

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

distinzione delle attività in essa ricomprese in « interpretazione », « integrazione » e « costruzione sistematica ».

Ingiustificata mi sembra la critica mossa alla predetta concezione della dogmatica dal Grosso (*Problemi e visuali del romanista*, in *Ius* n.s. 1 [1950] 322 ss.), quando lamenta che la storia sia lasciata fuori dal concetto di scienza del diritto, che sia buttato a mare come zavorra ingombrante « quel tradizionalismo, che . . . è inerente alla struttura mentale del giurista stesso, e quindi quella stessa tradizione giuridica che ne è elemento integrante, sacrificando, sull'altare di una scienza ridotta a pura coerenza formale di linguaggio, la realtà viva e storica dell'opera del giurista ». Io penso che, nel formulare questi appunti, il Grosso non abbia tenuto presente che il Bobbio (col quale, in buona sostanza, coincide, ripeto, il De Francisci) non nega la legittimità della storiografia giuridica, come scienza distinta dalla giurisprudenza, e, quanto a questa, precisa (p. 104 ss.) che trattasi di una scienza storica (storica perché interpretativa), sebbene sia anche una scienza naturale (naturale perché generalizzante). Quanto alla struttura mentale del giurista (vale a dire, nel nostro caso, dello « scienziato del diritto »), ebbene, non sembra che essa possa comunque influire sulla individuazione della « scienza del diritto »: è lo scienziato, infatti, che deve comportarsi come la scienza esige, non è la scienza che deve adeguarsi alle inclinazioni ed alle tendenze dello scienziato. È vero che i giuristi sono inclini al tradizionalismo, ma a cosa vale la tradizione di fronte alle espressioni categoriche del diritto vigente? D'altra parte, il fatto che la scienza giuridica nulla abbia a che fare con la storiografia del diritto non esclude che le due discipline possano essere, come sono, tra loro complementari. Vi è di più: come il Bobbio non ha, forse, ben visto, ma come ha ben visto, sebbene sotto altro profilo, il De Francisci, la storiografia giuridica è premessa indispensabile sia della scienza del diritto che della teoria generale, come pochi rilievi basteranno a dimostrare.

Relativamente alla scienza del diritto, intesa come analisi del linguaggio giuridico positivo, problema fondamentale e preliminare è quello di determinarne l'oggetto. Dire che tale oggetto è il « diritto positivo » è affermazione del tutto generica; dire, come fa il Bobbio, che trattasi delle « leggi » o della « volontà del legislatore » è egualmente generico e, per di più, arbitrario, perché non è detto che le leggi siano le sole fonti del diritto, né è detto che esse siano solo fonti di diritto. La determinazione in concreto del « diritto positivo », su cui debba esercitare la sua analisi del linguaggio la scienza giuridica, la distinzione di esso dagli ordinamenti non giuridici, dagli altri ordinamenti giuridici

coesistenti e, infine, dagli ordinamenti giuridici del remoto o del prossimo passato: sono tutte operazioni, che stanno al di fuori delle possibilità della scienza giuridica e spettano, se non erro, alla storiografia del diritto, la quale rivela, pertanto, un primo aspetto della sua essenzialità per gli studi giuridici.

Un secondo aspetto della importanza addirittura decisiva della storiografia per gli altri studi giuridici lo si scorge, a mio avviso, guardando alla « teoria generale del diritto ». Io non so davvero convincermi che questa scienza possa essere costruita così come la vuole il Bobbio, forse anche perché non sono affatto persuaso della esattezza e della bontà della teoria normativa pura formulata dal Kelsen e seguita dall'a. Da un punto di vista logico, io penso, tanto la teoria normativa pura quanto la opposta teoria istituzionistica del diritto sono pienamente legittime, così come può esserlo una terza, che sia nettamente diversa dall'una e dall'altra. Bisogna scegliere tra le possibilità costruttive, che la logica ci offre, e la scelta non può che basarsi sull'esperienza, cioè sulla storia. Ragion per cui la « teoria generale del diritto » è, a mio avviso, precisamente quella « scienza metastorica » di cui il De Francisci auspica la fondazione: e si rivela, così, luminosamente come e quanto la storiografia sia, sotto quest'altro profilo, essenziale allo studio del diritto. La storiografia giuridica è, infatti, il mezzo indispensabile al fine della costruzione (e della continua correzione) di una teoria generale del diritto, la quale sia, a sua volta, garanzia di unità del pensiero giuridico moderno, e quindi impulso ad un conforme evolversi e progredire dell'agire giuridico, cioè della legislazione, nei vari paesi del mondo.

3. I PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO.

Ho volutamente riservato un cenno speciale, stralciandolo dal capoverso inteso alla segnalazione di un volume a lui offerto dagli amici fiorentini, al denso e attentissimo articolo dedicato da Paolo Grossi alla rivalutazione (e per molti di noi alla rivelazione) dell'opera di François Gény (*François Gény e la scienza giuridica del Novecento* [1991], in *Pagine introduttive* [Milano, Giuffrè, 1992] 105 ss.).

Sono pagine tutte da leggere, che ruotano intorno all'idea secondo

* In *Labeo* 39 (1993) 126 ss.