

FILOSOFIA
DEI DIRITTI
UMANI
PHILOSOPHY
OF HUMAN
RIGHTS

52

An. XX
PERIODICO QUADRIMESTRALE
Mag-Ago 2018 - Volume II



Editore

Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale
via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
06 45551463
www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it
Copyright © MMXVIII
ISBN 978-88-255-2061-3
ISSN: 1129-972x
Autorizzazione del Tribunale di Napoli n. 5051

Per ordini

Abbonamento annuo per l'Italia 65,00 euro
Abbonamento annuo per l'Estero 100,00 euro
Abbonamento benemerito 200,00 euro

Telefax: 06 45551464

Skype: aracneeditrice

E-mail: info@gioacchinoonoratieditore.it

Online: www.aracneeditrice.it

Modalità di pagamento

Bonifico bancario intestato a:

Gioacchino Onorati editore S.r.l. unip.

IBAN: IT 28 B 03069 38860 10000003170

Causale: abbonamento Filosofia dei diritti umani

Philosophy of Human Rights

I collaboratori sono pregati di inviare saggi o scritti inediti, o anche relazioni tenute ai convegni che non siano altrimenti pubblicati. Gli estratti saranno forniti solo su richiesta e a pagamento.

La Rivista si riserva il diritto dell'esclusiva dei titoli pubblicati per il periodo di un anno.

Sommario

1. Editoriali		
	<i>La politica nel Caos primordiale</i>	4
2. Saggi		
	Gino Capozzi <i>Il Diritto come Medium tra Società e Stato</i>	5
	Vincenzo Rapone <i>Scienza e Tecnica. Un capitolo di filosofia del diritto tra positivismo scientifico e positivismo giuridico</i>	11
3. Argomenti		
	Antonio Scoppettuolo <i>Legalità, responsabilità e la crisi delle morali tradizionali</i>	38
4. Opinioni		
	Cinzia Meccola <i>Sovranità e tutela dei diritti fondamentali: un binomio conciliabile?</i>	54
5. Note		
	Laura Zavatta <i>La sfida dei CLS alla mainstream legal scholarship</i>	63
6. Note a sentenza		
	Rocco Cantelmo <i>Il sequestro dell'animale abbandonato quale corpo del reato nella sentenza n. 29894/2018 della Cassazione Penale Sez. 3</i>	74
7. Rassegna stampa		
	Vincenzo D'Errico <i>Italia: nasce il 65° Governo della Repubblica</i>	78
8. Libri & Riviste		
	Vincenzo Rapone <i>Massimo Recalcati, Contro il sacrificio. Al di là del fantasma sacrificale</i>	84

Filosofia dei diritti umani / Philosophy of Human Rights
 ISSN: 1129-972X
 Fascicolo 52 maggio-agosto 2018
 ISBN 978-88-255-2061-3
 DOI 10.4399/97888255206131
 pag. 4-4

La politica nel caos primordiale

**Politesse
 del governare,
 arroganza del
 comandare**

Si potrebbe dire che mai come in questo periodo la politica sia coinvolta in un volo che riproduce il caos primordiale.

Chi regge e governa i destini d'Italia oggi in questa epoca indecifrabile? Chi dovrebbe reggere le sorti del popolo italiano?

Il governo.

Ma il governo veramente governa? Esponenti *maiores* della classe politica emergente, pur essendo un uomini determinati e intelligenti, spesso sembra portino alla ribalta non la *politesse* del governare ma l'*arroganza* del comandare. Le opposizioni, dal canto loro, si perdono in aspre e persistenti rivendicazioni senza capacità di vero costrutto. L'Europa bacchetta talora con toni di strigliata minacciosa ma non persuasiva.

Se non si avesse fiducia nelle capacità proprie del popolo italiano o di

noialtri, che sembriamo animati da ottimo proposito ma che viceversa siamo un po' allo sbando, potremmo definirci una società confusa o privata di solidi punti di riferimento di potere.

Ma dobbiamo avere fiducia in noi perchè la storia ci insegna che siamo sempre usciti dalle secche di ogni crisi e sarebbe una punizione che non dipende dalla mancanza di valore delle forze sociali non superare questo periodo di crisi.

Fiducia, fiducia!

Fiducia nelle nostre forze sociali che se anche piegate e nascoste dagli eventi sono sempre lì presenti, perché le risorse di un popolo come quello italiano non si estinguono per i periodi di instabilità.

La crisi sarà più o meno lunga, creerà più o meno malessere ma l'Italia così ora come in passato saprà vedere la luce che la farà uscire da questo periodo di grande sconvolgimento più che di *cambiamento*.



**FILOSOFIA
 DEI DIRITTI
 UMANI
 PHILOSOPHY
 OF HUMAN
 RIGHTS**

Rivista fondata nel 1999
 dal prof. Gino Capozzi

ABBONAMENTI 2018

Il Diritto come Medium tra Società e Stato



Gino Capozzi
Università di Napoli
capozzigin@libero.it

Gino Capozzi

**Diritto
come «Medium»**

ABSTRACT

Questo saggio si prefigge di analizzare il tema della mediazione tra le aggregazioni del Fare comune quali Diritto, Società e Stato. L'identificazione si sofferma sul Diritto, qui analizzato nella funzione di *Medium* tra Società e Stato. E, risalendo da questi interagenti sistemi integrativi e aggregativi alla struttura e alle funzioni come possibilità della condizione dei menzionati organismi tematici del Fare comune, l'identificazione si sofferma sulle Leggi giuridiche come *Medium* tra Forze e Poteri. Come le Leggi giuridiche sviluppino le loro funzioni per la costituzione dei Sistemi del Fare comune quali forze della Società e poteri dello Stato; e *a contrario* come i Sistemi del Fare comune quali forze della Società e poteri dello Stato partecipino alla formazione delle leggi del Diritto, sono modalità tematiche da porre al centro della Ricerca. La mediazione giuridica o l'articolazione del Diritto come *Medium* è un processo non statico ma ek-statico che riceve l'impulso dall'unificazione sia dei distinti *organismi* di Società, Diritto, Stato, sia dei distinti organi di Forze, Leggi, Poteri. La distinzione che si unifica nel descritto processo ek-statico, è da analizzare negli organismi ed organi coinvolti, per la precisazione di dati già acquisiti alla Ricerca.

PAROLE CHIAVE

Società, Comunità, Diritto, Forze, Leggi, Poteri, Stato, Aggregazioni del Fare

1. *Il Diritto come sistema in sé e per sé rapportato a Società e Stato*

Sembra che il Diritto possa essere una

determinazione generica ma non impropria, giacché acquisisce una semeiosi non equivoca nel XIV secolo, con la sostituzione della tradizionale designazione latina *lus* con *Directum*¹ per l'omofonia con *lus* nel significato di «brodo». In proposito mi sovviene il ricordo di un noto manuale di Istituzioni di Diritto romano che riportava l'etimo di *lus* alla mescolanza qual è il «brodo» con una possibile allusione ad aggregazione, anziché rilevare che il significato proprio per quest'omofonia veniva discacciata dal lessico disciplinare e sostituito nell'Evo medio da *Directum*. Ma, uscendo dal ricordo della sorprendente lettura fatta da studente, l'attenzione ritorna al tema della Ricerca in questo scorcio, in cui il Diritto è stato frettolosamente determinato con l'aggettivo «generico» invece dell'aggettivo «multiverso» che ci sta meglio. Infatti la ricerca acquisisce molti significati diversi sul lessico di «Diritto». Per «Diritto» s'intende: la «conoscenza giuridica» che traluce labilmente dalla voce antica di *Iurisprudentia* ed è articolata rigorosamente come *Dommatica* o *Scienza giuridica scripto sensu* sia pure problematicamente² ma con la recusazione della scepisi di Kirchmann nel rumoroso scrittarello polemico *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*; la «conoscenza storica» del Giure per il variare delle sue disposizioni nel tempo o *Storia del diritto*; l'*Ordinamento* e la *Norma* che nascono «ad un parto», tanto che si articolano sintatticamente in *Ordinamento normativo* e *Norma ordinamentale*, introdotta

¹ V. LESSI, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Sansoni, Firenze 1955, p. 1319.

² Vd. i volumi di G. CAPOGRASSI e B. LEONI sulla «Scienza del diritto» o «giuridica» la quale è presentata come «problema» sul frontespizio dei rispettivi volumi.

Il Diritto nella sua multiversità

nell'uso dall'estensore di questo scritto e diffusasi rapidamente per un'ermeneutica poco accorta e con spiegazioni poco convincenti; e soprattutto la Legge, che può essere considerata l'*Ubi consistam* del Diritto e che dal Diritto si estende alla Società e allo Stato. Questo è l'elenco di accezioni che hanno come oggetto il Diritto nella sua multiversità con una riflessione sia esterna che interna a questa istituzione pura, la quale ha una valenza definitoria non occasionale ma altrove argomentata. Nel chiudere questa elencazione dal senso multiverso che in apparenza rende generico il concetto di Diritto, su cui si sono soffermati pensatori di passata e recente «nobiltà dello spirito», dedico qualche altro rigo sia alla funzione sia al Sistema giuridico. Il Sistema è l'assetto organico del Diritto, con una consistenza per la quale da un lato implica la funzione della Legge per la sua articolazione dall'altro è la condizione della *Legis latio*. Dunque, il Diritto ha un assetto organico che si costituisce come Sistema integrato nel modo illustrato con la legge, la più antica tra le omologhe accezioni possibili. È l'assetto organico di Sistema col quale il Diritto si costituisce mediante la Legge, la condizione che dissolve la genericità anche apparente della sua consistenza e prelude all'unità della definizione.

2. Definizione del Diritto e dei contigui Sistemi del Fare comune

Nella definizione da comporre sono coinvolte le accezioni sin qui esaminate e interpretate quali Diritto, Sistema, Legge. Eccone la costruzione risultante. *Il Diritto è il Sistema delle Leggi*. Ma non si è argomentato che esiste un Praxeologismo che articola i Sistemi quali Società, Diritto, Stato o le Funzioni quali Forze, Leggi, Poteri. Ebbene in questo Praxeologismo si trovano gli elementi che si cercano per la definizione della Società e dello Stato oltreché del Diritto, in un'accezione già acquisita per l'uno nel capitolo precedente, per l'altro da anticipare prima

della trattazione nel Capitolo successivo:

- i. La Società è il Sistema delle Forze.
- ii. Lo Stato è il Sistema dei Poteri.

2.1. Il «perché» della titolarità definitoria del Diritto

È da spiegare perché con l'occasione del giudizio definitorio sul Diritto si manifesti l'opportunità di un'analoga condizione linguistica per gli altri Sistemi connessi del Fare comune. Il Diritto esercita un'influenza non solo "regolativa" ma anche "costitutiva" dei connessi Sistemi del Fare comune - per dirla con una distinzione di Kant -, mediante la *Legis latio* con delle conseguenze tra le quali rientra anche la proprietà definitoria. È la mediazione giuridica che il Diritto esplica tra i connessi Sistemi del Fare comune per la sua posizione di *Medium* intorno alla quale si allarga un campo di visibilità e operatività tale che consente ad esso non solo di provvedere all'assetto degli organismi relativi omogenei ma anche a se stesso in un vago effetto dei «Meccanismi riflessivi» di Luhmann.

3. La Mediazione giuridica come articolazione del Diritto quale Medium tra Società e Stato

La mediazione giuridica è l'articolazione del Diritto come *Medium* tra Società e Stato nella prospettiva di una specifica funzione possibile del suo organismo. Questa modalità di articolazione del Diritto, beninteso non limitato alla suaccennata Funzione specifica, ha un nome da cui è interpretata ma che è da posporre al suo concetto. Quali sono gli elementi raccolti insieme dal concetto che spiega la modalità della mediazione giuridica quale articolazione del Diritto come *Medium* tra Società e Stato? Per un verso, lo Stato *si riflette* con i suoi Poteri tramite le Leggi del diritto per la disciplina delle Forze della Società; per l'altro la Società con le sue Forze *si riflet-*

Il Sistema delle Leggi

te tramite le Leggi del Diritto sui Poteri dello Stato in quanto condizione elettiva e formatrice. Ecco in breve la spiegazione della mediazione giuridica con la rilevanza del Diritto nell'articolazione di *Medium*.

3.1. *Il Diritto come Sistema di sistemi o Insieme di insiemi e Funzione di funzioni o Insieme operativo*

**La mediazione
giuridica come
processo
ek-statico**

La mediazione giuridica o l'articolazione del Diritto come *Medium* è un processo non statico ma ek-statico che riceve l'impulso dall'unificazione sia dei distinti *organismi* di Società, Diritto, Stato, sia dei distinti organi di Forze, Leggi, Poteri. La distinzione che si unifica nel descritto processo ek-statico, è da analizzare negli organismi ed organi coinvolti, con risultati che sono la precisazione di dati già acquisiti alla Ricerca. Società, Diritto, Stato sono: nella loro distinzione dei Sistemi o anche degli Insiemi; nella loro unità un Sistema di sistemi, o anche un Insieme di insiemi, per dirla con una locuzione da me altrove enunciata³. Con la medesima chiave risolutiva anche se con qualche variante più verbale che ideativa sono da analizzare gli elementi che sono stati occasionalmente detti organi. Forze, Leggi, Poteri sono: nella loro distinzione delle Funzioni; nella loro unità costituiscono il fondamento di *Funzione di funzioni* o un Insieme per la loro comune operatività.

3.1.1. *Struttura, Funzione e Sistema come l'apriori del Praxeologismo.*

**Soggetti agenti
Soggetti pazienti**

Sulle prime può sembrare che Sistema e funzione siano emarginate nell'arbitrio della correlazione o in una correlazione arbitraria, così per il Diritto e le Leggi come per le altre modalità sistemiche e funzio-

³ Occorre dire che la nozione di «Insieme di insiemi» benché si delinei come uno sviluppo organico della Filosofia da me esposta, ha noti precedenti nelle Scienze matematiche, anche se non sia pertanto da considerare come un «trapianto di idee» per dirla alla maniera di Husserl figlio, testualmente «Verpflanzung von Ideen».

nali del Fare, vale a dire Società e Forze, Stato e Poteri. Ma la parvenza non coincide con l'assenza. La correlazione tra Sistema e funzione è strutturale, con una prova che può essere esemplificata col «testimonio» del Diritto la cui escussione è sollecitata dall'argomentazione per la sua esclusiva scelta tematica. Il Diritto è un sistema che si articola nella Funzione delle Leggi. Ed *a contrario* le Leggi sono delle Funzioni che si costituiscono come l'articolato del Diritto. Cosa sarebbe il Sistema del Diritto in assenza della Funzione della Legge? Un organismo privo di articolazioni, cioè un *Monstruum* inefficiente. Cosa sarebbe la Funzione della Legge in assenza del Sistema del Diritto? Struttura, Funzione e Sistema sono l'apriori come condizioni di possibilità della Praxeologia e soprattutto del Praxeologismo.

4. *L'operatività del Diritto come Sistema nei sistemi*

Ecco, il Praxeologismo. Si è manifestato senza forzatura come risultato dell'argomentazione nella quale sono svolte le tematiche necessarie e sufficienti per la composizione del giudizio, definitorio. Il Praxeologismo è l'articolazione del Fare nell'operatività per la quale provvede alla costituzione dell'apriori come Strutture, Funzioni e Sistemi, che sono per un verso Società, Diritto, Stato e per l'altro Forze, Leggi, Poteri. Questa è una definizione di Praxeologia e Praxeologismo come articolazione dell'operatività del Fare comune che si sviluppa dai «Soggetti agenti» con una ricaduta sui «Soggetti pazienti» con una circolazione che rivela delle Identità che si differenziano per gli stati e per i ruoli che occupano in questa costituzione. A questo livello si pone un interrogativo. È consigliabile esporre ciò che è stato acquisito sulla dinamica degli sviluppi del Fare comune dopo che ciò ha ricevuto nome e definizione nel Praxeologismo? No, sarebbe una repeti-

zione che non giova all'argomentazione.

Einklammerung

5. *L'Einklammerung dell'apriori di Struttura, Funzione e Sistema alla maniera di Edmund Husserl*

Le risultanze acquisite ed esposte sono da mettere tra parentesi per un fine non di nullificazione bensì di disponibilità cui sia da riferirsi per l'occorrenza nella ripresa dell'argomentazione sul Diritto come Sistema delle leggi. Dunque la Ricerca si svolge intorno al Diritto per stabilire quali siano le possibilità implicite nella prospettiva del Sistema delle leggi, con un primo piano riservato alla enunciata funzione giuridica.

6. *La Legge in una positività atipica*

La legge è positiva; non nel senso usuale dei Giuristi ma nella disponibilità che conviene all'impegno tematico della Ricerca in corso. Di cosa è positiva? La possibilità è ampia ma la scelta è ristretta all'interesse che sollecita lo Studio, con la seguente risposta. La Norma come criterio di valutazione di Atti e come criterio di qualificazione di Fatti⁴. Tralasciati questi modi predicativi, l'attenzione si trasferisce sulla positività della Norma. La Norma, analizzata che sia, dà una risposta incipiente e condizionale sulla sua positività, col rilevarsi non già un elemento semplice e singolo bensì complesso e molteplice. Come si può esprimere meglio e figurativamente questo significato? Della Norma non è dato né parlare né accertare la sussistenza se non nella complessità e molteplicità dei suoi esemplari, anche se nell'applicazione si acceda ad una o più determinazioni di questa «molecola» giuridica. La Norma ha numero plurale e disposizione complessa, con un'esigenza di aggregazione e integrazione per le quali costituisce un assetto

organico che sia omogeneo ed esente da contraddizioni, con eventuali «lacune» da emendare con prescritta ermeneusi. Di qui la condizione per lo sviluppo di un argomento importante della Ricerca. Le Norme per l'assetto organico in cui si aggregano e integrano in modo omogeneo ed esente da contraddizione costituiscono un Ordinamento.

6.1. *L'Ordinamento normativo e la Norma ordinamentale*

L'Ordinamento in cui la Norma si integra e si aggrega in modo omogeneo ed esente da contraddizione, si designa mediante la sintassi con l'altro elemento dell'aggregazione e integrazione, l'uno come sostantivo, l'altro come aggettivo. Ne risulta un organismo che si costituisce come Ordinamento normativo. È opportuno precisare e garantire con una distinzione il risultato già acquisito chiaramente. L'assetto organico di Ordinamento è immanente nella Norma che con l'omogeneità e assenza di contraddizione nel modo di aggregare e integrare la disposizione della sua pluralità si costituisce come Ordinamento normativo.

L'avvertenza spiega la genesi della costituzione di questa importante condizione dispositiva e disciplinare del Fare comune ma non esclude che l'organismo costituito si articoli come un Sistema già dato che proveda con la sua Autorità a disporre e disciplinare la libertà degli impegni e delle occupazioni dei soggetti agenti di Comunità e Società mediante l'emanazione e il ricambio delle Regole di condotta.

6.2. *La Norma ordinamentale*

L'Ordinamento normativo è la condizione di possibilità della garanzia dei programmi di vita in comune. Ma la sua capacità non è effettuale bensì virtuale. L'Ordinamento normativo non ha le articolazioni per l'attuazione della sua Efficacia come capacità di produrre effetti giuridici, la qualcosa è bensì un suo attributo

La norma come criterio di qualificazione e valutazione

⁴ È la distinzione usuale nell'accezione dei miei volumi con inizio in *Filosofia, scienza e «Praxis» del diritto*.

ma per così dire è bloccata e irrigidita nella *latenza* se non si manifesta una condizione. Se si domanda quale sia questa condizione, si risponde che la condizione è già acquisita ed esposta dalla Ricerca, ma è da ridire, anche perché non è argomentata nel modo richiesto se non di sfuggita.

La condizione della capacità di produrre effetti giuridici è la Norma. La Norma garantisce l'equilibrio giuridico di Autorità e Libertà, la Libertà come formativa dell'Autorità, l'Autorità come garanzia della Libertà; la Norma promuove l'integrazione e aggregazione dei soggetti in un assetto organico quali sono Comunità e Società in un Praxeologismo che coinvolge l'uno con l'altra nella finalità dell'articolazione; la Norma è regolativa e costitutiva del Fare comune per la protezione dei diritti spettanti a ciascun Soggetto. Dopo l'enunciazione delle Capacità che sono gli attributi di cui si sostanzia la Norma, è doveroso porre la domanda sull'elencazione esposta e dare risposte convincenti. A soddisfare questa esigenza si procede con un'asserzione che nella sua brevità conclude l'estensione delle richieste. La Norma, per la capacità dei suoi attributi, ha anch'essa la proprietà di un Ordinamento, da trattare linguisticamente come l'unificazione dell'altra diade precedente, ma con una differenza, l'una come sostantivo l'altra come aggettivo. *Norma ordinamentale*.

Il Fare comune

7. Lo Stato di diritto come Ordinamento normativo e Norma ordinamentale

L'Ordinamento normativo e la Norma ordinamentale costituiscono lo Stato nell'identità determinativa del Diritto. Questa considerazione è da intendere come un'enunciazione generale, giacché c'è un'enunciazione speciale da esaminare. Tra Stato e Diritto è rilevabile bensì un'entità ma anche una differenza. L'«identità e differenza» tra Stato e Diritto si articola nella modalità di una relazione reciproca, anche se la massima Istituzione

politica, benché in soggezione, ha la posizione di fondamento del suaccennato rapporto. Per un verso lo Stato emana le Leggi giuridiche con i suoi poteri (Parlamento, Governo, Regione con diversità di titolo di Competenza e Giurisdizione), per l'altro il Diritto dà quella necessità impositiva ai Poteri dello Stato che in sé e per sé non hanno. Questo rapporto ha un riconoscimento con qualche ombra nell'espressione «Stato di diritto». Ma l'efficacia del rapporto tra Stato e Diritto non si esaurisce nell'influenza dell'uno sull'altro per la loro relazione reciproca.

Lo Stato dà un assetto organico alle Forze della Società mediante le Leggi del Diritto. E da aggiungere contestualmente che sussiste un rapporto analogo e inverso al modo d'essere suaccennato; il quale si stabilisce tra le Forze della Società e le Leggi del Diritto con una conseguenza sui Poteri dello Stato. La Società con le sue Forze dà un indiretto contributo determinante alla costituzione dei Poteri dello Stato mediante le Leggi del Diritto. Questo è un rapporto che trova un riconoscimento nella Legge della Costituzione che sancisce l'appartenenza della Sovranità al Popolo, pur con qualche alterazione, che si coglie appieno nelle distinzioni di un genio bensì mediterraneo ma non italiano, Rousseau⁵. Dice il Filosofo transalpino che la *summa rerum* appartiene al «*corps politique*»⁶, che si specifica come un «*corps moral et collectif*»⁷, di cui è partecipe anche la «*personne privé*»⁸ come «*Citoyen*»⁹ in una contestualità che s'identifica con la «*Volonté générale*»¹⁰.

⁵ J. J. ROUSSEAU, *Ovres complètes, III, Du Contract social, ou Principes du droit politique*, Paris 1964; *Del Contratto sociale, o principi del Diritto politico*, in *Opere*, a cura di Paolo Rossi, tr. it. Mondolfo, Sansoni, Firenze 1972.

⁶ *Ivi*, p. 303.

⁷ *Ivi*, p. 304.

⁸ *Ivi*, pp. 282,286,289, 291,327.

⁹ *Ivi*, p. 203.

¹⁰ *Ivi*, pp. 291-296.

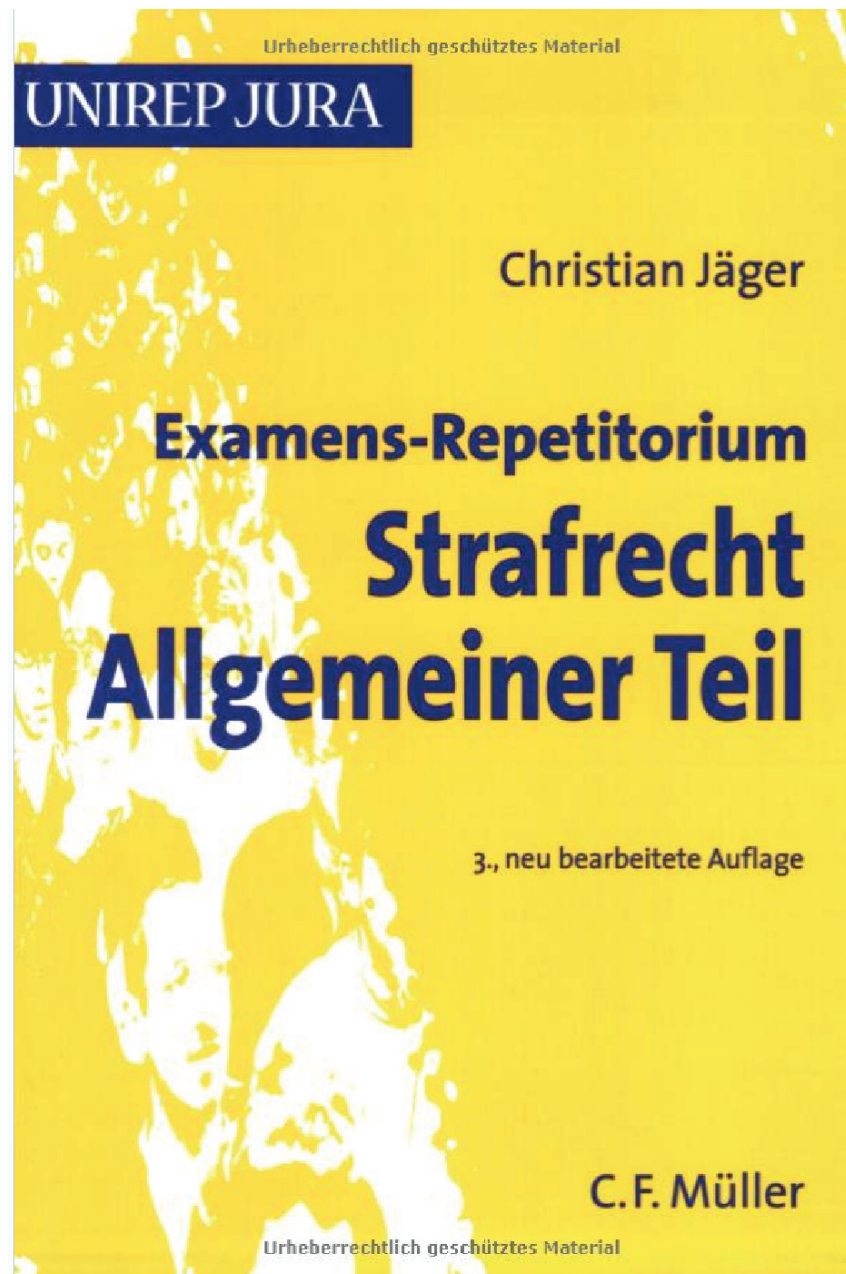
RIFERIMENTI

CAPOGRASSI G., *Il problema della scienza del diritto*, Soc. Ed. del Foro italiano, Roma, 1937, *Opere, vol. II*, Giuffrè, Milano 1959 (rist. con Introduzione di PIOVANI P., Giuffrè, Milano 1962).

LEONI B., *Il problema della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino 1940.

LESSI V., *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Sansoni, Firenze 1955.

ROUSSEAU J. J., *Ovres complètes, III, Du Contract social, ou Principes du droit politique*, Paris 1964; *Del Contratto sociale, o principi del Diritto politico*, in *Opere*, a cura di Paolo Rossi, tr. it. Mondolfo, Sansoni, Firenze 1972.



Scienza e Tecnica.

Un capitolo di filosofia del diritto tra positivismo scientifico e positivismo giuridico



Vincenzo Rapone

Università di Napoli
 «Federico II»

vincenzo.rapone@unina.it

Vincenzo Rapone

ABSTRACT

Si ripercorrono le tappe che hanno condotto, a partire dalla costituzione positivista delle scienze, alla ridefinizione bobiana dello statuto della giurisprudenza, ridefinizione interna al movimento fenomenologico. In un momento fortemente connotato in senso politico, Bobbio acquisisce gli strumenti offerti dalla riflessione husserliana per mettere in discussione tanto l'approccio di Gény, quanto, implicitamente, l'idealismo gentiliano, senza timore di disporsi antagonisticamente all'ideologia ufficiale del regime, ma avallando, al tempo stesso il primato normativo dello Stato, contro ogni forma di pluralismo giuridico. Si tratta, così, di valutare il peso specifico di questa produzione giovanile nell'economia complessiva dell'opera dello studioso torinese.

PAROLE CHIAVE

Scienza Giuridica, Positivismismo, Positivismo giuridico, Movimento del diritto libero, Fenomenologia, Intenzionalità, Scienza, Tecnica, Temporalità, Logica giuridica.

1. Il Positivismismo scientifico, nei suoi limiti critici

Premessa la considerazione in virtù della quale interrogare la scientificità della giurisprudenza quale "scienza normativa" significa valutare *anche* la misura in cui il suo oggetto può essere all'altezza di una scepis rigorosa, appare del tutto lecito

scrutare i modi per il cui tramite un insieme di fenomeni, preliminarmente unificato, giunga a configurarsi "positivamente".

In questo senso, che il diritto divenga oggetto di scienza, nell'accezione positivista del termine, è questione non solo epistemica, ossia "interna" al discorso scientifico: una serie di condizioni "esterne" al discorso scientifico, di tipo politico-sociale (che possono essere anche, in una certa misura, indotte) possono contribuire in egual misura, a configurare quest'esito.

Dunque, se consideriamo non tanto il metodo, quanto, piuttosto, la costituzione dell'oggetto, sono chiaramente rilevabili i limiti di quegli approcci che circoscrivono al puro e semplice ambito formale il processo di costituzione delle scienze. Procedendo su questa linea associativa, si rileva come, costituirsi in aperta polemica con il programma positivista (politico e sociale) di costituzione della giurisprudenza come scienza, implichi misconoscere la misura in cui l'iscrizione di quest'ultima nel suo programma scientifico di "positivizzazione" abbia avuto luogo nell'ambito di un più ampio progetto culturale, teso alla realizzazione di un sapere emancipato nella forma e nei contenuti dall'universo teologico-metafisico, per costituirsi in modo problematicamente funzionale (finanche nella sua costituzione formale) ad una società in grado di interrogarsi intorno allo statuto dei propri quadri di regolazione, e intellettuale, e normativa.

Lo scopo perseguito in quest'ambito di ricerca non è legato tanto alla perfezione del sistema in se stesso - equiparato ad astratto ideale di scientificità, formalisticamente inteso e legato al metodo, che,

La scientificità della giurisprudenza

declinato in questo senso, cessa di essere strumento, per costituirsi come luogo teorico, dotato di spessore etico ed ontologico - quanto, piuttosto, l'implementazione di una strategia complessiva, volta alla razionalizzazione materiale dell'oggetto della scienza giuridica, finalizzata alla realizzazione del miglior compromesso possibile tra ordinamento oggettivo (sociale) ed elaborazione degli strumenti formali funzionali alla sua regolazione.

Si tratta, in definitiva, della costruzione teorica di quadri di organizzazione del reale che risultino, il più possibile coerenti con l'assetto sociale, così come si presenta in una data fase storica.

In questa prospettiva, ciò che va rilevato è l'adire, oltrepassando l'ambito della sola costruzione formale dell'oggetto, la dimensione in virtù della quale il diritto non è valido solo perché formalisticamente ritenuto tale: si tratta di un progetto dalle linee di fondo ben precise, che intende collegare la normatività alle idee-forza, positività e socializzazione, così fortemente caratterizzanti la civilizzazione tardo-ottocentesca.

Nella prospettiva assunta dal positivismo "scientifico"¹, quindi, legare lo studio della dimensione normativa ai suoi effetti

Positivism scientifico

¹ "In una prima generalissima accezione, *positivo* può significare ciò che trae comunque origine da un atto istituzionale divino o umano, che è stato *posto* e *stabilito* e che si oppone pertanto a *naturale*, *necessario*, *eterno*. In tal senso, p. es. si dice *diritto positivo* o *religione positiva*. In una seconda accezione, implicante già un preciso atteggiamento metodologico e speculativo, *positivo* vuol dire ciò che è dato nell'esperienza, come *fatto*, di cui si può anche mettere da parte la ragion d'essere e la relativa ricerca. In questo senso, Francesco Bacone chiamava *positiva* la forza o la legge naturale, a cui il filosofo poteva arrestarsi, senza procedere oltre nella ricerca o finzione delle cause. A. Comte accetta questo secondo significato del termine "positivo" che vuole indicare per lui innanzi tutto ciò che è reale, effettivo, attuale, in opposizione a ciò che è astratto o chimerico. Perciò il filosofo che accetta il nuovo metodo d'indagine positiva esclude i misteri impenetrabili di cui si occupava l'infanzia dell'umanità, e si attiene esclusivamente alle ricerche che sono accessibili alla sua intelligenza", C. CARBONARA, *Positivism*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. V, Firenze 1967, p. 171. Per un'introduzione critica al positivismo, cfr. *L'età del positivismo*, a cura di P. ROSSI, Bologna 1986; *Scienza e filosofia nella cultura positivista*, a cura di A. SANTUCCI, Milano 1982; L. KOLAKOWSKI, *La filosofia del positivismo*, Bari 1974; S. POGGI, *Introduzione al positivismo*, Roma-Bari 1991.

sociali vuol dire, prima di tutto, sottoporre un principio ordinatore come la sovranità al mutamento storico-sociale, ora inteso come principio, ma, anche, tentare di epurare la scienza del diritto da quell'elemento volontaristico che, insieme alla nozione di personalità giuridica e di presunzione del predominio della legge sulle altre fonti di diritto, si costituisce come un vero e proprio "ostacolo epistemologico" alla costituzione scientifica della giurisprudenza.

In questo senso, l'istanza di cui Comte² in particolare si fa corifeo, è da inquadrarsi all'interno dell'affermazione progressiva dello "spirito scientifico", le cui concretizzazioni non possono esser ridotte, lo si ribadisce, né a ideale di perfezione formale, né, su un versante specularmente opposto, ma, in definitiva, ugualmente unilaterale, a quello della sola efficacia applicativa delle norme, tale da iscrivere, riduttivamente, la giurisprudenza all'interno delle *Naturwissenschaften*. Lungi dal configurarsi alla stregua di un oggettivismo radicale, la scienza positivista opera tramite la costante discussione del rapporto tra "certezza" e "verità", iscrivendosi a pieno titolo nella modernità: quella che si propone, in questa sede, è una lettura del profondo rapporto tra positivismo e "spirito critico", che si pone in essere nel rifiuto consapevole delle interpretazioni che ne hanno visto un semplice oggettivismo, portato più della critica mossa dalla cultura idealistica.

In quest'ottica, quella che si evince è la misura in cui le prospettive derivanti dal "mondo nuovo", che nasce dalle ceneri dell'universo dei rapporti gerarchici e dell'organizzazione politico-culturale precedente la Rivoluzione Francese³, si spo-

² Sul pensiero di Comte, cfr. A. NEGRI, *Introduzione a Comte*, Roma-Bari 1983; ID., *Augusto Comte filosofo dell'età industriale*, Napoli 1989; L. LANARO, *Il positivismo tra scienza e religione. Sulla fortuna di Comte in Gran Bretagna*, Milano 1991. Sulla formazione scientifica di Comte, resta imprescindibile H. GOUIER, *La jeunesse d'A. Comte et la formation du positivisme*, 3 voll., Paris 1933-41.

³ Scrive Comte (*Appel aux conservateurs*, Paris 1855, p. 1, in A. NEGRI, *Introduzione a Comte*, cit., p. 129): "Destinata a mettere termine alla grande rivoluzione cominciata, in

sano con un ordine di considerazioni almeno duplice, riguardante l'essenza stessa della modernità.

Da un lato, soprattutto con Descartes, il soggetto moderno mette in discussione il realismo metafisico, problematizzando la relazione tra certezza e verità, e, conseguentemente, tra rappresentazione soggettiva e realtà oggettiva; dall'altro, l'affermazione del mondo borghese prima e di quello industriale poi, imperniato sull'egemonia di un nuovo soggetto giuridico-politico, l'individuo, genera una spinta anomica di dissoluzione della società, che necessita di essere ripensata alla luce della nozione di ordine, nozione essa stessa divenuta problematica. Problematizzare il rapporto di deduzione logica della verità dalla certezza sensibile, pure realisticamente inteso in contesti teologico-metafisici, implica pensare elementi oggettivi e soggettivi in un disporsi di reciproco adeguamento, realizzantesi sotto la costante verifica e il controllo dello scienziato.

In questo senso, se primato e sovranità della legge equivalgono a esercizio della potenza statale volontaristicamente strutturato (ma anche a costante destabilizzazione potenziale dell'ordine sociale), rendere scientifica la giurisprudenza significherà centrare la dimensione normativa sul diritto inteso come formazione spontanea, se non consuetudinaria, e organizzare politicamente la società in un modo che risulti il più possibile omogeneo alla sua evoluzione oggettiva⁴. Evoluzione del

tutto l'Occidente, nel quattordicesimo secolo, la crisi in cui la Francia si trova gettata dal 1789 non ha ancora acquistato un carattere decisivo. Essa continua ad oscillare tra la retrogradazione e l'anarchia, lasciando sempre temere tempeste senza soluzione. Il bisogno di conciliare radicalmente l'ordine e il progresso è, tuttavia, sentito sempre di più da sessant'anni a questa parte. Esso ha fatto gradualmente sorgere, sotto il nome di conservatori, un partito numeroso e potente che si sforza sinceramente di mettere da parte, contemporaneamente, i rivoluzionari e i retrogradi".

⁴ È con dovizia argomentativa che A. FALZEA rende ragione della misura in cui le teorie della socialità si sono costituite come "terza via" tra individualismo liberale e statualismo (*Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Milano 2008, p. 138): "Concezioni tradizionali, come per esempio l'imperativismo e il contrattualismo,

diritto che, si badi bene, non dev'essere però desunta esclusivamente da fatti oggettivi, rispondendo, piuttosto, allo "spirito del tempo", e, quindi, ad una definizione concettuale di quest'ultimo - il che avvicina significativamente Comte ad Hegel⁵ - da cui l'opportunità di una "legge" il cui rigore è stato oggetto di così tante critiche, come quella dei "tre stadi".

Se l'epoca dell'industrialismo è quella della strutturazione orizzontale e solidaristica dei rapporti sociali, che è parte integrante dello "spirito positivo", quest'ultimo si rivela ispirato a criteri non più riconducibili a una struttura gerarchica politicamente e individualistica socialmente, ragion per cui sovranità e culto della volontà quale momento produttivo di diritto dovranno essere abbandonati come criterio e di legittimazione dell'ordinamento e di organizzazione positiva dei rapporti, a favore di una modalità "positiva", in un certo senso orizzontale e solidaristica.

Per quanto sia altrettanto rilevante, la sua affinità con Condorcet, non è sbagliato considerare Comte, per quanto in posizione di eretica dissidenza, almeno nella prima fase della sua opera, l'erede di Saint-Simon, ossia un continuatore di alcuni tratti scientifici del suo pensiero: le problematiche relative allo statuto della conoscenza e dell'ordine della società industriale sono, infatti, comuni ai due autori, per quanto, come vedremo, la soluzione

non avevano difficoltà nel vedere nel fenomeno giuridico la risultante sociale di forze e componenti elementari che nella loro natura ultima erano gli individui umani con le loro coscienze e volontà individuali. Si può anche dire che, per le concezioni tipiche dell'individualismo moderno (appunto: contrattualismo, imperativismo, in generale volontarismo), il diritto è fenomeno sociale: ma di una socialità che è semplice proiezione dell'individualità. Il fenomeno giuridico si costituisce fin dalle origini in una realtà sociale che per le sue stesse dimensioni passa appena tangente rispetto al singolo individuo e alle rappresentazioni della sua coscienza, trascende, per la sua complessità qualitativa e quantitativa, la sfera del singolo e ha la sua radice in un modo necessario di esistenza e di attività dei gruppi sociali. Questa radice del diritto si chiama *costume*".

⁵ Per un'attenta ricostruzione del rapporto tra le rispettive filosofie della storia, cfr. O. NEGTE, *Hegel e Comte*, Bologna 1975.

**Il tramonto
del Realismo
metafisico
medievale**

sono prospettate differiscono in maniera significativa.

Se Comte, da un lato, collega la sua riflessione a quella di un'epoca, l'Illuminismo, che, per sua stessa costituzione - ne è testimonianza il contributo di Kant⁶ - manca di una precisa definizione concettuale del suo statuto, ossia di una precisa rappresentazione di se stessa, dall'altro, in maniera del tutto sintonica, il fondatore del positivismo cerca, rispettando la specificità della sua epoca, una declinazione il più possibile coerente tra l'organizzazione normativa e assetti sociali.

Conscio del tramonto del realismo metafisico medioevale, il fondatore della "scienza positiva" persegue nell'obiettivo della definizione intellettuale di un rapporto relativamente omogeneo tra le modalità di costituzione dell'essere sociale e della sua regolazione normativa: in questo senso, può davvero esser considerato, almeno fino ad un certo punto, e quindi con una certa cautela, un allievo di Saint-Simon⁷.

La necessità di elaborare una sintesi tra Settecento e Ottocento, il riconoscimento del significato storico della Rivoluzione francese, un certo interesse per le realtà dell'industrialismo e della classe operaia, la posizione di una nuova epoca a quella teologico-metafisica, costituiscono forti elementi, seppur non assolutizzabili, di continuità tra i due autori, con la significativa differenza che, mentre l'idea fondamentale del saintsimonismo è quella di un liberal-socialismo anti-individualista in grado legittimare pratiche sociali di auto-governo, Comte oppone all'individualismo liberale e al suo portato disgregatore il solo culto dello Stato. Stato, inteso come entità profondamente rivisitata nella sua struttura: l'affermazione teorica del ruolo

⁶ Cfr. I. KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* (1784), tr. it., *Che cos'è l'Illuminismo?*, a cura di N. Merker, Roma 1987, pp. 48-55.

⁷ Su Saint-Simon, cfr. M. LARIZZA LOLLI, *Il sansimonismo (1825-30). Un'ideologia per lo sviluppo industriale*, Torino 1976; V. MARTINO, *Saint-Simon tra scienza e utopia*, Bari 1979; E. PITOCO, *Millennio e utopia. Il sansimonismo*, Roma 1984.

della scienza e il riconoscimento delle valenze politiche dei fenomeni di industrializzazione forniscono quelle categorie concettuali, alla luce delle quali pensare la trasformazione della società in un'entità strutturata da rapporti di collaborazione, più che gerarchicamente strutturata, rapporti propri di una socializzazione potenziale essa stessa rimedio agli esiti anomici del liberalismo borghese, prodromica di nuove realtà, che si crede di poter intravedere, seppur in via solo embrionale.

Razionalizzazione generalizzata della società, progressiva socializzazione delle forme produttive ed equa distribuzione del profitto, alternanza di trasformazione e ordine, sono dunque momenti teorici in cui il positivismo si ricollega idealmente allo spirito del Cristianesimo, la cui aspirazione originaria è quella della riduzione ad immanenza della sovranità divina, realizzata positivamente nella crocifissione e teologicamente nella Trinità.

Il fatto che la riflessione di Comte, soprattutto nell'ultima fase, e cioè a partire dal *Système de politique positive* e dal *Catéchisme positiviste*, assuma in maniera ancor più decisa come valore il ristabilimento dell'unità e del monismo contro il pluralismo sociale caratterizzante la società industriale, rivendicando la riproposizione di gerarchie stabili, sussumendo nello Stato le forze sociali, elevando la società domestica e suoi rapporti gerarchici a paradigma di organizzazione di tutto il poliverso sociale, sminuisce, ma solo fino ad un certo punto, il positivismo "scientifico" come impresa critica.

Resta da valutare la misura e la portata critica del fatto che l'opera di Comte appaia, in questa seconda fase, più una continuazione del tradizionalismo di Bonald e de Maistre, che non del socialismo utopistico di Saint-Simon: qualsiasi cosa si pensi in questa direzione, è in questo contesto - quello, cioè, in cui i rapporti tra regolazione normativa e assetti sociali cominciano a situarsi in un rapporto reciproco che è di relativa disomogeneità - che si mettono in discussione alcuni dei dogmi della scienza