti nel Convegno torinese del 19 marzo 1967, cui parteciparono alcuni studiosi di filosofia del diritto della giovane generazione, che qui ringrazio per la loro intelligente collaborazione. Il Convegno, promosso da Uberto Scarpelli, prese l'avvio da una relazione di Giovanni Tarello su « Discorso assertivo e discorso precettivo nel linguaggio dei giuristi », cui seguì un'ampia discussione. Frutto di questa discussione sono i saggi di Alessandro Baratta, Mario A. Cattaneo, Luigi Ferrajoli, Giacomo Gavazzi, Letizia Gianformaggio, Mario G. Losano, Uberto Scarpelli, ora pubblicati, insieme con la relazione di Tarello, nel fascicolo della *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, apparso in occasione del Congresso (XLIV, 1967, n. 3). Di tutti questi scritti mi sono valso con profitto nella redazione della presente relazione. — Nella letteratura recente sull'argomento ho tenuto particolarmente conto dell'articolo, che verte sullo stesso argomento, di J. WRÓBLEWSKI, « Normativity of Legal Science », *Logique et Analyse*, n. 33, 1966, pp. 60-77.

1. Tanto vecchio che il mio primo lavoro teorico (che non ho bisogno di ripudiare perché è stato fortunatamente dimenticato dopo aver avuto l'onore di molte e immeritate citazioni), *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, 1934, comincia con un capitolo intitolato « La giurisprudenza come scienza normativa ».

luogo a troppe dispute meramente verbali per poter essere utilizzata con frutto. Affrontando ancora una volta il problema, so che tocco un vespaio. Ma dico subito che in una discussione generale come questa non pretendo, le vespe, di acchiapparle, ma solo di snidarle con la speranza che qualcuna almeno possa essere catturata.

Che la giurisprudenza sia scienza normativa vuol dire due cose molto diverse e non necessariamente connesse: in un senso debole vuole dire che la giurisprudenza ha che fare con (o tratta di) norme; in un senso forte che pone o propone o addirittura impone norme. L'equivoco nasce dal fatto che la giurisprudenza, a differenza, per esempio, delle altre scienze sociali, può essere detta "normativa" in entrambi i sensi. Mentre le scienze sociali in genere possono essere dette "normative" solo nel secondo senso, in quanto non hanno che fare abitualmente con regole, la giurisprudenza può essere detta "normativa" a doppio titolo: in quanto ha che fare con regole e in quanto pone a sua volta regole.

Le cose si sono complicate con Kelsen: nella teoria normativa del diritto, "normativo" è usato in un significato che non corrisponde a nessuno dei due significati sopra menzionati. Nell'espressione "teoria normativa", il termine "normativo" ha un significato che rispetto al primo è troppo indeterminato, rispetto al secondo è troppo ambizioso: la teoria normativa è qualcosa di più che una indagine su regole e qualcosa di meno che una posizione o imposizione di regole. In altre parole, la teoria normativa non è normativa in nessuno dei sensi più ovvi di "normativo", anche se si allontana più dal secondo, totalmente respinto, che dal primo, soltanto corretto e precisato. Infatti, mentre secondo la teoria normativa si deve escludere che "normativo" riferito all'attività del giurista e del teorico del diritto possa mai voler dire "prescrittivo", non si può escludere che voglia dire "attinente a norme". Si deve soltanto precisare meglio in qual senso.

Dagli *Hauptprobleme* in poi Kelsen è tornato ripetutamente e insistentemente sulla questione.<sup>2</sup> Da un lato, non ha

2. H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Tübingen, 1911, p. 225 sgg.; *Reine Rechtslehre*, Wien, 1934, trad. it. di Renato Treves, col titolo *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, pp. 29 sgg., 153 sgg. (quest'opera sarà in seguito citata come DPD, I, con riferimento alle pagine della traduzione); *General Theory of Law and*

mai potuto fare a meno della categoria del “normativo” per distinguere la scienza giuridica dalle scienze sociali; dall’altro, ha sempre dovuto scongiurare il pericolo che l’uso della categoria del “normativo” inducesse a attribuire alla scienza giuridica una funzione prescrittiva che non le compete. “Normativo” si contrappone (già negli *Hauptprobleme*)<sup>3</sup> non a “descrittivo” ma a “esplicativo”; e parallelamente “descrittivo” si contrappone (soprattutto nelle ultime opere) non a “normativo” ma a “prescrittivo”.<sup>4</sup> Poiché le due coppie “normativo” - “esplicativo” e “prescrittivo” - “descrittivo” non si sovrappongono, non vi è nulla di contraddittorio nell’affermare, come afferma Kelsen, che la scienza giuridica è insieme descrittiva e normativa: descrittiva nel senso che non prescrive, normativa nel senso che ciò che descrive non sono fatti ma norme, cioè è descrittiva non di ciò che è ma di ciò che deve essere. In quanto *Sollsätze*, le proposizioni che caratterizzano la scienza giuridica si distinguono per un verso dai *Seinsätze* propri delle scienze sociali (causali), per l’altro verso dalle *Sollnormen* di un qualsiasi sistema normativo.

Peraltro, che la caratteristica della scienza giuridica sia quella di enunciare *Sollsätze*, non vuol dire che essa sia scienza normativa nel senso debole di “avere che fare” con norme. Anche la sociologia giuridica, e ancor più la giurisprudenza sociologica, hanno che fare con norme: eppure non debbono essere confuse con la scienza giuridica, strettamente e rigorosamente intesa. Per distinguere la scienza giuridica dalla sociologia giuridica occorre un nuovo significato di “normativo” oltre i due già menzionati. Per quanto Kelsen abbia ripreso molte volte l’argomento, o forse proprio per questo, è dubbio se sia riuscito a stabilire in modo chiaro e univoco questo nuovo significato di “normativo”.<sup>5</sup> Si può scorgere una oscillazione e una sovrapposizione di due significati, connessi ma non ben

*State*, Cambridge (Mass.), 1945, trad. it. di Sergio Cotta e Giuseppino Treves, col titolo *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 1952, pp. 45 sgg., 165 sgg. (in seguito citata come *TGDS*, con riferimento alle pagine della traduzione); *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. it. di Mario G. Losano, col titolo *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 87 sgg. (in seguito citata come *DPD*, II, con riferimento alle pagine della traduzione).

3. *Hauptprobleme*, p. vi e p. 42.

4. *DPD*, II, p. 88.

5. Le discussioni cui ha dato luogo infatti sono infinite. Lo stesso Kelsen vi accenna per ribadire la propria tesi in *DPD*, II, p. 92, nota.

differenziati: *a)* le norme, un determinato sistema di norme, sono il *punto di vista* dal quale il giurista, a differenza del sociologo, considera i comportamenti sociali,<sup>6</sup> onde al giurista la realtà sociale appare attraverso lo schermo di una certa struttura normativa, e i comportamenti interessano in quanto regolati e per il modo con cui sono regolati; *b)* proposizioni normative sono il *risultato* cui giunge il giurista con la sua opera di accertamento, di interpretazione e di sistemazione di un dato ordinamento giuridico positivo.<sup>7</sup> Forse si potrebbe dire la stessa cosa in quest'altro modo: per quanto la scienza giuridica sia descrittiva, essa descrive fatti qualificati da norme, ossia attraverso norme, oppure giunge a formulare proposizioni di dover essere attraverso asserzioni. Non è detto che questi due significati di "normativo" non si congiungano nell'affermazione, più volte fatta dal Kelsen, che la scienza giuridica è normativa in quanto descrive non ciò che è ma ciò che deve essere, e per descriverlo si vale di un determinato sistema normativo.

Dopo Kelsen, dunque, alla scienza giuridica può essere ascritto il carattere di "normativa" a tre titoli diversi: *a)* perché ha che fare con norme; *b)* perché considera la realtà sociale attraverso un sistema normativo; *c)* perché pone norme.<sup>8</sup> Sinteticamente, se pure con un certo irrigidimento, la categoria del normativo può essere considerata con riferimento all'*oggetto*, al *metodo* e alla *funzione* della scienza giuridica. Lasciando da parte il riferimento alle norme come oggetto, dal momento che questo significato è il meno contestato, e tenendo conto del "normativo" come metodo e del "normativo" come funzione, si possono concepire idealmente quattro modelli di scienza giuridica come scienza normativa: *a)* normativa nel metodo e non nella funzione (è il modello kelseniano); *b)* normativa nel metodo e nella funzione; *c)* normativa non nel metodo ma nella funzione; *d)* normativa né nel metodo né nella funzione.

6. « La scienza del diritto mira a comprendere il suo oggetto « giuridicamente », cioè dal punto di vista del diritto » (DPD, II, p. 86).

7. Compare questa seconda accezione in tutti quei passi in cui Kelsen afferma che il compito della scienza giuridica non è già quello di prescrivere ma di descrivere quello che deve essere: « Le proposizioni con le quali la nostra teoria descrive il suo oggetto sono pertanto proposizioni non già relative a ciò che è, ma a ciò che deve essere. Sotto questo aspetto, tale teoria può essere denominata normativa » (TGDS, p. 165).

8. Questa tripartizione corrisponde grosso modo a quella illustrata da A. Ross, *Diritto e giustizia* (trad. it. di Giacomo Gavazzi), Torino, 1965, p. 11, n. 4.

Questa classificazione di quattro tipi ideali di scienza giuridica può essere riformulata, forse con maggiore chiarezza, partendo dalle due coppie di attributi, sopra menzionate, che servono a individuare il modello kelseniano: “esplicativo”-“normativo” e “descrittivo”-“prescrittivo”. Si è visto che la scienza giuridica per Kelsen è insieme normativa e descrittiva. Com'è noto, entrambi questi caratteri della scienza giuridica kelseniana sono stati più volte e da più parti contestati: il primo dalle correnti realistiche o in più largo senso sociologiche; il secondo dalle correnti giusnaturalistiche o in più largo senso anti-positivistiche. Per le prime la giurisprudenza è una scienza esplicativa che si vale del metodo delle scienze naturali ed è tanto più perfetta quanto più rigorosamente riesce ad applicarlo; per le seconde la giurisprudenza ha una funzione prescrittiva non diversamente, se pure con diverso grado di autorità, dal legislatore e dal giudice. Poiché i due termini delle due coppie né si sovrappongono né si escludono, partendo dalle critiche mosse all'uno o all'altro o insieme a tutti e due i caratteri della scienza giuridica secondo Kelsen, si possono anche in questo modo ottenere quattro modelli ideali di scienza giuridica: *a*) normativa-descrittiva (è il modello kelseniano); *b*) normativa-prescrittiva; *c*) esplicativa-prescrittiva; *d*) esplicativa-descrittiva. Il modello opposto a quello del Kelsen, è il modello *sub c*, che considera la scienza giuridica come una scienza di fatti e insieme le attribuisce il compito di dare direttive ai giudici: un esempio abbastanza fedele di questo modello si può trovare nell'opera di Ross.<sup>9</sup>

## II

È superfluo aggiungere che questi modelli sono astrazioni; e inoltre che, rispetto alle complesse vicissitudini della storia della giurisprudenza, queste astrazioni sono piuttosto grossolane. Ci servono a non farci dimenticare che la riflessione critica sulla giurisprudenza — che chiameremo d'ora innanzi *metagiurispru-*

9. Ross, infatti, da un lato considera la scienza giuridica come una scienza fattuale in polemica diretta col Kelsen (anche se accetta il significato debole di «normativo» ammettendo che la scienza giuridica abbia che fare con norme), dall'altro sottolinea la funzione pratica dell'opera del giurista *de sententia ferenda* (anche se riconosce in linea di principio che la scienza giuridica, in quanto scienza, descrive e non prescrive).

*denza* — ha spesso concepito il proprio compito come ricerca, proposta e applicazione di modelli di altre discipline più evolute all'opera del giurista. La storia della riflessione critica sulla giurisprudenza è la storia dei modelli che di volta in volta sono stati escogitati dagli stessi giuristi per accrescere dignità ed autorità alla loro opera, o per renderla più rigorosa e in tal modo elevarla a dignità di scienza: si pensi ai due modelli persistenti della scienza giuridica come scienza razionale, come logica delle azioni, come calcolo dei concetti, oppure come scienza naturale che procede con metodo induttivo fino alla costruzione di concetti generali relativamente stabili e alla formulazione di leggi che permettono di prevedere con una certa probabilità eventi futuri, quali la condotta di un giudice.<sup>10</sup>

Non è il caso di riassumere anche per sommi capi questa secolare vicenda. Mette conto però rilevare — perché questo riguarda direttamente il nostro tema — che la distinzione tra *Sein* e *Sollen* si ritrova e quindi si riproduce, con tutti i problemi connessi, anche a livello della riflessione critica sulla giurisprudenza. Nella misura in cui la metagiurisprudenza si ispira a un modello scientifico e cerca di adattarvi l'opera del giurista, essa non si occupa tanto di ciò che la giurisprudenza è quanto di ciò che *deve essere*, o per lo meno, sotto apparenza di osservare ciò che di fatto compiono i giuristi, tende a insinuare che cosa dovrebbero fare per adempiere meglio al loro compito. In altre parole, anche rispetto alla metagiurisprudenza si ripropone il problema, così caratteristico della giurisprudenza, se essa pure sia *normativa*, almeno nel senso più pregnante della parola riguardante la funzione, ossia se il suo compito non sia tanto di *descrivere* ciò che fanno i giuristi quanto di *prescrivere* ciò che debbono fare.

Senonché, anche riguardo alla metagiurisprudenza, come riguardo alla giurisprudenza, il problema non può essere risolto con un taglio netto e una volta per sempre. Tanto la giurisprudenza quanto la metagiurisprudenza sono attività che si svolgono in un determinato contesto storico, da cui sono più o meno direttamente condizionate. Il giurista, insieme con il legislatore e con il giudice, è uno dei protagonisti dell'opera di formazione e di trasformazione *riflessa* (per distinguerla da

10. Ho richiamato l'attenzione su questo punto sviluppandolo con maggiore ampiezza nel saggio, « Scienza del diritto e analisi del linguaggio », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, IV, 1950, pp. 346-67.

quella *spontanea* che è opera di tutti i consociati) di un sistema giuridico. Secondo i diversi sistemi giuridici, e più precisamente secondo la diversa natura e la diversa gerarchia delle fonti normative in un determinato sistema, l'opera del giurista può essere più o meno creativa: la giurisprudenza vi può apparire come fonte principale, come fonte secondaria, o addirittura essere esclusa autoritativamente dal novero delle fonti.<sup>11</sup> Ma poiché con la sua stessa opera la giurisprudenza può modificare la situazione esistente e trasformare un sistema semplice in un sistema complesso, per determinare quale sia la reale funzione sociale della giurisprudenza in una data situazione storica, occorre tenere conto non solo di ciò che il ruolo della giurisprudenza dovrebbe essere secondo il sistema delle fonti formali, ma di ciò che esso è in corrispondenza dello sviluppo delle fonti reali: di qua la difficoltà della ricerca e la cautela di fronte a ogni soluzione troppo rigida. Ove poi si consideri che la giurisprudenza può modificare il sistema esistente, se pure in forma tanto lenta da sembrare per lungo tempo impercettibile, proprio perché molto spesso l'opera del giurista è accompagnata dalla riflessione critica della metagiurisprudenza la quale, proponendo i propri modelli, forma (o deforma) la coscienza che il giurista ha del proprio lavoro, anche il tipo dei rapporti tra giurisprudenza e metagiurisprudenza diventa un elemento di cui bisogna tener conto in una ricerca sulla funzione storica del giurista in una data situazione.

In altre parole, la giurisprudenza opera direttamente sul sistema giuridico, in quanto essa stessa ne fa parte; in quanto poi la metagiurisprudenza opera sulla giurisprudenza può esercitare anch'essa, se pure indirettamente, la sua influenza sullo stesso sistema giuridico. Non è detto però che le due influenze vadano nella stessa direzione. Per adottare una dicotomia semplice, anche se semplificante, consideriamo che tanto la giurisprudenza quanto la metagiurisprudenza possono svolgere una azione di conservazione o di innovazione, la prima rispetto al sistema giuridico vigente, la seconda rispetto alla tendenza prevalente della giurisprudenza e quindi indirettamente anche sul sistema giuridico vigente. Ebbene, possono darsi situazioni in

---

11. Siamo in grado oggi di cogliere con maggiore precisione la linea di sviluppo, la rilevanza e la funzione della giurisprudenza nella storia del diritto grazie all'ampia e dotta ricerca di L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, di cui mi sono valso in alcuni punti di questa relazione.

cui ad una giurisprudenza conservatrice si accompagni una metagiurisprudenza pure conservatrice o viceversa; ma anche situazioni in cui una giurisprudenza innovatrice sia ritardata da una metagiurisprudenza conservatrice oppure una giurisprudenza conservatrice sia sconfessata e stimolata da una metagiurisprudenza innovatrice.

Bastino queste sommarie indicazioni per richiamare l'attenzione sulla complessità del problema dei rapporti tra giurisprudenza e metagiurisprudenza. Quel che importa sottolineare è che il problema della natura della metagiurisprudenza, non meno di quello della natura della giurisprudenza, è un problema che non può essere posto se non storicamente, e quindi lo studio dei loro rapporti reciproci è pieno di insidie, perché tanto l'una che l'altra risentono del tipo di sistema giuridico in cui operano e nello stesso tempo della diversa forza delle ideologie che tendono a conservarlo o a modificarlo.

Per dare un'idea della complessità e insieme della relatività storica (le due cose sono strettamente congiunte, come abbiamo visto) dei rapporti tra giurisprudenza e metagiurisprudenza, torniamo al modello kelseniano. Limitiamoci anche qui a considerare il problema della funzione della giurisprudenza, così come è fissata nell'opera di riflessione critica della metagiurisprudenza; e lasciamo da parte, come più irrilevanti, i problemi dell'oggetto e del metodo. Ebbene, Kelsen afferma e ripete a più riprese e con forza che la giurisprudenza ha una funzione descrittiva e non prescrittiva. Come si deve intendere questa affermazione del Kelsen? Si deve intendere nel senso che la giurisprudenza *descrive* o *deve descrivere*? In altre parole, quando Kelsen espone la sua teoria sulla giurisprudenza, mostra quel che avviene di fatto nell'attività quotidiana del giurista o quello che deve avvenire affinché la giurisprudenza sia conforme ad un ideale scientifico e politico che egli considera desiderabile e vuol proporre come modello? O ancora più sinteticamente: la sua metagiurisprudenza è *descrittiva*, come egli pretende che sia la giurisprudenza, o è invece, a differenza della giurisprudenza, *prescrittiva*?

Chiunque abbia una certa familiarità coi testi kelseniani non può aver dubbi sulla risposta. Basta leggere una frase come la seguente: "Il teorico della società, come il teorico della morale e del diritto, non è un'autorità sociale. Il suo compito

non è di dare un regolamento alla società umana, bensì di conoscerla e di comprenderla".<sup>12</sup> Qui Kelsen parla del "compito" del giurista: se il giurista ha il compito di descrivere e non quello di prescrivere, ciò vuol dire che la descrizione del diritto esistente è una meta cui *deve* tendere. La funzione meramente *teoretica* e non *politica* del giurista non appartiene necessariamente alla giurisprudenza *reale*, bensì corrisponde necessariamente all'*ideale* della giurisprudenza che Kelsen vuol perseguire. Non è nemmeno difficile individuare le ragioni storiche di questo ideale. Vi concorrono e convergono almeno due cause, l'una sociale, l'altra di natura ideologica: a) la graduale monopolizzazione del diritto da parte della legge ad esclusione di tutte le altre fonti di diritto, situazione accolta e consacrata dal positivismo giuridico, cui Kelsen costantemente si ispira; b) l'etica della *Wertfreiheit*, cioè dell'indifferenza ai valori come carattere specifico della scienza, che impone allo scienziato in quanto tale e quindi al giurista, in quanto voglia essere scienziato e non voglia essere scambiato con un politico o con un moralista, un atteggiamento di neutralità di fronte al proprio oggetto. Non si può intendere la teoria kelseniana della *scienza del diritto* senza rendersi conto che essa si appoggia e su una teoria del *diritto* e su una teoria della *scienza*. E come non si può intendere né la teoria del positivismo giuridico né la teoria della *Wertfreiheit* al di fuori di certe condizioni storiche e di certe aspirazioni ideologiche, così non si può intendere, astraendola da ogni condizionamento storico e da ogni influsso ideologico, la teoria kelseniana della scienza del diritto. È sempre estremamente difficile distinguere con un taglio netto dove finisce la teoria e dove comincia l'ideologia.

Volendo riassumere la teoria kelseniana della scienza giuridica in una formula ad effetto, si potrebbe dire che essa *prescrive di descrivere*. Il che val quanto dire — con un'altra formula — che una scienza del diritto *neutrale* è ottenuta al prezzo di una metagiurisprudenza *ideologizzata*. Se si vuole ancora una prova che si tratta di un modello storicamente condizionato e ideologicamente ispirato, si osservi in quale direzione si muova la critica contemporanea della scienza giuridica. Non sarà difficile constatare che essa si muove in una direzione diametralmente opposta.

---

12. *DPD*, II, p. 105.

In questi ultimi anni è venuta prevalendo la tendenza a lasciar cadere i modelli tradizionali, anzi a metter da parte ogni modello, e a studiare l'opera del giurista quale essa effettivamente è, nei procedimenti intellettuali che le sono propri e nei risultati che essa consegue indipendentemente dal fatto che i giuristi ne abbiano o non ne abbiano coscienza. A una metagiurisprudenza fortemente ideologizzata, che ebbe il predominio nel periodo del *Methodenstreit*, va sostituendosi oggi una metagiurisprudenza più realistica che procede con metodo analitico, servendosi di strumenti più appropriati all'individuazione dei caratteri propri del ragionamento giuridico. Il principio della *Wertfreiheit*, e quindi della neutralità, è stato ribaltato dalla giurisprudenza alla metagiurisprudenza. S'intende che non sarebbe difficile scoprire le ragioni storiche e, diciamo pure, ideologiche di questo mutamento: ma non è nostro compito. Importa il constatare la presenza di una vera e propria contro-tendenza ad una metagiurisprudenza prescrittiva.

Di questa contro-tendenza la manifestazione più rilevante è la riesumazione della retorica o della topica, come logica dell'opinione, distinta dalla logica propriamente detta o logica della verità, e il conseguente rinnovato interesse per lo studio della teoria dell'argomentazione e in genere della logica della controversia o del discorso persuasivo. Questi studi partono dalla convinzione che i modelli tradizionali hanno deformato il ragionamento giuridico e ne hanno impedito una più esatta comprensione. Solo la riscoperta della logica dell'opinione permetterebbe di avere a disposizione le categorie concettuali adatte per rendersi conto della validità e della portata del ragionamento giuridico. Prescindendo da un qualsiasi giudizio di merito su questi studi, non par dubbio che il loro significato storico vada ricercato in un movimento di reazione all'ideale di una giurisprudenza scientifica, di solito affermato imponendo all'opera dei giuristi modelli estranei e in ultima istanza deformanti. Ebbene, la contro-tendenza a una metagiurisprudenza *prescrittiva* si risolve, attraverso l'applicazione della teoria dell'argomentazione all'analisi del discorso dei giuristi, nella elaborazione di una metagiurisprudenza *descrittiva*.

Ma non basta. Una volta liberata la giurisprudenza da modelli impropri, una riflessione critica, o, come si è detto, realistica, sull'opera dei giuristi, va mostrando che la giurisprudenza, ad onta dei modelli, ha svolto in ogni ordinamento, con

maggiore o minore intensità, una funzione, primaria o secondaria, di fonte del diritto. Anche questo risultato può essere considerato come uno dei tanti aspetti (causa ed effetto a un tempo) della crisi del positivismo giuridico, che è sempre stato caratterizzato da una teoria rigida ed esclusivistica delle fonti del diritto; e insieme come uno dei temi in discussione della teoria generale del diritto in formazione, tendente a dare nuovo assetto al capitolo sulle fonti. Ritorneremo più tardi su questo punto. Qui basti questo accenno al solo scopo di richiamare l'attenzione sulla completa inversione di rotta che la metagiurisprudenza attuale ha compiuto rispetto alla metagiurisprudenza propria del positivismo giuridico, di cui abbiamo sin qui considerata come esemplare quella kelseniana. Il contrasto non consiste soltanto nel fatto già rilevato nel paragrafo precedente che nell'orizzonte della crisi di una metagiurisprudenza prescrittiva si fa strada una metagiurisprudenza che si propone, polemicamente, di essere soltanto descrittiva. Il contrasto è tanto più radicale in quanto si rivela anche negli effetti che sono stati indicati o conseguiti partendo dall'uno o dall'altro dei due diversi atteggiamenti. Mentre la metagiurisprudenza prescrittiva, propria della concezione positivistica, propone l'ideale di una giurisprudenza meramente descrittiva, la metagiurisprudenza descrittiva dell'età post-positivistica riscopre la funzione prescrittiva del giurista nella società. In tal modo è avvenuto un completo scambio di parti. Mentre la metagiurisprudenza positivistica aveva trovato la sua vocazione, come si è detto, nel prescrivere di descrivere, la metagiurisprudenza attuale, attuando la propria vocazione di descrivere, scopre che la giurisprudenza non descrive ma prescrive.

Volendo formulare questo scambio di parti nei termini del contrasto tra *Sein* e *Sollen* da cui siamo partiti, si può dire che mentre la metagiurisprudenza positivistica mirava a stabilire ciò che la giurisprudenza deve essere, la metagiurisprudenza attuale mira a stabilire ciò che essa è, e così facendo scopre che la giurisprudenza non è di fatto quel che dovrebbe essere. Quel che il giurista avrebbe dovuto fare era di starsene appartato nella sfera del *Sein*. Al contrario, la sua opera, di fatto, appartiene a pieno diritto alla sfera del *Sollen*.

## III

Se a questo punto riformuliamo la domanda intorno alla scienza del diritto come scienza normativa, da cui abbiamo preso le mosse, prescindendo da questo o quel modello, ovvero al lume di una metagiurisprudenza descrittiva, ci rendiamo conto che le tre possibili risposte, indicate nel primo paragrafo di questo articolo, appaiono troppo rigide e pertanto debbono essere tutte quante rimesse in questione.

Cominciamo dalla prima: la giurisprudenza è scienza normativa in quanto ha che fare con norme. Certo le norme di un determinato sistema costituiscono per il giurista gli strumenti principali del proprio lavoro: da esse prevalentemente trae le conoscenze e gli argomenti utili per giungere al fine voluto. Ma le norme sono, per usare una metafora, come la materia lavorata rispetto alla materia grezza. Il giurista non può trascurare, sotto pena di cadere nel più arido verbalismo, la materia grezza da cui ogni norma è derivata, cioè, fuor di metafora, gli interessi individuali e collettivi il cui equilibrio costituisce il fine precipuo di un ordinamento giuridico. Una delle espressioni più oscure usate dai giuristi è quella di “ natura delle cose ”: l’espressione è terribilmente oscura perché riassume in una formula sintetica e generica il vario e complesso campo di materiale extra-normativo cui attinge il giurista. Il vivo interesse che il problema della “ natura delle cose ” ha suscitato in questi ultimi dieci anni è indizio del mutato atteggiamento del giurista di fronte all’opinione — tipicamente positivistica — che la giurisprudenza abbia che fare soltanto con norme.

In secondo luogo, quando oggi si parla di norme, non s’intende parlare di una categoria ristretta dai contorni ben definiti, com’era quella delle teorie imperativistiche, che intendevano per “ norma giuridica ” le leggi, e identificavano quindi “ norma giuridica ” con “ norma generale ed astratta ”. Quando si dice che il giurista ha che fare con norme bisogna intendere che esso ha che fare con una categoria di cose, di cui alcune sono, rispetto alla norma intesa come norma generale ed astratta, *meno* che norme, altre *più* che norme. Le prime sono le *decisioni* giudiziarie (norme individuali), le seconde sono i *principi* (norme generalissime). È noto che una delle direzioni in cui si evolve la scienza del diritto nei paesi a diritto codificato è

l'apertura verso il diritto giudiziario. L'altra direzione appena cominciata, ma destinata a far sentire il suo peso anche nella teoria generale, è quella che conduce a prender coscienza, soprattutto negli ordinamenti a costituzione rigida, della funzione non solo interpretativa ma integrativa e creativa dei principi.

La giurisprudenza, dunque, per un verso non tratta solo norme; per un altro verso, quando tratta norme, lavora su una materia molto più varia ed eterogenea di quel che comunemente si creda.

A questo punto diventa evidente che l'espressione sinora usata, per mancanza di meglio, " ... aver che fare con norme ", è generica ed ha bisogno di esser precisata. Quali e quanti sono i modi con cui un giurista viene a contatto con le norme del sistema? Per dare una risposta a questa domanda occorrerebbe una ricerca analitica, quel tipo di ricerca che una metagiurisprudenza prescrittiva non vuole e non può intraprendere.<sup>13</sup>

Vediamo un po': le norme di un sistema sono per il giurista gli strumenti di lavoro di cui si serve per adempiere alla propria funzione sociale, che è quella di qualificare comportamenti come obbligatori, leciti o proibiti, e quindi di ascrivere diritti o doveri. Non diversamente da un artigiano che sia insieme anche artista, questi strumenti il giurista non se li trova già pronti per l'uso davanti a sé: per usarli deve prima di tutto andarseli a cercare (e qualche volta sono lontani e nascosti), poi fogginarseli secondo lo scopo proposto, e talora anche fabbricarseli con le proprie mani. Quando non deve fare tutto questo lavoro prima dell'uso, è segno che qualche altro artigiano, cioè qualche altro giurista, l'ha fatto prima di lui. Un buon criterio appunto per orientare un'analisi dei vari modi con cui la giurisprudenza ha che fare con norme, è quello di distinguere la *messa a punto* dello strumento dalla sua *utilizzazione*. A loro volta, entro questi due momenti principali si possono distinguere diverse fasi.

---

13. Per questo paragrafo mi sono servito specialmente di uno studio inedito di A. BARATTA, *Appunti su essere e dover essere nell'esperienza normativa e nella scienza giuridica*, e del contributo dello stesso autore alla discussione torinese, che in parte vi si ricollega, « A proposito di essere e dover essere nella scienza giuridica », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIV, 1967, pp. 482-513. Baratta distingue dodici specie diverse di discorsi dei giuristi su norme. Qui ho cercato di raggruppare in alcune categorie tipiche quelli che mi son sembrati più rilevanti.

Le due fasi principali della messa a punto sono la *rilevazione* delle norme occorrenti e la *revisione* delle norme rilevate allo scopo di proporle di nuove. Le due fasi sono successive: la seconda sopravviene quando la prima non ha dato buoni risultati. Anche rispetto al momento dell'applicazione il loro rapporto è diverso: la rilevazione ha con l'applicazione un rapporto diretto, la revisione soltanto indiretto, in quanto è destinata a servire a giuristi che verranno dopo.

La rilevazione è un procedimento molto complesso che può constare di diverse operazioni, di cui le più facilmente riconoscibili sono le seguenti: *a) accertamento*, attraverso il quale si constata l'esistenza della norma o delle norme che dovranno poi servire nel momento dell'applicazione: si tratta del cosiddetto giudizio di *validità* (con l'avvertenza che il giudizio di validità che il giurista dà sulle norme non è soltanto quello di validità formale, come di solito s'intende, ma anche, se pur più raramente, quello di validità assiologica e quello di validità fattuale); *b) intendimento*, attraverso il quale alle norme una volta accertate viene attribuito il significato più appropriato all'uso che se ne vuol fare: si tratta dell'operazione che va di solito sotto il nome di *interpretazione*, anche qui con l'avvertenza che l'attività interpretativa non ricorre soltanto in questa fase, bensì anche nella fase antecedente ove al giudizio di validità formale si perviene di solito attraverso l'interpretazione di norme di struttura, e nella fase seguente, ove la scoperta di norme nuove è connessa al modo con cui vengono interpretate le vecchie; *c) reperimento*, attraverso il quale il giurista, manipolando in varia guisa norme del sistema o facendo ricorso alla natura delle cose, sopperisce al continuo fabbisogno di nuove norme richiesto dalle esigenze di una convivenza organizzata in continuo sviluppo.

Con l'operazione del reperimento finisce la fase della rilevazione e comincia quella della revisione. Nonostante il netto distacco che la giurisprudenza positivista, per ragioni teoriche ed ideologiche abbastanza chiare (divisione del lavoro tra i diversi operatori del diritto, separazione dei poteri, dogma della certezza ecc.), segna tra la ricerca *de iure condito* (ciò che abbiamo chiamato rilevazione) e le proposte *de iure condendo* (ciò che abbiamo chiamato revisione), il passaggio dall'una all'altra fase è graduale e qualche volta insensibile. Un sistema giuridico non è un sistema statico: l'opera della giurisprudenza

serve a mantenerlo in istato di equilibrio dinamico attraverso il reperimento di nuove norme, che tende a trasformare il sistema ora con l'introduzione di norme nuove ora con l'accantonamento di norme vecchie. Anche il criterio distintivo più utilizzato per differenziare i due momenti della rilevazione e della revisione, il criterio fondato sulla distinzione tra giudizi di fatto e giudizi di valore, sembra ormai sempre più sfocato: giudizi di valore occorrono, come vedremo tra poco, in tutte le fasi della ricerca del giurista, e non solo in quella in cui, ponendosi fuori del sistema dato, propone nuove regole per un sistema nuovo.

Le norme vengono accertate, interpretate, trovate, per essere adoperate. Alla fase della messa a punto segue quella della utilizzazione. Possono essere adoperate in vario modo, ma tenendo conto del fine specifico del lavoro del giurista che è quello di attribuire diritti e doveri nell'ambito di un sistema normativo dato, la distinzione più propria, anche in questo caso, è quella tra uso diretto e uso indiretto. Diretto è l'uso ai fini di *applicazione*, indiretto è l'uso ai fini di *sistemazione* (a fini dogmatici, come altrimenti si dice).

L'uso applicativo si ha quando la norma viene messa a confronto coi fatti, cioè con la condotta effettiva (o anche soltanto possibile) che deve essere normativamente qualificata; l'uso dogmatico, quando le norme di un sistema o un gruppo omogeneo di esse vengono utilizzate come materiale linguistico informe o ancora poco formato per estrarne concetti, se non proprio rigorosi, dai contorni più definiti e disposti l'un verso l'altro in ordine sistematico. Si tratta di uso indiretto di norme, perché nella elaborazione concettuale a fini dogmatici il materiale offerto dalle norme viene utilizzato non per un'applicazione immediata, ma per fornire strumenti più raffinati per un'applicazione futura ed eventuale. I concetti dogmatici sono estratti dalle norme e in questo senso si servono delle norme; nello stesso tempo servono ad una più esatta e coerente applicazione delle norme. Pertanto l'uso diretto, cioè l'applicazione propriamente detta, è abitualmente mediato dall'uso non immediatamente applicativo che delle stesse norme fa la dogmatica. Solo se ci si rende conto che la dogmatica elabora strumenti utili per l'applicazione, si evitano gli eccessi tante volte deplorati della costruzione concettuale e sistematica fine a se stessa.

## IV

Più interessanti e anche più sottili da un punto di vista analitico sono le questioni che nascono dal secondo senso di "normativo", quello kelseniano, e dalle contestazioni che esso ha da varie parti suscitato. Nel § 1 abbiamo cercato di intendere il concetto kelseniano di scienza giuridica come scienza normativa nel duplice senso di scienza che ha per compito di qualificare normativamente comportamenti (il *Sollen* come *punto di vista*) e raggiunge il suo scopo formulando proposizioni contenenti un dover essere (il *Sollen* come *risultato*).

Per quel che riguarda il primo significato (il *Sollen* come punto di vista), la posizione di Kelsen, rispetto alle critiche dei realisti, ha resistito con successo.<sup>14</sup> Come abbiamo già avuto occasione di dire, compito fondamentale di ogni giurisprudenza (anche la casistica morale è una giurisprudenza) è di qualificare i comportamenti umani in base al criterio di ciò che è lecito e di ciò che è illecito. Orbene, lecito e illecito sono qualificazioni normative, il che vuol dire che per stabilire ciò che è lecito e ciò che è illecito bisogna fare riferimento ad un sistema di norme. Per quanto si attribuisca al giusnaturalismo la teoria dei *bona in se* e dei *mala in se*, giusnaturalisti come Pufendorf e Locke sapevano benissimo che il *bonum* e il *malum* giuridicamente intesi sono concetti normativi. È vero peraltro che la critica al normativismo, che oggi proviene non più dai giusnaturalisti, alleati in questa battaglia ai normativisti, ma dai sociologi, è più sottile: non contesta che lecito e illecito siano concetti normativi (e quindi non ricade nelle braccia della teoria dei *bona* e *mala in se*), ma sostiene che le norme non sono altro che uno schema di predizione, e pertanto il dire che un comportamento è illecito perché non conforme ad una norma, significa che se quel comportamento sarà tenuto seguirà *probabilmente* un altro comportamento normalmente considerato come sgradevole. Col che tutto si risolverebbe in descrizioni di eventi causalmente connessi tra di loro. In termini di *Sein* e di *Sollen*, la critica realistica punta sulla negazione della distinzione, cioè sulla risoluzione del *Sollen* in *Sein*.

14. Per questo aspetto del problema concordo con M. A. CATTANEO, « Quattro punti », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIV, 1967, pp. 436-42, § 3, e le argomentazioni ivi presentate.

La prima mossa difensiva di Kelsen è stata quella di non negare la legittimità di una ricerca che, partendo dall'osservazione di quel che accade di fatto nel campo della condotta giuridicamente regolata, faccia previsioni su quel che con maggiore o minore probabilità potrà accadere. Sociologia giuridica e giurisprudenza normativa possono procedere tranquillamente l'una accanto all'altra senza urtarsi: anzi è probabile che i loro risultati, per quanto ottenuti con diverso *approach*, non siano dissimili. La seconda mossa (la migliore difesa è il contrattacco) è stata quella di sostenere che questa scienza causale del fenomeno giuridico presuppone la giurisprudenza nel senso tradizionale della parola, che è scienza normativa e non causale.<sup>15</sup>

A sostegno di questa seconda tesi si possono estrarre dalle opere di Kelsen alcuni argomenti esposti in ordine sparso e non connessi tra loro, dei quali alcuni sono stati ripresi e sviluppati da Hart: *a*) la norma non opera come schema predittivo quando si tratta di organi superiori come gli organi legislativi il cui comportamento è solo formalmente e non anche materialmente predeterminato dalla costituzione (eppure anche il diritto imprevedibile è diritto ed è tale prima di ogni possibile previsione);<sup>16</sup> *b*) la norma opera *solo* come schema qualificativo rispetto a quelle regole che il giudice applica per infliggere una sanzione (" il giudice non si rivolge al diritto per sapere che cosa egli effettivamente farà, ma per sapere che cosa deve fare ");<sup>17</sup> *c*) la previsione a sua volta è possibile solo in base al presupposto di un sistema normativo funzionante (anzi, la possibilità di previsione è tanto più alta quanto meglio un sistema giuridico è stato descritto dalla giurisprudenza normativa);<sup>18</sup> *d*) la prevedibilità del comportamento del giudice è tanto maggiore quanto più questo comportamento è regolato, cioè è qualificato da norme del sistema;<sup>19</sup> *e*) la previsione che in certe particolari circostanze un delitto rimarrà impunito non elimina l'obbligo che l'agente aveva di non commetterlo;<sup>20</sup> *f*) senza far ricorso alla norma come schema di qualificazione, utilizzando la norma solo come schema di predizione, non si riesce a stabilire alcuna

15. *DPD*, I, p. 155; *TGDS*, p. 178; *DPD*, II, p. 92 sgg.

16. *DPD*, I, p. 157; *DPD*, II, p. 108.

17. *TGDS*, p. 172.

18. *DPD*, I, p. 157.

19. *TGDS*, p. 172; *DPD*, II, p. 108.

20. *TGDS*, p. 171 (in una critica diretta alla nota tesi di Holmes).

differenza tra il comando del legislatore e quello del bandito.<sup>21</sup> Tutti questi argomenti possono essere riuniti in due gruppi: 1) alcuni tendono a mostrare l'insufficienza dello schema predittivo (*a, b, e, f*); 2) altri (*c, d*) tendono a mostrare che anche là dove è sufficiente, il suo risultato *dipende* dall'aver applicato, anche se tacitamente, una norma o un gruppo di norme come schema qualificativo.

Giunti a questo punto, la discussione si sposta dal *Sollen* inteso come *approach* caratteristico della scienza giuridica, al *Sollen* come risultato, cioè in quanto appare nelle conclusioni dell'opera interpretativa del giurista. Alla base e all'origine di questa discussione sta il non aver inteso, o il non aver voluto riconoscere il *tertium genus* dei *Soll-sätze*, che Kelsen ha posto a mezza strada tra i *Sein-sätze* e le *Soll-normen*. Questo fraintendimento, o voluto disconoscimento, risulta abbastanza chiaro dalla seguente frase di Ross: « Come tutte le altre proposizioni descrittive quelle della scienza del diritto devono esprimere ciò che è e non ciò che deve essere — devono essere asserzioni e non direttive (norme) ». <sup>22</sup> Sembra che per Ross, stando a questa frase, non ci siano che asserzioni o norme: *tertium non datur*. Secondo Kelsen, invece, le proposizioni su norme non sono norme e quindi sono asserzioni, ma sono asserzioni di natura speciale, e quindi non si può dire *sic et simpliciter*, cioè senza ulteriori specificazioni, che siano asserzioni come quelle delle scienze sociali.

Bisogna ammettere che, se fraintendimento c'è stato, una buona parte di responsabilità ricade sullo stesso Kelsen, che, per spiegare il *tertium genus*, ha escogitato la figura ambigua e composita — vero e proprio centauro — del “ *Sollen* descrittivo ”. <sup>23</sup> E commentandola ha fatto due affermazioni discutibili: *a*) « allorché si identificano le proposizioni normative con le norme, si trascura questa duplicità di significato del termine “ dover essere ” »; <sup>24</sup> *b*) « il dover essere della norma e il dover essere della proposizione che la descrive hanno un diverso carattere logico ». <sup>25</sup> Una prima possibilità di confusione nasce dal

21. *TGDS*, p. 178.

22. A. Ross, *op. cit.*, p. 12.

23. « Però il dover essere della proposizione giuridica non ha — a differenza del dover essere della norma giuridica — un senso prescrittivo, bensì soltanto descrittivo » (*DPD*, II, p. 92; cfr. anche p. 97).

24. *DPD*, II, p. 92.

25. *DPD*, II, p. 97.

fatto che il verbo *Sollen* in tedesco, come il verbo “dovere”, in italiano, può essere usato anche nel significato di “essere probabile” (“mio padre deve essere in casa”), cioè in un significato che consente di usarlo in proposizioni descrittive.<sup>26</sup> Potrebbe sembrare dunque che parlando di “*Sollen* descrittivo” Kelsen abbia voluto intendere che il verbo *Sollen*, trovandosi non più in una norma ma in una proposizione su norma, cambia di significato, passa cioè dal significato (prevalente) di “essere obbligatorio” a quello di “è probabile”. In questo modo la dottrina kelseniana finirebbe per incontrare, senza volerlo e magari volendo il contrario, la dottrina realistica, e la grande disputa tra normativisti e realisti finirebbe in un gioco di parole, in un vero e proprio scherzo linguistico. Ma non è così: Kelsen non offre nessun appiglio per ritenere che il *Sollen* delle proposizioni della scienza giuridica abbia un significato diverso dal *Sollen* delle norme di un ordinamento giuridico. Anzi dice espressamente e ripetutamente il contrario: tanto nelle norme quanto nelle proposizioni su norme il *Sollen* sta ad indicare il nesso di imputazione distinto dal nesso di causalità, e nesso di imputazione significa “necessità giuridica” distinta da “necessità naturale”. (Che la necessità giuridica, cioè una necessità a livello normativo, possa suscitare l’idea di una possibilità di fatto, dal momento che le norme a differenza delle leggi naturali possono essere violate, può spiegare il passaggio di significato del *Sollen* da “è obbligatorio” a “è probabile”: ma Kelsen non intende questo quando parla di *Sollen* descrittivo).

Diamo pure atto a Kelsen che il *Sollen* non cambia di significato. Non c’è infatti alcuna difficoltà ad ammettere che tanto nella norma « Se *A* commette un furto deve essere punito », quanto nella asserzione « È diritto valido che se *A* commette un furto deve essere punito », il termine “deve” abbia sempre lo stesso significato di “giuridicamente necessario”. Ma se ciò è vero, l’espressione kelseniana “*Sollen* descrittivo” è un’inutile fonte di equivoci, e il parlare di un significato descrittivo di *Sollen*, distinto da quello prescrittivo, è improprio. Attenendosi strettamente alla teoria di Kelsen, ciò che cambia nel passaggio da una norma a una proposizione su una norma

26. Per le osservazioni di questo paragrafo ho utilizzato il contributo di M. G. LOSANO, « Per un’analisi del *Sollen* in H. Kelsen », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIV, 1967, pp. 546-68, al quale rinvio per notizie più ampie sul significato del verbo *Sollen*.

non è il significato di *Sollen*, ma il contesto nel quale il *Sollen* viene usato. Se si vuol parlare, come fa Kelsen, di *status logico*, ciò che cambia *status logico* non è il *Sollen* ma l'intera proposizione in cui il *Sollen* è contenuto e che può essere ora una norma ora una proposizione su norma, cioè un'asserzione. Accettando per buona la distinzione tra prescrizioni e asserzioni, ammettendo come criterio di distinzione tra le une e le altre, come ammette Kelsen, la applicabilità o non applicabilità del criterio di verificabilità, il *Sollen* può entrare con lo stesso significato di "essere giuridicamente doveroso" (o necessario o obbligatorio), tanto in una prescrizione quanto in una asserzione. Il che rende manifesto che non esiste nessun *Sollen* prescrittivo distinto da un *Sollen* descrittivo, bensì si dà la possibilità che il *Sollen* entri a far parte tanto di una prescrizione quanto di una asserzione. Un'espressione, isolatamente considerata, può difficilmente essere assunta come prescrittiva o assertiva: diventa prescrittiva o descrittiva in dipendenza dall'uso che se ne fa, in ultima istanza secondo il contesto in cui è inserita, e dalla forza <sup>27</sup> che questo contesto assume in una situazione data.

Solo che a questo punto, una volta inteso rettamente il significato dei *Sollsätze*, non sembra che la tesi kelseniana sul risultato cui tende la scienza giuridica aggiunga qualcosa di nuovo rispetto alla tesi relativa al punto di vista della scienza giuridica. La quale raggiunge quel risultato perché si pone, per conoscere il fenomeno sociale, da un certo punto di vista, che è, come si è visto, il punto di vista normativo.

## V

Il problema più grave non è se le proposizioni della scienza giuridica siano asserzioni sull'essere o sul dover essere, ma se siano o meno asserzioni. E con questo problema arriviamo al terzo significato di "scienza normativa", che è il più controverso ed anche quello in cui, come abbiamo avuto occasione di rilevare, la metagiurisprudenza si presenta più scopertamente

---

27. Uso il termine «forza» senza entrare nella disputa sollevata dalla relazione di Tarello, ora in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIV, 1967, pp. 419-35, sulla quale cfr. le pertinenti osservazioni di L. GIANFORMAGGIO, nel medesimo fascicolo, pp. 459-64.

ispirata secondo criteri ideologici, e più facilmente condizionata dalle diverse situazioni storiche.

Attraverso la discussione intorno al problema se la giurisprudenza sia descrittiva o prescrittiva, ciò che si discute in realtà è il problema della *funzione sociale* del giurista. Ma poiché questa funzione muta secondo i diversi tipi di società, il problema se la scienza giuridica sia descrittiva o prescrittiva non può avere una risposta univoca. O almeno può averla soltanto se ci si pone dal punto di vista di una metagiurisprudenza prescrittiva. Una metagiurisprudenza descrittiva deve accontentarsi di fare l'inventario dei modelli proposti e spiegarne le ragioni storiche ed ideologiche (e ciò facendo si trasforma in una meta-metagiurisprudenza) oppure, prescindendo dai modelli, analizzare opere di giuristi di un determinato periodo storico, in una determinata società, per osservarne la maggiore o minore incidenza sullo sviluppo del patrimonio di regole giuridiche che quella società ha effettivamente utilizzato. L'una e l'altra sono ricerche di lunga lena, che meriterebbero di essere intraprese.

Intanto quel che una metagiurisprudenza animata da spirito analitico può subito fare è di mettere in guardia contro l'eccessiva semplificazione del problema che si rivela nella domanda, cui indulge la metagiurisprudenza prescrittiva, se la giurisprudenza sia descrittiva o prescrittiva. A questo proposito soccorrono due ordini di considerazioni. Nell'affermazione che la scienza giuridica è una scienza descrittiva, infatti, sono contenute due tesi diverse che meritano di essere tenute distinte anche se possono essere connesse: *a*) la scienza giuridica per essere scienza non deve contenere giudizi di valore (è l'ideale della *Wertfreiheit*); *b*) la scienza giuridica in quanto scienza non è fonte di diritto (è l'ideale della netta distinzione tra il momento autoritativo e il momento riflessivo nell'esperienza giuridica). Dal punto di vista di una metagiurisprudenza descrittiva, entrambe le tesi sono contestabili. Esaminiamole separatamente.

La critica della prima tesi è legata alla critica che da più parti si è mossa alla *Wertfreiheit* nelle scienze sociali: la *Wertfreiheit* è un ideale-limite, non è una realtà di fatto. Per un esame della scienza giuridica occorre rifarsi alla rapida analisi che abbiamo abbozzata delle operazioni del giurista, dove abbiamo distinto il momento della messa a punto dal momento della utilizzazione dello strumento normativo. Ammettiamo pure che nel momento dell'utilizzazione, ove lo strumento sia stato ben

costruito, non intervengano giudizi di valore. Ma il cammino che conduce alla costruzione dello strumento ne è continuamente insidiato.

Anzitutto il giurista si trova al principio della ricerca, non diversamente dallo storico, di fronte al problema dei *fatti rilevanti*.<sup>28</sup> Non tutti i fatti, nel caso del giurista non tutte le norme, sono rilevanti, cioè servono allo scopo che si vuol raggiungere e la discriminazione di quelli irrilevanti è influenzata proprio dallo scopo in cui si rivela la presa di posizione del ricercatore. In secondo luogo non tutti i documenti, o che è lo stesso le norme, disponibili sono utilizzabili perché alcuni sono incompatibili tra loro, e si escludono a vicenda: è il problema, ben noto anche allo storico, dei *documenti incompatibili*. Per quanto siano state elaborate, e convalidate da un lungo uso, regole complesse per la soluzione delle antinomie, ogni giurista sa che: a) alcune di queste regole, come quella *lex specialis derogat generali*, non esimono l'interprete da una valutazione pregiudiziale; b) vi sono casi in cui nessuna delle regole tramandate è applicabile; c) altri casi in cui più di una di queste regole è applicabile e la scelta di quella da applicare non è essa stessa regolata. In terzo luogo, anche il giurista si può trovare come lo storico nella situazione opposta, che è quella della *manca di documenti rilevanti*: nel primo caso esaminato, il giurista aveva a disposizione un materiale sovrabbondante e doveva operare una selezione; in questo secondo caso il materiale è insufficiente e il giurista come lo storico procede per congetture allo scopo di inventare con la maggiore plausibilità le regole necessarie, ove per "plausibilità" s'intenda l'inseribilità di queste nuove regole nel sistema delle regole date. Basti pensare ai due procedimenti tipici per inventare nuove regole e inserirle nel sistema: l'*analogia* e la *natura delle cose*. Di questi, il primo si affida principalmente all'intenzione del legislatore; il secondo principalmente alla funzione sociale dell'istituto la cui regolazione deve essere completata o ricostruita. Sono procedimenti che lasciano entrambi largo margine di discrezionalità all'interprete. In quarto luogo, i fatti di cui si occupa il giurista, ancora una volta non diversamente di quelli di cui si occupa lo storico, sono azioni umane, che in quanto tali sono fatti *intenzionali*,

28. Cfr. per la storiografia E. H. CARR, *Sei lezioni sulla storia*, Torino, 1966, p. 16 sgg.

cioè fatti che non possono essere intesi se non risalendo all'intenzione che li ha prodotti. Un'intenzione non è accessibile mediante l'osservazione diretta ma soltanto mediante l'interpretazione dei segni attraverso cui si manifesta, segni che possono essere ambigui, imprecisi, confusi, insufficienti, o addirittura (intenzionalmente) ingannevoli. Infine i segni con cui ha che fare il giurista sono, come del resto per il filologo o lo storico, segni linguistici: per quanto il linguaggio delle regole giuridiche sia in parte un linguaggio tecnico e come tale più rigoroso del linguaggio comune, deve essere continuamente interpretato, armonizzato e alla fine ridefinito per adattarlo al mutamento delle ideologie e delle situazioni. Un linguaggio in continuo movimento è uno strumento imperfetto che lascia molto spazio alla inventività di chi lo usa.

Ce n'è abbastanza, credo, per affermare che il giurista si trova spesso nella necessità di fare scelte valutative. Accettando per buona la tesi, secondo cui le asserzioni a differenza di tutte le altre forme di discorso sono sottoponibili al criterio del vero e del falso, si può tranquillamente concludere che il discorso del giurista, in quanto sottoponibile a criteri diversi, come è, ad esempio, il criterio di opportunità, non è composto che in parte di asserzioni.<sup>29</sup> Pertanto, se per scienza descrittiva s'intende una ricerca che procede per, e conclude con, asserzioni, cioè con proposizioni verificabili, questo breve inventario delle varie occasioni in cui il giurista è costretto a intervenire con giudizi di valore dovrebbe bastare a far accogliere con diffidenza la definizione della scienza giuridica come scienza descrittiva, e per lo meno a farla considerare come una definizione persuasiva (come del resto è giusto che sia in una metagiurisprudenza prescrittiva, la quale peraltro in genere non sa di esser tale).

Sappiamo bene ormai che la tesi della scienza giuridica come scienza descrittiva nasce in un determinato contesto storico, in cui, per salvaguardare l'autorità di una fonte privilegiata del diritto, si tende a separare nettamente il momento della riflessione sul *ius conditum*, che esplica ma non modifica il sistema, dalle proposte di *ius condendum*, che tendono a modi-

---

29. Così anche U. SCARPELLI nel suo contributo alla discussione di Torino, «Le proposizioni giuridiche come precetti reiterati»: «Nell'interpretazione e nella rielaborazione vanno sovente ammessi margini di indeterminazione, di scelta, talvolta di arbitri, estranei alle tecniche della verifica» (*Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIV, 1967, p. 473).

ficare il sistema. Da quel che si è detto appare che la separazione tra i due momenti è in realtà molto meno netta di quel che si desidera e si proclami. A raffigurare il modo di sviluppo di un ordinamento giuridico non sembra appropriata l'immagine di un sistema statico (il *ius conditum*), cui si contrappone, ma solo idealmente, un altro sistema statico (il *ius condendum*): sembra più appropriata l'immagine di un sistema dinamico che si sviluppa dall'interno attraverso un processo di autoregolamentazione che non riesce a controllare tutte le forze che contribuiscono a mantenerlo in vita. La giurisprudenza è, con maggior o minor successo secondo i tempi e i luoghi, una di queste forze.

S'intende che chi si serve di due sole categorie, "descrittivo" e "prescrittivo", può credere che il mettere in dubbio il carattere descrittivo della giurisprudenza significhi affermarne il carattere prescrittivo. Ma proprio il fatto che la prima affermazione non implichi l'altra è la miglior prova che la *Great Division* deve essere accolta con prudenza e non senza le debite precisazioni.<sup>30</sup> E con ciò passiamo al secondo ordine di considerazioni, preannunciato alla fine del § 4.

Una prima necessaria precisazione è che la grande distinzione tra linguaggio descrittivo e linguaggio prescrittivo è accettabile se si considera il linguaggio dal punto di vista della sua funzione. Essa è il prodotto di una considerazione funzionalistica del linguaggio; e risponde, se pur in forma semplificata, alla domanda: « a che cosa serve il linguaggio? ».<sup>31</sup> Proprio perché risponde a una domanda così generale, riesce d'incerta applicazione quando la si voglia riferire a un linguaggio particolare (per esempio, quando si pretenda di distinguere in base ad essa il linguaggio del diritto dal linguaggio della scienza del diritto), e più ancora quando si voglia classificare una frase staccata dal suo contesto. Il giudizio sulla funzione di un dato linguaggio o di parte di esso non può essere disgiunto dal modo con cui un discorso viene recepito e quindi dalle condizioni in cui viene usato: il giudizio sulla funzione è un giudizio sugli

30. Sull'insufficienza della *Great Division* cfr. il contributo di G. GAVAZZI, « Il discorso dei giuristi: descrizione o prescrizione? », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIV, 1967, pp. 443-58; e per un tentativo di riformulare la distinzione tra linguaggio descrittivo e linguaggio prescrittivo senza cadere nelle braccia della *Great Division* cfr. il contributo di L. FERRAJOLI, nel medesimo fascicolo, pp. 514-45.

31. Cfr. su questo punto U. SCARPELLI, *art. cit.*, p. 469.

*effetti*. Una frase pronunciata con intenzione di dare un'informazione può essere accolta in una data situazione come un avvertimento e quindi avere nella situazione specifica una funzione prescrittiva; e viceversa. La stessa frase può avere diversi effetti secondo le diverse situazioni in cui è pronunciata e le diverse persone cui è rivolta. In quanto criterio di distinzione dal punto di vista funzionale, la distinzione tra descrittivo e prescrittivo richiede per poter essere applicata con successo la considerazione del *destinatario* (mentre una distinzione dal punto di vista strutturale o semantico non ne ha bisogno).

Da tutto ciò consegue che il problema se la scienza giuridica sia descrittiva o prescrittiva si risolve nel problema quale sia la funzione sociale della giurisprudenza. Ma un tale problema è proponibile in forma così generica? Abbiamo visto che la funzione dipende dagli effetti, e gli effetti dipendono dal modo di recezione, e il modo di recezione dal destinatario. E allora, qual senso ha porsi il problema se la scienza giuridica sia descrittiva o prescrittiva senza domandarsi quali siano di volta in volta i suoi destinatari, quale sia il modo di recezione che costoro le riservano secondo l'utilità che ne vogliono trarre, quali siano gli effetti che ne discendono secondo i diversi sistemi giuridici e la autorità che il giurista vi assume? Basti pensare, riguardo al destinatario, che la stessa frase di un giurista può essere letta da uno studente, da un avvocato o da un giudice; rispetto al modo di recezione, che la stessa opinione dottrinale può essere accolta o respinta da giudici diversi e magari dallo stesso giudice in circostanze diverse; rispetto agli effetti, che l'accoglimento o il rifiuto possono avere conseguenze diverse secondo il posto che alla giurisprudenza è riservato nella gerarchia delle fonti. Una volta chiarito che il problema del carattere descrittivo o prescrittivo della giurisprudenza riguarda la sua funzione, per una metagiurisprudenza analitica che si preoccupa non della funzione che il giurista dovrebbe avere ma di quella che ha nelle diverse situazioni storiche, il problema ha molte variabili, e non può essere affrontato senza averle individuate. Ciò significa che, posto quel problema, la metagiurisprudenza analitica, a differenza di quella prescrittiva, non può dare una risposta ma soltanto stabilire un programma di lavoro.

Una seconda precisazione (ed è anche l'ultima) riguarda l'uso troppo ristretto che di "prescrittivo" si fa di solito nel porre il problema della funzione della giurisprudenza. Si rende

“prescrittivo” sinonimo di “imperativo”: siccome la giurisprudenza non ha, almeno nei nostri ordinamenti, funzione imperativa, si nega che abbia una funzione comunque diversa da quella descrittiva. Quando Kelsen pone il problema come problema di distinzione tra la funzione della *scienza* giuridica e la funzione dell'*autorità* giuridica, riduce il problema « se la giurisprudenza sia prescrittiva » a quest'altro: « se la giurisprudenza sia imperativa ». <sup>32</sup> Ed è chiaro che il problema così impostato non ammette che una sola risposta, quella negativa. Ma tra l'atteggiamento del puro teorico che tende a dare una rappresentazione quanto più esatta di un dato sistema giuridico e l'atteggiamento degli organi muniti di autorità che impongono certe norme ricorrendo in caso di violazione al massimo potere coattivo esistente in un determinato gruppo sociale, non vi è via di mezzo? Ciò che la contrapposizione troppo netta tra descrittivo e prescrittivo, e la identificazione del prescrittivo con l'imperativo, non coglie, è proprio questa via di mezzo, cioè il fatto che tra il descrittivo e l'imperativo la strada da percorrere è lunga e contrassegnata da tappe intermedie.

Dal punto di vista funzionalistico, che è l'unico, come si è detto, che consente di darsi una ragione della distinzione tra discorso descrittivo e discorso prescrittivo, s'intende per 'discorso prescrittivo' quello che ha per funzione di modificare il comportamento altrui. Ebbene, questa funzione può essere esercitata con gradi diversi di intensità di cui l'imperativo è il più alto, e il consiglio è il più basso. <sup>33</sup> Sotto l'impero della teoria statualistica del diritto i giuristi hanno per lo più dimenticato la distinzione tra *praeceptum* e *consilium*, che era nota ai teologi, ai canonisti e ai giusnaturalisti. <sup>34</sup> È ora di riprenderla e di elaborarla con gli strumenti più perfezionati dell'analisi logica e linguistica, perché può essere utile per individuare due forme diverse e presenti in ogni società di pressione sociale. Gli scienziati politici parlano di “potere” propriamente detto o nudo potere, e di “influenza”. Se è chiaro, come si diceva poc'anzi, che la scienza giuridica non è nei nostri ordinamenti imperativa,

32. DPD, II, p. 89.

33. Ho cercato di individuare alcuni gradi di questa scala nell'articolo « Due variazioni sul tema dell'imperativismo », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXXVII, 1960, pp. 71-81, e nella voce « Norma giuridica » del *Novissimo Digesto Italiano*.

34. Per ulteriori particolari rinvio al mio articolo, « Comandi e consigli », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XV, 1961, pp. 369-90.

nel senso stretto della parola, è altrettanto chiaro che la sua funzione non è soltanto quella di prender atto delle norme vigenti. Essa esercita, in maggiore o minore misura, una pressione sociale: col linguaggio degli scienziati politici si direbbe che essa, è vero, non ha potere, ma ha influenza; se poi si volesse adottare il linguaggio dei teologi, dei canonisti e dei giusnaturalisti, si potrebbe dire che le sue opinioni appartengono non al genere dei *praecepta* ma dei *consilia*.<sup>35</sup> Che poi una scienza che non impone ma suggerisce regole, sia una scienza normativa, nel terzo significato della parola, è una pura questione di parole: quel che conta è riuscire ad accertare, in diversi periodi storici e nell'ambito di diversi ordinamenti, se la giurisprudenza abbia autorità e in quale misura e grado.<sup>36</sup> Anche questo è uno dei tanti problemi aperti ad una ricerca di metagiurisprudenza analitica, che è uno dei compiti più interessanti del filosofo del diritto nell'ora presente.

Rimane ancora da dire, a guisa di conclusione, che mettendo in evidenza l'interesse prevalente per una metagiurisprudenza descrittiva nella fase attuale degli studi sulla scienza giuridica, ci siamo limitati a constatare una tendenza. Non abbiamo affatto inteso prescrivere alla metagiurisprudenza di essere descrittiva. Abbiamo descritto un orientamento, non proposto un ideale. Non abbiamo dubbi sul fatto che la metagiurisprudenza non può rinunciare al suo compito prescrittivo: sempre nuovi modelli sorgono dalle ceneri dei precedenti. Colui che riflette criticamente sull'opera del giurista nella società, non può fare a meno di prender posizione di fronte a quello che osserva, cioè di dare giudizi di valore. Nelle scienze dell'uomo

---

35. Non mi ha molto convinto la tesi di Scarpelli, accolta in parte anche da Baratta, secondo cui le proposizioni-risultato dell'opera del giurista vadano ricondotte al genere dei « precetti reiterati ». Mi pare che l'espressione « precetto reiterato » convenga al caso del « Present'arm » che, dopo essere stato emesso dall'ufficiale di grado superiore, vien trasmesso alla truppa schierata da ufficiali di grado inferiore. L'espressione riferita alle proposizioni-risultato della scienza giuridica non lascia intravedere la differenza di intensità precettiva tra la norma giuridica, che è di solito recepta come un comando, e l'opinione del giurista, che è di solito recepta come un consiglio.

36. Il tema è stato affrontato con ampiezza da L. Lombardi nell'opera citata. Nella quale ad una parte storica, dedicata al diritto giurisprudenziale romano e comune, e al movimento del libero diritto considerato come « momento giurisprudenziale del diritto », segue una parte teorica che cerca di individuare sia il contributo che il diritto giurisprudenziale ha recato e può recare allo sviluppo del diritto sia i vari gradi di autorità che esso ha avuto nei diversi periodi storici.

il giudizio sul modo come si svolgono le cose è sempre dato in vista della domanda: « è bene o male che le cose si svolgano in questo modo? ». Tutt'al più, se dalla fase attuale della meta-giurisprudenza sorgeranno nuovi modelli, questi saranno diversi da quelli da cui abbiamo preso le mosse. Insomma, ciò che è destinato a mutare non è l'atteggiamento ultimo della ricerca critica sulla scienza giuridica rispetto agli ideali, ma l'ideale medesimo da proporre.

Diamo per ammessi i due risultati principali dell'attuale fase della metagiurisprudenza descrittiva: *a)* la giurisprudenza, anche nei sistemi più chiusi, interviene con giudizi di valore; *b)* la giurisprudenza, anche nei sistemi più autoritari, esercita un'influenza sullo sviluppo del diritto vigente. Non è chi non veda che dinanzi a tali risultati sono possibili diverse prese di posizione e quindi diventano proponibili diversi modelli per il lavoro del giurista. Nell'ambito della prima affermazione c'è posto per una giurisprudenza più o meno innovativa secondo che i giudizi di valore siano dati ricorrendo a principi extrasistemici o sistematici. Nell'ambito della seconda affermazione c'è posto per una giurisprudenza più o meno progressiva secondo che l'influenza del giurista sul giudice e sul legislatore si eserciti nella direzione dell'adeguamento del sistema giuridico allo sviluppo sociale o viceversa nella direzione della conservazione del sistema. Si risolvano anche qui le possibili differenze in due coppie di opposti: innovazione-tradizione, da un lato, progresso-conservazione, dall'altro. Combinando in varia guisa i quattro termini si possono ottenere quattro modelli di giurisprudenza diversi da quelli menzionati nel § 1. Sono modelli diversi in quanto hanno riguardo non tanto alle tecniche usate dal giurista per giungere al risultato desiderato, quanto al risultato considerato indipendentemente dalle tecniche adoperate.

NORBERTO BOBBIO