

**Eugen Ehrlich e Hans Kelsen:  
una controversia sulla sociologia del diritto**

Agostino CARRINO

Università di Napoli

Working Paper n.79  
Barcelona 1993

"Ogni interpretazione scientifica, sociologica, è storica"

Eugen Ehrlich

Anche se Eugen Ehrlich può essere considerato, insieme con Emile Durkheim e Max Weber, uno dei pionieri della sociologia del diritto (1), il suo nome resta ancora legato, specialmente nella cultura giuridica italiana, alla famosa (e per certi aspetti famigerata) critica che Hans Kelsen scrisse contro di lui nel 1915 (2). Certo, non si può dire, come ancora Manfred Rehbinder scriveva vent'anni or sono, che "anche il nome di Eugen Ehrlich, il fondatore della sociologia del diritto, è estraneo" alla cultura giuridica (3), ma è certo che l'influsso di Ehrlich è stato per lungo tempo minimo nella scienza sociale e che, sia in Germania sia in Italia, la sua importanza è stata misconosciuta, mentre, paradossalmente, le sue opere riscuotevano ampio successo in paesi come gli Stati Uniti d'America e il Giappone (4). La sociologia del diritto, in Italia, si è negli ultimi anni ampiamente sviluppata, sia grazie al diffondersi della metodologia empirica e delle ricerche "sul campo" sia grazie all'approfondimento delle questioni metodologiche connesse allo statuto epistemologico di questa disciplina. Ciò non ostante, manca ancora uno studio approfondito ed esaustivo della complessa figura e dell'opera, assai ricca, di Ehrlich nel quadro della cultura del suo tempo, essendo il libro di Rehbinder, pur pregevole, sostanzialmente una biografia e un'esposizione degli scritti. Nella letteratura italiana vanno però segnalati gli scritti critici di Alberto Febbrajo, al quale va appunto riconosciuto il merito di aver introdotto la sociologia giuridica di Ehrlich (5) nel nostro paese.

Eugen Ehrlich (6), di origini ebraiche come il suo antagonista Hans Kelsen, era nato a Czernowitz, nella Bucovina, oggi parte della Repubblica Ucraina (ex sovietica), il 14 settembre 1862. Influenzato fortemente da Bernhard Windscheid, si abilitò in diritto romano. Avvocato, fu chiamato come professore straordinario nell'Università di Vienna il 5 novembre 1896 e come ordinario di diritto romano, il 23 gennaio 1900, presso la Real-Imperial Università di Czernowitz, della quale fu poi anche Rettore negli anni 1906-1907. Manfred Rehbinder, al quale molto si deve per la riscoperta di Ehrlich, si diffonde su vari aspetti della biografia dello studioso nel suo libro del 1967, al quale occorre rinviare il lettore.

Ciò che è importante sottolineare è che la vita nella Bucovina, lontana provincia dell'Impero austro-ungarico, consentiva a Ehrlich di porsi lo stesso problema che, in fondo, agitava a Vienna Hans Kelsen, pure di vent'anni più giovane di Ehrlich: qual è il rapporto tra il diritto formalmente valido e le relazioni reali di vita di popoli tanto diversi (in Bucovina coabitavano tedeschi ed ebrei, russi e rumeni, zingari e slovacchi e molte altre nazionalità)? Qual è il rapporto tra *unità* e *molteplicità* nel diritto? Com'è possibile che una tale molteplicità reale sia una *unità* (giuridica). Come è possibile che una tale unità -il diritto dell'Impero austro-ungarico- sia, non ostante il suo essere diritto uno ed unitario, una diversità sociologica? Lo stesso interrogativo muove, sin dall'inizio, Ehrlich e Kelsen, ma le risposte, come

vedremo, saranno *radicalmente* diverse. Ehrlich parte dalla *vita* del diritto, mentre Kelsen, pur avendo ben presenti al proprio spirito i contrasti e le differenze della realtà sociale, si pone come problema prioritario non la lacerazione della vita reale ma quello della *unità* delle forme giuridiche, anche se questo problema, a ben vedere, è poi anch'esso un problema della vita, *nella* quale è sia l'unità sia la molteplicità. Ehrlich è affascinato dalla pluralità dell'esperienza giuridica concreta, è, in un certo senso, un uomo di frontiera; Kelsen è un uomo del "centro", che vede "da Vienna" -e quindi da lontano- il pulsare della realtà sociale, mentre l'altro è tutto dentro la polvere e i colori della provincia. Non solo la concretezza dell'esperienza giuridica, ma la concretezza del presente, dei qui e dell'ora, muove la riflessione di Ehrlich alle prese con realtà sociali diverse e pure tutte coeve: come osserva Rehbinder, per il sociologo del diritto la ricerca empirica della vita giuridica deve servire alla ricerca delle sue leggi immanenti "nel presente", fino a farsi "moderna teoria del diritto" che possa essere d'ausilio per una politica del diritto (7).

*La Grundlegung der Soziologie des Rechts*, l'opera sociologica di Ehrlich più nota, che esercitò -come ha osservato Dias- "un potente influsso nell'indurre i giuristi ad abbandonare le preoccupazioni puramente astratte e ad affrontare i problemi e i fatti della vita sociale" (8), è il risultato di anni di ricerche empiriche svolte sulla vita della gente della Bucovina (ma non solo di quella) e di studio comparato. La sua tesi fondamentale è formulata nella prefazione al libro: "Si afferma spesso -scrive Ehrlich- che un libro dovrebbe essere tale che il suo significato possa riassumersi in una sola frase. Se si dovesse sottoporre il presente lavoro ad una simile prova, la frase suonerebbe all'incirca così: 'Anche nel tempo presente, come in ogni altra epoca, il centro di gravità dello sviluppo del diritto non si trova nella legislazione, né nella scienza giuridica, né nella giurisprudenza, ma nella società stessa' (9). Questa tesi è il risultato non solo di analisi empiriche svolte nelle zone di confine dell'Impero austro-ungarico, ma rappresenta anche il risultato di una vasta ricerca storico-giuridica. Per certi aspetti, anzi, va detto che Ehrlich perviene ai suoi risultati sociologici innanzi tutto per via storiografica: è la storia (la storia del diritto) alla base della sua sociologia giuridica.

In effetti, la sua sociologia del diritto come "scienza pura" è una sociologia storica, che impiega il materiale empirico esistente come banco di prova di analisi storiche. Il presente deve servire a confermare i risultati della ricerca storica. Ehrlich, come sottolineava già Sinzheimer (10), interpreta anche la Scuola storica (Savigny, Puchta) come una sociologia: "già i fondatori della Scuola storica hanno portato la scienza giuridica sulla via della sociologia. Ciò che essi hanno inteso per storia del diritto non era molto diverso da ciò che noi oggi chiamiamo sociologia. Storia e sociologia sono almeno in parte scienza complementari: una buona parte del suo materiale la sociologia la riceve dalla storia. Una esposizione sociologica del diritto su basi storiche è una esposizione del diritto nel contesto sociale, di come il diritto è risultato dalla evoluzione storica della società" (11). E ancora: "Quando Savigny e

Puchta parlano del nesso organico del diritto con l'essenza e il carattere del popolo o della nazione, essi intendono per popolo o nazione (...) la società. La società sono le classi, i ceti, le professioni, attraverso il cui influsso (...) economico o spirituale è sorta la proposizione giuridica" (12). È importante tenere a mente questo dato -che del resto si comprende se ricordiamo che Ehrlich era innanzi tutto uno storico del diritto romano-, se vogliamo capire la radice del rifiuto Kelseniano della sociologia di Ehrlich, sopra tutto la radicale *incomprensione* che Kelsen mostrerà nei confronti dell'opera sociologica di Ehrlich. In effetti, ciò che si oppone nella controversia tra Ehrlich e Kelsen sono due visioni del mondo: la prima, quella del sociologo, attento alla concreta esperienza umana così come si manifesta sul terreno della storia; la seconda, quella del normativista Kelsen, che si chiude alla prospettiva storica per sviluppare una scienza giuridica puramente deduttiva (13). *Storia e ragione* sono così i due poli dialettici di una polemica altrimenti incomprensibile. Storia e ragione delimitano allora anche l'ambito di due discipline: la sociologia del diritto e la filosofia del diritto. La sociologia del diritto, scrive Ehrlich, si occupa del "diritto che è", la filosofia del diritto, del diritto "come deve essere" (14). La prima, allora, diventa anche una sociologia delle idee e dei concetti giuridici e si pone il compito di indagare qual è il ruolo e il posto della stessa filosofia del diritto nell'ambito del mutamento sociale. La filosofia del diritto si trasforma, quindi, in fatto che può essere oggetto dell'analisi empirica (della sociologia del diritto): "Se la filosofia del diritto ha realmente influito sulla formazione del diritto, e ciò è accaduto di frequente, questo è un fatto sociale, cui il sociologo non può sottrarsi: egli deve osservarlo e indagarne le cause e gli effetti" (15). Da questo punto di vista, la sociologia del diritto di Ehrlich si dimostra, a mio avviso, attuale, se è vero che proprio di recente gli studi critici del diritto hanno messo in evidenza come la sociologia giuridica debba avere a suo oggetto (tra l'altro) le idee giuridiche, come la sociologia, del diritto non possa limitarsi al compito (pure imprescindibile) di analizzare empiricamente la realtà sociale contemporanea nei suoi vari ambiti (sociologia delle professioni ecc.), ma debba mettere alla prova sul presente una ricerca di sociologia delle idee che necessariamente si fonda sulla ricerca storica. Ricerca storica, studi storico-comparativi ed analisi empirica (critica) si fondono -penso qui agli studi di Robert Gordon, di Roberto Unger, di Morton Horwitz ed altri esponenti della sociologia giuridica "critica" americana (i così detti *Critical Legal Studies*) (16)- in una dottrina che proprio perciò diventa feconda anche dal punto di vista pratico.

Naturalmente, il rapporto tra sociologia del diritto e filosofia del diritto è anche un rapporto di netta distinzione; anzi, proprio la precisa consapevolezza che analisi empirica e discorso di valore vanno distinti consente di impiantare una sociologia del diritto come sociologia della filosofia del diritto (o delle idee giuridiche). Il problema di come il diritto deve essere ricade "al di fuori del campo della sociologia, in quanto questo non può né essere descritto secondo un metodo scientifico né essere dimostrato" (17).

Ma qual è il rapporto tra la sociologia della filosofia del diritto e la sociologia dell'idea di giustizia, propria di Kelsen in una fase successiva alla sua polemica con Ehrlich e messa in rilievo, in Italia, da Renato Treves (18)? Le due analisi non devono essere confuse; non è questa la sede per spiegare in dettaglio cosa intende Treves con l'espressione "sociologia dell'idea di giustizia", ma indubbiamente in Kelsen, così come interpretato da Treves, si tratta di una sociologia della soggettività, cioè di una sociologia delle *rappresentazioni* che gli esseri umani si fanno, di volta in volta, della giustizia. Questo tipo di sociologia non si identifica direttamente con la sociologia delle idee giuridiche cui ho fatto riferimento sopra, anche se quest'ultima può, in una sua direzione, coincidere con la sociologia dell'idea di giustizia kelseniano-trevesiana. Il riferimento da me fatto va più in una direzione strutturalistica (se è ancora possibile usare questo termine) che meramente soggettivistica. Il problema è di analizzare empiricamente (ed una sociologia che non faccia uso di una metodologia empirica non potrebbe essere tale) la struttura profonda delle idee giuridiche, superando la dicotomia vetero-marxista tra struttura e sovrastruttura. È esattamente ciò che hanno fatto (o stanno tentando di fare) i Critici americani del diritto, i quali colgono nelle idee giuridiche delle potenti forze sociali oggettive al lavoro nella struttura storica della società capitalista.

Non è però questa la posizione di Ehrlich, anche se vi sono nella sua sociologia alcune idee che possono essere considerate come precorritrici della impostazione dei Critici americani (non è un caso, infatti, che alla base della sociologia critica del diritto in America vi sia un movimento come il realismo giuridico, che a sua volta deve molto alla scuola del diritto libero, di cui Ehrlich fu tra i fondatori e principali esponenti (19)). In modo particolare, l'idea che Ehrlich ha della società da cui sorge il diritto è un'idea processuale (storica), che intende spiegare non solo il "diritto vivente", ovvero la società con le sue proprie norme giuridiche, ma anche quella particolare forma del diritto che è la "proposizione giuridica". Ehrlich non sostiene, infatti, che la "proposizione giuridica" non sia diritto, ma solo che si tratta, qui, di una forma particolare del diritto, sorta "relativamente tardi" per scopi del tutto determinati e in conseguenza di un particolare processo sociale (20). Essa è legata, in modo particolare, alla elaborazione di diritto da parte dei giuristi e successivamente alla creazione di diritto da parte dei giudici. Lo Stato può creare diritto (21), ma non crea tutto il diritto, bensì solo quella parte che viene per l'appunto espressa in "proposizioni giuridiche" (22). Ciò avviene specificamente in età moderna, appunto con la nascita dello Stato: "Lo Stato produce diritto quando con i suoi mezzi di coazione -in definitiva sempre militari- crea istituzioni e dà loro una regolazione giuridica" (23). Il diritto, per Ehrlich, costituisce sì una unità, "ma non una unità di proposizioni giuridiche. Le proposizioni giuridiche formano una unità solo nel contesto della società nella quale operano" (24). Già qui noi possiamo cogliere il nocciolo della controversia tra Kelsen e Ehrlich, cioè la separazione tra Stato e diritto in Ehrlich e la loro identificazione in Kelsen. Se Stato e diritto sono la stessa cosa, è evidente che lo Stato non può mai "produrre" diritto come entità differente da se

stesso: lo Stato è il diritto, il complesso delle norme che regolano il comportamento dei sudditi o dei cittadini. In altri termini, Kelsen coglie la radicale novità dello Stato moderno, che soppianta -sia pure gradualmente- ogni forma di diritto che non sia riconducibile allo Stato stesso, ogni diritto consuetudinario e anche ogni diritto dei giuristi. Così il problema della separazione di essere e dovere appare, se si approfondisce la posizione complessiva di Kelsen, anche il risultato teorico dell'analisi di un processo storico, un punto, questo, di regola tralasciato dagli interpreti di Kelsen. In effetti, le premesse della critica kelseniana a Ehrlich (25) sono state già poste nel primo libro dei suoi *Hauptprobleme*, dove si legge: "al tempo del dominio del diritto consuetudinario la questione cosa è di diritto, cosa *deve* accadere in un caso concreto, si identificava, per lo meno materialmente, con la questione relativa a che cosa accadeva di regola, a che cosa veniva effettivamente fatto. Poiché per il diritto -come per la morale- non c'era una determinazione oggettiva di ciò che doveva essere, il giurista, cioè colui che aveva il compito di risolvere le questioni giuridiche o di infliggere le conseguenze dell'illecito, doveva necessariamente tenere il suo sguardo sempre fisso all'uso giuridico, vale a dire a ciò che nel suo tempo soleva essere realmente fatto come diritto o accadeva da tempo immemorabile come tale, così come faceva il grammatico per quanto riguarda l'uso linguistico. Il nesso tra diritto vigente -cioè quel diritto che era stato postulato giuridicamente nel momento presente e per il futuro prossimo- e sviluppo storico del diritto -vale a dire ciò che da lungo tempo era di fatto consuetudine giuridica- era così stretto che non vi fu alcun bisogno di una separazione della ricerca storica del diritto dalla considerazione dogmatica del diritto, di una distinzione tra i metodi delle due discipline -della prima, esplicativa, e della seconda, normativa-; la considerazione storica del diritto rispondeva anche alle esigenze della dogmatica, anche se solo questa considerazione dava però una risposta soddisfacente alla questione dogmatica di cosa è di diritto" (26).

Ehrlich distingue tre tipi di diritto: il diritto sociale primario, il diritto secondario dei giuristi e il diritto secondario dello Stato. Il diritto sociale, fondato sullo sviluppo sociale, contiene i precetti giuridici rilevanti e fondamentali per il comportamento degli esseri umani e sorge autonomamente dai fatti del diritto (27) (uso, dominio, possesso, dichiarazione di volontà) come norma di azione che struttura il gruppo sociale. La possibilità della violazione dell'ordinamento primario di pace porta ad esistenza un ordine funzionalmente differente dal diritto sociale primario, cioè il diritto dei giuristi. Questo consiste essenzialmente di norme di decisione (28) indirizzate ai tribunali (il tribunale è in Ehrlich ogni "terzo", non necessariamente il tribunale statale). Esso non serve primariamente alla formazione della vita dei gruppi sociali, ma alla loro salvaguardia. Il diritto statale, il terzo gruppo di precetti giuridici, "deriva dallo Stato, ma non tanto per la forma, quanto per il contenuto: esso è un diritto che è sorto unicamente attraverso lo Stato e che non potrebbe esistere senza lo Stato, quale che sia la forma in cui esso sorge" (29). È in definitiva l'ordinamento coercitivo dello Stato, che si manifesta nel diritto organizzatorio statale e nel diritto di protezione

per la vita sociale e che contiene nella sostanza quelle che Ehrlich chiama "norme di intervento" (*Eingriffsnormen*) e che oggi chiameremmo norme amministrative.

Questi tre complessi di norme si trovano tra di loro in un processo di scambio e formano nel loro insieme il "diritto vivente", che, nella definizione di Rehinder, costituisce "un diritto sociale ad un livello superiore, cioè influenzato dalla reazione al diritto dei giuristi e al diritto statale" (30). Questa concezione del diritto vivente merita di essere approfondita in rapporto alla concezione di Roscoe Pound della "law in action" (31); non è mancato, infatti, chi ha visto nella teoria di Ehrlich un *pendant* della dottrina di Pound<sup>1</sup> (32): "Pound -ha scritto per esempio Zeigert- diffuse l'idea di una possibile "giurisprudenza sociologica" e il libro di Ehrlich non poteva non provare che egli pensava lungo esattamente le stesse linee" (33). E ancora: "Ehrlich individua la via per l'ingegneria sociale di Pound (...) Il retroterra ideologico di Ehrlich e il suo spirito ottimistico per quanto riguarda gli auspici della moderna scienza giuridica sono esattamente quelli propri di Pound nei suoi scritti (34). Ma persino negli strumenti concettuali, secondo Zeigert, Ehrlich e Pound condividevano posizioni simili: "La famosa distinzione tra il 'law in books' e il 'law in action' corrisponde alla coppia di opposti ehrlichiana '*Rechtssatz*' (proposizione giuridica) e '*Rechtsleben*' (vita del diritto)" (35).

Questa equazione tra Pound e Ehrlich è stata fortemente criticata da David Nelken, la cui critica merita di essere segnalata. Nelken interpreta la posizione di Pound come un tentativo di definire il diritto in termini di "controllo sociale" adeguato alle modificazioni sociali intervenute nel tessuto della società moderna e ciò sulla base di una concezione epistemologica pragmatistica. Pound considerava il diritto in termini di "scopo", appoggiandosi sia sulla teoria di Jhering sia sulle nuove concezioni sociologiche americane (Ross, Small e Ward): "Il diritto era considerato come uno strumento che poteva essere usato per risolvere problemi sociali (...) come un metodo di 'controllo sociale'. La crescita industriale e le dimensioni sempre più ampie delle città avevano portato ad un rapido mutamento sociale e ad una disorganizzazione della società; il declino dei controlli basati sui gruppi primari e sulle tradizioni religiose avevano portato ad un vuoto che doveva essere riempito dal diritto. Il diritto serviva come uno strumento di ingegneria sociale nel senso che esso poteva aiutare a prevenire e risolvere i conflitti sociali con il minor spreco e la maggiore efficacia. Con questi scopi in mente, era essenziale definire il diritto in termini di efficacia" (36). In Ehrlich, al contrario, secondo Nelken, il diritto, più che uno strumento di ingegneria sociale, era visto come un risultato dei processi sociali e del mutamento sociale, perdendo, in tal modo -aggiungo io-, quella dimensione normativa (sia pure "corretta") che non può essere persa di vista da nessuna considerazione del diritto, nemmeno da quella sociologica (37). Il diritto diventava così un aspetto della vita economica e sociale: "Dietro il 'diritto vivente' stavano le sempre attive relazioni di dominio, possesso e contratto e le mutevoli esigenze della produzione e del consumo collettivi. Erano queste relazioni che creavano le relazioni

giuridiche di possesso, proprietà, eredità, contratti e diritto di famiglia. Dovunque Ehrlich insisteva sulla importanza delle forze sociali e degli sviluppi sociali come "l'influsso principale sul 'diritto vivente' in rapporto alle mere imposizioni legislative e giurisdizionali" (38). Detto in altri termini, la posizione di Ehrlich è quella propria di una sociologia del diritto (non ostante la sua posizione puramente scientifico-teoretica, non vi è dubbio che Ehrlich fu uno dei primi esempi di sociologo "sul campo", indagatore della concreta realtà giuridica con metodologie empiriche), mentre Pound è dentro una visione sociologica della giurisprudenza, dentro, appunto, una *giurisprudenza sociologica*. Ehrlich vuole una sociologia del diritto come scienza "pura"; Pound vuole riflettere sociologicamente sul diritto al fine di intervenire praticamente e decisionalmente sulla configurazione complessiva dell'attività del legislativo adeguata ai mutamenti sociali intervenuti nella struttura socio-economica tra Otto e Novecento. La definizione delle norme giuridiche come strumentali a fini determinati socialmente non rende ragione della dimensione propriamente sociale delle norme stesse, del loro essere espressione di modelli di comportamento socialmente rilevanti. Per Pound, norme giuridiche sono quelle "sostenute" dallo Stato, mentre per Ehrlich le norme hanno una loro "vita" autonoma, che non può essere ricondotta alla volontà dello Stato. D'altra parte, le idee di Pound sono ancora impregnate di individualismo metodologico e di una visione liberale della società e dello Stato, mentre Ehrlich sembra attribuire un "plusvalore" alla comunità rispetto al mero aggregato di individui, alla organizzazione e ai rapporti sociali "naturali": "L'organizzazione è la regola che assegna ad ogni individuo la sua posizione e la sua funzione". La concezione di Ehrlich è in qualche modo sempre una concezione che privilegia la filosofia del diritto, cioè il comportamento effettivo e pacifico all'interno di un gruppo sociale; il diritto vivente non è in competizione con le proposizioni giuridiche del diritto formale, ma l'uno e l'altro segnalano due stadi diversi della realtà giuridica e non per questo l'uno deve adeguarsi all'altro, come accade invece nella visione promozionale di Pound. Norme di decisione e diritto vivente, osserva a questo proposito Nelken, "non erano necessariamente in competizione, perché essi trovavano applicazione a differenti condizioni. La necessità di 'norme di decisione' sorge solo in casi di dispute e di conflitti, mentre il 'diritto vivente' prevale in circostanze normali" (39).

L'interesse di Ehrlich per la "fisiologia del diritto", per le regolarità sociali di contro ai fenomeni patologici della così detta devianza e della conseguente applicazione della sanzione appare chiaramente innanzi tutto nella critica di Ehrlich all'idea secondo cui il diritto si componga di proposizioni giuridiche (*Rechtssätze*). "La *Lex Salica Francorum*, nelle sue innumerevoli previsioni, conteneva tutte le proposizioni giuridiche esistenti presso i Franchi Sali. Se però confrontiamo ciò che Brunner, nella sua storia giuridica, dice sul diritto dei Franchi, troviamo che di questo solo una piccolissima parte è stata tratta dalla *Lex Salica*: la più gran parte riposa su indicazioni in opere storiche, documenti ed altre fonti. Solo una piccolissima parte, quindi, del diritto dei Franchi era racchiuso in proposizioni giuridiche" (40). E così

anche, dice altrove Ehrlich, se vogliamo conoscere la "costituzione" del nostro diritto agrario, le proposizioni giuridiche "positive" non sono sufficienti: essi ci presentano un diritto agrario dai contorni vaghi, nebulosi, indeterminati: "chi vuole imparare a conoscere la reale costituzione agraria, deve necessariamente studiare i rapporti effettivi che scaturiscono da contratti, divisioni di eredità e consuetudini" (41). Il funzionamento ordinato e regolare dell'organismo sociale, il concreto, pare dire Ehrlich, viene sempre prima dell'astratto: "Lo Stato è più antico del diritto statale, le proposizioni giuridiche del diritto matrimoniale e familiare presuppongono l'esistenza del matrimonio e della famiglia. Le proposizioni giuridiche che regolano il possesso non si sarebbero potute sviluppare senza un certo ordinamento del possesso, né quelle relative ai contratti prima che i contratti corrispondenti fossero stati conclusi; gli esseri umani hanno ricevuto per secoli patrimoni, prima che le regole delle successioni venissero formulate" (42). Lo sviluppo di questi vari ordinamenti "riposa sul movimento interno della società ed è essenzialmente indipendente dallo Stato" (43).

Da questa sottolineatura della centralità del "concreto" rispetto all'"astratto" scaturisce una tematica che merita di essere approfondita, quella della "costituzione", della *Verfassung*. Le proposizioni giuridiche dei codici non restituiscono mai la "costituzione" di un rapporto giuridico, di un determinato ambito vitale del diritto. Cos'è allora, in Ehrlich, "costituzione"? Per costituzione credo si debba intendere una dimensione reale, effettiva, preesistente ad ogni posizione convenzionalista del diritto e, nella sua struttura, *ordinata*. Se approfondiamo il tema, potremmo arrivare facilmente alla conclusione che la sociologia "armonicistica" (44) del diritto di Ehrlich presenta notevoli somiglianze con la sociologia reazionaria francese, dei Maistre e dei Bonald, benché Sinzheimer abbia preferito vedere in Stahl uno degli antecedenti filosofici di Ehrlich. Anche nei teocratici della contro-rivoluzione, infatti, la costituzione è qualcosa di "esistenziale", indipendente da ogni momento convenzionale e perciò scritto. Legittimità e scrittura, anzi, si contrappongono. Il problema della legittimità in Ehrlich non è mai stato studiato, ma esso merita, a mio avviso, almeno un cenno, perché può riportarci facilmente ad un discorso a me caro, quello del rapporto tra diritto (e/o Stato) e concezioni del mondo. Certamente, Ehrlich può apparire, in una prospettiva di questo genere, un pensatore conservatore: il richiamo alla costituzione "esistenziale" di un determinato rapporto giuridico può essere, per analogia, esteso a tutto l'ordinamento giuridico. Ed è l'ordinamento giuridico del gruppo sociale che appare allora fondato "esistenzialmente" su una costituzione non scritta, ma vivente nella effettiva regolazione (fisiologia) dei rapporti del gruppo e dei gruppi che formano poi la società. Per Ehrlich come ha osservato Binder, "il diritto non è perciò coercizione, bensì *'ordine'*" (45). La regolazione è sociologicamente, in questo senso, l'esistenza stessa della società o del gruppo sociale, che non dipende, quindi, dalla pena o dalla esecuzione giudizialmente irrogate o comunque dalla minaccia della sanzione: "Per la verità si considera di regola la coazione come essenziale al diritto; ciò, però, riposa su una confusione. Non si danno in generale regole sociali senza

una certa coercizione, cioè senza l'idea che l'osservanza è legata ad un vantaggio, l'inosservanza ad un danno. La morale, i costumi, l'educazione sono pieni di quest'idea quanto il diritto. Quando si parla di coazione giuridica si intende il tipo di coazione che è peculiare alla norma giuridica, la coazione penale e dell'esecuzione, principalmente quella statale. Questa, però, manca del tutto al diritto per lunghi periodi di sviluppo e viene anche oggi sopravvalutata nella sua importanza" (46). Nessuna legge contro l'usura, osserva ancora Ehrlich, impedisce il fiorire dell'usura, se ve ne sono le condizioni (47), condizioni che provengono direttamente dalla struttura del gruppo, dalla "costituzione" del gruppo. La proposizione giuridica è in Ehrlich qualcosa di simile alla costituzione scritta degli Stati moderni com'è vista dagli scrittori reazionari, una superfetazione rispetto alla costituzione non scritta che vive nella realtà concreta del gruppo o del popolo (Maistre avrebbe detto: della nazione). Il diritto non dipende, quindi, dalla sanzione, che caratterizza la proposizione giuridica (non a caso Kelsen, che è un teorico del diritto moderno, ne fa un elemento centrale della sua definizione di norma giuridica come giudizio ipotetico), ma può persino farne a meno. Se si abolissero le leggi a difesa della proprietà, dice Ehrlich, non per questo le violazioni della proprietà sarebbero maggiori di quelle che attualmente vengono poste in essere.

Idee di questo genere vivono, sia pure sotto altra forma, in tutte quelle teorie sociologiche che sostengono una regolazione giuridica "senza pene" (teorie abolizioniste) o un diritto penale "minimo" e che presuppongono la possibilità di un diritto che non faccia perno sul momento sanzionatorio (48). Il giurista, per Ehrlich, non è tanto un funzionario dello Stato, di uno Stato "*solo politico*" che si sovrappone alla società, quanto, piuttosto, "un organo della società" (49), sottoposto alle pressioni e agli influssi della società in quanto tale. Così il giudice, anche quando si crede vincolato a derivare le sue decisioni dalle proposizioni giuridiche esistenti (per usare la terminologia di Ehrlich), in realtà trae le sue norme di decisione sempre da se stesso e ciò significa che anche il giudice, in ultima istanza e anche nelle società complesse e statualistiche, trova da sé le proprie decisioni (50), decide, in ultima istanza, sempre sulla base di un interscambio con la società, dalla quale trae elementi di valutazione e alla cui pressione normativa soggiace. Anche quando ci si trova in presenza di sistema giuridiche chiusi, quindi, il momento della decisione significa un'apertura alla società, un ingresso di elementi propriamente sociali nel sistema giuridico.

Questa posizione di Ehrlich, pur essendo criticata da Kelsen, non differisce, in ultima analisi, dalla stessa posizione di Kelsen, quando questi, nella sua teoria dell'interpretazione, riconosce al giudice una funzione di creazione normativa. Anche il sistema kelseniano del diritto, sistema certamente chiuso dal punto di vista della conoscenza giuridica, si apre ai fatti produttivi di diritto sia dal lato della norma fondamentale sia dal lato dell'attività del giudice (51), in maniera non dissimile da quanto avviene nella descrizione sociologica di Ehrlich. Ma mentre in Kelsen la

decisione giudiziaria appare in qualche modo puramente nichilistica, Ehrlich si pone sociologicamente il problema dell'interpretazione come ricerca di un senso non puramente "logico", ma storico. Il giudice decide -Ehrlich è un giusliberista classico- in un contesto sociale di cui è organo (52) ed ogni interpretazione della legge è sempre una interpretazione della situazione complessa in cui la legge è sorta. "Ogni interpretazione scientifica, 'sociologica', è (...) storica" (53), nel senso che essa non può limitarsi ad indagare il "discorso" del parlante, ma deve scendere ed allargarsi alle condizioni economiche, alle lotte sociali, ai discorsi parlamentari che l'hanno preceduta e così via. Il problema dello scopo diventa così il discrimine tra interpretazione sociologica (e per Ehrlich questo termine è sinonimo di "scientifica") e attività politica. Interpretazione teleologica e interpretazione storica finiscono così col coincidere.

Il punto debole della sociologia giuridica di Ehrlich resta comunque, senza dubbio, la sua distinzione tra le norme giuridiche e gli altri tipi di norme sociali (54). Ehrlich vede la differenza specifica tra norme giuridiche e altre norme sociali nel differente grado d'intensità del sentimento psicologico-sociale: "La proposizione giuridica è sopra tutto un prodotto di forze sociali, e in quanto, nella sua trattazione scientifica, ciò che conta sono le questioni psicologiche, il colpo decisivo è dato dalla psiche sociale" (55). I vari ordinamenti sociali si trovano tra loro in un rapporto gerarchico. Il diritto sta al primo posto, ma questa gerarchia si manifesta a livello *psicologico* nel *sentimento* che i consociati provano alla violazione delle norme dei differenti ordinamenti sociali: "Le varie specie di norme provocano sentimenti di diversa intensità e alla trasgressione di norme differenti noi rispondiamo con sentimenti differenti. Si confronti il sentimento della indignazione (*Empörung*) che segue alla violazione del diritto con lo sdegno (*Entrüstung*) provocato dalla violazione di un comando morale, col risentimento (*Ärgnis*) suscitato da una scorrettezza, con la disapprovazione (*Mißbilligung*) per una mancanza di tatto, col ridicolo (*Lächerheit*) al venir meno del buon tono e, infine, con la riprovazione (*Ablehnung*) critica che i campioni della moda riservano a chi non sia alla loro altezza" (56). Indipendentemente dalla critica -per la verità assai più che aspra- di Kelsen (57) a questo tentativo di classificazione psicologica delle norme, certo pare improponibile, oggi, una classificazione delle norme di questo tipo (58). Non è certamente in questa "orgia di giurisprudenza psicologica" (Kelsen) che può essere attestata l'importanza di Ehrlich quale precursore della moderna sociologia del diritto, in particolare di quella sociologia storica nella quale mi riconosco e che si manifesta, a livello generale, in autori come Abrams e Giddens (59).

L'importanza di Ehrlich risiede nell'impianto complessivo della sua opera pionieristica di sociologia giuridica. Egli, infatti, da buon storico del diritto, riesce a cogliere la significatività teoretica sia del diritto consuetudinario sia del diritto dei giuristi (in definitiva, di quelle che egli chiama le "proposizioni giuridiche" contrapposte al "diritto vivente"), e da sociologo riporta il diritto vivente alla società e

le proposizioni giuridiche all'astratto proprio del Moderno: allo Stato politico. Ciò che egli non coglie è l'*inversione* dell'astratto e del concreto: egli non vede che la modernità ha rovesciato ogni rapporto tra astratto e concreto e che -come Marx da un lato e Simmel dall'altro hanno dimostrato- la modernità è proprio il dominio dell'astratto sul concreto, delle forme sulla vita. In un certo senso, Ehrlich è al di sotto di Kelsen, quando non coglie questo effetto tecnologico e di dominio delle forme sulla vita, anche se Kelsen, da parte sua, non vede che le forme sono, in ultima analisi, sempre un risultato di particolari rapporti di vita, che non si svolgono più nell'empireo delle costruzioni logico-deduttive ma nella concretezza dei rapporti socio-economici di una data formazione sociale. Da quest'ultimo punto di vista, il formalismo kelseniano non è adeguato al problema, posto da Ehrlich, relativo al contenuto delle proposizioni giuridiche o del diritto semplicemente; il mutamento dei concreti rapporti di vita, la differente regolazione di istituti come il matrimonio o il diritto successorio non è indifferente sulla forma, ma, in qualche modo, modifica la forma stessa del diritto *così come* la forma costringe nelle sue potenti maglie buona parte della vita reale.

Tutte le volte che Kelsen si trova dinanzi ad un problema di "contenuto" delle norme giuridiche (o proposizioni giuridiche), egli è costretto a ri-formulare il tema formalistico in termini ancora più generali, per così dire a svuotare ancor più di ogni contenuto il momento della regolazione generale. Questa vuotezza espansiva del diritto deve per l'appunto consentire di racchiudere tutti i possibili contenuti materiali delle norme nella forma-diritto (che è poi la forma-Stato). La mossa kelseniana corrisponde però *realmente* alla dimensione propria dello Stato moderno, sempre più "forma" e astrattezza. Questa astrattezza, però, è realmente capace di racchiudere il contenuto, ogni possibile contenuto, in quanto diventa l'espressione pura di una funzione tecnologica e di dominio.

Tuttavia, anche Ehrlich ha, per parte sua, ragione: la vita non è la forma della regolazione astratta. Di qui il suo tentativo di far vedere come il "matrimonio" esiste prima delle proposizioni giuridiche che regolano l'ordinamento matrimoniale. Kelsen può rispondergli che se è ordinamento giuridico,, occorre che vi siano prima delle norme giuridiche che regolino il concreto rapporto matrimoniale (60). In effetti, l'uno ha presente una sorta di diritto "naturalistico" (se non naturale), l'altro risponde che tutto il diritto è diritto posto, fatto. Ma la vita non è "fatta": la vita è, sta, indipendente da ogni regolazione giuridica. Per riferisci ad un'esperienza oggi molto discussa: la famiglia di fatto è una famiglia? O famiglia è solo quella che corrisponde ai criteri formali della legge positiva? I soggetti che convivono in una famiglia di fatto "sentono" di essere una famiglia, anche quando sanno di non esserlo "giuridicamente", ma questo loro sentire è un sentire anch'esso giuridico, sia pure di una giuridicità differente da quella propria del diritto legale. È diritto vivente, direbbe Ehrlich. Ma questo diritto "vivente" è qualcosa di diverso da un diritto naturale? Ritorna l'eterno problema del giusnaturalismo e del giuspositivismo e, in effetti, non

sarebbe del tutto illogico trasporre la polemica tra la sociologia del diritto di Ehrlich e la scienza giuridica di Kelsen nella opposizione tra giusnaturalismo e positivismo giuridico, tanto più che sempre Kelsen ha voluto vedere in gran parte delle posizioni sociologiche un ritorno delle vecchie metafisiche giusnaturaliste.

Il punto centrale di tutta la discussione consiste, sostanzialmente, in ciò: Kelsen è un metodologo, egli indaga sui presupposti razionali e critici di una possibile scienza del diritto. E ciò vuol fare in una prospettiva per l'appunto razionale, astratta e formale, in qualche modo geometrica e matematica, secondo le analogie poste già nei *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Ehrlich è attento ad un problema che non rientra nel campo di osservazione del giurista viennese: al problema della funzione sociale del diritto. Per Ehrlich, il cui concetto di "scienza" è fortemente influenzato da quello proprio di Auguste Comte, "la moderna scienza della società, la sociologia, considera il diritto come una funzione della società. Come tale, essa non può limitarsi alla proposizione giuridica in quanto tale e deve considerare l'intero diritto nel contesto sociale ed anche inquadrare la proposizione giuridica nel contesto sociale" (61). Il contrasto tra Kelsen e Ehrlich può essere anche considerato, perciò, come un contrasto tra una visione strutturale del diritto ed una visione funzionale di esso. La sociologia è necessariamente una scienza attenta alle funzioni del diritto nella società, ma, da questo punto di vista, essa non si contrappone alla scienza del diritto: sociologia del diritto e scienza del diritto, in qualche modo, si presuppongono. La sociologia del diritto ha bisogno della scienza giuridica, così come la scienza giuridica senza una sociologia del diritto sarebbe un esercizio puramente verbale, in quanto la conoscenza, in questo caso, riguarda, a differenza dalla conoscenza della natura, un fenomeno, il diritto, che non esiste in natura ma è, al contrario, un prodotto sociale, storicamente determinato. La sociologia del diritto senza la scienza giuridica è cieca; la scienza giuridica senza la sociologia del diritto è vuota.

Ma a ciò va aggiunto che se, da un lato, Ehrlich sembra avere ragione quando dice che è a partire dalla società che si mette in moto la macchina legislativa (62) (affermazione che corrisponde anche a quella di Kelsen, nei *Hauptprobleme, sul legislativo come organo della società e non dello Stato*), è altrettanto e più vero che lo sviluppo sociale ha portato lo Stato ad essere nella sua interezza sia un organo della società, come lo vuole Ehrlich (63), sia un'entità autonoma e indipendente dalla società stessa, verso la quale opera nella veste di entità propulsiva e promozionale. Voglio dire che Ehrlich, da storico e sociologo del diritto, coglie una realtà oggettivamente esistente nel mondo del diritto moderno, ma non riesce a spingersi oltre questa intuizione, prefigurando la dimensione propriamente moderna dello Stato sociale e interventista. La produzione e il consumo di norme (64) sono determinate da richieste di gruppi e micro-gruppi sociali, ma è anche vero che lo Stato stesso induce poi, con la sua produzione di nuove "proposizioni giuridiche", nuovi bisogni nel tessuto della realtà sociale. Da questo punto di vista, Kelsen è in grado di anticipare più di Ehrlich questa nuova situazione sociale e istituzionale della

modernità, perché strettamente connessa al ruolo del diritto come sistema autoreferenziale, cioè fondato su una norma e non sulla società, sia pure su una norma fondamentale come regola di produzione di nuove norme (65). Né è a dire che il ruolo di Ehrlich nell'ambito del movimento del diritto libero costituisca un titolo di predilezione rispetto a Kelsen, perché non v'è chi non sappia come nel giurista austriaco, almeno a partire da una certa fase di sviluppo della dottrina pura del diritto, la teoria dell'interpretazione consente una visione sociologica del diritto, aprendo il sistema giuridico "chiuso" all'ingresso degli interessi sociali e dei loro conflitti (66). Tuttavia, il problema di fondo -per certi aspetti centrale- è che Ehrlich ha una visione del diritto non necessariamente conflittuale, mentre per Kelsen (come per Pound) il diritto è una tecnica del controllo sociale, cioè uno strumento di pacificazione, ovvero sia di prevenzione della lite sia e sopra tutto di appianamento delle controversie. Il diritto, in Kelsen, si comprova come diritto proprio nel momento della "violazione" del diritto, "vive" perché è infranto; in Ehrlich diritto -diritto "vivente"- è tutto ciò che i soggetti producono spontaneamente senza che intervenga una regolazione esterna: ben pochi sono gli affari della vita sociale, dice Ehrlich, che vengono portati dinanzi al giudice, la maggior parte di essi "si svolgono pacificamente": "ci sono innumerevoli esseri umani che stanno o sono stati tra loro in innumerevoli rapporti giuridici senza aver avuto mai nulla a che fare con i giudici" (67). Vi sono anche controversie che vengono risolte pacificamente. Ma tutto ciò è diritto? Il problema è di capire allora che cosa si ha in mente, quando si parla di diritto. Recentemente, un sociologo del diritto, Adam Podgórecki, ha parlato di "diritto intuitivo" (68), e a tal proposito viene alla mente non solo il diritto vivente di Ehrlich, ma anche quello di Petrazycki o la sociologia della cultura di Sorokin, allievo di Petrazycki (69). In sostanza, l'interrogativo che sorge è sempre lo stesso: non è forse possibile che dietro queste aggettivazioni si nasconda pur sempre lo stesso diritto, il così detto "diritto naturale" (70)?

Ho già fatto riferimento alla tesi di Kelsen, secondo la quale la sociologia del diritto (e più in generale la sociologia) è in gran parte giusnaturalismo travestito. Certo, è vero che un momento prescrittivo e valutativo è riscontrabile in ogni sociologia del diritto, ma deve la sociologia del diritto necessariamente coincidere con il vecchio giusnaturalismo? A mio avviso, ciò è inevitabile se -come pretende di fare Ehrlich- si vuole fare della sociologia del diritto la vera scienza giuridica (71). Da questo punto di vista, ha ragione Kelsen quando combatte le pretese sia di Ehrlich sia degli altri sociologi del diritto: la sociologia del diritto non è né può essere la scienza del diritto, che è sempre, fundamentalmente anche se non esclusivamente, una scienza normativa, formale. Eppure, senza una dimensione empirica, "sociologica", la scienza giuridica non avrebbe nemmeno un oggetto suo proprio: se è vero che la scienza giuridica è la conoscenza del diritto in quanto norma, in quanto forma, senza un contenuto giuridico non vi sarebbe nemmeno forma giuridica ed è appunto la sociologia che, portando a consapevolezza generale nuovi contenuti che o sono già giuridici o aspettano e pretendono una regolazione giuridica, dà nuovo

lavoro alla scienza del diritto normativa, la quale, quindi, anch'essa non può prescindere da una base storica, che specifica il diritto oggetto della scienza giuridica normativa quale diritto propriamente moderno, quindi sociale da un lato (il riferimento è al concetto tönnesiano (72) di *Gesellschaft*) e statale dall'altro. Quando Ehrlich e Kelsen scrivono, comincia a sorgere il problema del diritto del lavoro: giustamente Ehrlich osserva che il problema del contratto di lavoro è uno dei problemi più sentiti dalla gente e che, ciò non ostante, un codice classico come quello francese se ne occupa in due scarni articoli (73). La scienza giuridica, cioè la scienza del diritto moderno, non produce più diritto: essa si limita a conoscere, ma sarebbe stata una scienza povera e vuota se non si fosse posto il problema di andare oltre i due articoli del Codice napoleonico, elaborando anche il diritto possibile per una regolazione giuridica delle nuove forme di contratto di lavoro imposte dalla mutata realtà sociale. Ciò valeva per gli anni dell'inizio del secolo, ma vale anche oggi tutte le volte che ci troviamo dinanzi ad esigenze di regolazione che partono dalla società, ad esempio nel campo dei rapporti civili, dei diritti delle donne, delle minoranze e così via, e che (di regola, anche se non sempre) chiedono allo Stato di dare una regolazione ufficiale ai nuovi rapporti prodotti dall'evoluzione della società.

Scienza giuridica e sociologia del diritto, quindi, si compenetrano e non possono darsi l'una senza l'altra. In un passo poco noto, Kelsen osserva che il giurista deve essere anche sociologo se vuole essere giurista; altrettanto deve dirsi per il sociologo del diritto, che non può non essere anche giurista, col solo limite (intellettuale, innanzi tutto) di dichiarare preliminarmente quando opera come sociologo del diritto e quando come giurista. Ciò, per la verità, Ehrlich non lo fa. Egli vuol fondare una sociologia del diritto come vera e autentica scienza giuridica. In un certo senso, è il destino del pioniere di una nuova scienza, che si lascia trascinare dal nuovo mondo appena scoperto. Ma sarebbe un grave errore, sol perché la critica di Kelsen al sociologo sembra logicamente corretta (74), non vedere le ragioni della sociologia del diritto e di Ehrlich in particolare già in questa fase aurorale della sua crescita. La proposizione giuridica, dice Ehrlich, è "condizionata dalla società" (75). Non ostante il dileggio di Kelsen su una affermazione che può sembrare banale, si tratta invece di una posizione tutt'altro che irrilevante. Non si capisce perché Kelsen, che pure attacca Ehrlich, nulla abbia detto contro un altro autore che sosteneva posizioni simili, Karl Renner, in qualche modo anch'egli un giurista sociologo al quale Ehrlich era stato anche assai vicino dal punto di vista sia scientifico sia politico (76). Probabilmente, ciò dipende da una contraddizione specifica della posizione di Ehrlich, quella di confondere la genesi della regolazione giuridica con la regolazione stessa. Ehrlich, da buon giusliberista, vede che il conflitto sociale impone, ad un certo punto, la creazione di nuovo diritto da parte dei giudici ad anche nuove leggi, ma confonde il luogo che pone le premesse e le condizioni per la creazione di nuovo diritto con il diritto stesso. Nello Stato moderno, una richiesta di diritto non è diritto; il ritorno allo *status*, ad esempio, che caratterizza buona parte dei fondamenti delle pretese dei nuovi soggetti sociali (donne, neri, ecc.), non vuol dire che lo *status*

costituisca di per sé diritto. Lo *status* è il momento genetico di una posizione spesso conflittuale verso il diritto e lo Stato esistenti (che si presume, ad esempio, che discrimini particolari gruppi sociali o etnici), ma solo il diritto "fatto" è, oggi, diritto. La sociologia del diritto ha il compito precipuo di indagare, empiricamente, quali sono gli atteggiamenti di particolari gruppi sociali verso il diritto fatto, esistente, positivo, ma non può confondere questa volontà di nuovo diritto, di nuove regole, con le regole o con il diritto *toutcourt*. In effetti, la sociologia del diritto è una scienza empirica esposta al rischio di giusnaturalismo tutte le volte che si allontana o dalla concretezza dell'esperienza giuridica e/o dallo studio scientifico del diritto della scienza giuridica normativa.

Non è un caso che un sociologo neo-marxista, Karl Korsch (77), abbia visto nel diritto del lavoro una sorta di diritto di guerra, di *jus belli*, del proletariato. Il diritto proprio della classe operaia -confrontabile con il diritto proprio della borghesia nella sua fase rivoluzionaria- è considerato un vero e proprio diritto, una sorta, anche qui, di "diritto vivente". Ma questo diritto vivente, staccato com'è dalla scienza giuridica "borghese", altro non è, a ben vedere, che un diritto naturale (78). Da questo punto di vista, Kelsen ha ragione contro Ehrlich nella misura in cui Ehrlich non specifica le caratteristiche e i confini della sua sociologia del diritto, ma ne fa una sorta di scienza "pura" del diritto, che esclude ogni "applicazione pratica" (79). Ciò non toglie che Ehrlich pone un problema decisivo, sia dal punto di vista della sociologia del diritto sia da quello di una teoria del diritto (e dello Stato) moderno: la condizionatezza sociale del diritto *statale*. Ehrlich scrive in modo non dissimile da Marx quando afferma che lo Stato è, in qualche modo, uno strumento delle classi socialmente dominanti e che quando lo Stato comincia a fare concessioni a strati sociali diversi da quelli dominanti significa che questi nuovi strati sociali hanno accresciuto la loro influenza e il loro potere sociali (80). Lo Stato moderno, dal punto di vista sociologico, non può coincidere con il diritto, secondo la tesi che è invece di Kelsen, perché si perderebbe altrimenti la dimensione più importante che ci consente di comprendere l'evoluzione sia del diritto sia della società sia dello Stato, una dimensione che fa della società moderna una società di gruppi e classi in conflitto tra loro. Il problema del conflitto viene spostato e dissolto dalla teoria pura del diritto anche quando esso viene riconosciuto; Kelsen non riesce a dar conto *contemporaneamente* della unità e della molteplicità, del consenso e del dissenso, della integrazione e del conflitto, della sostanza e della funzione. Appare invece chiaramente, da un confronto tra la posizione di Ehrlich e quella di Kelsen, che nessuna teoria del diritto può fare a meno di una scienza sociale del diritto, che solo attraverso una simbiosi di analisi strutturale e di analisi funzionale (81) si può dar conto del fenomeno "diritto" nella sua complessità. Come ha osservato Norberto Bobbio, ciò "che contraddistingue la situazione presente sono per l'appunto quelle condizioni che abbiamo considerate come particolarmente favorevoli al formarsi di una scienza del diritto antitradizionalistica, che cerca il proprio oggetto in ultima istanza non tanto nelle regole del sistema dato quanto nell'analisi dei rapporti e dei valori sociali da cui si

estraggono le regole del sistema; e che, lungi dal ritenersi, come per molto tempo si è ritenuta, una scienza autonoma e pura, cerca sempre più l'alleanza con le scienze sociali sino a considerarsi come una branca della scienza generale della società" (82).

In questa prospettiva, appare chiaro anche il limite di Ehrlich rispetto alla sociologia giuridica contemporanea: Ehrlich può essere considerato, per certi aspetti, un esponente di quello che oggi viene chiamato "sociologismo" (83) e che deve essere nettamente distinto da ogni autentica sociologia (anche del diritto). A ciò aggiungasi che la sociologia del diritto di Ehrlich, come giustamente osservava Kelsen nella sua critica, spesso non riesce a distinguersi da una scienza psicologica del diritto e, anzi, la psicologia è a volte l'unico campo in cui risulta possibile trovare una spiegazione che dia conto del senso di alcune affermazioni ehrlichiane, altrimenti incomprensibili. La sua scienza "pura" del diritto è tutta fondata, in maniera esplicita, su una "teoria del riconoscimento" come fatto psichico della vita dei soggetti. Sarebbe a tal proposito estremamente interessante mettere a confronto la sociologia di Ehrlich con le sociologie del diritto di altri suoi contemporanei, in particolare Petrazycki: si avrebbe in tal modo conferma -almeno credo- del fatto che a base di molte impostazioni che si vogliono sociologiche è in realtà sempre una "psicologia sociale" (come si desume del resto da non pochi passaggi della stessa Grundlegung der Soziologie des Rechts di Ehrlich), che spiega (84) le norme giuridiche in rapporto al sentimento della giustizia o al "risentimento" per la violazione della norma. Si tratta di un limite assai forte della impostazione ehrlichiana, messo in rilievo da Kelsen, ma sottolineato criticamente anche da sociologi del diritto contemporanei, per esempio da Alberto Febbrajo, che scrive: "In sede di definizione del diritto, Ehrlich aderisce al modello definitorio della c.d. 'teoria del riconoscimento' (*Anerkennungstheorie*) che tende a considerare la convinzione del gruppo come decisiva per caratterizzare il diritto, e quindi (...) egli è costretto a psicologizzare talmente i criteri di distinzione tra il diritto e le altre norme sociali da renderli di fatto inservibili. Può qui aggiungersi che la stessa 'teoria del riconoscimento' viene radicalizzata da Ehrlich escludendo implicitamente dal concetto di diritto anche quelle norme che vengono riconosciute come diritto dall'apparato coercitivo, ma non dagli altri consociati" (85).

Non ostante i riferimenti di Ehrlich al fatto che senza la "scienza pura" nessuna applicazione o invenzione tecnologica è mai stata possibile, va detto che la scientificità della sociologia del diritto, oggi, non si comprova tanto nella sua "purezza", quanto nella capacità di cogliere e descrivere, da un lato, le funzioni proprie del diritto moderno (86), dall'altro, la realtà empiricamente osservabile dei comportamenti individuali degli operatori del diritto e dei soggetti che col sistema giuridico sono e/o entrano in rapporti. Né la sociologia giuridica teorica né la sociologia giuridica empirica possono oggi vedere in Ehrlich più che un iniziatore di una scienza che ha preso strade diverse da quelle sulle quali voleva lanciarla il suo precursore. Oggi la sociologia del diritto serve anche ad avvertire il legislatore (o

comunque tutte la istanze produttive di regole giuridiche generali: comuni, regioni, ecc.) sugli effetti che una particolare normazione può avere o può non avere sulla popolazione. Ed anche a rendere avvertiti in generale sulle modificazioni sociali reali che preludono ad una modifica dell'ordinamento statale vigente. Il problema della regolazione da parte del diritto dei comportamenti individuali e le domande che i soggetti pongono al sistema giuridico sono tra i compiti principali e precipui del sociologo del diritto, che ha così conquistato (o comunque deve conquistare) quel ruolo che in secoli passati fu del filosofo del diritto. La sociologia moderna, critica e relativista, ha ben presente la separazione tra essere e dovere, che non è solo una questione terminologica ma un orizzonte di senso dell'agire sociale e della riflessione teorica sull'agire. L'attualità di una sociologia quale quella di Max Weber mette certo in ombra la funzione della sociologia giuridica di Ehrlich, al quale va però ascritto il merito di aver tra i primi posto il problema di una sociologia del diritto come scienza, anche se egli non sempre riuscì a comprendere il problema di una autonomia di questa scienza da altri tipi di scienza che essa non poteva, comunque, soppiantare. Oltre ad aver saputo cogliere, assai in anticipo, i limiti della regolazione giuridica e anche i fenomeni odierni di crisi dello Stato (87) e la impossibilità di ridurre tutto il diritto a diritto dello Stato, il merito di Ehrlich, per riprendere un giudizio di Rottleuthner (88), fu quello di aver inforcato le lenti e di aver cominciato a guardare pur senza aver prima pulito gli strumenti dell'osservazione. Non si può rimproverare più di tanto a Ehrlich di non aver potuto sempre osservare la realtà delle cose con chiarezza: le sue lenti erano offuscate (89). Il che non toglie che passare il proprio tempo a pulire le lenti (come nel caso di Kelsen) può essere persino meno significativo che guardare comunque, in qualche modo, il mondo. C'è un tempo per pulire le lenti e un tempo per guardare, come insegnava Sigmund Freud.

## NOTAS

- (1) POUND, R.: Jurisprudence. St. Paul, West Publishing Company, vol. 1, 1959, p. 20, 351. In quanto "pioniere" della sociologia del diritto, si può dire anche di lui ciò che Ehrlich stesso scrive a proposito di Montesquieu, che è "dangerous thing to be a pioneer. The idea of building a sociology of law with the means and materials of the eighteenth century is one of astonishing grandeur, but here, as elsewhere, grandeur is separated from the ridiculous only by a pace. The efficiency of mental effort is conditioned not only by the merits of the originator but also by the whole condition of the country. Even a genius running before his time cannot entirely get away from the atmosphere wherein he breathes": EHRlich, E.: "Montesquieu and Sociological Jurisprudence" in Harvard Law Review, vol. 29, 1915-1916, ora in Id.: "Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften", REHBINDER, M. von (hrsg.), Berlin, Duncker Humblot, 1986, p.207.
- (2) La controversia tra Kelsen e Ehrlich non sorse, naturalmente, dal nulla, non solo perché ai problemi della sociologia del diritto Kelsen aveva già dedicato in precedenza altri scritti (in gran parte da me raccolti in trad. it in KELSEN, H.: Sociologia della democrazia, a cura di A. Carrino. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991), ma anche perché il problema dell'uso dei metodi sociologici nella giurisprudenza era da anni al centro dell'attenzione, in particolare grazie al diffondersi della Freirechtswegung. Cfr., almeno, SINZHEIMER, H.: Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft. München, 1909; SPIEGEL, L.: "Jurisprudenz und Sozialwissenschaft" in Zeitschrift für das Privatrecht und Öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 36, 1909, p. 1-30; GMELIN, J.G.: Quousque? Beiträge zur soziologischen. Hannover, 1910; FUCHS, E.: "Das Diffinitivitätsprinzip und die soziologische Rechtslehre" in Juristische Wochenschrift. 1910, p. 53-55; FUCHS, E.: "Die soziologische Rechtslehre. Eine Erwiderung" in Deutsche Juristen-Zeitung. 1910, p. 283-288; (ma di Fuchs cfr. la raccolta dei più importanti saggi sociologici e giusliberisti in FOULKES, A.S.; KAUFMANN, A. (hrsg.): Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre. Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, 1965; nonché FUCHS, E.: Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform, FOULKES, A.S. (hrsg.), 3 Bänden, Aalen, Scientia Verlag, 1970); KANTOROWICZ, H. U.: "Rechtswissenschaft und Soziologie" in Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages von 19-22 Oktober in Frankfurt a.M., Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911, p. 275 ss. (trad. it. in Aa. Vv.: Metodologia della scienza giuridica, a cura di A. Carrino. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, p. 57-85); WÜSTENDÖRFER, H.: "Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung" in Archiv für die Civilistische Praxis. Bd. 110, 1913, p. 219-380; NUßBAUM, A.: Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht. Tübingen, 1914 (ora in Id., Die Rechtstatsachenforschung. Programmschriften und praktische Beispiele, REHBINDER, M. (hrsg.), Berlin, Duncker & Humblot, 1968, p. 18-47; WÜSTENDÖRFER, H.: "Die beiden ersten Soziologentage und die Rechtswissenschaft" in Archiv des öffentlichen Rechts. Bd. 34, 1915. p. 399- 430; WÜSTENDÖRFER, H.: "Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungstheorie" in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Bd. 9, 1915-1916, p. 170-180, 289-320, 422-455 (ora entrambi in Id., Zur Methode soziologischer Rechtsfindung. Berlin, Duncker & Humblot, 1971).
- (3) REHBINDER, M.: Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. Berlin, Duncker & Humblot, 1967, p. 9.
- (4) KAWAKAMI, R.: "Eugen Ehrlich" in BRAUNEDER, W. (hrsg.): Juristen in Österreich. Wien, Verlag ORAC, 1987, p. 253-257. L'attenzione prestata in America da Roscoe Pound alle opere di Ehrlich favorì anche la pubblicazione della traduzione americana della Grundlegung. (EHRlich, E.: Principles of the Sociology of Law, trans. W. Moll, Harvard University Press, 1936). Segno, tra, gli altri, dell'influsso di Ehrlich in Giappone è il saggio di ISOMURA, T.: La struttura sistematica della sociologia del diritto di Ehrlich. Tokyo, 1953.
- (5) FEBBRAJO, A.: "Presentazione" a EHRlich, E.: I fondamenti della sociologia del diritto. Milano, Giuffrè, 1975, p. V-XLIX (l'edizione originale: Grundlegung der Soziologie des Rechts. Berlin, Duncker & Humblot, è del 1913 ed è stata più volte ristampata. Nel prosieguo le citazioni si riferiranno alla traduzione italiana); Id., "E. Ehrlich: dal diritto libero al diritto vivente" in Sociologia del diritto, vol. 9, 1982, 3, p. 137-159. Cfr. anche TREVES, R.: Sociologia del diritto. Torino, Einaudi, 1989, p. 112-117.

- (6) Tra le opere più importanti di Ehrlich segnalo: "Ober Lücken im Recht" in Juristische Blätter. 1888, p. 447-630; Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. 1. (unica) Teil. Das ius civile, ius publicum, ius privatum. 1902, reprint Aalen, Scientia Verlag, 1970; Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Leipzig, 1903; Die Rechtsfähigkeit. Berlin, 1909; Grundlegung der Soziologie des Rechts, op. cit.; "Soziologie des Rechts" in Die Geisteswissenschaften 1913/1914, p. 202-205, 230-234 (trad. it. in EHRlich, E.; KELSEN, H.: Scienza giuridica e sociologia del diritto, a cura di A. Carrino. Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1992, p. 37-51); Montesquieu and Sociological Jurisprudence, op. cit.; "Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. Vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffenen Werke: Theorie der richterlichen Rechtsfindung" in Jhering Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, vol. 67. 1917, p. 1-80; Die juristische Logik. Tübingen, 1918, reprint Aalen, Scientia Verlag, 1966; "The Sociology of Law" in Harvard Law Review, vol. 36, 1922/23, p. 130-145 (trad. it. in EHRlich, E.; KELSEN, H.: Scienza giuridica e sociologia del diritto, op. cit., p. 53-64). Molti degli scritti minori di Ehrlich sono stati ristampati in EHRlich, E.: Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre, ausgewählt und eingeleitet von Manfred Rehbinder. Berlin, Duncker Humblot, 1967, p. 252, e in EHRlich, E.: Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften, op. cit. p. 256.
- (7) REHBINDER, M.: Die Begründung der Rechtssoziologie, op. cit., p. 13.
- (8) DIAS, R.W.M.: Jurisprudence. London, Butterwoths, 1985<sup>4</sup>, p. 426.
- (9) EHRlich, E.: I fondamenti, della sociologia del diritto, op. cit., p. 13.
- (10) SINZHEIMER, H.: "Eugen Ehrlich" in Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft. Amsterdam, Menno Hertzberger Co., 1938, p. 249-250: "Ehrlich era consapevole del fatto che la sua sociologia del diritto si riallaccia alla dottrina della Scuola storica del diritto, secondo cui lo spirito del popolo è la fonte originaria del diritto. Questa dottrina, tuttavia, è stata da lui (...) trasformata e continuata. Egli ha trasposto la metafisica della dottrina storica in quella sociologica. Egli ha integrato lo spiritualismo dello 'spirito del popolo' con i 'fatti' da cui dipendono le rappresentazioni giuridiche. Accanto alla peculiarità nazionale della coscienza giuridica, egli ha sottolineato la sua dipendenza da forze sociali universali".
- (11) EHRlich, E.: Sociologie des Rechts. 1913/1914, ora in EHRlich, E.: Gesetz und lebendes Recht, op. cit., p. 193 (trad. it. cit., 50-51).
- (12) EHRlich, E.: "Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes", 1917 in EHRlich, E.: Recht und Leben. op. cit., 212.
- (13) "L'opinione di Ehrlich —obietta Kelsen nella sua critica— è chiaramente quella, ingenua, per la quale ogni scienza può procedere in maniera solo *induttiva*; egli sembra semplicemente ignorare la possibilità di una conoscenza scientifica con metodo *deduttivo*": KELSEN, E.: "Eine Grundlegung der Rechtssoziologie" in Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 1915, trad. it.: "Una fondazione della sociologia del diritto" in KELSEN, H.: Scienza giuridica e sociologia del diritto, op. cit., p. 71. Sul deduttivismo di Kelsen nella prima fase di sviluppo del suo pensiero cfr. CARRINO, A.: L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990<sup>3</sup>.
- (14) EHRlich, E.: Soziologie des Rechts, op. cit., p. 179 (trad. it. cit., p. 37). Ehrlich si riferimento in particolare alla teoria del diritto giusto di Stammler. Questo riferimento è di grande interesse, perché mostra come Ehrlich non rifiutasse la filosofia del diritto, ma fosse anzi anch'egli influenzato dalla rinascita *neokantiana* di questa disciplina. Da questo punto di vista, Ehrlich appare persino un neokantiano più coerente di Kelsen, in quanto ha ben presente la distinzione tra essere e dovere come una distinzione tra mondo dell'essere e mondo della *libertà*. Mentre Kelsen confonde gli ambiti metodici e oggettuali, applicando al mondo della libertà un metodo solo apparentemente "normativo", ma in realtà, in ultima analisi, causale (perché influenzato e dipendente, sia pure a *contrario*, dal metodo delle scienza naturali), Ehrlich resta nella concezione kantiana del diritto come momento del mondo umano della libertà, quindi sottratto *ab origine* ad ogni pura descrizione causalistica. La filosofia del diritto è scienza dello spirito in senso autentico; non faccia Kelsen e mostra di conoscere la distinzione simmeliana tra i due significati del concetto di norma: "Norma ha il duplice significato: una volta, di ciò che accade universalmente, genericamente, un'altra di ciò che

deve (soll) accedere, anche se forse non accade” (SIMMEL, G.: Einleitung in die Moralwissenschaften. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe [1892/93]. Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1989, p. 77). Di qui la tesi ehrlichiana, per la quale il diritto rivela un doppio ordinamento; come ha osservato SINZHEIMER, H.: Jüdische Klassiker, op. cit., p. 234, l'uno ordinamento “contiene le norme che sono destinate alla decisione di controversie, l'altro le norme secondo le quali l'agire umano effettivamente si compie. Si tratta di una distinzione fondamentale. Ehrlich chiama le norme del primo ordinamento norme di decisione, quelle dell'altro norme di organizzazione. Quelle sono le ‘proposizioni giuridiche’ queste il ‘diritto sociale’”.

(15) EHRLICH, E.: Soziologie des Rechts, op. cit., p. 179-180 (trad. it. cit., p. 37-38).

(16) CARRINO, A.: Ideologia e coscienza. Critical Legal Studies. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 7ss., nonché la letteratura ivi citata e la silloge, a cura di a. Carrino, su “La sinistra giuridica americana. Critical Legal Studies” in Democrazia e diritto, 5/6, 1990.

(17) EHRLICH, E.: Soziologie des Rechts, op. cit., p. 180 (trad. it. cit., p. 37-38).

(18) TREVES, Renato: Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia in Kelsen. 1981, ora in KELSEN, H.; TREVES, R.: Formalismo giuridico e realtà sociale, a cura di PAULSON, S.L. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 161-177.

(19) EHRLICH, E.: Über Lücken im Rechte. 1888, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903, ora in Id.: Recht und Leben, op. cit., p. 80-169, 170-202. Sul movimento giusliberista si veda, oltre all'ormai classico LOMBARDI, L.: Saggio sul diritto giurisprudenziale. Milano, Giuffrè, 1975, cap. III, l'utile esposizione storica di RIEBSCHLÄGER, K.: Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule. Berlin, Dunker Humblot, 1968 (su Ehrlich, cfr. p. 33 ss.). Ha osservato Nußbaum che Ehrlich deve essere considerato “un anello di congiunzione” tra il realismo giuridico americano e il movimento del diritto libero tedesco: Nußbaum, A.: Die Rechtstatsachenforschung, 1955, ora in Id.: Die Rechtstatsachenforschung, op. cit., p. 62. Riconosce una certa dipendenza del realismo americano verso Ehrlich LLEWELLYN, K.: “What Price Contract? An Essay in Perspective” in Yale Law Journal, vol. 40. 1931, p. 706, dove si legge: “This whole paper builds on every point on Ehrlich, as any such paper must”

(20) EHRLICH, E.: Soziologie des Rechts, op. cit., p. 180 (trad. it. cit., p. 38)

(21) “A torto, quindi, molti credono oggi che tutto il diritto venga creato dallo Stato con le sue leggi. La gran parte del diritto nasce direttamente nella società come ordinamento interno dei rapporti sociali: del matrimonio, della famiglia, delle corporazioni, del processo, dei contratti, della successione: questa parte del diritto non è mai stata ridotta a proposizione giuridica”: EHRLICH, E.: Die Soziologie des Rechts, op. cit., p. 245 (trad. it. cit., p. 57).

(22) Una posizione analoga è quella di KAUFMANN, Erich: “La maggior parte di noi non riesce a capire quanto poco, anche nei campi del diritto codificato, le nostre decisioni giuridiche sono tratte dalle proposizioni giuridiche scritte e formulate esplicitamente dal legislatore. Noi traiamo il più e il meglio, molte volte ciò che è veramente decisivo, non dalle proposizioni giuridiche scritte, ma lo deduciamo direttamente dai principi di giustizia rilevanti per l'ambito giuridico, dall'essenza degli istituti, dai concetti di legittimità propri dell'epoca e dalla comunità nella quale viviamo” (KAUFMANN, E.: “Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung” in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3. Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, 1927, p. 20 (tra. it. in appendice a KAUFMANN, E.: Critica della filosofia neokantiana del diritto, a cura di A. Carrino. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 93).

(23) EHRLICH, E.: Die Soziologie des Rechts, op. cit., p. 246 (trad. it. cit., P. 58).

(24) EHRLICH, E.: Die juristische Logik, op. cit., p. 146.

(25) Kelsen, a dire il vero, non fu l'unico a criticare l'opera più nota di Ehrlich. Al suo apparire, nel 1913, la Grundlegung der Soziologie des Rechts fu criticamente recensita anche da SALOMON, M. in Zeitschrift für Sozialwissenschaft. 1915, p. 339. Ulteriori critiche sono leggibili in BLINDER, J.: Rechtsphilosophie, 1925, reprint Aalen, Scientia Verlag, 1967, p. 998-1009; Rechtswissenschaft,

- vol. 45. 1930, p. 35 ss. e poi nei recensori della traduzione americana della Grundlegung: Simpson in Harvard Law Review, vol. 51. 1938, p. 1128 ss; GINSBERG in Modern Law Review, vol. 1. 1937, p. 169 ss; KIDD in Columbia Law Review, vol. 2. 1937, p. 120; HUSSERL, G. in University of Chicago Law Review, vol. 5. 1938, p. 330 ss. ; NEUMANN in American Journal of Sociology, vol. 43. 1937, p. 351 ss.
- (26) KELSEN, H.: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom rechtssatze. Tübingen, Mohr, 1911 (2 ed. , 1923), p. 33 (trad. it. a cura di A. Carrino: Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, Libro I. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 63). Cfr. sul punto REIN, U. : “Rechtssoziologie gegen Rechtspositivismus. Die Kontroverse zwischen Eugen Ehrlich und Hans Kelsen 1915/16” in PAULSON, S.L. ; WALTER, R. (hrsg.): Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Institut, Bd. 11. Wien, Manz, 1986, p. 103.
- (27) Sul concetto dei fatti del diritto in Ehrlich cfr. ROTTLEUTHNER, H. : Rechtstheorie und Rechtssoziologie. 1981, p. 172 ss. (trad. it. di ZACCARIA, E.: Teoria del diritto e sociologia del diritto. Bologna, Il Mulino, 1983, p. 133 ss.).
- (28) La norma di fatti del diritto in Ehrlich, è, “come tutte le norme sociali, in primo luogo, una norma dell’agire, con la differenza, però, che essa è diretta soltanto ai tribunali. Infatti, almeno in prima linea, la norma di decisione non è una regola diretta agli uomini che agiscono. In questo senso, essa è una norma giuridica, ma di tipo speciale, diversa dalle norme giuridiche che contengono regole generali dell’agire”: EHRlich, E.: I fondamenti della sociologia del diritto, op. cit., p. 151.
- (29) EHRlich, E.: I fondamenti della sociologia del diritto, op. cit., p. 169.
- (30) REHBINDER, M.: Die Begründung der Rechtssoziologie, op. cit., p. 64.
- (31) POUND, R.: “Law in Books and Law in Action” in American Law Review, vol. 44. 1910, p. 12 ss.
- (32) Cfr. , in particolare, ZEIGERT, K.: “The Sociology behind Eugene Ehrlich’s Sociology of Law” in Int. Journal of Sociology of Law, vol. 7. 1979, p. 225 ss. Cfr. anche O’DAY, J.: “Ehrlich’s living law Revisited — Further Vindication for a Prophet Without Honor” in Case Western Law Review, vol. 18. 1966, p. 210 ss. Per una critica delle analogie tra Pound e Ehrlich, cfr. invece, NELKEN, D.: “Law in action or living law? Back to the beginning in sociology of law” in Legal Studies, vol. 4. 1984, p. 157 ss.
- (33) ZEIGERT, K.: op. cit., p. 231.
- (34) ZEIGERT, K.: op. cit., p. 233.
- (35) ZEIGERT, K.: op. cit., p. 233.
- (36) NELKEN, D.: op. cit., p. 161-162.
- (37) FERRARI, V.: Funzioni del diritto. 1991<sup>3</sup>, p. 35-67.
- (38) NELKEN, D.: op. cit., p. 162.
- (39) NELKEN, D.: op. cit., p. 167.
- (40) EHRlich, E.: Die Soziologie des Rechts, op. cit., 243 (trad. it. cit., p. 55).
- (41) EHRlich, E.: Soziologie des Rechts, op. cit., p. 184 (trad. it. cit., p. 42).
- (42) EHRlich, E.: Die Soziologie des Rechts, op. cit., 248 (trad. it. cit., p. 59-60).
- (43) EHRlich, E.: Die juristische Logik, op. cit., p. 81.
- (44) Di teoria politica armonicistica in Ehrlich parla FEBBRAJO A.: Presentazione, op. cit., p. XLII ss.

- (45) BINDER, J.: Philosophie des Rechts, op. cit. p. 1001. Per Ehrlich, scrive ancora Binder, ivi, p. 1002, "diritto valido è solo il diritto che viene osservato realmente nella vita della comunità".
- (46) EHRLICH, E.: Soziologie des Rechts, op. cit., p. 185 (trad. it. cit., p. 43).
- (47) EHRLICH, E.: Soziologie des Rechts, op. cit., p. 186 (trad. it. cit., p. 43-44).
- (48) Il riferimento potrebbe essere ampliato in rapporto alle teorie di Petrazycki e di Sorokin, che distinguono tra diritto e morale nell'ambito dell'etica: il diritto come un fenomeno avente un contenuto etico minimo; la morale come —ovviamente— fenomeno che oltrepassa questo contenuto minimo proprio del diritto.
- (49) EHRLICH, E.: Soziologie des Rechts, op. cit., p. 189 (trad. it. cit., p. 46). Cfr. anche EHRLICH, E.: Die juristische Logik, op. cit., 81 ss. A tal proposito va osservato che quest'ultima opera di Ehrlich è per certi aspetti più matura della *Grundlegung*, anche se vengono riaffermate tutte le tesi principali dell'altra. Sopra tutto, essa appare più sistematica.
- (50) EHRLICH, E.: Soziologie des Rechts, op. cit., p. 189 (trad. it. cit., p. 47).
- (51) Cfr. il mio "Autopoiesi dell'ordinamento dinamico. Diritto e sociologia in Kelsen" in Sociologia del diritto, vol. 18/1991, n. 2, p. 13-42.
- (52) "(i) giudici agiscono come organi della società ed esprimono le più nascoste idee della società tanto meglio comprendono il loro ufficio": Ehrlich: "Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. Vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffenen Werke: Theorie der richterlichen Rechtsfindung". 1971, ora in Recht und Leben, op. cit., p. 212.
- (53) EHRLICH, E.: Die richterliche Rechtsfindung, op. cit., p. 211.
- (54) PARTRIDGE, P.H.: "Ehrlich's Sociology of Law" in SAWYER, G. (ed.): Studies in the Sociology of Law. 1961, p. 1.
- (55) EHRLICH, E.: Die richterliche Rechtsfindung, op. cit., p. 212.
- (56) EHRLICH, E.: I fondamenti della sociologia del diritto, op. cit., p. 199-200.
- (57) KELSEN: H.: Una fondazione della sociologia del diritto, trad. it., p. 90 ss. Verso la fine della sua vita, Kelsen mostrò rimpianto per una critica così aspra. In effetti, negli anni Sessanta, modificando —spesso anche radicalmente— la sua teoria "pura" del diritto, Kelsen si andò avvicinando ad una teoria realistica (e sotto molti aspetti persino sociologica) del diritto, comprovando, a distanza di decenni, le critiche che gli erano state rivolte da autori di impostazioni anche opposte, da Ehrlich a Erich Kaufmann. L'autocritica di Kelsen è documentata nella pubblicazione del Verband der Berliner Gerichtserferendare: Bericht über die Studienreise der Berliner Gerichtsreferendare in de Vereinigten Staaten von Amerika, 26. September-26. Oktober 1965. Berlin, 1966, p. 539. Sulla controversia tra Ehrlich e Kelsen cfr. FEBBRAJO, A.: Presentazione, op. cit., p. XXXIV-XXXIX; ROTTLEUTHNER, H.: Teoria del diritto e sociologia del diritto, op. cit., p. 27 ss; Id., "Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts. Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich (1915/1917)" in KRAWIETZ, W.; SCHELKY, H. (hrsgg): Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen. Berlin, Duncker Humblot, 1984, p. 521-551.
- (58) TIMASHEFF, N.: An Introduction to the Sociology of Law. Harvard University Press, 1939, p. 26; BECHTLER, T.: Der soziologische Rechtsbegriff. Eine systematische Darstellung. Berlin, Duncker & Humblot, 1977, p. 76-78.
- (59) Mi riferisco a ABRAMS, Ph.: Sociologia storica, trad. it. a cura di G. Maggioni, Bologna, Il Mulino, 1983, e a GIDDENS, A.: Sociologia. Un'introduzione critica, trad. it. di S. Portaccio, Bologna, Il Mulino, 1983.

- (60) Sul contrasto tra teoria pura del diritto e teoria pura empirica cfr. anche WURZEL, K. G.: Die Sozialdynamik des Rechts. 1924, ora in Id.: Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft. Wien-New York, 1991, p. 198 ss.
- (61) EHRLICH, E.: Die Soziologie des Rechts, op. cit. p., 252 (trad. it. cit., p. 63).
- (62) EHRLICH, E.: Die Soziologie des Rechts, op. cit. p., 249 (trad. it. cit., p. 60).
- (63) “Che cosa spinge lo Stato ad assumere su di sé, in misura sempre crescente, l’amministrazione della giustizia e la creazione di diritto che spettano originariamente solo ai gruppi sociali minori, fino a vantare su di essi, almeno in teoria, una specie di potere supremo? Se consideriamo lo Stato da solo, prescindendo completamente dalla società, questo atteggiamento risulta incomprensibile; esso, invece, diventa spiegabile solo se pensiamo allo Stato, non già come a un ente sospeso nel vuoto, ma come a un organo della società, nella sempre maggiore consapevolezza che tutti questi gruppi sociali minori, che in parte si sovrappongono, in parte si intersecano, in parte si giustappungono, sono sempre e soltanto dei mattoni per costruire un gruppo sociale più grande e, in definitiva, l’intera società di cui fanno parte”: EHRLICH, E.: I fondamenti della sociologia del diritto. op. cit., p. 183.
- (64) CARRINO, A.: Scienza e politica nella crisi della modernità. Roma, Edizioni Lavoro, 1989, p. 27 ss.
- (65) CARRINO, A.: Autopoiesi dell’ordinamento dinamico. Diritto e sociologia in Kelsen, op. cit. , p. 33 ss.
- (66) TREVES, R.: Sociologia del diritto e sociologia dell’idea di giustizia nel pensiero di Kelsen, op. cit. , p. 175.
- (67) EHRLICH, E.: Die Soziologie des Rechts, op. cit. , p. 249 (trad. it. cit., p. 61)
- (68) PODGÓRECKI, A.: A Sociological Theory of Law. Milano, Giuffrè, 1991, con una “Presentazione” di Vincenzo Ferrari.
- (69) Anche per Petrazycki e Sorokin giuridico e tribunali sono solo prodotti secondari dell’ordinamento giuridico inteso come ordine sociale. Il *prius* è l’ordine giuridico; lo Stato è il risultato dell’ordine giuridico e mai la causa della sua sussistenza e della sua effettività. In effetti, ogni sociologia del diritto non porta mai alla identificazione tra Stato e diritto, ma ne coglie sempre la differenza, in quanto concepisce lo Stato come portato storico dello sviluppo sociale (intellettuale e materiale). Sulla sociologia del diritto di Petrazycki e su Sorokin cfr. BAUM, K. B.: Leon Petrazycki und seine Schüler. Der Weg von der psychologischen zur soziologischen Rechtstheorie in der Petrazyckigruppe. Berlin, Duncker & Humblot, 1967 (su Sorokin, scp. p. 96 ss.); specificamente su P. cfr. GORECKI, J. (ed.): Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki. Urbana, University of Illinois Press, 1975, a ricordato che tra gli allievi di Petrazycki bisogna annoverare, oltre Sorokin, anche Gurvitch e Timasheff, entrambi autori di due importanti sociologie del diritto apparse quasi contemporaneamente alla fine degli anni Trenta. Su quella di Gurvitch vedi TREVES, R.: Saggio introduttivo a GURVITCH, G.: Sociologia del diritto, trad. it. di S. Cotta, Milano, Edizioni di Comunità, 1957, p. XI-XXVII su Timasheff; vedi HUNT, A.: “The Sociology of Law Gurvitch and Timasheff: A Critique of Theories of Normative Integration” in SIMON, R. j.; SPITZER, S. (eds.): Research in Law and Sociology, vol. 2. Greenwich, JAI Press, 1979. p. 169-204 (con qualche riferimento anche a Ehrlich).
- (70) È la stessa domanda che si pone Vincenzo Ferrari nella “Presentazione” del libro di Podgórecki sopra citato, quando scrive “Ci si può chiedere (...) se la nozione di diritto intuitivo su cui si fonda l’intera opera non sia una riproposizione di istanza giusnaturalistiche, sia pure diversamente formulate. Il dubbio sorge spontaneo, se non altro per la funzione che la categoria del diritto intuitivo assume in tutto il corso del ragionamento, come misura del diritto ufficiale. Né vale a dissiparlo la considerazione che l’autore, laico e ben attento agli sviluppi della storia umana, rifugge da ogni assolutezza cogliendo, anche delle forme intuitive del diritto, il carattere transeunte e provvisorio: non mancano infatti, da Vico in poi, esempi di giusnaturalismo storicizzato”: *ivi*, p. X.

- (71) Di fronte a sociologi come Ehrlich, ha osservato Renato Treves, “si può dire che ha avuto ragione Kelsen il quale, distinguendo nettamente la scienza del diritto dalla sociologia del diritto, ha definito con chiarezza la natura delle indagini che quest’ultima disciplina adempie oggi, e ha indicato con precisione i temi di cui si occupa”: TREVES, R.: Sociologia del diritto e sociologia dell’idea di giustizia nel pensiero di Hans Kelsen, op. cit., p. 176.
- (72) Sottolinea l’importanza della distinzione tönnesiana di comunità e società in Ehrlich, JOHNSTON, W. M.: L’esprit viennois, trad. francese cit., p. 99.
- (73) “Il diritto nella sua interezza non è racchiuso nel testo delle norme giuridiche positive”: così commenta, richiamandosi a Ehrlich, HELLER, H.: Dottrina dello Stato, trad. it., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p. 395.
- (74) PAULSON, S. L.: “Introduzione” a KELSEN, H.; TREVES, R.: Formalismo giuridico e realtà sociale, op. cit., p. 20 ss.
- (75) EHRLICH, E.: Die Soziologie des Rechts, op. cit., p. 250 trad. it. cit, p. 62).
- (76) Renner considerava infatti Ehrlich un alleato delle prime battaglie in difesa degli strati meno agiati della società; nella bibliografia ehrlichiana va rammentato, ad esempio, il saggio su Die soziale Frage und die Rechtsordnung, pubblicato sotto pseudonimo sulla "Neue Zeit" (1891) ed anche il saggio, firmato da Ehrlich su Die soziale Frage im Privatrecht, pubblicato sullo stesso giornale nel 1892, che coincide contenutisticamente quasi in tutto col primo. KAWAKAMI, op. cit., p. 255, sospetta un “grosso impegno” politico di Ehrlich in questi anni della sua vita. Per parte sua, JOHNSTON, W. M.: L’esprit viennois, trad. francese cit., p. 101, ha osservato che su alcuni problemi Ehrlich era vicino alla giurisprudenza marxista: “sono le forze economiche e sociali che influenzano il diritto, non l’inverso”.
- (77) CARRINO, A.: Stato e filosofia nel marxismo occidentale. Saggio su Karl Korsch. napoli, Jovene, 1981.
- (78) La sociologia ehrlichiana, analogamente ad altre sociologie coeve -quella di Petrazycki, ad esempio, e poi quella di Sorokin- non riesce ad elevarsi ad una visione dialetticamente integrale del rapporto tra ordinamento giuridico e realtà sociale: l’uno e l’altro restano contrapposti e si integrano solo in un abbozzo di teoria del mutamento sociale che sfocia in una teoria del conflitto tra due ordinamenti giuridici, volta a volta chiamati diritto delle proposizioni giuridiche e diritto vivente, diritto intuitivo e diritto positivo, diritto non ufficiale e diritto ufficiale (Sorokin). Non vi è dubbio che la sociologia giuridica di quest’epoca è in qualche modo segnata dalla teoria vetero-marxista della rivoluzione; ciò anche quando la sociologia marxista o neo-marxista viene rifiutata.
- (79) EHRLICH, E.: Soziologie des Rechts, op. cit., p. 179: “Il nome ‘sociologia del diritto’ esprime quindi il fatto che si tratta di una scienza pura del diritto, con esclusione di ogni applicazione pratica, sia nella giurisprudenza sia nella politica del diritto, e che questa scienza del diritto deve diventare un ramo della scienza della società ed occuparsi del diritto solo in quanto fenomeno sociale” (trad. it. cit., p. 37).
- (80) EHRLICH, E.: Soziologie des Rechts, op. cit., p. 190 (trad. it. cit., p. 46).
- (81) Il problema dell’analisi funzionale è molto presente a Ehrlich: cfr., ad esempio, quanto scrive in Gesetz und lebendes Rechts, 1920, ora in Ehrlich, Gesetz und lebendes Rechts, op. cit., p. 235, sull’analisi funzionale del diritto dei contratti, analisi funzionale che non può limitarsi alla formulazione codicistica (tratta ancora dal diritto romano), ma deve penetrare nella vita del diritto, nei rapporti reali della vita sociale, per poter classificare il diritto dei contratti secondo le sue specifiche funzioni obiettivamente constatabili nella realtà moderna. È importante osservare che la ripartizione di Ehrlich ha innanzi tutto a che fare con l’organizzazione del lavoro e con il modo (organizzazione) di produzione dei beni. In effetti, Ehrlich, non ostante la sua sociologia storica, non trascurava mai la concreta situazione sociale moderna, anche se non mi sembra di aver riscontrato in Ehrlich l’uso del termine “capitalismo”.

- (82) BOBBIO, N.: Dalla struttura alla funzione. nuovi studi di teoria del diritto. Milano, Edizioni di Comunità, 1977, p. 56.
- (83) Così FECHNER, E.: "Rechtssoziologie", sv. in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften. Stuttgart-Tübingen- Göttingen, 1964, Bd. 8, p. 762-768. Sui limiti della sociologia del diritto di Ehrlich cfr. anche RYFFELS, M.: "Schriften zur Rechtssoziologie" in Verwaltungsarchiv, Bd. 64 (1973), p. 38-50. Secondo GURVITCH, G.: Sociologia del diritto, op. cit., p. 133-134. "(i)l difetto essenziale della sociologia giuridica di Ehrlich (...) è la mancanza assoluta di qualsiasi analisi microsociologica e differenziale, vale a dire di una spiegazione che renda conto delle forme di socialità e dei tipi giuridica dei gruppi (...) L'assenza di una tipologia microsociologica e giuridica dei gruppi induce Ehrlich a concezioni fortemente monistiche. Inoltre il diritto della società viene artificialmente impoverito per il fatto di venir confinato esclusivamente alla sfera dello spontaneo, come se anch'esso non avesse le proprie proposizioni astratte negli statuti autonomi dei gruppi e non traesse le proprie regole decisorie dal funzionamento delle corti arbitrali e di organismi analoghi"
- (84) Sul nesso tra diritto e psiche cfr. BECHTLER, T.: Der soziologische Rechtsbegriff, op. cit., p. 52 ss.
- (85) FEBRAJO, A.: "Presentazione" a EHRLICH, E.: I fondamenti della sociologia del diritto, op. cit., p. XL.
- (86) Trattamento dei conflitti, orientamento sociale, legittimazione sono alcune delle funzioni del diritto studiate in particolare da FERRARI, V.: Funzioni del diritto, op. cit.
- (87) È questo uno degli aspetti di maggiore attualità che riconosce alla sociologia di Ehrlich, FEBRAJO, A.: E. Ehrlich: dal diritto libero al diritto vivente, op. cit., dove scrive (p. 157) che il pluralismo giuridico di Ehrlich può oggi apparire, dopo le critiche pure rivoltegli, addirittura una anticipazione di situazioni socio-politiche attuali, connesse cioè alla crisi dello Stato. "Affiora qui - continua Febbrajo- un nuovo paradosso dell'opera di Ehrlich la quale, proprio perché si distingue, per il suo orientamento dal passato, da tanta parte della sociologia del diritto successiva, tesa prevalentemente a cogliere e a inglobare in ampie costruzioni le innovazioni del presente, giunge inaspettatamente, col graduale manifestarsi dei limiti di tali innovazioni e con le loro 'crisi', a ribaltare di fatto il proprio orientamento retrospettivo rivelandosi capace addirittura di prospettare future 'controtendenze' evolutive".
- (88) ROTTLEUTHNER, H.: Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts. Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich, op. cit., p. 551.
- (89) VILLEY, M.: "Études récentes sur Ehrlich et le sociologisme juridique" in Archives de philosophie du droit, vol. 13, 1968, p. 353, riporta le difficoltà in cui si dibatte Ehrlich al fatto che egli si trova preso "tra filosofie opposte, tra le quali non osa scegliere", e sopra tutto, al fatto "che l'ascendente del neokantismo lo paralizza".