

# Essere e dover essere nel modello weberiano di scienza giuridica

*Realino Marra*

*In this essay the author discusses Weber's critique on a book by Rudolf Stammler of 1906 on the „overcoming“ of a materialistic account of history. In his text Weber postulates a double existence of juridical norms: on one hand they can be considered as ideal norms (if considered on the grounds of the logically correct meaning they express); on the other hand they represent empirical precepts that can be determined on the behaviour of concrete men. Marra criticizes Weber's assumption and its consequences (in particular the division of juridical science into dogmatics and sociology).*

## I. La duplice realtà della regola giuridica

Il presente articolo è dedicato all'analisi dell'idea di scienza giuridica che emerge dai saggi metodologici weberiani. Mi riferirò in particolare a due interventi di Weber al primo congresso della Società tedesca di sociologia del 1910, dedicati a *Economia e diritto* e *Scienza giuridica e sociologia* (sollecitati dalle relazioni – rispettivamente - di Andrea Voigt e Hermann Kantorowicz)<sup>1</sup>, e soprattutto ad un lungo saggio del 1907 di commento e critica di un noto libro di Rudolf Stammler sul “superamento” della concezione materialistica della storia<sup>2</sup>. Difficilmente la “dottrina pura” del diritto di Hans Kelsen, e a seguire

<sup>1</sup> M. Weber, *Diskussionsrede zu dem Vortrag von A. Voigt über «Wirtschaft und Recht»*, e *Diskussionsrede zu dem Vortrag von H. Kantorowicz, «Rechtswissenschaft und Soziologie»*, nei *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, hg. von Marianne Weber, Tübingen, Mohr, 1988<sup>2</sup> (1<sup>a</sup> ed. 1924), pp. 471-83 (nel prosieguo indicherò l'opera con la sigla GASS) = *Intervento nella discussione su «Economia e diritto»*, e *Intervento nella discussione su «Scienza giuridica e sociologia»*, nei *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, trad. di Pietro Rossi, Torino, Comunità, 2001, pp. 467-81.

<sup>2</sup> M. Weber, *R. Stammlers “Überwindung” der materialistischen Geschichtsauffassung*, in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hg. von J. Winckelmann, Tübingen, Mohr, 1985<sup>6</sup> (1<sup>a</sup> ed. 1922), pp. 291-383 (nel prosieguo l'opera sarà citata come GAWL) = *Rudolf Stammler e il «superamento» della concezione materialistica della storia*, in *Saggi sul metodo*, cit., pp. 281-363. Il saggio è stato tradotto anche da Alberto Febbrajo, con il titolo *A proposito di “Economia e diritto” di Rudolf Stammler*, in E. Ehrlich-H. Kelsen-M. Weber, *Verso un concetto sociologico di diritto*, a cura di A. Febbrajo, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 89-164.

tutte le concezioni sull'autonomia della scienza giuridica che nel secolo passato hanno ripreso, rielaborato, aggiornato l'impostazione kelseniana, sarebbero concepibili senza le pagine weberiane. A parte gli elementi che è possibile inferire dalle date (la prima opera kelseniana, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* è del 1911), inducono ad una valutazione di questo tipo sia l'esplicito richiamo di Kelsen all'argomentazione weberiana<sup>3</sup>, sia la circostanza per cui la critica kelseniana a Eugen Ehrlich è pubblicata nell'*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* di Weber, Jaffé e Sombart, utilizzando nella polemica anche il punto di vista weberiano<sup>4</sup>. A sua volta Weber mostrerà di approvare, almeno in parte, l'utilizzazione delle sue idee, ribadendo contro Ehrlich e tutte le concezioni sul diritto libero il modello di una scienza giuridica separata per oggetto e metodo dalla sociologia<sup>5</sup>.

In queste pagine mi occuperò esclusivamente di tale punto. Mi sembra infatti quello di maggiore importanza, anche e soprattutto per il ruolo che ha avuto nella difesa del formalismo giuridico dalle critiche della giurisprudenza sociologica e del realismo giuridico. Sulle altre questioni (tipi di regole, i problemi legati al "seguire" una regola, rapporti tra diritto ed economia) rinvio alle analisi di altri studiosi<sup>6</sup>.

Leggiamo nel saggio su Stammler:

Un determinato "articolo" del codice civile può diventare oggetto di riflessione in diversi sensi. Anzitutto nel senso della politica del diritto: si può cioè discutere, in base a certi principi etici, della sua "legittimazione" normativa, e ancora,

<sup>3</sup> Cfr. principalmente *Il concetto di stato nella «sociologia comprendente»*, in «Sociologia del diritto», XIV-3, 1987, pp. 33-48 (trad. di A. Carrino; ed. originale in «Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik», 1921; il saggio era stato successivamente ripreso in *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchungen des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen, Mohr, 1922).

<sup>4</sup> I testi dell'aspro confronto tra Kelsen ed Ehrlich sono stati tradotti da A. Carrino in E. Ehrlich-H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, Napoli, Esi, 1992, nonché da A. Febbrajo, in H. Kelsen-E. Ehrlich, *Un dibattito sul concetto di diritto*, in *Verso un concetto sociologico di diritto*, cit., pp. 3-67.

<sup>5</sup> Si veda soprattutto l'ultimo paragrafo della *Rechtssoziologie*, dedicato alle "qualità formali" del diritto moderno: *Wirtschaft und Gesellschaft*, hg. von J. Winckelmann, Tübingen, Mohr, 1985<sup>5</sup> (1<sup>a</sup> ed. 1922), pp. 503-13 = *Economia e società*, trad. di Pietro Rossi e altri, Milano, Comunità, III, 1981, pp. 186-201.

<sup>6</sup> Cfr. principalmente A.G. Conte, *Giocare con le regole*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXIII, 2003, pp. 281-333; Id., *Filosofia del baro*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», LXXX, 2003, pp. 679-745; A. Febbrajo, *Un testo di Max Weber sulle regole*, in «Rassegna italiana di sociologia», XXVII-3, 1986, pp. 435-42; Id., *Diritto ed economia nella critica weberiana a Stammler*, in M. Losito-P. Schiera, a cura di, *Max Weber e le scienze sociali del suo tempo*, Bologna, il Mulino, 1988, pp. 201-19; Id., *Tre definizioni del concetto di diritto*, in *Verso un concetto sociologico di diritto*, cit., pp. XX-XXIX.

in base a determinati “ideali culturali” o postulati politici [...] del suo valore o disvalore in vista della realizzazione di tali idee [...]. In questa sede lasciamo [...] del tutto da parte questo tipo di considerazione direttamente valutativa della “regola” [...]. Restano allora due possibilità. In riferimento a quell’articolo del codice ci si può chiedere in primo luogo cosa esso “significhi” concettualmente, e in secondo luogo quale “efficacia” esso abbia empiricamente<sup>7</sup>.

All’inizio Weber indica correttamente la distinzione realmente fondamentale nelle considerazioni sul diritto: quella tra riflessioni valutative da un lato, e analisi scientifiche dall’altro. La politica del diritto appartiene alle prime, la dogmatica giuridica e la sociologia del diritto alle seconde. Analogamente da sottoscrivere è il rapporto che Weber istituisce tra politica e scienza: la seconda «è il presupposto di una discussione feconda sul problema del valore etico [e] politico» delle norme<sup>8</sup>, e dunque in questo senso può essere utilizzata dalla politica; mentre è precluso il percorso contrario, la sua apertura cioè a qualunque discorso valutativo sul diritto. La scienza può “servire” alla politica per soddisfare esigenze di chiarificazione, per la valutazione pratica delle conseguenze di certe scelte e dunque per agevolare il processo di decisione, sia individuale che collettivo; ma in nessun senso può “servirsi” della politica. Detto per inciso: anche queste considerazioni su politica del diritto e scienza giuridica contribuiscono a chiarire il senso più corretto della avalutatività: che non è mai per Weber un modo per escludere rapporti tra pensiero e attività pratica, ma tutt’al contrario un modo per individuare, nelle condizioni attuali, il massimo contributo possibile della scienza alla soluzione dei problemi della vita<sup>9</sup>.

Sulle basi indicate da Weber, sarebbe dunque teoricamente possibile una semplice distinzione tra i discorsi scientifici sul diritto e quelli esclusivamente valutativi, così come dei rapporti di scambio più o meno intensi tra le diverse discipline (dogmatica e sociologia, ma anche storia, antropologia, informatica) sul fondamento dell’unità dell’oggetto (individuato ad esempio entro certi limiti di materia e di tempo: la disciplina della proprietà privata nel sistema

<sup>7</sup> *GAWL*, pp. 345-6 = *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, p. 329.

<sup>8</sup> *GAWL*, p. 346 = *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, p. 329.

<sup>9</sup> Cfr. W. Hennis, *Max Webers Wissenschaft vom Menschen*, Tübingen, Mohr, 1996, pp. 152-72 (queste pagine sono state tradotte da me con il titolo *Il significato della avalutatività. Occasioni e motivi del «postulato» di Max Weber*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXIII, 1993, pp. 159-77). Su questi temi mi sia ancora consentito di rinviare a *Capitalismo e anticapitalismo in Max Weber. Storia di Roma e sociologia del diritto nella genesi dell’opera weberiana*, Bologna, il Mulino, 2002, pp. 298-309, e alla letteratura qui richiamata; ricorderò solo come nel classico lavoro di P. Rossi, *Lo storicismo tedesco contemporaneo*, Torino, Einaudi, 1956, pp. 273-7, si sottolineasse chiaramente il nesso di «reciproca indispensabilità» in Weber di conoscenza e attività politica.

giuridico dell'Italia repubblicana, i poteri del Presidente della repubblica nella Francia contemporanea, il sistema di reclutamento dei magistrati in Germania, e così via) e sull'adozione comune di presupposti avalutativi.

Senonché questa possibilità è immediatamente esclusa da Weber. Solo la premessa fondamentale di metodo (la "avalutatività") è comune, per il resto le discipline si occupano di «oggetti completamente differenti»<sup>10</sup>, e dunque devono seguire due strade diverse. Da un oggetto che si studia in maniera difforme, a oggetti diversi. Questo slittamento emerge nel modo più evidente dall'intervento al congresso della Società tedesca di sociologia: «noi possiamo considerare un determinato principio giuridico [*Rechtssatz*: possiamo tradurre anche con "proposizione giuridica"], per esempio un articolo del codice civile, in due maniere del tutto differenti, o più esattamente che è anche qualcosa di completamente diverso a seconda dell'impostazione [*Fragstellung*] con cui ci accostiamo a esso»<sup>11</sup>. Una considerazione francamente costruttivistica; per un realista giuridico un esempio evidente di fallacia essere-sapere, di confusione tra ontologia ed epistemologia<sup>12</sup>, per cui un tipo di osservazione sarebbe in grado di modificare l'"essere" della regola. E invece: nel momento in cui qualcuno ha emanato o anche solo formulato in una qualche forma sensibile una regola di comportamento, essa esiste come unità linguistica, e la sua esistenza non muta se è interpretata dall'intelletto del giurista, adoperata da un organo di applicazione, seguita, violata o dimenticata da uno o più individui. Il fatto che noi la pensiamo non dal punto di vista della regolarità empirica, ma «come qualcosa che deve valere»<sup>13</sup>, non le attribuisce un'esistenza ulteriore, un altro e dissimile statuto ontologico. Il senso concettuale della regola giuridica [*der begriffliche Sinn der Rechtsregel*]<sup>14</sup> è appunto solo uno dei modi di pensarla, di assumerla a oggetto della nostra considerazione. Questa osservazione certo produce, o può produrre qualcosa, vale a dire un giudizio su cosa dovrebbe valere dal punto di vista della regola giuridica<sup>15</sup>. Tale attribuzione di significato ha certamente una sua esistenza: è concretamente la produzione della "norma" che si ritiene espressa dalla regola; ma essa è un fatto ulteriore, una circostanza che non modifica l'esistenza (antecedente) della regola giuridica come connessione sensibile di parole.

Weber sceglie di sormontare il problema ontologico, ma con argomenti che paiono a un tempo radicalizzare e rendere ancora più implausibile la sua posizione. Postula così che nelle parole delle regole si celi un senso oggettivo

<sup>10</sup> *GAWL*, p. 346 = *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, p. 329.

<sup>11</sup> *GASS*, p. 477 = *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, p. 474.

<sup>12</sup> Mi servo qui di M. Ferraris, *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 20-30.

<sup>13</sup> *GAWL*, p. 349 = *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, p. 332.

<sup>14</sup> *GAWL*, p. 350 = *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, p. 333.

<sup>15</sup> *GAWL*, p. 348 = *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, p. 331.

logicamente corretto delle stesse, che la loro validità ne esprima in ultima analisi la «verità giuridica» [*die juristische Wahrheit*]<sup>16</sup>. Weber tende a parlare di validità solamente in questa accezione, come senso dogmatico della regola, e non dal punto di vista della sua appartenenza ad un sistema giuridico (d'altra parte non credo che egli dubiti del fatto che quest'altra questione debba essere decisa non logicamente, ma sulla base d'una verifica empirica attorno alla ricorrenza o meno di certi eventi). Concependo la validità come verità giuridica distillata dall'intelletto dei giuristi<sup>17</sup> sarebbe possibile attribuire alla regola un'altra esistenza, un'esistenza puramente ideale, e al contempo anche "superiore". Questa sarebbe l'essere logicamente corretto della regola, il suo senso dogmatico, da impiegare successivamente come tipo ideale nella ricerca empirica: ad esso difatti si possono rapportare, a scopi euristici e classificatori, i processi che si svolgono nella realtà secondo una scala di maggiore o minore purezza (il richiamo al tipo ideale è molto significativo per varie ragioni, come vedremo nell'ultimo paragrafo)<sup>18</sup>. Sarebbe costruita in tal modo la doppia realtà della norma. «La "regola giuridica" [*Rechtsregel*] è nell'un caso una norma ideale inferibile concettualmente, mentre nell'altro è una massima empiricamente constatabile dal comportamento di uomini concreti, che viene osservata più o meno coerentemente e più o meno spesso»<sup>19</sup>.

## 2. Per una scienza storico-sociale del diritto

Come si vede, la fiducia ermeneutica di Weber porta l'autore ancora più lontano, verso un orizzonte quasi tomista verrebbe da dire, ad una forma di pensiero cioè in cui l'essere come verità è anche di più di un'attività mentale di ri-costruzione, è *adaequatio intellectus et rei*, inerisce alla cosa, ne esprime la natura. La verità giuridica sarebbe quella proprietà della regola (Weber parla coerentemente di "norma": coerentemente dal punto di vista, bene inteso, di chi ritiene che una regola esprima una sola norma, quella logicamente corretta) di essere quello che idealmente dovrebbe essere. L'atto conoscitivo del giurista in questo senso non "produce" esistenza, ma la rileva, come esistenza pura della regola-norma, l'esistenza della conformità e dell'adeguatezza. Insomma, dal momento che due punti di vista divarianti non possono logicamente duplicare l'oggetto osservato, l'obiettivo auspicato (due, o anche più, discipline autonome nell'analisi del diritto) è assicurato postulando una duplice

<sup>16</sup> GAWL, p. 347 = *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, p. 330.

<sup>17</sup> GAWL, p. 346 = *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, p. 329.

<sup>18</sup> GAWL, p. 335 = *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, p. 319.

<sup>19</sup> GAWL, p. 348 = *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, p. 331.

esistenza dell'oggetto medesimo, una ideale e l'altra invece empirica: esistere come puro dover essere (*sollen*) ed esistere come regolarità empirica (*sein*).

Ebbene, l'attribuzione ad attività umane come il diritto, l'economia, la lingua anche di esistenze "ideali", appressabili a quella degli enti geometrici o matematici, è altamente problematica. Le regole che si affermano in questi àmbiti sono il risultato dell'esperienza, tendono ad una uniformità auspicabile sulla base di ciò che è stato e di quello che si vorrebbe, e la cui stabilità tuttavia varia molto a seconda del caso che si regola e del contesto temporale e culturale. Con le dovute differenze (in particolare per la possibilità di adoperare la forza per imporre la validità empirica della regola; e meglio della specifica "norma" che si vorrebbe espressa dalla regola) la regola «il verbo intransitivo richiede "essere" quando il participio può adoperarsi come attributo»<sup>20</sup> non differisce sostanzialmente dalla regola «i frutti naturali appartengono al proprietario della cosa che li produce, salvo che la loro proprietà sia attribuita ad altri [, in] quest'ultimo caso la proprietà si acquista con la separazione» (art. 821 cod. civ.). In entrambi i casi la regola si riferisce a esperienze concrete, conferma o innova certi usi, tentando una qualche forma di stabilizzazione con l'obiettivo dichiarato di condizionare i comportamenti successivi delle persone che adoperano la lingua italiana o il diritto italiano.

Queste considerazioni valgono, in primo luogo, ad espungere nella locuzione "norma ideale inferibile logicamente" il qualificativo "ideale": quello che le conferisce il significato più intenso, ma anche più opinabile. L'idea cioè del "dover essere" come esistenza pura, dissepata dal mondo reale. Quello di particolarmente riposto che è possibile percepire nella congiunzione di parole che dà vita ad una regola è al massimo l'intenzione - un fatto psichico dunque - di assicurare ad essa una certa stabilità dinanzi all'evidenza delle oscillazioni delle condotte ("linguistiche" o "normative", vale a dire relative ad una esperienza giuridica). Il "dover essere" in sostanza è semplicemente un obiettivo, più o meno espresso, ma in ogni caso reale (nella forma di un'imposizione, di un programma, di un'aspettativa, di un semplice auspicio, e così via) opposto al dato dei comportamenti in un certo àmbito, di un certo gruppo, e sino a quel momento: vale a dire al momento in cui una regola è posta e cerca di affermarsi. Non c'è qui nessuna esistenza ideale, ma solo il *fatto* per cui è affidato a delle parole il tentativo di influire su determinate condotte, nella consapevolezza, ad esempio, che per certi verbi le possibilità di usi attributivi sono assai oscillanti, oppure che nel caso della regola posta dall'art. 821 cod. civ. sono molteplici i criteri possibili per stabilire lo *ius separandi*. La regola grammaticale o la regola giuridica intervengono in un flusso continuo di esperienze, fissando in forma

<sup>20</sup> Cfr. l'analisi di questa regola in L. Serianni, *Grammatica italiana*, Torino, Utet, 1988, p. 332.

linguistica quello che *si vorrebbe avvenisse* (perché più giusto, corretto, adeguato, e simili) nelle relazioni giuridiche e negli usi linguistici, sul fondamento di un'autorità più o meno efficace e più o meno riconosciuta. Porre una regola è un fatto che si riferisce ad altri fatti, è una sorta di *conatus essendi* che viene ad esistenza nelle condizioni date dalle esperienze precedenti.

Cancellando "ideale" dalla locuzione weberiana neghiamo che la regola abbia un'esistenza separata dal mondo dei fatti, e contemporaneamente liberiamo il termine per l'utilizzazione in contesti più appropriati (come quello della locuzione "tipo ideale"). A questo punto ciò che rimane della formulazione di Weber potrebbe suonare all'incirca così: "la regola è la norma inferibile grazie alle operazioni logiche dei giuristi". Come si vede abbiamo distinto "regola" da "norma" per evidenziare il fatto che, anche presumendo l'identità - alla fine - di regola e norma (come vorrebbe Weber), siamo comunque di fronte ad attività differenti che è bene distinguere concettualmente: quella di "posizione" della regola come enunciato normativo, connessione di parole da parte di un legislatore o di un'altra autorità normativa, e l'attribuzione di significato da parte del giurista. Tale riformulazione ci porta dal problema dell'essere della regola a quello della sua conoscenza. Ebbene: la natura della posizione di regole come fatto chiarisce però che non può trattarsi di una conoscenza di tipo "logico". L'artefice della regola l'ha elaborata, lo abbiamo visto, in relazione ad un complesso di condotte preesistenti, con obiettivi di conferma, cambiamento, innovazione, e simili. La regola istituisce dunque, servendosi di parole, un collegamento molto complesso tra situazioni reali e aspettative, è descrizione e prescrizione, racconto e ragionamento. Ogni regola insomma racchiude una storia talmente ricca da escludere che le sue parole possano esprimere un solo significato, e in particolare di quello logicamente corretto.

A partire da tale circostanza (e frequentemente, invero, anche senza una consapevolezza precisa di tutte le implicazioni di essa), le operazioni conoscitive più diffuse e usitate da parte dei giuristi cd. dogmatici e degli storici del diritto sono volte a ricostruire, con finalità solo descrittive, la "norma" che presumibilmente il legislatore o un'altra autorità normativa aveva previsto per la sua "regola", vale a dire il significato che aveva inteso attribuire all'enunciato. Se il giurista in questione è un normativista, vale a dire un autore convinto che il diritto sia un sistema di norme di origine statale, unitario, coerente e completo, si servirà prevalentemente di un'analisi linguistica volta ad acclarare la norma più vicina a quella effettivamente "voluta" dal legislatore. Muovendo da una visione formalistica e limitata della giuridicità i profitti di scienza di una tale operazione sono incontestabili, ma francamente modesti (si faccia il caso dell'enunciato dell'art. 6 della Dichiarazione del 1789, «tutti i cittadini ... sono ammissibili a tutte le dignità, cariche, pubblici impieghi, secondo la loro capacità, e senza altra distinzione che quella delle virtù e dell'abilità»; con

quell'orientamento il problema sarà ad esempio: cosa avrà inteso la Assemblea costituente con i requisiti di "virtù" e "abilità"?). Se invece si ritiene il diritto sia, come pensano i realisti, il complesso delle *attività* di operatori giuridici in senso molto lato, insieme composito di legislazione, giurisprudenza e dottrina (talvolta non direttamente qualificabile come giuridica), occorrerà un'indagine contestuale decisamente più vasta e laboriosa. Si può anche decidere di iniziare da un legislatore storico e da una specifica produzione normativa; per esempio proprio dall'art. 6 della Dichiarazione francese. Solo che sarà necessario considerare molti altri elementi, oltre a quello della norma "storicamente" più plausibile ricavabile dalla regola: l'elaborazione filosofico-giuridica dei termini e delle questioni chiave della disposizione (volontà generale, democrazia di rappresentanti, uguaglianza nell'accesso alle cariche) a ridosso del 1789, le posizioni originali emerse nella Costituente, il dibattito nell'opinione pubblica, l'efficacia e l'impatto della norma, e così via. Solo una disciplina di questo tipo, orientata in senso storico-sociale, merita la dignità di scienza del diritto. Si tratta, aggiungo, di un modello ricavato dalla meta-giurisprudenza realistica di Giovanni Tarello, intesa da questo autore, appunto, come analisi descrittiva, di tipo linguistico, storico e sociologico, dell'esperienza giuridica (e meglio: del diritto figurato, in maniera antinormativistica, come *cultura giuridica*).

Il riferimento alla cultura giuridica, e cioè ad un "essere del diritto" non incentrato esclusivamente sulla produzione di regole, consente di individuare correttamente il momento in realtà decisivo della giuridicità: quello della interpretazione-applicazione delle regole. L'attività dei giuristi, ed in particolare quella dei giuristi pratici (i giudici e i funzionari in primo luogo, ma anche i cd. dogmatici quando siano mossi da intenti ricostruttivi, pur se talvolta titolati, in buona o cattiva fede, come operazioni di scienza) è produttiva di diritto, quanto e anzi di più di quella del legislatore. Questi in fondo può solo auspicare che nella attribuzione di significati alle regole gli interpreti si attengano alle sue indicazioni più o meno manifeste e più o meno discernibili. Sennonché le vere norme sono quelle concretamente applicate nei procedimenti giuridico-amministrativi, vale a dire i significati attribuiti alle "regole" dai giuristi pratici (ricependo talvolta le indicazioni degli "accademici"). Questa è l'inevitabile conseguenza della distinzione tra "produrre regole" e "produrre norme" (tra enunciati normativi e norme, nel lessico di Tarello<sup>21</sup>). Con l'interpretazione le parole della legge o di qualsiasi altro documento normativo ricadranno inevitabilmente nell'orizzonte linguistico e ideologico di chi applica la regola, e contraddistinto da certi usi linguistici, da peculiari

<sup>21</sup> Si veda G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1974, pp. 389-401; Id., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 61-7

strategie di stabilizzazione e di coordinamento dei significati, da determinate concezioni di valore<sup>22</sup>.

Tiriamo le fila di questa critica al formalismo giuridico weberiano. La scienza giuridica è una disciplina storico-sociale che si occupa di fatti e non di esistenze ideali o di verità. Per tali motivi sarebbe in realtà opportuno disfarsi della locuzione - tipica anche di Weber - “dogmatica giuridica” (*Rechtsdogmatik*)<sup>23</sup>, come uno dei rami (per i giuristi il principale) della conoscenza scientifica del diritto. Non di verità fisse si occupa la scienza del diritto, ma di tentativi concreti, più o meno riusciti e più o meno efficaci, di mettere ordine nell'intreccio delle relazioni umane. Studio dottrinale del diritto andrebbe meglio: per indicare un lavoro da coniugare, beninteso, ad analisi con altri obiettivi, storici, sociologici, antropologici, linguistici, sul ceppo comune d'una scienza avalutativa della realtà sociale del diritto, nella configurazione attuale di esso o in quella posseduta in un passato più o meno lontano.

A questo riguardo, mi siano consentite brevi considerazioni sulla sociologia del diritto in una prospettiva unitaria (“non separatista”, nei termini weberiani). Tale disciplina è in grado di dare un contributo fondamentale agli obiettivi descrittivi di quella scienza giuridica empirica, come studio dell'essere del diritto, che ho appena tratteggiato: obiettivi descrittivi che la “dogmatica” tradizionale non può perseguire da sola. Per riprendere l'esempio di un campo d'analisi comune agli autori più vicini alla mia percezione degli obiettivi della scienza del diritto (Giovanni Tarello, e prima di lui Eugen Ehrlich)<sup>24</sup>: è davvero possibile una conoscenza scientifica del diritto sindacale (ad esempio di quello italiano) affidata alla sola ricostruzione “dogmatica” e sistematica degli elementi normativi di questo diritto? si può descrivere questo frammento di realtà normativa riferendosi esclusivamente agli articoli 39 e 40 della Costituzione, agli articoli 14 e seguenti dello statuto dei lavoratori, alle leggi sullo sciopero? Credo che nessun lavoro “dogmatico” (di alta o mediocre dogmatica) sia in grado di raggiungere un simile obiettivo se non accompagnato da un'analisi sociologica sugli orientamenti dei sindacati in tema - ad esempio - di statuto giuridico delle associazioni sindacali o di efficacia dei contratti collettivi, ovvero sulla utilizzazione-adattamento delle disposizioni

<sup>22</sup> Cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 391 ss., sulla natura non-logica, ma di persuasione e di giustificazione degli argomenti interpretativi.

<sup>23</sup> Si veda ad es. *GASS*, p. 478 = *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, p. 475.

<sup>24</sup> È stato soprattutto Vincenzo Ferrari a sottolineare molto acutamente l'affinità della posizione tarelliana con le teorie di Ehrlich (cfr. *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 68); in effetti l'opera del giurista e sociologo austriaco ha avuto un ruolo importante nello sviluppo di correnti del realismo giuridico americano vicine agli indirizzi metodologici di Tarello.

del codice civile sulle associazioni non riconosciute, o ancora sugli impieghi giurisprudenziali dell'art. 2077 cod. civ. relativamente ai rapporti tra contratti di lavoro; così come, naturalmente, da analisi storiche dedicate, per esempio, alla periodica riproposizione del principio sull'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, alla vicenda della soppressione dell'ordinamento corporativo, ai rapporti tra le confederazioni sindacali e tra queste e il sistema politico. Ripeto: scelgo quest'esempio perché richiama l'applicazione probabilmente più importante della meta-giurisprudenza tarelliana<sup>25</sup>. Ma sono convinto che essa, come una delle espressioni più mature d'una concezione realistica del diritto e della scienza giuridica, potrebbe ancora contribuire ad un rinnovamento degli studi giuridici in ogni settore disciplinare.

Tanto più ampia e solida sarà questa base scientifica, tanto più consapevole sarà la discussione di tipo "valutativo" in ambiti quali la filosofia del diritto (almeno in una delle accezioni di Bobbio, come teoria della giustizia)<sup>26</sup> o la politica del diritto. Poche persone come i giuristi sono così indotte da loro lavoro a riflettere con lo sguardo rivolto al futuro, a quello che si potrebbe o dovrebbe fare per una disciplina più giusta, adeguata o efficace di certe relazioni della vita sociale. Chi avrà la sensibilità maggiormente affinata dalla pratica (e dal confronto tra) di differenti discorsi scientifici del diritto, sarà certamente nella condizione di guardare più lontano, e soprattutto di impegnarsi al meglio nella realizzazione di determinati obiettivi di valore. In questo percorso possiamo ritrovare il Weber che ammiriamo di più: lo studioso in grado di schierarsi «con passione e discernimento» (*Leidenschaft und Augenmaß*)<sup>27</sup> sui grandi temi della politica sociale del suo tempo (le strutture agrarie della Germania orientale, la natura giuridica delle operazioni di borsa, il lavoro nell'industria, l'ordinamento universitario, la riforma dello Stato). A me pare che questo impegno sia stato sostenuto da uno studio della realtà del diritto caratterizzato di fatto, nonostante le intenzioni contrarie manifestate negli scritti metodologici, da una combinazione feconda, e non dalla reciproca separazione, di discorsi scientifici differenti, riuniti dalla consapevolezza sulle implicazioni profonde della storicità dell'esperienza giuridica.

<sup>25</sup> Mi riferisco a *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano, Comunità, 1972<sup>2</sup>.

<sup>26</sup> Cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1977<sup>3</sup>, in particolare il secondo cap. sulle funzioni della filosofia del diritto, pp. 37 ss.

<sup>27</sup> La nota espressione è in chiusura di *Politik als Beruf: Wissenschaft als Beruf. 1917/1919. Politik als Beruf. 1919 (MWG, I-17)*, hg. von W.J. Mommsen-W. Schluchter in Zusammenarbeit mit B. Morgenbrod, Tübingen, Mohr, 1992, pp. 251-2 = *La scienza come professione. La politica come professione*, trad. di Pietro Rossi-F. Tuccari, Torino, Comunità, 2001, p. 113.

### 3. Sul formalismo weberiano

Resta tuttavia la circostanza, persino sconcertante, di un giurista di formazione<sup>28</sup> che diviene poi un classico delle scienze sociali e che tuttavia in tale remutazione non rinnega affatto la sua formazione giuridica, e si schiera anzi, almeno in teoria, con le concezioni più tradizionali, quelle del formalismo della giurisprudenza dei concetti del cd. “primo” Jhering, di Windscheid, di Gerber e di altri autori. E che pare anche concordare con i principi ontologici ed epistemologici affermati dalla “dottrina pura” kelseniana (ma si veda *infra*, sulle differenze tra le due impostazioni).

“Formalismo giuridico” ha almeno tre accezioni<sup>29</sup>. Ebbene la posizione di Weber sembra poter rientrare, almeno in gran parte, in tutti e tre i significati. Formalismo è innanzitutto una particolare figurazione del diritto, quella del diritto come forma: il diritto non si identifica con i contenuti, con la materia, gli oggetti delle diverse regolamentazioni, ma con la doverosità di queste, è un puro dover essere (*sollen*: Kelsen e Weber). Con “formalismo” si indica poi una certa concezione della scienza giuridica: la scienza giuridica è una scienza “normativa”, una disciplina cioè si occupa esclusivamente del dover essere delle norme, e mai di fatti (Kelsen con la dottrina pura del diritto è la versione estrema di tale idea; Weber invece, lo abbiamo visto, sceglie di disgiungere la scienza del diritto in due discipline, una sociologica sulla regolarità empirica delle regole, ed una dogmatico-giuridica volta a rinvenire il senso logicamente corretto delle regole). La locuzione qualifica infine una determinata idea dell’interpretazione giuridica; di solito si fa riferimento all’interpretazione giudiziale, e si presenta il giudice come “bocca della legge” (Montesquieu), vale a dire come un’ autorità dotata di un potere meramente dichiarativo delle norme. In maniera non troppo diversa Weber sembra pensare che il giudice, o in generale l’interprete, dovrebbe essere in grado, se rettamente guidato dalla ragione, di rinvenire la sola (si presume) norma ideale logicamente inferibile dalla regola giuridica. Persino Kelsen, il formalista per antonomasia, è tale solo in relazione al primo ed al secondo significato; per il giurista austriaco difatti la norma del legislatore è unicamente una cornice di significati possibili, all’interno della quale il giudice seleziona la norma del caso individuale.

Come spiegare il formalismo giuridico weberiano? In altri lavori ho richiamato sostanzialmente due ordini di motivazioni<sup>30</sup>; le riporto qui sinteticamen-

<sup>28</sup> Sulla formazione giuridica di Weber si veda il mio *Dalla comunità al diritto moderno. La formazione giuridica di Max Weber: 1882-1889*, Torino, Giappichelli, 1992.

<sup>29</sup> Si veda per tutti G. Tarello *Diritto, enunciati, usi*, cit., pp. 28 ss.

<sup>30</sup> R. Marra, *La libertà degli ultimi uomini. Studi sul pensiero giuridico e politico di Max Weber*, Torino, Giappichelli, 1995, ult. cap. pp. 171 ss.; Id., *Per una scienza di realtà del diritto (contro il feticismo*

te. Vi è innanzitutto un motivo biografico, legato al suo particolare percorso da giurista. Negli scritti metodologici Weber conferma le procedure scientifiche e gli obiettivi della dogmatica giuridica, ma poi, di fatto, non si è mai accostato ad essa da dogmatico; i suoi lavori giuridici (quelli che richiamavo alla fine del paragrafo precedente, ma anche quelli più risalenti della sua formazione accademica) sono sempre partiti da una prospettiva storico-sociale. La sua approvazione deriva da una posizione assunta dall'esterno, abbastanza convenzionale, ma perfettamente comprensibile in relazione ai caratteri degli studi giuridici in Germania dei suoi anni. Un simile atteggiamento emerge soprattutto nel saggio su Stammler; in esso la descrizione dei compiti di una scienza sociale è condotta in concitata polemica con l'autore recensito, noto romanista e filosofo del diritto. Ebbene questi, a giudizio di Weber, sarebbe andato al di là d'una mera considerazione formale della "conformità a leggi", sconfinando dunque in un territorio che non era il suo. Ciò probabilmente avrà indotto Weber a valorizzare l'autonomia delle scienze sociali come discipline empiriche, e a riaffermare d'altra parte le sole faccende di cui il dogmatico – secondo il senso comune del tempo, che Weber non discute, e che qui invero non nemmeno ha l'interesse a fare - dovrebbe occuparsi.

L'altro motivo, anch'esso leggibile nel saggio su Stammler, è più complesso. Weber ritiene probabilmente che la dogmatica sia un buon esempio per mostrare come anche una scienza sociale possa divenire, nel suo apparato teorico, una scienza formale, elevarsi a sapere nomotetico, orientato all'edificazione di un sistema di leggi generali. Ed è indubbio che la scienza giuridica dell'Ottocento abbia rivelato a Weber, almeno in apparenza, capacità notevoli in questo senso. Penso in sostanza che la duplicazione della scienza giuridica tra una prospettiva (individualizzante) storico-sociologica ed una invece generalizzante, volta alla costruzione *more geometrico* di scale o piramidi concettuali secondo le regole della logica formale, possa aver avuto per Weber un significato polemico: provare, contro Dilthey principalmente, che non è l'oggetto dell'indagine, bensì l'obiettivo di essa, a distinguere le scienze storico-sociali dalle scienze naturali. Ma questo riproponendo del tutto acriticamente l'immagine più tradizionale della dogmatica come scienza di concetti, e chiudendo quindi la strada a ogni tentativo di qualificazione unitaria della scienza giuridica come disciplina storico-sociale.

In un recente e importante contributo, Hubert Treiber ha argomentato in maniera più approfondita e con gran copia di preziosi riferimenti testuali sulle affinità che Weber intravede tra la giurisprudenza concettuale e la costruzione del tipo ideale<sup>31</sup>. Tale strumento fondamentale della sociologia

giuridico), in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXVIII, 2008, pp. 344-46.

<sup>31</sup> Max Weber e Eugen Ehrlich. Il carattere di Giano bifronte della costruzione weberiana del tipo ideale nella

comprendente è un'astrazione, una creazione del pensiero che nella sua purezza concettuale non si trova mai nella realtà. E invero lo abbiamo visto nel saggio su Stammler, il senso dogmatico della norma è qualificato da Weber come un tipo ideale, da utilizzare poi nella ricerca empirica come un distillato di "verità giuridica ideale" sul quale misurare gli scostamenti più o meno significativi dell'agire giuridico nella vita reale. E nella medesima direzione si legga ancora: «il sistema concettuale giuridico "Stati Uniti" costituisce una formazione concettuale puramente ideale [*ein rein ideales Gedankengebilde*], ossia qualcosa che nella vita non ha, in quanto tale, alcuna esistenza empirica»<sup>32</sup>.

Nella dogmatica giuridica la formulazione di concetti è il compito (in fondo: *tutto* il compito) della prestazione scientifica: concetti che servono al coordinamento del senso "oggettivo" (logicamente corretto) delle regole giuridiche così da poter asseverare "scientificamente" ciò che dovrebbe valere per l'ordinamento giuridico. S'intravede qui la vera, grande differenza rispetto a Kelsen. Per Weber il pensiero concettuale si lega indissolubilmente alla ricerca idiografica, ed è poi rispetto ad essa sostanzialmente strumentale e subordinato. L'apparato concettuale è solo una stazione di passaggio verso la comprensione dell'individuale, che è poi la finalità propria della ricerca storico-sociale. Il contrario di quanto ritenuto da Kelsen quando elabora il postulato "separatista" weberiano: la sociologia del diritto non è una disciplina giuridica perché si occupa esclusivamente di fatti, ed in particolare dei comportamenti determinati dal diritto; e non è solo distagliata dalla scienza del diritto, è anche ancillare nei confronti di questa; quando infatti deve servirsi di concetti quali "Stato", "ordinamento giuridico", "sanzione" e simili non può che fare riferimento alle elaborazioni della dogmatica.

Tutto ciò riconosciuto, rimane la circostanza segnalata da Treiber. Quando è stato il momento, negli scritti metodologici, di riferirsi ad una forma di pensiero "ideale", precisamente nel senso di "astratto", "non reale", Weber si è servito del grado più alto di sublimazione logica e di rigore deduttivo conseguito dal pensiero giuridico grazie alla giurisprudenza dei concetti. Appunto, l'operazione intrapresa dai giuristi dogmatici nel disnodare la verità giuridica ideale delle regole è sembrata rappresentare un valido modello per ciò che lo scienziato sociale dovrebbe fare quanto ha da costruire il suo armamentario di tipi ideali.

Senonché, fa rilevare sempre Treiber, Weber adopera il qualificativo "ideale" anche in un'accezione valutativa, nel senso di "esemplare", "perfet-

*sociologia del diritto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXIX, 2009, pp. 141-157.

<sup>32</sup> GASS, p. 479 = *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, p. 476.

to”, “migliore”. Parlando ad esempio del Cristianesimo medioevale nel grande saggio sulla «Oggettività» conoscitiva – riporta Treiber - Weber constatata come facilmente delle costruzioni tipico-ideali possano essere utilizzate nella vita reale con quei diversi significati:

[Le formulazioni tipico-ideali] si propongono di solito di essere, oppure sono inconsapevolmente, tipi ideali non soltanto in senso *logico*, ma anche in senso *pratico*: sono cioè tipi *esemplari* che [...] contengono ciò che il Cristianesimo deve essere secondo la convinzione dell'autore, ciò che in esso è per lui «essenziale» *perché fornito di valore permanente* [...]. In questo significato, allora, le «idee» non sono naturalmente più puri strumenti *logici*, non sono più concetti a cui la realtà viene *commisurata* comparativamente, bensì ideali in base ai quali essa è *giudicata* valutativamente<sup>33</sup>.

Ciò che è perfettamente legittimo da parte dei soggetti praticamente coinvolti nelle più varie relazioni sociali, vale a dire giudicare e valutare, non dovrebbe invece essere ammesso allo studioso. Il suo obiettivo è solo quello di comprendere un certo fenomeno, e non di prendere posizione. Sennonché, ammette Weber, può avvenire che per determinate materie egli sia indotto, per così dire, in tentazione. Ebbene è quanto è avvenuto, a giudizio Treiber, nella considerazione weberiana del pensiero giuridico formale. Esso ha rappresentato per Weber un vertice non solo dal punto scientifico, ma anche da quello politico. Nelle pagine finali della *Rechtssoziologie*, ricordate all'inizio, contro Ehrlich e contro tutte le posizioni favorevoli al “libero reperimento” del diritto da parte dei giudici, Weber sostiene con preoccupazione che «la precisione tecnico-giuridica del lavoro, quale si manifesta nelle motivazioni delle sentenze, sarà seriamente pregiudicata se il ragionamento sociologico ed economico o etico subentrerà ai concetti tecnico-giuridici»<sup>34</sup>. E Treiber, meritoriamente, riporta altri luoghi dell'opera weberiana in cui nuovamente la legalità formale è considerato il valore più importante da tutelare contro le pretese “creatrici” di giudici e funzionari, potenzialmente foriere di arbitrio e illibertà<sup>35</sup>. È questa la terza, e forse più importante, ragione della difesa weberiana del formalismo giuridico (di quello interpretativo, in modo parti-

<sup>33</sup> M. Weber, *Die «Objektivität» sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, in *GAWL*, p. 199 = *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, in *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, pp. 194-5.

<sup>34</sup> *Wirtschaft und Gesellschaft*, p. 512 = *Economia e società*, III, p. 200.

<sup>35</sup> Cfr. *GASS*, p. 480 = *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, p. 478; «Energetische» Kulturtheorien, in *GAWL*, p. 419 = *Teorie «energetiche» della cultura*, in *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, p. 408.

colare). Weber contravviene insomma alla “sua” prescrizione di avalutatività in contesti a volte palesemente “non legittimi”, all’interno cioè di analisi che dovrebbero essere esclusivamente scientifiche.



Werner Gephart, **La passione di Max Weber** (2006), Pastell-collage, 77x53 cm  
*la voce della passione è migliore di quella della ragione/ poiché gli impassibili non sanno cambiare la storia* (Czesław Miłosz).