

LETICIA CABRERA CARO*

*La giurisprudenza come scienza***

Sommario: 1. Introduzione - 2. La Scienza e la scienza giuridica. - 2.1. Il riduzionismo dallo scientifico al quantificabile. - 2.2. La revisione dell'ideale della sistematizzazione deduttiva. - 3. La Scienza giuridica moderna e l'eliminazione del pluralismo epistemologico. - 4. La giurisprudenza non è scienza. - 5. La scientificità della conoscenza giuridica: La giurisprudenza è scienza. - 6. Il metodo ermeneutico come metodo scientifico.

1. *Introduzione*

Dal momento in cui Ulpiano, nel Digesto, definì la Giurisprudenza come “la scienza del giusto e dell’ingiusto”¹, fino alla conferenza che l’eminente giurista tedesco, Julius von Kirchmann, tenne nel 1847 intitolata “La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza”, molti sono stati gli autori che si sono presi cura di negarne o affermarne il carattere scientifico. Scrivere pertanto, della giurisprudenza come scienza giuridica significa affrontare uno degli aspetti più discussi del Diritto.

In parte, tale polemica può essere stata alimentata dal fatto che né il concetto di scienza, né il concetto di Diritto hanno trovato unanime consenso nel corso dei secoli. È abbastanza difficile mettersi d’accordo sul carattere scientifico di una conoscenza quando non esiste nemmeno il consenso sull’oggetto di tale conoscenza. È possibile che, per questa ragione, si

* *Profesora Titular di Filosofía del Derecho, Departamento de Derecho Público, Universidad de Cádiz.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.* Il presente lavoro è una sintesi della ricerca condotta all’interno del Progetto I+D JURISDOC: Giurisprudenza e dottrina: l’incidenza della dottrina nei provvedimenti giudiziari dell’ordinamento civile, penale e del lavoro DER2016-74971-P (IP M^a. Dolores Cervilla Garzón). Una precedente versione dello stesso è stata oggetto di dibattito in seno al I Congresso Internazionale Giurisprudenza e dottrina. Un matrimonio di convenienza? Capua (Caserta-Italia), 8 e 9 ottobre del 2019.

¹ DIGESTO, 1,1,1.

arrivi a giustificare l'esistenza, da molto tempo, di detrattori e difensori della scientificità del Diritto². Probabilmente quindi, in questo momento, è opportuno cominciare con un breve ripasso storico delle ragioni che hanno motivato tale discussione.

2. *La Scienza e la scienza giuridica*

Malgrado il concetto di scienza non abbia riscosso unanimità nel corso dei secoli, questo termine è stato sempre identificato con l'idea di conoscenza o, ancor più in concreto, con l'idea di una conoscenza la cui acquisizione soddisfa una serie di caratteristiche³. Tali caratteristiche hanno subito, con il passare del tempo, progressive modifiche, anche se, senza alcun dubbio, il mutamento più significativo, è avvenuto durante il XVI e XVII secolo. In questa epoca, il concetto di scienza si legò più strettamente all'esigenza di precisione, rendendo questa caratteristica una delle più importanti della scienza moderna⁴. La grande trasformazione del concetto di scienza pertanto, avvenne durante il periodo noto con il nome di Rivoluzione Scientifica⁵. Per cui si intende il periodo di tempo che comincia con la pubblicazione del *De Revolutionibus orbium coelestium*, di Niccolò Copernico, nel 1543, fino alla pubblicazione del *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*, di ISAAC NEWTON, nel 1687⁶. La Rivoluzione Scientifica non cambiò solamente i concetti tradizionali di Fisica e Astronomia, ma modificò anche lo stesso concetto di persona e influenzò profondamente il concetto di

² MARGARITA CASTILLA BAREA, "De ciencia, sabios y juristas: Reflexiones sobre la investigación y los investigadores del derecho", in *Teoría y Derecho*, 17 (2015), pag. 200 e ss. Inoltre CARLOS MUÑOZ ROCHA IN, *Fundamentos para la Teoría General del Derecho*. Plaza y Valdés, Barcellona, 2004, pag. 97.

³ ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, "Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo", in *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 21 (2018), pag. 79.

⁴ JESÚS BALLESTEROS sottolinea come fin dagli inizi, il termine "moderno" è stato associato all'esigenza di precisione, di rigore. Definire la scienza come "moderna" significa dunque riconoscerne l'infallibilità, ovvero, riconoscere che le conoscenze che contiene sono necessarie ed esatte. JESÚS BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. 2ª ed. Tecnos, Madrid, 2000, pag. 17.

⁵ GIOVANNI REALE E DARIO ANTISERI, *Historia del pensamiento filosófico y científico. Vol. II. Del Humanismo a Kant*. Herder, Barcellona, 1992, pag. 171. Inoltre Paolo Rossi in, *Aspetti della rivoluzione scientifica*. Morano Editore, Napoli, 1971 e NICOLÁS ABAGNANO, *Historia de la Filosofía. Vol. II. La filosofía del Renacimiento. La filosofía moderna de los siglos XVII y XVIII*. Trad. J. Estelrich y J. Pérez. Ed. Hora, Barcellona, 1981, pagg. 150 e 151.

⁶ Il *De Revolutionibus* di Copernico venne pubblicato pochi mesi prima della morte dell'autore. Rispetto alla riluttanza di Copernico al momento della pubblicazione dell'opera, così come sulle vicissitudini di tale processo e delle successive riedizioni nel corso degli anni, sono molto interessanti gli appunti e i commenti di MIGUEL ÁNGEL GRANADA, "NICOLAS COPERNIC, De revolutionibus orbium coelestium / Des révolutions des orbés célestes. Edizione critica, traduzione e note di Michel-Pierre Lerner, Alain-Philippe Segonds e Jean-Pierre Verdet, con la collaborazione di Concetta Luna, Isabelle Pantin, Denis Savoie e Michel Toulemonde, 3 voll. (pagg. xxviii+859, viii+536, xviii+783), Les Belles Lettres, Parigi 2015", in *ÉNDOXA: Series Filosóficas*, N° 40 (2017) pagg. 357-376.

Diritto. E tale trasformazione ebbe luogo, non tanto per le nuove scoperte che la scienza aveva rivelato, ma per la diffusione del metodo, tipico delle scienze sperimentali, a rami o discipline che oggi chiameremmo “sociali” (umanistiche)⁷.

Sulla base del nuovo concetto di scienza che si impone a partire dal XVI secolo, poggia la metodologia aristotelica, ovvero, il metodo che Aristotele chiamò induttivo-deduttivo, con alcune modifiche apportate durante il Medioevo da Roberto Grossatesta e Ruggero Bacon⁸. Il metodo aristotelico consisteva, soprattutto, partendo dall’osservazione dei fenomeni che si volevano rendere espliciti, durante una prima fase detta induzione, nel giungere alla formulazione dei principi esplicativi degli stessi. Quindi, in una fase successiva (fase di deduzione), venivano elaborati, da questi principi, dei teoremi che spiegavano i fenomeni esaminati⁹. Tuttavia, la Rivoluzione Scientifica ha portato con sé un profondo rinnovamento di tale metodologia. Ed è risaputo che, l’autore che ha contribuito con le modifiche più importanti al metodo aristotelico è stato Galileo Galilei, il padre della scienza moderna¹⁰. Tra queste, quelle che più hanno influenzato la Scienza giuridica sono state il riduzionismo della scienza alle qualità quantitative degli oggetti e l’eliminazione della verità necessaria degli assiomi nella sistematizzazione della conoscenza.

⁷ La conferma della diffusione e del successo di questo metodo tipico della scienza moderna viene dalla testimonianza del giurista rinascimentale Pietro Andrea Gambari (1480-1528), alias GAMMARUS BONONIENSIS, che, influenzato con tutta probabilità dalle esigenze metodologiche dell’epoca, metteva in discussione il carattere scientifico del Diritto. PIETRO ANDREA GAMBARI, “De veritate ac excellentia legis scientia” in *Tractatus Universi Iuris*. Veneti, 1584, Vol. I, 21-20. Fol. 133.

⁸ GROSSATESTA E BACONE, oltre a portare un cambio nella definizione del metodo induttivo-deduttivo aristotelico (che definirono Metodo Risolutivo e Compositivo) aggiunsero una terza tappa alla ricerca: i principi indotti per “risoluzione”, dovevano essere sottoposti a un ulteriore controllo e messi a confronto con l’esperienza successiva. Si veda JOHN LOSEE, *Introducción histórica a la filosofía de la ciencia*. Trad. A. Montesinos. Alianza Universidad, 3ª ed. Madrid, 1981, pag. 16.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Sul ruolo di Galileo nella formazione della scienza moderna, è possibile consultare l’opera di ALEXANDRE KOYRÉ, *Estudios galileanos*. Siglo XXI, Madrid, 1980 e *Estudios de Historia del pensamiento científico*. Trad. E. Pérez Sedeño e E. Bustos. Siglo XXI, Madrid, 1977, pagg. 181 e ss. Oltretutto, è possibile trovare una descrizione esaustiva delle scoperte dell’epoca e del diverso modo di confrontarsi con la natura rispetto al periodo storico precedente, in LAWRENCE M. PRINCIPE, *La Revolución Científica: una breve introducción*. Trad. Miguel Paredes Larucea, Alianza editorial, Madrid, 2011.

2.1. *Il riduzionismo dallo scientifico al quantificabile*

Leucippo e Democrito¹¹, oltre ad essere stati i primi autori a sostenere l'esistenza, nella materia, di particelle indivisibili chiamate atomi, sono stati anche pionieri in quella che viene definita la “demarcazione preliminare delle scienze”. Tale demarcazione consiste nel comprendere che la conoscenza scientifica si deve limitare a quelle qualità degli oggetti che possono essere formulate o esplicitate in termini matematici o geometrici¹².

In linea con tale considerazione, Galileo capì che, per acquisire una conoscenza oggettiva degli oggetti, questa doveva limitarsi alle qualità suscettibili di quantificazione: forma, grandezza, numero, posizione e quantità di moto. Il resto delle qualità sensibili, come gli odori, i sapori, i colori e i suoni, potevano fornire solo una conoscenza soggettiva, perché esistono soltanto nella mente di chi le percepisce. Di conseguenza, la conoscenza scientifica non potrebbe mai basarsi su di loro. Ovviamente, tale metodo, che si impose a partire dal XVII secolo in tutti i campi del sapere, causò un predominio del quantitativo sul qualitativo, riducendo le possibilità di una conoscenza scientifica, alla possibilità di manifestarla in termini matematici o geometrici.

In che modo la demarcazione preliminare delle scienze ha influenzato la scienza giuridica? Nella misura in cui, come conseguenza di tale limitazione, ontologia e teleologia tipiche del pensiero greco, che avevano dominato fino ad allora le scienze e la conoscenza, vennero definitivamente allontanate dall'ambito scientifico e, in definitiva, dal paradigma della razionalità¹³. A partire dalla Rivoluzione Scientifica, lo scienziato non si interroga più né sul *che*

¹¹ LEUCIPPO fu il maestro di DEMOCRITO, uno dei filosofi della natura più influenti e fruttuosi dell'epoca. La figura di Leucippo è di dubbia esistenza, sappiamo però che Democrito nacque intorno al 460 a.C. ad Abdera, una colonia ionica al nord dell'Egeo, JESÚS MOSTERÍN, *Historia de la Filosofía. Vol.3. La filosofía griega presocrática*. Alianza editorial, Madrid, 1995, pagg. 148-154.

¹² “LEUCIPPO E DEMÓKRITOS sono stati i primi a stabilire la distinzione tra qualità primarie od oggettive degli oggetti e qualità secondarie, che esistono solo nella sfera soggettiva del soggetto che le percepisce. Figura e dimensione sono qualità primarie, oggettive, esistono sia negli atomi che nelle sostanze composte. Peso e leggerezza, durezza e morbidezza esistono solo nei composti, ma sono comunque qualità oggettive, che dipendono dalla proporzione dell'atomo e di vuoto nel composto (...) Il resto delle qualità sensibili - colore, suono, sapore, odore, calore, ecc - sono qualità secondarie, soggettive, che esistono solo in quanto alterazioni o impressioni del soggetto che le percepisce”. JESÚS MOSTERÍN, *Historia de la Filosofía. cit.*, pagg. 148-149.

¹³ Mentre gli aristotelici credevano che le proprietà qualitative svelassero l'essenza delle cose (l'essere), Galileo sosteneva che i rapporti quantitativi fossero la vera chiave per comprendere la realtà. Francisco Carpintero mette in risalto come il predominio del quantitativo sul qualitativo ebbe un effetto immediato sul linguaggio utilizzato per le costruzioni razionali proprie della Modernità: “In questo modo, parole come sostanza, idea, universale, apparvero ipso facto eccessive e prive di senso, mentre venivano spudoratamente sostituite da parole quali fenomeno, percezione, dato atomico o linguaggio di validità intersoggettiva. Dietro a questa apparente

cosa delle cose (ovvero l'oggetto dell'ontologia), né sul *perché* delle cose (oggetto della teleologia), ma si interessa soltanto del *come* dei fenomeni che cerca di esplicitare¹⁴. Per questa mentalità, le risposte a tutte le domande che si sono posti gli esseri umani sul mondo sono insite nella natura; bisogna solo decifrare il linguaggio e il linguaggio della natura è il linguaggio matematico-geometrico¹⁵.

Tuttavia, la scienza giuridica non può agire partendo dai parametri di razionalità imposti dal nuovo metodo scientifico. Perché la scienza giuridica, il Diritto, ha come protagonista per antonomasia la persona, concetto che non può essere spiegato partendo da premesse puramente quantitative. Renato Cartesio, che fu il primo a trasferire l'astrazione galileiana nella filosofia del diritto¹⁶, ha potuto solo ritenere che l'essere umano sia suddiviso in due sostanze antagoniste e contrapposte tra di loro: la *res extensa*, ovvero quella parte che, in quanto soggetta alle coordinate del tempo e dello spazio, può essere spiegata tramite i nuovi parametri della razionalità, e la *res cogitans*, che si identifica con la razionalità e che è quella che costituisce veramente la persona ma che, contemporaneamente, non rientra in nessuna spiegazione scientifica perché non quantificabile¹⁷. Dal momento che la persona non può essere compresa attraverso parametri matematico-geometrici, la conoscenza del diritto e, soprattutto, il suo carattere scientifico, venne fortemente compromessa¹⁸.

semplicità terminologica operavano dei contesti di giustificazione parecchio incongruenti". FRANCISCO CARPINTERO, "Los constructos racionales en la reflexión sobre la justicia (Primera parte)", in *Dikaioyne*, 23 (2009), pag. 55.

¹⁴ "Galileo si rendeva conto che non poteva provare che affermazioni quali «i corpi non soggetti tendono verso la Terra con lo scopo di raggiungere la loro 'sede naturale'», fossero false. Ma capì anche che questo tipo di interpretazioni potevano essere eliminate dalla fisica perché non «spiegano» i fenomeni", JOHN LOSEE, *Introduzione a la filosofía de la ciencia*, cit., pag. 62. Sul ripudio dell'ontologia e della teleologia greca, si rinvia a Jesús Ballesteros, *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la filosofía jurídica*. Tecnos, Madrid, 2002, pagg. 24 e ss. Anche ALEXANDRE KOYRÉ IN, *Estudios de Historia del pensamiento científico*, cit., pag. 42.

¹⁵ WILLIAM R. SHEA, *La revolución intelectual de Galileo*. Trad. C. Peralta. Ariel, Barcellona, 1993, pag. 78.

¹⁶ GIOELE SOLARI, *La scuola del diritto naturale nelle dottrine etico-giuridiche dei secoli XVII e XVIII*. Fratelli Bocca Editori, Torino, 1904, pag. 9. Inoltre HANS WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material*. Trad. F. González Vicén. 3ª ristampa, Aguilar, Madrid, 1979, pag. 114. Cartesio condivideva con Galileo la demarcazione preliminare delle scienze, come spiega nelle *Meditazioni Metafisiche*. RENATO CARTESIO, *Meditaciones metafísicas*. Trad. M. García Morente, 11ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1968, pagg. 112-113.

¹⁷ RENATO CARTESIO, *Discurso del método*. Trad. M. García Morente, 11ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1968, pagg. 49-50. Anche in Renato Cartesio, *Meditaciones metafísicas*, cit., pagg. 139-140.

¹⁸ FRANCISCO CARPINTERO, *El Método del Derecho en el cambio científico del siglo XX*. Dykinson, Madrid, 2018, pagg. 19 e 20.

2.2. *La revisione dell'ideale della sistematizzazione deduttiva*

L'ideale della sistematizzazione deduttiva, così come la demarcazione preliminare delle scienze, viene dall'Antichità greca. Tale ideale attraversa tutta la storia della scienza ed è presente in Aristotele, Euclide o Archimede¹⁹. Consiste nel comprendere che la conoscenza scientifica deve necessariamente essere costituita da un sistema di asserti organizzati in modo che la verità dei teoremi venga dedotta dalla necessaria verità di tali asserti. Questo ideale, in origine comprendeva tre aspetti o considerazioni: prima di tutto, che gli assiomi o teoremi dovessero essere correlati deduttivamente. In secondo luogo, che gli stessi assiomi fossero verità autoevidenti e, per ultimo, che i teoremi concordassero con le osservazioni. Tuttavia, a causa dell'attacco subito dalla filosofia aristotelica durante il XVII secolo, l'ideale di sistematizzazione deduttiva andò incontro a un'importante trasformazione: Galileo eliminò il requisito essenziale della verità necessaria degli assiomi e ribadì il concetto di astrazione e idealizzazione dei primi principi²⁰. Influenzato dal personale orientamento pitagorico e platonico²¹, capì che il ruolo principale dello scienziato consisteva nel saper astrarre le qualità degli oggetti da studiare che dovevano essere considerate o prese in considerazione e quelle che dovevano essere rifiutate. Di conseguenza, durante quell'epoca si cominciò a non richiedere più la verità necessaria degli assiomi. In alternativa era sufficiente, per salvare le apparenze, che le conseguenze deduttive degli assiomi convenissero con le osservazioni. Lo stesso Galileo fece uso di tali astrazioni nelle formulazioni relative al pendolo ideale e alla caduta libera nel vuoto, enunciando delle tesi che non prendevano in considerazione l'attrito dell'aria. A suo giudizio, le discrepanze tra quanto ricavato per deduzione, in modo sistematico, partendo dai primi principi e la realtà, non erano importanti²².

Aristotele era cosciente che, in tutta la scienza, dovevano esistere dei principi che non potessero essere ottenuti per deduzione di altri principi fondamentali. Era cosciente della

¹⁹ JOHN LOSEE, *Introducción a la filosofía de la ciencia*, cit., pag. 34.

²⁰ JOHN LOSEE, *Introducción a la filosofía de la ciencia*, cit., pag. 69.

²¹ Ibidem. Anche ALEXANDRE KOYRÉ IN, *Estudios galileanos*. cit., pagg. 88 e 200 e, dello stesso autore *Estudios de Historia del pensamiento científico*, cit., pag. 195.

²² “Galileo ribadì l'importanza dell'astrazione e dell'idealizzazione per la fisica, estendendo così la portata delle tecniche induttive. Nelle sue ricerche, impiegò idealizzazioni quali per esempio «la libera caduta nel vuoto» e il «pendolo ideale». Queste idealizzazioni non sono esemplificate direttamente nei fenomeni?”. JOHN LOSEE, *Introducción a la filosofía de la ciencia*, cit., pag. 64.

necessità che esistessero, all'interno di una scienza, alcuni principi non dimostrabili, perché altrimenti finiremmo in un regresso all'infinito delle argomentazioni. Tuttavia pretendeva che i primi principi o assiomi fossero costituiti da verità autoevidenti o da verità plausibili. Però, a partire dalla Rivoluzione Scientifica, tali esigenze metodologiche vennero eliminate e l'ideale della sistematizzazione deduttiva, che avrebbe dovuto caratterizzare tutta la conoscenza scientifica, si ridusse soltanto alla possibilità di derivare tutto il contenuto di una branca della conoscenza da un unico punto di vista. Con questo veniva garantito che la scientificità della conoscenza ottenuta era che il processo logico-deduttivo fosse ben fatto dal punto di vista della logica formale. Il fatto che gli assiomi in quanto tali non fossero plausibili o, persino, fossero falsi, venne ritenuto irrilevante. Non tolse nulla né alla scientificità né alla veridicità del ragionamento.

Per quel che riguarda la scienza giuridica, la revisione dell'ideale di sistematizzazione deduttiva portò alla sostituzione della casuistica tipica della mentalità romanista, con l'elaborazione di grandi costruzioni teoriche che cercavano di spiegare, partendo dalle ipotesi sullo stato di natura, l'insieme di obblighi e diritti che emanavano nello Stato²³. Furono teorie onnicomprehensive della realtà del diritto, (almeno questa era l'intenzione) elaborate secondo i parametri della *nuova scientia*²⁴.

3. La Scienza giuridica moderna e l'eliminazione del pluralismo epistemologico

Il nuovo metodo scientifico, come abbiamo detto, si impose velocemente e raggiunse un prestigio tale da essere considerato l'unico metodo capace di garantire l'oggettività della conoscenza, in definitiva, l'unica strada per trovare una verità scientifica²⁵. La conoscenza scientifica (intesa esclusivamente come quella che proveniva dall'applicazione del nuovo metodo) venne identificata con la razionalità, il che significava che, qualora qualche aspetto della

²³ FRANCISCO CARPINTERO, "Historia y Justicia, según los juristas de formación prudencial", in *Anuario di Filosofia del Diritto*, IX (1992), pag. 362.

²⁴ "(...) la mentalità predominante in Occidente si rese conto che anche la vita dell'essere umano doveva essere spiegata in base alle capacità di questo metodo scientifico. Da lì proviene il *mos geometricus seu arithmeticus* tipico di buona parte delle pubblicazioni di giusnaturalismo (oggi diremmo della filosofia del diritto) dell'Età Moderna". FRANCISCO CARPINTERO, *El Método del Derecho en el cambio científico del siglo XX*, cit., pag. 11.

²⁵ Per uno studio più dettagliato del metodo scientifico moderno e la conseguente ripercussione sulla Biologia, sulla Medicina e sulla Salute, e su altri campi della scienza e della tecnologia, è possibile consultare: A. RUPERT HALL, "El método científico y el producto de la ciencia", in *Historia Económica de Europa*. Endersa, Jaen, 1977, pagg. 135-223.

realtà non fosse riuscito ad adattarsi ai nuovi parametri metodologici, sarebbe stato espulso dal razionale. La trascendenza di questo fatto, in ambiti diversi rispetto al mondo della fisica o dell'astronomia, viene sottolineata da Reale e Antiseri: “La filosofia smette di essere la scienza dell'essere, per trasformarsi in dottrina della conoscenza. Diventa così innanzitutto gnoseologia”²⁶.

L'immediata conseguenza di tale successo fu l'eliminazione del pluralismo epistemologico applicato fino a quel momento e che difendeva l'esistenza di diversi tipi o metodi di conoscenza, in funzione della materia che si intendeva studiare. Addirittura, per il pluralismo epistemologico era evidente che il metodo di conoscenza veniva, in un certo senso, imposto dall'oggetto che si voleva conoscere. Invece il metodo matematico o geometrico, valido ed efficace nelle scienze sperimentali, si dimostrava incapace di spiegare altri oggetti propri di ciò che potremmo definire, utilizzando un linguaggio più attuale, le scienze umanistiche o sociali²⁷.

Quando i parametri metodologici della Rivoluzione Scientifica si imposero nella scienza giuridica, provocarono un profondo rinnovamento dei concetti che storicamente erano serviti per costituire una buona base dell'argomentazione giuridica, come i concetti di stato di natura e di diritto naturale²⁸. E utilizzarono tali concetti, in apparenza tradizionali, per trasformare l'intera scienza del diritto²⁹.

²⁶ GIOVANNI REALE E DARIO ANTISERI, *Storia del pensiero filosofico e scientifico*, cit., pag. 320.

²⁷ A tale proposito, EUDALDO FORMENT, cita ROBERT HUG BENSON in *L'alba di tutto*, scrive: “Grazie all'influenza della «cosiddetta scienza fisica», i filosofi: «chiedevano perciò che tutto ciò che era meramente spirituale venisse provato, come loro stessi dicevano, e in questo modo volevano dire che era necessario sottometterlo alle stesse leggi fisiche». Il metodo delle scienze naturali, la scienza che studia solo un campo ridotto della realtà, era considerato unico ed egemone”. EUDALDO FORMENT, *El personalismo medieval*. Edicep, Valencia, 2002, pagg. 16 e 17.

²⁸ JAIME BRUFAU PRATS, *La actitud metódica de Pufendorf y la configuración de la “Disciplina Iuris Naturalis”*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pag. 16. Il diritto naturale e la legge naturale sono stati gli argomenti più utilizzati come fondamento della giustizia da tempo immemore. Di fatto, una delle prime testimonianze che registra l'esistenza di una legge che orienta gli uomini al momento di elaborare le proprie leggi, si trova nell'opera di Sofocle, *Antigone*. E perfino Socrate, contemporaneo di Sofocle, malgrado difendesse fino alla morte l'ordine sociale, era un deciso sostenitore della fede nelle leggi non scritte, alcune delle quali erano al di sopra degli uomini, che vi si dovevano sottomettere. JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS, *Historia del pensamiento Político. Raíces del pensamiento político de Occidente*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pag. 67.

²⁹ Lo stato di natura e il diritto naturale passarono da argomenti comuni del ragionamento a diventare la pietra angolare, il punto di partenza di tutte le deduzioni sistematiche che caratterizzarono la scienza del diritto moderno. Analogamente, FRANCISCO CARPINTERO: “Di fronte alle difficoltà per partire solo dai soggetti, Hobbes, Locke e altri dovettero inquadrare un contesto della giustificazione che fosse precedente e superiore ai soggetti.

Il metodo scientifico sottolineò maggiormente l'aspetto formale, perché durante quegli anni si impose l'ideale della sistematizzazione deduttiva citata in precedenza. Di conseguenza, in quell'epoca era chiaro che la riflessione non fosse affatto rigorosa a meno che non fosse concatenata con una serie di principi e conclusioni tutti quanti provenienti da una prima e ovvia. "Questo si ottiene quando attraverso il metodo della dimostrazione e della conseguenza rigorosa, si uniscono alla certezza primordiale, in modo immediato, altri principi e, attraverso tale concatenazione, vengono attraversati tutti gli anelli del conoscibile, senza che nessun componente di questa catena possa distinguersi dall'insieme. Né possa essere spiegato da solo"³⁰.

Tuttavia, partendo da ipotesi che non sono nemmeno plausibili, da ipotesi evidentemente false, come l'idea dello stato di natura, si giunge a conclusioni altrettanto false. Lo stato di natura, sul quale si basarono tutte le teorie politiche e giuridiche del XVII e XVIII secolo, ovvero, che costituì l'ipotesi di partenza di tali costruzioni razionali, era un'astrazione, frutto dell'immaginazione degli autori³¹. In definitiva, un'ipotesi che non solo non costituiva una verità evidente, ma non raggiungeva nemmeno il livello di plausibilità richiesto dal nuovo metodo scientifico. Tuttavia, si estese in modo tale, penetrò a tal punto nelle coscienze di quei secoli, che già alla fine del XVIII secolo non si preoccupavano neanche più di giustificarlo in modo argomentativo. Semplicemente, lo davano per scontato³².

In definitiva, Il nuovo metodo scientifico causò nella scienza giuridica un'invasione di costruzioni razionali provenienti tutte quante da un primo principio ipotetico, ovvero, irreali,

La prima pietra di questo rudimentale piano della giustificazione venne trovata nella nozione romana e medioevale di «stato di natura». FRANCISCO CARPINTERO, *La crisis del Estado en la Edad posmoderna*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pag. 22.

³⁰ ERNST CASSIRER, *La Filosofía de la Ilustración*. Trad. Eugenio Imaz, Fondo de Cultura Económica, Messico 1984, pag. 21.

³¹ FRANCISCO CARPINTERO, *El Método del Derecho en el cambio científico del siglo XX*, cit., pag. 69.

³² Una delle idee comuni del giusnaturalismo moderno è quella di operare una distinzione tra uno stato di natura (*status natura*) e uno stato civile (*status civilis*). Attraverso tale idea, l'uomo non veniva considerato per natura un essere sociale, ma anzi esattamente il contrario: l'individuo, nel suo stato naturale, è un essere isolato dai suoi simili e solo per una ragione di utilità individuale, si associa con gli altri e costituisce lo stato civile. Ogni autore lo descrisse in modo diverso perché, in ultima analisi, non era altro che un'ipotesi necessaria per far partire la catena di deduzioni che avrebbero costituito il sistema giuridico e politico. Si rinvia a J. HERVADA, *Síntesis del Historia de la Ciencia del derecho natural*. Pamplona, Eunsa, 2006, pag. 85. Anche, FRANCISCO CARPINTERO, *Historia del Derecho natural. Un ensayo*. Messico UNAM, 1999, pagg. 32 e 33.

da cui discendeva l'insieme di norme emanate dallo Stato, tutte dedotte logicamente dal diritto naturale vigente in quello stato di natura. Da un punto di vista metodologico, tali costrutti erano razionali nella misura in cui le conclusioni trovavano posto nel sistema. Non importava se le conclusioni ottenute non fossero conformi alla realtà. Potremmo dire che, durante il secolo XVII e buona parte del XVIII, la verità teorica venne sacrificata in virtù del metodo o della verità ottenuta in modo matematico o geometrico.

Per certi versi, è ragionevole pensare che la conoscenza scientifica possa partire da quello che, in linea di principio, non sono altro che prime ipotesi che, in seguito (nel caso in cui lo scopo sia fare in modo che tale conoscenza venga accolta dallo scientifico) devono essere dimostrate nella pratica. Vale a dire, qualsiasi scienziato cerca l'universalità, una legge che spieghi il fenomeno che osserva e, contemporaneamente, che dia risposte a tutti quei fenomeni che accadono o che emergono in modo simile o analogo nella realtà. E, a tal fine, è necessario che il suo ragionamento prenda spunto da un'intuizione, formulata come un'ipotesi. Così fecero Democrito, Anassagora, Platone, Aristotele, Tommaso d'Aquino, Giovanni Scoto Eriugena, Guglielmo di Occam, Galileo, Cartesio, Newton, Leibniz, Einstein, Heisenberg, Planck e Gödel, giusto per citare coloro che, in tale contesto, risultano essere più rilevanti. Come ricorda Francisco Carpintero: “Effettivamente, Il percorso dello scienziato è questo: in un primo momento il ricercatore afferma di aver analizzato quanto studiato. Ma non è sufficiente che il ricercatore sostenga che sta suddividendo il problema nei suoi elementi fondamentali, perché i dati elementari prodotti o scoperti durante l'analisi variano in base all'obiettivo e alla percezione di ogni ricercatore; successivamente è necessario scegliere il criterio analitico più adatto alla circostanza, e il primo momento di tale criterio o funzione è costituito da un'ipotesi; qualora l'ipotesi serva per raggiungere il risultato desiderato o per spiegare nuovi movimenti e reazioni, viene ritenuta scientificamente accettabile. Si noti che di solito il ricercatore non scopre questi fattori ultimi ma li produce -poiché rilevanti per il caso in questione- attraverso la tecnica applicata, perché la tecnica è l'istanza che riconcilia la persona con la materia e il tempo”³³.

In quest'ottica, ciò che permette alla conoscenza scientifica di progredire, indipendentemente dal campo in cui opera (scienze sperimentali o scienze sociali), è il fatto di sollevare

³³ FRANCISCO CARPINTERO, *La crisis del Estado en la Edad posmoderna*. cit., pag. 41.

un'ipotesi plausibile e metterla a confronto con la pratica, con la realtà. Di conseguenza, per raggiungere l'obiettività o la precisione a cui mira qualsiasi conoscenza scientifica, ciò che conta non è tanto il punto di partenza, che sarà sempre unilaterale, quanto la conclusione raggiunta³⁴. In definitiva, le ipotesi (quando sostituiscono gli assiomi o i primi principi evidenti) sono valide nella scienza se vengono messe a confronto con la realtà, altrimenti, diventano ideologie. Questa idea viene magistralmente espressa da Gregorio Robles: "(...) non è lo stesso partire da un'idea come se fosse vera che partire da un'idea sapendo che è una menzogna"³⁵. Il Prof. Robles fa riferimento al ruolo giocato dalle finzioni (nel senso "vaihingeriano" del termine) nel Diritto e, portando come esempio il punto e la linea retta (che nella realtà non esistono ma servono per spiegare la geometria), stabilisce dei chiari limiti al loro utilizzo: "La teoria costruita su determinate finzioni dovrà essere messa a confronto con l'esperienza attraverso la quale tale teoria è stata elaborata"³⁶. Così riconoscere, come ipotesi iniziale di un ragionamento scientifico, che i corpi non cadono, ma vengono espulsi, risulterebbe totalmente inammissibile. Allo stesso modo che, nella teoria del pensiero giuridico-politico della Modernità, partire da uno stato di natura dell'individuo che non è né stato, né naturale: "Dietro ogni "finzione", dietro ogni artificio intellettuale per l'interpretazione della realtà, c'è, soprattutto se si tratta di una realtà politica, una volontà di interpretarla in un certo modo. La "finzione" nella teoria politica non è neutra, non è solamente logico-descrittiva. La finzione è ideologia, va controllata a distanza per giustificare un determinato modello di società"³⁷.

E il modello di società proposto da questi teorici era una società basata sull'uguaglianza astratta degli individui che la compongono. In questo modo, l'unico fondamento di qualsiasi legittima obbligazione si ridusse al patto. Questi autori non accettarono nessuna fonte di obbligazione legittima al di fuori della volontà individuale. In tal senso, la trasposizione del metodo matematico o geometrico alla Scienza del diritto della Modernità non fu tanto la *causa*

³⁴ Hegel valutava con molta chiarezza questo fatto: "Qualsiasi principio di comprensione è unilaterale di per sé; e questa unilateralità viene dimostrata perché vi si oppone un altro principio di comprensione. Ma questo principio è dell'unilateralità stessa". G.W.F. HEGEL, *Introducción a la historia de la filosofía*. Trad. Eloy Terrón, Aguilar, Madrid, 1989, pag. 68.

³⁵ GREGORIO ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Civitas, Madrid, 1992, pag. 48.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ GREGORIO ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. cit., pagg. 49 e 50.

delle conclusioni ottenute, ma piuttosto il *medio* o lo strumento che utilizzarono per basare e diffondere le loro idee preconconcette di uguaglianza naturale e libertà naturale. Volevano proclamare un'antropologia incentrata sull'individuo libero, indipendente e uguale e perciò utilizzarono il nuovo metodo scientifico per giustificarlo³⁸.

L'uniformità del metodo scientifico, di conseguenza, ha generato un'invasione di teorie astratte sullo Stato e sul Diritto che ha sommerso la scienza giuridica dei secoli XVII e XVIII. L'intero diritto venne spiegato dal solo punto di vista dell'individuo libero dallo stato di natura che scende a patti con i suoi simili per costruire uno stato sociale che ne garantisce i diritti naturali³⁹.

Tali teorie sono risultate assai utili per superare l'Ancien Régime⁴⁰, però hanno riempito le università di teorie astratte e metafisiche, che hanno finito per causare insofferenza nel giurista che in genere, è più occupato a spiegare le ragioni per cui deve difendere o meno un interesse oppure ad argomentare per poter dimostrare per quali ragioni certi fatti rientrano nell'enunciato di una norma, piuttosto che ad applicare un metodo al proprio ragionamento. In tale contesto, appare ragionevole che, negli anni successivi, durante il XIX secolo, il positivismo giuridico si imponesse come una sorta di reazione contro quelle che venivano considerate spiegazioni inutili. Il positivismo, il cui aspetto più caratteristico è la profonda separazione che marca tra Diritto e Morale, ritiene che il giurista debba limitarsi a sistematizzare o ad analizzare il Diritto posto (*positum*) o dato, senza compiere nessuna valutazione etica, perché qualsiasi valutazione etica fatta cadrà inevitabilmente nel lato della soggettività, ovvero

³⁸ Il riferimento rispetto a questa pretesa politica è Hobbes. “Per il filosofo inglese, la definizione di Diritto in termini di volontà del potere sovrano non costituisce un'affermazione scientifica, frutto di esigenze metodologiche empiristiche e matematizzanti che, peraltro, anch'egli sostiene. Al contrario, tale definizione rientra nel quadro di una filosofia politica. È la necessità di garantire quei valori per cui esiste la comunità politica, principalmente l'ordine, la sicurezza personale e la vita dei cittadini, ciò che richiede, secondo Hobbes, il rifiuto di un'idea di Diritto che lo vincoli alla giustizia o ingiustizia, più precisamente, all'equità e all'iniquità, dal momento che per lui non esiste una giustizia prima della legge” PEDRO SERNA, “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, in *Persona y Derecho*, 37 (1997), 300.

³⁹ In questo senso, appare esemplare per esempio, l'opera di John Locke, che dedusse la necessità di pagare le tasse, le relazioni gerarchiche militari e, anche tutto il diritto di famiglia, dalla protezione della proprietà considerata come un diritto naturale. FRANCISCO CARPINTERO, in tal senso, sostiene che: “Gli esseri umani, che non potevano fuggire di fronte all'uniformità universale, dovevano essere coinvolti scientificamente da quel loro elemento costitutivo in ultima analisi, e la filosofia sociale doveva partire da una sola nota dell'umano: la socialità di Pufendorf, la proprietà privata in Locke e la benevolenza e la simpatia di Hume”. FRANCISCO CARPINTERO, *La crisis del Estado en la Edad posmoderna*. cit., pag. 129.

⁴⁰ LETICIA CABRERA, *Modernidad y Neoescolástica: Anselmo Desing*. Università di Cadice, 2001, pag. 211.

qualcosa di incompatibile con il rigore scientifico. Ecco perché, la scienza del diritto, negli anni del trionfo del positivismo giuridico, viene relegata al ruolo di scienza della legislazione, poiché si intese che al di fuori di quello contenuto nelle leggi non esisteva altro diritto. Non c'è da stupirsi che, nel bel mezzo di tale critica, si levasse la voce di Von Kirchmann che dichiara con fermezza il carattere non scientifico della giurisprudenza.

4. La giurisprudenza non è scienza

Von Kirchmann condivideva questa idea, la negazione del carattere scientifico della giurisprudenza, in primo luogo, con la “mutevolezza del diritto naturale come oggetto della giurisprudenza”⁴¹. Effettivamente, a differenza di quanto accade in altri campi, in cui le cose restano, nel diritto, le istituzioni si evolvono in continuazione, ma, tale evoluzione, lungi dall'essere qualcosa di positivo, ha causato un effetto assai negativo sulla scienza giuridica, che rimane sempre un passo indietro in questa evoluzione⁴². Per Von Kirchmann, quando la giurisprudenza, dopo annosi tentativi, “ha finalmente scoperto il vero concetto, la legge, di una delle sue istituzioni, già nel frattempo la realtà è diventata un'altra. Il passo della scienza è sempre in ritardo su quelli dei processi evolutivi; e mai le è dato raggiungere il presente”⁴³.

Tutte le scienze hanno leggi vere e leggi false, leggi che si sostituiscono le une alle altre quando vengono scoperti nuovi fenomeni. Così, alla Fisica di Aristotele fece seguito quella di Galileo. Newton rettificò Galileo e, successivamente venne superato da Einstein. Tuttavia, osserva Von Kirchmann, non succede lo stesso nella giurisprudenza. Le leggi della scienza giuridica sono le leggi positive del diritto che “cinte di violenza e di pene, esse incombono, vere o false che siano, sul loro oggetto; il diritto naturale deve rinunciare alla propria verità e piegarsi ad esse. Mentre in tutti gli altri campi il conoscere lascia intatto l'essere, ritraendosi rispettosamente davanti a quest'ultimo, nel campo del diritto, si ottiene tutt'altro, per mezzo della legge positiva. Il conoscere, anche quello falso e difettoso, sovrappaffa l'essere”⁴⁴. Per il

⁴¹ J.H. VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*. Trad. Antonio Truyol Serra. 3ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pag. 14.

⁴² “Il sole, La luna, le stelle, brillano oggi come millenni or sono, la rosa fiorisce oggi come nel paradiso; il diritto, in compenso, è da allora diventato un altro. Il matrimonio, la famiglia, lo Stato, la proprietà, hanno attraversato le strutture più diverse. Il nome più noto per questa mutevolezza è l'evoluzione progressiva verso le singole istituzioni del diritto”. J.H. VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, cit., pag. 15.

⁴³ J.H. VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, cit., pag. 16.

⁴⁴ J.H. VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, cit., pag. 25.

giurista tedesco, la legge positiva è il prodotto della mera arbitrarietà del legislatore, per questa ragione, per quel che riguarda la verità della legge positiva, il giurista, in quanto scienziato, non ha niente da dire. Può solo limitarsi a indirizzare la propria ricerca verso la parte della legge positiva che sbaglia, alla parte in cui la legge è falsa, e da lì considerare il mestiere del giurista come qualcosa di esecrabile: “La legge positiva, ha trasformato i giuristi in vermi che si nutrono soltanto di legno putrido; allontanandosi da tutto ciò che è sano, essi si annidano soltanto nel marcio e vi tessono le loro tele. In quanto la scienza del diritto assume come proprio oggetto il contingente, diventa contingente essa stessa; tre parole di rettifica del legislatore, e intere biblioteche diventano carta straccia”⁴⁵.

In realtà, questa dura critica è più indirizzata all’oggetto della scienza giuridica che al metodo con cui è stata elaborata nel corso della storia, ovvero, punta dritto contro la particolarità del diritto come oggetto della conoscenza scientifica, che appare traballante e in costante ricostruzione, in definitiva, che appartiene al campo del contingente e non del necessario o apodittico. Da qui Von Kirchmann trae come conseguenza che, mentre è possibile che una scienza di natura si sostenga sulle leggi e i principi costanti, lo stesso non succede con il Diritto. Tuttavia il fatto che un metodo scientifico sia valido per una realtà (la natura) ma non per l’altra (quella del diritto), non significa necessariamente negare il carattere scientifico dello studio del Diritto. In tal senso, già dall’antichità si osservava che, “(...) nella sua sfera, ogni cosa nella vita, ha un sorta di evidenza che le è propria”⁴⁶. Per questo, è possibile distinguere diversi tipi di prove (prove morali, prove artistiche, prove filosofiche e prove empiriche) secondo la materia su cui ricade il ragionamento che si vuole confrontare. Ed è per questo che non è affatto appropriato mischiare o trasferire le prove di validità da una branca della conoscenza a un’altra. Eudaldo Forment, citando Benson, ci porta l’esempio di quanto assurdo sarebbe pretendere “le prove chimiche della bellezza di un quadro, o la dimostrazione delle qualità morali di un amico, utilizzando gli stessi termini che si impiegherebbero per definire qualcosa in relazione alla luce o al suono, o, infine, le prove matematiche dell’amore materno”⁴⁷. In definitiva, come sostenuto già a suo tempo da Tommaso d’Aquino, non possiamo cercare lo stesso grado di verità in tutte le cose. E nelle cose contingenti, come

⁴⁵ J.H. VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, cit., pag. 29.

⁴⁶ EUDALDO FORMENT, *El personalismo medieval*, cit., 17.

⁴⁷ *Ibidem*.

le questioni umane, è sufficiente la certezza che qualcosa sia vero nella maggior parte dei casi, sebbene possa fallire in alcuni altri⁴⁸.

Alla fine, dietro tutto questo desiderio di imporre un paradigma metodologico uniforme a tutto il campo scientifico, si cela un profondo complesso di inferiorità, come ci ricorda Margarita Castilla, di fronte all'indiscusso successo del metodo scientifico proprio delle scienze sperimentali: "C'è anche chi qualifica come «caccia di prestigio» i ripetuti tentativi della conoscenza giuridico di abbellirsi con la parola «scienza», Mentre altri, come Bobbio (o anche Latorre e Fix-Zamudio) denunciano in questa ricerca un certo «complesso di inferiorità» da parte degli studiosi del Diritto rispetto a coloro ai quali, in virtù del fatto che professano altre scienze paradigmatiche, non viene messa in discussione la condizione di scienziati⁴⁹. La domanda da porsi adesso è se sia o meno possibile parlare di un metodo specifico, proprio del Diritto, che possa essere definito scientifico.

5. La scientificità della conoscenza giuridica: La giurisprudenza è scienza

Dal mio punto di vista, ritengo che esista un settore della realtà umana, a cui il Diritto appartiene, che può essere studiato scientificamente, ovvero, attraverso un metodo che, oltre ad essere contemporaneamente tipico della realtà alla quale viene applicato, permette la spiegazione di tale realtà con sufficiente rigore e obiettività da meritare la qualifica di scientifico⁵⁰: "In ogni caso, il fatto è che l'attività scientifica non procede in modo non sistematico ma al contrario, lo fa con un metodo proprio che applica all'oggetto di studio che serve per dare attendibilità alla conoscenza così ottenuta"⁵¹.

⁴⁸ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, art. 1. resp.3.

⁴⁹ MARGARITA CASTILLA BAREA, "De ciencia, sabios y juristas: Reflexiones sobre la investigación y los investigadores del derecho", cit., pag. 200. Sulla stessa linea, ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, scrive: "Risulta particolarmente nociva la tendenza a trasferire in modo automatico alle scienze umane e sociali le definizioni normative di scienza predominanti nelle scienze naturali, con l'obiettivo di proiettare una, sbagliata, immagine di precisione: «Così qualcuno, partendo da un concetto arbitrario di conoscenza, ha negato il grado di scienza, con una miopia innegabile, alla storiografia praticata dai più grandi maestri», WILHEM DILTHEY, *Introducción a las ciencias del espíritu*, (Trad. Eugenio Imaz), Messico Fondo de Cultura Económica, 1949 [Originale pubblicato nel 1883], pag. 13", ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, "Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo", cit., pag. 80.

⁵⁰ OCTAVIO R. ACEDO QUEZADA, "La ciencia jurídica y su objeto", in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, pag. 14. Disponibile su <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/27825/25145> (Data visita: 03-10-2019).

⁵¹ *Ibidem*. Analogamente, Margarita Castilla sostiene: "(...) si può sostenere che il Diritto sia una scienza e contraddire apertamente che sia un'arte -e così avremmo sia scienziati che artisti!- però non si può negare che

Come sostiene Octavio R. Acedo, d'accordo con Rodríguez-Arias Bustamante, la conoscenza del Diritto può essere affrontata solo da due grandi punti di vista: dal punto di vista della pratica forense, ovvero la conoscenza che affronta la giurisprudenza, e dal punto di vista della conoscenza teorica, non tanto volta a valorizzare determinati comportamenti umani, ma piuttosto a ordinare le nozioni di diritto in virtù di un criterio scientifico⁵². Tuttavia, tale distinzione “è piuttosto il risultato dell’astrazione, dal momento che, nella pratica, entrambe convergono e si intersecano”⁵³. Si nutrono a vicenda. E questa particolarità nell’oggetto della conoscenza giuridica è ciò che definisce, a sua volta, l’esistenza di un metodo proprio della conoscenza giuridica. “Così come la scienza del Diritto si nutre delle leggi che offre la pratica, la giurisprudenza al momento della sua applicazione, ottiene criteri e luci dall’elaborazione della dottrina che la scienza fa del Diritto. Vale a dire, che devono trovarsi in un’intima compenetrazione, poiché un’elaborazione scientifica del Diritto, distante dalla realtà sociale, ci conduce irrimediabilmente a un’astrazione pura, mentre invece, al contrario, un’eccessivo interesse per l’applicazione del diritto che non prenda in considerazione le nozioni che ci possa offrire la scienza, ci condurrà a un casuismo giuridico che in nessun modo può darci una visione completa e adeguata del campo del Diritto”⁵⁴.

A suo tempo, Francesco Carnelutti ha asserito che la funzione della Scienza del Diritto è “la scoperta delle regole dell’esperienza giuridica”⁵⁵. Il problema è che l’esperienza giuridica non è suscettibile di essere interpretata sulla base di un codice iniziale che orienti e determini i risultati, che è quello che pretendeva la metodologia giuridica moderna. Vale a dire, il problema è, come osservato nella citata conferenza di Von Kirchmann, che la coscienza collettiva ha sostituito il concetto di scienza con quello di tecnica e ha voluto spiegare il processo

il Diritto sia una materia di studio, una disciplina, un oggetto della conoscenza suscettibile di essere esaminato dalla ragione, sottoposto all’analisi del suo contenuto secondo una propria metodologia consolidata nel crogiolo dei tempi e in costante evoluzione, spiegato e migliorato di continuo nei suoi processi, testato sul banco di prova dell’esperienza forense e, infine, superato da solo ogniqualvolta si materializza in un determinato ordinamento giuridico”. MARGARITA CASTILLA BAREA, “De ciencia, sabios y juristas: Reflexiones sobre la investigación y los investigadores del derecho”, cit., pag. 205.

⁵² OCTAVIO R. ACEDO QUEZADA, “La ciencia jurídica y su objeto”, cit., pag. 15.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoría general del derecho. Metodología del derecho*. Trad. Carlos G. Posada e Ángel Ossorio. Comares, Granada, 2003. pag.

umani (e il Diritto forma parte essenziale dell'umano) attraverso quello che Carpintero descrive come uno "(...) schema riduttivo che prevede un codice iniziale che orienta la direzione dei problemi in modo che vengano riconosciuti come tali, e che orienta anche la direzione delle risposte che devono essere date ai problemi"⁵⁶. Quando la scienza viene sostituita dalla tecnica, la conseguenza più immediata è quella di negare qualsiasi possibilità di una scienza giuridica oltre l'esegesi o di una dogmatica asservita ai testi legali. In definitiva, è assai difficile esimersi dal cadere nella critica di Von Kirchmann e ritenere che la giurisprudenza non è scienza.

L'esperienza giuridica è una realtà in continua costruzione. Non è qualcosa di immobile o statico, ma, al contrario, comporta una correlazione costante tra i testi normativi e l'interpretazione della realtà a cui vengono applicati. Qualcosa che Antonio Álvarez ha spiegato molto bene. Partendo dalla definizione di conoscenza come "un nesso di adeguatezza tra la realtà oggetto dell'indagine e le rappresentazioni o proposizioni che avanziamo su di lei"⁵⁷, insiste che, per conseguire una conoscenza scientifica, è imprescindibile come requisito non partire dalla pura soggettività o dalla deformazione della realtà con l'obiettivo di adattarla ai desideri del ricercatore o degli altri attori sociali⁵⁸. D'altro canto, quando si vuole formulare un ragionamento sulla realtà studiata o che si vuole spiegare, questi possono assumere la forma di giudizi di fatto o di giudizi di valore. La differenza tra i due è semplice: i primi sono puramente descrittivi, si limitano a constatare la realtà così come appare (per esempio: "Pietro è alto"), mentre i secondi prevedono la formulazione di un'opinione indotta nel soggetto dall'oggetto contemplato ("Pietro è molto simpatico")⁵⁹. È opinione diffusa ritenere che i giudizi di valore siano puramente soggettivi e, di conseguenza, arbitrari, perché non possono essere verificati nella realtà a meno che non diventino giudizi di fatto (per esempio, "Marta dice che Pietro è molto simpatico") Tuttavia, come evidenziato da Álvarez del Cuvillo, "la realtà è più complessa di questa semplice separazione tra giudizi di fatto e giudizi di valore, soprattutto a causa del valore intersoggettivo -né "oggettivo" né "soggettivo"- di qualsiasi

⁵⁶ FRANCISCO CARPINTERO, *La crisis del Estado en la Edad posmoderna*. cit., pag. 27.

⁵⁷ ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, "Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo", cit., pag. 81.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, "Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo", cit., pag. 82.

esperienza umana e di tutte le forme di conoscenza⁶⁰. Perciò, diventano particolarmente utili i giudizi ermeneutici, che sono quelli che si sviluppano nello spazio intermedio tra i giudizi di fatto e i giudizi di valore. In altre parole, i giudizi ermeneutici sono quelli che si ottengono dall'argomentazione⁶¹: “i Giudizi ermeneutici non possono “essere verificati” in termini “oggettivi”, però non sono neppure “puramente soggettivi” o arbitrari, perché fanno riferimento a uno spazio comune di significati condivisi (sono, pertanto, di carattere “intersoggettivo”)”⁶².

6. *Il metodo ermeneutico come metodo scientifico*

Il Diritto, l'esperienza giuridica, viene alla luce attraverso ragionamenti che sono, nella maggioranza dei casi, giudizi ermeneutici, in cui si procede per mezzo dello stretto vincolo tra dottrina (conoscenza teorica del Diritto) e giurisprudenza (conoscenza pratica del Diritto), il cui intreccio appare indispensabile per l'interpretazione necessaria (implicita o esplicita) che caratterizza il metodo giuridico⁶³. Ed è questa la condotta rivendicata dall'Ermeneutica giuridica per la scienza del diritto. Si tratta di un processo circolare perché “la comprensione delle parti è necessaria per intuire il tutto e allo stesso tempo, la comprensione del tutto permette di cogliere il senso delle parti. Il “circolo ermeneutico” presuppone che l'interpretazione sia sempre un processo incompiuto che può arricchirsi grazie al contributo del contesto”⁶⁴.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ “I giudizi di fatto possono essere percepiti come giudizi ermeneutici quando è necessario rinegoziare il significato delle categorie che li compongono; da parte loro, i giudizi di valore possono essere ricostruiti come giudizi ermeneutici quando si vuole andare oltre l'esperienza puramente soggettiva e avviare un dialogo che contribuisca a una maggior comprensione della realtà”. ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, “Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo”, cit., pag. 83.

⁶² Ibidem.

⁶³ ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, “Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo”, cit., pag. 82. Analogamente, OCTAVIO R. ACEDO sottolinea: “È necessario insistere sulla necessità del riconoscimento scientifico di queste due forme di conoscenza del Diritto, poiché tra di loro esiste uno scambio, un rapporto reciproco necessario affinché la vita giuridica possa realizzarsi, come scienza e applicazione”. OCTAVIO R. ACEDO QUEZADA, “La ciencia jurídica y su objeto”, cit., pag. 15.

⁶⁴ ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, “Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo”, cit., pag. 87. “L'idea di un'Ermeneutica destinata a regolamentare lo studio delle Scienze Umanistiche si è sviluppata alla fine del XIX secolo, grazie a WILHELM DILTHEY e ha continuato a essere attuale nel XX secolo grazie all'opera di autori come EMILIO BETTI. L'opera di Martin Heidegger ha rappresentato la rottura clamorosa nel normale procedere dell'Ermeneutica, perché smise di essere considerata la metodologia delle scienze dello spirito per assumere il ruolo di ontologia dell'umano”. MANUEL J. RODRÍGUEZ PUERTO, *Interpretación, derecho, ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica*. Comares, Granada, 2011. pagg. 46 e 47. Sebbene l'importanza dell'Ermeneutica per il diritto si deve, soprattutto all'opera del suo

Arthur Kaufmann, facendo riferimento al circolo ermeneutico, descriveva il metodo del ragionamento giuridico in questo modo. Prima di tutto, si parte dalla precomprensione del caso. Tale precomprensione è “un giudizio provvisorio, aperto alle correzioni”⁶⁵. Non consiste nella determinazione di un risultato, ma in una presa di posizione iniziale o, come spiegavamo prima, un’intuizione della risposta al problema posto, soggetto a revisione. Una volta posizionati in questa precomprensione, il processo prosegue con la formazione della premessa maggiore (“norma concretizzata, norma del caso, fattispecie”) attraverso l’induzione e, infine avviene la formazione della premessa minore (“confronto del caso, equiparazione”) attraverso l’analogia⁶⁶.

La particolarità sottolineata dall’Ermeneutica giuridica, come ci ricorda Kaufmann, consiste nel fatto che questi atti non si producono in successione ma simultaneamente, nello stesso momento, e da qui la difficoltà insita in questo procedimento scientifico (il “circolo ermeneutico”) e di conseguenza anche il fatto che alcuni ne neghino la razionalità. Se il Diritto venisse interpretato come una semplice sussunzione, nel senso di una deduzione logica, di una fattispecie in una norma, non ci sarebbe nessun inconveniente. Il metodo giuridico sarebbe infallibile e i suoi risultati sarebbero certi come quelli delle matematiche. Il problema è che, in realtà, non succede così. “In realtà, nessuna conoscenza del contenuto può evitare il “circolo”⁶⁷. Esattamente a questo faceva riferimento Engisch quando alludeva a quel “avanti e indietro dello sguardo tra norma e fatto”.

Detto questo, possiamo classificare questo procedimento come metodo? Davvero, i giudizi ermeneutici si ottengono tramite l’applicazione di un metodo determinato? La difficoltà per descrivere tale procedimento come una metodologia ha causato numerose critiche rivolte all’irrazionalità dell’Ermeneutica.

Per andare oltre questa critica, Heidegger e Gadamer (tra gli altri) hanno sottolineato che l’Ermeneutica in realtà più che un metodo è una filosofia trascendentale. Il circolo non è circolo se viene inteso come una condizione trascendentale del comprendere, “così come,

discepolo Hans-Georg Gadamer, che ha saputo dare nuovo impulso alla nozione aristotelica di prudenza e, pertanto, rivitalizzare la nozione di razionalità pratica. Ibidem.

⁶⁵ ARTHUR KAUFMANN, “La espiral hermenéutica”, in *Persona y Derecho*, 52 (2005), pag. 407.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ ARTHUR KAUFMANN, “La espiral hermenéutica”, cit., pag. 406.

per esempio, non è possibile capire la parte senza la comprensione del tutto, né il tutto senza coglierne le parti”⁶⁸.

Per Kaufmann, l’analogia che meglio spiega la forma del procedimento ermeneutico è quella di Windfried Hassemer: il ragionamento giuridico non è simile a un circolo, ma piuttosto a una spirale: “(...) la definizione di Hassemer rivela la reale struttura dell’ermeneutica. Il circolo vizioso torna al punto di partenza, e così non se ne esce. La spirale, al contrario, ci permette anche di tornare, però non cade sul punto di partenza, ma conduce a un livello «superiore». Non ci porta a un vicolo cieco, ma si muove su un terreno aperto, raggiunge nuovi campi, si avvicina all’obbiettivo distante dal punto di partenza, finché non lo ottiene (finché, messi a confronto i casi, vengono equiparati o ritenuti disuguali)”⁶⁹.

L’Ermeneutica giuridica ci propone, pertanto, una metodologia nel senso stretto del termine; ovvero, ci propone la strada giusta per arrivare alla scoperta della verità giuridica, ma senza comprendere che sia necessaria per affermare il carattere razionale o scientifico delle sue conclusioni⁷⁰.

In tal senso, la sua posizione è leggermente ambigua perché, da una parte, cerca di sostenere la razionalità delle proprie conclusioni ma, dall’altra, non supporta tale razionalità né in un procedimento né in un’ontologia. Come sottolinea Manuel J. Rodríguez, sebbene “(...) l’Ermeneutica giuridica trasferisca l’asse del lavoro giuridico dalla norma alla cosa (...), non risulta affatto chiara l’impostazione epistemologica di tali realtà extra-positive. Spiega

⁶⁸ ARTHUR KAUFMANN, “La espiral hermenéutica”, cit., pag. 409.

⁶⁹ ARTHUR KAUFMANN, “La espiral hermenéutica”, cit., pagg. 409 e 410.

⁷⁰ In merito, appaiono significative le parole di Francisco Carpintero, “È un fatto straordinario notare come si sia spostato l’accento dell’ingenuità. Fin dall’Età Moderna non accettiamo l’oggettività dei principi morali generali (come di quello che vieta di commettere abuso contro le donne), però accettiamo senza riserve critiche la possibilità di un ‘teoria’ procedurale che abbia un valore potenzialmente vincolante. Naturalmente, gli studiosi sono sempre in disaccordo tra loro, perché ciascuno propone una diversa teoria (di fatto, ad ogni edizione della Feria del Libro ci viene offerta una nuova teoria sulla ragion pratica), però ciò che non manca mai è la fede nella possibilità di un iter procedurale dal valore oggettivo. Sembrerebbe discutibile per la scienza del diritto perché già W. E. HEARN ammoniva (ragionando da giurista) sul fatto che l’abituale scienza del diritto venisse condotta in modo sempre molto unilaterale, in base al metodo degli economisti, che isolavano un unico tratto distintivo della condotta umana con lo scopo di entrare in possesso di un corpus di nozioni da poter gestire con facilità. V. *The theory of legal duties and rights: an introduction to Analytical Jurisprudence*, Melbourne-Londra, 1883. pag. 2. LORD KAMES, in uno dei migliori studi etico-giuridici del XVII secolo, aggiungeva che “Così varia è la natura umana, e così complicati i suoi poteri d’azione, da non poter essere facilmente colti in un solo sguardo”. *Essays on the principles of Morality and natural Religion*, Londra, 1758. Ristampa di G. Olms (Hildesheim), 1976. pag. 10”, FRANCISCO CARPINTERO, *El Método del Derecho en el cambio científico del siglo XX*, cit., pag. 11.

che la «cosa-diritto» e i «fenomeni giuridici extra positivi» presi in considerazione dall'ermeneutica non coinvolgono un'ontologia giuridica; hanno carattere oggettivo, ma non sono qualcosa di «an-sich». Sorprende il modo in cui tutti questi ermeneuti individuano l'ontologia in un ordine normativo immutabile⁷¹.

Probabilmente il contributo più rilevante dell'Ermeneutica giuridica rispetto alle possibilità di raggiungere una conoscenza scientifica del Diritto, è stato quello di ricordarci che la realtà giuridica non ci viene presentata come qualcosa di immobile e ormai concluso da analizzare e comprendere⁷². Così, il ruolo della Giurisprudenza non consiste tanto nell'applicazione di una serie di principi, regole o norme, quanto in un'attività intelligente orientata a *fare giustizia e non a cercare la giustizia*. Vale a dire che, come tutte le attività, anche la Giurisprudenza è un'attività pratica, che consiste nell'incessante costruzione, reinterpretazione, rielaborazione delle regole e dei principi in funzione dei diversi contesti. Tutto ciò si ottiene grazie all'argomentazione, che per questo motivo costituisce parte integrante della prassi giuridica. La necessità di argomentare, implicita in qualsiasi attività giuridica, comporta la comprensione del diritto in quanto attività razionale⁷³, a condizione che essa avvenga nel piano del reale, e non delle astrazioni. In definitiva, a condizione che tale argomentazione sia determinata dalla realtà sulla quale si fonda, ciò su cui si argomenta segna i limiti di quanto argomentato. Non utilizziamo gli stessi argomenti per discutere sulla necessità di portare il casco quando circoliamo in moto di quando vogliamo aumentare le pene per i delitti di molestie sessuali⁷⁴. È vero che la razionalità fornita dall'argomentazione risulta essere poco “scientifica”, poiché può essere verificata solo grazie all'avallo ottenuto da chi è coinvolto

⁷¹ MANUEL J. RODRÍGUEZ PUERTO, *Interpretación, derecho, ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica*, cit., pagg. 83 e 84.

⁷² “Le norme possiedono un motivo razionale per formar parte di un ordinamento giuridico, e di solito balza in primo piano non tanto il fatto che esistano delle regole e delle norme inerti ma piuttosto la ricostruzione intelligente che deve svolgere colui che voglia disporre dell'ordinamento giuridico. Questo fatto ci viene mostrato da Josef Esser, e in tempi più recenti, da Ronald Dworkin (...) Ho già segnalato che tutte le norme giuridiche di solito sono casi pratici risolti in anticipo”. FRANCISCO CARPINTERO, *La crisis del Estado en la Edad posmoderna*, cit., pag. 271.

⁷³ MANUEL J. RODRÍGUEZ PUERTO, *Interpretación, derecho, ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica*, cit., pagg. 100 e 101.

⁷⁴ “Effettivamente, per giungere a un accordo soddisfacente è necessario discutere di qualcosa; se il giurista si muove su un livello meramente ideale, la distanza dalle questioni giuridiche gli impedisce di affrontare con successo le esigenze della quotidianità”. MANUEL J. RODRÍGUEZ PUERTO, *Interpretación, derecho, ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica*, cit., pag. 98.

nella questione, tuttavia come scrive il Prof. Carpintero: “Di fronte all’impossibilità di basare la verità sull’idoneità assoluta del metodo utilizzato, non resta altro che ciò che Paul Feyerabend chiamava *Fingerspitzengefühl*, che significa, sensibilità sulla punta delle dita”⁷⁵.

Abstract

Da sempre la scienza giuridica è stata messa in discussione, anche se tale contestazione raggiunge il massimo livello dopo la Modernità giuridica, una volta che i nuovi paradigmi metodologici si impongono nella realtà giuridica, nel presente lavoro vengono affrontati, da un punto di vista storico, le cause scatenanti del cambiamento metodologico, così come le conseguenze che tale cambiamento ha portato nella considerazione della razionalità della giurisprudenza. Inoltre, viene presa in considerazione la possibilità che l’Ermeneutica giuridica contribuisca a un nuovo paradigma metodologico proprio del Diritto, che consiste nel cosiddetto “circolo ermeneutico o spirale ermeneutica”.

Abstract

The questioning of the scientific character of the jurisprudence reaches its splendour after the modernity. In this work we try to analyze the historical causes of the change in methodology and its consequences in jurisprudence. It also analyzes the possibility that the “hermeneutic circle or spiral” is the new methodological paradigm.

Cadice, dicembre 2020.

⁷⁵ FRANCISCO CARPINTERO, *El Método del Derecho en el cambio científico del siglo XX*, cit., pag. 95.