

## Scienza giuridica ed ermeneutica.

### Il diritto come fatto sociale e il compito della giurisprudenza\*

#### 1. IL PROBLEMA DEL CARATTERE DELLA GIURISPRUDENZA

Per analizzare il carattere della giurisprudenza è necessario innanzitutto prendere in esame l'oggetto di tale disciplina, ovvero il diritto, e verificare la possibilità di rendere tale oggetto accessibile alla conoscenza. Il mio punto di partenza in vista di questo obiettivo è la tesi secondo la quale la scienza può concepire e analizzare il diritto come fatto sociale. La scienza del diritto, in altri termini, può essere intesa come una scienza del reale, e in particolare come una scienza teorica del reale che si propone di fornire spiegazioni causali. Se il diritto è un fatto sociale, tale scienza deve configurarsi come scienza sociale.

Una delle questioni più importanti affrontate delle scienze sociali moderne, fin dal loro apparire nel XVII secolo, è costituita dal problema dell'ordine sociale. Si potrebbe formulare questo problema nel modo seguente: come può realizzarsi l'ordine sociale? Oppure: sotto quali condizioni è prevedibile che si produca un certo ordine sociale tra i molti possibili? Il diritto rientra chiaramente tra quei fenomeni che vanno considerati nell'ambito di tale problematica.

Ora il diritto è anche un oggetto della giurisprudenza, così come essa viene praticata nelle facoltà giuridiche. Ci si può quindi chiedere se la giurisprudenza possa essere considerata come una scienza del reale, secondo l'accezione sopra formulata, quesito quest'ultimo che introduce immediatamente alla controversia contemporanea relativa al carattere della giurisprudenza. Apparentemente vi sono gravi obiezioni rivolte a una concezione di questo tipo: innanzitutto viene obiettato che la giurisprudenza non ha a che fare con l'*essere* ma col *dover essere*, che il suo oggetto non è costituito da *fatti* nel senso usuale del termine ma da *norme*, e che quindi il suo compito non consiste nello *spiegare* ma nel *comprendere*. È necessario pertanto confrontarsi con l'opinione secondo la quale nell'ambito della giurisprudenza è indispensabile prendere congedo da un approccio di tipo naturalistico per abbracciare una

\* Traduzione dal tedesco di Damiano Canale.

scienza di tipo diverso, che deve servirsi di metodi alternativi rispetto a quelli normalmente adottati dalle scienze naturali.

Questo argomento diventa ancora più plausibile nel momento in cui venga preso in esame il compito della giurisprudenza, che, come è noto, consiste essenzialmente nel prefigurare decisioni giuridiche adeguate alle situazioni pratiche. Tali decisioni devono essere determinate a partire da norme, che a loro volta vanno comprese al fine di poter formulare le decisioni stesse. Le norme poste a fondamento della decisione non possono tuttavia essere recepite in maniera arbitraria: nella maggior parte dei casi esse sono anzi fornite in anticipo e devono in tal senso venir accettate. Poiché in generale le norme non vanno messe in discussione, solitamente è necessario accoglierle come una sorta di dogma. Nel migliore dei casi, quindi, la giurisprudenza può formulare delle ipotesi relative alla corretta interpretazione delle norme.

In opposizione a una scienza del reale di tipo naturalistico, la scienza giuridica sarebbe quindi una disciplina dogmatica, normativa ed ermeneutica, nel senso da me caratterizzato: il suo compito sarebbe quello di individuare enunciati normativi, fondati su dogmi, per mezzo di strumenti ermeneutici.

Nella prospettiva appena ricordata sono presenti elementi che ritengo accettabili, sebbene non possa accettare le conseguenze che da essi derivano. Tale approccio costituirebbe ad ogni modo un'alternativa plausibile a una concezione naturalistica della scienza giuridica. Mi pare vi siano tre punti nella fondazione di una giurisprudenza di questo tipo sui quali vale la pena riflettere.

1. Innanzitutto la scienza giuridica deve considerare le norme realmente valide: essa non può produrre autonomamente e arbitrariamente diritto. Questo è il nucleo fondamentale del punto di vista dogmatico.

2. Si tratta in realtà di analizzare, tra le altre cose, la disciplina normativa dei rapporti sociali, ovvero le norme, così come viene posto in evidenza dal punto di vista normativo.

3. La scienza giuridica deve inoltre analizzare le componenti portatrici di senso dell'accadere sociale, come sottolinea il punto di vista ermeneutico.

L'interrogativo fondamentale è, tuttavia, se tali considerazioni conducano a escludere un approccio naturalistico alla giurisprudenza. La mia opinione è che questa non sia una conclusione necessaria, in particolare per i motivi che seguono.

1. Il fatto che la giurisprudenza debba attenersi alle norme realmente valide non implica una concezione dogmatica, secondo l'accezione sopra adottata del termine. Il compito della giurisprudenza potrebbe essere quello di formulare ipotesi relative a norme realmente o potenzialmente valide, senza che per questo si renda necessario accettare tali norme come determinanti.

2. L'analisi delle norme non presuppone a ogni costo una scienza norma-

tiva. Potrebbe trattarsi piuttosto di una scienza del reale che concepisce tali norme come circostanze fattuali capaci di guidare i rapporti sociali<sup>1</sup>.

3. Il ricorso al metodo comprendente non implica una scienza di tipo particolare, come alcuni esponenti dell'ermeneutica sostengono. Max Weber ha ad esempio ricercato spiegazioni di tipo comprendente, intese tuttavia come spiegazioni causali connesse a componenti dell'accadere sociale portatrici di senso.

Si può addirittura sostenere che esiste almeno una scienza del reale che soddisfa tutti i requisiti fin qui formulati, ovvero la sociologia del diritto, la quale ricerca spiegazioni comprendenti dei fenomeni giuridici applicando ipotesi teoriche e tenta di descrivere gli ordinamenti sociali al centro dei quali si pone il diritto valido<sup>2</sup>.

Si potrebbe a questo punto obbiettare, tuttavia, che proprio in questo consiste la distinzione tra sociologia del diritto e giurisprudenza: la prima sarebbe una scienza del reale applicata al diritto in senso proprio, la seconda invece sarebbe una scienza ancorata alla prassi, che non ricerca spiegazioni causali ma che deve solo elaborare decisioni in via preparatoria. Accetterei questo argomento, considerando tuttavia cosa esso comporta per il carattere della giurisprudenza. Anche le scienze di tipo naturalistico possono certo contribuire alla predisposizione di decisioni, poiché rendono possibile la deduzione di enunciati tecnologici. I sistemi tecnologici sono sistemi di enunciati nei quali trovano formulazione le alternative dell'agire, ricavabili a loro volta da enunciati teorici che esplicitano connessioni causali. Essi rispondono alla domanda relativa a cosa può o deve essere fatto per raggiungere un determinato scopo. Enunciati di questo tipo risultano quindi senz'altro utili nella preparazione delle decisioni giuridiche.

## 2. NORMATIVISMO E TECNOLOGIA SOCIALE: DUE INTERPRETAZIONI DELLA GIURISPRUDENZA

La giurisprudenza può quindi essere concepita come una tecnologia sociale, ovvero come l'arte di prefigurare decisioni sociali di tipo particolare<sup>3</sup>. In tal modo verrebbe facilmente spiegata la relazione sussistente tra una scienza

1. Cfr. su questo punto H. Albert, *Traktat über rationale Praxis*, Mohr Siebeck, Tübingen 1978, cap. 3, *Das Problem der sozialen Steuerung und die Idee einer rationalen Jurisprudenz*.

2. Cfr. M. Baurmann, *Der Markt der Tugend. Recht und Moral in der liberalen Gesellschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen 1996.

3. La parola "tecnologia" non risulta gradita quando ne viene fatto uso in riferimento al campo delle relazioni sociali, poiché essa viene spesso associata ingiustamente alla parola "tecnocrazia". Tuttavia quando si utilizza il termine "arte" per indicare il medesimo concetto, il tutto diventa forse accettabile.

teorica del reale applicata al diritto e la giurisprudenza, laddove quest'ultima si configurerebbe come la propaggine tecnologico-sociale di tale scienza.

Abbiamo quindi a disposizione almeno due interpretazioni della giurisprudenza tra le quali sarebbe opportuno operare una scelta: la prima deriva dalla concezione normativista, dove il rapporto tra giurisprudenza e scienze del reale non appare chiaro; la seconda, invece, assume un carattere socio-tecnologico e istituisce una relazione diretta con la scienza del reale applicata al diritto.

Nella prima ipotesi interpretativa la giurisprudenza sarebbe in grado di determinare un dover essere (*sollen*), nel secondo invece solo di constatare un poter essere (*können*). Ne segue che la prima variante risulta preferibile, poiché sembra permettere la deduzione delle decisioni giuridiche.

Ma vi può essere una scienza a carattere normativo? Esiste una conoscenza di tipo normativo? Chi afferma ciò deve al contempo sostenere che gli enunciati normativi hanno carattere cognitivo e che quindi sono veritativi. Vi sono concezioni filosofiche che difendono una tale posizione, ma esse, per quel che vedo, non hanno saputo resistere alle critiche mosse nei loro confronti, poiché sottendono una inaccettabile ontologia e postulano prospettive conoscitive il cui principio di esistenza non può trovare fondamento<sup>4</sup>.

Si potrebbe a questo punto sostenere che gli enunciati normativi formulati da una tale giurisprudenza costituiscono unicamente delle conseguenze logiche di norme predate e che quindi sono deducibili da enunciati normativi la cui validità deve essere presupposta. Non assisteremmo in tal senso a una interpretazione cognitiva di enunciati normativi; inoltre il compito della giurisprudenza sarebbe solo quello di formulare deduzioni logiche, opinione questa che dovrebbe risultare difficilmente accettabile.

Dal mio punto di vista, ad ogni modo, bisognerebbe considerare il fatto che la giurisprudenza è solita formulare proposte interpretative di enunciati normativi e che tali proposte, d'alto canto, non possono nascere da conoscenze di tipo normativo né da conoscenze relative a situazioni di fatto, poiché, come è noto, non è possibile dedurre enunciati normativi da enunciati descrittivi. L'unica via d'uscita sarebbe quella di rinunciare alla pretesa normativa associata alle proposte interpretative e di ridurre così il compito della giurisprudenza a una funzione puramente ermeneutica, oppure quella di fondere tale pretesa in modo diverso. La prima soluzione sembra quella intrapresa dalla dottrina pura del diritto, sulla quale mi soffermerò più oltre.

Anche alla luce della concezione normativista, tuttavia, la giurisprudenza deve innanzitutto fare riferimento al diritto fattualmente valido in un certo

4. Cfr. ad esempio J. L. Mackie, *Ethik. Auf der Suche nach dem Richtigen und Falschen*, Reclam, Stuttgart 1981; V. Kraft, *Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre*, Wien 1951<sup>2</sup>.

ambito spazio-temporale, e quindi a fatti di tipo determinato. Tale disciplina deve individuare e interpretare il diritto fattualmente valido, o meglio individuare, mediante le sue proposte interpretative, il diritto fattualmente valido in modo tale che a partire da tale fondamento possano essere formulate decisioni socialmente adeguate.

Nasce a questo punto spontanea la domanda relativa a come si caratterizzi il concetto di "validità fattuale". Grazie al suo ausilio sono comprensibili fatti particolari? In caso di risposta affermativa, gli enunciati relativi alla validità fattuale delle norme sarebbero enunciati riguardanti fatti sociali, a partire dai quali non potrebbe essere dedotta alcuna conseguenza normativa. Oppure, un enunciato relativo alla validità fattuale di norme determinate è un enunciato normativo? In tal caso esso non sarebbe di nuovo deducibile da conoscenze relative a situazioni di fatto. Il fare riferimento al diritto valido sotto il profilo fattuale produce delle difficoltà non superabili nell'ambito della concezione normativista. Sono queste le difficoltà di una "giurisprudenza pura", ovvero di una scienza giuridica che si rapporta in maniera problematica con i fatti della vita sociale<sup>5</sup>.

### *La sociologia giuridica e la spiegazione dei fatti sociali*

La sociologia giuridica si occupa di spiegare come funzionano gli ordinamenti sociali, entro i quali il diritto svolge un ruolo fondamentale<sup>6</sup>. Si tratta in questo caso di spiegazioni comprendenti nelle quali il funzionamento di ordinamenti di questo tipo viene chiarito a partire dall'interazione tra azioni, e quindi prendendo in considerazione le decisioni degli organismi giuridici. Nell'elaborazione di tali spiegazioni sono pertanto importanti le supposizioni relative al comportamento di individui quali ad esempio il giudice, il funzionario amministrativo, il poliziotto, così come di ogni altro soggetto ricompreso nell'ambito di validità di un particolare ordinamento. Nelle decisioni di tali individui è determinante, tra l'altro, la "definizione della situazione", ovvero il modo in cui la situazione decisionale, che deve comprendere in sé anche le norme giuridiche rilevanti, viene percepita. L'individuazione delle norme relative alla situazione decisionale così come la loro applicazione devono quindi svolgere una funzione causale: un comportamento portatore di senso si evidenzia infatti quando le motivazioni si trasformano in cause, quando in altri termini il manifestarsi della motivazione assume una valenza causale.

5. Cfr. H. Albert, *Zur Kritik der reinen Jurisprudenz. Recht und Rechtswissenschaft in der Sicht des kritischen Rationalismus*, in "Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung", 1992, pp. 343-57, così come l'annessa discussione con Robert Walter, pp. 358-64.

6. Cfr. T. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Dunker & Humblot, Berlin 1987<sup>4</sup>.

Il manifestarsi delle motivazioni è dopo tutto, come noto, una situazione molto complessa, con la quale gli psicologi e gli scienziati sociali si confrontano con alterno successo. Accanto ai fattori cognitivi intervengono qui elementi ulteriori, come ad esempio gli interessi degli attori. Sotto questo profilo assume naturalmente rilievo anche l'interesse per una decisione adeguata, nella convinzione che ciò abbia carattere normativo, interesse che del resto può essere del tutto compatibile con quello proprio di chi agisce. In tal caso l'attore si comporta conformemente alla norma non solo in virtù della minaccia di sanzione connessa alla violazione della norma stessa<sup>7</sup>.

Chi intende fornire una spiegazione di tali decisioni deve quindi avere familiarità col diritto valido, poiché, ad esempio, gli può essere richiesto di ricostruire la situazione decisionale di un giudice. Il risultato di una tale operazione è una spiegazione comprendente, possibile anche in campo naturalistico, ovvero una spiegazione causale, dietro cui si situano la conformità alla legge tanto della formazione della volontà che dell'azione di chi decide, indagabili a loro volta principalmente sul piano psicologico. Ci si deve tuttavia spesso accontentare di un abbozzo di tale spiegazione, nel quale l'interpretazione della situazione decisionale fornita dallo scienziato in base al relativo sistema di norme rilevanti prende il posto della rappresentazione delle interazioni causali in base alla schema esplicativo consueto<sup>8</sup>.

Appare chiaro che l'*orientarsi* dell'attore in rapporto alle norme non implica che egli agirà *conformemente* a esse. Anche presso gli organi giudiziari potrebbero intervenire dei motivi tali da spingere alla violazione del diritto valido. L'*orientarsi* in rapporto al diritto valido svolge una funzione importante anche nella percezione situazionale di altre persone, come ad esempio accade per l'operatore economico che deve decidere quale forma societaria attribuire alla propria attività commerciale.

#### 4. IL PROBLEMA DELLA VALIDITÀ FATTUALE DELLE NORME

Le questioni sottese al problema della validità fattuale delle norme offrono innanzitutto l'occasione di definire questo concetto riallacciandosi all'efficacia delle norme rispetto ai comportamenti. Le norme sufficientemente efficaci

7. Cfr. V. Vamberg, R. D. Congleton, *Rationality, Morality, and Exit*, in "American Political Science Review", 86, n. 2, 1992; H. Kliemt, *Normbegründung und Normbefolgung in Ethik und Ökonomik*, in "Zeitschrift für Betriebswissenschaft", 1992, pp. 91-105.

8. Se inoltre la supposizione di un interesse a una decisione adeguata sembra giustificato e non vi è altro motivo che possa spingere alla decisione stessa, spesso si può considerare tale spiegazione come sufficiente. Vedi su questo punto il mio contributo *Erkenntnis und Recht. Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus* (1972), in G. Roellecke (hrsg.), *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1988, pp. 303-7.

ci in rapporto alla popolazione di un ambito spazio-temporale determinato potrebbero essere definite come “fattualmente valide”. Questo sarebbe tuttavia un parametro definitorio troppo debole, mentre la richiesta della piena conformità dei comportamenti alle norme sarebbe palesemente una condizione troppo forte.

Theodor Geiger ha suggerito di definire la “realtà” di una norma, e quindi la sua validità fattuale, come la “possibilità di effetti alternativi” (*Alternativwirkungs-Chance*)<sup>9</sup>, in modo da trasformare tale unità concettuale in una grandezza misurabile. Ma la nozione di validità fattuale proposta da Geiger ha subito pesanti critiche, sulle quali non mi posso in questa sede soffermare<sup>10</sup>. Una soluzione alternativa è quella di richiamarsi alla volontà del legislatore, in modo tale da ancorare il dover essere (*sollen*) a un voler essere (*wollen*). È necessario tuttavia che il voler essere sia dotato di efficacia, nel senso che i destinatari della norma siano motivati a comportarsi conformemente a esso<sup>11</sup>: in tal modo la pronunzia del legislatore assumerà una valenza causale nel costituirsi della loro volontà. La validità fattuale va dunque sempre considerata, in tale accezione, come un fatto sociale.

Nella misura in cui la giurisprudenza si occupa del diritto fattualmente valido, anch'essa potrebbe essere condizionata dal ricorso al concetto di validità fattuale. Mi pare che questa tesi costituisca il punto chiave che oppone la mia concezione a quella di Rudolf Thienel<sup>12</sup>. La “validità”, così come intesa da Thienel, non sarebbe “qualcosa di fattuale – un fatto esistente – ma qualcosa di ideale, ovvero la circostanza che un determinato *dovere esista*; essa costituisce in tal senso un dover essere”. Ciò è caratteristico di una concezione come la sua orientata alla dottrina pura del diritto, nella quale viene postulato un regno di entità ideali non accessibile a una scienza del reale.

Così come gli esponenti del realismo, i fautori di questa dottrina partono dall'assunto che le norme valide costituiscano dei prodotti umani e che la loro validità sia tale in virtù dell'autorità esercitata da uomini. Essi non fanno altro che sostenere la tesi secondo cui non sarebbe possibile comprendere i fenomeni normativi se si rinunciasse a un punto di vista specificamente normativo, il quale sarebbe presupposto addirittura da un'analisi sociologica di tali fenomeni. La “validità” come “l'esistenza specifica di una norma”, ovvero “la sua esistenza nell'ambito del dover essere”, andrebbe distinta «tanto dall'esistenza dell'espressione di volontà, di cui la norma è il significato, così come

9. Cfr. Geiger, *Vorstudien*, cit., p. 34.

10. Cfr. Baurmann, *Der Markt der Tugend*, cit., pp. 34 ss. Tra l'altro un modello sanzionatorio di validità risulterebbe insufficiente in rapporto alla classe delle norme di autorizzazione.

11. Cfr. su questo punto N. Hoerster, *Zum Problem der absoluten Normgeltung*, in *Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag*, Manz, Wien 1991, pp. 255 ss.

12. Cfr. R. Thienel, *Kritische Rationalismus und Jurisprudenz*, Manz, Wien 1991, pp. 65 ss.

dalla sua efficacia, poiché entrambi tali fattori si collocano nella sfera dell'esere»<sup>13</sup>.

Ora è chiaro che il senso di un atto di volontà oppure della relativa disposizione di legge<sup>14</sup>, così come esso prende forma nel contenuto di un enunciato normativo, costituisce un elemento distintivo dell'atto e della disposizione, che può essere osservato isolatamente, ma che non per questo acquista certo un'esistenza autonoma. È certo possibile analizzare il senso degli enunciati normativi; questi tuttavia, così come si mostrano ad esempio nei testi di legge, non vanno intesi come *descrizioni di norme*, ovvero come enunciati che hanno per oggetto norme, quanto piuttosto come *formulazioni di norme* e quindi come *enunciati a carattere prescrittivo*. Ciò significa, tra l'altro, che essi non hanno carattere veritativo, ma possono solamente essere rispettati oppure no. Nel campo scientifico tali enunciati costituiscono oggetto di analisi, ovvero la scienza *parla di essi*. Il ricorso al termine *validità* non può quindi che rimandare in questo contesto, in primo luogo, alla constatazione di una *pretesa di riconoscimento generale* da associare a tali regole, una pretesa quindi che può essere avanzata in maniera *fattuale e imporsi* con maggiore o minore successo.

Se tuttavia, come accade nella dottrina pura del diritto, il discorso ruota attorno all'«esistenza specifica di una norma», emerge la convinzione che esista un ambito esterno alla realtà della vita sociale, nel quale le norme esistono in quanto oggetti particolari e dove quindi una disciplina speciale opera secondo modalità descrittive in riferimento a enunciati prescrittivi. Se esiste un tale ambito e se gli enunciati scientifici a esso riferiti avessero carattere descrittivo, allora sarebbe possibile attribuire loro un valore di verità. Rimarrebbe tuttavia insondabile come tali enunciati potrebbero al contempo prescrivere qualcosa.

Mi pare che sia possibile spiegare il carattere normativo di certi testi senza far ricorso a principi autonomi di esistenza del tipo sopra ricordato. Anche l'interpretazione del senso soggettivo delle azioni secondo la prospettiva weberiana non presuppone alcuna ipotesi di tal genere, che appare oltre modo problematica non solo perché isola la giurisprudenza dall'ambito dei fatti sociali, al quale in fin dei conti essa deve pur essere ricondotta, ma anche perché risulta incomprensibile quale rapporto si instaurerebbe tra l'universo delle norme e la realtà giuridica di cui la sociologia del diritto deve occuparsi.

13. Cfr. M. Schmidt, *Reine Rechtslehre versus Rechtsrealismus*, in R. Walter (hrsg.), *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, Manz, Wien 1992, p. 145.

14. Seguendo una proposta di Hoerster, Baurmann, nel suo volume sopra ricordato, non fa ricorso all'atto di volontà per determinare il concetto di validità, ma alla relativa disposizione del legislatore.

**5. LA GIURISPRUDENZA RAZIONALE COME FONDAMENTO  
DELLA LEGISLAZIONE, DELLA GIURISDIZIONE E DELL'AMMINISTRAZIONE**

Una disciplina socio-tecnologica che affronti il problema dell'ordine sociale, e quindi del diritto in quanto elemento integrante di tale ordine, può utilizzare, come è già stato osservato, le conoscenze provenienti dalle relative scienze del reale a carattere teorico e storico per spiegare il concatenarsi degli effetti sociali, e quindi per formulare enunciati relativi alle alternative dell'agire che possono essere utili per fondare delle decisioni. Per dedurre tali decisioni si rendono evidentemente necessarie premesse ulteriori, relative alla predisposizione dei fini dell'agire e all'ammissibilità dei mezzi. È necessario in altri termini che le alternative dell'agire vengano valutate in base a parametri pratici determinati per poter essere trasformate in decisioni.

La domanda fondamentale a cui una tale disciplina deve rispondere è la seguente: come è possibile realizzare un ordine sociale che soddisfi condizioni di adeguatezza determinate? Ovverosia, come è possibile realizzare un ordine sociale dotato di certi "indici di rendimento" (*Leistungsmerkmale*)?<sup>15</sup> Sarebbe forse interessante comparare ordini sociali alternativi per misurare i loro diversi indici di rendimento, come ad esempio i gradi diversi di libertà e sicurezza sociale, di stabilità e flessibilità che essi realizzano. I relativi indici di rendimento possono così essere selezionati in modo tale che la loro realizzazione si fonda sull'interesse dei consociati, predisponendo in particolare garanzie contro la violenza, l'arbitrio, lo sfruttamento, la povertà, ovvero contro i diversi mali sociali.

L'interrogativo sopra formulato può quindi assumere significato pratico, nel momento in cui si riconnetta a una possibile pratica legislativa finalizzata alla realizzazione di un ordine sociale che risponda a indici di rendimento determinati. È evidente che le norme in tal modo prodotte non trovano in se stesse il proprio fine, ma costituiscono solo un mezzo per raggiungere certi risultati. Non di rado la comprensione di tali risultati presuppone conoscenze specialistiche, dal momento che essi vengono perseguiti mediante l'ausilio di specifici meccanismi sociali. Questo è ad esempio il caso delle norme che danno a una banca centrale il potere di aumentare i tassi minimi di riserva o il tasso di sconto degli istituti bancari, al fine di impedire gli effetti inflattivi di un aumento della quantità di moneta. L'obiettivo deve essere qui raggiunto attraverso una complicata catena di nessi causali, la cui individuazione richiede riflessioni di teoria monetaria. In una società moderna una porzione considerevole delle norme prodotte per via legislativa è finalizzata alla reali-

15. Cfr. R. Vining, *Economics in the United States of America*, UNESCO, Paris 1956, pp. 10-4, dove si parla di "performance characteristics".

zazione di risultati indiretti di questo tipo e presuppone quindi riflessioni teoriche simili alle precedenti<sup>16</sup>.

La giurisprudenza razionale da me descritta non può quindi essere ricompresa all'interno di una prospettiva normativista. Essa non può limitarsi a formulare sistemi di norme connessi ai relativi criteri di benessere sociale indicati dalla collettività, per dedurne poi conseguenze logiche. I risultati che possono essere raggiunti con l'aiuto della legislazione non costituiscono in altri termini delle conseguenze logiche derivate da norme. La determinazione selettiva delle concatenazioni di effetti sociali presuppone piuttosto che venga considerata sul piano teorico la loro fondamentale conformità alla legge. La giurisprudenza razionale considera quindi la produzione normativa come un mezzo per raggiungere fini che appaiono fondati sugli interessi dei componenti della società. Anche la definizione dei rapporti di diritto pubblico in un ambito spazio-temporale determinato costituisce innanzitutto un problema di tecnologia sociale e quindi, naturalmente, anche un problema pratico-politico. Il controllo del potere mediante il diritto non può realizzarsi se non attraverso la conoscenza del concatenarsi degli effetti sociali rilevanti.

Ogni legislazione razionale è legata pertanto a un sapere socio-tecnologico, indipendentemente dal fatto che tale sapere venga fornito da una disciplina scientifica oppure che la legislazione stessa sia costretta ad affidarsi al sapere comune. Una scienza che si riveli utile alla pratica legislativa deve possedere i caratteri di una giurisprudenza razionale nel senso da me a grandi linee descritto<sup>17</sup>.

Ogni legislazione efficace indirizza gli accadimenti sociali in maniera diversa e genera quindi una trasformazione dell'ordine sociale. Tale trasformazione si realizza facendo in modo che gli stimoli del comportamento umano vengano modificati in ordine al raggiungimento dei risultati prefissati. Ciò vale naturalmente anche nel caso dell'introduzione di costituzioni o comunque di misure che modificano l'ordine costituzionale, a partire dalle quali possono essere formulati programmi legislativi. Ogni progetto di questo tipo ha bisogno di una fondazione socio-tecnologica per essere efficace.

Sotto il profilo della giurisdizione e dell'amministrazione la situazione sembra diversa, dal momento che ci troviamo qui di fronte all'applicazione di leggi già presenti nell'ordinamento. Ma diventa in questo contesto veramente

16. Basta pensare ad esempio alla legislazione in materia edilizia oppure a quella in ambito agricolo. Gli economisti non di rado si preoccupano di richiamare l'attenzione sul carattere controproducente di certe leggi.

17. Cfr. il terzo capitolo del mio libro *Traktat über rationale Praxis*, cit. Sulla possibilità di una trattazione tecnologica delle problematiche dell'ordine sociale cfr. anche H. Kliemt, *Das Denken in Ordnungen und die Möglichkeiten ordnungspolitischen Handelns*, in W. Eucken Institut (hrsg.), *Ordnung in Freiheit. Symposium Aus Anlaß Des 100 Jahrestages Des Geburtstages Von Walter Eucken Am 17 Januar 1991*, Mohr Siebeck, Tübingen 1992, pp. 31-59.

necessario il ricorso a un modello diverso di giurisprudenza, e in particolare a una disciplina a carattere dogmatico, normativo ed ermeneutico? Innanzitutto bisogna ammettere che l'ambito giurisdizionale e quello amministrativo si occupano di *identificare* e *applicare* le norme del diritto valido, laddove l'*interpretazione* dei testi che appaiono rilevanti in questa prospettiva svolge un ruolo di primo piano. La giurisprudenza avrebbe qui pertanto il compito di formulare innanzitutto dei *consigli interpretativi adeguati*.

Ora, i testi rilevanti sono soliti lasciare un certo spazio di libertà interpretativa; inoltre sembra necessario che il sistema di norme del diritto valido venga completato mediante l'ausilio di procedure interpretative capaci di colmare le lacune. Ciò significa tuttavia che l'ordinamento giuridico si costituisce in una certa misura anche col contributo delle decisioni giudiziali, in modo tale che l'osservazione dell'ordinamento valido implica in sé una sorta di eccedenza creativa.

Gli sforzi ermeneutici che vengono qui richiesti possiedono quindi un carattere costruttivo del tutto particolare, tale da differenziarli in maniera considerevole da quelli richiesti in ambito storiografico. I sostenitori delle tesi normativistiche tendono in questo contesto a mettere in gioco il punto di vista teleologico, sottolineando gli scopi ai quali la giurisprudenza deve orientarsi nella formulazione delle sue ipotesi interpretative<sup>18</sup>. Dal momento che le norme non trovano in se stesse il loro fine, assume significato prendere le mosse dall'individuazione di quest'ultimo nel caso esso non sia manifesto. Non appena tuttavia venga fatto riferimento ai fini per la formulazione delle indicazioni interpretative, è necessario preoccuparsi degli effetti che le norme da individuare possono generare. In tal modo si accede alla sfera del pensiero tecnologico: è necessario in altri termini esaminare la rilevanza causale delle norme per la creazione dell'ordine sociale in questione.

Anche qui le norme vengono considerate come mezzo per produrre effetti determinati sul comportamento degli individui, ovvero come strumenti di orientamento sociale. Le indicazioni interpretative appropriate verranno in tal senso formulate alla luce dei risultati da perseguire, rendendo pertanto necessario l'utilizzo di conoscenze relative al concatenarsi degli effetti sociali. Il fatto che le interpretazioni devono accordarsi al diritto fattualmente valido – ovvero alle altre norme del sistema giuridico considerato – non modifica nulla a tal riguardo. Nel caso si volesse sottolineare il carattere ermeneutico di tali operazioni, si tratterebbe in ogni caso di un'ermeneutica del tutto peculiare. Chi in particolare intenda determinare il *senso* del diritto – vale a dire il senso delle norme giuridiche così come quello dei testi nei quali tali norme vengono formulate – deve prendere in considerazione gli *effetti* che vengono

18. Cfr. su questo punto N. Bobbio, *La natura delle cose*, in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, pp. 197-212.

perseguiti mediante esse e quindi l'ordine della vita sociale che si intende realizzare. Si tratta pertanto di un senso teleologico più che di un senso semantico. L'ermeneutica che risulta qui necessaria è pertanto una disciplina sociotecnologica finalizzata alla formulazione di indicazioni interpretative efficaci, così come nella legislazione il fine è quello di produrre norme efficaci.

Una giurisprudenza razionale si comporrebbe pertanto di due parti, la prima tale da rendere possibile l'*identificazione* delle norme del diritto valido mediante *interpretazioni efficienti*, la seconda capace di consentire la *costruzione di norme efficienti* per *modificare* il diritto valido mediante la legislazione<sup>19</sup>. In entrambi i casi non si rendono necessari enunciati normativi: sono necessari solo enunciati nei quali le norme si rivelano efficaci in rapporto agli scopi presupposti in via ipotetica.

La relazione che qui si instaura tra giurisprudenza e scienza teorica del reale applicata al diritto non appare problematica; essa rimanda a una disciplina tecnologica in grado di utilizzare, nel senso consueto, i risultati che una tale scienza del reale mette a disposizione. Nella misura in cui tali risultati non sono disponibili, la prassi deve accontentarsi di far ricorso al sapere comune, così come accade in ambiti diversi da quello qui considerato.

Sono convinto che la concezione qui proposta del carattere della giurisprudenza risponda in maniera adeguata ai fattori plausibili, ricordati all'inizio di questo contributo, che sembrano giocare a favore di una concezione ermeneutica in senso classico. Essa recepisce inoltre ciò che di utile è espresso dalla giurisprudenza degli interessi e risponde alle obiezioni che sono state mosse nei confronti della giurisprudenza dei concetti<sup>20</sup>. Anche l'obiezione secondo la quale tale concezione implica un'autolimitazione della scienza giuridica che si fonda, sotto certi profili, su tesi della prima scuola di Francoforte può, come ho già mostrato in altra sede<sup>21</sup>, essere rigettata, poiché si basa su un fraintendimento di quanto da me sostenuto.

#### 6. SCIENZA E PRASSI GIURIDICA NELLO STATO DI DIRITTO: IL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA NELL'ORGANIZZAZIONE DELLA VITA SOCIALE

La giurisprudenza è un prodotto dello sviluppo del diritto europeo, così come lo è il moderno Stato costituzionale di diritto, che rappresenta un fenomeno

19. A chi considera il concetto di efficienza come problematico, va ricordato che gli effetti causati dalle norme e dalle interpretazioni di norme si riconnettono sempre all'ordine sociale che viene perseguito, il quale possiede indici di rendimento determinati.

20. Cfr. il mio articolo *Zur Kritik der reinen Jurisprudenz*, cit., pp. 349-53.

21. Cfr. ivi, pp. 352 ss. Sulle tesi di Habermas e Apel, che sono state richiamate anche nel campo del pensiero giuridico sempre a fondamento di argomentazioni critiche, vedi E. Hilgendorf, *Argumentationen in der Jurisprudenz*, Duncker & Humblot, Berlin 1992.

eccezionale entro l'orizzonte della storia mondiale. Questa forma-Stato costituisce il risultato dell'itinerario particolare percorso dalla cultura europea ed è per questo difficilmente esportabile in culture diverse, per quanto il dibattito su scala planetaria relativo al tema dei diritti umani mostri come ovunque siano presenti forti interessi in tale direzione. Anche in ambito europeo lo Stato di diritto, come è noto, è stato costantemente sottoposto a minacce. Solo all'interno di un ordine giuridico fondato sui principi dello Stato di diritto la giurisprudenza può assumere quel carattere di scienza indipendente che le ho attribuito. La rilevanza storica dello Stato di diritto consiste nel fatto che attraverso di esso il potere viene sottoposto a un certo grado di limitazione, in modo da rendere possibile un ordine sociale che garantisca la libertà civile e politica. È evidente che in altre culture non esiste un diritto inteso come ambito autonomo della vita sociale, caratterizzato dal rapporto concorrenziale tra sistemi giuridici diversi, dalla professionalizzazione del suo esercizio, dalla sua elaborazione scientifica e dalla preminenza da esso assunta nei confronti dell'autorità politica, un diritto inoltre che si è sviluppato sotto l'influsso di ideali determinati<sup>22</sup>. Il costituzionalismo, che prevede l'ancoraggio della politica al diritto, appartiene fin dall'inizio agli ideali che hanno influenzato tale sviluppo e che hanno segnato la cultura giuridica europea. La giurisprudenza europea, che ha accompagnato costruttivamente e criticamente lo sviluppo del diritto, ha rappresentato fin dall'inizio una porzione importante di tale cultura giuridica<sup>23</sup> e conseguentemente un fattore significativo nello sviluppo del costituzionalismo, il quale è penetrato poi nella moderna filosofia sociale europea, dove il diritto viene concepito come uno strumento atto a garantire pace e libertà. Come può la giurisprudenza svolgere al meglio la propria funzione pratica nell'ambito della cultura giuridica fin qui descritta? In base alle concezioni consuete, la giurisprudenza non può produrre autonomamente decisioni rilevanti a carattere giuridico. La recezione delle soluzioni da essa elaborate nel diritto valido costituisce una questione lasciata ai soggetti autorizzati che agiscono nella prassi. Questi ultimi possono emettere le loro decisioni alla luce delle conoscenze elaborate dalla giurisprudenza; ciò significa però che tale disciplina svolge un ruolo importante nella determinazione del diritto fattualmente valido e quindi anche nella strutturazione dell'ordine sociale, che tale diritto concorre in misura rilevante a determinare. L'ordine sociale non è tuttavia un fenomeno statico: esso è cogibile nel suo incessante mutare, dal momento che emergono continuamente nuovi problemi da risol-

22. Cfr. H. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge (MA) 1983, dove vengono evidenziate le particolarità del diritto europeo e il carattere peculiare della giurisprudenza europea.

23. Cfr. ivi, pp. 120-64.

vere. La soluzione adeguata di tali problemi presuppone non solo la conoscenza dei fatti e delle concatenazioni degli effetti sociali, ma esige anche che venga posta l'attenzione sui valori rilevanti nella selezione delle soluzioni utili. Il diritto non si sviluppa solo a partire dalla conoscenza di relazioni fattuali, ma anche sotto l'influsso di interessi e ideali. Anche una giurisprudenza tecnologica deve tenere conto dei punti di vista sui valori nel caso intenda assumere significato pratico. Essa può far ciò senza difficoltà, dal momento che elabora gli indici di rendimento delle diverse soluzioni giuridiche possibili. Dal momento che tali indici sono delle caratteristiche fattuali, ciò non pregiudica la veridicità degli enunciati a essi associati. Le condizioni di adeguatezza dell'ordine sociale sono in quanto tali oggetto di una discussione pubblica a cui prendono naturalmente parte anche gli esponenti della scienza giuridica. Questi ultimi, così come i rappresentanti di altre discipline, possono contribuire a spiegare ai cittadini, in virtù della loro competenza tecnica, i nessi relazionali significativi nella soluzione dei problemi dell'ordine sociale. A partire da tale contributo essi possono utilizzare le loro competenze anche in senso critico, tentando di mostrare se e in quale misura le norme del diritto valido, oppure le norme previste dai programmi legislativi per modificare il diritto valido, sono inadatte a contribuire alla realizzazione di un ordine sociale conforme a valori determinati. Infine gli esponenti della scienza giuridica, così come ogni cittadino che prenda parte alla discussione pubblica, possono richiamare l'attenzione sull'insufficiente considerazione di determinati indici di rendimento all'interno degli ideali di ordine dominanti.