

cludere così. Se è insufficiente basare la ricostruzione del diritto romano sulle sole fonti di cognizione cd. tecniche, è peraltro antimetodico e fuorviante fare un unico fascio delle fonti tecniche e di quelle atecniche, rifiutandosi di sottoporre queste ultime ad un particolare esame critico, onde stabilire quanto vi è in esse di giuridicamente « vero » (cioè di genuina intuizione e rappresentazione della realtà del diritto coevo) e quanto vi è in esse di erroneo, di derivato da altri ordinamenti, di influenzato da concezioni filosofiche astratte o, se si vuole, di anticipato e di profetico. Si corre il rischio, in tal caso, di non fare dell'autentica storiografia, ma di fare soltanto della brillante e suggestiva erudizione.

2. SCIENZA E STORIOGRAFIA DEL DIRITTO.

Il grido di allarme, forse in se stesso alquanto eccessivo, che fu levato nel 1939 da Paolo Koschaker (*Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*) circa la crisi delle discipline romanistiche nel mondo ebbe, fuor d'ogni dubbio, il merito, nella sua passionale veemenza, di scuotere romanisti e non romanisti alla sensibilità di un problema, che sembrava oramai dimenticato: il problema dei rapporti tra storia e dogmatica del diritto. Da allora mentre lo stesso Koschaker ricostruiva, in un'opera singolarmente ricca di esperienze e di spunti (*Europa und das römische Recht* [1947]), la posizione storica del diritto romano nel quadro della civiltà europea, è fiorita sul tema tutta una vasta letteratura che non occorre qui riassumere e citare.

Scopo di queste brevi note è di additare all'attenzione degli studiosi le formulazioni recentissime, ambedue di alto interesse, di un illustre romanista, da un lato, e, dall'altro, di un valente filosofo del diritto. Formulazioni tanto più interessanti, in quanto raggiunte attraverso strade del tutto indipendenti. Formulazioni, aggiungo, che, nelle loro divergenze più apparenti che reali, concorrono in maniera molto efficace alla individuazione di una visuale metodologica, che mi pare soddisfacente e sicura (De Francisci P., *Punti di orientamento per lo studio del diritto*, in *Annali Sem. giur. Catania* n.s. [1950] 1 ss. e in *RISG.* n.s. [1949] 69 ss.; Bobbio N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 4 [1950] 342 ss.; Id., *Teoria della scienza giuridica*, Corso univ. litogr. [Torino 1950] p. 239).

* In *Iura* 2 (1951) 320 ss.

Ridotto alla sua struttura essenziale, il pensiero del De Francisci (che cito secondo gli *Ann. Sem. giur. Catania*) è che il diritto (non interessa, ai fini di questa discussione, analizzare la concezione che del diritto, nel quadro degli ordinamenti sociali, formula l'a. [p. 3 ss., 6 ss.]) può essere studiato da due punti di vista indipendenti ed a due scopi diversi: o « nella sua complessa realtà, come un esistente », allo scopo di « scoprire la natura, gli aspetti, gli sviluppi, nonché i rapporti con gli altri fenomeni sociali e la sua posizione nella vita concreta dell'umanità » (p. 13); oppure come formulazione positiva, come fonte formale, allo scopo di farne l'esegesi e di compiere, quindi, « l'indagine diretta a scoprire i principii generali su cui si fonda la norma, per ricavare poi dai principii la serie delle conseguenze » (p. 19). Nel primo caso si ha la « scienza del diritto », che è quanto dire la storiografia del fenomeno giuridico; nel secondo caso si ha la « dogmatica giuridica », che è quanto dire la tecnica necessaria all'esercizio dell'arte del diritto. Di queste due discipline, « la prima, la scienza, non può aversirsi alla seconda, l'arte, mentre questa può dalla prima trarre lumi e sussidi per meglio adempiere alla propria funzione pratica » (p. 3, 22 ss.). Ma scienza e dogmatica trovano il loro punto di incontro e, nel contempo, di superamento in una « scienza metastorica », di cui l'a. auspica la fondazione, la quale consiste nella determinazione dei dogmi costanti, se non eterni, del diritto e « conduce sino alle porte della filosofia » (p. 26 ss.).

Mentre il De Francisci segue nella sua classificazione un cammino, per così dire, ascensionale (dalla tecnica giuridica alla filosofia del diritto), il Bobbio, che è filosofo del diritto, segue un andamento perfettamente inverso (riassumerò il suo pensiero basandomi sul *Corso di lezioni*, dal quale è stato estratto, con qualche ritocco, l'articolo, di argomento più limitato, di *Riv. trim.*). A suo modo di vedere, la filosofia del diritto ha due compiti: la valutazione dell'operare giuridico (teoria della giustizia) e la metodologia della conoscenza giuridica (teoria della scienza giuridica) (p. 3 ss.). Non ricerche filosofiche, ma ricerche empiriche, cioè scientifiche, sono la « teoria generale del diritto », che tende a determinare l'essenza del diritto, e la « sociologia giuridica », che tende a stabilire le leggi costanti dell'evoluzione giuridica: esse, come ogni altra ricerca scientifica, possono fare a meno della filosofia, ma la filosofia, se non vuole essere vuota di riferimenti e di insegnamenti, non può fare a meno di esse, così come non può fare a meno della storiografia giuridica, della scienza comparativa del diritto e infine della scienza del diritto in senso stretto, detta anche giurisprudenza, cioè scienza

dell'ordinamento positivo (p. 9 ss.). E qui l'a. instaura una lunga ed accurata analisi allo scopo di accertare se la giurisprudenza sia proprio una scienza o, come spesso si è detto, sia invece una mera tecnica, giungendo, in sei agili ed eleganti capitoli, alla conclusione che la giurisprudenza sia una « ricerca, fondata sull'esperienza, delle proposizioni normative giuridiche, allo scopo di comprenderne il significato e di costruirne il sistema » (p. 201), la quale ha carattere di scienza, se per scienza si consideri, giusta la concezione moderna del « positivismo logico », l'analisi di un linguaggio intesa alla costruzione di un linguaggio rigoroso. Tutto sta, infatti, ad intendersi sul concetto di « scienza » e questa oggidì non va più intesa come « apprendimento di verità universali e necessarie », ma « nella rigerosità del suo discorso » (p. 219): quando J. H. von Kirchmann sostenne la famosa tesi della « Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft » intese la « Wissenschaft » nel primo senso (scienza come conoscenza di verità) ed ebbe buon gioco, ciò dato, nel giungere alla sua conclusione negatrice, osservando che bastano « tre parole innovatrici del legislatore, ed intere biblioteche divengono carta da macero ».

In conclusione, il De Francisci ed il Bobbio sembrano d'accordo nella identificazione della « giurisprudenza » o « dogmatica del diritto (positivo) », salvo che l'uno la qualifica come tecnica, l'altro come scienza, con riferimento (è chiaro) a due concezioni diverse della scienza. Quella che per il De Francisci è l'unica e sola « scienza del diritto » corrisponde, nel sistema del Bobbio, alla « storiografia giuridica ». Quanto infine alla terza disciplina, vi è, fra i due, una divergenza alquanto più sostanziosa: la « scienza metastorica » del De Francisci è pur sempre storiografia giuridica, mentre la « teoria generale » del Bobbio non sembra aver nulla a che fare con la storia, ma è concepita apoditticamente come conoscenza della « struttura normativa in quanto tale, disgiuntamente dai contenuti concreti di cui è riempita » (p. 156) e coincide, se non erro, con la « reine Rechtslehre » del Kelsen.

A voler essere franco, pare a me che il problema se la dogmatica giuridica meriti, ed a che titolo, la denominazione di « scienza » sia un problema di secondaria importanza. Certo è che, fra le tre discipline qui considerate, quella che maggiormente sembra esigere il titolo di « scienza del diritto » è appunto la dogmatica, intesa come disciplina interpretativa e sistematrice degli ordinamenti giuridici positivi. E mi sembra, altresì, che la definizione della giurisprudenza come analisi del linguaggio giuridico si segnali come particolarmente felice, unitamente alla

