LUIGI CAIANI

LA FILOSOFIA DEI GIURISTI ITALIANI

XI

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO

Roma TrE-Press
2021

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Nella stessa Collana

1. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (I). Problemi generali del diritto e del processo* (a cura di M. Cappelletti), 2019

2. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (II). Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto* (a cura di M. Cappelletti), 2019

3. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (III). Diritto e processo costituzionale* (a cura di M. Cappelletti), 2019

4. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (IV). Istituzioni di diritto processuale civile. In Appendice: Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi)* (a cura di M. Cappelletti), 2019

5. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (V). La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove* (a cura di M. Cappelletti), 2019

6. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (VI). La Cassazione civile, Primo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019

7. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (VII). La Cassazione civile, Secondo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019

8. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (VIII). Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni* (a cura di M. Cappelletti), 2019

9. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (IX). Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri* (a cura di M. Cappelletti), 2019

10. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (X). Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa. In Appendice: Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958)* (a cura di M. Cappelletti), 2019

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

LUIGI CAIANI

LA FILOSOFIA DEI GIURISTI ITALIANI

A CURA DI
GIORGIO PINO

XI

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO

RomaTrE-Press
2021

Direttori della Collana La Memoria del Diritto
Luca Loschiavo, *Università di Teramo*
Giorgio Pino, *Università Roma Tre*
Vincenzo Zeno-Zencovich, *Università Roma Tre*

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
Brandon Grotesque, Cocogoose, Courier (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, ottobre 2021
ISBN: 979-12-5977-051-6
http://romatrepress.uniroma3.it

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.

L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana *"La Memoria del Diritto"*

Il diritto e la cultura giuridica, come tutte le discipline e le arti, si nutrono del loro passato segnando continuità, evoluzioni, cesure. E questo è particolarmente vero per gli studi giuridici che, in Italia, godono dello straordinario privilegio di poggiare su una tradizione bimillenaria.

Questa posizione impone anche una responsabilità: quella di osservare con occhi attenti la realtà presente, ben consapevoli però che *nihil sub sole novi*.

La collana "*La Memoria del Diritto*" intende contribuire alla conservazione, viva, di questa tradizione mettendo a disposizione degli studiosi – ed in particolare di quelli più giovani – testi classici della cultura giuridica italiana del Novecento, non più disponibili in commercio e reperibili solo, con difficoltà, nelle biblioteche.

La *Collana* è stata aperta, significativamente, dalla ripubblicazione, in accesso libero, dei dieci volumi delle "*Opere Giuridiche*" di Piero Calamandrei che in poco tempo sono stati "scaricati" decine di migliaia di volte in tutto il mondo.

La *Collana* intende proseguire su questa strada, non limitandosi alla semplice 'riedizione', ma mettendo a disposizione in forma digitale, accessibile *gratuitamente*, *sempre* e *ovunque*, opere di rilievo che pensiamo continuino a costituire un fondamento per gli studi giuridici, orientandoli nella consapevolezza di quanto siamo debitori di chi ci ha preceduto.

Promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre nel quadro delle sue iniziative quale Dipartimento di Eccellenza la *Collana* intende essere un punto di riferimento per tutta l'accademia italiana, stimolando e raccogliendo le proposte che da quest'ultima perverranno, dando a questa iniziativa uno spirito ed una sostanza corali.

Luca Loschiavo
Giorgio Pino
Vincenzo Zeno-Zencovich

INDICE

Giorgio Pino, *La filosofia dei giuristi italiani,* oggi » XI

Introduzione » 1

Sommario. I rapporti tra giuristi e filosofi del diritto in una diagnosi di A. E. Cammarata dell'anno 1922. – Fondatezza di quella diagnosi. – Il mutamento attuale della scienza giuridica italiana rispetto alla filosofia: la «crisi» della scienza giuridica e la «crisi» della filosofia del diritto. – Importanza di tale mutamento e impostazione della ricerca. – Necessità di un chiarimento sui motivi delle «tendenze antifilosofiche» della nostra giurisprudenza. Rapporti tra questo atteggiamento e il c. d. positivismo giuridico. – Positivismo giuridico e giusnaturalismo. – Positivismo giuridico e concezione sociologica del diritto. – Positivismo giuridico e concezione istituzionalistica. – Aspetti necessari del positivismo giuridico. – I motivi specificamente determinanti dell'antifilosofia dei giuristi: *a*) la «autodifesa» della scienza giuridica dalle invadenze della filosofia e l'intervento di F. Carnelutti. – *b*) La «scientificità» della giurisprudenza. – *c*) La sua «purezza». – Le responsabilità della filosofia del diritto nella determinazione dell'atteggiamento antifilosofico della giurisprudenza: *a*) in generale, *b*) con particolare riferimento al neo-idealismo. – Motivi storico-ambientali di questo atteggiamento. – Ragioni dell'odierno mutamento.

I. FRANCESCO CARNELUTTI E IL PROBLEMA DEL GIUDIZIO » 79

Sommario. *Premessa*. – Il motivo centrale del processo di svolgimento del pensiero metagiuridico del Carnelutti: *a*) nel problema dell'oggetto della scienza giuridica, *b*) nella critica al «nomologismo» e al positivismo giuridico, *c*) nel concetto dell'arte del diritto. – Rapporti tra scienza giuridica e filosofia nel pensiero del Carnelutti. – Duplice significato di questi rapporti. – *a*) Filosofia come deontologia. – *b*) Filosofia come immanente consapevolezza del lavoro giuridico. – Il problema del giudizio. – Duplice importanza di questo problema nel pensiero del Carnelutti. – *a*) Dal punto di vista tecnico-giuridico. – *b*) Dal punto di vista filosofico.

II. ALTRI CONTRIBUTI IN TEMA DI GIUDIZIO » 113

Sommario. *Premessa.* – Il problema del giudizio e del processo nelle riflessioni del Satta, del Calamandrei e del Capograssi. – «Le condizioni» e lo «scopo» del processo. – Il formalismo processuale di fronte alla crisi del diritto e il problema del processo «rivoluzionario». – Le antinomie del legalismo processuale nel pensiero del Calamandrei. – Conclusione.

III. TULLIO ASCARELLI E IL PROBLEMA DEL METODO » 129

Sommario. *Premessa*. – Il problema del metodo nella odierna situazione della scienza giuridica italiana. – Caratteri fondamentali del pensiero metodologico dell'Ascarelli. Suoi caratteri specifici nell'ambito della posizione antiformalistica. – Il punto di vista esegetico-dogmatico e il punto di vista storico-filosofico in ordine al problema delle lacune e della natura della interpretazione giuridica. – Superamento di questa duplicazione dei punti di vista nelle più recenti riflessioni dell'Ascarelli. – Caratteri della reazione antiformalistica in Italia con particolare riguardo alle conseguenze delle dottrine neo-idealistiche. – Progressiva caratterizzazione dell'antiformalismo dell'Ascarelli in senso sociologico e realistico. – Rapporto tra funzioni economiche e istituti giuridici e importanza del diritto comparativo nell'esperienza del giurista. – Il concetto di «ricostruzione tipologica della realtà». – Il problema delle valutazioni dell'interprete.

IV. EMILIO BETTI E IL PROBLEMA DELL'INTERPRETAZIONE » 163

Sommario. *Premessa*. – Importanza e continuità del problema dell'interpretazione nell'attività scientifica del Betti. Delimitazione della presente indagine. – I fondamenti gnoseologici e speculativi della teoria generale dell'interpretazione del Betti: Il problema e l'antinomia fondamentale del problema ermeneutico. – Conseguenze di tale impostazione in ordine al problema della interpretazione giuridica. – Natura e funzione dell'interpretazione giuridica. – Rapporti tra interpretazione e integrazione del diritto. – Il problema delle lacune. – Sviluppi della teoria generale della interpretazione in ordine al problema della «deontologia» o metodologia ermeneutica. Canoni fondamentali della interpretazione in generale. E loro puntuale corrispondenza nell'ambito della interpretazione giuridica. – Conseguenze di

tali canoni in ordine al problema della tecnica interpretativa e in rapporto al «Methodenstreit». Il criterio della «valutazione comparativa degli interessi». – Valutazione critica della trattazione del Betti. – *a*) In rapporto alla impostazione generale. – *b*) Con particolare riguardo al problema della validità dei valori. – *c*) In rapporto alle conseguenze di tale impostazione sul problema specifico della interpretazione giuridica. – Il problema della interpretazione giuridica come problema del giudizio interpretativo.

Conclusione » 201

La filosofia dei giuristi italiani, oggi

Giorgio Pino*

L'Autore

La filosofia dei giuristi italiani appare nel 1955. Luigi Caiani ha 34 anni, è uno studioso relativamente giovane[1], ma ha già all'attivo diverse pubblicazioni monografiche, tra le quali il libro *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica* (1954), tuttora regolarmente citato negli studi di teoria dell'interpretazione. Tre anni dopo, nel 1958, pubblica la voce *Analogia (teoria generale)* per l'*Enciclopedia del diritto*: lavoro che, per l'originalità e la lucidità delle tesi sostenute, gli vale un ampio consenso tra giuristi e filosofi del diritto, e che è, anch'esso, tuttora ampiamente utilizzato nei lavori specialistici sull'analogia giuridica[2]. L'anno ancora

* Un sentito ringraziamento alla Prof.ssa Lorenza Carlassare, della quale Luigi Caiani è stato il primo marito, per la generosità con cui ha condiviso con l'autore di queste pagine alcune informazioni e ricordi personali. Questa edizione riproduce la versione originale pubblicata dalla casa editrice Cedam nel 1955. Rispetto al testo originale sono stati corretti alcuni refusi evidenti.

[1] Diversamente che dai giorni nostri, negli anni '50 un uomo di 34 anni era certamente considerato pienamente adulto a tutti gli effetti. Tuttavia, ragionando esclusivamente in termini di ranghi accademici, nel 1955 Caiani era assistente di ruolo della cattedra di Filosofia del diritto e "libero docente", e quindi sostanzialmente ancora ai gradini iniziali della carriera accademica.

[2] La voce *Analogia* fu oggetto di apprezzamento tale, che molti consigliarono a Caiani di espandere le riflessioni lì contenute fino a farne una monografia. Al momento della sua morte (che, come abbiamo visto, è avvenuta appena l'anno dopo la pubblicazione di quella voce), Caiani aveva già predisposto un'ampia parte del lavoro, che si presentava dunque come piuttosto avanzato anche se non definitivo. Questi materiali furono dunque sottoposti ad Opocher (e, da quest'ultimo, a Bobbio) affinché ne valutasse la possibilità di pubblicarli. Nel '69, quando ormai era maturata la decisione di pubblicare in forma monografica il lavoro di Caiani, terroristi neofascisti fecero esplodere una bomba nello studio di Opocher (a quel tempo Rettore dell'Università di Padova), distruggendo gran parte del suo contenuto: tra cui vi era l'unica copia dattiloscritta dello studio di Caiani sull'analogia, che andò perduto per sempre. In proposito, L. Carlassare, *Il mio '68 a Padova: "Quella bomba nell'ufficio di Opocher"*, in «Il Bo Live» (29.08.2018), https://ilbolive.unipd.it/it/news/mio-68-padova-bomba-nellufficio-opocher; v. anche G. Zaccaria, *Io, studente di*

successivo, il 1959, è l'anno della sua tragica e prematura scomparsa.

Luigi Caiani ha fatto parte, anche se per troppo poco tempo, di una importante e interessante generazione "di passaggio" nella filosofia del diritto italiana: aveva tra i suoi coetanei (anno più anno meno) Uberto Scarpelli, Sergio Cotta, Vittorio Frosini, Alessandro Giuliani, giovani studiosi che si affacciavano al mondo degli studi filosofico-giuridici nel contesto dell'Italia post-bellica, dopo aver vissuto la catastrofe del fascismo e della seconda guerra mondiale, alcuni di essi anche partecipando attivamente alla Resistenza[3], e con l'entusiasmo di contribuire ad una società da ricostruire anche sulla base dei principi e valori della nuova Costituzione repubblicana (come tanti altri esponenti di quella generazione, Caiani era vicino a Giustizia e libertà).

Studiosi come questi, per quanto diversi tra loro specialmente negli sviluppi successivi del loro pensiero, erano accomunati da un tratto peculiare (peraltro Scarpelli e Cotta, così come Caiani, erano stati in qualche modo "allievi" di Norberto Bobbio): la volontà di svecchiare e sprovincializzare la cultura filosofico-giuridica, e la cultura giuridica *tout court*, che in Italia era stata dominata nei decenni precedenti dal neoidealismo crociano e gentiliano. Quella che si verificò, con questa generazione di studiosi, non fu tanto una vera e propria abiura o rottura rispetto alla tradizione neoidealista – all'interno della quale quasi tutti loro si erano formati – quanto piuttosto il tentativo di ripensarla alla luce di apporti nuovi e soprattutto con una maggiore apertura al dibattito filosofico internazionale. (La vera e propria rottura con la tradizione precedente, il più profondo rinnovamento della filosofia giuridica italiana, avvennero invece ad opera della generazione immediatamente successiva, quella degli studiosi nati dai primi anni '30 in poi, e grazie alla quale la filosofia del diritto italiana ha poi assunto, nella seconda metà del Novecento, un ruolo di assoluta centralità nel dibattito mondiale.)

In questo quadro, l'itinerario di Luigi Caiani è di grande interesse, e per alcuni aspetti *sui generis*. Si forma scientificamente all'Università di Padova, diventando assistente di Enrico Opocher: quest'ultimo era allievo di Giuseppe Capograssi, e da questi aveva ereditato una "filosofia dell'esperienza giuridica", tendenzialmente polemica verso il normativismo così come verso il realismo giuridico, e portata a individuare gli elementi

giurisprudenza nel '68, in «Il Bo Live» (27.05.2018), https://ilbolive.unipd.it/it/io-studente-giurisprudenza-68.

[3] Caiani peraltro, oltre alla laurea in Giurisprudenza (1948), aveva conseguito una laurea in Filosofia (1946) e in tale occasione aveva frequentato le lezioni di Concetto Marchesi, restandone molto impressionato anche sul piano politico e della coscienza civile.

di "valore" insiti nel diritto. E sia la filosofia dell'esperienza giuridica (in soldoni: l'attenzione vero il momento "pratico", concreto, del diritto – specialmente la sfera dell'applicazione), sia la filosofia dei valori sono ben presenti nell'opera di Caiani, in particolar modo nel già ricordato studio su *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*. Ma negli anni tra il '40 e il '48 a Padova era anche Norberto Bobbio, il filosofo della distinzione e della chiarezza analitica – e proprio verso la fine degli anni '40 Bobbio andava distaccandosi dall'originaria impostazione fenomenologica, per abbracciare un positivismo giuridico "ristrutturato" su rinnovate e più solide basi (il normativismo kelseniano, il neopositivismo logico, la filosofia analitica)[4]. A ciò si può aggiungere che a partire dal 1953 Caiani fu incaricato del corso di Filosofia del diritto presso l'Università di Trieste, dove in quegli anni insegnava anche Vezio Crisafulli: e le conversazioni tra i due sono visibili in filigrana soprattutto nelle pagine del libro sui giudizi di valore citato poco sopra[5]. Infine, Caiani tenne anche corsi di Sociologia (presso la Facoltà di Scienze politiche a Padova), e coltivò con sincero interesse le scienze sociali e le ricerche empiriche: interesse testimoniato da alcuni saggi e dal libro *Problemi dell'Università italiana* (1955).

Credo che bastino questi rapidi cenni per evidenziare in Luigi Caiani il profilo di uno studioso originale, e per certi versi inquieto. Uno studioso che è riuscito a tenere in equilibrio la filosofia dei valori, un rigore analitico e una chiarezza argomentativa che possono essere considerati non comuni per gli standard dell'epoca, e una chiara, percepibile volontà di andare al nocciolo dei problemi filosofico-giuridici senza farsi scudo di appartenenze precostituite a questa o quella scuola.

Il libro e il suo contesto

Come è messo chiaramente in luce dal titolo, *La filosofia dei giuristi italiani* è un libro che ha come protagonisti non i filosofi del diritto, ma i giuristi. È ai giuristi che il libro si rivolge, è con i giuristi che l'autore discute. Detto per inciso, colpisce la sicurezza che Caiani – un autore, come abbiamo detto, tutto sommato ancora piuttosto giovane –

[4] Il definitivo ed esplicito passaggio di Bobbio al positivismo giuridico kelseniano è solitamente collocato nel saggio *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto* (1949), in Id., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955. Questa rifondazione della filosofia del diritto da parte di Bobbio arriverà a piena maturazione in un'ampia serie di scritti apparsi nel quindicennio successivo.

[5] Crisafulli peraltro era il Maestro accademico di Lorenza Carlassare che, come già ricordato, al tempo era la moglie di Caiani.

mostra nel discutere senza alcuna remora o timore reverenziale, e senza risparmiare critiche profonde e frecciate acuminate, con quelli che erano i giuristi più autorevoli del tempo: Francesco Carnelutti[6], Salvatore Satta, Piero Calamandrei, Giuseppe Capograssi, Tullio Ascarelli, Emilio Betti.

Non mette conto ripercorrere, qui, in maniera specifica gli argomenti, le analisi, i rilievi critici che Caiani muove ai diversi autori: nel libro, tutto ciò è esposto con estrema chiarezza e rigore argomentativo, e per molti versi il libro rappresenta tuttora un'ottima introduzione critica al pensiero di quegli autori specialmente in materia di interpretazione e metodo giuridico. Forse è più interessante tracciare brevemente lo sfondo culturale su cui il libro si staglia, e che ne costituisce in un certo senso la ragion d'essere.

La riflessione di Caiani prende le mosse da una duplice constatazione. La prima constatazione è che, per la gran parte della prima metà del secolo, è mancato qualunque dialogo tra giuristi e filosofi (filosofi in generale, e filosofi del diritto in particolare). La seconda constatazione è che questa situazione è andata cambiando più o meno a partire dagli anni '40, ad opera di una generazione di giuristi in qualche modo innovativi che hanno mostrato la volontà e la capacità di uscire dal "sonno dogmatico" in cui gran parte della cultura giuridica italiana era beatamente sprofondata nel corso della prima metà del Novecento.

Cominciamo dalla prima constatazione: la totale assenza di dialogo, e di interesse reciproco, tra filosofi (del diritto) e giuristi. A dire il vero, la responsabilità per questa situazione può essere equamente divisa su entrambe le sponde del (mancato) dibattito. Vediamo.

I giuristi positivi non mostravano alcun interesse per le questioni filosofiche perché, mediamente, essi concepivano il proprio lavoro come una pura tecnica (o, addirittura, una scienza). Il giurista della prima metà del secolo impostava il proprio lavoro alla luce del c.d. metodo tecnico-giuridico, o metodo dogmatico, che raffigurava il diritto come un sistema perfettamente conchiuso di concetti, da cui derivare con operazioni logico-deduttive, e comunque con operazioni tendenzialmente "tecniche",

[6] Curiosamente, sulla «Rivista di diritto processuale» del 1956 appaiono sia una scheda di lettura dedicata a *La filosofia dei giuristi italiani*, siglata "C." (cioè Carnelutti, uno dei direttori della Rivista e autore di praticamente tutte le recensioni che vi apparivano), in cui il libro è segnalato in termini ampiamente positivi; sia un articolo dello stesso Carnelutti, *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, in cui Caiani è trattato con un certo fastidio (fastidio facilmente spiegabile, quantomeno dal punto di vista di Carnelutti, visto che l'analisi di Caiani non gli faceva alcuno sconto). Forse aveva ragione Francesco Galgano, quando indicava Carnelutti come esempio di "lettore distratto" (*Il rovescio del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991, 70).

le soluzioni giuridiche. Il ragionamento giuridico veniva concepito come una serie di operazioni di costruzione concettuale ad albero di Porfirio, o "a matrioska", in cui da concetti dogmatici astratti e molto generali si andavano via via derivando costruzioni più specifiche. Tipico a questo riguardo il modo in cui, a partire dalla categoria generale dei fatti giuridici, si derivavano a cascata gli atti giuridici (come tipo particolare di fatti giuridici), i negozi giuridici (come tipo particolare di atti giuridici), il contratto (come tipo di negozio giuridico), i singoli contratti, ecc.[7]. Tanto questo modo di operare era considerato ovvio e connaturato alla scienza giuridica, una specie di grammatica naturale del giurista, che i giuristi italiani dell'epoca non furono minimamente toccati da quell'acceso dibattito sul metodo della scienza giuridica che invece imperversava nella cultura giuridica tedesca nei primi decenni del '900 (il c.d. *Methodenstreit*). Da questi presupposti discendeva un giurista positivo completamente ripiegato su sé stesso, geloso custode di una *sapientia* plurisecolare se non millenaria, e diffidente verso la possibilità che il diritto potesse essere trattato con strumenti diversi da quelli specificamente giuridici.

I filosofi del diritto del tempo, dal canto loro, non erano in grado di incentivare granché il dialogo con i giuristi positivi. La ragione principale di ciò stava nella circostanza che molti filosofi del diritto condividevano un qualche orientamento di tipo neoidealistico, nelle varianti crociane oppure gentiliane, e questo portava con sé una certa aria di paradosso, visto che sia la filosofia di Croce sia quella di Gentile sminuivano nettamente la dimensione giuridica come dimensione autonoma della realtà (Croce notoriamente riduceva il diritto all'economia; Gentile escludeva che la legge, come volontà astratta, avesse qualche realtà, contando per lui solo la volontà concreta e in atto – la volontà, cioè, di creare una legge o di applicarla, cose che però, per Gentile, appartengono alla "moralità"). La conseguenza di ciò era che i filosofi del diritto neoidealisti dedicavano la gran parte delle proprie energie intellettuali a difendere la possibilità stessa che la filosofia del diritto avesse una sua specifica dignità, una sua specifica ragion d'essere: da cui, ad esempio, il protratto dibattito sulla "dottrina dei compiti", cioè la ricognizione dei compiti – ontologico, gnoseologico, ecc. – di cui dovrebbe occuparsi la filosofia del diritto. Quei filosofi del diritto, in altre parole, proprio in virtù dei loro stessi presupposti culturali erano portati ad occuparsi non del diritto, ma di sé stessi, incentivando una certa

[7] Alcuni giuristi, per la verità (e Caiani lo segnala con molta precisione), nutrivano un atteggiamento antifilosofico non perché aderissero al metodo tecnico-giuridico, ma perché, sulla scorta del positivismo filosofico ottocentesco, intendevano la scienza giuridica in termini tendenzialmente empirici, al pari di una scienza naturale.

immagine della filosofia del diritto come disciplina o ambito di discorso che "parla d'altro" rispetto a ciò di cui si occupano i giuristi positivi. A ciò si può aggiungere, come segnala acutamente Caiani, una certa tendenza "assolutizzante" o "esclusivistica" da parte degli orientamenti filosofici maggiormente in voga in quel momento, in particolare il neoidealismo, che abbiamo appena visto, e il giusnaturalismo: ciascuno dei quali si presentava come unico depositario del sapere speculativo, e finiva per escludere che al di fuori del proprio perimetro vi potesse essere non solo un'altra filosofia del diritto, ma anche alcuna altra scienza giuridica – la sola scienza giuridica ammissibile finiva per essere quella immaginata, rispettivamente, dal giusnaturalismo o dal neoidealismo. E, siccome entrambi questi modelli erano ben lontani dalla scienza giuridica così come realmente praticata dai giuristi, questi ultimi finivano per disinteressarsi del tutto della filosofia del diritto – confondendo *quelle* filosofie del diritto con *la* filosofia del diritto.

Tutto ciò portava ad una vera e propria "tendenza antifilosofica" nei giuristi italiani di quel periodo. I giuristi faticavano a trovare qualcosa di interessante nei discorsi dei filosofi del diritto, e guardavano con sospetto al modo in cui i filosofi del diritto concettualizzavano l'oggetto del loro lavoro: il "diritto" dei filosofi del diritto non sembrava avere molto a che fare con il "diritto" dei giuristi positivi.

A questo proposito Caiani porta esattamente alla luce l'equivoco di fondo che sta dietro questa tendenza antifilosofica dei giuristi del tempo: l'identificare indebitamente la filosofia del diritto con alcuni specifici – anche se, al tempo, influenti – approcci giusfilosofici. Di contro, Caiani ha buon gioco ad osservare che la filosofia è semplicemente l'esigenza, presente all'interno di qualunque settore culturale, di riflettere su sé stesso, sui presupposti lì presenti e sui rapporti con altri settori. Di conseguenza, una filosofia è implicita in qualunque tipo di approccio al diritto: la differenza non è tra giuristi che hanno e giuristi che non hanno una "filosofia", ma piuttosto tra giuristi che sanno di avere una filosofia e giuristi che non sanno di averla[8].

Per quanto riguarda la seconda constatazione, Caiani osserva un movimento di riavvicinamento tra giuristi e filosofia, che prende forma negli anni più recenti, specialmente verso la fine della guerra. Questo movimento, questo superamento delle tendenze antifilosofiche prima

[8] Queste osservazioni di Caiani sembrano anticipare di trent'anni buoni la famosa affermazione di Ronald Dworkin, secondo cui «jurisprudence is the general part of adjudication, silent prologue to any decision at law» (*Law's Empire*, Belknap, Cambridge, 1986, 90).

imperanti, viene messo da Caiani in relazione al tema della "crisi del diritto", un tema ampiamente dibattuto dalla cultura giuridica italiana in quegli anni – per ovvi motivi e in diverse salse: la crisi della legge, la crisi dello Stato, la crisi del positivismo giuridico… Il tema della "crisi", la necessità di superare atteggiamenti culturali precedentemente consolidati, tra cui l'idea della autoreferenzialità del giurista, della natura puramente "tecnica" del suo lavoro, di una scienza giuridica interamente conchiusa e risolta all'interno dei propri dogmi, aveva portato una generazione di giuristi ad aprirsi ad una dimensione "metagiuridica", o genericamente "filosofica", anche se non sempre questa dimensione affiorava con piena consapevolezza e coerenza[9]. Questi giuristi, in altre parole, prendono consapevolezza del fatto che il proprio lavoro comprende una dimensione valutativa e in un certo senso creativa, che il giurista non si limita a svolgere operazioni puramente concettuali e logico-deduttive, ma contribuisce alla vita e all'evoluzione e al cambiamento del diritto: e questo aspetto del lavoro del giurista viene alla luce specificamente nel momento dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto.

È nell'interpretazione, e soprattutto nel giudizio, che il diritto diventa realmente vivo. Ed è in quel momento che il giurista partecipa alla vita del diritto, compiendo scelte, valutazioni, decisioni che non possono essere ridotte ad alcuna rigida logica dei concetti, ma che al contrario evidenziano tutta la dimensione meta-giuridica del lavoro del giurista. È da questo punto di vista che Caiani discute l'opera di giuristi come Carnelutti, Satta, Calamandrei, Capograssi, Ascarelli, Betti, portandone alla luce i presupposti filosofici (o "meta-giuridici"), in pagine di straordinaria lucidità e che tuttora possono essere lette come una insuperata introduzione critica al pensiero di alcuni tra i più importanti giuristi italiani del Novecento.

Un ultimo punto su cui vorrei evidenziare la precisione direi quasi analitica della riflessione di Caiani riguarda il concetto di positivismo giuridico. Il metodo tecnico-giuridico, o dogmatico, dei giuristi italiani della prima metà del Novecento era infatti definito anche metodo "positivistico", e quei giuristi erano definiti (e si auto-definivano) "positivisti". E il vento di crisi degli anni '40, abbiamo visto, investì anche il positivismo giuridico. Caiani ha però cura di spiegare che per certi versi questi giuristi erano "positivisti" anche o soprattutto nel senso del positivismo filosofico ottocentesco, e cioè nel senso di una certa aspirazione a considerare il proprio lavoro alla stregua di una scienza

[9] È, nuovamente, il caso soprattutto di Carnelutti, di cui Caiani non omette di evidenziare il modo di argomentare tanto fascinoso quanto spesso poco rigoroso.

empirica, dove peraltro la dimensione empirica della scienza giuridica veniva ridotta all'esigenza di assumere ad oggetto del lavoro del giurista esclusivamente le norme positivamente vigenti[10]. E per altri versi Caiani nota che la locuzione "positivismo giuridico" significa tante cose, e che non è possibile identificarlo – come, incredibilmente, capita di leggere ancora oggi – con il solo metodo dogmatico o tecnico-giuridico[11].

Giuristi e filosofi, dopo La filosofia dei giuristi italiani

Cosa è accaduto, nei rapporti tra giuristi e filosofi, nei quasi settant'anni che ci separano dalla pubblicazione de *La filosofia dei giuristi italiani*?

Come si sia evoluta, in generale e sotto questo specifico aspetto, la cultura giuridica nel corso della seconda metà del Novecento è stato raccontato più volte e da diversi punti vista[12]. E ovviamente si deve sempre resistere alla tentazione di tracciare facili e superficiali "morali della favola" – alla tentazione, cioè, di condensare in poche battute edificanti decadi e decadi di una storia culturale che è inevitabilmente molto ricca, articolata, per molti versi nient'affatto lineare. Con questa avvertenza possiamo cautamente proseguire sul doppio binario che abbiamo già tracciato nel paragrafo precedente, e provare a vedere come si è caratterizzato il successivo dibattito per un verso nella filosofia del diritto e per altro verso nella dottrina.

La filosofia del diritto italiana a partire dagli anni '50 in avanti ha visto la nascita e lo sviluppo del positivismo giuridico analitico: la corrente di pensiero che riformulava, sulla base di un approccio mutuato dalla filosofia analitica e di strumenti di filosofia del linguaggio, le idee fondamentali

[10] Sul ruolo del positivismo filosofico ottocentesco nella formazione del positivismo giuridico, v. anche P. Chiassoni, *Positivismo giuridico*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013.

[11] Si noti peraltro che Caiani scrive alcuni anni prima che Bobbio, con la sua famosa sistematizzazione e chiarificazione del concetto di positivismo giuridico, ne evidenziasse l'equivocità e la necessità di distinguere tra usi appropriati, usi obsoleti e usi pretestuosi di questa nozione. Cfr. N. Bobbio, *Aspetti del positivismo giuridico* (1961), in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2011; Id., *Il positivismo giuridico* (1961), Giappichelli, Torino, 1996.

[12] Cfr. ad es. G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in «Politica del diritto», 3-4, 1972, 459-499; L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999; L. Nivarra (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2008.

del positivismo giuridico. Questa viene talvolta chiamata la "scuola di Bobbio", e l'etichetta coglie nel segno per quanto riguarda il fatto che questa tradizione di ricerca è stata effettivamente avviata da Bobbio[13], e per il fatto che tutti i partecipanti alla "scuola" riconoscevano in Bobbio un sicuro punto di riferimento intellettuale. Tuttavia, si deve tenere presente che il giuspositivismo analitico italiano non ha rappresentato per nulla una comunità compatta e monolitica, impegnata a replicare certi dogmi di partenza: al contrario, all'interno della "scuola" del positivismo analitico sono ben presto maturati orientamenti di segno molto diverso (ad esempio, sia orientamenti di tipo normativistico, sia orientamenti di tipo giusrealistico), con un tasso anche notevole di polemiche interne, e in cui non solo lo stesso Bobbio ha modificato nel tempo, e profondamente, alcune delle proprie tesi di partenza, ma il pensiero dello stesso Bobbio è stato oggetto di scrutinio critico da parte di molti componenti della "scuola". Mutuando la terminologia di Thomas Kuhn[14], si può dire meglio che il positivismo analitico italiano ha rappresentato l'emersione di un "paradigma", di un certo modo di fare filosofia del diritto e di concepire il ruolo del filosofo del diritto, e che all'interno del paradigma del giuspositivismo analitico sono poi maturate posizioni assai differenziate e per certi versi divergenti.

Ebbene, per quanto interessa qui, una delle caratteristiche del giuspositivismo analitico italiano è stata l'insistenza sul fatto che la filosofia del diritto deve porre ad oggetto del proprio lavoro il diritto positivo, cioè lo stesso oggetto del lavoro dei giuristi. Il filosofo del diritto non deve occuparsi (e certamente non deve occuparsi *solo*) di problemi "altri", del meta-giuridico, ma deve occuparsi dello stesso diritto di cui si occupano i giuristi, e deve occuparsi anche del lavoro dei giuristi stessi (la filosofia del diritto come meta-giurisprudenza). La filosofia del diritto è sempre, in questo contesto, una filosofia del diritto positivo, e il filosofo del diritto è un giurista che dialoga con gli altri giuristi[15]. Al di là delle dichiarazioni programmatiche, si potrebbero fare numerosi esempi concreti del modo in cui i filosofi del diritto hanno instaurato un confronto serrato con il diritto

[13] L'atto di nascita del positivismo analitico è di solito indicato nel saggio di N. Bobbio, *Scienza giuridica e analisi del linguaggio*, apparso nel 1950 sulla «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile».

[14] T. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), Einaudi, Torino, 1995.

[15] Può essere significativo, da questo punto di vista, che il saggio di Bobbio, fondativo e programmatico del nuovo modo di fare filosofia del diritto, appaia non su una rivista di filosofia e neppure di filosofia del diritto, ma su quella che forse era la più autorevole rivista *giuridica* (*supra*, nt. 13).

positivo e con i giuristi, ad esempio facendo emergere i presupposti politico-ideologici e gli effetti para-normativi del lavoro dei giuristi, o analizzando la "grammatica" del loro lavoro quotidiano (l'interpretazione giuridica), o discutendo del fondamento e delle implicazioni normative del garantismo penale e dello Stato costituzionale. Credo che sia sufficiente, qui, ricordare il lavoro, a tutti ampiamente noto, di Giovanni Tarello, di Riccardo Guastini, e di Luigi Ferrajoli, per dare un'idea di cosa possa significare, e di quale importanza possa avere, una filosofia del diritto positivo.

E veniamo adesso alla dottrina. Non si va lontani dal vero se si osserva che la traiettoria osservata da Caiani, verso una apertura dei giuristi positivi alla dimensione meta-giuridica e il loro progressivo distacco dal metodo tecnico-giuridico, si è sempre più consolidata nei decenni successivi all'apparizione del libro di Caiani, fino a diventare una sorta di nuovo abito del giurista. Nel corso degli anni '60 e '70, è diventato sempre più evidente, e con sempre maggior forza reclamato, il distacco dei giuristi positivi dal "sonno dogmatico", dalle strettoie del formalismo giuridico e del feticismo codicistico. Parafrasando Bobbio, si potrebbe dire che mentre in quel periodo fioriva il positivismo giuridico "dei filosofi", il nuovo modo di fare filosofia del diritto all'interno del paradigma del positivismo analitico, parallelamente declinava il positivismo giuridico "dei giuristi", cioè quell'approccio figlio di una cultura giuridica essenzialmente ottocentesca e che aveva permeato di sé la mentalità dei giuristi ancora fino a buona parte della prima metà del '900[16]. Ecco così affacciarsi, e gradualmente acquisire una posizione di centralità nel panorama della dottrina italiana, una nuova generazione di giuristi, come Stefano Rodotà, Pietro Rescigno, Luigi Mengoni, Nicolò Lipari, Pietro Perlingieri, per parlare solo di civilisti, che pongono al centro del loro lavoro l'esigenza di integrare lo studio del diritto guardando alla storia, all'economia, alla società, ai valori etico-politici, ai principi costituzionali, alla comparazione giuridica[17]. Il diritto viene sempre meno concepito come un sistema "chiuso", a sua volta segnato da rigide compartimentazioni interne, ma piuttosto come un sistema aperto e in continua osmosi con il "meta-giuridico" (come avrebbe detto Caiani).

Non intendo affatto dare un quadro completamente irenico e idilliaco

[16] La distinzione tra positivismo giuridico "dei filosofi" e "dei giuristi" ricalca quella tracciata da Norberto Bobbio tra la "filosofia del diritto dei giuristi" e la "filosofia del diritto dei filosofi" (ma ovviamente ha tutt'altro significato): v. N. Bobbio, *Natura e funzione della filosofia del diritto* (1962), in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit.

[17] N. Irti, *La filosofia di una generazione*, in Id., *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

della situazione attuale dei rapporti tra giuristi e filosofi. È vero che molta filosofia del diritto è filosofia del diritto positivo, e che molti giuristi mostrano una chiara apertura a questioni meta-giuridiche e, in molti casi, un'ottima consapevolezza dei risvolti in senso ampio filosofici del proprio lavoro. Ma è anche vero che il dialogo non sempre c'è, e quando c'è non sempre va in direzioni proficue.

Intanto, la filosofia analitica – nonostante le proprie ambizioni – non sempre riesce a fare breccia nei discorsi dei giuristi positivi: i filosofi analitici del diritto spesso cedono alla tentazione dello specialismo, che li porta ad occuparsi di temi facilmente percepibili come esoterici e con un linguaggio non penetrabile da parte di chi non è filosofo di professione; e inoltre, a fronte degli standard di rigore critico e chiarezza argomentativa richiesti dalla filosofia analitica, i giuristi positivi in cerca di conforto filosofico spesso trovano più agevole rivolgersi ad altri linguaggi, ad altri approcci, certamente più "morbidi" e suasivi, come ad esempio quelli offerti dalla filosofia ermeneutica.

Inoltre, è sempre in agguato tra i giuristi la tendenza a concepire il proprio lavoro come una mera tecnica. Questo è particolarmente evidente nelle spinte, ciclicamente riproposte, a riformare i corsi di studio in materie giuridiche nel senso della "professionalizzazione": i corsi di laurea in giurisprudenza dovrebbero servire, secondo questo punto di vista, ad addestrare puri tecnici, capaci di digerire e utilizzare norme e risolvere problemi in maniera quasi algoritmica; e ovviamente in una università di questo tipo non vi sarebbe spazio, se non marginale e decorativo, per le materie "culturali": la storia del diritto, la filosofia del diritto, il diritto comparato, tutto ciò che non serve immediatamente al puro tecnico. Ci sarebbe molto da dire non solo sul tipo di giurista, ma anche sul tipo di società che ha in mente chi propugna modelli del genere. Forse, e a voler risparmiare discorsi di alto livello, si potrebbe solo notare che proprio una concezione professionalizzante degli studi giuridici ha, paradossalmente, disperato bisogno di materie "culturali", perché le norme cambiano di continuo e il giurista in formazione – anziché ingoiare nozioni su nozioni – deve essere dotato degli strumenti (ovviamente, "culturali"…) che gli consentiranno di dominare, e auspicabilmente anche di governare, l'inevitabile, incessante, e prevedibilmente tumultuoso cambiamento giuridico.

E proprio il perenne risorgere di atteggiamenti di questo tipo ci convince una volta di più della profondità dell'operazione che Caiani ha cercato di fare con questo libro, e dell'opportunità di metterlo ancora a disposizione di un pubblico il più vasto possibile.

Introduzione

Sommario: I rapporti tra giuristi e filosofi del diritto in una diagnosi di A. E. Cammarata dell'anno 1922. – Fondatezza di quella diagnosi. – Il mutamento attuale della scienza giuridica italiana rispetto alla filosofia: la «crisi» della scienza giuridica e la «crisi» della filosofia del diritto. Importanza di tale mutamento e impostazione della ricerca. – Necessità di un chiarimento sui motivi delle «tendenze antifilosofiche» della nostra giurisprudenza. Rapporti tra questo atteggiamento e il c. d. positivismo, giuridico. – Positivismo giuridico e giusnaturalismo. – Positivismo giuridico e concezione sociologica del diritto. – Positivismo giuridico e concezione istituzionalistica. – Aspetti necessari del positivismo giuridico. – I motivi specificamente determinanti dell'antifilosofia dei giuristi: *a)* la «autodifesa» della scienza giuridica dalle invadenze della filosofia e l'intervento di F. Carnelutti. – *b)* La «scientificità» della giurisprudenza. – *c)* La sua «purezza». – Le responsabilità della filosofia del diritto nella determinazione dell'atteggiamento antifilosofico della giurisprudenza: *a)* in generale, *b)* con particolare riferimento al neo-idealismo. – Motivi storico-ambientali di questo atteggiamento. – Ragioni dell'odierno mutamento.

Più di trent'anni fa, e precisamente nel 1922, Angelo Ermanno Cammarata, allora assai giovane ma già noto come acuto fautore dell'attualismo nel campo della filosofia del diritto, facendo il punto su quello che ben si potrebbe definire come uno dei problemi cruciali di questa disciplina e cioè il problema dei suoi rapporti con la scienza giuridica, ritenne di poter parlare di una tendenza «antifilosofica» della nostra giurisprudenza.[1]

[1] Cammarata, *Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1922, III, pp. 234-258.

La diagnosi veniva proprio a cadere in un momento assai delicato di questi rapporti, e già l'espressione usata dal Cammarata diceva chiaramente di che natura essi fossero, definendo in effetti puntualmente lo stato di particolare tensione che allora esisteva tra il mondo dei giuristi e quello dei filosofi del diritto.

Il motivo infatti da cui prendeva origine l'intervento del Cammarata era un atteggiamento largamente diffuso tra i giuristi d'allora, che del resto da tempo si andava maturando, per il quale essi guardavano con grande diffidenza o per lo meno con grande indifferenza a tutto quanto avesse attinenza con la filosofia, come se si trattasse di una contaminazione non si sa se più sterile o irriverente della loro rigorosa disciplina.[2]

[2] Su questo atteggiamento dei giuristi nei confronti della filosofia del diritto al tempo dell'intervento del Cammarata si può avere ampia conferma già anche consultando le prime annate della stessa *Rivista internazionale di Filosofia del dirit*to, che, com'è noto, iniziò le pubblicazioni nell'anno 1921. Il Cammarata, nell'articolo cit., nota del resto giustamente che tale Rivista trasse proprio da tale stato di cose quasi uno dei motivi della sua nascita. V. a tale proposito, in questa Rivista, il *Programma della Direzione*, 1921, p. 1. È infatti in questa Rivista che il dibattito aperto dal Cammarata ebbe il suo svolgimento. Per questo v. avanti, nota (5). I più sintomatici interventi in questo senso si possono ritrovare, e si comprende data la sede e l'orientamento, nella *Rivista Italiana di Sociologia*, che ebbe ad ospitare non pochi scritti di giuristi sul problema dei rapporti tra scienza e filosofia del diritto. Qui era apparso, ad esempio, l'articolo del Bonfante, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, (A. XXI, 1917), che conteneva la famosa definizione della filosofia giuridica «come una fase prescientifica nello studio del diritto». Del Bonfante v. ancora la *Replica a Benedetto Croce e Giovanni Gentile*, in *Rivista italiana di Sociologia*, A. XXII, 1918, pp, 3-17, e *Filosofia del diritto e scienza del diritto*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1923, IV, pp. 454-462, con la postilla di Giorgio Del Vecchio, a seguito dello scritto del Cammarata. Qui il Bonfante ribadisce in sostanza la propria posizione nei confronti della filosofia del diritto. Questi due scritti del Bonfante sono anche molto interessanti perché in essi si può ritrovare chiaramente espressa la preoccupazione forse maggiore dei giuristi a quel tempo, che era di evitare la introduzione di elementi genericamente filosofici nella trattazione di problemi specificamente giuridici, (p. 459). Su questo v. avanti, p. 31 ss.

Può essere interessante ricordare che la situazione di «crisi» della filosofia del diritto e l'ostilità dei giuristi nei suoi confronti non datavano certo da quel tempo.

E la situazione era giunta a tal punto che, proprio alla fine di quell'anno, la controversia, dal piano teorico sul quale ormai indugiava da tempo, si estendeva anche al piano pratico, concludendosi in una vera e propria offensiva di politica didattica lanciata appunto contro l'insegnamento della filosofia del diritto nelle nostre Facoltà di Giurisprudenza.[3]

Se ne può infatti ritrovare un ampio riferimento in Vanni, *Il problema della filosofia del diritto nella filosofia, nella scienza e nella vita ai tempi nostri*, in *Saggi di Filosofia sociale e giuridica*, Bologna, 1911, II, p. 5 ss., su cui v. Miceli, *La crisi della filosofia del diritto*, estratto dalla *Rassegna di scienze sociali e politiche*, A. VIII, (1890); Cfr. Bobbio, *La filosofia del diritto in Italia nella seconda metà del secolo XIX*, estratto dal *Bollettino dell'Ist. di Fil. del diritto della R. Univ. di Roma*, A. III, 1942, p. 25 ss.

[3] È infatti del 1922 una proposta del Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione, secondo la quale le Cattedre di Filosofia del diritto avrebbero dovuto esser ricoperte da professori titolari in non più di nove Università. (È però da ricordare che limitazioni anche maggiori erano previste, in questo progetto, per gli insegnamenti di Diritto Ecclesiastico, di Diritto Romano, di Istituzioni di D. R. e di Storia del D. R.). V. il commento a tale proposta, che però fu respinta dalla Commissione parlamentare, fatto dal Cammarata, in *Riv. int. Fil. dir*., 1922, IV, pp. 308-309. Cfr. ancora a questo proposito la nota: *Per le cattedre di Filosofia del diritto, ivi*, 1923, III, p. 95, e la postilla del Del Vecchio allo scritto del Bonfante, cit., p. 462.

Può essere interessante ricordare che questa tendenza a limitare, se non addirittura a sopprimere l'insegnamento della filosofia del diritto nelle Facoltà di Giurisprudenza aveva già avuto un precedente notevole in una proposta del Bonfante, che risale ancora al 1911, secondo la quale questo insegnamento si sarebbe dovuto affidare non ad un filosofo del diritto, ma ad un ordinario di altre materie giuridiche con un supplemento di stipendio. Ed un precedente ancora più remoto e più grave lo ebbe nel 1875 con il provvedimento del Ministro Bonghi, che aboliva l'insegnamento della filosofia del diritto; provvedimento poi subito abrogato, ma ancora riproposto, senza esito però, nel 1890 dal Boselli e nel 1902 dal Nasi. V. su questa tendenza a ridurre le cattedre universitarie ed a «raggruppare» più materie in un medesimo insegnante, Del Vecchio, *Una reformatio in peius degli ordinamenti universitari*, estratto dalla Rivista *L'Università Italiana*, A. XVIII, n. 6-8, 1919 (con particolare riferimento alla filosofia del diritto, v. pp. 9-10).

Fatto questo estremamente significativo dell'atteggiamento così diffuso tra i giuristi, per i quali, tutt'al più, la filosofia del diritto avrebbe potuto conquistare credito solo a patto di trasformarsi, in sostanza, in teoria generale del diritto. Per ampie considerazioni su questo aspetto del problema v. Levi, *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, Bologna, 1920; *Per l'insegnamento della Filosofia e della teoria generale del diritto*, in *Riv. int, Fil. dir.*, 1924, I, pp. 64-70.

«Non è certamente nuova la constatazione – scriveva il Cammarata – che la filosofia del diritto abbia perduto oggi, presso molti giuristi, quel prestigio e quell'autorità di «scientia altior» che aveva un tempo di fronte alla Giurisprudenza. Anzi, mentre il filosofo del diritto crede in cuor suo di agevolare il cammino del giurista, invitandolo a sollevarsi in una sfera ben più elevata che non quella del mero tecnicismo, il giurista, invece, nell'intento di conservarsi «puro» il più che sia possibile, crede indispensabile rifuggire da tutto quel che abbia, anche lontanamente, sapor di filosofia: quasi che ciò costituisse il criterio più sicuro per conservare intatte le doti essenziali del vero giurista»[4].

In verità, non si può dire che mancassero al Cammarata, in quella situazione, gli elementi per confortare la fondatezza obbiettiva della sua diagnosi e per giustificare quindi il suo accoramento. E una conferma anche immediata di ciò la si ebbe già dalla stessa fortuna di cui ebbe a godere quello scritto, per molti aspetti invero estremamente opportuno, oltre che penetrante.

Molti filosofi del diritto, ed anche molti giuristi, furono infatti indotti a proporsi o a riesaminare il problema ed a dibatterlo pubblicamente; mentre non pochi giuristi (ed è forse ciò che più conta) si decisero a rendere ragione più di quanto non avessero fatto sino allora del proprio atteggiamento.[5]

[4] Cammarata – *Su le tendenze…*, cit., p. 234.

[5] Il dibattito su questo scritto del Cammarata si sviluppò soprattutto nelle stesse pagine della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*. Di particolare rilievo furono gli interventi del Bonfante (*Filosofia del diritto e scienza del diritto*, cit.), del Carnelutti (*I giuristi e la filosofia*, *ivi*, 1923, II, pp. 184-189) e del Levi (*Filosofia del diritto e scienza del diritto*, *ivi*, 1923, IV, pp. 463-476). Esso però ebbe a prolungarsi anche in seguito, sebbene non direttamente collegato a questo spunto iniziale. V. ad es., Maggiore, *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1926, p. 376 ss.; Perticone, *Scienza, Filosofia e Diritto*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1927, p. 273 ss. D'altronde su questo tema si può dire abbiano dovuto esercitarsi, nelle loro Monografie, Lezioni, Trattati ecc., quasi tutti i filosofi ufficiali del diritto. Per più ampie considerazioni a questo riguardo v. avanti, p. 47 ss.

Ma l'esito di quella discussione, del resto abbastanza blanda, seppure valse a chiarire in qualche modo le reciproche posizioni, a porre in termini meno generici il dibattito, nonché, per qualche aspetto, ad ammorbidire la crudezza dei precedenti rapporti, si poteva prevedere in fondo come scontato fin dall'inizio.

A parte infatti i motivi per molti aspetti perenni e non eliminabili di quella situazione, che sono da ricercare nella stessa crucialità del problema (dato che, a ben guardare, tanto la filosofia del diritto che la scienza giuridica, per un processo ormai secolare, si trovano ad operare sulla base di un oggetto che esse condizionano e in certo modo si contendono a vicenda, dovendo reciprocamente subire le implicite ed esplicite pressioni, nonché, dai rispettivi punti di vista, le indebite ingerenze[6]), e a parte il fatto, come vedremo di non lieve importanza, che alla diagnosi del Cammarata presiedeva in fondo una fondamentale inaccettabile equazione tra filosofia ed attualismo, quella reciproca incompatibilità tra filosofia del diritto e giurisprudenza aveva troppo radicate e profonde ragioni ed era espressione di una troppo complessa situazione storica e culturale, perché potessero appunto bastare una diagnosi, per quanto acuta, ed una esortazione, per quanto appassionata, a modificarla.

Ed infatti gli interventi delle opposte parti non portarono, in ultima analisi, che a ribadire le opposte tesi: a confermare cioè, da una parte l'avversione o l'indifferenza dei giuristi verso l'attività dei filosofi ed in genere verso qualsiasi prospettiva di indagine che

[6] In realtà, questo è forse il motivo più profondo della continua vicenda polemica che ha caratterizzato e caratterizza i rapporti tra filosofia del diritto e scienza giuridica. La quale ultima, infatti, si è venuta costituendo come scienza autonoma proprio attraverso un processo di svincolamento dalla filosofia del diritto, e soprattutto, com'è ben noto, dalla filosofica del diritto d'ispirazione giusnaturalistica; senza però che l'ipoteca filosofia abbia cessato di gravare, a periodi ricorrenti, sul terreno di competenza dei giuristi; come, per l'inverso, l'ipoteca scientifica o scientistica non ha cessato di gravare nell'ambito di competenza dei filosofi del diritto, attraverso il continuo tentativo di ridurla alla teoria generale.

Cfr. su questo quanto sarà detto più avanti, p. 32 ss.

esorbitasse dai limiti ritenuti di loro rigorosa competenza, ma anche, dall'altra, a riconfermare l'incapacità dei filosofi a convincerli del contrario e quindi, più ampiamente, a stabilire le basi per un colloquio, che, sebbene sinceramente auspicato, almeno da coloro che erano più consapevoli del problema, non poteva restare per il momento che nei limiti di una esigenza puramente teorica e programmatica. Il che, come vedremo, era del resto pienamente conseguente ai caratteri ed alla problematica tipici della riflessione astratta sul diritto di quel tempo.

Un ben più lungo processo di eventi, ed una ben più ampia maturazione di esperienze eccezionali in ogni campo – politico, sociale, morale, culturale, ambientale, insomma, nel senso più comprensivo del termine – dovevano invero esercitare la loro pressione sull'esperienza giuridica perché una situazione come quella recriminata dal Cammarata, come da molti altri filosofi del diritto, potesse modificarsi; perché, cioè, tra i diversi protagonisti della vita del diritto si potesse far luogo alla comprensione, oltre che della necessaria distinzione, anche della necessaria unità dei diversi aspetti e dei diversi momenti mediante i quali l'esperienza giuridica si costituisce concretamente. E perché quindi su questo piano (di cui del resto è tipica espressione lo stesso concetto, ora tanto diffuso in Italia, di esperienza giuridica) si potesse attuare una nuova impostazione dei rapporti tra scienza e filosofia del diritto.

È indubbio, infatti, che chi volesse porsi oggi lo stesso problema che trent'anni fa si poneva il Cammarata, e si chiedesse pertanto quale sia l'atteggiamento attuale, per molti aspetti dominante tra i giuristi italiani dei settori più diversi, verso quelle che potremmo chiamare, con il termine possibilmente più ampio, le implicazioni metagiuridiche o comunque non strettamente tecniche della loro ricerca[7], potrebbe affermare, riteniamo senza tema di errore, che si

[7] Intendiamo con il termine «metagiuridico» quell'insieme di problemi e di esigenze non strettamente tecnici che il giurista incontra nel corso del suo stesso lavoro, e deve risolvere e soddisfare in base a determinate convinzioni che,

tratta di un atteggiamento e di una situazione assai diversi da quelli che erano appunto propri del loro tradizionale agnosticismo. Ché, anzi, volendo parafrasare il titolo dello scritto del Cammarata, si potrebbe semmai parlare, attualmente, di una tendenza per molti aspetti decisamente filosofica (anche se certo non sempre esplicita e disciplinata) della nostra giurisprudenza.

Vogliamo usare l'abusatissimo termine? Si tratta in sostanza di tutto quell'ampio movimento di revisione del proprio metodo di lavoro, dei propri presupposti, delle proprie responsabilità, delle proprie implicazioni e competenze, per cui, già dagli stessi diretti interessati, comunemente si sparla di una «crisi» della scienza del diritto; da vedersi in rapporto, ovviamente, con la più ampia crisi in cui starebbe versando ogni altro aspetto e problema della vita del diritto.[8]

---

nella maggior parte dei casi, egli accetta quasi inconsapevolmente, ritenendole incontroverse o risolubili in termini puramente «tecnici». Così è, es., del problema delle fonti del diritto, di quello della completezza dell'ordinamento, e quindi delle lacune e dei relativi mezzi d'integrazione (analogia, equità, natura delle cose, principi generali del diritto ecc.). come è, più ampiamente, dello stesso problema del metodo, della natura e dei mezzi della c. d. logica giuridica, ed infine dello stesso concetto del diritto, cioè della natura, struttura e funzione dell'oggetto della propria ricerca.

Tutti problemi la cui soluzione dipende in sostanza da una presa di posizione di natura ideologico-valutativa, che non rimane certo senza conseguenze anche in ordine ai risultati concreti della sua attività di tecnico del diritto. E problemi, quindi, che si possono definire «metagiuridici» solo tenendo presente che essi non sono «al di fuori» o «al di sopra» della competenza dei giuristi, giacché, anzi, nella maggior parte dei casi essi sono in fondo più «giuridici» dei problemi puramente tecnici. Per un più ampio chiarimento in ordine a questo punto ci permettiamo comunque di rinviare al nostro lavoro: *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, in particolare, capp. V e VI.

[8] La letteratura sul tema della crisi del diritto (che peraltro, a ben guardare, riguarda soprattutto, e assai genericamente invero, la crisi della «legge» e per lo più si riferisce alle conseguenze di quella progressiva pubblicizzazione del diritto che dipende dalla progressiva interferenza dello Stato nelle attività private – in questo senso, ad es., è il notissimo libro del Ripert, *Le declin du droit,* Paris, 1949 – la quale in realtà si può considerare crisi solo sulla base della assolutizzazione di una

Quale sia il giudizio che di ciò si voglia dare, fondata o me che sia una tal diagnosi, sta di fatto che, obbiettivamente, di questa crisi o di questa situazione (che comunque, occorrerebbe subito precisare, è crisi di quel certo modo di intendere e di fare la scienza del diritto che comunemente si esprime con il termine abbastanza impreciso e generico di «positivismo giuridico»), esiste un'ampia serie di sintomi, di tendenze, di esplicite o di implicite testimonianze; che di essa ampiamente si parla e si discute, sia da parte dei filosofi che da parte dei giuristi, e che tutto questo, in ogni caso, non può non essere interpretato, per quanto riguarda la scienza giuridica, che nel senso di una notevole rottura che si viene appunto attualmente operando nel fronte tendenzialmente unitario e indifferenziato del «positivismo» dei giuristi. I quali, in effetti, sollecitati anche dalle più opposte esigenze, vanno mostrando una curiosità e una diffusa inquietudine, vanno ponendosi dei problemi ed con affrontando

determinata situazione storico-politica-giuridica. Cfr. Cesarini Sforza, *La crisi della legge*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1954, I, pp. 13-16; Ascarelli, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in *Saggi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1949, pp. 89, 106), è ormai vastissima. Si può dire, anzi, che questo sia ormai diventato un tema d'obbligo nell'ambito della letteratura filosofico-giuridica. Sulla crisi del diritto in generale v. comunque, Carnelutti, *La crisi della legge*, in *Riv. di dir. pubblico*, 1930, I, p 424-429 (con particolare riferimento al fenomeno della «influzione legislativa»), e il volume, *La crisi del diritto*, Padova, 1953, con saggi del Ripert, del Capograssi, del Ravà, del Delitala, dello Jemolo, del Balladore Pallieri, del Calamandrei e, ancora, del Carnelutti. Per più ampie considerazioni su questi argomenti v. Opocher, *Il diritto senza verità*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, I, p. 177 ss.; Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe*, *ibidem*, p. 1 ss.

Per la crisi della scienza giuridica v. quanto già osservava il Del Vecchio in *La crisi della scienza del diritto*, Roma 1934, (II ed.). Più di recente, Pugliatti, *La crisi della scienza giuridica*, in *Diritto civile*, Milano, 1951, p. 691 ss. Con particolare riguardo ai riflessi della crisi nei confronti dell'attività del giudice, v. Calamandrei, *La crisi della giustizia*, nel volume *La crisi del diritto*, cit., p. 161 ss.; Satta, *La tutela del diritto nel processo*, in *Atti del Congresso int. di dir, proc. civ.*, Padova, 1953, p. 78 ss.

talvolta delle specifiche ricerche, che esulano certamente dai limiti comunemente ritenuti di loro competenza.[9]

E tutto ciò è ancor più sintomatico e interessante in quanto, a ben guardare, a tale diffusa inquietudine nel mondo dei giuristi, che in senso ampio può essere interpretata come un chiaro segno d'insofferenza per quella che può ben chiamarsi una forma di giuridico esclusivismo, sembra venire quasi puntualmente rispondendo una analoga diffusa inquietudine nel mondo dei filosofi del diritto; all'interno del quale è altrettanto chiaramente avvertibile, e non da oggi soltanto, il bisogno di sottoporre a revisione quella che in fondo non è che la forma corrispondente di esclusivismo: l'esclusivismo di una filosofia «pura», che rifiuta ogni contatto con le implicazioni più concrete dell'esperienza.[10] Tanto

[9] La documentazione di questo mutamento non potrà venire, è chiaro, che dallo svolgimento di questo lavoro, che appunto si propone la ricerca, la documentazione e l'interpretazione delle figure e dei motivi più salienti in cui si esprime questa apertura di interessi caratteristica della scienza giuridica italiana odierna.

Basterebbe, però, per avere un'immediata conferma di questo nuovo clima, consultare, ad esempio, una delle annate più recenti di qualcuna delle nostre più importanti riviste giuridiche, ad es.: il volume VI-VII (1952-53) della *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, dove, fra gli altri, si possono trovare i seguenti articoli: Calogero, *Croce e la scienza giuridica*; Capograssi, *Il problema di V. E. Orlando*; Magni, *Per i rapporti fra logica giuridica e moderna sintassi logica*; Paradisi, *I nuovi orizzonti della storia giuridica*; Calasso, *Metodo e poesia*.

[10] Per più ampie considerazioni sui motivi di tale situazione nell'ambito della filosofia giuridica italiana v. avanti, p. 51 ss.

È però da dire che fino ad oggi, tranne qualche eccezione, questa inquietudine non si è ancora espressa in forma di concrete ricerche; e che a questo proposito rimane pertanto lo stesso pericolo di involuzione, che è stato forse la più tipica caratteristica, ad es., della posizione neo-idealistica, così nel campo della filosofia generale come in quello della filosofia del diritto. La quale infatti esaurì la propria pur vitale tendenza a rompere il cerchio della filosofia sistematica e «chiusa» in quella «teorizzazione della necessità del concreto», che impedì di corrispondere effettivamente alle esigenze da cui era iniziata la propria revisione del compito della filosofia. (Cfr. per questo avanti, p. 57 ss., nota (66). Sulla situazione dell'attuale problematica filosofico-giuridica v. Opocher, *Considerazioni sugli ultimi sviluppi della filosofia del diritto in Italia*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1951, I, p. 1 ss.; *A proposito di problemi attuali*, in *Riv. int. Fil. dir.*,

che non sarebbe difficile constatare come, nella situazione odierna, si venga compiendo quasi spontaneamente un movimento di convergenza, stimolato da comuni esigenze e orientato verso problemi di comune interesse, per il quale i giuristi (s'intende, entro certi limiti, che sarà nostro compito precisare) sono portati a spostarsi verso interessi e prospettive di indagine anche non strettamente giuridiche, ed i filosofi del diritto (anche questi, s'intende, entro certi limiti) sono indotti a spostarsi verso una problematica più aderente all'esperienza giuridica concreta, e quindi agli interessi dei giuristi. Tutti comunque alla ricerca di una base d'intesa, di un comune colloquio, che già di per sé rappresenta un punto notevole d'arrivo; seppure non si possa ancor oggi dire quali ne siano le concrete prospettive e le linee del futuro svolgimento.

1954, I, p. 71 ss.; Piovani, *Momenti della filosofia giuridico-politico italiana*, Milano, 1951; *Il problema della filosofia giuridica italiana oggi*, estratto dagli *Annali Triestini*, a cura dell'Università di Trieste, 1953, Sez. I. V. pure i *Cenni sulla moderna filosofia del diritto in Italia*, nella VIII Edizione delle *Lezioni di Filosofia del diritto* di G. Del Vecchio, Milano, 1952, pp. 107-122; Battaglia F., *Odierne tendenze della filosofia del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, II, p. 246 ss.

Alla necessità di un simile orientamento della filosofia del diritto verso una problematica concreta accenna assai di frequente, in questi ultimi tempi, il Bobbio (V. ad es., *Considérations introductives sur le raisonament des juristes*, Extrait da la *Revue Int. de Philosophie*, n. 27-28 (1954), fasc. 1-2, p. 17). Dove però tale riavvicinamento è inteso dal Bobbio in un senso molto specifico e limitato, che consegue alle più recenti posizioni assunte da questo A. in tema di rapporti tra scienza e filosofia (Cfr. dello stesso A. *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1951, *Introduzione*, e *Saggi di Teoria generale del diritto*, Torino, 1955).

Un risultato concreto di questo orientamento nel campo della filosofia del diritto può essere considerato il recente lavoro del Piovani, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953, che è in effetti un esempio di elaborazione di un problema tecnico sulla base di una più ampia impostazione gnoseologica e speculativa. È chiaro che questo atteggiamento trova uno dei motivi più determinanti nell'insegnamento del Capograssi, la cui opera si può dire sia sostanzialmente diretta a porre sempre in più chiara evidenza la necessità per la filosofia del diritto di inserirsi all'interno dell'esperienza giuridica concreta; ancorché poi, nel pensiero del Capograssi, non risulti del tutto esplicito in quale direzione specifica possa trovare sbocco questo orientamento.

È evidente che una situazione del genere, sebbene ancora in fase di sviluppo, non può lasciare indifferente chi intenda la riflessione sull'esperienza giuridica come bisogno di comprensione di ogni suo aspetto e di ogni sua esigenza, e non soltanto come astratto tentativo di soluzione di certi problemi tradizionalmente ritenuti interessanti dal punto di vista «speculativo». Com'è pure evidente, per l'inverso, quale interesse più ampiamente speculativo possa rivestire la testimonianza che intorno a tali problemi e a tali esigenze vengono appunto proponendo coloro che, come i giuristi, questa esperienza vivono più direttamente.

Orbene, questo è in sostanza il motivo di fondo che ci ha indotti a fermare l'attenzione su di questo argomento, il motivo intorno al quale vorremmo sviluppare le linee della seguente ricerca. La quale infatti, muovendo dalla convinzione dei profondi legami che intercorrono fra ogni aspetto e problema della vita del diritto, e della particolare importanza, anche ai fini speculativi, di quella implicita filosofia che, a ben guardare, circola sempre all'interno della stessa giurisprudenza, (filosofia, ben s'intende, non quale astratta enunciazione da parte dei giuristi delle loro eventuali astratte opinioni filosofiche o morali o politiche e via dicendo, ma appunto quale operante consapevolezza dei problemi che emergono direttamente dalla loro esperienza), vorrebbe proprio cercar di comprendere, e soprattutto di documentare, i problemi, gli aspetti, le esigenze, i punti di rottura, per così dire, intorno ai quali si è sviluppato questo mutamento dell'odierna scienza giuridica italiana. E questo facendo parlare i protagonisti diretti della vicenda, cioè quei giuristi che appaiono maggiormente impegnati in questo senso, nonché valendoci a tale fine dell'aiuto di quei filosofi del diritto che ci sembrano commentare più da vicino questa loro esigenza. Fermo restando che anche sul piano di competenza dei giuristi non esistono quasi mai dispute e problemi puramente ed esclusivamente «tecnici», che cioè non richiedano un certo impegno d'ordine metagiuridico, come d'altronde non vi sono problemi «speculativi» che non rimandino al vaglio di una

specifica esperienza.[11]

È chiaro però che per rispondere a tali domande, e quindi per interpretare nella giusta prospettiva queste testimonianze, è necessario avere qualche idea più precisa sui fondamenti, i limiti ed il significato di questo «positivismo» di cui tanto spesso si parla a proposito dei giuristi:[12] atteggiamento nel quale, non vi è dubbio,

[11] Assai interessanti e significative osservazioni circa il rapporto che esiste sempre, sebbene in forma inconsapevole, tra determinati orientamenti tecnico-giuridici, soprattutto in tema di metodo, e ideologie metagiuridiche, si possono trovare nella nota dell'Ascarelli, *Dispute metodologiche e contrasti di valutazione*, in *Riv. trim. dir. prov. civ.*, 1953, pp. 113-115, dove la stessa disputa tra giurisprudenza concettuale e giurisprudenza degli interessi è vista giustamente in rapporto «a una diversa visione della realtà, e alla fine, ad un diverso accento circa i vari e pur perenni motivi del nostro pensiero» (p. 116). Di questo A., sempre a tale proposito v. altre osservazioni in *Banca, Borsa, Tit. cred.*, 1955, I, p. 105 ss. (a proposito del volume del Bigiavi, *L'imprenditore occulto*). V. pure su questo: Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 175 ss.

È noto del resto che lo stesso atteggiamento giuridico-positivo, che vorrebbe appunto essere un atteggiamento puramente «tecnico», è espressione di una determinata concezione in ordine al problema del diritto e in genere dei rapporti tra scienza e filosofia. (V. ad es. in questo senso, Maggiore, *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, cit., 1926, p. 366 ss.).

Per quanto riguarda i fondamenti ideologici della dottrina pura del diritto, che senza dubbio costituisce il tentativo più rigoroso di teorizzare la posizione puramente tecnico-scientifica del giurista, v. Metall, *Die politische Befangenheit der reinen Rechtslehre*, in *Revue int. de la theorie du droit*, 1933, pp. 163-171; Mayer, *Das Ideologie Problem und die Reine Rechtslehere*, in *Revue int. de la thebrie du droit*, 1937, pp. 22-26; da ultimo Capograssi, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in *Riv. trim. di diritto pubblico*, 1952, n. 4, p. 765 ss. (su cui v. però Bobbio, *La dottrina pura del diritto e i suoi critici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, II, p. 356 ss.).

[12] Riteniamo che sia facilmente accettabile la constatazione che a proposito del concetto, dei fondamenti e dei precedenti del cosiddetto positivismo giuridico vi sono in sostanza delle nozioni estremamente imprecise e generiche, come può essere, tra l'altro, confermato dalla mancanza quasi completa di letteratura specifica al riguardo. Non di rado si parla di positivismo giuridico comprendendo posizioni che hanno ben poco a condividere con esso, come ancora accade, ad es., a proposito della dottrina pura del diritto e in genere del formalismo kelseniano. Su questo v. Treves, *Il diritto come relazione*, Torino,

sono da ricercare i motivi più ampi e più profondi di quella «vocazione» antifilosofica che ha caratterizzato per un lungo periodo (e per certi aspetti caratterizza congenitamente) la fisionomia complessiva della nostra giurisprudenza; soprattutto cercando di individuare, nell'ambito di questa posizione (che, ben s'intende, non è certo nelle nostre intenzioni, come non è nell'economia del nostro lavoro, d'indagare in modo storicamente esauriente)[13] quegli elementi che sono più

1934, p. 31 ss.; Karadgé-Iskrow, *La théorie pure et la dogmatique juridique*,in *Revue int. de la théorie du droit*, 1936, p. 181 ss.

Spesso poi si confonde il concetto di positivismo giuridico con quello di dogmatica, che sono in realtà due concetti eterogenei, il secondo rappresentando una esigenza intrinseca e non eliminabile del lavoro giuridico. Sul positivismo giuridico v. comunque in generale: Schiattarella, *I presupposti del diritto scientifico*, Palermo, 1885, p. 137 ss; Brugi, *Per la storia della giurisprudenza*, Torino, 1902, p. 2 ss.; Falchi, *L'opera di Icilio Vanni e i problemi della gnoseologia della sociologia e della filosofia del diritto*, Sassari, 1903, *Proemio; Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche*, Milano, 1907, p. 22; Vadalà Papale, *La filosofia del diritto a base sociologica*, Palermo, 1885; Miceli, *Principi di filosofia del diritto*, Milano, 1914, p. 58 ss.; Fragapane, *Obbietto e limiti della filosofia del diritto*, I, Roma, 1897; D'Aguanno, *Lo spiritualismo e il positivismo nella filosofia giuridica contemporanea*, Palermo, 1906; Vanni, *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, I, *Lezioni di filosofia del diritto*, pp. 21 ss., 270 ss., III, *Il problema della filosofia del diritto nella scienza e nella vita ai tempi nostri*, p. 10 ss.; Levi, *Le idealità giuridiche nella filosofia positiva del diritto*, Padova, 1906 (Cfr. Bobbio, *La filosofia del diritto in Italia nella seconda metà del secolo XIX*, cit., p. 18 ss.).

Si tratta però sempre di indagini che rimangono su di un piano più filosofico che giuridico e che non approfondiscono quindi il significato e le conseguenze specifiche del positivismo giuridico nei confronti del concreto lavoro giuridico. Più di recente v. Olgiati, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, II ed., Milano, 1950, p. 185 ss., 301 ss. Per considerazioni riassuntive sul tema v. Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridic*o, in *Riv. trim. di dir. pubblico*, 1951, p. 281 ss., ora ristampato in *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, 1953, p. 241 ss. Per lo svolgimento del problema e ulteriore più specifica bibliografia v. comunque più avanti, p. 37 ss.

[13] È chiaro che per avere una visione sufficientemente approfondita delle origini e del significato del c.d. positivismo giuridico sarebbe necessario risalire alla storia di tutto il pensiero giuridico, e in particolare all'epoca della codificazione. E la difficoltà sarebbe ulteriormente aggravata dalla mancanza,

specificamente determinanti di tale atteggiamento.

E innanzitutto, per chiarire e porre nei giusti limiti il problema che ci interessa, occorre mettere in evidenza una cosa di notevole importanza: occorre cioè subito precisare che vi sono delle esigenze e degli aspetti impliciti nel cosiddetto positivismo giuridico (che per il momento dobbiamo accettare come un concetto puramente indicativo e generico), i quali non implicano affatto di necessità un atteggiamento agnostico o negativo nei confronti di quelle che, come abbiamo detto, possiamo chiamare le implicazioni metagiuridiche della giurisprudenza; vale a dire che non sempre e non necessariamente positivismo giuridico e atteggiamento antifilosofico della giurisprudenza sono posizioni che si equivalgono e condizionano a vicenda.

Precisazione che potrebbe invero parere superflua, essendo chiaro, almeno per chi non muova da una concezione chiusa e dogmatica della filosofia, che si può ben essere giuristi «positivi» in quanto si accetti il principio della distinzione e dell'autonomia dell'indagine giuridica rispetto ad ogni altro tipo di indagine e di ricerca (e quindi non si ammetta il ricorso a fonti di valutazione diverse da quella logica-giuridica), senza per questo dover accettare quell'angusta visione dell'esperienza giuridica limitata alla semplice «fattualità» delle norme giuridiche positive, che, come appunto vedremo, è una delle ragioni principali per cui il giurista dogmatico ritiene di potere e di dover prescindere da tutti quei valori, motivi ed esigenze che sono invece gli elementi da cui deve trarre alimento

veramente grave, di una storia della scienza e del pensiero giuridico. V. comunque: Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1919, vol. I, parte I e II; Bonnecase, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris, 1924; Solari, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, Milano 1911, parte I, cap. II.

Per l'economia del nostro lavoro, peraltro, e dato il carattere puramente introduttivo di queste note, la nostra indagine sarà limitata, come appunto diciamo nel testo, a quegli elementi più generali e in più stretta relazione con il positivismo filosofico, che più direttamente hanno contribuito alla formazione dell'atteggiamento genericamente antifilosofico che caratterizzava certi settori della nostra scienza giuridica al tempo dello scritto del Cammarata.

la sua ricerca per essere una ricerca veramente valida, e soprattutto una ricerca veramente efficiente.[14]

Ma precisazione che in realtà si mostra assai opportuna, dato che, a ben guardare, una tale identificazione e confusione tra atteggiamento, per così dire, giuridico-positivo ed atteggiamento *tout court* antifilosofico è implicita ed operante più spesso che non si creda nell'opinione corrente, per quella tendenza quasi fatale insita in ogni «scuola» giuridico-filosofica a considerarsi come la sola legittima depositaria dell'istanza speculativa,[15] e soprattutto quando si ponga mente al fatto che tale identificazione, per quanto ciò possa apparire paradossale, era una conseguenza per molti aspetti necessaria di quelle due correnti, rispettivamente ispirate ai principi del giusnaturalismo e del neo-idealismo, che proprio al tempo della scritto del Cammarata si contendevano con maggior asprezza e vigore il campo.[16]

Per quanto riguarda il giusnaturalismo, non vi è dubbio infatti che tale identificazione discendesse, come sempre discende, dallo stesso carattere fondamentalmente «chiuso» ed esclusivistico di tale posizione, per il quale non solo esiste di necessità una pregiudiziale, imprescindibile equazione tra filosofia del diritto e giusnaturalismo, ma anche, per molti aspetti, un'ulteriore subordinata equazione tra giusnaturalismo e scienza del diritto; nel senso che anche il giurista, pure nell'ambito di sua competenza, non potrebbe o non dovrebbe

[14] Per più ampie considerazioni su questo punto, ci permettiamo rinviare al nostro lavoro: *I giudizi di valore…* cit., cap. IV.

[15] Su questo aspetto del problema v. più avanti p. 46, note ([54]), ([55]).

[16] Per la situazione della nostra filosofia giuridica in quegli anni v. Del Vecchio, *Lezioni di. filosofia del diritto*, cit.; *Storia della filosofia del diritto*, Milano, 1950; Ravà, *Breve storia della filosofia del diritto*, Padova, 1950; Perticone, *Il diritto e lo Stato nel pensiero italiano contemporaneo*, Padova, 1950, e la rassegna del Battaglia, relativa alla filosofia del diritto e dell'economia, nel volume *Cinquant'anni di vita intellettuale italiana*, Napoli, 1950. In particolare, per la posizione del neo-kantismo, v. Treves, *Il diritto come relazion*e, cit., parte I, capo I. Per il neo-idealismo, Leoni, *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, Torino, (?), capp. III e IV.

prescindere da quei principi e valori trascendenti che sono propri appunto di questa fondamentale visione del problema del diritto e della giustizia; principi e valori che devono essere sempre di guida e di ispirazione nella sua concreta ricerca. Il che, del resto, è sempre stato esplicitamente riconosciuto e preteso nell'ambito di questa concezione, la quale, infatti, non ha mai potuto pienamente accettare quell'aspirazione alla propria autonomia che è alla base dello stesso processo di costituzione della giurisprudenza come scienza.[17]

E questa equazione – ed è ciò che qui conta – comportava di necessità una svalutazione, per così dire, di ogni atteggiamento o posizione che non riconoscesse, anche in sede tecnico-giuridica, la trascendenza del diritto naturale rispetto al diritto positivo, ed una conseguente tendenza a considerare ogni posizione di tipo immanentistico come una posizione, in definitiva, positivistica (anche se non ispirata ai principi del positivismo filosofico), dato che, a ben guardare, su questo piano non si può concludere che per la negazione del diritto come valore e per la sua identificazione con il diritto quale fatto. La qual tendenza induceva altresì a considerare ogni diversa posizione come una posizione afilosofica od antifilosofica, in quanto non ammetteva come suprema ispiratrice e regolatrice quella sola valida e vera forma di filosofia che appunto discende dai principi del giusnaturalismo.[18]

[17] Assai interessanti considerazioni a questo riguardo si possono trovare in Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino 1950, p. 61 ss. V. pure Kelsen, *Naturrecht und positives Recht. Eine, Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses*, in *Int. Zeitschrift fur Theorie des Rechts*, 1927-28, p. 71 ss.; *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus,* Charlottemburg, 1928. In generale v. Solari, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, Torino, 1911, I, p. 54 ss.

[18] Si sa bene qual è l'argomentazione fondamentale del giusnaturalismo nei confronti di ogni posizione di tipo immanentistico, sia realistico che idealistico. La negazione del dualismo tra fatto e valore, vuoi con la riduzione del primo al secondo (idealismo), vuoi con la riduzione del secondo al primo (positivismo), non può condurre che alla negazione di qualsiasi criterio di valutazione della realtà. Negazione che sul piano giuridico equivale alla accettazione incondizionata del diritto storicamente posto. Le citazioni a questo riguardo potrebbero andare, si può dire, all'infinito. Basti qui ricordare che nei confronti, ad es., del neo-

D'altra parte, sebbene, ripetiamo, ciò possa sembrare paradossale, considerando la radicale antiteticità dei rispettivi punti di vista, a conclusioni non molto dissimili bisogna giungere anche per quanto riguarda l'altra posizione speculativa, quella ispirata ai canoni del neo-idealismo, dalla quale pure muovevano, come abbiamo visto, le obbiezioni più decisive e perentorie contro il «positivismo» e l'antifilosofia dei giuristi.

A ben guardare, infatti, anche per questa posizione, nonostante il suo asserito superamento di ogni forma di filosofia sistematica e chiusa, l'accusa di tendenza antifilosofica nei confronti della giurisprudenza muoveva in fondo da un'analoga esclusivistica identificazione tra filosofia del diritto in generale e filosofia del diritto così come doveva intendersi secondo i ben precisi presupposti gnoseologici e speculativi del neo-idealismo, o meglio, di quei filosofi del diritto che, anche con notevole diversità di vedute, cercavano di applicare tali presupposti alla loro disciplina[19]. In altri termini, per tal

idealismo, a queste conclusioni giunge pure il più acuto e profondo dei critici di parte giusnaturalistica, il Chiocchetti, di cui v. *La filosofia di Benedetto Croce,* e *La filosofia di Giovanni Gentile*. V. da ultimo: Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, II ed., München, 1947, pp. 71-112; Ambrosetti, *Razionalità e storicità del diritto*, Milano, 1953, Introduzione. Per una più ampia considerazione del problema v. Battaglia, *Oggettività e valori nell'idealismo assoluto*, estratto dal vol. *Filosofi italiani contemporanei*, Como, 1944; *Morale e storia nella prospettiva spiritualistica*, Bologna, 1954, Parte I.

[19] Ci riferiamo evidentemente, in primo luogo, alla stessa posizione del Cammarata, per il quale oltretutto, nell'articolo cit., si intendeva abbastanza chiaramente che una giurisprudenza veramente consapevole delle sue implicazioni filosofiche avrebbe dovuto adeguarsi, più in particolare ancora, a quella critica gnoseologica della giurisprudenza che sarebbe appunto stato suo compito elaborare. Di questa forma di esclusivismo filosofico, tipico e del resto inevitabile della posizione neo-idealistica, v. ancora del Cammarata, *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, Roma 1925, in particolare p. 14 ss.

Ma le affermazioni più tipiche in questo senso si possono ritrovare nei vari scritti del Maggiore, (di cui v., ad es., *Filosofia del diritto*, Palermo 1921, p. 65, in cui si può leggere che la «vera definizione (dell'idea del diritto) è nella vita cosciente del diritto, è il particolarizzarsi dell'idea nella coscienza storica dell'umanità», e *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1923, II, p. 256 ss., su cui v. le critiche assai calzanti del Brugi in: *L'equità e il diritto positivo*,

punto di vista, mancanza di vocazione filosofica non significava in ultima analisi che mancanza di vocazione neo-idealistica, se non addirittura di vocazione attualistica della nostra giurisprudenza. Voleva dire cioè non soltanto che i nostri giuristi mostravano poco rispetto ed attenzione per le esigenze della filosofia nel senso più ampio e comprensivo del termine, e neppure che essi si rifiutavano di accogliere nel loro lavoro l'ausilio di prospettive d'indagine diverse da quella giuridica (ché anzi, di quella sociologica, ad esempio, gli stessi idealisti facevano esplicito rigetto); quanto invece, molto più precisamente, che la giurisprudenza italiana, nel suo complesso, rifiutava di adeguarsi o addirittura ignorava, rimanendo su posizioni «ingenuamente oggettivistiche o realistiche», quella particolare concezione della natura e dei compiti della filosofia come indagine assolutamente metaempirica, cioè relativa all'attività puramente trascendentale del soggetto, che era propria del neo-idealismo; e soprattutto che essa ignorava quella fondamentale distinzione fra concetti puri e concetti empirici o fra pensiero pensante e pensiero pensato che sta alla base, com'è ben noto, della stessa concezione neo-idealistica dei rapporti tra scienza e filosofia.[20] Ignoranza che ancor più

ibidem, p. 450 ss.). Per i capiscuola Croce e Gentile, poi, le considerazioni di ogni posizione non idealistica come posizione «non speculativa», e pertanto «empirica» ed «oggettivistica», si può dire sia il motivo dominante di tutta la loro impostazione problematica. Tutta la *Teoria generale dello spirito come atto puro* del Gentile, ad es., non è che una serie di variazioni intorno a questo tema centrale. Lo strano è che poi, sempre dal punto di vista neo-idealistico, pur rimproverandosi ai giuristi di non voler tenere conto della filosofia, si finiva sempre per riconoscere che il carattere della scienza giuridica non poteva essere che quello di una scienza empirica, classificatoria, ed in definitiva naturalistica. Su questo v. peraltro quanto sarà detto più ampiamente in seguito p. 60 ss.

[20] Un esempio estremamente significativo a questo riguardo lo si può ritrovare, ad esempio, nella famosa polemica del Croce contro lo Stammler. In generale sulla concezione neo-idealistica dei rapporti tra scienza e filosofia v. Leoni, *Per una teoria dell'irrazionale…*, cit., cap. III. Su tutto questo aspetto del problema, e relativa bibliografia, v. più avanti, p. 52 ss.

irritava i neo-idealisti in quanto il loro insegnamento trovava proprio nell'ambito della scienza giuridica la maggiore incomprensione, a differenza di quanto accadeva invece negli altri settori dello scibile umanistico, dove esso aveva già ottenuto i più ampi riconoscimenti.[21]

Con le quali osservazioni non si vuol certo mettere in dubbio che gli esponenti del neo–idealismo, dal punto di vista speculativo da cui muovevano, non avessero le più ampie ragioni, e che l'atteggiamento della nostra giurisprudenza, nel suo complesso, non fosse realmente quello che essi lamentavano. Poiché non vi è dubbio che in base alla logica, per così dire, assorbente ed esclusiva propria della considerazione idealistica di questo, come del resto di ogni altro consimile problema, il loro giudizio negativo nei confronti di tale atteggiamento doveva considerarsi senz'altro legittimo, anzi, inevitabile; non potendosi invero considerare che come «empirica» e pertanto come non filosofica qualsiasi posizione di pensiero che ingenuamente o criticamente non giungesse al superamento di quel dualismo fra oggetto e soggetto che solo, secondo tale dottrina, può aprire la strada maestra della filosofia.

Soltanto si vuol porre in evidenza che tale giudizio, che appunto si traduceva, come abbiamo visto a proposito del Cammarata, nell'accusa d'antifilosofia per la nostra giurisprudenza, era per certi aspetti anche qui la conseguenza di una determinata ed in fondo esclusivistica concezione della natura e dei compiti della filosofia, ed in particolare di una determinata soluzione del problema dei rapporti

[21] È veramente singolare, invero, che il mondo dei giuristi rimanesse così indifferente e spesso così ostile rispetto alle influenze del neo-idealismo (salvo qualche isolata eccezione, come fu in seguito per il Gorla, di cui v. *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, e per qualche aspetto per l'Ascarelli, nonché per qualche storico del diritto), mentre ad es., com'è notissimo, il neo-idealismo era riuscito a smantellare quasi completamente in Italia ogni possibilità di lavoro per la sociologia; e con l'estetica del Croce si stava ormai completamente affermando nel campo della critica letteraria, oltre che nel campo storiografico, dove però trovava ancora delle resistenze.

tra la stessa filosofia e tutto ciò che, in base a tale concezione, veniva ridotto, in modo invero alquanto generico, sotto il concetto di scienza. Giudizio che evidentemente non può più essere accettato in base a quella valutazione storica e non solo immediatamente polemica del problema che è necessaria per comprendere una determinata situazione culturale nella complessità e nella necessaria interdipendenza dei suoi principali aspetti e delle sue diverse esigenze; e nella quale anche l'esigenza filosofica deve potersi interpretare non solo come un tentativo di soluzione di certi problemi astrattamente ed in fondo arbitrariamente considerati «speculativi», ma invece, più ampiamente, come l'espressione dello sforzo che si compie, all'interno di ogni settore culturale, onde ottenere una sempre maggiore consapevolezza del proprio operare e dei propri rapporti con gli altri aspetti e momenti in cui si realizza l'istanza conoscitiva.[22]

Ciò si doveva tra l'altro precisare in quanto, se è pur vero che, per molti giuristi, nel periodo in cui l'atteggiamento antifilosofico della nostra giurisprudenza era un fenomeno indubbiamente diffuso, si poteva in effetti parlare veramente di una forma acritica di oggettivismo e di dogmatismo antifilosofico, che comportava una conseguente altrettanto dogmatica chiusura, sul piano metodologico,

[22] Queste sono affermazioni che avrebbero certamente bisogno di più ampia trattazione e approfondimento. Ci basti qui ricordare che è in questa direzione che si può meglio interpretare nella sua fisonomia complessiva tutto lo sforzo del pensiero contemporaneo; in quella direzione che l'Abbagnano chiama della filosofia «militante». Un concetto cioè aperto dalla filosofia, che tende peraltro sempre pii chiaramente a trasformarsi in consapevolezza dall'operare scientifico, sebbene non si possa intendere questa trasformazione nel senso, ad esempio, del positivismo logico, ma in senso comprensivo anche delle scienze storiche e culturali, e non soltanto matematiche e naturalistiche, com'è appunto del positivismo logico stesso. Cfr. Dewey, *Logica, teoria dell'indagine*, trad. italiana, Torino, 1950; Banfi, *L'uomo copernicano*, Milano, 1950. V. pure i volumi: *Saggi di critica delle scienze*, Milano, 1950, e *La crisi dell'uso dogmatico della ragione*, Milano, 1953, entrambi a cura di vari autori, tra cui Abbagnano e Banfi.

dell'indagine giuridica verso ogni componente metagiuridica del proprio oggetto, è però altrettanto vero che di questo non si poteva certo parlare, ad esempio, per quei grandi esponenti della tradizione giuridica, quali il Bonfante, il De Francisci, il Brugi, il Brunetti, ed altri, che direttamente si richiamavano, tramite le dottrine dell'Ardigò e del Vanni, alla visione del mondo proprio del positivismo per così dire classico.[23] I quali giuristi, pur non essendo né idealisti né giusnaturalisti, avevano una concezione del fenomeno giuridico, quale aspetto di tutta una più complessa realtà e problematica sociale, o sociologica che si voglia, che implicava un profondo impegno d'ordine filosofico, e che, d'altra parte, non rimaneva certo senza conseguenze sul piano del metodo. Dato che, proprio in conseguenza di tale complessa visione, il principio del richiamo alla «positività» dei fatti non comportava affatto una riduzione o limitazione dell'indagine giuridica alla semplice «fattualità» della norma o del sistema delle norme positive vigenti, ma anzi ne reclamava l'apertura verso quei fatti o «fattori» che sono appunto le determinanti sociologiche del diritto, cioè ne pretendeva il riferimento all'esperienza giuridica anche nel suo aspetto non strettamente normativo.[24]

[23] V. Ardigò, *La morale dei positivisti*, in *Opere filosofiche*, Padova, 1886, vol. III; *Sociologia*, *ibidem*, vol. IV; Cfr. Bobbio, *La filosofia del diritto in Italia…*, cit., p. 23 ss.; Levi, *Diritto e società nel pensiero di R. Ardigò*, in *Riv. di Filosofia*, XVIII, 1928, p. 15 ss.; Brugi, *L'opera di R. Ardigò nella filosofia del diritto*, in *Archivio giuridico*, LXXX, 2, (1908) e bibliografia *ivi* cit.; Sternberg, Th, *Zur italienischen Rechts-philosophie: Roberto Ardigò und seine Schule*, in *Arch. f. R. u. W. phil.*, III (1909-10) p. 50 ss.; Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 1904; *Prime linee di un programma critica di sociologia*, in *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, Bologna, 1906, I, pp. 419-550, in particolare, pp. 472-479; *Il problema della filosofia del diritto nella filosofia, nella scienza e nella vita ai tempi nostri*, in *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, Bologna, 1911, II, pp. 1-71. Cfr. Falchi, *L'opera di J. Vanni e i problemi della gnoseologia, della sociologia e filosofia del diritto*, cit.; Perticone, *Il diritto e lo Stato nel pensiero italiano contemporaneo*, Padova, 1950, pp. 47-53.

[24] In questo senso, ad es., era la sostanza del saggio del Bonfante, *Il metodo naturalistico…*, cit., che tanto scalpore suscitò, come abbiamo visto, presso i filosofi del diritto. Qui, infatti, era chiaramente espressa l'esigenza di tener conto, ai fini della conoscenza di un istituto, dei contributi del metodo «organico», che, «applicato

Sicché per tali giuristi, ed erano tra i maggiori a quel tempo, pure nei limiti della visione scientistica propria del positivismo, non si poteva certo parlare di atteggiamento antifilosofico nel senso dogmatico o addirittura «puristico» del termine, perché, al contrario, il loro stesso orientamento ne stimolava una notevole ricchezza e vivacità di interessi d'ordine metagiuridico, inducendoli a proporsi tutta una serie di problemi, come ad esempio quello dei rapporti tra diritto ed economia o fra economia e politica e in genere sui problemi della genesi sociale del diritto, che certamente esulavano dai limiti del mero tecnicismo. Coerenti in questo, del resto, con quella mentalità tendenzialmente enciclopedica che era caratteristica della stessa *forma mentis* dei grandi positivisti.

Ed analoghe osservazioni si potrebbero fare considerando un altro orientamento già a quel tempo diffuso tra i giuristi, il quale, pur non essendo d'ispirazione attualistica o giusnaturalistica, non poteva peraltro venire definito come «positivistico» e quindi chiuso nei confronti dei problemi anche speculativi che sono impliciti nell'esperienza del giurista. Vogliamo riferirci a quella concezione istituzionalistica che, sviluppatasi proprio all'interno della scienza giuridica e per opera di un insigne giurista inizialmente convinto assertore del metodo dogmatico – il Romano[25] – era certamente tale da superare ampiamente i limiti di una problematica strettamente tecnico-giuridica, introducendo anch'essa direttamente sia al problema della natura o, se vogliamo, al problema dei caratteri

nella sua complessiva e vasta efficienza può segnare ad un tempo stesso la definitiva costituzione scientifica e l'autonomia della storia giuridica e insieme, per una ripercussione spontanea…, della scienza del diritto». (p. 71). V. pure in questo senso: De Francisci, *La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine*, in *Riv. int. Fil. dir.*, p. 236 ss.; *Dommatica e storia nell'educazione giuridica*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1923, p. 373 ss.; in particolare p. 385 ss., V. pure Brugi, *L'opera di Roberto Ardigò nella filosofia del diritto*, cit., p. 20 ss.

[25] V. Romano, S., *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918; *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

differenziali del diritto, sia più ampiamente allo stesso problema delle fonti del diritto. Tanto è vero che tale dottrina non poté lasciare indifferenti anche coloro che si ritengono competenti al riguardo, cioè i filosofi del diritto, i quali infatti ne dibatterono ampiamente gli aspetti tendenzialmente filosofici, o furono indotti comunque a prendere posizione rispetto ad essa. Anche se per concludere, come era inevitabile, ad esempio, per il punto di vista neo-idealistico, che anche questa era una posizione «empirica», da non potersi accettare pertanto sul piano speculativo.[26]

D'altra parte, sempre per meglio precisare i rapporti tra l'antifilosofia dei giuristi ed il concetto di positivismo giuridico, è ancora da tener presente che a determinare questa tipica posizione della giurisprudenza concorsero e concorrono dei motivi e delle esigenze che sono, per così dire, perennemente operanti e necessarie nel suo processo di costituzione come scienza; motivi

[26] «Adoperando il concetto di «istituzione» – afferma ad es. il Cesarini Sforza – la scienza sposta il suo limite, appende più in alto – potrebbe dirsi – il primo anello della sua catena concettuale, ma non modifica minimamente il suo procedimento logico… E sia che nel concetto di istituzione si metta in rilievo l'elemento sociologico, come fanno Hauriou o Renard, o la si configuri piuttosto secondo il profilo giuridico, come fa Romano, il dato-limite ha sempre carattere nettamente oggettivo, consistendo in una attività irriducibile a qualsiasi manifestazione o combinazione di volontà soggettive. Si può anche discutere se di istituzioni ve ne siano molte oppure una sola, la quale non potrebbe essere che lo Stato; ma la pluralità delle istituzioni e degli ordinamenti giuridici non disgrega l'oggettività, e soltanto fa sorgere il problema del rapporto tra le varie forme che questa assume» (Cesarini Sforza, *Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1936, pp. 100-101). La quale oggettività può essere soltanto «disgregata» e quindi veramente compresa nel suo «perpetuo nascere» dal pensiero filosofico (*ibidem*, p. 101). Il Cammarata vedeva invece nel tentativo del Romano «un segno di sfiducia nella filosofia del diritto» (*Su le tendenze…*, cit., p. 235). Per una ampia discussione della tesi del Romano, v. Del Vecchio, *Moderne concezioni del diritto*, I, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1921, p. 192 ss.

Da ultimo per una diversa valutazione dei rapporti tra normativismo e istituzionalismo v. Battaglia, *Alcune osservazioni sulla struttura e sulla funzione del diritto*, estratto dalla *Rivista di Diritto civile*, I, 1955.

ed esigenze che peraltro, pur imponendo al giurista una *forma mentis* per certi aspetti necessariamente «positiva», non comportano affatto, come inderogabile conseguenza, una sua dogmatica chiusura e insensibilità per tutto ciò che, pur non essendo ancora recepito nelle forme specifiche della giuridicità, costituisce l'*humus* storico e culturale da cui deve trarre alimento la sua ricerca.

Tali sono infatti i motivi e le esigenze che discendono in sostanza da quel principio della certezza e della divisione dei poteri che condizionano tutta la struttura ed il sistema di funzionamento degli ordinamenti giuridici di tipo «chiuso» o continentale: caratterizzati, oltre che da altri elementi, dai tre dogmi fondamentali della unicità della fonte di qualificazione giuridica, della conseguente assoluta prevalenza della norma generale e astratta rispetto alle situazioni o fattispecie reali proposte dalla esperienza, e quindi della necessaria subordinazione all'attività del legislatore dell'attività di coloro che conoscono e che applicano il diritto. Dai quali dogmi discende pure l'ulteriore necessaria finzione della «logische Geschlossenheit», ovvero della chiusura o completezza logica dell'ordinamento; il quale, a ben guardare, non è un principio o un presupposto su cui gli operatori giuridici possono o meno convenire in base a determinate convinzioni metodologiche o più ampiamente speculative che essi eventualmente ritengano, ma un attributo che spetta necessariamente, che spetta, si potrebbe dire, per definizione a questo sistema di organizzazione dell'esperienza giuridica. La quale, infatti, richiede sempre, date queste sue caratteristiche, l'inclusione nelle forme precostituite nell'ordinamento, sia pure in forma di decisione giurisdizionale negativa, di ogni «caso» o situazione concreta di cui venga richiesto il giuridico regolamento.[27]

[27] Sono fin troppo note le discussioni e le controversie circa il problema della «completezza» o «incompletezza» dell'ordinamento, discussioni e controversie che sono in diretto rapporto con il problema delle lacune e quindi dei mezzi (analogia, equità, natura dei fatti e principi generali del diritto) di cui il giurista si può valere per completarle; cioè con il problema cosiddetto della integrazione del diritto (concetto anche questo estremamente dibattuto e controverso, in rapporto alla possibilità di distinguere l'integrazione della interpretazione del diritto. Per la tesi affermativa v. Giannini, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, p. 525 ss.,

Ed infatti è proprio a questo principio e a questa inderogabile esigenza che sono ispirati i due motivi fondamentali in base ai quali deve operare il giurista in questo tipo di ordinamento: il motivo che potremmo dire operante in funzione «della continuità», ed il motivo che potremmo dire operante in funzione della «sistematicità» dell'ordinamento. Il primo, che appunto richiede da parte del giurista l'adozione di quella tecnica, se così si può dire, di riduzione del concreto all'astratto e del nuovo al previsto che lo stesso legislatore predispone e disciplina mediante quelle tipiche finzioni operative, come quella dell'analogia o del ricorso ai principi generali, che si può dire presiedono ad ogni attività di integrazione e applicazione del diritto. Il secondo, che, sempre in funzione di tale esigenza, è diretto in sostanza a ricavare dalla molteplicità anche frammentaria e incoerente delle norme che costituiscono l'ordinamento legislativo in senso stretto quei motivi o principi unitari superiori e logicamente

L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie, in *Riv. dir. fin. e scien. fin.*, 1941, II, pp. 88-90; contra, Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, n. 7 ss., 132 ss.; Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 38 ss).

Sul problema delle lacune e relativa bibliografia v. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1919, II, p. 357 ss.; Donati, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910; Zitelmann, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903; Ascarelli, *Il problema delle lacune e l'art. 3 Disp. Prel. Cod. Civ. (1865) nel diritto privato*, in *Archivio giuridico*, XCIV, 1925, ora ristampato in *Studi di diritto comparato…*, cit., p. 209 ss.; Caiani, *I giudizi di valore…*, cit., p. 235 ss., note 30 e 31.

Con quanto è detto nel testo non si vuole peraltro affermare che l'accettazione o meno del presupposto della «completezza» sia irrilevante ai fini dei risultati del concreto lavoro ermeneutico, ma solo che essa deve considerarsi appunto come una «finzione» necessaria, che dipende appunto, come diciamo nel testo, dai caratteri tipici dell'ordinamento giuridico di tipo chiuso, e dalla esigenza che il giurista che opera sulla base di tale presupposto di adeguarvisi. Cfr. su questo, più ampiamente, Caiani, *I giudizi di valore…*, cit., cap. V.

coerenti che, appunto costituiti in sistema, consentono di considerare ogni nuova proposizione del suo discorso come dedotta e qui giustificata in base a una proposizione definita in precedenza.[28]

Il che permette di spiegare sia quella tipica tendenza «conservatrice» propria della scienza giuridica di tipo continentale, (di cui peraltro vedremo meglio avanti l'importanza) sia l'altrettanto tipica tendenza del giurista che opera in questo tipo di ordinamento a considerare la propria attività come un'attività sostanzialmente esemplata sul procedimento di tipo sillogistico, o meglio, come un'attività di tipo induttivo o deduttivo, a seconda che egli parta dal caso per ricondurlo al principio, o viceversa.[29] Quand'anche poi – e qui sta veramente il punto – nell'effettiva prassi giuridica sia proprio con l'adozione di tali tecniche operative, la posizione di tali principi ed il reciproco adattamento tra questi ed il «caso» dell'esperienza (cioè attraverso la sua «qualificazione» giuridica) che possono farsi valere quelle nuove esigenze ideologiche e quelle

[28] Si vedano in questo senso le acute osservazioni dell'Ascarelli (in *Studi di diritto comparato…*, cit.) dove egli osserva che il dogma della completezza, caratteristico degli ordinamenti giuridici di tipo chiuso, o continentale, impone «di riportare l'attività dell'interprete nell'ambito di uno sviluppo euclideo delle premesse poste dal legislatore». (*Prefazione*, p. XXIX).

[29] In questo senso si vedano, di recente, le osservazioni del Bobbio nel saggio *Considérations introductives sur le raisonnement des juristes*, cit. Attualmente, com'è ben noto, il carattere logico-deduttivo e più ampiamente logico-formale dell'indagine giuridica ha assunto nuovo vigore e più rigoroso approfondimento in sede gnoseologica ed epistemologica con i tentativi di applicare alla logica giuridica i criteri di validità e i procedimenti della logica simbolica e del ragionamento assiomatico (v. Klug, *Juristische Logik*, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1951); in Italia sviluppati dal Magni, e in sede più ampiamente teorica dal Bobbio. (Del Magni, v. *Logica, matematica e scienza giuridica*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1950, pp. 193-249; *Logica giuridica e logica simbolica*, Estratto dalla *Rivista di Diritto processuale*, 1952; *Per i rapporti fra logica giuridica e moderna sintassi logica*, Estratto dalla *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1952; per ampi ragguagli su questi orientamenti v. Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, 1953, cap. I, II, III. Cfr. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, II, *Il problema della scientificità della giurisprudenza*, Padova, 1953, pp. 78-80).

nuove situazioni di fatto che appunto non si potrebbero soddisfare in base al dogma della completezza logica dell'ordinamento.[30]

Mentre non è da dimenticare, sempre in quest'ordine di precisazioni, che lo stesso motivo della positività e per certi aspetti della «purezza» dell'indagine giuridica è altresì l'espressione di un'altra esigenza, anche questa fondamentale ed imprescindibile, e del resto strettamente connessa alla prima, nel processo di costituzione della giurisprudenza come scienza. Non bisogna cioè dimenticare che questo motivo dipende dal bisogno del giurista di chiarire sempre più esattamente i limiti e l'autonomia dell'indagine e soprattutto del giudizio giuridico (o meglio, del giudizio di validità giuridica) da ogni altro tipo di indagine e di giudizio (economico, politico, morale, ideologico insomma nel senso più comprensivo del termine), che possano eventualmente proporsi in ordine al suo medesimo oggetto. Giudizi che, pur essendo certamente legittimi in sede diversa da quella giuridica, con questa non possono porsi, per così dire, in concorrenza se non a patto di snaturarne lo specifico carattere e la specifica funzione; che è quella di conoscere per applicare il diritto, e non di valutarlo astrattamente in base a criteri metagiuridici o addirittura trascendenti.[31]

---

[30] Per l'approfondimento di questo punto v. Caiani, *I giudizi di valore…*, cit., capp. IV, V, VI. V. pure in questo senso: Ascarelli, *Funzioni economiche e istituti giuridici…*, cit., p. 60 ss.

[31] Questo è il motivo, pur sempre profondamente valido e indiscutibile, il cui approfondimento va a merito soprattutto del Kelsen, di cui v. tra l'altro l'interessantissimo articolo, *Value judgements in the science of Law*, in *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. VII, 1942. A proposito del quale, con specifico riferimento al problema del giudizio di validità giuridica rispetto al giudizio di validità etica v. Bobbio, *La dottrina pura del diritto e i suoi critici*, cit., e in generale, *Formalismo giuridico e formalismo etico*, in *Riv. di filosofia*, 1954, n. 3, p. 235 ss. (Cfr. pure Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, cit., capp. V e IX; Hall, *What is value?*, London, 1952, spec. cap. V, con riferimento alla impostazione della filosofia analitica. Per più ampie considerazioni sulle possibilità di applicazione dei criteri di verificazione del neo-positivismo al mondo della pratica v. Bagolini, *La interpretazione del non verificabile*, estratto da *Il Saggiatore*, 1954, 1, p. 69 ss.). Dove però, a proposito della tesi del Bobbio, occorre notare come questo A., pur avendo messo giustamente in evidenza il chiaro rapporto che può venire al problema della scienza giuridica dalla distinzione fra giudizio

Ed anche questo motivo, pur potendo degenerare, come in effetti è accaduto ed accade, in una forma di vero e proprio agnosticismo positivistico ed indurre il giurista a ritenere giuridicamente irrilevante tutto ciò che non è recepito obbiettivamente nell'ordinamento, non è peraltro connesso di necessità ad un simile atteggiamento. Potendo egli infatti mantenersi esattamente nella propria dimensione e nei limiti della propria competenza, senza per questo ignorare la notevole e talvolta decisiva importanza che possono assumere questi elementi anche ai fini specifici della sua ricerca.

di validità giuridica e giudizio di validità etica – il primo, in sostanza, giudizio di accertamento, il secondo giudizio di valore – non sembra avvertire che nell'ambito riservato, per così dire, al giurista dal giudizio di validità, che ne delimita la sfera di competenza, esiste tutta una serie subordinata di giudizi che non possono essere ricondotti sotto il criterio generale del giudizio di validità, e tanto meno sotto quello del giudizio di esistenza o di fatto e del giudizio logico, specie in quella serie di operazioni mentali che riguardano l'interpretazione (ma che interessano peraltro anche l'attività sistematica) e che il Bobbio stesso ammette essere attività di carattere induttivo, e più precisamente di carattere storico (v. *Considérations introductives…*, cit., p. 14 ss.). Pertanto, quando egli giustamente afferma che il vero problema, per la qualificazione del linguaggio del giurista e in genere per la qualificazione della scienza giuridica, è di chiedersi «se e in qual misura egli (il giurista) formuli dei giudizi di valore» (*Ivi*, p. 5 dell'estratto), e vi risponde in sostanza negativamente, non sembra voler porre mente al fatto che per giudizi di valore non si possono intendere soltanto i giudizi nettamente deontologici o ideologici (giudizi sulla validità morale o sulla validità politica o sulla idoneità tecnica, strumentale, della norma), che è l'equivoco che condiziona in sostanza tutta l'impostazione che vien data a questo problema dal Kelsen, ma si debbono anche intendere per tali quei giudizi che, pur rimanendo nella dimensione e nell'orizzonte ideologico-valutativo cui è ispirato fondamentalmente l'ordinamento, sono diretti a soddisfare quelle esigenze di rinnovamento (oltre che di continuità, cioè quelle nuove esigenze ideologiche e quelle nuove situazioni di fatto che lo stesso processo storico di continuo impone. In che consiste, essenzialmente, il compito dell'interprete. (In questo senso v. Betti, *Interpretazione…*, cit., p. 18 ss., 218 ss.; Caiani, *Formalismo ed empirismo nella scienza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, I, p. 101 ss.; *I giudizi di valore…*, cit., capp. IV e VI).

Pur dovendosi tener conto di tali precisazioni (necessarie, ripetiamo, per chiarire i rapporti tra il concetto di positivismo giuridico e l'atteggiamento antifilosofico dei giuristi) non vi è dubbio tuttavia che nel suo complesso la posizione per molti aspetti più diffusa nell'ambito della scienza giuridica italiana nel periodo che stiamo considerando presentasse certi comuni caratteri e certe diffuse tendenze di fondo che potevano giustificare le lamentele e le accuse che provenivano da parte dei filosofi del diritto[32], come altresì non vi è dubbio che le conseguenze di tale atteggiamento finissero per incidere in modo notevole in ogni settore della scienza giuridica italiana, che oltretutto rimaneva in tal modo estranea a quell'ampio movimento di revisione del proprio metodo, dei propri presupposti, compiti e fondamenti che, in Germania ed in Francia

[32] V. nota ([1]) e ([3]) pp. 1-3.

Ancora nel 1926 il Maggiore commentava con toni accesi questo stato di cose (V. *La dottrina del metodo giuridico*, cit., p. 365 ss.). Oltre che nel campo del diritto privato, dove tale atteggiamento trova, per così dire, la sua sede più naturale, questa tendenza del metodo cosiddetto dommatico, o tecnico-giuridico, si era venuta sempre più affermando anche nel campo del diritto pubblico, attraverso la via aperta dal Laband in Germania, nel senso dell'applicazione delle categorie del diritto privato al diritto pubblico (V. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, II, p. 26) e seguita in Italia dall'Orlando (V. *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Archivio giuridico*, vol. XLII; *Introduzione al primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1900), dal Romano (*Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1902); e da D. Donati (*L'ordinamento giuridico*, cit.). Cfr. su questa tendenza Caristia, *Degli odierni indirizzi di diritto costituzionale italiano*, in *Riv. di dir. pubblico*, 1913, p. 13 ss.

E così pure nell'ambito del diritto penale dove, sulla traccia del Liszt (che definì il diritto penale «lo studio scientifico del reato e della pena, come astrazioni concettuali», *Lehrbuch*, XVII ed., 1908, I) tale atteggiamento assunse toni anche decisamente polemici con il Manzini (*Trattato di diritto penale italiano*, vol. I), con il Rocco (*La sentenza civile*, Torino, 1906, par. 2; *Il problema ed il metodo nella scienza del diritto penale*, in *Riv. di dir. e proc. pen.*, vol. I; *Programma della società italiana per gli studi di diritto penale*, in *Riv. penale*, vol. XVI) e con il Cicoli (*Manuale di diritto penale*, II ed.) (Cfr. Schwinge, *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1930; Bettiol, *Diritto penale*, III ed., Palermo, 1955, capp. I e II).

ad esempio, ravvivavano di continuo la coscienza tecnico-giuridica[33], portando spesso i giuristi su di un terreno che aveva non pochi punti di contatto con quello dei filosofi del diritto. Tanto è vero che da noi lo stesso problema del metodo finiva quasi sempre per essere abbandonato alla esclusiva competenza dei filosofi del diritto; i quali, inevitabilmente, ne accentuavano soprattutto gli aspetti teorici e

[33] È noto infatti come il «Methondestreit» abbia rappresentato uno dei centri d'attenzione forse più cospicui della coscienza giuridica germanica nel corso dei primi 35 anni del secolo: da quella prolusione rettorale del Rümelin (Gustav), *Über Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht*, del 1881, al recente *Die Rechtswissenshaft im Umbau* del Müller-Erzbach (München, 1950). Ed è pure noto che intorno al problema del metodo si determinarono delle vere e proprie correnti di natura filosofico-giuridica, anche se queste non si presentavano ufficialmente come tali: dalla Freie Rechtslehre (V. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Vienna, 1903), alla Interessenjurisprudenz (v. Hech, *Gesetzauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914; *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, II ed., Tübingen, 1932) alla teleologische Jurisprudenz (v. Schwinge, *Der Methodenstreit…*, cit., p. 16 ss.; Hippel, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaks*, *Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung*, Berlin, 1931), alla stessa Reine Rechtslehre, che è prima di tutto e forse soprattutto una dottrina del metodo giuridico. Come pure è altrettanto noto quanto sia stato e sia tuttora acceso in Francia tale problema; dall'opera fondamentale dello Geny, che è del 1899, a quella del Bonnecase, del Wandereicken, del Paget, del Cruet, del Duguit (cfr. Battaglia, *L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1929, p. 181 ss. Più di recente Boulanger, *Il metodo dell'interpretazione giuridica*, in *Riv. del dir. comm.*, 1951, n. 7-8, pp. 257-259).

Da noi questi problemi, invece, erano sentiti semmai come un pallido riverbero di quanto accadeva oltr'Alpe, tanto che lo stesso Carnelutti ebbe ad indicare questo fatto come un «segno salutare della nostra saggezza giuridica». (E non ci sembra proprio che la cosa sia interpretabile in questo senso). Infatti, presso i nostri giuristi, di queste controversie non vi ritrovavano che sporadici e spesso assai sprovveduti accenni, per lo più nelle introduzioni ai vari trattati istituzionali. Di questi, invece, si occupavano semmai, come appunto diciamo nel testo, i filosofi del diritto, ai quali spettava ogni tanto di mettere al corrente i giuristi di come andavano le cose a questo riguardo (v. ad es. l'articolo del Treves, *Il metodo teleologico nella dottrina e nella scienza del diritto*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1933, p. 35 ss., per la letteratura tedesca, e quello del Battaglia, *L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese*, cit.).

speculativi, o comunque lo mantenevano su di un piano non molto aderente all'esperienza dei giuristi. Il che, per singolare inversione di responsabilità, finiva per tradursi in un ulteriore argomento di ostilità da parte di questi ultimi per tale ordine di problemi, che infatti venivano da loro confinati nel novero dei problemi filosoficamente inconcludenti, o quanto meno «giuridicamente irrilevanti»[34].

Ora, quali erano gli elementi più specificamente determinati in questo atteggiamento, quelli che più favorivano e giustificavano, nell'ambito della più ampia atmosfera del positivismo giuridico, tale decisa propensione dei giuristi a osteggiare il contatto con quanto da essi veniva considerato, assai genericamente invero, come attinente alla filosofia?

Per iniziare dai motivi in certo senso più palesi, ma anche, come vedremo, più occasionali e contingenti, si potrebbe osservare anzitutto come tale antifilosofia dei giuristi, nel momento più vivo della polemica e della incompatibilità, fosse una conseguenza di quella che potremmo chiamare la prima forma di autodifesa della scienza giuridica nei confronti della filosofia del diritto.

Di autodifesa, occorre subito precisare, non già nel senso assai più profondo e legittimo di cui ha detto acutamente il Pugliatti, cioè come difesa della scienza giuridica nei confronti delle pretese avanzate dalla «strumentalizzazione» del diritto[35] (di cui vedremo

[34] Cfr. per questo avanti, p. 73 ss.

Una tipica dimostrazione di questo atteggiamento si può ritrovare, in epoca anche molto recente, nella tesi di M. S. Giannini, secondo cui, con riguardo all'interpretazione, lo stesso problema del metodo, ovvero dei mezzi o delle tecniche interpretative, è un problema che non può interessare il giurista, dovendo questi occuparsi solo di quanto riguarda la «disciplina giuridica» dell'interpretazione. (V. M. S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, cap. I; cfr. Bobbio, *Polemiche sull'interpretazione*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1941, p. 98 ss.; Caiani, *I giudizi di valore…*, cit. p. 183 ss.).

[35] Precisamente il Pugliatti osserva: «nei paesi nei quali si tentarono trasformazioni radicali delle strutture giuridico-politiche, e in vista della realizzazione di tali ambiziosi programmi si negò ed ostacolò la libera critica, la scienza giuridica presentò due opposti aspetti: quello di una irrazionale ed incontrollata apologetica, vacua e monotona, che traduceva in termini diversi la retorica dei dirigenti politici;

meglio in seguito), ma come sua difesa dalle invadenze della filosofia del diritto nel proprio campo; cioè più precisamente, come difesa della giurisprudenza dalle pretese della filosofia del diritto, *in quanto tale*, di affrontare in *modo speculativo* problemi e figure specifiche della dogmatica giuridica senza possedere né gli strumenti concettuali né la necessaria esperienza per farlo.

Che era un fenomeno indubitabile nella prassi giuridico-filosofica del tempo, specie su quel terreno comune delicatissimo della teoria generale, che è il punto d'incontro ma assai più spesso di scontro della filosofia e della scienza giuridica;[36] ed altresì indiscutibile negli

e quello di una rarefatta geometria di forme concettuali legate in un elaborato sistema, capace, almeno in apparenza, di accogliere qualsiasi contenuto. Codesta seconda tendenza – la sola che meriti di essere presa in considerazione – consentì ai cultori della scienza giuridica di opporre una barriera formale ai reiterati e sempre più insistenti tentativi di sopraffazione da parte dei neofiti entusiasti dell'altra maniera; e nel contempo costituì una remora ed un freno in ordine all'applicazione dei nuovi principi e delle nuove norme, ai quali poté imporre soste e deviazioni, che in parte ne frenarono l'impulso e ne impedirono estreme attuazioni. Non sembri paradossale: il primo compito che i giuristi di tale tendenza si addossarono e riuscirono ad attuare fu, rispetto al risultato finale, più importante del secondo, poiché con quello si realizzava l'autodifesa della scienza giuridica, con questo si reagiva ad una legislazione contingente». *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, IV, 1950, pp. 50-51). Su tutto questo v. comunque ampiamente più avanti, p. 74 ss.

[36] È fin troppo noto quanto sia delicato e controverso, sia nel campo dei giuristi che in quello dei filosofi del diritto, il problema della natura e funzione della teoria generale e quello dei suoi rapporti con la filosofia; come pure è noto quanto spesso da parte dei giuristi si accusino i filosofi di fare *sub specie philosophiae* nient'altro che della cattiva teoria generale e come, per l'inverso, da parte dei filosofi del diritto si accusino i giuristi di fare, per mezzo della teoria generale, della cattiva filosofia. Da ultimo v. in questo senso, Bobbio, *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, cit., I, p. 43 ss.; e *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., che raccoglie parecchi saggi a proposito del problema; in particolare v. quello dedicato al Carnelutti (p. 7 ss.), e quello dedicato alla teoria generale del diritto di J. Haesaert (p. 127 ss.).

stessi settori della dogmatica strettamente positiva, specie ad opera della visione giusnaturalistica; la quale, com'è ben noto, non può non avanzare le proprie pretese anche nella definizione degli istituti giuridici concreti. Sicché, per certi aspetti, la reazione dei giuristi in questo senso si poteva senz'altro considerare legittima, quando, per l'inevitabile convergenza delle due discipline verso il medesimo oggetto, essi dovevano constatare la pressione esercitata dai filosofi del diritto sul loro terreno con assai scarsa coscienza delle loro possibilità e dei limiti della loro competenza.[37]

Questo motivo però, sebbene presentasse inizialmente non pochi elementi di giustificazione (anche per la convergenza di ben più profondi motivi di ostilità verso la filosofia), finiva assai spesso per trasformarsi, nell'opinione di molti giuristi, in un comodo pretesto per ritenersi senz'altro legittimati a rompere ogni loro rapporto con la filosofia del diritto, e per negarne in linea di principio la stessa esigenza e lo stesso fondamento anche nell'ambito di sua competenza; cioè per negare l'esistenza di una specifica problematica filosofico-giuridica e la legittimità di un modo autonomo di affrontarla e risolverla. Tanto è vero che ad un certo momento fu proprio da tale generico motivo (sebbene in esso venisse a riecheggiare tutta la *forma mentis* del positivismo) che poté discendere la famosa definizione del Bonfante, che diede fuoco alle polveri della polemica, secondo cui la filosofia giuridica doveva considerarsi come «il simbolo di una fase prescientifica nello studio del diritto»[38].

[37] Questo, ad esempio, riconosceva lo stesso Cammarata a parziale giustificazione dell'atteggiamento antifilosofico dei giuristi, nel saggio, *Su le tendenze antifilosofiche…*, cit., p. 244 ss.

[38] Bonfante, *Il metodo naturalistico…*, cit., p. 67, nota. Infatti, appunto replicando, nel 1922, al Cammarata, così precisava questo A. il proprio pensiero: «Malgrado i suoi atteggiamenti, anche oggi la filosofia penetra nella scienza, affronta i suoi problemi tecnici e discute con lo scienziato. Talvolta il filosofo è uno scienziato e la discussione è feconda, appunto perché egli è tale; ma talvolta ciò non avviene, e allora l'intervento del filosofo in alcuni problemi tecnici intorbida la discussione e obbliga, almeno nelle scienze dello spirito, a rifare un eterno lavoro di Sisifo per ribattere errori vieti ed errori nuovi». (*Filosofia del diritto e scienza del diritto*, cit., p. 457). E proseguiva: «Noi non combattiamo la filosofia, ma certa pseudo-filosofia, la quale non è che un tentativo di generalizzazione

Comunque, presunta o reale che fosse una simile pretesa da parte della filosofia del diritto, e fondato o meno che ne fosse il sospetto da parte dei giuristi, è una constatazione indubitabile che questa era una giustificazione largamente da loro adottata quando venivano richiesti di rendere ragione del proprio atteggiamento.

dommatica compiuto con mezzi e metodi inadeguati, cioè da chi è forse troppo nutrito di studi filosofici, certamente troppo poco di studi storici e giuridici: fuori del concetto del diritto è legittimo il disgusto del giurista di fronte a disquisizioni sul possesso, sull'equità, sulle obbligazioni civili e naturali, sul diritto reale e personale, sul concetto della successione …che pretendono risolvere con critica astratta questioni storiche ed esegetiche…». (*Ibidem*, p. 458). Per più ampie e più equilibrate considerazioni su questo aspetto del problema v. Levi, *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, Bologna, 1920, p. 5 ss.

Tipica pure in questo senso è la discussione del Brugi con il Maggiore, a proposito dei concetti di «fatto giuridico» e di «rapporto giuridico» (Maggiore, *Il diritto e il suo processo ideale*, Palermo, 1916; Brugi, *Fatto giuridico e rapporto giuridico*, *in Riv. int. Fil. dir.*, 1921, p. 14 ss.), dove appunto il Brugi affermava: «A noi poco importa se la norma si debba pur essa rappresentare come un rapporto originario fra gli individui o rapporto creativo, determinato da quell'indefinibile processo che ci vien dipinto come «atto del pensiero che si fa storia». La verità è che qui noi siamo in sì alta sfera celeste, cui mal può ascendere il giurista. E un'altra verità nuda e cruda è che i giuristi diffidano della filosofia del diritto non tanto per una sfiducia nel compito di essa, quanto anche e più perché sentono, talvolta perfino istintivamente, che i concetti giuridici non possono coincidere con i filosofici» (*Ivi*, p. 15). Si veda pure in questo senso quanto il Brugi osservava, sempre in polemica con il Maggiore, a proposito del concetto di equità (Maggiore, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. Int. Fil. dir.*, 1923, p. 256 ss.; Brugi, *L'equità e il diritto positivo*, *ibidem*, p. 450 ss.

E il Carnelutti, nel 1939, affermando che compito della scienza giuridica è di «scoprire» le leggi e regole dell'esperienza giuridica, così concludeva: «la conseguenza è che la scienza del diritto è scienza proprio in quanto «scopre queste leggi e pone la scienza del diritto sul piano di dignità delle altre scienze che sono unite nel medesimo compito: cogliere le leggi della realtà in generale (*Metodologia del diritto*, cit., p. 27).

E per singolare coincidenza, è proprio nell'intervento di allora di Francesco Carnelutti – oggi forse il più consapevole e deciso esponente della crisi del positivismo giuridico – che si può ritrovare la più chiara testimonianza di questo modo di intendere i rapporti tra la scienza e la filosofia del diritto. «Io credo – egli infatti affermava nella «Rivista internazionale di filosofia del diritto», intervenendo nel dibattito – che a dirimere questa specie di malinteso che esiste, non dico tra i giuristi e i filosofi, ma certo tra i giuristi e la filosofia… molto varrebbe, come avviene sempre, la sincerità. I giuristi debbono confessare che non sono filosofi, e i filosofi che non sono giuristi. E la colpa è di questo meticcio che chiamiamo la filosofia del diritto…». Per cui gli sembrava «che i giuristi avessero scarsa deferenza per la filosofia quando questa vuol fare del diritto… Ma tornano subito in atteggiamento di rispetto per la filosofia, che è puramente e veramente tale»[39]. Concludendo quindi che, sebbene si dovesse riconoscere alla filosofia il merito, nei confronti dei giuristi, di far meglio intendere loro gli stessi «limiti» del diritto e della giurisprudenza, per essi, tutto considerato, ovvero per la loro «statura media», fosse preferibile rimanerne lontani, essendo la filosofia troppo alta cosa per potersene trattare soltanto a frammenti.[40]

E con questo il Carnelutti riusciva a dare espressione, con la consueta chiarezza ed abilità, al pensiero implicito in molti cultori della scienza giuridica del tempo, fornendo un'autorevole conferma a quella apparentemente pacifica soluzione dei rapporti tra filosofia e scienza del diritto, che avrebbe dovuto concretarsi in una chiara attribuzione e distinzione di problemi e di competenze. Giacché, a ben guardare, ciò che i giuristi volevano, per bocca di uno dei loro più accreditati interpreti, era proprio questo: una chiara *actio finium regundorum* tra filosofia e scienza del diritto, per la quale i filosofi si sarebbero dovuti occupare di una loro non ben precisata

[39] Carnelutti, *I giuristi e la filosofia*, cit., p. 187.

[40] Carnelutti, *I giuristi e la filosofia*, cit., pp. 188-189.

«alta» e pura filosofia, e che di questa si sarebbero potuti occupare anche quei giuristi che avessero voluto eventualmente proporsi il problema strettamente filosofico del diritto, cioè in sostanza quello che comunemente si definisce come il problema della giustizia. Ma che i giuristi, se volevano essere ed operare veramente come tali, dovevano rimanere fermi al «quia» del dato giuridico positivo, senza mai superare i limiti di questa necessaria e fondamentale necessità di adeguamento.[41]

Dove però, anche ad una prima considerazione, è facile constatare come questo non fosse in fondo che un modo abbastanza elegante, ma certo non persuasivo, per eludere il problema; il quale non consisteva e non può consistere soltanto nel cercare che cosa possa dire ai giuristi la filosofia «puramente e veramente tale» (cioè, nel pensiero del Carnelutti, la cosiddetta filosofia generale, cui egli d'altronde concedeva una deferenza puramente formale che non riusciva certo a nascondere la sfiducia, tipicamente scientistica, che anch'egli nutriva nei suoi procedimenti non rigorosi e nei suoi risultati perennemente inconcludenti), ma nel cercare invece cosa possa dire ai giuristi appunto la filosofia del diritto nella sua specifica esigenza e nella sua funzione di inserimento all'interno della loro esperienza, che come tale ne suscita quei problemi che, pur non essendo strettamente tecnici, non possono e non debbono

[41] Questo, infatti, era il concetto che traspariva spesso dalle discussioni tra filosofi e giuristi (v. ad esempio il citato intervento del Brugi, riportato alla nota 38). E il Carnelutti lo aveva infatti espresso assai chiaramente quando appunto chiedeva: «Ci troviamo così nell'angoscia dell'eterno contrasto tra la infinitudine del sapere e le nostre forze finite. Senza dubbio al giurista giova assai la filosofia; ma la posizione che si presenta è quella di chi ha molti bisogni e pochi quattrini. Bisogna spenderli bene. Conviene dunque per il corredo di un giurista fargliene spendere con la filosofia?» (*I giuristi e la filosofia*, cit., p. 183). Com'è ben noto, però, questa *actio finium regundorum* tra scienza giuridica e filosofia, o meglio, tra scienza giuridica, ideologia, politica, filosofia, sociologia ecc.: tra scienze dello spirito insomma e scienza giuridica, ha trovato la sua più rigorosa espressione nella Reine Rechtslehre del Kelsen, su cui v. però ampiamente avanti p. 44 ss.

non incidere sui risultati tecnici della loro ricerca. Ed il fatto che allora si cercasse di porre e di risolvere il problema in questi termini, può darci una chiara misura di quanta fosse l'incomprensione e la confusione sull'argomento, e di quanto cammino ci sarebbe stato bisogno per giungere almeno ad un relativo chiarimento.

Se dunque, come abbiamo detto, tale specie di richiesta di divisione di competenze tra filosofia e scienza del diritto non era che una forma alquanto evasiva e generica di giustificare, da parte dei giuristi, la loro ostilità nei confronti della filosofia, vi dovevano essere in realtà ben più profonde e radicate ragioni ad ispirare loro un tale atteggiamento, anche se di questo non tutti coloro che lo condividevano avessero sempre chiara consapevolezza. E ragioni che evidentemente sono da vedere in rapporto a tutta la situazione storica e culturale, cui anche la scienza giuridica, come ogni altra scienza, è sempre condizionata; ed in modo particolare in relazione a quell'insieme dei rapporti con la coscienza epistemologica e speculativa in cui si trovava ad operare la scienza giuridica del tempo.

Quanto ai rapporti della scienza giuridica italiana con le condizioni culturali d'insieme nel periodo che va, grosso modo, dal 1910 al 1925, ci sembra che uno degli elementi da prendersi in maggiore considerazione, perché senza dubbio tra quelli dominanti nella formazione della mentalità e dei presupposti del cosiddetto positivismo giuridico, sia quello che potremmo chiamare il fenomeno di esaurimento e di sedimentazione della grande Weltanschaung positivistica, cioè di quella visione d'insieme di tutta la realtà e di tutto il sistema della conoscenza che, come abbiamo notato ad altro riguardo, aveva profondamente influenzato la formazione culturale e le convinzioni metodologiche dei grandi giuristi che avevano operato a cavallo dei due secoli, specie nei settori della storia del diritto ed in quello romanistico.[42] Congiuntamente, ben s'intende, a tutti gli

[42] Cfr. p. 12 ss., note ([12]) e ([13]). V. Brugi, *L'opera di Roberto Ardigò nella filosofia del diritto*, cit.; *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, V ed., Milano, 1928; Bonfante, *Il metodo naturalistico…*, cit., (con riferimento alla necessità di integrare gli studi giuridici con gli studi storici, etnologici, sociologici e in generale con l'evoluzione complessiva del diritto, p. 59 ss.). Pure

altri elementi che sono propri della specializzazione scientifica in tali campi.

Precisamente, vogliamo riferirci alla situazione che derivava, nell'ambito della coscienza scientifica italiana, dalla perdita dell'impulso, per così dire, originario che ad essa originariamente veniva dal positivismo come visione complessiva della realtà e come tentativo di unificazione metodologica di tutte le scienze. Situazione che si potrebbe vedere caratterizzata dal fatto che, al superamento, che si era venuto per molti aspetti affermando in sede speculativa ad opera di tutta la reazione idealistica contro lo scientismo, dei presupposti fondamentali del positivismo ed in particolare della sua massima aspirazione, quella di costruire la «Summa» sociologica di tutte le scienze, non era venuto corrispondendo un adeguato processo di aggiornamento critico della coscienza scientifica nel suo complesso. La quale infatti rimaneva per molti aspetti ancora vincolata ai presupposti ed anche ai pregiudizi del positivismo dogmatico, senza però – e in questo forse è il motivo più importante – che questi presupposti fossero più giustificati e inseriti in quella

in questo senso v. De Francisci, *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1923, pp. 379-385, che illustra ampiamente la necessità di integrare gli inconvenienti del dogmatismo mediante la cultura storico-giuridica («Questo punto di vista dello storico è, a sua volta, determinato dal rilievo che il diritto formulato nella legge non esaurisce in sé tutto il mondo del diritto obbiettivo, e dal concetto che ogni rapporto della vita ha un suo scopo particolare e quindi una sua essenza obbiettiva, che ne rappresenta la *ratio naturalis* a seconda del tempo e del luogo.» *Ivi*, pp. 385-386); dello stesso A. v. pure *La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1921, p. 233 ss. Per bibliografia in generale sul positivismo filosofico-giuridico v. Del Vecchio, *Lezioni…*, cit., pp. 123-126; v. pure: Merkel, *Über das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur «positiven» Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben*, in *Zeitschrift f. Priv. - und öffentliche Recht*, 1874; Kohler, *Von Positivismus zum Neuhegelianismus*, in *Arch. f. r. u. W. phil.*, III, (1909-10) p. 167 ss.

matrice speculativa che, pur nei limiti di quella concezione, valeva a giustificarla.[43]

Da questo discendeva un fenomeno tipico della mentalità scientifica italiana (nella quale non operava che in modo sporadico e irrilevante quel processo di revisione dei presupposti scientifici, che ad esempio si veniva compiendo in Francia ed in Germania ad opera delle correnti intuizionistiche, contingentistiche ed empiriocriticistiche[44]), cioè il fenomeno che potremmo chiamare del dogmatismo metodologico, per il quale, nell'ambito della cultura scientifica, non si riusciva a concepire altro criterio di validità e in genere altro paradigma di scientificità che non fosse quello derivato dal positivismo: ossia il criterio dell'accertamento dei «fatti» e della esplicazione logico-induttiva delle leggi che li collegano secondo il principio indefettibile della causa ed effetto; che erano infatti considerati i soli criteri atti a

[43] V. p. 20 ss., e note ([12]), ([24]), ([42]).

[44] V. Alliotta, *La reazione idealistica contro la scienza*, Napoli, 1912; Meyerson, *La spiegazione nelle scienze*, 1927; Abbagnano, *Storia della filosofia*, Torino, 1950, II, cap. IX; Bachelard, *Il nuovo spirito scientifico*, trad. italiana, Bari, 1951; Albergamo, *Storia della logica delle scienze empiriche*, Bari, 1952, capp. VIII, IX.

È una constatazione, riteniamo, facilmente accettabile che in Italia, sul piano della critica scientifica, fatta dagli scienziati, ben s'intende, e non sul piano della filosofia della scienza fatta dai filosofi, non si sia avuta che di riflesso, e assai lentamente e faticosamente quella conquista del concetto critico della scienza che in altri paesi, e appunto soprattutto in Francia e in Germania, era non solo frutto di speculazione filosofica, ma anche risultato di un processo che si veniva compiendo all'interno della stessa scienza: come può esser dimostrato dall'opera dei Poincarè, dei Meyerson, dei Mach e Averanius, e più di recente dei Von Mises, degli Schlick, dai Carnap, dei Reichenbach, ecc.

Si può altresì facilmente constatare come in Italia non abbia avuto adesione e non si sia sviluppato, anche in sede filosofica, alcun serio movimento di revisione critica della scienza, salvo quanto si può ritrovare in questo senso nell'opera del neo-idealismo, e in particolare del Croce, che però non ha avuto alcun seguito nel campo degli scienziati.

Basti notare ad es., che del positivismo logico e della scuola di Vienna, movimento che risale agli anni '20-22, si è cominciato a prendere conoscenza da noi solo dopo l'ultima guerra, fatta eccezione per gli studi del Geymonat (la cui opera: *La nuova filosofia della natura in Germania*, è del 1934).

qualificare come scientifico, e quindi come valido, qualsiasi tipo di ricerca.[45]

Questo fenomeno della persistenza dei presupposti dogmatici dello scientismo positivistico non più inseriti in una più ampia visione epistemologica e speculativa, era soprattutto riscontrabile nel campo delle scienze cosiddette sociali; nel cui ambito si continuava, per così dire, a vivere di rendita sul patrimonio positivistico, senza che vi fosse più quel collegamento con i fermenti e l'interna problematica che originariamente avevano fatto di questa concezione un complesso unitario e per molti aspetti imponente.[46] Ed esso era ulteriormente aggravato da quella singolare tendenza della scienza italiana al particolarismo tecnicistico, per il quale ogni disciplina rimaneva chiusa nel proprio settore, senza avvertire nemmeno minimamente l'esigenza, spiccatamente attuale, di rendersi conto della estrema complessità di piani e di prospettive in cui si realizza l'istanza conoscitiva, in conseguenza della complessità e della diversità dei problemi che l'azione umana deve proporsi e risolvere; e quindi senza avvertire che ogni scienza deve elaborare in modo autonomo, cioè in rapporto alle proprie esigenze, il proprio metodo ed i propri presupposti.

Ed ancor più avvertibile, a nostro avviso, era questa situazione nell'ambito delle scienze giuridiche, dove essa aveva contribuito in

[45] V. avanti, note ([47]) e ([48]).

Un tipico esempio di questa pretesa di fare della scienza giuridica una scienza, a tutti gli effetti, sperimentale e naturalistica si può trovare nel libro del Colonna, *Per la scienza del diritto. Critica delle dottrine giuridiche tradizionali e programma metodologico per l'attuazione della scienza del diritto*, Torino, 1938, che condensa, per così dire, tutti i pregiudizi e gli equivoci di questo atteggiamento. Per ampie considerazioni sulla mentalità del positivismo giuridico, nel senso restrittivo del termine, V. Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1950, II, p. 241 ss.

[46] Cfr. nota ([24]). V. Vanni, *Prime linee di un programma critico di sociologia*, in *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, cit., I, pp. 419-560; in particolare pp. 447-460; *Gli studi di H. S. Maine e le dottrine della filosofia del diritto*, *ivi*, II, pp. 73-160, in particolare, pp. 101-106, 156-160; *Il diritto nella totalità dei suoi rapporti e la ricerca oggettiva*, *ibidem*, pp. 275-302.

modo determinante all'affermazione e al consolidamento di quell'equivoco fondamentale che senza dubbio costituisce l'aspetto veramente negativo del cosiddetto positivismo giuridico, ed al quale sembrano dogmaticamente vincolati i giuristi, quando reclamano il requisito della scientificità per la propria ricerca.[47]

Equivoco, che, sinteticamente, si potrebbe ravvisare nell'erronea identificazione del requisito della certezza e della obbiettività – che sono elementi costitutivi e imprescindibili di tutta l'esperienza giuridica

[47] È appunto il problema e l'esigenza della «scientificità» della giurisprudenza quello che, pur avendo rappresentato un elemento fondamentale nella formazione di questa disciplina, come espressione in sostanza della autonomia della scienza giuridica dalle ipoteche della filosofica del diritto e in particolare del giusnaturalismo (Cfr. Solari, *L'idea individuale e l'idea sociale…*, cit., I, capo II; Leoni, *Il problema della scienza giuridica*, Torino, 1940), ne ha peraltro rappresentato, in periodo più recente, una delle remore più pericolose, proprio in conseguenza della considerazione del metodo e dei criteri di validità della scienza giuridica alla stregua di un astratto modello di scientificità dedotto dalle scienze naturalistiche, e maggiormente affermatosi in conseguenza dell'euforia scientistica del periodo positivistico.

Solo in tempo più recente, da noi, (e del resto più sul piano filosofico che su quello della scienza giuridica, tranne qualche eccezione, come ad esempio quella del Gorla, che è uno dei pochi giuristi che cercò di far proprie per certi aspetti le tesi neo-idealistiche, cfr. *L'interpretazione del diritto*, cit.) riuscirono a farsi valere istanze culturali diverse, dirette a cercare per la scienza giuridica un diverso criterio di qualificazione, su base storicistica. Di questa tipica tendenza a considerare la scienza giuridica come una scienza naturalistica si potrebbero dedurre moltissimi esempi: ricordiamo, ad es., *Il diritto sperim*entale, del Vacca, Torino, 1923, ed in epoca più recente: *Per la scienza del diritto*, Torino, 1938, del Colonna (su cui v. Calogero, *La metodologia del naturalismo giuridico*, in *Saggi di etica e di teoria del dirit*to, Bari, 1947, p. 161 ss.) dal quale prese lo spunto successivamente lo stesso Carnelutti per quella *Metodologia del diritto* (Padova, 1939) in cui, nonostante le vigorose intuizioni che vi sono contenute, persiste ancora il presupposto della equivalenza fra scienza giuridica e scienza naturalistica. (Su questo punto v. peraltro il cap. I, dedicato al Carnelutti). La bibliografia sul problema della natura della giurisprudenza è sterminata: resta però sempre di guida centrale il lavoro del Leoni, *Il problema della scienza giuridica*, cit. Da ultimo v. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950; Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, II, *Il problema della natura della giurisprudenza*, cit.

di tipo continentale, ai quali è pertanto strettamente vincolata anche l'attività del giurista, – con quei requisiti della «positività» e della «verificabilità» che, dal punto di vista della gnoseologia positivistica, erano i requisiti richiesti per la validità di qualsiasi ricerca.

Infatti, è proprio in base alla ritenzione in forma acritica di questi presupposti, non più collegati a quella visione sociologica del diritto cui erano inizialmente connessi, che la maggior parte dei giuristi finivano per considerare quasi inconsapevolmente la propria ricerca come una ricerca che, per essere scientificamente valida, doveva vertere esclusivamente su «fatti», e su fatti accertabili empiricamente; e in questo senso (almeno teoricamente) si sforzavano pertanto d'intendere quei fatti che costituiscono l'oggetto della scienza giuridica, cioè, essenzialmente, le norme giuridiche. Le quali in effetti (sebbene poi questo fosse non di rado smentito nella effettiva ricerca) venivano intese nello stesso senso in cui vengono intesi e trattati i fatti che sono oggetto della ricerca di tipo naturalistico.[48]

Con questo di particolare e di restrittivo peraltro, rispetto alla concezione sociologica del diritto che era propria del positivismo classico:

[48] V. ad esempio quanto già scriveva il Brunetti nel 1890: «Ogni scienza studia un ordine di fatti, una scienza vera e capace di dare buoni frutti non deve ammettere che il fatto. Nella scienza positiva ogni affermazione dev'essere garantita da un fatto reale» (*Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, V ed., Milano, 1928, p. 15). «Nell'ordine dei fatti della vita sociale, alla mente nostra si vorrebbe insomma ascrivere il superbo compito di creare principi, anziché formularli, rintracciando, comparando, raggruppando i fatti stessi. La filosofia positiva non accetta diversità di metodo in alcun ordine di fatti: si può dire che tale affermazione risponde, pei fatti che entrano nella cerchia della giurisprudenza, alle migliori tradizioni antiche e moderne che il giurista custodisce» (*Ivi*, p. 16). «Invero per noi è fatto tutto ciò che si può osservare» (*Ibidem*). «I fatti che la giurisprudenza studia, prendendo ad esaminare certe relazioni degli uomini fra loro, sono naturali al pari di tutti gli altri. Noi pure coltiviamo una scienza dei fatti naturali, che si può anche dire una storia della natura e delle sue relazioni col sistema dell'universo, riguardata sotto di un aspetto più o meno astratto» (*Ivi*, p. 19). «Il grande problema filosofico della relazione fra il conoscibile e l'inconoscibile esce dalla cerchia del giurista» (*Ivi*, p. 20).

che tali fatti non venivano più, appunto, considerati quali elementi inseriti in un più ampio contesto sociologico, la cui ricognizione era pertanto necessaria ai fini della loro interpretazione e della loro conoscenza; sicché l'indagine giuridica, in conseguenza dell'abbandono di questa più ampia concezione e della permanenza invece dei suoi presupposti metodologici, veniva ridotta alla semplice considerazione delle norme positive; ovvero, volendo essere rigorosi e coerenti con tale impostazione, alla considerazione del materiale documento che le contiene o rappresenta. Vedendosi in tal riferimento, e solo in questo, l'unico elemento capace di dare anche a tale ricerca un fondamento obbiettivo, e quindi di fare della scienza giuridica una «vera» scienza.

Pertanto, quando a proposito di tale concezione si parla di positivismo giuridico, bisogna in fondo tenere presente che tale espressione è legittima se intesa nei limiti che abbiamo cercato sommariamente di tracciare. Occorre cioè tenere presente che in tale espressione l'aggettivo vale più a qualificare il sostantivo che non viceversa: nel senso che il termine «positivismo», pur avendo un'indubbia connessione con la concezione soprattutto epistemologica del positivismo come visione totale della realtà, si era venuto peraltro sempre più riducendo a significare l'esigenza strettamente metodologica di porre come oggetto o «dato» della scienza giuridica il sistema esclusivo delle norme positive vigenti; e che anzi, in questa prospettiva, il significato più profondo del positivismo nei confronti del problema del diritto si era venuto sempre più restringendo, fino ad essere decisamente negato attraverso l'esclusione sempre più rigorosa dall'indagine giuridica, oltre che della considerazione deontologica, anche di quella sociologica del diritto; anche questa ritenuta irrilevante ai fini della sua conoscenza.[49]

A questo motivo di fondo, che si può ritenere per molti aspetti come

[49] Cfr. su questo: Maggiore, *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, cit., p. 368 ss.; Calogero, *La metodologia del naturalismo giuridico*, cit., p. 164; *La natura dei concetti giuridici*, in *Saggi di Etica…*, cit., p. 181 ss.

quello di maggiore rilievo, sul piano culturale, nella determinazione della *forma mentis* «dogmatica» e «positiva», occorre aggiungere, sempre su questo piano, l'influenza esercitata fin da quel tempo sulla scienza giuridica italiana dalla dottrina pura del diritto del Kelsen, la quale indubbiamente si prestava a fornire ai nostri giuristi la migliore ed autorevole giustificazione del loro congenito e spesso inconsapevole agnosticismo.[50]

E infatti, mentre intorno alle tesi propriamente tecnico-giuridiche della scuola di Vienna ed intorno ai suoi presupposti più ampiamente gnoseologici e speculativi (specie in ordine al problema de suoi rapporti con il neo-kantismo) si ebbero da noi, fin dall'inizio, dissensi e polemiche anche vivaci presso i giuristi e presso i filosofi del diritto,[51] questo invece non accadde per quei presupposti di tale dottrina più specificamente metodologici, che venivano appunto a confermare tale loro posizione. La quale in effetti trovava il più ampio conforto in quella tipica, intellettualistica

[50] Per la bibliografia del Kelsen e sul Kelsen v. quella curata dal Metall, in appendice alla *Reine Rechtslehre*, Wien, 1934. In particolare, per quanto riguarda il problema della distinzione fra scienza e ideologia, v. *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 12-16; *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. italiana, Milano, pp. XI-XII, 9-14; *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, in appendice alla *Teoria generale…*, cit., pp. 397-452; *Science and politics*, in *American Political science Review*, tradotta in *Rivista di Filosofia*, XLII, 1951, pp. 353-377.

[51] V. Maggiore, *La giurisprudenza pura del diritto e i suoi limiti*, in *Revue int. de la théorie du droit*, vol. 1926-27; *Ciò che resta del Kelsenismo*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, I, Padova, 1940; Treves, *I fondamenti filosofici della dottrina pura del diritto di H. Kelsen*, in *Atti Accademia delle Scienze di Torino*, vol. LXIX, 1933-34. Sui più recenti sviluppi del pensiero del Kelsen, v. ancora di questo A., *Intorno alla concezione del diritto di H. Kelsen*, *in Riv. int. Fil. dir.*, 1952, III.

Di queste discussioni sul pensiero del Kelsen, dal punto di vista filosofico, si può avere una conferma anche recentissima nell'articolo del Bobbio, *La dottrina pura del diritto e i suoi critici*, cit.

Per le repliche del Kelsen alle varie obiezioni v. *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto*, nel vol. *Lineamenti di una teoria generale dello Stato e altri scritti*, a cura di A. Volpicelli, Roma, 1932, p. 163 ss.; *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. italiana, Milano, 1952, Prefazione.

distinzione tra teoria e prassi, tra volontà e conoscenza, tra emozione e ragione, che com'è ben noto, è alla base della medesima distinzione tra scienza e filosofia propria della dottrina pura del diritto; ulteriormente confermati in ciò dalla continua, insistente polemica contro il diritto naturale ed in genere contro qualsiasi forma di metafisica e di trascendenza che si può ritrovare pressoché in ogni scritto del Kelsen.[52]

Con questo di particolare, peraltro, riguardo al problema che ci interessa, e cioè che tali presupposti metodologici della Reine Rechtslehre – sulla cui validità e sul cui contributo positivo alla elaborazione e al perfezionamento della metodologia giuridica non è certo qui il caso di insistere[53] – non venivano accolti certamente come l'eventuale coronamento di una più ampia impostazione gnoseologica di tali problemi, ma erano invece direttamente inseriti sul tronco di quella forma di positivismo acritico e dogmatico che, come abbiamo visto, era l'eredità quasi inconsapevole che i nostri giuristi avevano accolto dallo scientismo positivistico. Il che contribuiva al consolidamento dei suoi aspetti più deteriori e appunto acriticamente dogmatici, e non certo ad un eventuale approfondimento di tale forma di positivismo in sede metodologica e di critica della scienza. Conseguenza non ultima, anche questa, di quell'agnosticismo e di quella antifilosofia proprio di tale atteggiamento, per il quale anche la distinzione tra scienza e filosofia era più accolta come un dato di fatto che non come il risultato di un eventuale processo di sviluppo e perfezionamento maturatosi all'interno della stessa giurisprudenza.

Per intendere in modo possibilmente non parziale i motivi per cui, nel clima generale del positivismo giuridico, ebbe a svilupparsi

[52] Per più ampie considerazioni su questo punto, e relativa bibliografia, v. Caiani, *I giudizi di valore…*, cit., pp. 284-287.

[53] Per uno sguardo riassuntivo sul contributo del Kelsen v. Bobbio, *La dottrina pura del diritto e i suoi critici*, cit.; Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, cit., capp. V e VI; *Società e natura nel pensiero di H. Kelsen*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1954, p. 767 ss.; Treves, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1952, p. 177 ss.

l'atteggiamento antifilosofico dei giuristi, non ci si può peraltro limitare all'esame di una sola delle parti in causa, facendo, per così dire, il processo soltanto alla scienza del diritto. Che è quanto in effetti si è soliti fare, posto che del problema, anche in ragione dello stesso atteggiamento dei giuristi, si sono quasi sempre occupati i filosofi del diritto, per lo più muovendo dalla prospettiva unilaterale e deformante della filosofia come *scientia superior*, come forma superiore e privilegiata di conoscenza, che in quanto tale si considera come la sola competente a giudicare dei propri rapporti con ogni altra disciplina e in genere della validità di ogni altra scienza.

A ben guardare invero, nella determinazione dell'atteggiamento negativo dei giuristi vi erano a nostro avviso non pochi elementi di responsabilità da porre a carico anche della filosofia del diritto; ed elementi di non poco rilievo, in quanto non limitati a questa o quella corrente (come quelli che sopra abbiamo considerato per porre in rilievo la non necessaria coincidenza tra positivismo giuridico e vocazione antifilosofica della giurisprudenza), ma dipendenti in generale dalla stessa problematica centrale e dallo stesso atteggiamento fondamentale della filosofia giuridica italiana del tempo nel suo complesso.

A parte infatti il non lieve imbarazzo in cui si sarebbero trovati i giuristi qualora avessero voluto prestare ascolto all'insistente invito a far proprie le istanze della filosofia, da tante parti questo in proveniva e tante cose, anche completamente diverse, esso significava[54] (ed

[54] Infatti, chi volesse richiamarsi alle dottrine che maggiormente si imponevano a quel tempo, potrebbe constatare che questo invito rivolto ai giuristi a tener conto delle istanze della filosofia (e non solo, come voleva il Carnelutti, quale generica consapevolezza dei limiti e in certo senso della insufficienza del loro lavoro, ma anche come coscienza critica ad esso immanente) potrebbe facilmente constatare che esso si presentava almeno sotto quattro diversi aspetti; seppure non sempre completamente chiariti nel loro preciso significato e nei loro reciproci rapporti. Già all'interno della corrente neo-idealistica, ad esempio, si potrebbe dire che ogni esponente, dal Cesarini-Sforza al Maggiore, allo stesso Cammarata, all'Ascoli, avesse una particolare prospettiva e una particolare soluzione da proporre non solo in ordine al problema della genesi o struttura ideale del diritto, ma anche al fine di risvegliare dal «sonno dogmatico» la giurisprudenza. Per il Cammarata, infatti, tale compito equivaleva in sostanza allo stesso suo programma di lavoro, per suo riconoscimento mai attuato fino ad allora dalla filosofia del diritto. Il

imbarazzo tanto più grave in quanto ogni scuola o corrente filosofico-

quale compito avrebbe dovuto realizzarsi in quella «critica gnoseologica della giurisprudenza», capace finalmente di elaborare quelle categorie formali costitutive del mondo dell'azione considerato *sub lege* che avrebbero dovuto fornire al giurista i criteri fondamentali della qualificazione giuridica, e quindi, i fondamenti veramente teoretici della propria ricerca (v. Cammarata, *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, Roma, 1925). Senza contare che in seguito, come abbiamo già notato ad altro riguardo, questo medesimo programma si sarebbe venuto modificando attraverso il riconoscimento della legittimità della *forma mentis* dogmatica, implicita nel lavoro giuridico, e della validità puramente trascendentale, cioè speculativa del punto di vista proprio del formalismo. (V. Cammarata, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, Catania, 1936). Mentre per il Maggiore, che già da tempo andava agitando le proprie accese opinioni in merito a questo problema, il risveglio dal sonno dogmatico da parte dei giuristi avrebbe dovuto concretarsi, oltre che nel riconoscimento delle tesi idealistiche in ordine al problema della genesi ideale del diritto, anche nello specifico superamento degli impacci che, a suo avviso, il loro acritico oggettivismo opponeva a quel compito «creativo» che la giurisprudenza avrebbe dovuto assumersi, per superare le remore imposte dal principio della divisione dei poteri, e quindi per diventare veramente l'espressione diretta della coscienza sociale nella sua immediatezza. (V. Maggiore, *Il diritto corporativo e la trasformazione della dogmatica giuridica*, in *Archivio di studi corporativi*, I, 1930; *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, cit.; *Funzione e limiti della dommatica nella scienza del diritto criminale*, in *Annali dell'Università di Perugia*, 1924, voll. VII e VIII.

Tesi questa cui la scienza giuridica veniva altresì sollecitata da tutto quel complesso di dottrine in cui confluivano le posizioni del libero diritto e della giurisprudenza sociologica, le quali, sebbene mai affermate in Italia in modo veramente consistente, anche quando sarebbero state più favorevoli le circostanze storiche, esercitarono peraltro su di essa una continua pressione, proponendole, anche sotto questo aspetto, un determinato «compito», che avrebbe dovuto svincolarla dalle posizioni puramente negative del positivismo e del dogmatismo. (Cfr. Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica…*, cit., p. 62 ss.; v. avanti, p. 73 ss.).

E tale invito ad uscire dalla propria torre d'avorio, e farsi portatrice di valori ed esigenze metagiuridiche (che in sostanza significava un invito a far proprie le istanze della filosofia), era implicito altresì in tutto l'insegnamento e l'incitamento di quell'ampio settore della coscienza filosofico-giuridica italiana che si ispirava ai principi fondamentali del giusnaturalismo. Il quale infatti, quando avvertiva i giuristi che per adempiere al loro compito non potevano restare fermi al *quia* del dato giuridico-positivo, e li richiamava al dovere di ispirarsi, nella conoscenza

giuridica, se non addirittura ogni suo singolo e esponente,[55] presumeva d'indicare non solo ai filosofi ma anche ai giuristi il loro «vero» compito), per entrare senz'altro nel vivo del problema, ci sembra non infondato affermare che uno dei motivi forse più determinanti della incomprensione e della diffidenza dei giuristi verso la filosofia del diritto si possa già ritrovare nella stessa impostazione pregiudiziale e nella stessa problematica centrale che caratterizzava la filosofia giuridica del tempo, nelle sue tendenze e nelle sue figure dominanti. Che era ed è caratteristica, oseremmo dire, dello stesso atteggiamento fondamentale della riflessione astratta nei confronti dei problemi che sono proposti alla nostra riflessione da tutto quell'insieme di atti e di fatti, di esigenze e di esperienze, di situazioni e di rapporti in cui si esprime concretamente la vita del diritto. Il quale atteggiamento invero, comunque se ne potesse giudicare in sede strettamente speculativa, non era certo il più adatto a suscitare una vera apertura di interessi ed a aprire un fecondo colloquio con coloro che, appunto come i giuristi, di questa vita e di questa esperienza debbono risolvere gli specifici problemi e soddisfare le concrete esigenze.

e nell'applicazione del diritto, al valore trascendente della giustizia, non faceva in fondo che proporre loro ancora un diverso compito: e dei più impegnativi, giacché, adempiendovi, i giuristi avrebbero dovuto farsi interpreti non più dei valori storicamente variabili impliciti nella coscienza politica e sociale del tempo, ma anzi, a questi eventualmente opponendosi, a farsi portatori del valore incondizionato e supremo della giustizia. (Per questo v. comunque avanti, cap. II).

E infine, per fare un ultimo esempio, una cosa ancora diversa questo invito significava per chi, come ad es., il Levi, si ispirava ai presupposti dello stesso positivismo filosofico, e pertanto riteneva che la filosofia del diritto avrebbe dovuto fornire ai giuristi «una teoria del diritto» che costituisse «una critica gnoseologica del loro obbietto» (in un senso, s'intende, diverso da quello del Cammarata, data la diversità dei presupposti gnoseologici da cui egli muoveva). V. Levi, *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, cit., p. 4 ss.; *Teoria del diritto e filosofia del diritto*, cit., pp. 466, 473-474).

[55] V. nota ([54]).

E questo per molteplici ragioni, di cui alcune conseguenti alle difficoltà implicite nello stesso assunto fondamentale del pensiero riflesso nei confronti dell'esperienza, ed in particolare nei confronti dell'esperienza giuridica, altre invece relative alla particolare situazione ed ai particolari interessi che dominavano la filosofia del diritto in quel determinato momento. Ragioni che d'altronde si implicavano e complicavano a vicenda, determinando una situazione di fronte alla quale i giuristi avevano, a nostro avviso, non poche ragioni per rimanere, se non altro, spettatori passivi e indifferenti.

Se infatti si considerano storicamente le linee direttive e i principali problemi sui quali maggiormente insisteva la filosofia giuridica italiana nel periodo che va, per fissare un punto d'orientamento, dal 1912 (anno in cui apparve la famosa memoria del Croce sulla «Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia»), fino agli anni che precedono l'ultima guerra, ci sembra sia possibile fare anzitutto una constatazione per molti aspetti fondamentale per il problema che ci interessa, e cioè che questa disciplina era in fondo costretta ad esaurire le proprie migliori energie nella soluzione di una astratta questione pregiudiziale, che già per la sua stessa natura comportava un netto distacco dall'esperienza giuridica concreta e quindi dagli interessi dei giuristi.

Vogliamo riferirci al fatto che la filosofia giuridica italiana di quel tempo, considerata nel suo complesso, era in fondo dominata dall'astratta, seppure inevitabile preoccupazione di giustificare il proprio stesso diritto all'esistenza, cioè di giustificare la propria «autonomia» e legittimità non soltanto nei confronti della scienza, ed in particolare della scienza giuridica, ma anche nei confronti della stessa filosofia cosiddetta «generale», dalla quale pure muovevano non poche obbiezioni alla sua possibilità di costituirsi come scienza.[56]

[56] In effetti si può dire che non vi sia, o quasi, lavoro giuridico-filosofico specifico, o trattato di filosofia del diritto che non debba preliminarmente preoccuparsi di giustificare la legittimità della filosofia del diritto sia contro le obbiezioni dei filosofi, che contro le obbiezioni dei giuristi. (Cfr. per questo Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, I, Padova, Introduzione).

Giustificazione che a ben guardare costituisce, in genere, il tema fondamentale delle stesse trattazioni, dirette come sono in sostanza a cercare quei caratteri

Il che, a ben guardare, non era che un aspetto ed una conseguenza, in ordine a questa filosofia «particolare», di quel medesimo «impasse» pregiudiziale cui in fondo è condizionato tutto l'impegno della filosofia contemporanea, in conseguenza della stretta speculativa impostale dal criticismo kantiano. Il quale infatti ne ha indirizzato lo sforzo fondamentale verso la revisione delle proprie competenze, costringendola, com'è stato acutamente notato, a muoversi perennemente nel circolo vizioso della «filosofia della filosofia», alla continua ricerca di una propria autonomia speculativa e di una propria legittimazione nel sistema generale della conoscenza.[57]

In secondo luogo si potrebbe altresì facilmente constatare come tale distacco della filosofia del diritto italiana dai problemi dell'esperienza giuridica concreta, indipendentemente dalle varie scuole e dagli orientamenti personali dei suoi principali esponenti, fosse ulteriormente accentuata dal fatto che, comunque venisse risolta tale difficoltà preliminare, essa rimaneva sostanzialmente vincolata al presupposto tipicamente speculativo (che potremmo anche chiamare

universali del diritto e della giuridicità che appunto permettano di considerarlo come una categoria filosofica e quindi oggetto di una ricerca speculativa. Questo si può riscontrare, ad es., nel neo-kantismo, che non è appunto che una ricerca di quei criteri che fanno sì che il diritto sia una forma o categoria *a priori* (v. Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Roma, 1905; *Il concetto del diritto*, 2ª ed., Bologna, 1912; cfr. Levi, *Una concezione formale della filosofia del diritto*, estratto dalla *Rivista di filosofia e scienze affini*, a. VII, vol. II, n. 4-6, 1905; Treves, *Il diritto come relazione*, cit., cap. I). Così come lo si può constatare nei rappresentanti del neo-idealismo nel campo filosofico-giuridico, che, come vedremo più avanti nel testo, dovevano anzitutto difendere la legittimità della loro disciplina dagli stessi attacchi, del Croce soprattutto, e per certi aspetti anche del Gentile. Cfr. avanti, note (66), (67), (68), (69), (70).

57 V. Calogero, *Filosofie della filosofia nel pensiero italiano contemporaneo*, nel vol. *La conclusione della filosofia del conoscere*, Firenze, 1938, p. 77 ss.; cfr. avanti, nota (66).

«puristico»), per il quale suo compito fondamentale rimaneva proprio quello di trattare in modo assolutamente metaempirico il proprio oggetto, vale a dire di cercare di «isolare», nell'ambito di un sistema di categorie o di valori speculativamente presupposti, la categoria o il valore o l'idea o il concetto o il principio ideale o formale del diritto, indipendentemente dalla «empiricità» o dalla storicità dell'esperienza giuridica, ma anzi da questa appunto «purificato» e risolto.

E a conferma di ciò si potrebbe osservare come tale presupposto «puristico» fosse in fondo già implicito nei due problemi fondamentali che hanno dominato nel periodo aureo della riflessione astratta sul diritto (e che per certi aspetti continuano ancor oggi a far sentire le loro conseguenze): vale a dire nel problema della ricerca, appunto, del «principio speculativo» del diritto, e in quello conseguente implicito nella dottrina dei «compiti»[58]. Due modi questi, infatti, tipicamente

[58] Com'è notissimo la dottrina dei compiti della filosofia del diritto ebbe la sua prima esplicita formulazione con il Vanni (che egli però trasse dall'Angiulli di cui v. *La filosofia e la scuola*, Napoli, 1889), il quale ebbe infatti a distinguere le tre ricerche che la filosofia del diritto doveva svolgere, vale a dire la ricerca «critica» o gnoseologica, relativa al «sapere giuridico», la ricerca «sintetica» o «fenomenologia giuridica», relativa alla formazione storico-sociologica del diritto, e la ricerca «deontologica» o pratica, relativa alla «valutazione» del diritto. (Cfr. Vanni, *Il problema della filosofia del diritto, nella filosofia, nella scienza e nella vita nei tempi nostri*, in *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, Bologna, 1911, II, pp. 1-71; v. a questo proposito la polemica che ebbe a svolgere nei suoi confronti il Fragapane, *Obbietto e limiti della filosofia del diritto*. Parte I: *I criteri d'una limitazione positiva della filosofia del diritto*, Roma, 1897). E così come fu impostata tale dottrina continuò a mantenere la propria influenza sulla impostazione problematica della filosofia giuridica italiana, costituendo uno dei suoi temi centrali, per quanto se ne discutesse e si suggerissero soluzioni diverse. Ancora accentrate su questa tripartizione, ad esempio, sono le cit. *Lezioni di Filosofia del diritto*, del Del Vecchio (v. *Introduzione*, p. 2 ss.). E può essere interessante notare come proprio in questi ultimi tempi ritorni ad essa anche il Bobbio (di cui v. ad es., la *Introduzione* agli *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., dove è detto che «i problemi più generali che lo studioso del diritto si trovi ad affrontare sono i problemi relativi ai fini, alla struttura, alla funzione sociale della norma giuridica». Che val quanto dire, compito deontologico, compito logico, e compito fenomenologico della filosofia del diritto). Cfr. su questo quanto già osservava acutamente il Ravà, con riferimento al Vanni, in *I compiti della filosofia di fronte al diritto*, Roma, 1907, in particolare p. 5, nota (1).

astratti ed esclusivistici di chiedersi ragione, o meglio, di riflettere su di un problema, come quello dell'esperienza giuridica, quanto mai carico e bisognoso di concretezza, i quali pertanto già per la loro stessa impostazione erano destinati al fallimento. Il primo, quello della ricerca del principio speculativo, per il fatto di porsi non già all'interno di questa esperienza, di riviverne i problemi specifici, di rilevarne e risolverne le concrete esigenze – di capire insomma la dialettica reale per cui, nell'ambito dell'esperienza pratica si costituisce e s'impone l'esperienza giuridica, ed anzitutto di capire l'esigenza per cui nasce e si impone, al suo interno, il momento della scienza del diritto[59] – bensì di ricercare la sua definizione «a priori» attraverso la ricerca del suo «principio produttivo» o della sua «genesi ideale», per lo più ricorrendo al raffronto con altri schemi «a priori» analogamente dedotti, e relativi ad altri aspetti astrattamente presupposti e schematizzati dell'esperienza (estetici, morali, economici, religiosi e via dicendo[60]). E questo ottenendo per lo più mediante il tipico procedimento

[59] V. in questo senso Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1937, p. 6 ss.

[60] Questo procedimento, evidentemente, ha assunto la sua più rigorosa coerente formulazione nel neo-idealismo, specie nella impostazione crociana, dato lo stesso presupposto gnoseologico fondamentale di questa posizione; è però chiaramente riscontrabile anche nella posizione del neo-kantismo, posizione allora nel momento del suo massimo sviluppo, il cui obbiettivo principale, com'è notissimo, è stato fondamentalmente quello di isolare le forme pure *a priori* della giuridicità, come tale costitutive e regolative dell'esperienza, e da questo pertanto non indotte. (V. Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905; *Il concetto del diritto*, II ed., Bologna, 1912. Cfr. Treves, *Il diritto come relazione*, cit., p. 19 ss. In generale Petrone, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania*, Pisa, 1898). Ancorché poi da varie parti, e soprattutto da parte neo-idealistica, si cercasse sempre di dimostrare il carattere empirico ed induttivo di queste categorie. (V ad es. Cammarata, *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, cit., p. 15 ss.).

speculativo che, affidandosi all'intuizione introspettiva esercitata dal filosofo su se stesso, pretende ricavare tali definizioni e risolvere tali problemi attraverso la testimonianza puramente individuale di un dato, in fondo puramente astratto, di coscienza.

Il secondo, cui sono forse da imputarsi le maggiori responsabilità nel divorzio tra scienza e filosofia del diritto, sia per la stessa pretesa pregiudiziale di isolare e di attribuire alla filosofia del diritto uno o più «compiti esclusivi», che ulteriormente contribuiva a rafforzare il pregiudizio della filosofia come *scientia superior*, come modo di conoscenza superiore e privilegiato rispetto a quello proprio della scienza, sia perché, dalla sua primitiva formulazione, che si concretava nella famosa «tripartizione» del Vanni,[61] attraverso lo sviluppo storico del problema tale dottrina si era venuta volta a volta concretando in un'ancor più accentuata forma di esclusivismo, attraverso l'attribuzione alla filosofia del diritto di uno soltanto di questi compiti appunto come esclusivo o per lo meno come preminente, a seconda dell'orientamento filosofico-giuridico dominante: ontologico già con lo stesso positivismo, logico poi con il neo-kantismo della scuola di Marburgo ed in seguito con la corrente fenomenologica, deontologico infine con il neo-kantismo della scuola sud-occidentale e per certi aspetti con il neo-idealismo, oltre che con la costante, per così dire, giusnaturalistica.[62]

[61] Cfr. nota ([59]).

[62] Il Vadalà Papale, ad es., nell'ambito del positivismo, polemizzava appunto con il Vanni, a proposito della tripartizione, e pur riconoscendo che il compito gnoseologico potesse essere «coefficente» della filosofia del diritto, negava che esso potesse essere la base delle sue ricerche, «perché allora la filosofia del diritto diverrebbe accessorio di un sistema filosofico, così come è stata in passato», mentre il compito deontologico era da lui giudicato «inutile» per la filosofia del diritto «perché è conseguenza della stessa sua natura», concludendo quindi che «la parte fenomenologica non deve essere accessoria della parte gnoseologica, ma deve essere tutto l'obbietto di studio, tutto il problema che deve essere esaminato» (Vadalà Papale, *Per il compito della moderna filosofia del diritto*, estratto dall'*Archivio giuridico*, vol. XI, S. 3, p. 4).

Per la preminenza degli aspetti gnoseologici e deontologici, rispettivamente nel neo-idealismo della scuola di Marburgo e in quello della scuola sud-occidentale, v. Treves, *Il diritto come relazione*, cit., capp. I e III; v. pure, Banfi, *Il problema epistemologico nella filosofia del diritto e le teorie neo-kantiane*, in *Riv.*

Che era una forma di ulteriore chiusura e limitazione della problematica filosofico-giuridica, che anche per questo ulteriormente accentuava il proprio distacco dall'esperienza e dagli interessi dei giuristi.

Mentre non è da dimenticare che, proprio in conseguenza di questa chiusura e in generale di questo atteggiamento, l'indagine filosofico-giuridica rimaneva per lo più confinata a quello che, con il Carnelutti, potremmo chiamare il problema strettamente «nomologico», cioè che in quest'ambito il problema del diritto finiva quasi sempre per essere identificato con il problema della genesi o della struttura, logica od ideale, del comando giuridico; intendendosi inoltre questo, per lo più, nel suo aspetto strettamente normativo.[63]

int. fil. dir., 1926, p. 194 ss.

Circa l'indirizzo fenomenologico, che però non ha avuto rappresentanti diretti in Italia, fatta eccezione per la temporanea adesione del Bobbio, è notissimo che la sua tesi fondamentale è stata quella della necessità di «isolare» le forme logiche pure della giuridicità, tramite il processo purificatore della «intuizione eidetica», che deve appunto scoprire la «zona» dei nessi puramente logici che costituiscono l'essenza appunto eidetica dell'esperienza giuridica, decisamente svincolata da qualsiasi presupposto empirico da una parte e volontaristico dall'altra (v. Reinach, *Gesammelte Schriften*, Halle, 1921; Husserl G., *Recht und Welt*, in *Festschrift, Edmund Husserl zum 70. Geburtstag gewidmet*, 1929; cfr. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Torino, 1934; *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, 1934). Per il neo-idealismo, crediamo sia facilmente riconoscibile che nella sua impostazione del problema filosofico-giuridico finisca, anzitutto, per essere decisamente eliminato il compito fenomenologico (o sociologico, considerato dai neo-idealisti come il principio di tutti i peccati speculativi) e quindi per essere identificato il compito gnoseologico con quello ontologico (su questo v. però più avanti, p. 57 ss.). Per il giusnaturalismo, poi, l'affermazione dell'assoluta preminenza del compito deontologico risulta evidentissimo, essendo questa, si può dire, la stessa ragion d'essere di tale filosofia.

63 Veramente il Carnelutti intende per «nomologia» la ricerca strettamente logico-giuridica, o dogmatica, nel senso restrittivo, e negativo, del termine. (Cfr. Carnelutti, *Di là dal diritto*, e *Controversie sul metodo*, nel vol. *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, 1950).

Ci sembra però che questo termine possa ben valere a definire quello che in fondo è, nel campo della filosofia del diritto, l'aspetto corrispondente dell'esclusivismo problematico che caratterizza, nel campo della tecnica giuridica, appunto il nomologismo. Esclusivismo problematico che, a ben guardare, ha

Mentre restavano pressoché trascurati o ignorati tutti quegli altri aspetti e problemi dell'esperienza giuridica (come, ad esempio, il problema del giudizio, o il problema del fatto, o il problema dell'applicazione del diritto, o il problema del processo, ecc.) i quali tutti avrebbero meritato, come meriterebbero tuttora, la più attenta considerazione anche da parte dei filosofi del diritto.

E questo atteggiamento, in fondo tipicamente intellettualistico, faceva avvertire altresì le sue conseguenze anche nei confronti dell'altro problema centrale della nostra filosofia giuridica, il quale forse avrebbe permesso un più proficuo contatto con i problemi specifici che riguardano il giurista, vale a dire nei confronti del problema della cosiddetta scientificità della giurisprudenza. Problema di fronte al quale infatti la speculazione astratta si concretava in quella che è stata acutamente definita come la pretesa di sottoporre la scienza giuridica al tribunale senza appello della filosofia,[64] vale a dire nella pretesa tipicamente astratta ed intellettualistica di giudicare della validità dei metodi e dei risultati conseguiti dal giurista nella esplicazione del suo lavoro, non già cercando di comprendere a quali specifiche ed in fondo incomparabili esigenze questa debba soddisfare e quali specifici problemi debba risolvere, ma ponendola a raffronto con un astratto modello di scientificità, non importa se storico o naturalistico, il quale era comunque dedotto da un diverso ordine di problemi e da un diverso ordine di esperienze.[65]

concentrato la quasi totalità degli sforzi dei nostri filosofi del diritto intorno a quello che si può chiamare il problema della nomogenesi, sia pure dal punto di vista speculativo. E basterebbe consultare anche solo i titoli delle nostre monografie filosofico-giuridiche per confermarlo, fatte, naturalmente, le debite eccezioni.

[64] «In genere – dice il Capograssi – si istituisce un processo, si chiama la scienza al tribunale della speculazione e si fa il processo ai suoi metodi e ai suoi risultati e quindi si proclama quello che valgono gli uni e gli altri». (*Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1937, p. 14).

[65] Cfr. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, cit., pp. 15-20; Leoni, *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, cit., capp. II e III. Si potrebbe osservare come a questo presupposto sia ancora vincolato l'ultimo tentativo di giustificare la scientificità della giurisprudenza operato dal Bobbio, che infatti

Con le quali osservazioni non si vuol certo affermare che questi problemi e queste preoccupazioni non avessero un legittimo fondamento in sede filosofica, e tanto meno che sia da porre in dubbio quell'aspirazione all'universalità che è in effetti l'esigenza animatrice d'ogni indagine veramente speculativa; quand'anche poi di fatto si debba riconoscere che, come tale, essa viene eternamente delusa, rivelando pur sempre un fondamento d'ordine empirico o storicistico. Si vuole soltanto porre in evidenza che tra i due poli in cui, a ben guardare, l'esigenza speculativa deve cercare, seppure invano, il proprio punto di equilibrio, vale a dire tra l'aspirazione all'universalità e l'aspirazione alla concretezza, la filosofia del diritto – e d'altronde non solo la filosofia del diritto italiana – finiva quasi sempre per sfuggire per la tangente, per così dire, della pura universalità, e quindi per concentrare i suoi sforzi su quegli aspetti problematici dell'esperienza giuridica che erano comunque i meno adatti a suscitare l'interesse e la comprensione dei giuristi. Con questo di particolare e di aggravante, peraltro, nei loro confronti: e cioè che i risultati raggiunti su questo piano e con tal metodo venivano non di rado proposti come validi in sede di tecnica giuridica, suscitando la legittima reazione dei competenti. I quali, proprio per difendersi da tali invadenze della filosofia, finivano sempre più per accentuare il loro esclusivismo tecnicistico, col risultato generale che ad entrambi questi momenti imprescindibili della vita del diritto veniva a mancare, se è lecita l'espressione, il necessario respiro, vale a dire la coscienza, oltre che della distinzione, anche della propria immanente unità e connessione, nonché, più ampiamente, la coscienza

si risolve ancora una volta nell'astratto raffronto fra certi metodi e certi criteri di validità propri di una determinata ed in fondo dogmatica concezione della scienza, quella del neo-positivismo, ed il metodo ed i criteri di validità che sono propri della ricerca giuridica. (V. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pp. 75 ss., 200 ss. Cfr. Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, cit., pp. 17-24).

della necessaria unità e connessione di tutti gli altri aspetti e problemi che concorrono a realizzare il ciclo della vita del diritto.

Conclusioni queste – è veramente singolare notarlo – cui in fondo bisogna arrivare anche volendo riprendere in considerazione, da questo punto di vista, i risultati, in ordine alla filosofia del diritto, di quella stessa corrente neo-idealistica, per molti aspetti dominante o per lo meno più combattiva nel periodo che ci interessa, dalla quale non solo muovevano, come sappiamo, le più vibrate proteste contro l'empirismo antifilosofico dei giuristi, ma anche, ed è ciò che più conta, i più decisi propositi di «superamento» della filosofia «pura» quale forma autonoma di conoscenza, che avrebbe dovuto trasformarsi, secondo tale visione, in semplice autocoscienza metodologica delle singole scienze.[66]

E questo accadeva per le stesse conseguenze del nucleo fondamentale dell'insegnamento neo-idealistico, sia crociano che gentiliano, per quanto riguarda, anzitutto, la stessa legittimità della filosofia del diritto come disciplina filosofica «particolare», ed in

[66] Questo infatti, com'è noto è stato il motivo più valido e più profondo implicito nell'insegnamento del neo-idealismo, per quanto poi esso si sia per lo più esaurito nella semplice teorizzazione di tale esigenza (Cfr. v. avanti p. 64, nota (75)).

Questo soprattutto nel Croce, la cui opera può considerarsi, nel suo aspetto più valido, come una metodologia del pensare storico (V. Croce, *La storia come pensiero e come azione*, Bari 1938; *Il carattere della filosofia moderna*, Bari, 1941. Cfr. Calogero, *Studi crociani*, nel volume *La conclusione della filosofia del conoscere*, Firenze, 1938, pp. 46-55; da ultimo, Garin, *Cronache di filosofia italiana*, Bari, 1955, p. 241 ss.; Antoni, *Commento a Croce*, Venezia, 1955, pp. 66-82). Ma anche nel Gentile, anche se in questo A. la spiccatissima tendenza per la problematica gnoseologica sia preminente.

La tendenza però a considerare la filosofia essenzialmente come consapevolezza del concreto operare scientifico è forse più conseguente ai presupposti gnoseologici dell'attualismo che a quelli dello storicismo crociano, attardato com'è questo dalla teorizzazione della struttura categoriale tetrarchica dello Spirito, che costituisce un presupposto prettamente arcaico-metafisico. E infatti furono proprio gli attualisti più coerenti, gli attualisti per così dire di sinistra, come il Calogero e lo Spirito, coloro che trassero alle estreme conseguenze l'insegnamento gentiliano, anche in polemica con il Maestro (cfr. avanti, nota (75)).

secondo luogo per quanto riguardava il valore, i limiti e la natura dei concetti elaborati dalla scienza del diritto.

Si sa bene, infatti, circa il primo punto, quali fossero le conseguenze di questo insegnamento per la validità della filosofia del diritto. Ogni problema essendo ridotto nei limiti della dialettica delle forme spirituali, ed essendo altresì stabiliti, categorialmente, cioè in modo assoluto e rigoroso, in base alla deduzione trascendentale, sia il loro numero sia il loro ritmo o rapporto, non rimaneva alcun posto per la categoria o forma o principio della giuridicità, e quindi per quella disciplina filosofica (e per quei filosofi) che pretendevano di assumere tale inesistente principio a proprio oggetto. Vale a dire che non vi era legittimo posto per la filosofia del diritto; la quale infatti avrebbe dovuto «ridursi», per il Croce alla filosofia dell'economia, e per il Gentile alla filosofia della morale, ovvero, più precisamente, alla considerazione del momento «astratto» dell'attività morale.[67]

[67] Croce, *La riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Napoli, 1926, ristampa (I ed., in *Atti Acc. Pontaniana* di Napoli, 1907); *Filosofia della pratica*, Bari, 1923, I ed. 1909, sez. *Le leggi*; Gentile, *I fondamenti della filosofia del diritto*, III ed., Firenze, 1937 (I ed., Pisa, 1919). È chiaro che, per quanto riguarda il Gentile, qui ci si riferisce alla posizione espressa in quest'opera; per quanto però, a nostro avviso, il problema non sia molto diverso anche considerando le sue ultime posizioni (v. *Genesi e struttura della società*, Firenze, 1946), in cui si tenderebbe a vedere da alcuni un diverso atteggiamento rispetto al problema della società e quindi rispetto al problema del diritto.

A proposito della posizione del Croce ci limitiamo qui a segnalare il contributo forse più recente, quello del Calogero, *Croce e la scienza giuridica*, in *Riv. it. per le scien. giur.*, A. III-IV (1952-53), pp. 1-13, che contiene osservazioni assai acute e interessanti anche a proposito delle reazioni negative che l'atteggiamento crociano non poteva non suscitare presso i giuristi. Di particolare rilievo, in questo scritto, ci sembra l'osservazione che, per il Croce, ogni teoria del diritto non si può ridurre che a «una semplice teoria della volontà» (*ivi*, p. 7), e che di conseguenza «ogni specifico ulteriore lavoro che i giuristi come tali pensino di dover compiere, è intrinsecamente svalutato nel suo contenuto dottrinale» (*ibidem*). Il Croce insomma si divertiva «a prendere in giro le distinzioni dei giuristi», e nel migliore dei casi considerava il diritto «come un mondo dove non si ragiona, ma soltanto si provvede. Sennonché i giuristi, per loro conto, vogliono anche ragionare; e perciò restano delusi e irritati dalle sue concezioni» (*ibidem*). V. pure Volpicelli A., *La teoria del diritto*, nel vol. *Benedetto Croce*, cit. p. 89 ss.; Battaglia, *Diritto e filosofia della pratica*, Firenze,

Riduzione, ovvero meglio, negazione, la quale, dal punto di vista sia pure superficiale dei giuristi, da tempo spettatori dell'aspra polemica che si svolgeva specialmente tra Croce e i filosofi ufficiali del diritto,[68] si convertiva in ultima analisi in una specie di beneplacito filosofico assai autorevole offerto alla loro filosofica tiepidezza; posto che il Croce, come per certi aspetti lo stesso Gentile, finivano per negare il diritto all'esistenza proprio a quella disciplina per la quale essi già nutrivano così poche simpatie e tanto scarsa deferenza. Che era motivo, si badi bene, da non sottovalutare, per quanto superficiali, ripetiamo, fossero le conseguenze che ne traevano i giuristi. Giacché, a ben guardare, esso finiva proprio per convalidare quella richiesta di una *actio finium regundorum* tra filosofia del diritto e giurisprudenza, per cui, come abbiamo visto,

1931, capp. 1, 11, 12, 13; Perticone, *Il diritto e lo Stato nel pensiero italiano contemporaneo*, cit.[,] pp. 85-96.

[68] È noto infatti che le tesi del Croce intorno al diritto suscitarono un vivissimo interesse, ed un'altrettanta vivissima reazione, specie da parte dei filosofi del diritto. Ricordiamo qui i principali interventi che seguirono da vicino la pubblicazione della *Riduzione…*, e della *Filosofia della pratica*; Di Carlo, in *Riv. di Fil.*, X, pp. 654-671; Bignone, *Filosofia del diritto e filosofia dell'economia*, Genova, 1907; Natoli G., *La filosofia del diritto ridotta alla filosofia dell'economia*, Palermo, 1911; Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911; Cesarini-Sforza e Tilgher, *Intorno a una teoria filosofica del diritto*, in *Cultura*, A. XXXI, n. 2, 1912; Folchieri, *Su la natura del diritto*, in *Riv. di Dir. pubblico*, n. 11-12, 1912, parte I; Pannunzio, *Il diritto e l'autorità*, Torino, 1912; Miceli, *Esiste una filosofia del diritto?*, in *Riv. di Sociologia*, 1913; *Principi di filosofia del diritto*, Milano, 1914, pp. 852-858; Solari, *La filosofia del diritto come scienza autonoma*, in *Riv. it. di Sociologia*, a. XVII, S. 2, 1914; Maggiore, *L'interpretazione delle leggi come atto creativo*, Palermo, 1914.

A molte delle obiezioni mossegli il Croce rispose complessivamente (v. Croce, *Obiezioni alla mia teoria del diritto*, in *Critica*, VI, pp. 149-155; *Intorno alla mia teoria del diritto*, *ivi*, XII, pp. 445-450).

Di particolare interesse ed importanza, sebbene successive al periodo che ci interessa, sono le critiche alla teoria crociana del diritto rivolte dal Del Vecchio (nel saggio *Diritto ed economia*, in *Riv. int. Fil. dir.*, pp. 617-622). Altri interventi del Croce sul problema del diritto si possono vedere in *Pagine sparse*, Serie II, Napoli, 1919, e in molte annate della *Critica* di quel periodo.

lo stesso Carnelutti stimava che la prima disciplina non fosse appunto che un «ibrido meticcio» e che quindi, tutto considerato, fosse meglio per i giuristi prescinderne; come in fondo era meglio, secondo tal punto di vista, che i filosofi prescindessero dal diritto.[69]

E richiesta che d'altronde trovava puntuale ed esplicita conferma nella stessa dottrina, soprattutto crociana, della scienza, la quale predicava il valore puramente convenzionale ed empirico, cioè non conoscitivo, delle elaborazioni concettuali proprie delle scienze matematiche e delle scienze naturalistiche,[70] sanzionando, sia pure in nuovi termini, quel funesto distacco tra scienza e filosofia, tipico della tradizione evasiva ed aristocratica della nostra cultura umanistica, di cui tutta la nostra vita sociale risente ancora le conseguenze.

Questa dottrina infatti, per quanto ci riguarda, veniva estesa esattamente anche ai concetti elaborati dalla scienza giuridica, la quale era considerata dai neo-idealisti, a tutti gli effetti, come una scienza decisamente empirica e classificatoria ed in definitiva naturalistica;[71] col duplice risultato di scavare un solco ancora più

[69] V. p. 35 ss.

[70] V. Croce, *Logica come scienza del concetto puro*, Bari, 1928. Tra gli studi su questo aspetto del pensiero crociano, non così numerosi peraltro come per gli altri aspetti, è da ricordare quello del Fano, *La filosofia di B. Croce*, in *Giornale critico della filosofia italiana*, voll. IX, X (1928-1929), in particolare, nel vol. X, pp. 94-139. Più di recente v. Albergamo, *La critica della scienza nel novecento*, Firenze, 1941, pp. 101-148; *Storia della logica delle scienze empiriche*, Bari, 1952, cap. XIII; Fraenkel, *Le scienze naturali nel pensiero di B. Croce*, trad. italiana, Bari, 1952.

Si vedano pure le considerazioni di U. Spirito, nel saggio *La scienza economica*, nel vol. *Benedetto Croce*, cit., pp. 128-143, in particolare pp. 136–143. Penetranti osservazioni a proposito del rapporto fra concetti puri e concetti empirici sono in Calogero, *Estetica, Semantica, Istorica*, Torino, 1947, p. 369 ss. Su questo v. comunque più ampia bibliografia nel vol. *L'opera filosofica storica e letteraria di Benedetto Croce*, Bari, 1932.

[71] Questa estensione della teoria crociana della scienza alla scienza giuridica è stata compiuta, com'è notissimo, dal Cesarini Sforza e dal Cammarata, per cui a buona ragione si è parlato a questo proposito di una concezione «naturalistica» della scienza giuridica. Il primo muovendo direttamente dalle premesse gnoseologiche ed epistemologiche crociane, il secondo giungendo a conclusioni analoghe sulla base della concezione gentiliana, sebbene con ampio riconoscimento dell'influenza del pensiero crociano (v. Cesarini-Sforza, *Il concetto del diritto e la giurisprudenza*

profondo tra la «purezza» dei concetti eventualmente elaborati dai filosofi del diritto (per quelli almeno che lo credevano possibile), e l'impurezza invece dei concetti elaborati dai giuristi, e pertanto di fornire a questi un ulteriore più comodo argomento per sostenere le ragioni del loro esclusivismo tecnicistico. Giacché a buon titolo

integrale, Milano, 1913; *Sulla possibilità di una scienza giuridica*, in *Riv. critica di scienze sociali*, I, 1914; *Lezioni di teoria generale del diritto*, Padova, 1930; *Il problema della scienza*, in *Boll. dell'Ist. di Fil. del diritto dell'Università di Roma*, 1940, n. 6; *Il problema della scienza*, *ivi*, 1941, n. 4; di recente v. ancora: *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1954; Cammarata, *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenz*a, cit.; *Limiti tra formalismo e dommatica*, cit.; *Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Catania, 1926; *La positività del diritto e il valore pratico delle norme di condo*tta, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a G. Del Vecchio*, I, Modena, 1930, p. 43 ss.; *Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica*, Tolentino, 1929; *Sulla c. d. coattività delle norme giuridiche*, Milano, 1932).

Per un approfondito esame delle posizioni di questi due autori in ordine al problema della scienza giuridica, alle loro diversità ed alle fasi di sviluppo del loro pensiero, v. Leoni, *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, cit., pp. 85-137, che costituisce a tutt'oggi il contributo più esauriente sull'argomento. Si vedano però acute osservazioni a questo proposito anche in Ascoli, *Intorno alla concezione del diritto nel sistema di Benedetto Croce*, Roma, 1925; Perticone, *Il diritto e lo Stato nel pensiero italiano contemporaneo*, cit., pp. 97-107. Può essere interessante osservare come questa concezione naturalistica della scienza giuridica, o meglio questa concezione del carattere empirico e classificatorio dei concetti giuridici (la quale veniva sostanzialmente accettata anche da quegli altri esponenti del neo-idealismo, come il Maggiore e l'Ascoli, che più direttamente si occupavano del problema dell'interpretazione giuridica) convivesse con la dottrina del carattere storicistico, o «creativo», ed individualizzante dell'attività interpretativa: carattere che era ugualmente dedotto dai presupposti gnoseologici del neo-idealismo, e in particolare della dottrina crociana del giudizio storico come sintesi di universale e particolare. La quale dottrina, a ben guardare, avrebbe dovuto condurre al riconoscimento che anche nell'attività sistematica, cioè nel momento della costruzione dei concetti giuridici, è sempre implicito un atto interpretativo, e quindi un atto di comprensione storico-individualizzante. Questo ha visto infatti, sebbene non ha posto in evidenza la contraddizione implicita negli esponenti stessi del neo-idealismo nel campo filosofico-giuridico, il Calogero, che tra i neo-idealisti è colui che più decisamente ha criticato la concezione naturalistica della scienza giuridica (V. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, cap. IV; *La metodologia del naturalismo giuridico*, cit., e *La natura dei concetti giuridici*, cit., nel volume *Saggi di etica e di teoria del diritto*, cit.; *Etica, giuridica, politica*, Torino, 1946, cap. XXIII.

essi potevano appellarsi alla stessa autorità del Croce, come di fatto spesso si appellavano, per sostenere che i loro concetti erano appunto concetti… empirici, privi affatto di qualsiasi valore speculativo,[72] e quindi per chiedere ai filosofi del diritto che li lasciassero lavorare in pace; ben lieti di concedere loro, se ci tenevano, il primato speculativo, purché, ben s'intende, si limitassero a disputare tra di loro e non interferissero in alcun modo nella sfera di loro competenza.

Né si può dire che gli effetti in un certo senso deprimenti di tale scomunica, specie crociana, alla filosofia del diritto, riuscissero a trovare il sufficiente antidoto nella strenua difesa che di questa autonomia venivano facendo, nell'ambito del neo-idealismo, tutti quei filosofi del diritto, come il Maggiore, il Cesarini-Sforza, il Battaglia, l'Ascoli e lo stesso Cammarata, i quali, con indubbia efficacia e con indubbio fondamento, si erano assunti il compito di giustificare la legittimità di un'indagine speculativa sul diritto anche nell'ambito della dialettica idealistica, dimostrando la necessità categoriale del momento della giuridicità nella dialettica delle forme spirituali, vuoi affermando il valore speculativo della categoria della socialità, vuoi rivalutando il momento della tipicità e dell'astrattezza, elemento essenziale della normatività giuridica, nell'ambito del più ampio processo normativo della nostra coscienza.[73]

---

[72] V. ad es. quanto osservava il Brugi, in *Fatto giuridico e rapporto giuridico*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1921, p. 14 ss. In questo senso, del resto, era da interpretarsi l'intervento del Carnelutti, in *I giuristi e la filosofia*, cit., quando affermava che ogni aspetto o oggetto della realtà può essere considerato «e da un punto di vista empirico, e da un punto di vista filosofico» (*Ivi*, p. 184).

[73] Sono queste, sostanzialmente, le due direzioni attraverso le quali, nell'ambito della visione speculativa del neo-idealismo, si è cercato di giustificare la autonomia di un'indagine speculativa sul diritto contro la riduzione del diritto a più ampie categorie spirituali operata dal Croce e dal Gentile. La concezione del diritto come astrattezza è sviluppata soprattutto dal Cesarini-Sforza, e significa che l'astrattezza è il carattere non solo della norma giuridica, ma di tutta la vita del diritto, in ogni suo aspetto; vale a dire che l'esperienza giuridica è creazione del momento astratto dello spirito (v. soprattutto Cesarini-Sforza, *Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica*, cit.; cfr. Ascoli, *La giustizia*, Padova, 1930, p. 12 ss.; Perticone, *Il diritto e lo Stato…*, cit., p. 98 ss.).

La concezione del diritto come socialità, ovvero come relazionalità, è stata

Poiché invero non si può dire che anche nell'ambito di queste esigenze e di queste ricerche, per quanto l'interesse giuridico fosse preminente, l'impostazione neo-idealistica che restava a fondamento di tali problemi riuscisse in sostanza a mutare i termini della problematica filosofico-giuridica tradizionale, e quindi a suscitare un diverso interesse presso i giuristi; dovendo infatti anche questi autori disperdere gran parte delle proprie energie nella pregiudiziale giustificazione (ed anzitutto contro i loro stessi maestri) della legittimità filosofica della loro disciplina; la quale in sostanza si traduceva nella ricerca strettamente speculativa del principio o concetto a priori, ovvero nella ricerca della «genesi ideale» del diritto.[74] Ricerca che riusciva ancor più ardua ed ostica per i giuristi, dato il carattere veramente esoterico con cui veniva trattato in tale sede questo, come d'altronde ogni altro argomento.

invece soprattutto sviluppata, nell'ambito del neo-idealismo, dal Battaglia, attraverso il riconoscimento dell'integrazione dialettica dell'io nel *socius* e dell'etica e dell'economia nella categoria appunto della giuridicità, che è il momento veramente concreto dell'attività pratica. Cfr. Perticone, *II diritto e lo Stato…*, cit., p. 105 ss.; Piovani, *Momenti della filosofia politico-giuridica…*, cit., p. 53 ss.; Lopez De Oñate, *Compendio…*, cit., p. 32 ss. In generale sulla «riduzione» crociana e gentiliana, v. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 7-14.

74 E in questo circolo, si potrebbe osservare, rimaneva la problematica neo-idealistica anche quando si occupava del problema della scienza giuridica, che pure era un problema più aderente all'esperienza e alla competenza dei giuristi; giacché anche a questo riguardo il suo sforzo maggiore era pur sempre quello di teorizzare la natura gnoseologica della scienza giuridica, per inquadrarla nel sistema dello scibile, attraverso il riconoscimento del carattere di generalità, di astrattezza e di tipicità dei suoi concetti. (Si vedano a questo proposito le assai acute considerazioni del Perticone, in *II problema del diritto e dello Stato…*, cit., p. 113 ss.).

Conseguenza anche questa, del resto, sul piano della problematica filosofico-giuridica, di quell'antinomia fondamentale insita nella stessa radice del neo-idealismo, sia crociano che gentiliano, che costringeva i suoi esponenti alla perpetua teorizzazione della necessità del concreto,[75] e che anche nell'ambito della filosofia del diritto impediva loro ancora di realizzare quell'aderenza ai problemi dell'esperienza giuridica concreta che pure era implicita nel loro assunto fondamentale e nella loro più profonda esigenza.

È chiaro però che tutti questi motivi, questi spunti ed esigenze che abbiamo fin qui considerato per comprendere, sia pure sommariamente, l'atteggiamento antifilosofico della nostra giurisprudenza e per delimitare in modo più preciso il concetto di «positivismo giuridico», manterrebbero ancora la nostra indagine su di un piano strettamente culturale e metodologico, e quindi, nonostante tutto, ancora inevitabilmente astratto, se per ultimo non prendessimo in considerazione quella più ampia situazione storica ed ambientale (nel senso politico e sociale, ben s'intende, e non naturalistico del termine), cui anche la scienza giuridica, in tale suo specifico atteggiamento, non poteva non essere condizionata obbiettivamente. Ché anzi, non vi è forse altro aspetto della nostra esperienza, quanto quello giuridico, che più direttamente risenta di tale condizionamento, come forse non vi è altro settore dello scibile, come quello della scienza del diritto che, nonostante la sua perenne e d'altronde necessaria aspirazione alla scientifica obbiettività e purezza,

[75] Su questo *impasse* pregiudiziale e fondamentale del neo-idealismo, v. Spirito, *La filosofia*, nel volume *Benedetto Croce*, Roma, 1939, pp. 7-26; *La vita come ricerca*, Firenze, 1937; *Il problematicismo*, Firenze, 1948, p. 28 ss.; *Scienza e filosofia*, Firenze, 1950, Parte I e II; Calogero, *La conclusione della filosofia del conoscere*, cit.; *Logica, gnoseologica, ontologia*, cit., pp. 60 ss., 165 ss. A proposito della tesi del Calogero, secondo il quale, sul piano attualistico-storicistico, non vi è più una ragione d'essere per una filosofia teoretica, comunque concepita, o quale «gnoseologia» o quale «teoria del conoscere», v. la replica del Croce, *Misologia*, in *Critica*, 1935, pp. 221-22. Cfr. su tutto questo Garin, *Cronache di filosofia italiana* (1900-1942), Bari, 1955, pp. 241 ss., 375 ss.

maggiormente sia vincolato all'ambiente storico e politico in cui viene operando. Quand'anche poi, anche per questo aspetto dell'esperienza, non si tratti certo di un condizionamento irreversibile e necessario, ma storico e dialettico, in cui anche la stessa scienza del diritto può rivelarsi quale elemento politicamente determinante, imponendo con i suoi concreti orientamenti l'affermazione o la negazione di certi valori e di determinate esigenze.[76]

A questo riguardo, volendo anche qui ridurre le osservazioni all'essenziale, si potrebbero indicare due motivi fondamentali d'ordine politico sociale (d'altronde strettamente connessi), che possono meglio aiutarci a comprendere nella giusta prospettiva storica quell'atteggiamento della scienza giuridica che, ispirato pur sempre ai presupposti del positivismo, a questo riguardo potrebbe essere meglio interpretato e definito come atteggiamento «laico» e puristico, vale a dire come un atteggiamento che pretende dal giurista una posizione obbiettiva e impartecipe nei confronti dei problemi di valore, e quindi anche politici e sociali, che l'esperienza giuridica presenta. Ed un motivo, d'altronde, che ci può fornire fin d'ora un primo criterio d'orientamento per comprendere ciò che in fondo più ci interessa; ossia l'attuale processo di revisione, o il processo di crisi di questo medesimo atteggiamento.

Tale primo motivo, motivo in certo senso generale, è da vedersi in quella tipica attitudine e tendenza «conservatrice» che in fondo

[76] Questo, ad esempio, è stato l'ufficio cui, per un certo periodo di tempo, ha adempiuto da noi, come ben giustamente nota il Pugliatti (in *La giurisprudenza come scienza pra*tica, cit., *loc. cit.*), la scienza giuridica ispirata ai canoni del formalismo e del laicismo.

In senso del tutto opposto, per fare un esempio, ha operato invece, in Germania, la giurisprudenza così detta teleologica, e per certi aspetti la giurisprudenza degli interessi, che infatti ha dato un implicito appoggio alle dottrine per così dire ufficiali del nazismo in proposito (v. per questo Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, p. 33, nota ([71]). Cfr. meglio, avanti, p. 73 ss., nota ([91]).

è propria della stessa posizione e funzione del giurista;[77] come tale, infatti, meno immediatamente soggetto alle pressioni e ai conflitti ideologici che sono impliciti nella genesi del diritto, e che in particolare caratterizza preminentemente la scienza del diritto, così come questa è costituita e si impone nell'ambito degli ordinamenti governati dal principio della divisione dei poteri e soprattutto dal principio della certezza. Per la quale attitudine e tendenza, infatti, il giurista, tra i due motivi fondamentali cui è condizionata in genere la sua attività, cioè tra il motivo appunto della certezza ed il motivo della concretezza, è portato in prevalenza ad operare in funzione del primo, e quindi a considerare, sebbene quasi sempre inconsapevolmente, come definitivo e per certi aspetti come valido assolutamente quel sistema di valori politico-giuridici che è già costituito nelle forme obbiettive dell'ordinamento.

Tendenza che si mostra tanto più radicata e in un certo senso pacifica quanto più il giurista si trova ad operare in condizioni «normali», e non di crisi, cioè in condizioni di equilibrio politico-sociale, nelle quali un certo sistema di valori è generalmente accolto e come sedimentato nella coscienza comune; ovvero, se si vuole, in un periodo storico in cui tale sistema e gerarchia di valori dispone di una capacità di affermazione e di espansione tale da costringere ancora su di uno sfondo giuridicamente inespresso altri motivi e valori che, mutando i rapporti di forze, potrebbero pretendere un adeguato riconoscimento.[78] Il che, in sostanza era ciò che

[77] Di questa tendenza dice ampiamente il Ripert, in *Le declin du droit*; v. pure in questo senso: Calamandrei, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, p. 60 ss.; Ascarelli, *Studi di diritto comparato…*, cit., p. XII, che ne parla come di una caratteristica inerente alla esigenza di «continuità» propria della funzione del giurista, che è anche il limite posto alla libertà di apprezzamento dell'interprete.

[78] Per più ampie considerazioni a questo proposito v. Caiani, *I giudizi valore…*, cit., p. 21 ss. Estremamente significativa a questo proposito è l'affermazione del Kelsen: «Das Ideal einer Obiektiven Wissenschaft von Recht und Staat hat nur in einer Periode sozialen Gleichgewichts Aufsicht auf allgemeine Anerkennung». (*Reine Rechtslehre*, cit., *Vorwort*, p. VIII). V. pure in questo senso, Calamandrei, *La crisi della giustizia*, nel volume *La crisi del diritto*, cit., pp. 161-162.

caratterizzava la situazione storico-politica in cui ebbe la sua maggior diffusione, appunto, la concezione «laica», positiva e puristica della scienza del diritto; cioè il periodo che (a grandi linee naturalmente e con le debite eccezioni) va dall'inizio del secolo al primo dopoguerra, e che in fondo non ebbe a subire grandi mutamenti, se non per certi aspetti sul piano costituzionale, anche dopo la crisi rivoluzionaria del 1922, fino agli anni (questi sì veramente critici e decisivi anche per l'esperienza e la scienza giuridica italiana) che precedettero l'ultima guerra mondiale e l'alleanza con il nazismo.[79]

Il secondo motivo, questo relativo a tale particolare periodo storico, è da vedersi nella ancor più puntuale ed esatta corrispondenza tra i principi e i valori, sostanziali e formali, che appunto in questo periodo informavano l'ordinamento giuridico positivo nel suo complesso e i principi e i valori che, a ben guardare, sono alla base della stessa concezione «laica» puristica e positiva della scienza del diritto. Poiché, oggi almeno, non vi può certo esser dubbio che anche tale visione dei rapporti tra scienza giuridica, politica e filosofia (che oltretutto tendeva a realizzare, anche sul piano giuridico, l'ideologia razionalista occidentale di una scienza delle cose umane *modo geometrico demonstrata*) non avesse e non abbia un suo chiaro e d'altronde riconosciuto fondamento ideologico; quel fondamento che appunto discende, per quanto riguarda la posizione, oltre che del giudice, anche del giurista, da quel sistema della divisione dei poteri, del primato del legislativo sull'esecutivo, ed in definitiva,

[79] Queste affermazioni avrebbero, evidentemente, bisogno di ampia dimostrazione. Devono comunque andare qui accolte in linea puramente indicativa, poiché ci rendiamo ben conto quali e quanti problemi relativi alla nostra recente storia giuridico-politica siano qui coinvolti.

Per un'ampia rassegna dei problemi costituzionali in Germania relativa al periodo cui ci riferiamo nel testo, v. Biscaretti Di Ruffia, *Il diritto costituzionale dell'Impero germanico nei primi cinque anni di regime nazional-socialista*, in *Archivio di diritto pubblico*, III, p. 1, 1938. Per più ampia bibliografia v. avanti, note ([93]) e ([94]).

ancora, da quel principio della certezza che informa tutti i rapporti giuridici nell'ambito della concezione, anch'essa infatti «laica», dello stato di diritto.[80] Per cui non è difficile comprendere come, per tale convergenza di principi e valori, la funzione del giurista in questa situazione fosse una funzione per molti aspetti pacifica, che poteva facilmente dar luogo all'ideale di un'attività veramente scientifica sul diritto; e come, su questo piano, l'assunto fondamentale del positivismo giuridico, che in periodi di crisi, come infatti vedremo, è fatalmente interpretato nel suo aspetto negativo, cioè come una forma di accettazione incondizionata del diritto come forza, potesse invece apparire come il segno di una fiducia quasi spontanea nella razionalità dell'ordinamento.

Com'è dunque accaduto che questa situazione, tutto questo insieme di motivi e di esigenze che, nell'ambito del cosiddetto positivismo giuridico, abbiamo visto determinanti dell'atteggiamento antifilosofico della nostra giurisprudenza, è venuto a trovarsi in una posizione di crisi? Quale la ragione, in altri termini, per cui oggi non pochi giuristi italiani avvertono di non poter essere più puri giuristi, obbiettivi ed impartecipi descrittori di ciò che dice o vuole astrattamente la legge?

La risposta ad un simile imponente interrogativo certamente non possiamo pretendere di darla noi, con la nostra poca esperienza e le nostre pochissime forze; tanto più che la complessità dei motivi che vi convergono potrebbe facilmente far cadere in un discorso tipicamente astratto ed inconcludente.

Per ottenere questa risposta, o meglio per ottenere qualche indicazione concreta, qualche punto d'orientamento su quest'aspetto dell'esperienza giuridica odierna la cosa migliore che si può fare rimane quella che ci siamo proposti fin dall'inizio; che è di far parlare direttamente

[80] V. p. 74 ss.

coloro che, appunto come i giuristi, le vicende di questa esperienza e di questa crisi hanno vissuto e vivono tuttora più concretamente. Limitando semmai il nostro intervento a chiarire e ordinare i motivi problematici più salienti intorno ai quali si può raccogliere la loro testimonianza.

Tra questi motivi, però, ve n'è uno, per molti aspetti più generale e più importante, sul quale conviene brevemente soffermarci per porlo in evidenza; e possiamo farlo con una certa sicurezza giacché esso ci è stato indicato, in uno scritto forse tra i più suggestivi ed impegnati di questo dopoguerra,[81] da un filosofo del diritto, Giuseppe Capograssi, che senza dubbio è tra coloro che maggiormente hanno contribuito a risvegliare dal sonno dogmatico la nostra giurisprudenza.

In breve, vi è un motivo di fondo, un motivo essenziale nella determinazione di quell'insieme di situazioni, di problemi, di testimonianze che si presenta come crisi dell'esperienza giuridica odierna, di quella crisi che sembra non risparmiare alcun aspetto di questa esperienza, (e quindi legislativo, scientifico, giudiziario, oltre che, comprensivamente, speculativo): un motivo di cui oggi soltanto, dopo la tragica esperienza del più recente passato europeo, ognuno ha potuto comprendere e soprattutto constatare fino in fondo l'enorme distruttiva importanza. Ed è il motivo che lo stesso Capograssi, nel modo migliore, ha chiamato della «strumentalizzazione» del diritto.[82]

Che significa questa espressione? A quali problemi e a quali esperienze occorre richiamarsi per intenderne la vera natura e la vera portata? Nella trasformazione, risponde in sostanza il Capograssi, che, nella più recente esperienza politica e giuridica europea, si è venuta sempre più chiaramente imponendo, del diritto inteso come

[81] Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. I, Padova, 1950, pp. 3-31. Nelle note che seguono faremo riferimento a questo scritto con il semplice richiamo *op. cit.*

[82] Capograssi, *op. cit.*, pp. 15-17.

valore nel diritto inteso appunto come semplice mezzo o strumento, e quindi nella conseguente sua identificazione con la semplice forza. «Il diritto diventa il mezzo del mezzo: il puro mezzo con cui si realizzano gli scopi, che le forze che danno vita all'apparato coattivo dello stato, propongono e impongono alla umanità disponibile.[83] Diventato il diritto un mezzo, tutte le forze tradizionali e fondamentali di esso perdono consistenza. Se la legge giuridica si oppone con la sua lettera o col suo spirito al realizzarsi di quegli scopi sovrani, si nega valore alla legge, stabilendo un'antitesi tra legge e diritto, si sottopone la legge al diritto identificando il diritto con la pretesa volontà del popolo di conseguire quello scopo; si identifica addirittura il diritto con quello scopo… Il diritto non è nulla per sé, non ha per sé nessuna legge nessun contenuto nessuna verità. Il diritto è la forza»[84].

Dove però, è chiaro, occorre subito aggiungere questo: che qui il termine «diritto», che sarebbe negato come valore per venire trasformato in strumento per altri valori e fini che il diritto, in tal senso, trascendono (i fini o «totem» del gruppo o classe dominante, che volta a volta pretende identificarsi con la volontà dello stato, con la sua volontà e sovranità incondizionata, con la sua incondizionata volontà di potenza) deve andare inteso in un senso ben preciso, e del resto in un senso chiaramente reclamato e ammesso: nel senso cioè di

[83] «Disponibile» in questo senso: che «l'uomo è forza vuota, che non vale se non in quanto è addetta allo scopo che questo o quel gruppo dominante ha imposto alla società. L'uomo non ha valore per sé, ma soltanto per quel valore che il gruppo dominante impone come imperativo e regolativo di una data società; ed in quanto partecipa a questo valore. Partecipare significa aderire, avere una funzione, collaborare, fare in modo che la realtà e la vita si conformino a questo scopo o valore. Solo vale chi ha una funzione in questo sforzo verso lo scopo; il valore dell'individuo è questa funzione». (Capograssi, *op. cit.*, p. 5).

Una delle più immediate conseguenze di questa idea è «che l'individuo essendo forza vuota o disponibile può essere formato e plasmato come si vuole; dipende dal gruppo dominante formarlo secondo il tipo che è conforme allo scopo». (Capograssi, *op. cit.*, p. 6).

[84] Capograssi, *op. cit.*, p. 15.

una sostanziale coincidenza fra il «diritto» e la persona umana, considerata come valore centrale ed insostituibile, o meglio, «non disponibile» dell'esperienza giuridica, e quindi di ogni vero ordinamento. Il valore della persona: ovvero lo stesso valore della sua libertà, del suo incondizionato insostituibile diritto alla propria libera esplicazione, cioè alla libera formazione ed affermazione di quelle «spontaneità» individuali e sociali la cui protezione dev'essere appunto lo scopo (se di scopo si può parlare) del diritto stesso.[85]

Si tratta insomma, in termini meno suggestivi, delle conseguenze, in ordine al diritto soggettivo ed alla libertà individuale, di quelle dottrine etico-totalitarie, le quali, attraverso i più diversi motivi od artifici dialettici, hanno teorizzato la «trascendenza», che voleva poi dire in concreto la prepotenza, dello stato sulle volontà e sui diritti dei singoli soggetti;[86] dottrine rivelatesi in seguito come degli ottimi strumenti offerti appunto dai filosofi ai politici, per giustificare quanto di veramente incommensurabile è stato commesso da certi gruppi dominanti in nome dello stato etico o

[85] V. Capograssi, *op. cit.*, pp. 19, 21, 23.

V. pure del Capograssi altre riflessioni in questo senso nel saggio: *Incertezze sull'individuo*, Estratto dagli *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi Sturzo*, Bologna, 1951, pp. 1-37.

[86] «In questa tempesta, che è stato delle idee centrali e delle posizioni fondamentali dell'esperienza giuridica?», si chiede il Capograssi. «È degno di nota, per prima cosa, che tutto è accaduto per mezzo e a nome dello Stato». (Capograssi, *op. cit.*, p. 12). Ma è anche altrettanto singolare che in questa situazione lo Stato ha finito proprio per negarsi nel suo valore e nella sua verità: «Lo Stato è puro strumento, puro apparato coattivo, pura esteriorità di forze. Lo Stato non c'è più come Stato. Questa sparizione dello Stato, come valore autonomo e forma autonoma dell'esperienza, è palesemente proclamata dalle dottrine contemporanee, che hanno cercato di rendersi ragione e teorizzare lo Stato autoritario. La dottrina tedesca ha riconosciuto lo Stato come strumento, puro apparato coattivo… Ciò significa, che lo Stato non ha più fondamento: non ha più una realtà a sé stante, non è più se stesso. È un puro apparato tecnico, come i tedeschi hanno visto: lo Stato non c'è più». (Capograssi, *op. cit.*, p. 14).

altra formula equivalente.[87] E conseguenze, pertanto, la cui paternità non risale certamente solo ai modesti orchestratori delle più recenti teoriche totalitarie e razzistiche, ma che oggi soltanto ognuno ha potuto comprendere veramente, concretamente, potremmo dire personalmente, nella loro tragica evidenza di strumenti distruttivi, così dei fondamentali principi, come dei più elementari diritti. Ognuno, abbiamo detto, e quindi e soprattutto coloro che si sono trovati ad essere gli operatori, teorici o pratici, potremmo dire addirittura gli esecutori di questo diritto: di questo diritto che essi medesimi hanno veduto trasformarsi nelle loro mani, senza potervisi opporre, da diritto come valore a diritto appunto come mezzo o strumento.[88]

Quali possano essere la portata ed i limiti di una tal diagnosi – a nostro avviso necessaria, ma non sufficiente per comprendere la crisi dell'attuale esperienza giuridica, che non è interpretabile solo in senso aberrante e patologico, ma anche in senso normale o fisiologico, per la convergenza di molti altri motivi, dipendenti in sostanza dal suo odierno accelerato ritmo di crescenza[89] – e quali

[87] Vorremmo qui ricordare al lettore due documenti fondamentali di queste tragiche esperienze (sulle quali invero bisognerebbe che si riflettesse di più; che su di esse riflettessero soprattutto coloro che non ne hanno, per loro fortuna, sperimentato direttamente le conseguenze): *Si fa presto a dire fame*, di Piero Caleffi (Milano-Roma, 1954), e: *The final Solution*, London, 1953, di G. Reitingler. Due documenti diversissimi, che però insieme possono dare la misura di quanto è accaduto; il primo in termini di diretta esperienza, il secondo in termini generali, di fredda ricostruzione storica di quanto è stato commesso in nome dello Stato-potenza.

[88] Su questo v. più avanti p. 74 ss.

[89] Può essere interessante a questo proposito leggere le riflessioni del Capograssi in un suo recentissimo scritto, *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1955, IV, pp. 413-465, dove è detto: «In fondo, tutto questo movimento contemporaneo – di cui gli interventi dello Stato e il resto non sono che metodo – traverso i fini mediati e immediati che si propone (i fini economici politici sociali che vuole conseguire) a che cosa si riduce? Tutto sommato si riduce all'idea e al fine di mettere l'individuo comune anonimo statistico in condizioni umane di vita», (p. 415). E, ci sembra, proprio questo è il problema che deve risolvere il diritto, il problema per cui oggi il diritto è, come si suol dire, in crisi; cioè il fatto che per suo mezzo non si sia riusciti finora a conciliare i due aspetti del problema; il rispetto

possano essere le ulteriori considerazioni che, come subito vedremo, si mostrano necessarie per interpretarla, non vi è dubbio però che in questa diagnosi sia da ritrovare uno degli elementi principali per la comprensione di quella patologia giuridica anche italiana del recente passato, la quale tra l'altro, per quanto riguarda l'attività del giudice e del giurista, si era espressa nei vari tentativi, d'ispirazione soprattutto germanica[90] (ed in Italia confortati dal solito equivoco neo-idealistico tra l'affermazione della comune natura creativa dell'attività del legislatore e di quella dell'interprete e la negazione delle obbiettive distinzioni tra i diversi momenti in cui si realizza la vita del diritto[91]),

formale e il rispetto sostanziale, entrambi imprescindibili, dell'individuo.

90 Come già abbiamo osservato più sopra, si possono effettivamente riscontrare delle chiare indicazioni in questo senso nelle correnti della «Interessenjurisprudenz» e della «teleologische Jurisprudenz», sebbene sia da osservare, come ha fatto giustamente il Treves (*L'indirizzo teleologico…*, cit., p. 547, nota (2)) che anche nell'ambito di queste correnti vi furono dei giuristi, come ad es. lo Heller, decisi sostenitori dell'idea democratica. È sintomatico d'altronde, come ricorda il Giannini (*L'interpretazione giuridica…*, cit., loc. cit.) che le dottrine per così dire ufficiali del nazismo in tema d'interpretazione fossero giusto in questa direzione. (V., ad es., il § 56, L. 23 settembre 1933 [Reichserbhof] che dice: «Enstehen bei Anwendung dieses Gesetzes Zweifel, so hat der Richter so zu entscheiden, wien es dem in der Einleitungsworten dargelegten Zweck des Gesetzes entspricht». Cfr. Schwinge, *Der Methodenstreit…*, cit., p. 14 ss.; Franzen, *Gesetz und Richter*, Hamburg, 1935; Manigk, *Neubau des Privatrechts*, Leipzig, 1938, p. 70 ss.). È però da notare che il problema e le esigenze introdotte dalla «Interessenjurisprudenz» e dalla «teleleologische Jurisprudenz» non sono interpretabili solo in questo senso, e quindi accantonabili per questi motivi extragiuridici, come ad es. sembra ritenere l'Allorio in *La vita del diritto in Italia*, in *Jus*, I, 1950, p. 39. In realtà si tratta di motivi che, se contenuti sul piano metodologico, conservano a nostro avviso un valore fondamentale, come del resto è dimostrato dall'accettazione sempre più larga che anche da noi essi sono venuti trovando. (Basterebbe ricordare il Betti, l'Ascarelli, il Bettiol e per certi aspetti il Pugliatti).

91 Il più acceso esponente di questo allargamento delle tesi neo-idealistiche in tema d'interpretazione al piano politico fu da noi, com'è noto, il Maggiore, a differenza di altri esponenti che non lo condivisero affatto, ma anzi, vi reagirono. (V. Maggiore, *La dottrina del metodo giuridico…*, cit., in particolare p. 383 ss., dove si può leggere ad esempio «così riformato il concetto dello Stato [riformato cioè in senso autoritario-corporativo] e in conseguenza lo stesso concetto di fonte del diritto, non può non restarne modificato il concetto della dommatica. La

per i quali, dal piano metodologico, attraverso la teorizzazione della necessità della ricognizione dello scopo-interesse o del fine della norma per la sua interpretazione ed applicazione, si tendeva a passare in effetti sul piano ideologico, per affermare in definitiva una vera e propria eversione della gerarchia delle fonti del diritto, e quindi per fare del giudice e del giurista gli strumenti diretti dell'esecutivo, cioè della volontà della classe o del gruppo dominante.

E sta di fatto altresì che, proprio intorno a questo problema, intorno alle conseguenze di queste teoriche della strumentalizzazione del diritto, è possibile individuare il primo più appariscente motivo di quell'ampio esame di coscienza di molti giuristi italiani che introduce alla crisi del positivismo giuridico ed alla crisi della stessa scienza del diritto.[92]

Per interpretare la quale, però, occorre aggiungere ancora una considerazione, che riguarda il ruolo veramente singolare giocato nella lotta tra l'esecutivo il legislativo da quella concezione della scienza giuridica

dommatica, che prima si modellava tutta sul momento astratto della vita del diritto, la legge scritta, ora deve plasmarsi altresì sul momento concreto del diritto, sul suo attuarsi come volontà del giudice e volontà di governo… La dommatica nuova, fedele alle tradizioni della giurisprudenza romana deve essere logica del diritto concreto» (p. 384). Per cui, in conseguenza di tale nuova funzione di «organo del concreto», la giurisprudenza avrebbe dovuto liberarsi di «alcuni pregiudizi», tra i quali «la riduzione di tutto il diritto oggettivo alla norma scritta» e «la divisione dei poteri» (p. 385). Di questo A. v. ancora in questo senso, *Il diritto corporativo e la trasformazione della dommatica giuridica*, in *Archivio di studi corporativi*, A. I, 1930; *Quel che resta del Kelsenismo*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova 1940. A proposito, invece, della necessità delle empiriche «distinzioni» tra i momenti dell'esperienza giuridica, che «l'effettiva esperienza spirituale unifica», v. quanto osservava sensatamente l'Ascoli, in *La giustizia*, cit., p. 8 ss.

92 V. nota (94).

«laica» e puristica, della quale, come infatti vedremo, non pochi dei suoi stessi sostenitori sono indotti attualmente a denunciare le responsabilità nel senso della strumentalizzazione del diritto.[93]

Ruolo singolare e sconcertante, giacché, se è pur vero che nell'esperienza storica più recente il dogma fondamentale di tale posizione, il dogma cioè della incondizionata accettazione di ogni contenuto del diritto in quanto diritto ha portato il giurista ad assistere impotente, anzi, a doversi fare inevitabilmente interprete della sua strumentalizzazione, non è men vero, però, che nel periodo immediatamente precedente, proprio questo stesso atteggiamento della scienza giuridica è stato uno degli argini più validi, almeno in Italia, contro la minaccia e le pressioni di tale tendenza. Tanto è vero che, come abbiamo già ricordato, proprio a questo riguardo uno dei nostri più insigni giuristi ha potuto giustamente parlare di una valida forma di autodifesa della scienza giuridica italiana in questo senso; difesa che, a ben guardare, ha potuto attuarsi proprio attraverso la energica affermazione della propria autonomia e della propria purezza.[94]

[93] Ci riferiamo all'articolo del Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., su cui v. nota ([35]). Ma si veda già quanto osservava nel 1932 lo Jemolo, nel bellissimo saggio, *Il nostro tempo e il diritto*, in *Archivio giuridico*, XXII, 1932, p. 129 ss., in particolare pp. 151-158-159, e prima ancora R. De Ruggero, in *I dogmi del diritto privato e la loro revisione*, in *Archivio giuridico*, XIII, 1927, 2. Altre considerazioni in questo senso, sebbene non esplicite, si possono trovare in Calamandrei, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, p. 53 ss.; *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Riv. di dir. comm.*, XL, 1940, p. 341 ss. Del resto, il più profondo motivo ispiratore del notissimo saggio del Lopez De Oñate, *La certezza del diritto*, I ed., 1942, era proprio quello di mettere in luce, mediante l'analisi del principio della certezza, lo stesso valore del principio della divisione dei poteri, che, per quanto riguarda il giurista, si traduce appunto nella sua subordinazione all'attività del legislatore. (Cfr. Lopez De Oñate, *La certezza del diritto*, II ed., Roma, 1950, capp. II e IV). E in questo senso, del resto, aveva considerata questa opera il Calamandrei (ne *La certezza del diritto…*, cit.).

[94] V. in questo senso quanto osservava il Kelsen, già nel 1929, nel saggio *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto* (nel volume *Lineamenti di una Teoria generale dello Stato e altri scritti*, a cura di A. Volpicelli, Roma, 1933), a proposito delle accuse che venivano rivolte dai sostenitori della Rechtmässigkeit contro il formalismo della *Reine Rechtslehre*, il cui ultimo fondamento, infatti, veniva indicato dal Kelsen nella decisa esigenza di tener sempre separata la scienza giuridica dalla

Il che, del resto, non può certo stupire, quando appena si richiami quanto abbiamo più sopra notato in generale a proposito della sostanziale coincidenza dei valori e dei fini che stanno a fondamento di tale concezione della scienza giuridica e quelli che informano la concezione laica e liberale dello stato di diritto. La quale vuole, essenzialmente, come vuole lo stesso giurista laico e positivo, il rispetto della gerarchia delle fonti del diritto e quindi la propria subordinazione al giudice ed al legislatore, come una delle fondamentali garanzie per la libera esplicazione della personalità individuale ed in genere per la difesa del diritto contro i pericoli del Leviatano moderno.

Singolare dunque, ripetiamo, il fatto che per tanti aspetti proprio una simile concezione, proprio questo modo d'intendere la posizione e la funzione del giudice e del giurista, venga attualmente a trovarsi per lo meno coimputata nella crisi di quei principi e di quei valori che ne erano in origine il suo stesso fondamento. E tanto più singolare, se si pensi a quanti ed a quali attacchi questa concezione sia stata oggetto proprio da parte di quei teorici della strumentazione del diritto, che, non a torto, vedevano nella stessa autonomia e nella purezza della scienza giuridica uno degli ostacoli maggiori all'affermazione della loro ideologia, che equivaleva a un rifiuto, da parte dei giuristi, di farsi anch'essi strumenti consapevoli della volontà dello stato-potenza.

Singolare, e se vogliamo, come abbiamo detto, sconcertante,

politica e in genere dagli elementi perturbatori dell'ideologismo (p. 167 ss.). Di recente, più esplicitamente, dello stesso Kelsen, v. la *Prefazione alla Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. X-XX, dove il carattere anti-ideologico della dottrina pura del diritto è chiaramente indicato in senso legalitario, contro la tesi della politicizzazione del diritto. (Senza che però sia avvertita che questa è pur una posizione profondamente ideologica).

Sulle tendenze che contrappongono in sostanza, il diritto alla legge, v., oltre a quanto già cit. alle note ([90]) e ([91]), Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, in *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Tübingen 1934; Lenz, *Neue Grundlagen der Rechtsfindung*, Hamburg, 1940. Un'ampia disamina e confutazione di questa dottrina è in Segni, *Alcuni orientamenti della dottrina processuale germanica*, in *Riv. di dir. comm.*, XXXIX, 1941, p, 1 e 2; v. pure, Pierandrei, I *diritti subbiettivi nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1940; Bonnard, *Le Droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, 2ª ed., Paris, 1939. Cfr. Lopez De Oñate, *La certezza del diritto*, cit., p. 107 ss.

ma non inesplicabile certamente. E qui sta veramente il centro del problema, qui è veramente il motivo più profondo di quella crisi della scienza giuridica da cui ha preso inizio il nostro discorso.

La quale crisi, a ben guardare, non tanto è crisi della scienza giuridica in sé, intesa astrattamente, quanto piuttosto è crisi di quella esperienza, ovvero di quel sistema di valori di cui era appunto espressione quel particolare modo di concepire la funzione e la posizione del giurista. Il quale, infatti, a meno di non trovarsi umanamente in profondo conflitto di coscienza, ad un certo momento non ha più potuto rimanere impartecipe ed obbiettivo interprete di una nuova e per molti aspetti aberrante esperienza. Di una esperienza che, comunque, più non rispondeva agli ideali in cui egli, sebbene spesso inconsapevolmente, credeva, e che con la sua opera contribuiva ad affermare e difendere.

E difatti, guardando veramente a fondo, questo è il senso che occorre dare, per comprenderle veramente, alle testimonianze che intorno a questo motivo possiamo finalmente cominciare a raccogliere. Che sono poi le prime e forse più impegnative testimonianze di quel più ampio processo di revisione dei rapporti tra scienza e filosofia del diritto che, come abbiamo detto fin dall'inizio, rappresenta l'aspetto forse più interessante e sintomatico della fase attuale dell'esperienza giuridica italiana.

Capitolo Primo

Francesco Carnelutti e il problema del giudizio

Sommario: *Premessa*. – Il motivo centrale del processo di svolgimento del pensiero metagiuridico del Carnelutti: *a)* nel problema dell'oggetto della scienza giuridica, *b)* nella critica al «nomologismo» e al positivismo giuridico, *c)* nel concetto dell'arte del diritto. – Rapporti tra scienza giuridica e filosofia nel pensiero del Carnelutti. – Duplice significato di questi rapporti. – *a)* Filosofia come deontologia. – *b)* Filosofia come immanente consapevolezza del lavoro giuridico. – Il problema del giudizio. – Duplice importanza di questo problema nel pensiero del Carnelutti. – *a)* Dal punto di vista tecnico-giuridico. – *b)* Dal punto di vista filosofico.

Forse il lettore avrà già inteso che nell'ordine di problemi e di esigenze di cui abbiamo discorso nell'introduzione a questo lavoro, la personalità che subito s'impone all'attenzione, per la complessità dei motivi e degli interessi come per l'esuberanza e la ricchezza del temperamento, è quella di Francesco Carnelutti, la cui testimonianza invero potrebbe già di per sé rappresentare una prima e fondamentale conferma di quell'ampio processo di revisione dei propri dogmi e presupposti tradizionali, per il quale ci è sembrato di poter parlare di una tendenza per certi aspetti decisamente filosofica della nostra giurisprudenza.

E testimonianza fondamentale per il problema che ci interessa, quella del Carnelutti, giacché, quale possa essere eventualmente il giudizio sui motivi e le conseguenze del suo odierno atteggiamento, essa proviene direttamente dalla sua concreta e sofferta esperienza di giurista, o meglio, come egli stesso ama definirsi, dalla sua diretta

esperienza di clinico del diritto. Il quale, proprio da questa esperienza, dai suoi specifici problemi, dalle sue immanenti esigenze, ha tratto i motivi più validi per rivedere la propria posizione ed iniziare il proprio esame di coscienza.

Esame di coscienza di un tecnico del diritto, ovvero riflessioni di un giurista, pur sempre dogmatico e positivo, sui limiti e le insufficienze del mero tecnicismo, si potrebbero invero intitolare tutti quei contributi che il Carnelutti è venuto proponendo, specie negli anni di questo dopoguerra, con impegno sempre maggiore e con sempre maggiore consapevolezza: dalla seconda e terza edizione della «Teoria generale del diritto», che rappresenta forse il suo sforzo maggiore in questo senso, a tutti quegli scritti giuridici e metagiuridici che egli è venuto pubblicando in varie riviste, e soprattutto in quella di Diritto processuale, dei quali può offrire un panorama abbastanza ampio il secondo volume dei «Discorsi intorno al diritto»[1].

[1] Per una bibliografia generale delle opere di Francesco Carnelutti, fino al 1950, rimandiamo a quella premessa al vol. I degli *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, che contiene le opere principali, le monografie e gli articoli raccolti nei volumi: *Studi di diritto civile*, *Studi di diritto commerciale*, *Studi di diritto industriale*, *Studi di diritto processuale*, *Questioni sul processo penale*, *Discorsi intorno al diritto* (vol. I). Molto importante, dal nostro punto di vista, è il secondo volume dei *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1953, che raccoglie gli scritti metagiuridici più interessanti del Carnelutti fino a quell'anno. Per altri scritti successivi citeremo nel corso del capitolo.

Com'è noto, la *Teoria generale del diritto* del Carnelutti ha avuto tre edizioni, accompagnate ciascuna da una *Prefazione*. La prima edizione è del 1940 (*Soc. ed. del Foro Italiano*, Roma), la seconda «interamente nuova», e particolarmente importante per l'aggiunta del capitolo sui «Giudizi giuridici», è del 1946. La terza, «emendata e ampliata», è del 1951. A questa ci riferiremo, salvo indicazione contraria, nelle citazioni che seguiranno. Di particolare interesse per il punto di vista da cui viene da noi considerata la personalità del Carnelutti, sono, oltre alla *Teoria generale del diritto*, e al II volume dei *Discorsi intorno al diritto*, citt., i seguenti scritti: *Teoria generale del reato*, Padova, 1933; *Introduzione allo studio del diritto*, Roma, 1933; *Discorsi intorno al diritto*, vol. I, Padova, 1937; *Metodologia del diritto*, Padova, 1939; *Dialoghi con Francesco*, Roma, 1947; *Arte del diritto*, prima edizione (*Arte del*

Tutti contributi, spesso rapide intuizioni, si potrebbe dire talvolta penetranti colpi di sonda, i quali, sebbene non di rado sconcertanti per certa, come dire, rapsodica scorrevolezza di conclusioni, di allusioni e di accostamenti (invero non sempre sorretti da quella vigilanza critica che anche su questo piano si potrebbe desiderare, e che fanno pensare più che ad una filosofia, ad una mistica carneluttiana del diritto) contengono peraltro indubbiamente una sicura e profonda continuità di ispirazione, ed una genuina, talvolta sorprendente capacità di cogliere nel profondo prospettive e problemi di estremo interesse non solo per i giuristi ma anche per i filosofi del diritto. Un'ispirazione ed una capacità tali, comunque, da permettere di porre a fuoco, tramite le vicende di una personale ed eccezionale esperienza, le stesse vicende di una più ampia inquietudine problematica che caratterizza certi settori della scienza giuridica odierna.

Che l'attuale atteggiamento del Carnelutti, possa, anzi debba intendersi in questo senso, che si tratti cioè di un evidente, spesso radicale cambiamento di convinzioni e di prospettive rispetto alle sue posizioni precedenti, è cosa, riteniamo, tanto evidente e conosciuta da non richiedere una puntuale dimostrazione. Tanto più che la stessa esuberanza del temperamento carneluttiano, il suo frequente bisogno di riguardare alle tappe del proprio itinerario morale e mentale, congiuntamente alla ricchezza ed alla molteplicità dei suoi interessi di teorico e di pratico del diritto, permettono con relativa facilità di rintracciare le linee ed i motivi principali di questo mutamento. (E basterebbe d'altronde anche il semplice raffronto fra quanto egli ebbe a scrivere, ad esempio, intervenendo, come abbiamo visto, nel dibattito aperto dal Cammarata nel 1921, oppure le opinioni espresse a proposito della natura della scienza giuridica ancora nella stessa «Metodologia del diritto» del '40, con

derecho), Buenos Aires, 1948, seconda edizione Padova, 1949. Altre opere ed articoli saranno citati nel corso del capitolo.

gli scritti contenuti nel secondo volume dei «Discorsi…», per limitarci a quelli più espliciti sul problema,[2] per dare immediatamente la misura dell'evidenza e della consapevolezza del cambiamento).

Anche però volendoci limitare all'esame delle più recenti posizioni del Carnelutti, a seguire, come quella che più ci interessa,

[2] Lo svolgimento del pensiero del Carnelutti riguarda essenzialmente tre problemi, e precisamente: 1) il problema dei rapporti fra scienza e filosofia del diritto, o meglio, il problema della funzione della filosofia nell'ambito del lavoro del giurista; 2) il problema della funzione e dei limiti della «dogmatica», o della «nomologia»; 3) il problema dell'oggetto della scienza giuridica. Problemi, peraltro, evidentemente connessi, che rientrano nel processo di svolgimento di tutta una più ampia complessiva visione della scienza e dell'esperienza giuridica.

Circa il problema dei rapporti tra scienza e filosofia del diritto v. quanto sarà detto ampiamente in seguito p. 90 ss.

Per il problema della natura della scienza giuridica, è da osservare, a proposito della *Metodologia del diritto,* che questo lavoro, che per moltissimi aspetti è del massimo interesse (v. Capograssi, *Leggendo la «Metodologia» di Carnelutti*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1940, p, 22 ss.; cfr. avanti, p. 86) fu scritto, come ci dice lo stesso Carnelutti, per incitamento del libro del Colonna, *Per la scienza del diritto*, Torino, 1938. Libro, questo, assai discutibile invero, che si presentava quale *Critica delle dottrine giuridiche tradizionali e programma metodologico per l'attuazione della scienza del diritto*, ed in cui era espressa, con vigore pari all'ingenuità, la tesi della necessità di fare anche della scienza giuridica una scienza «sperimentale». Ed il Carnelutti, nel quale il Colonna vedeva il giurista che più si sarebbe avvicinato a questo ideale di perfezione della scienza del diritto, per certi aspetti accedeva ancora a questa tesi, riconoscendo che anche la scienza giuridica, sebbene in forma analogica, deve «scoprire» le «leggi» o «regole» dell'esperienza giuridica, come le scienze naturali devono «scoprire» le «leggi» o «regole» dell'esperienza naturalistica, così ponendosi sul piano di dignità delle «vere» scienze; tutte unite nel medesimo compito di «cogliere le leggi della realtà in generale» (v. Carnelutti, *Metodologia…*, cit., p. 28 ss.; cfr. Carnelutti, *Scienza del diritto*, cit., I, p. 233). Il che, peraltro, contrastava già profondamente con quel concetto dell'oggetto della scienza giuridica, costituito di atti e di fatti, e non solo di norme, che, come vedremo avanti nel testo, è uno dei punti principali dell'evoluzione del pensiero del Carnelutti. Per un deciso superamento della concezione naturalistica della scienza giuridica, v. del Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Discorsi intorno al diritto*, cit., II, p. 241 ss., in particolare § 9 e 10; *Controversie sul metodo*, *ibidem*, p. 105 ss.; *Le fondazioni della scienza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, A. IX, n. 4 (1954), p. 237 ss.

l'interna problematica e lo sforzo interiore che anima il suo itinerario mentale e morale in questo secondo dopoguerra – in cui confluiscono come in un nodo, ed acquistano evidenza anche tutti quei motivi che in tal senso si possono certamente rintracciare nella sua produzione precedente[3] – non è certo un compito agevole ordinare ed interpretare quanto il Carnelutti è venuto proponendo; ed il compito è ancora aggravato dalla necessità di filtrare e ridurre ad unità i motivi, gli interessi, gli spunti problematici che animano le sue riflessioni, non sempre caratterizzate da una immediata coerenza.

Vi è però, e riteniamo di non sbagliare, un'esigenza fondamentale, un motivo centrale che conferisce appunto unità a questi motivi metagiuridici del Carnelutti; ed un motivo tanto più valido e interessante in quanto non attiene agli interessi ed agli approdi, per così dire, terminali e più estrinsecamente speculativi del suo pensiero (i quali, se considerati appunto così, *ab extrinseco*, su di un piano strettamente speculativo, potrebbero anche riuscire sconcertanti), ma discende invece direttamente dall'interna problematica che è immanente alla sua esperienza ed al suo lavoro di giurista.

Valendoci ancora di una suggestiva espressione del Capograssi (che anche se non usata a proposito del Carnelutti, vi si adatta però ottimamente), potremmo dire che questo motivo unitario, questa esigenza centrale si può ritrovare nel bisogno, sempre più chiaramente avvertito e dominante nel pensiero del Carnelutti, di comprendere sempre meglio, fino alle sue più profonde conseguenze, e per tutti i soggetti che partecipano alla vita del diritto, che cosa significhi quel «passaggio dalla norma all'azione»[4], in cui ogni elemento e momento presupposto dell'esperienza giuridica perde ogni residuo di astrattezza ed acquista la sua concreta, umana consistenza.

---

[3] Particolarmente negli scritti: *Arte del diritto (in memoria di Vittorio Scialoja)*, in *Discorsi intorno al diritto*, cit., I, p. 71 ss.; *Metodologia del diritto*, cit.; *Introduzione allo studio del diritto*, cit.

[4] L'espressione del Capograssi si trova nella *Prefazione* che egli ha premesso alla ristampa de *La certezza del diritto*, di Lopez De Oñate, cit., p. 18.

Che cosa significhi la consapevolezza di questo problema per tutti i soggetti, abbiamo detto: ma è chiaro, e facilmente comprensibile d'altronde, che l'accento graviti soprattutto sull'importanza che esso riveste nei confronti del lavoro del giurista, nei confronti della concreta attività di questo soggetto, il quale, non meno del giudice, è direttamente impegnato a tradurre la certezza astratta della legge nella certezza, così profondamente diversa perché certezza concreta, della sentenza.

Non già che questo motivo e questo problema siano sempre chiaramente avvertiti e perseguiti dal Carnelutti, anche nel periodo più recente della sua produzione; come pure non si può dire che i suoi contributi in questo senso rimangano sempre contenuti nell'ambito e nei limiti di questa esigenza; la quale, come abbiamo detto, è un'esigenza sostanzialmente immanente alla problematica ed alla esperienza specifica del lavoro giuridico.[5] Ci sembra però che ad una considerazione attenta sia indubbiamente intorno a questo filo conduttore che si devono riportare, per comprenderli veramente, tutti quei motivi e quegli spunti problematici attraverso i quali il Carnelutti è giunto al deciso superamento della fase dogmatica, agnostica e positiva della sua consapevolezza di giurista.

Se infatti consideriamo i problemi che maggiormente lo preoccupano e lo impegnano su questo piano – che sono in sostanza il problema dell'oggetto, il problema della natura, il problema dei

[5] Potremmo infatti distinguere, nel pensiero metagiuridico del Carnelutti, una direzione, per così dire, immanente, relativa alla problematica interna del lavoro giuridico, che conduce, come vedremo, al problema del giudizio, ed una direzione, invece, che potremmo chiamare evasiva e trascendente del suo pensiero. Confessiamo francamente che il nostro interesse è più nella prima direzione che nella seconda, anche se certi motivi (tra cui, come vedremo, quello dell'arte del diritto, e quello del giudizio) possano essere interpretati, e siano d'altronde sviluppati dallo stesso Carnelutti, in entrambe le direzioni.

mezzi ed il problema della funzione, (e più ampiamente delle responsabilità) della scienza giuridica, o meglio, del lavoro del giurista – e cerchiamo d'individuarne le linee del progressivo svolgimento, possiamo constatare che quanto il Carnelutti è venuto dicendo a questo proposito converge quasi fatalmente verso un medesimo problema: il problema dell'applicazione del diritto al fatto, ovvero il problema della attuazione del diritto. Che è appunto, in termini diversi, il problema del passaggio della norma all'azione, cioè il problema della traduzione del comando astratto nel comando concreto: momento in cui si può dire vengano a raccogliersi come in un nodo problematico e pretendano soluzione tutti quegli altri aspetti e problemi dell'esperienza giuridica che il pensiero riflesso, sebbene necessariamente, costringe a immobilizzare ed a isolare l'uno dall'altro, facendo perdere non di rado, insieme al senso della loro unità, anche la giusta direzione in cui deve avviarsi la ricerca che li riguarda.

Come non vedere, infatti, che è in rapporto a questo problema, cioè in rapporto al problema della applicazione del diritto al fatto, che ha inizio e si sviluppa, anzitutto, quella progressiva conquista del concetto di esperienza giuridica,[6] che a ben guardare puntualizza le riflessioni del Carnelutti intorno al problema dell'oggetto della scienza giuridica?[7] (Che poi non è che il modo

[6] Questo infatti notava già il Capograssi: «Prima di tutto è chiaro che il diritto è già concepito francamente, nettamente, incontestabilmente come esperienza» (*Leggendo la «Metodologia» del Carnelutti»*, cit., p. 24). Cfr. in questo senso: Orlando, V. E., *La teoria generale del diritto di Francesco Carnelutti*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1942, p. 304 ss. Per una conferma di questa visione v. del Carnelutti, *Arte del diritto (in memoria di Vittoria Scialoja)*, cit.

[7] V. Carnelutti, *Arte del diritto (in memoria di Vittorio Scialoja)*, cit.; *Metodologia del diritto*, cit., p. 37 ss.; *Arte del diritto*, Padova, 1949, p. 50 ss.; *Teoria generale del diritto*, cit., p. 106 ss. In effetti, il punto più importante di questa progressiva accentuazione dell'aspetto non strettamente normativo dell'esperienza giuridica anche ai fini della conoscenza del diritto è il riconoscimento, accanto al concetto della legge, del concetto del «fatto». Cfr. Carnelutti, *Introduzione allo studio del diritto*, cit., I, (*Quid Facti?*); *Controversie sul metodo*, cit., p. 110 ss.; *Profilo del pensiero giuridico italiano*, in *Discorsi intorno al diritto*, cit., II, p. 178 ss.

più concreto per proporsi lo stesso problema della natura e del concetto del diritto). Il quale oggetto, infatti, è da lui sempre più chiaramente avvertito ed indicato, nonostante la reazione e i rimproveri dei giuristi dogmatici,[8] non solo come un astratto sistema o complesso di norme o di istituti, ma come un insieme estremamente ricco e vario di fatti e di atti, di situazioni e rapporti, e di atti e di fatti positivi e negativi, leciti e illeciti, e relativi ad ogni situazione e ad ogni rapporto giuridico: processuale, amministrativo, civile, commerciale, penale (vi sono pagine veramente mirabili a questo riguardo già in quella «Metodologia del diritto», in cui, sebbene si parli ancora della scienza giuridica in termini astratti e convenzionali, come di una scienza naturalistica,[9] tutto questo è già chiaramente avvertito ed affermato).

[8] V. ad es., la polemica con il Grispigni, in *Controversie sul metodo*, cit., 107 ss.

[9] «La verità è… che per conoscere le regole noi non abbiamo altra via da quella di osservare gli atti del diritto. I quali, si badi bene, sono tutti gli atti giuridici; non solo quelli che, in quanto pongono la regola, o meglio ne comandano l'osservanza, si possono qui chiamare, approssimativamente, *atti legislativi*. Purtroppo, in gran parte, i nostri scienziati si limitano a ciò;… Lo studioso del diritto civile o del diritto penale, la cui esperienza è costituita soltanto dal codice, senza che egli abbia mai visto né un contratto né un reato, somiglia a chi per studiare la medicina non abbia sott'occhio che dei cataloghi di farmaci o di malattie. Purtroppo la storia della scienza del diritto è seminata di queste caricature. Ma le regole del diritto non stanno racchiuse nei codici come in una vetrina; esse operano nella vita, cioè governano la vita degli uomini onde, per conoscerle, non basta né leggerne la formula né impararne la storia, sibbene occorre vederle operare, che vuol dire vedere come si comportano gli uomini rispetto ad esse, non solo quelli cui spetta comandare, ma ancora quelli, ai quali tocca obbedire… Sotto questo profilo tutti gli atti giuridici, non solo gli atti legislativi, e così anche gli atti processuali, amministrativi, leciti o illeciti, civili, commerciali, o penali le sentenze come i contratti, i testamenti come i delitti, costituisco… l'immenso materiale sperimentale della nostra scienza». (Carnelutti, *Metodologia del diritto*, cit., pp. 37-38).

Concetto per cui si potrebbe ben dire che alla conoscenza del diritto è necessario tanto l'aspetto assiologico quanto l'aspetto ontologico e fenomenologico del diritto. Che però è solo una formula; ciò che vuole il Carnelutti essendo una cosa più ampia ed in fondo più semplice di quello che significano questi astratti termini; e cioè che il diritto è vita, che il diritto è azione, è convergenza di tutti questi soggetti come di tutti questi elementi, e che pertanto anche il giurista deve conoscerli, anche il giurista deve tenerne conto, se vuole veramente conoscere il proprio oggetto, e soprattutto se vuole essere in grado di adempiere effettivamente alla propria funzione; la quale è di conoscere per applicare il diritto, cioè per portare in definitiva alla sintesi concreta del giudizio.

E pure in questo senso, in rapporto a questo problema e a questa esigenza, è da vedere, ci sembra, sia la critica sempre più decisa a quella che il Carnelutti chiama l'astratta «nomologia», cui è per lo più ancora limitata la competenza del giurista (ed anzi spesso da questi reclamata come una garanzia di serietà per il proprio lavoro), sia quella progressiva accentuazione del momento della «nomo-dinamica» rispetto al momento della «statica» del diritto, la quale, a ben guardare, deve intendersi non solo come un criterio metodologico relativo alla partizione delle materie e degli argomenti nell'ambito della teoria generale,[10] ma anche, più

[10] La distinzione fra «statica» e «dinamica» del diritto è infatti la distinzione fondamentale in base alla quale, nella parte che riguarda la «struttura» del diritto, è già organizzato il materiale della II edizione della Teoria generale del diritto (1946). (Cfr. *Metodologia del diritto*, cit., p. 70 ss.). Nella III edizione (1951) la bipartizione si trasforma in tripartizione, cioè è condotta in base alla distinzione tra «statica» «cinematica» e «meccanica» giuridica; in base, ancora, a quella che il Carnelutti dice essere la «sua convinzione dell'elementare identità tra la scienza dello spirito e la scienza della natura». (*Prefazione* alla III edizione della *Teoria generale del diritto*, cit., p. XVI). Il che però non toglie che la distinzione rimanga, e che lo studio dei «mutamenti giuridici», cioè dello «svolgimento» del diritto, sia essenziale per la sua comprensione, giacché le situazioni giuridiche studiate solo staticamente non possono dare una vera visione della realtà giuridica, ma rimangono solo «un'astrazione da essa». (Cfr. *Teoria generale del diritto*, cit., p. 191 ss.).

concretamente, come un'esigenza che appunto discende dalla prevalenza che, anche nella consapevolezza del giurista, deve venire assumendo il problema dell'applicazione rispetto al problema della semplice conoscenza del diritto.[11] Motivo, anche questo, che contribuisce in modo notevole al superamento della concezione dogmatica e positiva; la quale, in fondo, è proprio una concezione «statica» del lavoro del giurista.

Ed ancora più chiaramente alla necessità di porre questo problema al centro dell'attenzione conduce l'altro motivo che forse sta più d'ogni altro a cuore del Carnelutti; quel motivo dell'«arte del diritto», che egli stesso indicava già nel 1934, commemorando Vittorio Scialoja, come «la soluzione esemplare di quel problema dei rapporti fra l'attività teoretica e l'attività pratica del giurista, in che sta il segreto dell'arte»[12]. Che vuol dire essenzialmente (anche se in certi ultimi sviluppi l'indicazione è stata deviata verso motivi trascendenti), che nella soluzione di quella «lotta tra il diritto ed il fatto», cioè tra l'astrattezza della norma e la concretezza della situazione di vita cui essa deve essere applicata, in cui consiste il vero problema del diritto, al giurista e soprattutto all'interprete è necessario un atto inventivo, una capacità di comprensione concreta, una duttilità e sensibilità giuridica ed umana nel medesimo tempo che può appunto trovare il miglior termine di raffronto più nella intuizione dell'artista, in quell'atto dell'intuizione estetica che è comprensione immediata del concreto e del particolare, che non

[11] E difatti, è proprio attraverso l'analisi della dinamica giuridica, ovvero del «movimento giuridico», che si può giungere al momento del «fatto», e da questo alla comprensione dell'atto giuridico (in cui il fatto si risolve) ed infine al riconoscimento della risoluzione del fatto e dell'atto nel giudizio, che del processo dell'applicazione è il momento culminante. (Cfr. *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 192 ss., 200 ss., 215 ss., 364 ss.). Su questo aspetto del pensiero del Carnelutti v. comunque più avanti, p. 99 ss.

[12] Carnelutti, *Arte del diritto (In memoria di Vittorio Scialoja)*, cit., p. 33.

nell'atto della conoscenza logica, che è conoscenza dell'astratto e del generale.[13]

Motivo, questo, che pure determina sempre più chiaramente l'abbandono, da parte del Carnelutti, di quell'astratta preoccupazione che, a proposito della natura della scienza giuridica, come già abbiamo detto, ancora nella «Metodologia…», lo teneva vincolato per non pochi aspetti al mito della «scientificità» della giurisprudenza: diretta, come avrebbe questa dovuto essere, a ricavare le leggi o «regole» dell'esperienza giuridica, come la scienza, in genere, è diretta a ricavare le leggi o regole della realtà naturalistica.[14] E quindi a fargli vedere

[13] Questo concetto si può dire tra quelli dominanti nel pensiero del Carnelutti; esso è compiutamente svolto nel saggio *Arte del diritto*, Padova 1949, da non confondersi con l'articolo omonimo, che è invece una commemorazione tenuta all'Università di Padova nel 1934. Accenni, riferimenti e svolgimenti di questo concetto si possono però ritrovare in molti altri suoi scritti, tra i quali ricordiamo: *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, I, § 9.

[14] V. a questo proposito quanto è detto alla nota (2) di questo capitolo. Ancora nel 1952, nella *Prefazione* alla III edizione della *Teoria generale del diritto*, il Carnelutti ribadiva la sua «convinzione dell'elementare identità tra scienza dello spirito e scienza della natura», (p. XVI). Convinzione che però, di fatto, appare continuamente smentita da tutto quanto egli viene svolgendo a proposito del problema della natura della scienza giuridica, come può risultare del resto dalle considerazioni che egli svolge nella stessa *Metodologia del diritto*, laddove riconosce anzitutto che «le regole giuridiche… non sono veramente il dato da osservare, ma più un risultato della elaborazione di un dato diverso», (*ivi*, p. 35), vale a dire il risultato dell'attività del legislatore, che è in sostanza attività di carattere ideologico-valutativo, e non teoretico; e poi quando riconosce che in sostanza «la volontà è veramente la materia del diritto» e che, «non ce n'è altra né più nobile né più misteriosa», (*ivi*, p. 48). Riconoscimento che gli fa concludere: «Non si tratta qui, come per gli astronomi, dell'infinitamente grande, o, per i batteriologi dell'infinitamente piccolo, ma di ciò che, pur esistendo in *natura rerum*, non può cadere sotto i sensi», (*ivi*, pp. 48-49).

Ciò significa, in sostanza, riconoscere che l'oggetto o il «dato» della scienza giuridica è un dato storico e culturale, e non naturalistico, e che pertanto ad esso è necessario un metodo diverso, non paragonabile a quello appunto o della matematica o della scienza naturale. La verità è che questo raffronto tra scienza giuridica e scienza naturale, che non consente al Carnelutti di vedere compiutamente il suo carattere costitutivamente storicistico (e non solo nel momento dell'interpretazione, ma anche in quello della teoria generale), dipende

sempre più chiaramente che nell'attività del giurista è sempre implicito ed operante un imperativo pratico, «un intendere per l'operare» che curva, per così dire, verso l'esperienza e la situazione concreta ogni suo momento: da quello dell'interpretazione a quello della dogmatica o sistematica a quello stesso della teoria generale del diritto.[15]

Ma gli sviluppi più interessanti e più ricchi di prospettive di questa esigenza di fondo che anima la visione complessiva dell'esperienza giuridica del Carnelutti, anche perché segnano più decisamente il distacco ed il superamento delle sue precedenti posizioni, sono quelli che riguardano il problema dei rapporti tra scienza del diritto e filosofia, o meglio, il problema della funzione della filosofia nell'ambito del lavoro del giurista; e soprattutto, come è evidente, quelli che conducono al problema del giudizio, che del processo dell'applicazione è il momento nevralgico e culminante. Problemi sui quali pertanto conviene soffermarci con maggiore attenzione e maggiore accuratezza.

Circa il primo problema (e vedremo più avanti le ragioni per cui riteniamo di doverlo trattare prima di quello del giudizio), si può dire invero che non vi sia testimone e nello stesso tempo protagonista più consapevole ed autorevole del Carnelutti per quanto riguarda quel mutato atteggiamento che per molti aspetti

da quella preoccupazione trascendente che tanto spesso, come abbiamo detto, agisce *ab extrinseco* e devia le sue intuizioni vive, e che, in particolare, lo porta all'affermazione dell'identità tra leggi naturali e leggi giuridiche (e quindi tra scienza naturale e scienza giuridica), in base «all'unità del disegno» che si realizzerebbe nel mondo.

[15] V. Carnelutti, *Scienza del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, cit., I, p. 72 ss.; *Metodologia del diritto*, cit., pp. 15 ss., 111 ss.; *Bilancio del positivismo giuridico*, cit., p. 252; *Di là dal diritto*, in *Discorsi intorno al diritto,* cit., II, p. 87 ss.; *Profilo del pensiero giuridico italiano*, *ibidem*, p. 171 ss.; *Teoria generale del diritto*, cit., *Prefazione*.

caratterizza la posizione dell'attuale scienza giuridica italiana rispetto alla filosofia in genere, ed in particolare rispetto alla filosofia del diritto.

Ed anche a questo più specifico riguardo la dimostrazione ed il commento potrebbero invero sembrar quasi superflui, tanto di frequente questo problema è trattato dal Carnelutti (si potrebbe dire, quasi in ogni suo scritto metagiuridico, per non parlare di quei «Dialoghi con Francesco» che sono una vera e propria professione di fede nella filosofia), e tanto i motivi e le tappe di questo mutamento sono ampiamente indicate e consapevolmente ammesse.[16]

Vi è però, a nostro avviso, un motivo di non poca importanza che induce ad approfondire questo aspetto del pensiero del Carnelutti: un motivo – e potremmo anche dire una contraddizione, se il termine non sembrasse presumere troppo – che non solo consente di chiarire, attraverso la testimonianza di questo giurista, il significato più profondo dell'attuale avvicinamento tra scienza giuridica e filosofia, ma anche di ricavare da essa qualche più ampia indicazione sulla situazione attuale della nostra stessa filosofia del diritto; o, più precisamente, di ricavare qualche indicazione sui motivi di quella inquietudine e di quella problematicità che, come abbiamo detto all'inizio di questo lavoro, caratterizza per non pochi aspetti la fisionomia complessiva di questa disciplina nella situazione odierna.[17]

[16] V., ad es., quanto il Carnelutti dice a questo proposito in *Di là dal diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, cit., II, p. 83 ss.; *La crisi del diritto*, *ibidem*, p. 76 ss.; *Controversie sul metodo*, cit., p. 113 ss.*; Profilo del pensiero giuridico italiano*, in *Discorsi intorno al diritto*, cit. II, p. 178 ss.; *Teoria generale del diritto*, I ed., cit., *Prefazione*, p. 3 ss.; *Teoria generale del diritto*, III ed., cit., *Prefazione*, p. XV ss. Oltre, naturalmente, a *Mio fratello Daniele*, Roma 1940; *La strada*, Roma 1941 (su cui v. Lener, *La strada di Francesco Carnelutti*, in *Civiltà cattolica*, 1943); *Meditazioni*, Roma, 1942; *Dialoghi con Francesco*, Roma, 1947.

[17] V. Introduzione, p. 9 ss., nota ([10]).

Se infatti consideriamo con una certa attenzione che cosa vuol dire il Carnelutti quando dice, come molto spesso ci dice, che anche la scienza giuridica, o meglio, che anche il giurista non può fare a meno della filosofia, è possibile constatare che la risposta non è così semplice e così univoca come potrebbe sembrare ad un primo esame; così come non è tanto semplice e tanto facilmente accettabile quella critica che si potrebbe muovere, come in effetti è stata mossa,[18] da chi si fermasse all'indicazione più esplicita ed evidente sull'argomento.

In effetti, sembrerebbe che la risposta, la prima più evidente risposta a tale interrogativo fosse in questo senso: che la filosofia è il completamento o se si vuole il coronamento di quella costitutiva «insufficienza» del diritto, che dovrebbe indurre a «superare» lo stesso momento del diritto, e a riconoscere che per sanarne veramente le antinomie, che sul piano giuridico sono in fondo insuperabili, è necessario portarsi verso il momento superiore dell'amore e della grazia.[19] La quale insufficienza, per quanto riguarda in modo particolare il lavoro del giurista, dovrebbe egualmente indurre a riconoscere la stessa insufficienza dell'indagine giuridica, sia nel momento «empirico» sia nel momento «sistematico»; nei quali infatti il Carnelutti vede il carattere necessario ma non sufficiente dell'indagine scientifica, e pertanto necessariamente dogmatica e positiva, intorno al diritto.[20]

La filosofia, in altri termini, dovrebbe essere l'adempimento di quella esigenza «metalogica» o deontologica che deriva non solo dalla necessità di adeguare il diritto al fatto (nel senso che

[18] V. ad es. Bobbio, *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto*, in *Giurisprudenza italiana*, 1949, IV, cc. 113-127.

[19] V. Carnelutti, *La morte del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, cit., II, p. 275 ss.; *Di là dal diritto*, *ibidem*, pp. 90-91.

[20] Cfr. Carnelutti, *La crisi del diritto*, cit., p. 78 ss.; *Di là dal diritto*, cit., p. 85 ss.; *Profilo del pensiero giuridico italiano*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1950, I, § 12; *Le fondazioni della scienza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, IX (1954), 4, p 237 ss.

«l'applicazione della norma, risolvendosi nel confronto tra il fatto e lo schema, mena diritto a determinare come il fatto doveva essere»[21], cioè, se non andiamo errati, nel senso che anche il fatto, o meglio la fattispecie reale, attraverso la sua qualificazione giuridica non può sottrarsi ad un procedimento di astrazione e tipizzazione), ma anche dalla necessità di giudicare della validità metagiuridica o deontologica della stessa norma; necessità che s'impone in quanto «nel confronto del fatto avviene il collaudo dello schema e con esso della norma giuridica e ne deriva un dover essere non solo del fatto ma della norma medesima»[22]. Che vuol dire, in definitiva, data la posizione speculativa accettata dal Carnelutti, che l'istanza filosofica o, più precisamente, che l'istanza metafisica è quella «scienza dei valori», che attraverso il riconoscimento dei principi di diritto naturale trascendenti l'ordine positivo, deve esser di guida anche nella concreta ricerca del giurista, realizzando proprio mediante il suo intervento quella saldatura fra l'ordine etico e l'ordine giuridico che si può ottenere soltanto attraverso la «intuizione della giustizia». Una esigenza, insomma, che va «al di là del diritto»; che il giurista deve pertanto riconoscere, come deve appunto riconoscere il limite della sua ricerca e la necessità del suo inveramento nella filosofia.[23]

«Se cerchiamo di renderci conto – afferma decisamente il Carnelutti in uno dei passi più espliciti a questo proposito – di quale sia veramente il risultato del lavoro sistematico ci si accorge che accade per esso come ogni volta, in cui si mettono in ordine le cose, che disordinatamente la vita ci presenta: si rilevano così man mano quei collegamenti tra di esse cioè, nel campo del diritto, tra le varie leggi, i quali sono bensì nascosti ai nostri sensi, ma non sono perciò meno reali delle cose e delle leggi stesse; si rileva cioè che non

[21] Carnelutti, *Controversie sul metodo*, cit., p. 111.

[22] Carnelutti, *Controversie sul metodo*, cit., p. 111.

[23] V. Carnelutti, *La crisi del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, cit., II, p. 75 ss.

tutto il diritto è nelle leggi, ma oserei dire *in mezzo* ad esse, potrei anche dire *negli intervalli* fra di esse. Tale scoperta integra e chiarisce ciò che già si era avvertito come risultato empirico del procedimento di analogia: il diritto è molto più nei principi che nelle leggi, le quali ne costituiscono manifestazioni particolari; ma i principi *non si vedono*, sibbene si intuiscono e poi sono razionalmente verificati.

«Ora è bene sapere che codesto lavoro di sintesi scientifica, il quale mette capo al *sistema* o, come anche si dice, alla *dogmatica* giuridica, è stato compiuto dai giuristi prima in Germania e poi in Italia proprio sotto la bandiera del positivismo: sono stati i giuristi, che amano chiamarsi *puri*, in quanto respingono o credono di respingere ogni suggestione del diritto naturale, per il quale mostrano un assoluto disinteresse, coloro che hanno costruito anzi stanno costruendo i sistemi, anzi il sistema, senza accorgersi che codesto lavoro paziente e meritorio scopre ad ogni passo avanti qualcosa che è di là di ciò da che si vede, cioè quelle fondazioni o radici delle leggi positive, le quali non sono e non possono essere se non nel diritto naturale».[24]

Una risposta, come ognuno può vedere, che sebbene altamente apprezzabile e significativa quale risultato di uno sforzo immanente all'esperienza concreta di un giurista ed insieme quale testimonianza di un profondo problema di coscienza, non può risultare certamente nuova; e che pertanto non può pretendere di sottrarsi alle classiche antinomie che della posizione speculativa cui essa è ispirata segnano il ritmo, per così dire, alterno di rinascita e di oscuramento. Tanto più che a proposito di tale ricerca dei principi, che, com'è chiaro, introduce direttamente al problema della giustizia e della certezza e quindi al problema della legge ingiusta, la posizione del Carnelutti presenta ulteriori incertezze e perplessità; non essendo molto chiaro, ad esempio, se tale ricerca – che è sempre implicita, come abbiamo

[24] Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico*, cit., p. 253.

visto, secondo il suo pensiero, nel lavoro del giurista – dia luogo al ritrovamento di principi puramente logici, che in tal caso essa potrebbe condurre anche al ritrovamento di principi «ingiusti», ovvero se si tratti di una ricerca d'ordine nettamente deontologico, che con la prima potrebbe coincidere solo qualora vi fosse coincidenza (non necessaria, giacché se lo fosse non nascerebbe nemmeno il problema della legge ingiusta) tra principi di diritto naturale e principi di diritto positivo. Come pure non è chiaro appunto, a proposito del problema della legge ingiusta ovvero dell'antinomia fra giustizia e certezza, se l'ingiustizia della legge sia una conseguenza per certi aspetti necessaria dello stesso carattere di astrattezza della norma, o se sia invece la conseguenza di una contraddizione o deroga della norma giuridica positiva rispetto a quei principi e valori trascendenti che dovrebbero ispirare l'ordinamento.[25]

A guardare più a fondo, però, vi è un'altra risposta del Carnelutti a questo problema dei rapporti tra scienza e filosofia del diritto; anche se essa non sia sempre altrettanto avvertibile ed enunciata. E una risposta, ci sembra, per molti aspetti più fruttuosa e convincente; e forse anche più sentita, giacché non discende da un'astratta sebbene elevata preoccupazione deontologica o moralistica, che appunto resta «di là dal diritto», ma nasce direttamente dalla constatata insufficienza dell'atteggiamento dogmatico e positivo anche per quanto riguarda la comprensione e la soluzione di certi problemi che si sviluppano sul piano specifico della scienza giuridica.

«Sul principio – confessa il Carnelutti in una tra le pagine più significative al riguardo – non è stata più di una inquietudine»[26]. Inquietudine perché? Inquietudine in qual senso?

Occorre tornare alle prime pagine della «Introduzione allo studio del diritto», del '43, per avere la prima, abbastanza chiara risposta: «I giuristi – qui dice infatti il Carnelutti – s'ingegnano a

[25] Per chiarimenti su questo punto v. avanti, nota (52).

[26] Carnelutti, *Di là dal diritto*, cit., p. 86.

definire meglio che possono i concetti della loro scienza; quanto ai concetti comuni si affidano volentieri al buon senso. Chi di noi, per esempio, non si crede in obbligo di far sapere cosa sia il *diritto*, ma quanti sono che abbiano compiuto per il *fatto* il medesimo sforzo? Noi continuiamo invece a supporre che tutti sappiano cosa *fatto* vuol dire; e tiriamo avanti.

«Anch'io mi sono comportato per lungo tempo così. A un tratto mi sono accorto come sia sorprendente questo modo di fare, che vuol dire, presso a poco, costruire la scienza sull'ignoranza; per combinazione, era proprio il concetto di *fatto*, del quale avevo bisogno»[27]. Ed ancora ritornando su questo tema, nel '47 (e c'erano state di mezzo la seconda e la terza edizione della «Teoria generale…»), «è possibile – egli si chiedeva – che della formula del fatto giuridico, fondata sul binomio fatto e diritto, i giuristi si accontentino di elaborare il secondo termine e non anche il primo? Ma una volta affrontato il concetto del fatto dove si va a finire? La preparazione giuridica non è, certo, sufficiente al bisogno. Il problema riguarda, precisamente, la costruzione dei concetti meta-giuridici»[28]. E nella prefazione alla terza edizione della «Teoria generale…», replicando al Bobbio, che a proposito della seconda edizione di questo lavoro gli aveva rimproverato la pretesa di accostarsi, attraverso lo studio della «funzione» oltre che della «struttura» del diritto, al campo proibito della filosofia, ancora ribadiva: «Mi domando come, se non avessi studiato la funzione del processo, penale e civile, dalla quale dopotutto dipende la sua struttura, avrei potuto costruirne la teoria. Ciò che vale per la conoscenza del processo non dovrebbe valere per la conoscenza del diritto?»[29] E concludeva: «Che cosa sia il giudizio è oggetto di scienza o di filosofia? Capisco che data una concezione ideologica, come Bobbio dice… della filosofia, si può anche ritenere che la logica sia scienza e non filosofia: è pur vero, però, che da Aristotele a

[27] Carnelutti, *Introduzione allo studio del diritto*, cit., p. 9.

[28] Carnelutti, *Di là dal diritto*, cit., p. 86.

[29] Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., *Prefazione*, p. XV.

Kant a Hegel a Croce a Gentile sono stati fino ad ora i filosofi a studiare queste cose. Una teoria giuridica, allora, del giudizio non si dovrebbe occupare? C'è qualcosa di peggio del resto: chi capisce un poco il giudizio vede il suo fondamento nella prova né altro gli occorre a persuadersi che è dunque un capitolo della teoria del giudizio la teoria della prova: deve, dopo ciò, un giurista abbandonarla, codesta teoria?»[30].

In realtà, qui si tratta di una domanda e di un problema di cui non è molto facile sbarazzarsi: una domanda (che, si badi bene, non rimane senza risposta e senza svolgimento in chi l'ha proposta) con la quale invero sembra che il Carnelutti abbia toccato il punto veramente centrale di questo vessatissimo ma pur sempre fondamentale ed inevitabile problema dei rapporti tra scienza e filosofia del diritto: sulla quale pertanto dovrebbero soffermarsi non solo i giuristi ma anche i filosofi del diritto.

Qui sembra infatti che vi sia un concetto diverso della funzione della filosofia nell'ambito della scienza e più ampiamente della stessa esperienza giuridica; un concetto, comunque, che sembra più soddisfacente e più vicino ai reali interessi dei giuristi di quello che deriva dalla tanto diffusa preoccupazione di stabilire astratte demarcazioni di confini e di competenze tra le due discipline,[31] e più ampiamente di stabilire astratte contrapposizioni tra modo di conoscere empirico o scientifico e modo di conoscere filosofico o speculativo. Anche se esso, evidentemente, debba esser approfondito, e sebbene riesca faticosamente ad emergere e ad imporsi nello stesso pensiero del Carnelutti, così conteso come è tra

[30] Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., *Prefazione*, p. XIV. Cfr. Bobbio, *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto*, in *Giurisprudenza italiana*, 1949, IV, a. 113-127, ora riprodotto in *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pp. 1-26, dove si può anche vedere una breve risposta del Bobbio alle repliche del Carnelutti (pp. 25-26).

[31] V. a questo proposito quanto abbiamo detto nella Introduzione, p. 45 ss., note ([54]), ([55]), ([58]).

quel concetto della filosofia come sintesi dei concetti più generali di tutte le scienze, o come pura ed evanescente esigenza metafisica, come necessario ma eternamente inconcludente momento della nostra coscienza, che in fondo lo attardano su posizioni ancora convenzionali, e forse non molto sentite, in ordine a questo argomento.[32]

[32] Il concetto della filosofia come «una teoria generale, nella quale si raccolgono i sommi concetti, comuni a tutte le scienze», come una specie, in altri termini, di *scientia altior*, affiora infatti spesso nelle dichiarazioni del Carnelutti al riguardo. Lo si può ritrovare, ad es., nella *Prefazione* alla prima edizione della *Teoria generale del diritto*, dove egli affermava: «Non vi sono colonne d'Ercole nel mondo della scienza. Quando sia saldamente fondato nella terra, il suo edificio può salire senza fine. Non esiste un'altezza, oltre la quale la scienza diventi qualcosa che essa non è», (p. 3). Come lo si può trovare adombrato nella stessa *Introduzione allo studio del diritto*, cit., dove, appunto ponendosi il problema dei «fondamenti non giuridici» della scienza del diritto «che pur bisogna risolvere», e chiedendosi a qual disciplina si debba ricorrere per questo, riconosceva che a ciò potrebbe servire la filosofia «se questa fosse una *scientia altior* o, insomma, una teoria generale, nella quale si raccolgono i sommi concetti, comuni a tutte le scienze», (*ivi*, pp. 10-11). Il che, peraltro, non gli sembrava possibile, dato che «la filosofia, da tempo, è un'altra cosa, che non tanto prosegue, a una certa altezza, il lavoro della scienza quanto vi si contrappone», (*ivi*, p. 11). Mentre in periodo più recente, ed evidentemente in rapporto alle preoccupazioni filosofiche che caratterizzano sempre più marcatamente la sua posizione, accanto a questo compito che potremmo dire logico-metodologico della filosofia, si viene contrapponendo un compito nettamente deontologico, vale a dire un compito che corona le tre fasi che, secondo il Carnelutti, caratterizzerebbero il processo di sviluppo della giurisprudenza: vale a dire la fase «empirica», la fase «scientifica» e la fase «filosofica». (V. *La crisi del diritto*, cit., p. 73. Cfr. *Morale e diritto*, in *Archivio di filosofia*, 1945, dedicato a *La crisi dei valori*, I, p. 15 ss.). La quale ultima fase è appunto la conseguenza di quel riconoscimento della «insufficienza» della dogmatica, o meglio, del dogmatismo che deve indurre a cercare, oltre il diritto positivo, quei principi di diritto naturale che, come abbiamo visto, devono essere guida anche nella concreta visione del giurista.

Insomma la concezione della filosofia come esigenza metagiuridica immanente nel concreto lavoro giuridico, quale è appunto quella che ci sembra più interessante nel pensiero del Carnelutti a questo proposito, è qualcosa di diverso sia dalla concezione della filosofia come gnoseologia, sia dalla concezione della filosofia come deontologia (in un senso peraltro speculativamente ben determinato).

Questa funzione della filosofia potrebbe essere già ben definita, per chi sappia intenderle, da quelle parole del Carnelutti, in cui egli afferma che «non c'è concetto giuridico il quale non supponga uno o più concetti non giuridici»[33] e che di ciò anche il giurista e forse soprattutto il giurista deve avere coscienza e conoscenza. Che vuol dir questo, se non andiamo errati: che la funzione della filosofia – della filosofia, ben s'intende, che non vuol rimanere nel limbo, spesso assai comodo, della purezza speculativa e non teme pertanto di porsi sul piano dell'esperienza giuridica concreta – dovrebbe esser proprio diretta a chiarire dall'interno, muovendo per così dire dal basso, quel tessuto di concetti e problemi che, pur non essendo strettamente tecnici, costituiscono spesso il terreno su cui riposa quasi inconsapevolmente, e non di rado assai malamente, il lavoro del giurista. Che la filosofia dovrebbe cioè dare al giurista la coscienza di quei concetti e problemi (non soltanto logici e gnoseologici, come potrebbe sembrare dalle intenzioni del Carnelutti)[34] che certo non sono precisamente definibili a priori, ma che appunto si vengono proponendo nel corso del concreto lavoro giuridico, e che pretendono una soluzione, potremmo dire interlocutoria, ai fini dello stesso svolgimento anche tecnico della ricerca.

E difatti, il risultato più interessante del riavvicinamento del Carnelutti alla filosofia – e ci perdoni egli la franchezza – non è a nostro avviso in quelle riflessioni metafisiche che concludono alla tesi della «morte del diritto», ma sono invece da ritrovare sul terreno dei problemi giuridici concreti; ed in particolare in quelle riflessioni ed indagini intorno alla natura, alla struttura ed al significato del giudizio giuridico, cui infatti tanto spesso abbiamo dovuto accennare, e che ora conviene esaminare più analiticamente.

[33] Carnelutti, *Controversie sul metodo*, cit., p. 109.

[34] In quella direzione cioè, che, come abbiamo detto, si può individuare come la direzione gnoseologico-metodologica del pensiero del Carnelutti. Cfr. nota ([32]).

Che cosa significa infatti, e come si configura concretamente questo richiamo al centro dell'attenzione del problema del giudizio? E quali ne sono le conseguenze per quanto riguarda appunto i rapporti tra scienza e filosofia del diritto?

È chiaro che l'interesse per il problema del giudizio come «nucleo centrale dell'esperienza giuridica», non è che la diretta e più importante conseguenza di quella accentuazione del problema dell'applicazione rispetto al problema della semplice conoscenza del diritto che abbiamo visto essere determinante in tutte le riflessioni metagiuridiche del Carnelutti. Il quale problema infatti, con riferimento all'attività dei soggetti ed operatori della vita del diritto, si traduce in uno spostamento dell'attenzione dall'attività del legislatore, cioè di colui che produce le regole o norme astratte di comportamento, all'attività di coloro che invece queste norme devono tradurre in concreti puntuali atti di volontà, sperimentandone i vivi problemi e le reali antinomie; vale a dire in uno spostamento dell'attenzione verso l'attività del giudice, soprattutto, ma anche verso quella del giurista; e di quest'ultimo più che come dogmatico, cioè, in fondo, come «nomologo», soprattutto come interprete, vale a dire come partecipe diretto del processo di applicazione del diritto.[35]

[35] «Se qualcuno ha notato la mia preferenza pel processo, in cui il diritto è più genuinamente diritto o, almeno, più comprensibile come tale, questa è una giusta osservazione: la differenza, tra fuori del processo o nel processo, è tra il diritto in quiete e il diritto in moto o, se vogliamo, tra il dramma sul libro e il dramma sulle scene», (Carnelutti, *La certezza del diritto*, cit., p. 21). Sul problema del giudizio gli accenni del Carnelutti sono frequentissimi nel periodo più recente della sua produzione. Già se ne parla nel saggio *Arte del diritto* del 1937, peraltro in un senso assai limitato; poi più chiaramente e ampiamente nell'*Arte del diritto* del 1943.

La trattazione specifica del problema del giudizio giuridico sul piano della teoria generale è data invece nella *Teoria generale del diritto* (1946), pp. 332-364, ed ampliata e perfezionata nella terza (pp. 364-404). Accenni e approfondimenti nel significato, o meglio, nei significati di cui diciamo nel testo, si possono trovare in *Di là dal diritto*, cit., p. 88 ss.; *Controversie sul metodo*, cit., p. 115 ss.; *Jus Jungit*, *in Riv. di diritto processuale*, 1949, I, p. 57 ss.; *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *Riv. di diritto processuale*, 1950, I, p. 115, ora in *Discorsi intorno al diritto*, cit., II, p. 159; *Profilo del pensiero giuridico italiano*, cit., p. 180 ss.; *I valori giuridici del messaggio cristiano*, Padova, 1950, ora in *Discorsi intorno al diritto*, cit., II, p. 197 ss.; *Bilancio del positivismo giuridico*,

Ora, il momento del giudizio – e subito vedremo in qual senso debba andare inteso e studiato – è il momento culminante e decisivo di tale processo di applicazione: il momento in cui devono confluire e devono fondersi in una sintesi concreta tutti gli altri momenti ed elementi presupposti di questo medesimo processo. Nel giudizio, insomma, si compie e realizza veramente la vita del diritto; la quale, a ben guardare, trova proprio in esso il motivo originario della sua affermazione nel mondo della esperienza pratica. E pertanto, è del giudizio, della sua natura e funzione, che bisogna finalmente occuparsi a fondo, se appunto la vita del diritto, in tutti i suoi aspetti, si vuole comprendere veramente.[36]

Di qui, come abbiamo detto, il duplice aspetto e la duplice importanza che assume il problema del giudizio nell'ambito dell'esperienza giuridica, il cui studio può infatti aprire nuove prospettive sia sul piano tecnico-scientifico, soprattutto su quello della teoria generale, sia sul piano gnoseologico e propriamente speculativo. Che sono però prospettive che proseguono l'una nell'altra, essendo il

cit., p. 253 ss.; *Nascita e rinascita del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, cit., II, p. 263 ss.; *La morte del diritto*, cit., p. 276 ss. V. pure l'accenno al problema in *Introduzione allo studio del diritto*, cit., pp. 74-76.

[36] Cfr. Carnelutti, *Torniamo al giudizio*, cit., p. 169 ss.; *Teoria generale del diritto*, cit., p. 401 ss.; *La certezza del diritto*, cit., p. 20 ss.; *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, cit., *Bilancio del positivismo giuridico*, cit., p. 254 («Mano a mano che si approfondiva la ricerca in questo settore del territorio giuridico [quello processualistico] è affiorata l'importanza del giudizio accanto alla legge, cioè del giudice accanto al legislatore; si potrebbe dire che il processualismo ha determinato o sta determinando una rivalutazione del giudizio e del giudice, che il codicismo aveva imprudentemente svalutato. Per effetto di questi studi il centro di gravità del meccanismo giuridico, che si era spostato dal giudizio alla legge, si va gradatamente riavvicinando al giudizio», (*ivi*, p. 254). E ciò dipende dal fatto che il momento essenziale per il valore delle leggi «è quello della loro osservanza o applicazione», (*ivi*, p. 254).

problema della struttura essenziale per la comprensione dello stesso problema della funzione del giudizio.

Dal primo punto di vista, quello tecnico-giuridico, proporre all'attenzione degli studiosi e degli operatori giuridici il problema del giudizio significa infatti, anzitutto, contribuire ad una maggiore e migliore conoscenza anche tecnica della struttura di questo, che è il momento centrale ed essenziale del processo. E significa quindi contribuire ad una maggiore conoscenza e comprensione dello stesso più ampio processo dell'applicazione (che però sarebbe meglio dire della attuazione del diritto); il quale in effetti, anche sul piano tecnico, e specie in Italia, non ha certo avuto finora uno sviluppo adeguato alla sua importanza, specie se lo si confronti con la relativa perfezione cui la scienza giuridica è giunta per quanto riguarda altri importanti problemi che a quello del giudizio sono strettamente connessi, sia sul piano strettamente processualistico che su quello della teoria generale del diritto.[37]

E di questo aspetto del problema lo stesso Carnelutti ha dato certamente qualcosa che è più d'un avvio in quel più volte ricordato capitolo della II[a] edizione della «Teoria generale…», ulteriormente ampliato e perfezionato nella III[a], il quale è appunto dedicato ai

[37] A questa lacuna negli studi giuridici accenna del resto lo stesso Carnelutti. Il contributo italiano forse di maggior rilievo in tema di applicazione rimane ancora quello del Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937. Anche lo studio: *La genesi logica della sentenza civile*, del Calamandrei (in *Studi sul processo civile*, Padova, 1930, I, p. 41 ss.) è notevole, per quanto vi sia sostenuta ancora la tesi tradizionale del ragionamento giudiziale come sillogismo. Di questo A. si veda pure su questo tema: *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, a. XVI, f. 2; *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, *ibidem*, 1941, p. 53 ss.

Di recente si vedano accenni, anche molto importanti, in Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953 (v., ad es., pp. 53 e nota, 56, 77, 317). V. pure accenni in Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo…*, cit., pp. 68-70; *L'analogia…*, cit., II, p. 526 ss. Per i contributi stranieri sul tema v. bibliografia cit., dal Calamandrei, nel saggio *La genesi logica…*, cit. Di recente v. Du Pasquier, *Introduction à la théorie génerale et à la philosophie du droit*, II ed., Neuchatel, 1952, cap. IV, (*L'application du droit*).

giudizi giuridici e costituisce senza dubbio la trattazione più ampia ed approfondita che si sia avuta finora da noi sull'argomento.

Al qual riguardo però – ce lo consenta il Carnelutti, giacché egli stesso ha chiesto su questo piano la collaborazione dei filosofi del diritto – ci permetteremmo di fare due osservazioni, che riguardano sia la stessa impostazione generale del problema del giudizio giuridico, sia la specifica trattazione che egli ne ha fatto in sede tecnica.

Ci sembra infatti che per trattare in modo veramente adeguato il problema del giudizio giuridico, sarebbe anzitutto necessaria una ampia impostazione logica e gnoseologica che avesse riguardo, pregiudizialmente ed in generale, ad un chiarimento analitico della struttura e della funzione dei vari tipi di giudizio; e che esaminasse, in particolare, l'eventuale criterio di distinzione tra giudizi di realtà o di fatto, giudizi logici o tautologici, e giudizi assiologici o di valore. Distinzione che implica evidentemente a sua volta, sempre con riguardo al problema specifico dei giudizi giuridici, il più ampio problema dei rapporti tra discorso scientifico e discorso genericamente valutativo, ed in definitiva tra atteggiamento scientifico o teoretico, e atteggiamento valutativo o pratico rispetto all'esperienza.[38] Sulla qual base, infatti, sarebbe estremamente utile e interessante cercar di stabilire quale sia appunto il carattere specifico e determinante della valutazione e del giudizio giuridico, ammesso

[38] Per un più ampio, approfondito svolgimento di questo problema, che può ricevere un notevole contributo, per la sua impostazione, dal problema dei giudizi e della natura dei «discorsi» propri dei diversi «atteggiamenti» rispetto all'esperienza, com'è visto dal positivismo logico e dalla filosofia analitica, v. Caiani, *I giudizi di valore…*, cit., pp. 101 ss., 140 ss., 212 ss. V. pure Scarpelli, *Elementi di analisi della proposizione giuridica*, in *Jus*, IV, 1953, p. 43 ss.; *Il linguaggio valutativo e prescrittivo*, *ibidem*, III, p. 1 ss.; *La natura dell'analisi del linguaggio*, in *Riv. di Filosofia*, 1955, 3, p. 287 ss.

Particolarmente importanti, perché impostate da questo specifico punto di vista, sono le ricerche del Bagolini, soprattutto nel saggio: *Valutazioni morali e giuridiche nella crisi dell'etica individuale*, Siena, 1950, specialmente cap. IV.

che se ne possa parlare come di una categoria unitaria e diversa rispetto agli altri tipi di valutazione e di giudizio.[39]

In secondo luogo ci sembra che, sulla base di tale generica preliminare identificazione della sua natura gnoseologica, il problema del giudizio giuridico dovrebbe venire studiato con riferimento non solo all'attività del giudice – come è in effetti nella trattazione del Carnelutti, la quale è dedicata in sostanza ad un'ampia teoria della prova[40] – ma pure alla attività degli altri due operatori giuridici fondamentali: cioè all'attività del legislatore e, con particolare riferimento al problema che ci interessa, all'attività del giurista, quale indagine relativa alla natura dei giudizi impliciti nell'attività interpretativa e in quella sistematica (come dogmatica e come teoria generale del diritto). Indagine che, come ognuno può facilmente intuire, è essenziale per la comprensione della stessa attività giudiziale nel suo momento culminante, cioè nel momento della qualificazione giuridica operata dal giudice (ma alla quale peraltro collaborano anche le parti) e nell'attribuzione delle conseguenze giuridiche con la sentenza.[41]

---

[39] Per questo, v. Scarpelli, *Il linguaggio valutativo e prescrittivo*, cit., p. 15 ss.; Caiani, *I giudizi di valore…*, cit., pp. 121, nota (44), 162, nota (25); Bobbio, *Considerations introductives…*, cit., p. 15.

[40] O meglio, riguarda quella serie di atti conoscitivi e valutativi che costituiscono quella forma macroscopica di giudizio «che prende il nome di processo» (Carnelutti, *Teoria generale…*, cit., p. 365). Nel paragrafo «Classificazione dei giudizi giuridici», che avrebbe appunto potuto apportare una più ampia indicazione dei vari tipi di giudizio giuridico, con riferimento all'attività di tutti gli operatori giuridici, il Carnelutti distingue invece solo tra «giudizio storico», cioè tra giudizio di accertamento, e «giudizio critico», cioè giudizio di qualificazione giuridica: che sono i giudizi propri dell'attività strettamente giudiziale. La successiva trattazione è dedicata al chiarimento di questi due tipi fondamentali di giudizio, e dà particolare rilievo, appunto, alla teoria della prova. Trascurato è pure il problema della natura di questi giudizi, e soprattutto non si trova riferimento al problema dei giudizi di valore che sono impliciti nell'attività giudiziale. Che è forse il problema più interessante.

[41] Per ulteriori chiarimenti su questo punto v. Caiani, *I giudizi di valore…*, cit., p. 71 ss., note (30) e (31).

Mentre, sempre per quanto riguarda questa ulteriore attività, sarebbe estremamente interessante lo studio del giudizio cosiddetto di validità giuridica, o di valore giuridico, o di legalità senz'altro, cioè il giudizio che accerta in sostanza «l'esistenza giuridica» della norma;[42] il cui chiarimento varrebbe, oltre che a porre in luce il carattere del giudizio forse più tipico e più spesso ricorrente nel momento dell'applicazione del diritto, sia nell'attività del giudice che in quella del giurista, a porre anche in termini più rigorosi quello che forse è il problema (e non di rado l'equivoco) più di frequente riscontrabile in quest'ordine di argomenti: cioè il problema dei rapporti tra il giudizio di validità giuridica ed il giudizio di validità etica. Chiarimento che permetterebbe in ultima analisi di dare una forma più rigorosa ed una nuova impostazione allo stesso problema dei rapporti fra diritto e morale, ed in generale al problema dei rapporti fra diritto e valore e diritto e ideologia.[43]

Ma è sul piano speculativo – e s'intenda questo termine nel senso non tecnico che fin qui si è cercato di far emergere – che si possono aprire le prospettive forse più interessanti del problema del giudizio; sebbene anche a questo proposito il pensiero del Carnelutti sia come conteso tra una indicazione immanente ed una indicazione trascendente ed evasiva della sua intuizione:[44] che lascia

[42] Del giudizio di legalità tratta invero anche il Carnelutti, alla fine del capitolo sui giudizi giuridici (p. 400-405). Cfr. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pp. 195-196. Fondamentale per il concetto di validità giuridica resta la dottrina del Kelsen. (V. da ultimo, *Teoria generale del diritto…*, cit., X).

[43] Per utili considerazioni in questo senso v. Bobbio, *Formalismo giuridico e formalismo etico*, cit.; *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, cit. p. 80 ss. Questa impostazione del problema presupporrebbe peraltro il chiarimento preliminare dei caratteri differenziali del linguaggio giuridico rispetto a quelli del linguaggio etico e in genere valutativo. Questa indagine non si può dire però sia ancora stata fatta, almeno in forma esplicita, anche nell'ambito della filosofia analitica, nella cui sede essa potrebbe trovare il più adeguato e rigoroso sviluppo. V. però Bagolini, *Valutazioni morali e giuridiche…*, cit., cap. IV.

[44] Cfr. p. 84 nota ([5]). V. pure quanto è detto avanti, p. 107 ss., nota ([51]).

pertanto intravvedere assai faticosamente la direzione in cui, a nostro avviso almeno, questo problema potrebbe riuscire più convincente.

Vi è infatti, anzitutto, il significato più generico di questa prospettiva. Studiare il problema del giudizio vuol dire rendersi conto sempre meglio del carattere di «inventività» e sinteticità dell'atto in cui si conclude il processo dell'applicazione, contro la tesi perennemente ricorrente del suo automatismo logico, del suo carattere di formale sillogismo.[45] La quale prospettiva assume la sua più precisa evidenza se riportata a quel momento del giudizio giuridico, quello del giudizio «critico» secondo la terminologia carneluttiana, in cui all'accertamento «storico» del fatto, deve seguire la sua qualificazione giuridica, cioè il ritrovamento della fattispecie legale atta ad inquadrare tipicamente la fattispecie reale ricavata dall'esperienza.[46]

Questo ritrovamento richiede infatti sostanzialmente una opzione, una decisione, una scelta; ed una scelta che per la sua stessa natura impegna profondamente l'attività di coloro che interpretano e che applicano il diritto: una scelta in cui deve introdursi e farsi valere quella sensibilità per i valori, quella «intuizione di giustizia» che può anche condurre «alla ribellione del fatto contro la legge»[47] e a ristabilire così quel primato della morale sul diritto cui anche per questa via sembra voglia condurre la preoccupazione speculativa del Carnelutti.[48]

---

[45] V. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 401 ss. (peraltro con riferimento al giudizio di legalità); *Arte del diritto* (1949) cit.; *Torniamo al giudizio*, cit., p. 169. («La cosiddetta scienza giuridica, risolvendo il giudizio nel sillogismo, continua, purtroppo a fondarsi nell'ignoranza»). È il concetto, insomma, dell'arte del diritto, riguardato dal punto di vista del giudizio, punto obbligato del passaggio dalla norma all'azione. (Carnelutti, *La crisi del diritto*, cit., pp. 74).

[46] Per la distinzione tra giudizio storico e giudizio critico v. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 366 ss. Cfr. nota ([40]).

[47] Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico*, cit., p. 235.

[48] V. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., I, *Introduzione*, p. 63 ss.; *Meditazioni*, cit., p. 28 ss.; *Teoria generale del diritto*, cit., p. 401 ss.; *Morale e diritto*, cit., p. 44 ss.; *Controversie sul metodo*, cit., p. 113 ss.; *La morte del diritto*, cit., p. 278 ss.; *I valori giuridici del messaggio cristiano*, cit., p. 192 ss. In questo senso v. già quanto

«Ciò che si presenta al giudice è il fatto nella sua concretezza; il suo compito, dopo averlo definito storicamente, sta nel trovare la legge che lo prevede; ma tale ricerca non si potrebbe compiere se alla definizione storica del fatto la coscienza di lui non reagisce con una intuizione di giustizia che gli permette di prendere la direzione per la ricerca della legge. Insomma tra la scoperta del fatto e la scoperta della legge occorre un ponte, il quale altro non è che l'intuizione della giustizia suggerita dalla coscienza o dal buon senso che dir si voglia; è dunque la giustizia che guida verso la legge, non la legge che guida verso la giustizia»[49]. Che infatti è il punto d'arrivo e il punto di convergenza di tutti gli interessi più propriamente metagiuridici del Carnelutti.

Dove però – ce lo consenta ancora il Carnelutti – per quanto il suo merito sia notevolissimo già per il fatto di aver indicato il punto veramente più importante di ogni concreta riflessione sul diritto, occorrerebbe, ci sembra, osservare che la sua specifica indicazione in questo senso non fa, in fondo, che riproporre, seppure in termini nuovi, uno schema problematico sostanzialmente scontato; che come tale non consente di uscire da quella necessaria e pertanto insolubile antinomia tra giustizia e certezza che sembra essere divenuta un altro tra i temi obbligati della riflessione astratta sul diritto, e che soprattutto fa perdere di vista la vera direzione in cui, su questo piano, il problema del giudizio potrebbe dare il maggiore profitto. Tanto più che a questo riguardo si può riscontrare nel pensiero del Carnelutti un equivoco per certi aspetti analogo a quello che abbiamo sopra notato a proposito del problema della giustizia e della certezza. Cioè un equivoco relativo alla duplicità del significato che assume anche a questo proposito il concetto della giustizia: che infatti può essere intesa sia in senso equitativo, come sensibilità

diceva il Carnelutti in *Metodologia del diritto*, cit., p. 22 ss.

[49] Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico*, cit., pp. 255-256.

giuridica, come capacità di adattare la norma, quale essa sia, al caso concreto – che richiede sempre una mediazione interpretativa in cui è implicita una scelta[50] – sia in senso nettamente deontologico, come giudizio che riguarda non tanto la commisurazione della norma al fatto e di questo alla norma, quanto invece la valutazione della stessa norma in base ad un criterio o valore trascendente. Che sono in realtà due concetti diversi, una cosa essendo il «senso» della giustizia come intuizione di quanto vi è di irriducibile al tipico nella concretezza della situazione, e quindi come capacità di pronunciare un giudizio «equo», ed una cosa il «senso della giustizia» come capacità di giudicare, soprattutto con riguardo al momento della nomogenesi, l'eventuale divergenza tra la norma valida e la norma giusta.[51]

[50] Una scelta che attiene sia alla preliminare ricerca della norma atta ad inquadrare tipicamente il caso reale proposto dall'esperienza, sia, per l'inverso, alla elezione dei caratteri tipici della stessa fattispecie reale che dev'essere giuridicamente qualificata (v. in questo senso Cammarata, *Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica*, Tolentino, 1929), sia alla vera e propria interpretazione della norma, cioè alla ricerca della sua *ratio*, che richiede sempre un atto valutativo (V. Caiani, *I giudizi di valore…*, cit., cap. VI).

[51] In altri termini l'ingiustizia può essere conseguenza già dello stesso carattere di astrattezza, generalità e tipicità della norma, cioè del fatto che «risolvendosi la pronuncia di un comando nella formulazione di un concetto, la realtà ne riesce inevitabilmente semplificata e impoverita». Semplificazione che contiene sempre in sé il «germe dell'ingiustizia» cosicché avviene che «il valutatore, pur avendo ritenuto, alla stregua del giudizio storico, che tale è il comando del diritto, posto di fronte all'inesauribile ricchezza del fatto, sia tratto a dubitare della sua giustizia». (Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, II ed., cit., p. 362). Che è il «costo», in definitiva, che occorre pagare per ottenere la specifica eticità della certezza. In questo caso, evidentemente, il giudice deve essere, nei limiti della sua competenza e della sua possibilità, il mediatore tra l'astrattezza del diritto e la concretezza dell'esperienza giuridica, così che sotto questo aspetto ogni atto decisorio contiene un margine o motivo di discrezionalità o di equità, tanto più ampio quanto più è profondo il distacco tra la fattispecie giuridica e la puntualità storica del problema umano che deve esser condotto al fuoco della valutazione giuridica. (E che diviene determinante nei casi tipici di lacune dell'ordinamento, o quando l'ordinamento stesso conferisce al giudice il potere di giudicare secondo equità o facendo ricorso ai c. d. concetti-valvola, come «ordine pubblico», «buon costume», «morale comune»).

E da questo punto di vista, si potrebbe inoltre soggiungere che la legge è

In realtà, volendo guardare più a fondo, ci sembra che la direzione in cui, dal punto di vista speculativo, sarebbe più opportuno sviluppare il problema del giudizio, non dovrebbe essere nel senso che parrebbe riuscire più palese dal pensiero dello stesso Carnelutti; non dovrebbe condurre cioè, attraverso questo problema, alla riapertura del problema sostanziale dei «contenuti» del diritto, vale

sempre ingiusta, anche se la sua ispirazione e il contenuto del suo comando rispondono alle esigenze etiche, se non a quelle universali, almeno a quelle storicamente dominanti. Ma poi, e qui appunto il discorso si complica, vi è un altro significato che sembra assumere, per altri aspetti, il concetto della libertà del giudice nei confronti del comando posto dal legislatore; cioè quando, in questa sintesi di astratto e concreto e quindi creatrice di una norma giuridica particolare, il giudizio sembrerebbe dover implicare addirittura una valutazione intorno al contenuto stesso del comando giuridico, cioè un giudizio intorno alla stessa «giustizia» del comando, e tanto più della norma che ne definisce la giuridicità.

Una cosa è, insomma, l'ingiustizia come astrattezza, che è una forma ineliminabile dell'esperienza giuridica, almeno nei paesi dove vige il dogma della stretta subordinazione del giudice alle direttive ideologico-giuridiche del legislatore, e un conto è l'ingiustizia come specifica deroga dell'ordinamento giuridico nel suo complesso o della singola norma, da quelli che possono essere ritenuti i principi etici fondamentali ai quali dovrebbe ispirarsi lo stesso diritto positivo per essere tale. Vero è, si potrebbe obiettare, che i due momenti, dell'ingiustizia come astrattezza e dell'ingiustizia come iniquità del contenuto normativo possono qualche volta coincidere, e che in definitiva, quanto al risultato della loro realizzazione, portano entrambe ad una ingiustizia nel caso concreto, quale specifico atto lesivo della personalità umana. Ciò non toglie, però, che la prima sia in un certo senso sempre presente nella vita concreta del diritto, e che quindi, anche nel caso di una adesione della coscienza del giudice alla «giustizia» della norma, nel riconoscimento cioè che essa risponde alle esigenze etiche fondamentali dell'ordinamento, può sempre verificarsi nell'atto concreto della sua applicazione ed esecuzione, che essa dia luogo, a sua volta, ad una «ingiustizia». Ed il problema che nasce, come si è detto, è proprio questo: se sia possibile eliminare questo più profondo ed intrinseco aspetto in cui si esprime l'ingiustizia. Mentre, bisognerebbe ancora osservare, l'ingiustizia concreta, oltre che come inadatta applicazione della norma astratta al caso concreto, può verificarsi anche nel momento del giudizio «storico» stesso, nel c. d. accertamento dei fatti e nella conseguente attribuzione di responsabilità; quando, per varie ragioni, il giudizio di fatto sia stato falsato, o per errore materiale o per inesatta interpretazione, o per malafede sia dai produttori delle prove o testimonianze, sia anche, si può ammetterlo, dal giudice stesso.

a dire al problema dei moventi e dei fini, cioè dei valori nel senso più ampio e più comprensivo del termine, che possono essere storicamente contenuti nella sua mutevole trama (i quali, a ben guardare, non sono mai valori specificamente giuridici, ma valori economici, politici morali e via dicendo);[52] ché a questo conduce, in ultima analisi, la considerazione del problema del giudizio come appare per certi aspetti nel Carnelutti, la quale riporta in sostanza al problema dei criteri o dei principi in base ai quali avviene l'atto del giudicare.

Esso dovrebbe invece essere sviluppato verso il chiarimento della natura e della funzione, per così dire, formale del giudizio, di quella funzione per cui giustamente si è visto in esso il valore veramente specifico e determinante della giuridicità; che esige, anzitutto, la ricostruzione ed il riconoscimento dell'azione nella sua obbiettività (o se vogliamo nella sua «verità»), attraverso quelle regole formali ed obbiettive, cioè prestabilite e inderogabili, che costituiscono l'eticità

[52] In realtà è proprio questo l'equivoco in base al quale il Croce ha ritenuto di dover negare l'inesistenza di un valore specifico della giuridicità; in quanto cioè lo ha considerato dal punto di vista, appunto, dei «contenuti» pratici del diritto; che in effetti, come appunto diciamo nel testo, non sono mai «giuridici» e si dissolvono nelle più ampie categorie costitutive dell'esperienza pratica. In certo senso, quindi, bisogna dare atto al Croce della «riduzione» della filosofia del diritto; ma non solo alla filosofia dell'economia, sebbene, più ampiamente, alla filosofia dell'azione o della volontà, cioè alla filosofia della pratica nel suo complesso.

Il vero è che se di un valore specifico della giuridicità si può parlare, questo si deve individuare, semmai, non nell'ambito della sfera pratica, ma in quello della sfera teoretica, cioè, appunto, nel momento del giudizio, quale esigenza di accertamento della «verità» dell'azione. Tesi, questa, che è stata chiaramente indicata, nella fase più recente della filosofia giuridica italiana, dall'Opocher, nonché per certi aspetti dal Capograssi. (V. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 120 ss.; Capograssi, *Analisi dell'esperienza comune*, Roma, 1930; *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1950, p. 125 ss.). Per nostre riserve in ordine alla posizione dell'Opocher, v. *I giudizi di valore…*, cit., p. 9, nota ([1]).

più profonda del formalismo processuale: e quindi la pronuncia, su questa base, del giudizio specificamente giuridico con la sentenza. Che val quanto dire: vedere il motivo determinante della esperienza giuridica, il motivo per cui essa si costituisce e si impone come una esigenza fondamentale della vita pratica, proprio nel fatto stesso del giudizio, cioè nel bisogno di un regolamento formalmente ed obbiettivamente precostituito, che valga per la definizione dei rapporti e dei conflitti che la volontà umana realizza attraverso l'estrema complessità e varietà dei bisogni che avverte, e dei fini che persegue.

Il che, del resto, il Carnelutti, ha bene intravisto, seppure non ha sviluppato, laddove ha detto che il vero problema, oggi, non è già di studiare «come il diritto serve al processo», ma è quello molto più importante di studiare come «il processo serve al diritto»[53].

[53] Carnelutti, *Torniamo al giudizio*, cit., p. 167.

Capitolo Secondo

Altri contributi in tema di giudizio

Sommario: *Premessa*. – Il problema del giudizio e del processo nelle riflessioni del Satta, del Calamandrei e del Capograssi. – «Le condizioni» e lo «scopo» del processo. – Il formalismo processuale di fronte alla crisi del diritto e il problema del processo «rivoluzionario». – Le antinomie del legalismo processuale nel pensiero del Calamandrei. – Conclusione.

Che il problema del giudizio – e più ampiamente il problema del processo, di cui il giudizio è il momento centrale e determinante – sia un problema sempre più avvertito nella sua importanza e nel suo significato anche metagiuridico, non è confermato solo dalle meditazioni e dalle ricerche del Carnelutti. La sua testimonianza, per quanto sia quella di maggiore portata e rilievo, non è infatti isolata nell'ambito della nostra scienza giuridica, ed intorno al problema del giudizio, per vie diverse, ma a ben guardare quasi tutte convergenti, si stanno muovendo non pochi cultori dello stesso diritto processuale: a questo indotti proprio dalla insufficienza sempre più chiaramente avvertita dell'atteggiamento puramente dogmatico e positivo di fronte ai problemi che nascono da una riflessione più approfondita sull'oggetto della stessa loro ricerca. Poiché la cosa più notevole è proprio questa: che tale problema è sentito dagli stessi tecnici del diritto processuale nel suo significato forse più profondo; in quel significato cioè che, meglio di tutti, il Carnelutti aveva intuito avvertendo, come abbiamo visto, he oggi il problema più importante è di cercare non più o non solo come «il

diritto serve al processo», ma anche e soprattutto di cercare «come il processo serve al diritto».

Si tratta, anzitutto, di una presa, per così dire, di coscienza, del valore e del significato metagiuridico, cioè, in definitiva del valore e del significato umano dei problemi relativi al processo e al giudizio. In altri termini, della presa di coscienza del significato ideologico, nel senso più comprensivo e non negativo del termine, che sta a fondamento di certi problemi che per tanto tempo il processualista aveva considerato solo in quanto fosse possibile tradurli in forma tecnica, respingendoli, in caso contrario, sul terreno delle questioni giuridicamente irrilevanti.

Di fronte alle accorate e suggestive riflessioni del Satta, che, nel '49, meditando sul processo rivoluzionario, si era chiesto in forma quasi drammatica quale fosse e se vi fosse uno scopo del processo,[1] e che, intervenendo all'ultimo Congresso di diritto processuale civile, poneva in termini angosciosi, se non addirittura fallimentari, il bilancio complessivo della nostra scienza processualistica,[2] così infatti ispondeva, prendendo posizione sul

[1] V. Satta, *Il mistero del processo*, in *Rivista di diritto processuale*, 1949, I, p. 273 ss., in particolare p. 280 ss. Precisamente il Satta così si chiedeva: «Ha il processo uno scopo? Non si dica, per carità, che lo scopo è l'attuazione della legge, o la difesa del diritto soggettivo, o la punizione del reo, e nemmeno la giustizia o la ricerca della verità… Se uno scopo al processo si vuole assegnare questo non può essere che il giudizio… Ma il giudizio non è scopo esterno al processo, perché il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio: esso dunque se ha uno scopo, lo ha in se stesso, il che è come dire che non ne ha alcuno» (pp. 280-281). Dove però, sia consentita l'osservazione, tale affermazione ha senso solo se per scopo si intenda qualche cosa per cui un'altra cosa, o meglio un'altra azione, è un mezzo: cioè se si identifica scopo con risultato o compimento; non ha senso, invece, se per scopo si intenda la ragione o il fondamento di una determinata azione o istituzione, vale a dire il motivo per cui essa si costituisce e sussiste. Nel qual caso è chiaro che il giudizio può ben considerarsi come il vero scopo, cioè come la vera ragione del costituirsi dell'esperienza processuale. Per questo cfr. comunque avanti, p. 125.

[2] V. Satta, *La tutela del diritto nel processo*, in *Atti del Congresso internazionale di Diritto processuale civile* (30 settembre – 3 ottobre 1950), Padova, 1953, p. 79 ss., in particolare p. 86 ss. La lettura degli *Atti* di questo Congresso è forse la

problema, il Calamandrei: «Invece di sconfortarci del fallimento dei nostri studi – egli affermava – ci vien fatto d'accorgerci che nessun tema come quello del processo merita oggi l'impegno degli studiosi, perché in nessun campo, come in quello del processo, è possibile di incontrare e scandagliare, raccolti nella loro angosciosa attualità, tutti gli aspetti giuridici, politici e morali del problema centrale della società umana, che è il problema della giustizia»[3]. Ed era appunto sul significato e sul valore umano e sociale del problema del giudizio che, a questo fine, gli sembrava dovesse esser richiamata l'attenzione e la riflessione degli stessi processualisti; e precisamente al problema dello «scopo» del processo e del giudizio, in cui convergono la ricerca della verità, ma anche, insieme, l'esigenza della giustizia.[4]

In realtà si trattava della continuazione di un colloquio già aperto da qualche anno; ed aperto ancora una volta dal Capograssi, in quelle riflessioni sul «Quid jus e quid juris in una recente sentenza», le quali, già nel 1948, anticipavano i temi poi

migliore conferma della rinnovata coscienza del significato e delle responsabilità della propria funzione che caratterizza attualmente anche l'atteggiamento dei cultori della scienza processualistica.

[3] Calamandrei, *Processo e giustizia***,** in *Atti Cong. int. dir. proc. civ.*, cit., p. 21. In questo intervento il Calamandrei rispondeva direttamente agli interrogativi del Satta intorno allo scopo del processo affermando che «non è vero che il processo non abbia scopo: se non l'avesse, bisognerebbe inventarlo per poter continuare a studiare questa nostra scienza senza disgusto e senza scoramento. Ma in realtà lo scopo l'ha: ed è altissimo, il più alto che possa esservi nella vita: e si chiama giustizia» (*ibidem*, 17). E con questo introduceva il problema dei rapporti fra diritto processuale e diritto sostanziale. Su tutto questo v. peraltro avanti, p. 125 ss.

[4] Calamandrei, *Processo e giustizia*, cit., p. 17 ss. Per ulteriori accenni al tema del processo rivoluzionario, con riferimento al problema del Satta, v. ancora, *ivi*, p 20.

sviluppati nel «Diritto dopo la catastrofe» intorno appunto al problema del giudizio.[5]

Trovare le «eterne condizioni e verità del giudizio», vale a dire quel «complesso di condizioni che fanno il giudizio un giudizio»,[6] che fanno sì che esso appaia come il momento fondamentale ed imprescindibile di tutta l'esperienza giuridica (che sono, si potrebbe soggiungere, la stessa condizione per cui questa esperienza si costituisce e s'impone come un momento necessario dell'esperienza pratica), questo infatti era il tema proposto dal Capograssi. Ed egli, fin d'allora, così indicava la propria risposta: «Giudicare è atto di giustizia. E significa: un giudice che sia tale per designazione della comunità anteriormente al fatto che si tratta di giudicare; un processo, nel quale l'incolpato abbia modo di conoscere l'accusa, di difendersi, si difenda e sia difeso; una legge, la quale stabilisca esattamente l'illecito da punirsi, e una pena esattamente proporzionata all'illecito che la legge prevede»[7]. Esigenze che il Satta, pure sullo sfondo pessimistico della sua diagnosi, concentrava, per così dire, in quella che può considerarsi come la più importante e fondamentale; quella della imparzialità del giudice: che deve essere appunto giudice e non parte nel processo. «La massima esperienza del processo – questi

[5] V. Capograssi, *Il quid jus e il quid juris in una recente sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, p. 57 ss.

[6] Capograssi, *Il quid jus e il quid juris…*, cit., p. 59.

[7] Capograssi, *Il quid jus e il quid juris…*, cit., p. 59. Del Capograssi, intorno al tema del giudizio, si veda ancora, con riferimento agli sviluppi della discussione apertasi tra il Carnelutti e il Satta, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 1 ss.

Altre considerazioni, sempre del Capograssi, sul tema, nella *Prefazione* alla *Certezza del diritto* del Lopez De Oñate, cit., p. 17 ss. Il concetto centrale del Capograssi in proposito è che si debba tornare, anche per quanto riguarda il giudizio, ad aver fiducia e a ricercare la verità. Ed a questo fine occorre ricostruire la «realtà tutta intera del giudizio che si incorpora nel processo e del processo che si trasforma in azione effettiva nel giudizio, nello studiare la connaturalità dell'uno e dell'altro, per cui l'uno è per l'altro e viceversa». (*Giudizio processo…*, cit., p. 19 dell'estratto).

infatti affermava, intervenendo nel dibattito – si concreta indubbiamente nella indipendenza dei giudici, che non vuol dire altro se non garanzia che il giudice non è e non sarà parte, perché non è giudice, ma parte, colui che dipende da chi amministra l'azione»[8]. Ed il giudizio reso dalla parte, per definizione, si potrebbe dire, «non è mai un giudizio»[9].

Questo dunque significa che tali verità fondamentali ed elementari, queste esigenze in base alle quali si è venuta costruendo la civiltà giuridica liberale ed umanistica – che è anzitutto esigenza e garanzia di imparzialità e di certezza nel processo – sono andate perdute nella più recente esperienza?

Parrebbe di sì, dalle amare considerazioni sia del Capograssi che del Satta; il quale ultimo, infatti, così riassumeva quella che, anche per questo aspetto dell'esperienza giuridica, deve considerarsi ormai come una situazione di crisi: «Comunque sia, in questo dissolversi dell'unità del processo, nel prevalere della libertà sulla unità, nell'incapacità del processo a realizzare la libertà nell'unità, sta la sua intima, e in un certo senso immanente crisi. Si potrebbe dire, con una formula più espressiva, che il processo tende a diventare fine a sé stesso»[10].

Diventare fine a sé stesso, cioè come infatti aveva profondamente notato il Carnelutti, fare del processo il *prius* e del diritto il *posterius*: e quindi, per certi aspetti, trasformare in definitiva il processo in un gioco,[11] in un abilissimo gioco, al quale finiscono

[8] Satta, *Il mistero del processo*, cit., p. 286.

[9] Satta, *Il mistero del processo*, cit., p. 287. Di questo autore v. ancora, sul problema, la replica alle obbiezioni alla propria relazione su *La tutela del diritto nel processo*, cit., nel vol. *Atti del Congresso di Dr. proc. civ.*, cit., p. 125, dove è di particolare rilievo l'affermazione che è nella «analisi della struttura del giudizio», nello studio del «modo come si forma il giudizio» che si può ritrovare il modo di risolvere la stessa crisi del processo.

[10] Satta, *La tutela del diritto nel proce*sso, cit., p. 87.

[11] Sul processo come gioco si era infatti intrattenuto, forse troppo giocosamente, il Calamandrei, (*Il processo come gioco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 23 ss., ora ripubblicato in *Studi in onore di Carnelutti*, II, cit., p. 485 ss.). Sul quale si era

per servire ottimamente proprio quei principi formalmente validi sui quali il processo si regge: quei principi – dice ancora il Satta – «che avevamo creduto valori eterni, assoluti, e poi si rivelano, quando manchi l'accordo fondamentale, mere astrazioni, vasi vuoti nei quali ciascuno mette tutto quello che vuole»[12].

Ma se questa è la situazione, si può dire veramente che il semplice richiamo ai principi e ai valori che informano, in sostanza, il formalismo processuale (che sono principi e valori non solo formali, ma pure profondamente sostanziali, in quanto connessi allo stesso principio della certezza, qui realizzato come sistema di garanzie e di procedure obbiettivamente definite e presupposte, a loro volta fondate sul valore fondamentale del soggetto come portatore di diritti «non disponibili»), si può dire cioè che il richiamo alla consapevolezza ed alla osservanza di questi principi e valori sia veramente sufficiente a sanare questa «crisi» del processo, ad incidere sul suo stesso «scopo sostanziale», come in effetti parrebbe dalle indicazioni, sebbene a sfondo pessimistico, del Capograssi e del Satta?[13]

È lecito dubitarne, o per lo meno è lecito porsene il problema, giacché, se è indubbio che il valore che informa il sistema delle garanzie

appunto soffermato in seguito il Carnelutti (*Gioco e processo*, in *Riv. dir. proc.* 1951, I, p. 101 ss., ora in *Discorsi intorno al diritto*, II, cit., p. 203 ss).

[12] Satta, *La tutela del diritto nel processo*, cit., p. 87.

[13] In effetti, questa era l'indicazione del Capograssi, sia nel primo monologo sul *Quid jus…*, cit. sia nel secondo intervento sul problema, in *Giudizio processo scienza verità*, cit. E cioè che per sanare la crisi del processo occorre appunto trovare «le eterne condizioni e verità del giudizio», quel «complesso di condizioni che fanno il giudizio un giudizio» (*Il quid jus e il quid juris…*, cit., p. 59); e, più precisamente, ripristinare la fiducia che lo scopo della ricerca è di «vincere il dubbio», di procurare alla coscienza del giudice la certezza, per scoprire la verità (*Giudizio processo…*, cit., p. 10 ss. dell'estratto). E pure in questo senso, seppure, potremmo dire, per argomento a contrario, erano in fondo le indicazioni del Satta, il quale, constatando la crisi di queste condizioni, lasciava intendere, del resto anche esplicitamente, che, ripristinandole, può essere ripristinato anche il valore e la fiducia nel processo. (V. *Replica*, cit., p. 125 ss.).

processuali è direttamente connesso allo stesso valore della persona come soggetto portatore di diritti, è però altrettanto indubbio che, anche in quest'ambito, il criterio legalitario, vale a dire il principio della rigida ossequienza alle procedure formali, per quanto insopprimibile, è quello che ha offerto nella più recente esperienza, e nei termini più drammatici, proprio il mezzo più efficiente per realizzare quella «strumentalizzazione» del diritto che il Capograssi indicava come il vero principio di tutta la crisi dell'esperienza giuridica odierna. Ché, anzi, si potrebbe dire che è sul piano del diritto processuale che il laicismo giuridico sperimenta forse nel modo più evidente ed irriducibile quella contraddizione di cui abbiamo parlato introducendo questo discorso: cioè la contraddizione per cui, attraverso la rigorosa, strenua difesa del legalismo, qui trasportata sul piano processualistico, si è potuta manifestare la minaccia più pericolosa per quei principi e quei valori che sono a fondamento dello stesso sistema delle garanzie formali dovute al soggetto, quando si tratti di giudicare della sua azione nel momento determinante del giudizio.[14]

L'esigenza che induce quindi a proporre in termini nuovi, come abbiamo visto, il problema del giudizio e del processo, cioè a ricercare in definitiva, come diceva il Carnelutti, in qual modo il processo serva al diritto, non sembra invero potersi considerare del tutto soddisfatta attraverso il semplice richiamo ai principi delle garanzie processuali e della imparzialità del giudizio. Principi che, in effetti, pur essendo senza dubbio imprescindibili, (poiché in loro mancanza non vi è dubbio che venga a mancare anche il processo, e che si passi, per usare la suggestiva formula del Capograssi, dal regime del tribunale al regime della taverna-caverna) potrebbero risultare sufficienti solo qualora si confidasse in quella spontanea convergenza o coerenza tra le «certezze» della coscienza e della vita

[14] A questo proposito possono valere le considerazioni svolte nella nostra Introduzione, p. 74 ss. e bibliografia *ivi* cit. Su ciò v. comunque subito avanti quanto è detto a proposito del Calamandrei.

e le certezze dell'ordinamento, tra le «evidenze certificate dal sentimento» e le istituzioni obbiettive dell'esperienza giuridica, che sembra spesso affiorare da quello che si potrebbe definire per certi aspetti l'ottimismo etico-giuridico del Capograssi.[15] Il che, peraltro, è assai difficile poter ritenere, se è vero, come è vero, che anche il problema del giudizio in questo senso è nato proprio dalla crisi di questa esperienza, vale a dire dalla constatazione che quelle istituzioni, quei principi formali, quei mezzi che sono anche fini, di cui è sostanziata l'eticità del formalismo processuale, hanno potuto diventare soltanto mezzi: semplici mezzi o strumenti – e tanto più detestabili quanto più formalmente ineccepibili – destinati proprio alla negazione dei valori che stanno a fondamento della «tutela del diritto nel processo».

Così, ad es., per tornare alle meditazioni del Satta, non sembra del tutto convincente l'affermazione per cui il processo rivoluzionario non sarebbe in sostanza vero processo, non essendovi in esso giudice «sopra» le parti, ma solo giudice «tra» le parti. Anche nel giudizio rivoluzionario, in effetti, possono essere rispettate certe garanzie e certi principi propri del «vero» processo – che vi sia un giudice prestabilito, che l'accusato possa conoscere l'accusa e possa difendersi, che vi sia una legge, la quale stabilisca

[15] Le parole citate nel testo sono appunto del Capograssi (*Il diritto dopo la catastrofe*, cit.).

Questa è una definizione, ce ne rendiamo ben conto, molto azzardata: e comunque unilaterale, data la complessità e la profondità del pensiero del Capograssi. Ci sembra però che in qualche modo essa possa esser valida per indicarne appunto la fiducia fondamentale della immanenza dei valori e delle certezze fondamentali della vita nello stesso tessuto obbiettivo dell'umana esistenza, e nelle istituzioni o «spontaneità» sociali che essa viene creando. Quella fiducia per cui, concludendo il suo discorso ne *Il diritto dopo la catastrofe* gli sembrava che a sanare la crisi del diritto fosse sufficiente, in definitiva «rispettare la vita come è, con le leggi le esigenze i fini e le condizioni che sono sue, lasciare che la vita viva si svolga secondo le profonde leggi che fanno la sua verità», (*ivi*, p. 22).

esattamente l'illecito da punirsi e una pena esattamente proporzionata all'illecito che la legge prevede; cioè quei presupposti in presenza dei quali soltanto, come abbiamo visto, il Capograssi ritiene esser presente il giudizio. Il che non toglie però, che, pure con questi mezzi, pure con il rispetto del sistema legalitario, il processo rivoluzionario possa realizzare le proprie iniquità, e questo anche senza ricorrere a tribunali o giurisdizioni speciali, ma solo trasferendo a quelli ordinari determinate competenze.[16]

È veramente significativo e sintomatico che di questa preoccupazione, di questo senso dell'insufficienza del formalismo e del legalismo processuale a tutelare lo «scopo» più profondo del processo – cioè lo scopo della giustizia, oltre che quello della verità – si sia fatto interprete in questo dopoguerra il più «laico» forse dei nostri processualisti: vogliamo dire il Calamandrei, dal quale infatti

[16] Il fatto è che anche a questo proposito il problema, ci sembra, non consiste solo nei mezzi o nelle forme attraverso le quali si attua il diritto, ma anche nel diritto stesso (sostanziale) che viene applicato. Se il diritto è ingiusto, anche i mezzi, per quanto legali, per applicarlo non possono non risentire della condanna morale che esso comporta. Né varrebbe obbiettare che il processo rivoluzionario è tale in quanto in esso lo Stato, e cioè il giudice, è anch'esso parte, giacché in ogni situazione il giudice applica il diritto di uno Stato storico ben determinato, ovvero di una società con una determinata struttura politica e giuridica, ancorché questa sia stabilizzata, e appunto non rivoluzionaria. Il problema è che quando si verifica la crisi rivoluzionaria il vecchio Stato cade, e si afferma un nuovo Stato, ovvero un nuovo sistema di rapporti politico-sociali, per cui solo ponendosi dal punto di vista prerivoluzionario e considerando come assolutamente valida quella struttura giuridico-politica di cui esso era espressione, si possono considerare come parti coloro che giudicano in base alle leggi del nuovo ordinamento.

In altri termini, il giudice può essere considerato sempre sia come parte (in quanto esecutore di un determinato ordinamento giuridico) sia come sopra le parti, in quanto è indipendente e senza rapporti con le parti in senso specificamente processuale. Solo quando manchino certe garanzie processuali, ci sembra invero che ivi manchi il processo, e bisogna senz'altro riconoscere che tali garanzie sono frutto della tradizione liberale, e sono strettamente connesse al valore della persona. (E proprio per questo, in definitiva, lottavano quei rivoluzionari francesi, con riferimento ai quali il Satta introduceva il proprio discorso).

non a caso abbiamo preso lo spunto per iniziare questo ulteriore discorso sul processo.[17]

Veramente significativo e sintomatico, perché non vi è forse mutamento, e consapevole mutamento di posizione più adatto, di quello del Calamandrei, a mostrare sia il carattere ideologico (nel significato più profondo e non negativo del termine, ben s'intende) anche di quei presupposti che stanno a fondamento del laicismo giuridico, sia la inevitabile connessione dei concreti orientamenti metodologici e in genere delle convinzioni dell'interprete con le condizioni sociali ed ambientali in cui il suo lavoro si viene manifestando.

In realtà, si può dire non vi sia stato forse assertore più convinto e deciso del Calamandrei nell'affermazione di quei principi che sono appunto impliciti nella posizione del laicismo giuridico; principi che, con riguardo alle esigenze del diritto processuale, si traducono nella richiesta che il giurista non sia e non possa essere altro che un «ausiliario fedele ed insostituibile della legalità», vale a dire un interprete del rigoroso rispetto delle forme e dei modi obbiettivi che l'ordinamento prevede e predispone ai fini della esatta e imparziale applicazione della legge. Da quel primo studio sulla «Genesi logica della sentenza civile»[18] – che costituisce ancor oggi uno dei contributi più notevoli al problema, così trascurato

[17] Tale infatti, come abbiamo visto, era la convinzione dominante del Calamandrei, nella citata relazione al Congresso di diritto processuale: «Il peccato più grave della scienza processuale di quest'ultimo cinquantennio è stato secondo me proprio questo: di aver separato il processo dal suo scopo sociale; di aver studiato il processo come un territorio chiuso, come un mondo a sé, di aver creduto di poter creare intorno ad esso una specie di superbo isolamento, staccandolo sempre più profondamente da tutti i legami col diritto sostanziale, da tutti i contatti coi problemi di sostanza, dalla giustizia insomma». (*Ivi*, pp. 13-14).

[18] V. Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Rivista critica di scienze sociali*, Firenze, 1914, n. 5, ora in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930, p. 1 ss.

dalla nostra dottrina, dell'applicazione del diritto[19] – nel quale il carattere sillogistico e puramente dichiarativo dell'attività giudiziale come applicazione del diritto al fatto ha ricevuto forse la più rigorosa e più approfondita dimostrazione, a quel saggio del 1941 sul «Nuovo processo civile e la scienza giuridica»[20], in cui il sistema della legalità e la rigorosa separazione fra giustizia e politica erano fatti oggetto di una strenua difesa e venivano riconosciuti come l'espressione della specifica etica professionale del giurista, fino a quel commento alla «Certezza del diritto» del Lopez,[21] nel quale egli vedeva appunto nel valore della certezza – che forse s'impone sul piano processuale più che in ogni altro momento dell'esperienza giuridica – il cardine centrale, il valore veramente fondamentale ed insostituibile, così della vita come della scienza del diritto.[22]

«I giuristi sono dunque gli ausiliari fedeli ed insostituibili della legalità – affermava infatti il Calamandrei nel 1941 – e la distinzione tra attività politica e attività giuridica in tanto è possibile in quanto vi sia nell'ordinamento costituzionale dello stato una distinzione tra il momento legislativo ed il momento giurisdizionale del diritto. Coloro che se la pigliano contro la mentalità gretta e conservatrice dei giuristi, li maltrattano in realtà soltanto come un falso scopo, perché il vero bersaglio che essi vogliono colpire è il sistema della legalità»[23]. E così concludeva: «in questo senso vige, nel sistema della legalità, la separazione tra

[19] Cfr. p. 102, nota ([37]).

Un ulteriore contributo del Calamandrei a questo problema si può trovare nello scritto, notissimo, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 105 ss., ora in *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, p. 27 ss.

[20] Calamandrei, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 1941, I, p. 53 ss.

[21] V. Calamandrei, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Riv. di dir. comm.*, XL, 1942, p. 347 ss.

[22] Per il significato di questo libro del Lopez cfr. avanti, nota ([30]).

[23] Calamandrei, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, cit., p. 65.

giustizia e politica: che al giudice (e in generale al giurista) non spetta discutere la bontà politica delle leggi; spetta soltanto, in quanto giudice e in quanto giurista, osservarle e farle osservare»[24].

Ma nel 1950, aprendo il Congresso internazionale di diritto processuale civile a Firenze, constatando «anche tra coloro a cui più risale in Italia il merito di avere innalzato con la loro opera lo studio del processo civile a tanta perfezione di virtuosismo sistematico»[25], lo stesso Calamandrei riteneva di poter interpretare questo sentimento come la conseguenza forse più conturbante della nostra più recente esperienza: vale a dire come la conseguenza del

[24] Calamandrei, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, cit., p. 66. Estremamente interessante, in questo scritto del Calamandrei, è il fatto che esso muoveva dal bisogno di reagire alla identificazione che si veniva facendo, sul piano filosofico (ed il riferimento all'attualismo era chiaro), tra esperienza giuridica ed esperienza politica. «L'odierna crisi delle coscienze intorno al fondamento e ai confini del diritto, ormai così malcelati e sfumati che molti più non riescono a intendere quale sia e se vi sia un proprio territorio d'attività riservato ai giuristi, si riannoda direttamente a quelle concezioni secondo le quali in sede filosofica l'esperienza giuridica coincide e si identifica colla esperienza politica. Tale identificazione, che riduce tutte le leggi al concreto atto volitivo, considerato come la sola realtà che esiste nella vita del diritto, pone sullo stesso piano l'attività di chi crea il diritto e l'attività di chi lo esegue e lo applica: anzi nega che, sotto l'aspetto filosofico, si possa far differenza fra creazione e applicazione del diritto, e quindi tra un'attività politica, volta soltanto alla creazione, ed una attività volta alla sola applicazione del diritto, che, in contrapposto con quella, si possa considerare meramente giuridica». (*Ivi*, pp. 60-61).

È però da notare, ancora in questo senso, che già fin d'allora il Calamandrei metteva sull'avviso i giuristi contro «certi estremismi dogmatici», giacché «tutte le astrattezze della dogmatica giuridica, tutte le sottigliezze dell'ermeneutica, tutte le architetture della sistematica, si giustificano e acquistano un senso quando sono considerate non come fini a se stesse, ma come mezzi volte a far discendere le leggi dal loro empireo e a farle diventare presenti e praticamente operanti tra gli uomini». (*Ivi*, p. 69).

In questo senso d'altronde, era anche lo stesso notissimo scritto del Calamandrei su *La relatività del concetto d'azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 22 ss., ora in *Studi sul processo civile*, V, cit., p. 1 ss., in cui egli appunto cercava di ridurre in termini storicistici, e non astrattamente dogmatici, la polemica intorno al concetto d'azione.

[25] Calamandrei, *Processo e giustizia*, cit., p. 11.

fatto «che il generale ritorno alla bestialità collettiva (cioè il ritorno al regime definito dal Capograssi della taverna-caverna) non si sia compiuto come aperta rottura della legalità, come furia di istinti belluini scatenati senza legge, all'assassinio e al saccheggio, ma si sia travestito da esercizio di autorità»[26], e che tutto ciò sia stato proprio accompagnato «dalle forme tradizionali del processo, da quelle forme che tutti eravamo abituati a considerare come garanzie di pacifica giustizia»[27]. Per cui, trasferendo il problema e il quesito sul piano delle responsabilità della dottrina, egli si poneva nel modo più chiaro l'inevitabile domanda: «Se in questi anni milioni e milioni di volte la sentenza ha servito in tutto il mondo a dare forma ufficiale di legalità all'assassinio e al ladrocinio, se queste forme che parevano garanzia di giustizia si sono prestate così docilmente a far apparire più rispettabili i più abbominevoli stermini… come possiamo sul serio continuare ad aver fede nella scienza che ha elaborato questi maccanismi, disposti a servire ogni padrone?»[28] E concludeva infine, richiamandosi al problema proposto dal Satta: «Il peccato più grave di quest'ultimo cinquantennio della scienza processuale è stato secondo me proprio questo: di aver separato il processo dal suo scopo sociale; di aver studiato il processo come un territorio chiuso, come un mondo a sé, di aver creduto di poter creare intorno ad esso una specie di superbo isolamento, staccandolo sempre più profondamente da tutti i legami del diritto sostanziale, da tutti i contatti con i problemi di sostanza; dalla giustizia insomma»[29].

---

[26] Calamandrei, Processo e giustizia **[corsivo]**, cit., p. 11.

L'espressione del Capograssi si trova nel saggio: *Il quid jus e il quid juris…*, citato.

[27] Calamandrei, *Processo e giustizia*, cit., p. 11.

[28] Calamandrei, *Processo e giustizia*, cit., p. 12.

[29] Calamandrei, *Processo e giustizia*, cit., pp. 13-14.

Altri spunti più recenti del Calamandrei in ordine a tali problemi si possono trovare in *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, II, p. 252 ss.; si veda anche lo scritto su J. Goldsmith, *Un maestro di liberalismo processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, p. 51 ss.; *La crisi della giustizia*, nel volume *La crisi del diritto*, cit., p. 160 ss.; *Il processo inquisitorio e il diritto civile*, in *Giurisprudenza italiana,* 1939, II, p. 231 ss.; *Gli studi di diritto processuale in Italia*

Contraddizione dunque, incoerenza tra queste considerazioni così chiaramente dirette a denunciare le insufficienze e responsabilità del mero tecnicismo formalistico anche nel campo del diritto processuale, e la chiara difesa che, non più di dieci o quindici anni fa, lo stesso Calamandrei faceva di questo medesimo atteggiamento?

È chiaro che non si tratta di questo, come è chiaro che tale mutamento non è che la conseguenza di un mutamento della situazione storica, di fronte alla quale questo giurista si è venuto a trovare, e di fronte alla quale la sua reazione si è venuta manifestando. È chiaro, in altri termini, che si tratta di un adeguamento di strumenti concettuali e di convinzioni metodologiche di fronte a motivi ideologici e a situazioni di fatto profondamente diversi, al fine peraltro di affermare e difendere uno stesso valore ed una stessa esigenza.

Non è difficile scorgere, infatti, specie alla luce delle ulteriori riflessioni ed esperienze del Calamandrei, quale fosse l'intima ragione di quella difesa del principio di legalità, della funzione «dichiarativa» e della natura deduttivo-sillogistica dell'attività giudiziale, di quella separazione insomma fra giustizia e politica e di quella difesa del principio della certezza, che, per quanto riguarda la posizione e le responsabilità del giurista, si traduceva, come abbiamo visto, nella precisa richiesta che questi non sia altro che un ausiliario fedele ed insostituibile della legalità.

Era in sostanza, e in forma abbastanza palese del resto, lo stesso motivo che per tanti aspetti aveva attirato l'attenzione del Calamandrei, come quella di altri filosofi del diritto e di altri giuristi, su quella «Certezza del diritto» del Lopez de Onãte, la quale, oltre

nell'ultimo trentennio, in *Studi sul processo civile*, V, cit., p. 113 ss. Di recente v. il volume *Processo e Democrazia*, Padova, 1954.

agli altri suoi meriti, si rivelava, per chi volesse e sapesse intenderla, come una decisa requisitoria in difesa del principio della legalità, della divisione dei poteri e appunto della separazione tra giustizia e politica, contro le varie «correnti teoriche» e le varie «minacce di fatto», che contro questi principi si venivano anche da noi manifestando.[30]

Difesa che però ha potuto avere questo significato e questa funzione fino ad un certo punto e fino ad un certo momento; cioè fino a quando, anche in Italia, sul piano del diritto sostanziale, non cominciarono ad introdursi in forma sempre più minacciosa i principi aberranti della strumentalizzazione del diritto, di cui l'esempio più notevole, ma non certo il solo, fu ad un certo momento quello delle leggi per la difesa della razza.

Come è stato giustamente notato, infatti,[31] la certezza del diritto, l'uguaglianza di fronte alla legge, così come il rispetto delle procedure e delle garanzie processuali non sono valori astratti, validi per ogni tempo e per ogni luogo, o meglio, validi per ogni situazione storico-politica; ed il metodo giuridico-positivo – che di questi valori è la traduzione appunto sul piano del metodo – in un ordinamento ispirato a principi totalitari diventa strumento di questi principi; così come in un ordinamento ispirato a principi liberali ed umanistici esso è strumento per la loro affermazione, data la coincidenza, qui effettivamente possibile, tra la certezza e

[30] V. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., capp. IV e V. «Al diritto non è più attribuito il carattere di valore – qui notava infatti il Lopez, già avanzando il concetto della «strumentalizzazione» del diritto – che è alla base di ogni orientamento di tipo classico intorno al diritto… ma, invece, quello di funzione mediante la quale è possibile il raggiungimento di un fine, in particolare un fine di natura squisitamente politica, nel senso più tecnico e specifico del termine». (*Ivi*, p. 111). Su questo volume v. il commento del Carnelutti, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1943, I, p. 15 ss., e più di recente quello in occasione della sua ristampa (*Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, cit., p. 153 ss.).

[31] V. Scarpelli, *Diritto naturale vigente?* in *Occidente*, 1952, 2, p. 120 ss.

la giustizia della legge. Almeno per chi intenda questi principi come dei principi validi ed accettabili dalla propria coscienza. E questo vale anche sul piano del diritto processuale, giacché il rispetto delle procedure formali per applicare la legge e giungere così al giudizio, se questa legge è iniqua, non può toglier valore al fatto della sua iniquità; ché anzi, è forse su questo piano che il problema della legge ingiusta e quindi l'antinomia fra giustizia e certezza si palesa nella sua più immediata evidenza.

Capitolo Terzo

Tullio Ascarelli e il problema del metodo

Sommario: *Premessa*. – Il problema del metodo nella odierna situazione della scienza giuridica italiana. – Caratteri fondamentali del pensiero metodologico dell'Ascarelli. – Suoi caratteri specifici nell'ambito della posizione antiformalistica. – Il punto di vista esegetico-dogmatico e il punto di vista storico-filosofico in ordine al problema delle lacune e della natura della interpretazione giuridica. – Superamento di questa duplicazione dei punti di vista nelle più recenti riflessioni dell'Ascarelli. – Caratteri della reazione antiformalistica in Italia con particolare riguardo alle conseguenze delle dottrine neo-idealistiche. – Progressiva caratterizzazione dell'antiformalismo dell'Ascarelli in senso sociologico e realistico. – Rapporto tra funzioni economiche e istituti giuridici e importanza del diritto comparato nell'esperienza del giurista. – Il concetto di «ricostruzione tipologica della realtà». – Il problema delle valutazioni dell'interprete.

I problemi relativi al giudizio e al processo, se per certi aspetti sono i più appariscenti e sintomatici per quanto riguarda l'odierna situazione della scienza giuridica da cui ha preso inizio il nostro discorso, giacché impegnano frontalmente, per così dire, il giurista di fronte alle implicazioni e alle responsabilità metagiuridiche del suo lavoro, non sono però i soli a stimolarne l'interesse in questo senso.

Vi è infatti nello sfondo, se così si può dire, della scienza giuridica italiana una notevole gamma di altri problemi e di altre esigenze che, pur muovendo dal piano tecnico, tendono a

verso più ampie prospettive di riflessione e di ricerca, e così a promuovere un ampio colloquio sia tra i giuristi e i filosofi del diritto, sia tra gli stessi giuristi, dall'uno all'altro settore della scienza del diritto.

È facile intendere che il punto d'incontro più frequente e interessante di tale colloquio è quello offerto dal problema del metodo, nel senso più ampio del termine, ossia dal problema della natura, dei mezzi e della funzione della giurisprudenza. Problema che in realtà, e per la sua natura e per i presupposti gnoseologici e in definitiva speculativi che esso implica necessariamente, ha sempre rappresentato un punto di convergenza fra gli interessi dei giuristi e gli interessi dei filosofi del diritto, costringendo in qualche modo sia gli uni che gli altri a superare i limiti dei rispettivi esclusivismi; ma la cui trattazione peraltro, per i motivi di cui abbiamo ampiamente trattato nella Introduzione, è stata quasi sempre nel passato di quasi esclusiva competenza dei filosofi del diritto, e condotta pertanto in modo tipicamente speculativo, vale a dire «deducendo» la soluzione del problema del metodo da un determinato sistema filosofico.[1] Mentre i giuristi, quando non lo consideravano, come osservava di recente il De Francisci, «con una certa sprezzante sufficienza», lo confinavano, per l'opposto, su di un piano strettamente tecnico, considerandone ogni altro aspetto come del tutto giuridicamente irrilevante.[2]

Si può dire pertanto che uno dei sintomi ed insieme una delle conseguenze più notevoli della sensibilità e della inquietudine

[1] Per questo cfr. quanto abbiamo osservato nella Introduzione, pp. 29, nota ([32]), 55 ss., nota ([65]).

[2] V. De Francisci, *Emilio Betti e i suoi studi intorno all'interpretazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1951, p. 1 ss. E il De Francisci a questa osservazione soggiunge: «Ma poi qualche studioso si accorse che le diverse posizioni metodologiche non solo avevano immediati riflessi nell'indirizzo scientifico, ma potevano influire anche sui risultati della ricerca». (*Ibidem*).

problematica che caratterizzano l'odierna scienza del diritto, siano proprio costituiti dal diverso atteggiamento dimostrato attualmente da non pochi giuristi intorno al problema del metodo; che si traduce sia nel riconoscimento della sua legittimità e importanza ai fini concreti della loro ricerca, sia, soprattutto, nella acquisita consapevolezza che è proprio attraverso questo problema che si viene realizzando la saldatura tra il momento tecnico ed il momento ideologico-valutativo della giurisprudenza. Il che potrebbe venire tra l'altro confermato dal fatto, di cui vedremo meglio in seguito, che anche i sostenitori delle tesi più rigidamente dogmatico-positive in ordine alla natura e alla funzione della giurisprudenza sono costretti attualmente ad affinare, per così dire, le proprie armi, cioè ad abbandonare il terreno del tecnicismo acritico ed aprioristico ed a cercare la giustificazione del proprio atteggiamento su di un piano gnoseologicamente ed epistemologicamente molto più approfondito; se non addirittura a riproporsi lo stesso problema pregiudiziale della natura e dei criteri di validità della scienza.[3]

In effetti, ciò che dal nostro punto di vista è più interessante notare a tal riguardo è proprio questo: che il rinnovato dibattito metodologico – di cui si potrebbe avere immediata conferma anche solo scorrendo gli indici più recenti delle nostre riviste giuridiche – sia per la eccezionalità delle esperienze da cui è sollecitato, sia per il conseguente diffuso abbandono dell'atteggiamento agnostico-positivo, è venuto inducendo non pochi giuristi a prender coscienza, proprio attraverso il problema del metodo, dei

[3] Ciò è soprattutto riconoscibile in rapporto ai recenti tentativi sia di adattare la logica simbolica alla logica giuridica, sia, più in generale, di trovare una diversa giustificazione della scientificità della giurisprudenza attraverso il collegamento con la concezione neo-positivistica della scienza. Il primo per opera di un giurista, il Magni, il secondo per opera di un filosofo del diritto, il Bobbio. Su queste posizioni e sui relativi problemi, intorno ai quali vi è stata una discussione forse sproporzionata alla sua importanza, v. per tutti Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, cit.

problemi e delle implicazioni metagiuridiche che il lavoro giuridico comporta, nonché, conseguentemente, della influenza che può assumere un determinato orientamento metodologico, sul quale il giurista non può non prendere posizione, nei confronti del concreto processo della applicazione del diritto. Così ponendosi in evidenza, anche sotto questo aspetto, come molti problemi giuridici non siano solo problemi puramente e rigorosamente tecnici, risolubili quindi in termini scientificamente incontroversi, e come in realtà la loro soluzione possa spesso dipendere da una determinata visione dell'esperienza giuridica, da una implicita od esplicita presa di posizione in ordine ai suoi più importanti problemi e presupposti; tra i quali quello del metodo occupa senza dubbio uno dei ruoli più importanti.[4]

Questa connessione tra orientamenti metodologici e presupposti d'ordine ideologico-valutativo è del resto una delle prime conseguenze dell'atteggiamento di coloro che, come abbiamo visto ad altro riguardo, reclamano una «presa di posizione» del giurista» e in genere di ogni operatore giuridico di fronte al problema della legge ingiusta. Atteggiamento che infatti, per lo stesso assunto speculativo pregiudiziale che lo informa, per quanto riguarda il problema del metodo non può non tradursi nell'esplicito rigetto del dogma della completezza logica dell'ordinamento, e di quello conseguente della auto–integrazione come mezzo di risoluzione di ogni problema interpretativo e sistematico; e pertanto nella attribuzione al giurista di un'ampia facoltà di apprezzamento e di ricorso a valori e fini che possono trascendere ed essere addirittura in contraddizione con il sistema legislativo vigente. E questo non solo al fine di consentire

[4] Per un ampio approfondimento di questo punto di vista, ossia della rilevanza del problema del metodo in ordine alla stessa ricerca giuridica, v. il nostro *I giudizi di valore…*, cit., cap. V. V. pure quanto sarà detto avanti, in questo capitolo, a proposito della posizione dell'Ascarelli.

una presa di posizione astrattamente deontologica o moralistica rispetto alla norma o all'istituto positivo – problema che rimane in quanto tale su di un piano giuridicamente irrilevante – ma pure ai fini specifici della conoscenza, della interpretazione e quindi della stessa applicazione del diritto. Il che si traduce ovviamente, sul piano del metodo, nella affermazione della precisa rilevanza del criterio teleologico, sebbene in un senso diverso e più ampio di quello in cui se ne parla comunemente, contro ogni posizione che tale criterio, per i motivi anche più diversi, non ammetta.[5]

Contro tali prospettive peraltro, — di cui anche nell'ambito della scienza giuridica italiana si possono trovare non pochi sostenitori[6] — resta pur sempre una difficoltà fondamentale: il pericolo che in tal modo si profilerebbe nei confronti del principio della divisione dei poteri e di quello della certezza; i quali in effetti vengono seriamente compromessi da tale prospettiva metodologica, per quanto duttilmente da parte dei suoi esponenti si cerchi di interpretarla e di adattarla alle esigenze imprescindibili dello stato di diritto. Tanto più che l'accoglimento, o meglio, l'inserimento delle tesi della giurisprudenza teleologica nell'ambito della visione

[5] Cfr. per questo, nella Introduzione, p. 15 ss.

[6] La letteratura italiana su questo problema è ormai molto vasta. Richiamiamo qui, a solo titolo di orientamento, Barbero, *Empirismo e dogmatica nel diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1949, p. 310 ss.; *Studi di teoria generale del diritt*o, Milano, 1935; Bettiol, *Diritto penale*, cit., cap. I e II; *Il problema penale*, Palermo, 1948. Oltre, naturalmente, gli scritti del Carnelutti a suo luogo citati. Particolarmente interessanti sono a questo riguardo i due volumi *Diritto naturale vigente*, cit., e *Funzioni e ordinamento dello stato moderno*, Roma, 1953, che contengono ampie discussioni tra giuristi italiani su questi argomenti. Particolarmente interessante a questo riguardo, è la comunicazione del Garbagnati, *Il giudice di fronte alla legge ingiusta*, (in *Atti congr. int. dir. proc. civ.*, cit., p. 275 ss.), come tentativo di configurare in termini rigorosamente giuridici il problema di un giudizio di merito da parte del giudice in ordine alla legge «ingiusta», ossia come riconoscimento di sostanziali limiti giuridici degli organi legislativi, e quindi come necessità di una difesa giurisdizionale del cittadino di fronte all'arbitrio del legislatore.

giusnaturalistica non corrisponde certamente alle matrici culturali ed al motivo originario da cui esse in effetti si sono venute sviluppando; che non era certo quello di legittimare il giurista ed il giudice a farsi promotori di valutazioni autonome o contradditorie rispetto a quelle obbiettivate nell'ordinamento.[7]

Questo peraltro non è che un aspetto, e assai limitato e particolare, della reazione attualmente in atto nei confronti dei dogmi tradizionali del positivismo giuridico. Tale reazione infatti, è forse superfluo ricordarlo, non implica affatto di necessità il superamento di quello che può chiamarsi, nel significato più legittimo, il punto di vista proprio del giurista positivo, giacché, come abbiamo già avuto modo di notare, si può appunto ben essere giurista «positivo» in quanto si accetti il principio della distinzione e della autonomia dell'indagine e della valutazione giuridica rispetto ad ogni altro tipo di valutazione e ricerca (morale, politica, religiosa ecc.), senza per questo dover condividere l'opinione che la relativa ricerca non possa attenersi che all'aspetto strettamente logico-strutturale della norma giuridica.[8]

Pertanto, ciò che forse può esser più interessante prendere in considerazione, sempre in quest'ordine di problemi e di esigenze, sono gli aspetti della reazione a certi dogmi tradizionali dell'agnosticismo giuridico che si sono sviluppati presso di noi rimanendo, per così dire,

[7] In realtà le tesi della giurisprudenza degli interessi e di quella teleologica nascono da una visione dell'esperienza sostanzialmente storicistica, e quindi completamente diversa da quella giusnaturalistica. Cfr. Treves, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1933, pp. 33 ss.; Schwinge, *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, cit.; Rümelin, *Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre*, Tübingen, 1930; Heck, *Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1933. In Italia uno dei più decisi assertori del metodo teleologico, ispirato alla visione giusnaturalistica è, com'è noto, il Bettiol, sulla cui posizione v. Olgiati, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milano, 1950, p. 441 ss.

[8] Cfr. quanto osservato ampiamente in proposito nella Introduzione, p. 14 ss.

all'interno delle esigenze proprie della giurisprudenza come scienza. Vale a dire senza porre nemmeno in discussione quelle che, a ben guardare, sono le condizioni stesse della sua esistenza; peraltro cercando egualmente di prender coscienza e di render ragione dei presupposti e delle implicazioni metagiuridiche del lavoro del giurista, e di porre sempre meglio in chiaro l'insufficienza e la sterilità di certi pregiudizi metodologici, spesso ancora così profondamente radicati nella teoria e nella prassi di molti giuristi.

Non vi è dubbio che tale continua vigile coscienza e preoccupazione di sottolineare e di rendere espliciti i presupposti ideologico-valutativi cui è condizionata l'opera del giurista – pure nei limiti imposti dalla esigenza della certezza e dal dogma della completezza, imprescindibili nell'ambito degli ordinamenti giuridici di tipo continentale – sia il motivo fondamentale che caratterizza ed accompagna lo svolgimento della personalità scientifica di Tullio Ascarelli: un giurista che agli alti meriti nel settore giuridico di propria competenza aggiunge meriti altrettanto indubbi, e dal nostro punto di vista particolarmente interessanti, di una costante riflessione critica di continuo esercitata con estrema vivacità e con notevole apertura di interessi culturali sulla propria specifica attività di tecnico del diritto.[9] Ed esercitata appunto in funzione della sempre più chiara consapevolezza che è proprio attraverso il

[9] Le opere principali dell'Ascarelli nell'ambito del diritto commerciale, ovvero, come egli stesso suggerisce, nell'ambito del diritto dell'economia, sono: *La moneta*, Padova, 1928; *Il concetto di titolo di credito*, Milano, 1932; *Appunti di diritto commerciale*, 3 voll., 3ª ediz., Roma, 1936; *Consorzi volontari tra imprenditori*, 2ª edizione, Milano, 1936; *Istituzioni di diritto commerciale*, Milano, 1937; *Cambiale, assegno, titoli di credito*, Torino, 1938; *Saggi giuridici*, Milano, 1949; *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952; *Studi giuridici in tema di moneta*, Milano, 1952; *Studi in tema di interpretazione e di diritto comparato*, Milano, 1952; *Lezioni di diritto commerciale*, *Introduzione*, 2ª ed., Milano, 1954; *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955.

problema del metodo, o meglio, proprio attraverso l'assunzione di determinate premesse d'ordine solo apparentemente metodologo che da parte del giurista possono farsi valere determinate prese di posizione o determinate prospettive ideologico-valutative nell'ambito del processo di applicazione del diritto.[10]

Volendo esprimere, con una formula ispirata agli schemi ormai tradizionali del dibattito metodologico, la posizione dell'Ascarelli, si potrebbe dire che si tratta, in linea di massima, di una posizione caratterizzata, polemicamente, in senso chiaramente anticoncettualistico ed antiformalistico (posizioni, in realtà, non sempre ben considerate nella loro distinzione o nel loro rapporto); e diretta pertanto, positivamente, a rivendicare le esigenze del metodo che si intende comunemente come metodo causale e teleologico, sia nel momento della interpretazione che in quella della sistematica, o della dogmatica del diritto.[11]

[10] Questo, del resto, è un riconoscimento di cui l'Ascarelli è venuto assumendo sempre più chiara coscienza. Particolarmente esplicito e interessante in questo senso, è lo scritto, *Dispute metodologiche e contrasti di valutazione* (in *Riv. trim. proc. civ.*, 1953, pp. 115 ss., ora in *Saggi di dir. comm.*, cit., p. 457 ss.), dove, a proposito della stessa disputa tra giurisprudenza concettuale e giurisprudenza degli interessi, egli osserva che tale disputa non è solo «metodologica» ma «attiene invece a una diversa visione della realtà e, alla fine, a un diverso accento circa i vari e pur tutti perenni motivi del nostro pensiero. Proprio nei confronti della disputa apparentemente metodologica i concetti giuridici tornano a rivelarsi (appunto perché altrimenti sarebbero muti ai fini dell'applicazione del diritto) come attinenti a una ricostruzione tipologica della realtà sociale in funzione di orientamenti normativi, sì che riesce inevitabile l'influenza della valutazione personale dell'interprete», (pp. 116-117). V. pure a questo riguardo, con specifico riferimento a un problema giuridico concreto: *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie* (in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1953, 7, p. 478 ss., ora in *Saggi di dir. comm.*, cit., p 527 ss.).

[11] V. per questo la Prefazione, al vol. *Studi di diritto comparato…*, cit., e i saggi: *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, *ivi*, p. 55 ss.; *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione, ivi*, p. 165 ss.; *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 481 ss.; *Sul concetto di titolo di credito e sulla disciplina del titolo V, libro IV del nostro codice*, *ivi*, p. 567 ss., in particolare p. 572 ss.; *Premesse allo studio del diritto comparato*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 3 ss., in particolare p. 7 ss.

In altri termini, una posizione che pone l'accento, per quanto riguarda l'attività del giurista, sull'aspetto funzionale della norma o dell'istituto, considerati sempre come concetti storicamente condizionati, ovvero su quella che la «Interessenjurisprudenz» definiva come la valutazione comparativa degli interessi in contrasto operata nel momento della nomogenesi, rispetto all'indagine strettamente logico-strutturale, che nella ricerca giuridica pretende di procedere «concetto da concetto», e di risolvere su questa base ogni problema interpretativo o sistematico. Tutto questo inquadrato in una concezione dell'esperienza storica, ed in particolare dell'esperienza giuridica, che risente profondamente l'influenza dello storicismo immanentistico; peraltro, come vedremo, sempre più sviluppato, in epoca più recente, in un senso decisamente obbiettivo e realistico.[12]

In tal modo, però, si sarebbe detto ben poco, o per lo meno ben poco si sarebbe compreso della indubbia originalità e ricchezza di motivi che, nell'ambito di tale generale orientamento, caratterizzano le ricerche ed il processo di sviluppo delle riflessioni metodologiche dell'Ascarelli.

La documentazione di tale posizione dell'Ascarelli risulta peraltro dal seguito stesso della presente indagine. Come sarà illustrato meglio in seguito, gli orientamenti metodologici dell'Ascarelli sono influenzati profondamente, oltre che dalle correnti antiformalistiche continentali, anche dalle dottrine della giurisprudenza sociologica d'ispirazione anglosassone. Cfr. per questo avanti, nota ([36]).

12 I presupposti storicistici del pensiero dell'Ascarelli sono chiaramente avvertibili già fin dal saggio su *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato*, che è del 1925 (in *Archivio giuridico*, e ora in *Studi di diritto comparato…*, cit., p. 209 ss., in cui sono evidenti le influenze del neo-idealismo). Su questo v. peraltro subito avanti, p: 139 ss.

Per le modificazioni, peraltro non sostanziali, di tale impostazione di fondo della posizione dell'Ascarelli v. quanto è detto avanti a proposito dei suoi rapporti con le dottrine della giurisprudenza sociologica.

In realtà l'aspetto più notevole e interessante dei contributi di questo autore non consiste già o per lo meno non consiste solo nell'aver ribadite le prospettive e le esigenze di un orientamento genericamente antiformalistico; per quanto anche questo costituisca già un merito indubbio per un giurista nell'ambiente giuridico italiano, così diffidente verso qualsiasi infrazione dei dogmi del metodo tradizionale.

Esso consiste invece, a nostro avviso, anzitutto nel particolare processo di formazione e di svolgimento dei suoi orientamenti metodologici in rapporto alla più ampia situazione del pensiero giuridico-filosofico italiano nel periodo che va tra le due guerre; ed in secondo luogo nella accentuazione e nell'approfondimento, attraverso tale processo di sviluppo, di un aspetto del problema metodologico particolarmente trascurato, se non addirittura ignorato in Italia: aspetto che l'Ascarelli è venuto d'altronde costantemente applicando ed esemplificando nello svolgimento della sua specifica attività di tecnico del diritto.[13]

Per molti aspetti invero la posizione dell'Ascarelli è particolarmente interessante per quanto riguarda il processo di sviluppo del pensiero giuridico italiano, ed in particolare per quanto riguarda il suo processo di svincolamento dai presupposti e dai dogmi del positivismo giuridico, e in genere del purismo e del formalismo.

Interessante, anzitutto, già per lo stesso impegno e la stessa apertura di interessi culturali che hanno caratterizzato la sua attività fin dagli anni in cui più era marcato l'agnosticismo dei giuristi

[13] V. ad es. i saggi, *Sul concetto di titolo di credito…*, cit.; e *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, cit. Si può dire del resto che ogni studio giuridico dell'Ascarelli risenta dei suoi orientamenti metodologici, e che anzitutto sia in lui preminente il bisogno di impostare storicamente il problema giuridico (v. ad es. *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Saggi di dir. comm.*, cit., p. 36 ss. e *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, *ivi*, p. 7 ss.).

positivi; ma soprattutto per il fatto che, proprio in un determinato periodo della esperienza culturale dell'Ascarelli, si può trovare riflesso un tipico atteggiamento e una tipica situazione, che potremmo dire di transizione, del pensiero giuridico italiano in ordine al problema del metodo e in genere m ordine al problema dei rapporti tra filosofia del diritto e giurisprudenza: l'atteggiamento che si potrebbe definire della «doppia verità» nei confronti di tali problemi, ovvero, ci si conceda il termine, della «coesistenza» tra il punto di vista giuridico ed il punto di vista storico-filosofico in ordine a determinati problemi e argomenti di comune interesse.

È per questo motivo che uno dei primi scritti di questo autore in tale ordine di problemi – quello su «Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato»[14] – merita a nostro avviso un posto particolare nella letteratura ad esso contemporanea; anche in ragione del fatto che in esso è già chiaramente riscontrabile l'influenza, seppure condizionata, di un determinato punto di vista speculativo nei confronti di problemi che fino ad allora sembravano di stretta competenza dei giuristi.

Infatti il motivo centrale di questo saggio consisteva appunto nella esigenza di far proprie certe prospettive innovatrici del neo-idealismo, specie attualistico, in ordine alla natura e alla funzione dell'attività interpretativa ed allo stesso concetto della norma giuridica (le quali per certi aspetti, si avvicinavano, come è noto, alle tesi della giurisprudenza teleologica ed a quelle della scuola del libero diritto), ma di far salve nello stesso tempo le esigenze e le garanzie fondamentali dell'attività di ogni giurista che operi nei limiti di un ordinamento giuridico «precostituito», ossia astratto, positivo e vigente. E questo egli appunto cercava di ottenere mediante la postulazione di quello che abbiamo detto il criterio, o la

[14] V. Ascarelli, *Il problema delle lacune…*, cit. Citando questo saggio facciamo qui riferimento alla sua ristampa nel volume *Studi di diritto comparato…*, cit.

finzione, della doppia verità: uno valido per i giuristi ed uno valido per i filosofi del diritto; o comunque valido su di un piano giuridicamente irrilevante.[15]

Precisamente, a questa duplicazione l'Ascarelli giungeva muovendo da una parziale accettazione, in ordine al problema delle lacune – che appunto costituiva il tema specifico di questa ricerca – delle tesi a suo tempo avanzate dal Brunetti, secondo cui non sarebbe possibile parlare di lacune e quindi di incompletezza dell'ordinamento, se non ammettendo una chiara distinzione tra il concetto di ordinamento giuridico e il concetto di ordinamento legislativo in senso stretto.[16] Per suo conto peraltro precisando che, dato che in tal modo questo problema si riduce allo stesso problema delle fonti del diritto e precisamente a quello della rilevanza di una fonte diversa da quella statuale, il richiamo a tale fonte dev'essere pur sempre autorizzato da un esplicito richiamo del legislatore, giacché «l'accogliere differente soluzione, varrebbe quanto colpire e sminuire la sovranità dello Stato nel suo punto più geloso: la determinazione della legge che i suoi organi sono chiamati ad applicare»[17].

Su questa base – che già rivelava in certo modo il motivo di fondo della tesi dell'Ascarelli, che era di far luogo ad una concezione non strettamente giuridico-positiva e nello stesso tempo di mantenerne saldi i presupposti metodologici fondamentali – l'Ascarelli impostava la sua tesi in ordine al problema specifico delle lacune: e questo appunto inserendo nella trattazione dei motivi di chiara ispirazione neo-idealistica, sempre peraltro con il proposito di mantener fermi i principi del metodo giuridico-positivo. E la tesi era appunto questa: che il problema delle lacune, il quale implica di

[15] V. Ascarelli, *Il problema delle lacune…*, cit., p. 217.

[16] V. Ascarelli, *Il problema delle lacune…*, cit., p. 210 ss. Cfr. Brunetti, *Scritti giuridici vari*, vol. III, pp. 1-87; *L'asserita completezza dell'ordinamento giuridico*, Firenze, 1924.

[17] Ascarelli, *Il problema delle lacune…*, cit., p. 213. V. pure *ivi*, pp. 210-212.

necessità quello della completezza dell'ordinamento, dev'essere considerato mantenendo chiaramente distinti, appunto, i due punti di vista, a suo avviso non incompatibili reciprocamente: quello da lui chiamato «esegetico-dogmatico» e quello invece chiamato «storico-filosofico»[18]. (Termini questi ultimi, peraltro, non ulteriormente chiariti nella loro distinzione o nel loro rapporto). Per il primo, che è quello da cui deve muovere sempre in definitiva il giurista, l'oggetto della ricerca giuridica, ossia le norme giuridiche positive, non possono rimanere in sostanza che «postulate dal nostro spirito, come un oggetto, ad esso estraneo, sicché la indagine non può esser condotta che come una indagine naturalistica»[19]. Mentre per il secondo, quello storico-filosofico, il diritto si rivela nella sua costitutiva storicità, ovvero «come un momento del nostro spirito», dovendosi riconoscere che su questo piano, «il dualismo di soggetto ed oggetto riesce superato e l'ordinamento giuridico non viene più considerato come un dato esterno al nostro spirito»[20].

Dal che discenderebbe una duplice valutazione e una duplice risoluzione di alcuni tipici problemi di competenza del giurista; nel primo senso non essendo possibile considerare, ad esempio, l'ordinamento giuridico altro che alla luce del dogma della completezza, ogni problema derivante da lacune non risolubile che in termini di auto-integrazione dell'ordinamento, le costruzioni della dogmatica quali costruzioni o concetti naturalistici e la natura della interpretazione giuridica altro che come puramente «dichiarativa», cioè esplicativa di una virtualità puramente logica già implicita nelle norme o nel loro sistema.[21] Mentre nel secondo senso si dovrebbe riconoscere, al contrario, la costitutiva «apertura» e dinamicità dell'ordinamento, la natura «storica» dei concetti

[18] V. Ascarelli, *Il problema delle lacune…*, cit., p. 217 ss.

[19] Ascarelli, *Il problema delle lacune…*, cit., p. 217 ss.

[20] Ascarelli, *Il problema delle lacune…*, cit. p. 217 ss.

[21] V. Ascarelli, *Il problema delle lacune…*, cit. p. 219 ss.

giuridici, la necessità di un intervento etero-integrativo in ordine al problema delle lacune, e, in generale, la natura «creativa» dell'attività interpretativa, in conseguenza dello stesso congenito carattere di generalità e di astrattezza della norma, come tale incapace di adattarsi al caso concreto senza la mediazione sintetica e innovatrice dell'interprete.[22]

Che è distinzione ovvero duplicazione di punti di vista invero non troppo convincente, non essendo difficile obbiettare che la scelta tra questi due punti di vista si traduce necessariamente nella scelta di un determinato criterio metodologico e di una particolare tecnica interpretativa; scelta che non rimane senza conseguenze in ordine all'esito pratico e quindi anche giuridico della ricerca del giurista, e che assume un particolare rilievo proprio in ordine al problema delle lacune, ai rapporti tra interpretazione estensiva ed analogia e in genere ai rapporti tra interpretazione ed integrazione, nonché allo stesso modo di concepire i principi generali del diritto. Vale a dire che anche l'assunzione del punto di vista esegetico-dogmatico dipende, anche se in modo inconsapevole, dall'assunzione

[22] V. Ascarelli, *Il problema delle lacune…*, cit., p. 218 ss. Precisamente l'Ascarelli afferma: «Dal punto di vista storico e filosofico…, non può negarsi l'incompletezza dell'ordinamento legislativo, incompletezza che però si risolve non già nella completezza di un astratto ordinamento giuridico, ma nella concretezza della quotidiana vita giuridica. Basta considerare come la norma giuridica sia una norma astratta nel senso che a questo termine è dato dalla recente filosofia, una norma generale (e cioè né universale, né individuale) come pure comunemente si afferma, per giungere alla conclusione della sua incompletezza. Non può dirsi che è logicamente pensabile un diritto senza lacune, appunto perché è nella natura stessa della legge di essere astratta (cioè lacunosa). È da questo punto di vista che, come già si è notato, risulta giustificata la tesi dell'incompletezza dell'ordinamento giuridico.

«Ma dal punto di vista dogmatico le cose stanno diversamente: non è del resto su questo terreno che si sono mosse obbiezioni alla teoria tradizionale della completezza del diritto, che essa invece a questo terreno è sempre rimasta solidamente attaccata. E abbiamo difatti già notato come in termini giuridici le precedenti conclusioni non possono risolversi se non nell'affermazione di lacune *de jure condendo*, sia pure con significato profondamente diverso dal tradizionale», (pp. 218-19).

di un punto di vista sostanzialmente metagiuridico: quello che appunto concepisce l'ordinamento giuridico come un sistema logicamente autosufficiente, la norma giuridica come un giudizio logico, e che riduce, in genere, il concetto di esperienza giuridica a quello di ordinamento giuridico in senso stretto.[23]

Ma distinzione che peraltro, come abbiamo detto, è estremamente significativa, poiché rappresenta un passaggio veramente tipico e sintomatico del pensiero giuridico italiano, esprimendosi in essa forse per la prima volta, e attraverso l'esperienza di un giurista, il bisogno di far posto alla comprensione di certe esigenze ed orientamenti che esorbitavano dai limiti tradizionali della posizione giuridico-positiva ed in particolare del suo tradizionale agnosticismo, pur mantenendo impregiudicati i requisiti imprescindibili della obbiettività, della scientificità e quindi della certezza anche in ordine ai risultati della ricerca del giurista.

Tale esigenza di adeguamento della consapevolezza del giurista agli sviluppi del pensiero metodologico e più ampiamente alle esigenze ideologico-valutative della società a lui contemporanea – che importa anzitutto, ed esplicitamente, l'abbandono di tale dottrina della doppia verità e quindi il riconoscimento della impossibilità di distinguere tra la natura dichiarativa e la natura creativa della sua attività[24] – rappresenta appunto la nota dominante

[23] A questo proposito occorre peraltro notare che lo stesso Ascarelli, nel progressivo sviluppo del suo pensiero, ha esplicitamente riconosciuto l'impossibilità di mantenere tale duplicazione dei due punti di vista. Cfr. per questo la nota seguente. Per più ampie considerazioni in proposito v. ns. *I giudizi di valore…*, cit., p. 196 ss.

[24] Per questo superamento v. quanto afferma esplicitamente l'Ascarelli nel recente saggio *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, cit., p. 564, e nota (7), nel quale egli, ricordando il suo saggio del 1925 sul problema delle lacune, parla appunto di «sistema della doppia verità». E dichiara appunto di essersi convinto, in seguito, «riflettendo sull'argomento, leggendo (ecco i libri) quanto sul tema si è poi abbondantemente venuto scrivendo, vivendo (ecco la vita) una singolare esperienza di consulente giuridico all'estero… che quella dicotomia doveva essere abbandonata», (*ivi*, p. 564). V. pure esplicitamente in questo senso, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Saggi di dir. comm.*, cit., p. 491, nota (8).

dei successivi sviluppi delle riflessioni metodologiche dell'Ascarelli. Le quali sono infatti sempre più decisamente caratterizzate, in generale, dal bisogno di porre in rilievo l'imprescindibile pressione ed influenza di quelle che egli chiama, genericamente, le valutazioni dell'interprete (sia nel momento dell'interpretazione e dell'applicazione, che in quello della costruzione e della sistematica), ed in particolare dal bisogno di chiarire sempre meglio, nell'ambito del processo di applicazione del diritto, quello che egli chiama il momento della «ricostruzione tipologica della realtà» da parte del giurista. Che è il punto a nostro avviso forse più originale e interessante, anche se non chiarito e approfondito come meriterebbe; sul quale pertanto conviene soffermarci più attentamente.

Per intendere meglio l'importanza ed il significato del contributo dell'Ascarelli in questo senso, occorre peraltro tenere presente una caratteristica fondamentale di quella reazione antiformalistica che, seppure faticosamente, si è venuta manifestando anche nell'ambito della scienza giuridica italiana nel periodo intercorrente tra le due guerre.

Occorre tenere presente cioè, come abbiamo avuto modo di accennare ad altro riguardo, che tale reazione si è venuta manifestando presso di noi, fatta eccezione per il Romano, non già per spontanea iniziativa e convinzione degli stessi giuristi – com'è stato, ad esempio, in Francia, già con gli Geny, i Cruet, i Van der Eicken, i Duguit, oppure in Germania, con i Rümelin, gli Heck, gli Jsay, i Müller-Erzbach, o i Von Hippel e via dicendo[25] – quanto piuttosto per opera dei filosofi del diritto; e questo, d'altronde, più

[25] Cfr. a questo riguardo quanto è detto nella Introduzione, pp. 29 e 30, nota ([33]); per bibliografia al riguardo v. ns. *I giudizi di valore*…, cit., p. 6 nota ([24]).

come un fenomeno, per così dire, d'importazione e d'informazione, che come un contributo originale e diretto.[26]

L'unica eccezione a questo stato di cose, veramente notevole peraltro, fu quella del neo-idealismo, i cui presupposti gnoseologici ebbero in effetti delle importanti conseguenze sul piano del metodo e più ampiamente in ordine al problema della natura della giurisprudenza; e conseguenze, com'è ben noto, per molti aspetti decisamente caratterizzate in senso antiformalistico, sebbene in modo per molti aspetti contradditorio. Giacché, se da una parte esse rivendicavano il carattere storicistico e individualizzante dell'attività interpretativa, sottoponendo a una critica radicale la tesi sempre ricorrente del carattere sillogistico del ragionamento del giudice e del giurista, dall'altra, però, teorizzavano la natura classificatoria ed astratta dei concetti della dogmatica e per certi aspetti della teoria generale, così avallando la concezione della scienza giuridica come scienza naturalistica.[27]

Tali conseguenze in senso antiformalistico del neo-idealismo – occorre ancora e soprattutto notare – furono peraltro caratterizzate in un senso ben preciso ed univoco, che è facile a chiunque riconoscere appena si richiami alla situazione del pensiero giuridico-filosofico di quel tempo. Furono sviluppate cioè in un senso, per così dire, genericamente assiologico e spiritualistico, vale a dire come un richiamo dell'indagine del giurista verso i «valori» ideali, i moventi ed i fini spirituali ispiratori della norma o dell'istituzione, mentre rimaneva quasi completamente ignorato il richiamo alla situazione obbiettiva, di fatto, ai rapporti e alle strutture reali, ossia alle determinanti storico-sociologiche da cui si sviluppa e cui è condizionata la valutazione normativa.[28] Naturale conseguenza, del resto, di tutta la visione, e potremmo dire, di tutto il clima neo-

[26] Cfr. a questo proposito, Introduzione, p. 55 ss.

[27] Su questo aspetto del problema v. per tutti, Leoni, *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, cit., capp. II e III. Cfr. Introduzione, p. 60 ss., nota (71).

[28] V. Introduzione, pp. 60 ss., 73 e nota (90).

idealistico, in cui confluivano da una parte la concezione del processo storico come immanente processo di autoctisi spirituale o come ricorrente epifania delle forme spirituali, dall'altra la negazione di un vero carattere conoscitivo ai concetti scientifici e quindi a qualsiasi tentativo di ricostruzione empirico-sociologica della realtà sociale.[29]

Ora, la caratteristica e per molti aspetti il merito principale dei più recenti contributi dell'Ascarelli in tema di metodologia – cui non è certo estranea la sua esperienza in ambienti influenzati dalla cultura giuridico-filosofica anglosassone[30] – consiste proprio in una progressiva caratterizzazione delle istanze antiformalistiche già implicite nella sua accettazione, seppure condizionata, delle tesi neo-idealistiche, in un senso che potremmo appunto dire sempre più decisamente obbiettivo e realistico: vale a dire nel senso di quegli orientamenti che vanno comunemente compresi sotto l'insegna della giurisprudenza sociologica e, per certi aspetti, del realismo giuridico.[31] Che sono in effetti

[29] V. Introduzione, p. 58 ss., 64 e nota ([75]). Su questo aspetto del neo-idealismo v. Calogero, *Logica, gnoseologia, ontologia*, cit., pp. 60 ss., 165 ss.; da ultimo Garin, *Cronache di filosofia italiana*, cit., p. 241 ss.

[30] Alla importanza di questa esperienza accenna in effetti spesso anche esplicitamente lo stesso Ascarelli. V. ad es. nella *Prefazione* agli *Studi di diritto comparato…*, cit., p. XLVI ss. e soprattutto in *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Studi di dir. comm.*, cit., p. 165 ss., in particolare §§ 3 e 7. Una delle prime conseguenze di tale ampliamento della propria esperienza giuridica è la rinnovata attenzione per il diritto comparato, cui l'Ascarelli ha dedicato molti studi nel periodo più recente della sua attività. Cfr. per questo avanti, nota ([41]).

[31] Ciò risulta soprattutto evidente, come vedremo, nell'approfondimento di quel momento dell'attività del giurista che egli chiama della «ricostruzione tipologica della realtà». Accenni ed esemplificazioni per quanto riguarda questa preliminare necessità di «sociologizzare» e di rifarsi «ai fatti» da parte del giurista si possono trovare di continuo negli scritti dell'Ascarelli. («Lo studio dei fatti – egli afferma ad esempio nel saggio, notevolissimo, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in *Studi di dir. comp.*, cit., p. 55 ss. – è, sebbene insufficiente, indispensabile e lo è perché le categorie giuridiche importano una ricostruzione tipologica della realtà, attengono ai problemi di questa, sì che la norma riuscirà tanto più efficiente… quanto (sarà) più facile detta ricostruzione e identificazione», *ivi*, p. 56. Ma v. ancora a questo proposito, *Interpretazione del diritto e studio del dir. comp.*, cit., p. 495 ss.; *L'idea di codice nel*

orientamenti cui la scienza giuridica italiana è rimasta, per così dire, congenitamente estranea, essendo semmai più disposta a riconoscere l'importanza della componente teleologica ed assiologica, che non di quella causale e appunto sociologica della ricerca del giurista.

Il che, peraltro – è necessario subito notarlo – nell'esperienza dell'Ascarelli si è venuto affermando senza che egli sia mai venuto meno a quella che era e rimane la sua visione di fondo dell'esperienza giuridica: cioè una visione costitutivamente storica e dialettica, che concede assai poco ai presupposti di natura chiaramente positivistica, che sono appunto propri delle dottrine giuridico-sociologiche d'origine scandinava ed anglosassone, ossia alla tipica pretesa di tali correnti di considerare la semplice «fattualità» dell'esperienza giuridica come fonte diretta di valutazioni normative; in base alla ferma e ribadita convinzione che la cosiddetta «natura delle cose» o dei fatti (od anche dei comportamenti) è sempre «muta» senza la mediazione valutativa dell'interprete.[32]

Queste esigenze – che vengono sempre più accentuandosi negli scritti recenti dell'Ascarelli – non sono del resto che il naturale sviluppo della sua convinzione fondamentale per quanto riguarda la natura e la funzione dell'attività del giurista. Di quella convinzione, cioè, secondo la quale non è possibile considerare come sola componente di tale attività la ricerca intorno alla struttura logica

dir. priv., cit., § 3 e § 6; *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Saggi di dir. comm.*, cit., p. 130 ss., in particolare, p. 180 ss. Per tutto questo cfr. comunque avanti, nota (45).

32 «Lo studio dei fatti – afferma a questo proposito l'Ascarelli – è insufficiente appunto perché da essi non risulta mai una valutazione normativa e qualunque sociologismo non può mai di per sé dar direttamente luogo ad una valutazione normativa», (*Funzioni economiche e istituti giuridici…*, cit., p. 561). E ancora: «Natura dei fatti e autodeterminazioni dello stesso sistema precostituito non possono dare all'interprete la soluzione del suo dubbio, poiché, per quanto ne sia ovviamente preziosa la conoscenza, la realtà empirica rimarrà sempre muta nei riguardi di una sua valutazione, che presuppone la conoscenza della realtà, ma non ne può derivare», (*Studi di dir. comp.*, cit., *Prefazione*, p. XX).

Questa concezione dell'Ascarelli è naturalmente da mettersi in rapporto con il problema della valutazione dell'interprete, su cui v. avanti, alla fine del capitolo.

della norma o dell'istituto, ed alla loro deducibilità dal sistema concettuale delle definizioni contenute in quello che egli chiama il *corpus juris* costituito, in base al principio della continuità e della coerenza.[33] Che è indagine tipica, e d'altronde necessaria, nell'ambito dei sistemi giuridici di tipo continentale, caratterizzati dal principio della prevalenza della legge generale e astratta e dalla conseguente tendenza «razionalizzante» della relativa giurisprudenza, per la quale il giurista non può abbandonare il «punto di vista formale» per quanto attiene alla posizione della premessa maggiore della sua ricerca, inducendo a «presentare il suo ragionamento come meramente deduttivo» ed a seguire «la nota analogia con la matematica, sulla quale già richiamavano l'attenzione il Leibniz e il Grozio»[34].

In realtà, accanto alla posizione della premessa maggiore (la quale, si noti, dipende sempre in definitiva da una scelta, in cui già interviene una valutazione da parte dell'interprete), esiste un altro

[33] Cfr. Ascarelli, *Dispute metodologiche…*, cit., p. 574 ss.; *Funzioni economiche e istituti giuridici…,* cit., p. 58 ss.; *Interpretazione del diritto e studio del dir. comp.*, cit., p. 482 ss. «Le norme vengono poste in relazione alle esigenze… della vita consociata e non in via di sviluppo logico da assiomi prestabiliti; la loro spiegazione si trova sul terreno della storia e non su quello dell'armonia logica», (*ivi*, p. 482). Cfr., pure, *ivi*, p. 499, nota, p. 500 ss.; *L'idea di codice…*, cit., p. 188 ss.

[34] Cfr. Ascarelli, *Funzioni economiche e istituti giuridici…*, cit., p. 61. Tale tendenza è in stretto rapporto con quel principio della «continuità» e della «coerenza» che è imprescindibile nell'attività del giurista nell'ambito degli ordinamenti di tipo «chiuso». E tale esigenza «… impone all'interprete di presentare la sua norma come implicita in quella interpretata». Conseguenza che peraltro «non costituisce e non può costituire una fotografica ricostruzione del dato o un mero sviluppo di conseguenze logicamente necessario: costituisce sempre, nel necessario sviluppo e nella quotidiana applicazione, un suo riconoscimento», (*Studi di dir. comp.*, cit., *Prefazione*, p. XXIX).

problema: quello, per volersi attenere all'improprio schema sillogistico, della posizione della premessa minore; ovvero il problema che riguarda non tanto la ricognizione della portata della fattispecie astratta, quanto invece la identificazione e ricostruzione di quegli elementi, pur sempre tipici e schematici, ma peraltro reali o sociologici, cui la stessa definizione giuridica rinvia, in conseguenza della sua stessa incapacità di autodefinirsi o autointegrarsi autonomamente.[35] In altri termini, discende dalla convinzione, in primo luogo che il sistema delle definizioni giuridiche, così come è posto dal legislatore, non è mai autosufficiente, nel senso che la specificazione della legge, pur potendo talvolta escludere il riferimento a una determinata realtà extra-giuridica, non può in definitiva non far capo a una determinata «tipologia della realtà sociale», (ad esempio, definendo la sentenza, la legge può sancire che è la pronuncia di un terzo, sennonché, per precisare la portata di tale definizione, occorre rifarsi al concetto extra-giuridico, cioè non definito giuridicamente, di terzo e così a quello di pronuncia, ed eventualmente a quello di interesse[36]). Ed in

[35] Cfr. Ascarelli, *Interpretazione del diritto e studio del dir. comp.*, cit., p. 500 ss.; *Il concetto di titolo di credito…*, cit., p. 575 ss.: «I concetti che attengono a una ricostruzione tipologica della realtà ai fini dell'applicabilità della normativa non possono per loro natura mai essere pienamente definiti nel sistema giuridico… Per il fatto stesso invero di riferirsi a schemi tipici della realtà è esclusa in via generale una loro compiuta definibilità. Si potrà, nel definire la cambiale, cominciare, in via d'esempio, dal far capo allo schema «pezzo di carta» e «sottoscrizione» e, per definire ulteriormente «pezzo di carta», potrà richiamarsi «cellulosa», e nel definire «cellulosa» potrà nuovamente farsi capo a un ulteriore richiamo… si raggiungerà sempre un limite che segna il termine della definizione normativa e che importa la identificazione dello schema tipico prescelto attraverso la valutazione sociale e così alla fine attraverso la *communis opinio* interpretativa», (*Sul concetto di titolo di credito*, cit., pp. 576-577).

[36] Questo concetto della non autosufficienza del sistema della definizione normativa, che si chiarisce sempre meglio negli studi più recenti dell'Ascarelli, è particolarmente interessante, in quanto, ci sembra, è proprio in tal senso che può esser meglio di tutto impostato il problema della validità del raffronto fra positivismo logico e scienza giuridica. (Aspetto che però l'Ascarelli non avverte).

L'interpretazione intesa quale analisi del linguaggio legislativo non può mai considerarsi autosufficiente, in quanto in definitiva l'interprete, facendo tale operazione, deve appunto avanzare delle valutazioni integrative del linguaggio

secondo luogo dalla conseguente constatazione che sia i concetti giuridici di carattere formale (propri della teoria generale), sia i concetti classificatori, costitutivi in sostanza delle norme (propri della dogmatica o sistematica), sono in sostanza «muti» quando si tratti appunto di identificare la fattispecie concreta (reale o ipotizzata, ma comunque, si badi bene, sempre *species facti*, ossia tipica) cui la fattispecie legale finisce per rinviare necessariamente.[37]

Di conseguenza il compito del giurista, se deve essere anzitutto quello della migliore intelligenza del *corpus juris* costituito, ovvero del sistema delle norme positive vigenti, che costituisce la premessa del suo lavoro, non può certo limitarsi solo a questo, giacché il suo problema fondamentale è proprio di uscire dal circolo chiuso di quelle che si potrebbero chiamare le auto-definizioni legislative per accostarsi alla realtà cui esse rinviano. E questo – occorre notare, sebbene nell'Ascarelli non risulti ben chiaro – sia nel momento della ricognizione storica della norma, che già richiede una ricostruzione tipica degli elementi sociologici inclusi nel suo linguaggio astratto

legislativo, che gli impongono di rifarsi alle valutazioni sociali dell'ambiente in cui egli opera; e prima di tutto all'uso «comune» o corrente del linguaggio.

È interessante constatare come questo problema sia stato chiaramente intravisto da uno dei più lucidi interpreti del positivismo logico, il Von Mises, il quale infatti osserva che «il diritto vigente in uno stato è fissato principalmente in un sistema di norme che possiede una speciale forma linguistica sciolta dall'evoluzione linguistica generale. Si può vedere un compito essenziale della giurisprudenza nel continuo passaggio dal linguaggio artificiale della legge a quello vivo comune facendo ricorso ad altre norme non espressamente formulate e perciò oscillanti in ogni senso». Sicché si può arguire che anche per questo aspetto «il commento della legge, che costituisce il lavoro principale del giurista pratico, non è affatto un processo puramente logico». (*Manuale di critica scientifica e filosofia*, Milano, 1950, p. 503). Per ulteriori considerazioni in ordine a tale problema, specie con riferimento al problema dei rapporti fra linguaggio giuridico e linguaggio comune, v. ns. *I giudizi di valore…*, cit., pp. 207-210.

37 Cfr. Ascarelli, *Studi di dir. comp…*, cit., *Prefazione*, p. XXXI ss.; *Funzioni economiche e istituti giuridici…*, cit., p. 58 ss.; *Interpretazione del diritto e studio del dir. com.*, cit., p. 482 ss.

e ipotetico, sia, ulteriormente, quando, di fronte al caso concreto, si tratti di rilevare non solo gli estremi tipologici della fattispecie legale, ma anche quelli propri appunto della fattispecie reale, per procedere a quell'atto sintetico della qualificazione giuridica della realtà che rappresenta il momento centrale, e in realtà così poco studiato, della vita del diritto.

Tutto questo significa che il giurista deve procedere, oltre che all'analisi logico-strutturale della definizione normativa, in rapporto alla sua deducibilità del sistema, anche all'analisi funzionale dell'istituto, cioè in rapporto alla sua effettiva funzione nella realtà storica, passando dal momento normativo al momento storico-sociologico della sua ricerca.

Ricerca che anzitutto s'impone in conseguenza di quel fenomeno semplice ma inesorabile del trascorrere del tempo che incide sempre nel momento della applicazione del diritto; il quale è particolarmente avvertibile in periodi di rapida evoluzione sociale e soprattutto di rapida trasformazione del sistema di produzione, com'è caratteristico della situazione, specialmente italiana, nella quale deve operare il giurista.[38] E s'impone precisamente come

[38] Sulla particolare situazione che s'impone all'interprete attualmente l'Ascarelli richiama di continuo l'attenzione, soprattutto per quanto riguarda la rapida trasformazione del sistema di produzione, caratterizzato dalla produzione di massa, dal fenomeno delle società per azioni, della frammentazione della proprietà in moltissimi azionisti, del distacco del concetto astratto di proprietà da quello di controllo della proprietà stessa. Tutto questo in un sistema giuridico, come quello italiano, caratterizzato in sostanza da un concetto quiritario della proprietà.

A tale visione del resto sono improntate tutte le ricerche specifiche dell'Ascarelli in tema di diritto commerciale, e specialmente in tema di società per azioni, titoli di credito, ecc. Vale a dire alla necessità di comprendere le nuove strutture e funzioni della produzione e della organizzazione dell'economia, e di «costruire» per certi aspetti, seppure in funzione della «continuità», le nuove categorie normative. Che è poi l'esperienza giuridica specifica che ha evidentemente sollecitate le sue riflessioni in questo senso. Cfr. Ascarelli, *Funzioni economiche e istituti giuridici…*, cit.; *Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società*, in *Saggi di dir. comm.*, cit., p. 219 ss.; *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, *ivi*, p. 7 ss.; *Il codice civile e la sua «vigenza»*, *ivi*, p. 461 ss.; *Economia di massa e statistica giudiziaria*, *ivi*, p.

problema del rapporto tra le funzioni economiche e gli istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione, quale necessaria indagine in ordine alla modificazione funzionale della materia o dei rapporti regolati, e quindi della effettiva funzione dell'istituto, al fine di accertarne l'eventuale modificazione o divergenza, cioè la diversa funzione rispetto a quella originariamente ipotizzata dalla norma.[39] In altri termini, onde porre in grado di valutare i dogmi giuridici alla luce della effettiva funzionalità dei rapporti e degli istituti sociali, e soprattutto degli istituti economici che essi disciplinano, e così di valutare e soddisfare le nuove esigenze ideologiche e le nuove situazioni di fatto che si vengono ponendo nel corso dell'applicazione del diritto.

Pertanto è già in funzione di questa fondamentale esigenza – particolarmente avvertibile nei paesi dominati dalla tradizione romanistica – che si rende sempre più necessario richiamare il giurista alla considerazione storica e sociologica, ossia alla funzione effettivamente svolta dall'istituto nella realtà di un luogo e di un'epoca determinata. Considerazione per la quale il giurista formalista di formazione continentale nutre un'avversione tanto più ingiustificata quanto più di fatto essa risulta operante e determinante nella sua concreta attività, ancorché egli non sia o non voglia dimostrarsene

521 ss.; *Proprietà e controllo della ricchezza*, in *Studi di dir. comp.*, cit., p. 293 ss.

[39] Questo è appunto il concetto svolto fondamentalmente nel saggio, assai notevole, *Funzioni economiche e istituti giuridici…*, cit.: «Non sarà possibile intendere un istituto giuridico senza rendersi conto della funzione che è destinato a compiere, né valutarlo criticamente senza rendersi conto della funzione effettivamente compiuta», *ivi*, p. 59. «Qualunque sistema giuridico nella varietà degli elementi diversi e contrastanti che lo compongono e che lo sforzo dell'interprete mira a ordinare in un sistema coerente, rappresenta sempre, entro certi limiti, uno schema tramandato – seppure a volte da pochi anni – che si contrappone a una realtà perennemente mutevole. C'è perciò sempre una certa tensione tra qualunque sistema giuridico dato e la realtà sociale, perciò tra qualunque sistema giuridico dato e la sua effettiva applicazione, tra la struttura e la funzione tipica, da un lato, e la sua funzione reale effettiva dall'altro», (*ivi*, pp. 55-56).

consapevole.[40] Ed a tale compito si dimostra altamente utile e necessario lo studio del diritto comparato,[41] che per certi aspetti si configura come una vera e propria forma d'indagine giuridico-sociologica, poiché su questo piano la conoscenza degli istituti in rapporto alla loro reale struttura e alla loro effettiva funzione sociale non ha un diretto carattere normativo – com'è quello dell'attività di chi interpreta un diritto storicamente vigente in vista della sua diretta applicazione – ma un carattere invece informativo, essendo intesa ad ampliare l'esperienza del giurista «non solo nei riguardi di condizioni che, rispetto a un criterio scelto come metro, possono dirsi più arretrate, ma anche rispetto a condizioni che, in funzione dello stesso metro, possono dirsi più progredite»[42]. In quanto insomma permette all'interprete di rendersi meglio conto della relatività e della storicità dei propri dogmi e concetti, ossia di quelle «premesse» giuridiche che egli è portato a considerare appunto come dei dogmi o dei principi immutabili, quasi di «ragione naturale», mentre in realtà essi sono in diretto rapporto con la struttura e gli orientamenti reali del proprio ambiente, e vengono d'altronde continuamente modificati e innovati ai fini della applicazione del diritto.[43]

---

[40] Cfr. Ascarelli, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, in *Studi di dir. comp.*, cit., p. 41 ss.; *ivi*, *Prefazione*, p. XI ss.

[41] Allo studio del diritto comparato, come abbiamo già accennato, ed al richiamo della sua utilità per la formazione mentale dei giuristi, l'Ascarelli ha dedicato sempre più spesso la sua attenzione nel periodo susseguente alla seconda guerra. Ed anche questo atteggiamento è da vedere in rapporto alla sua esperienza fuori dell'ambiente giuridico continentale, e da inserire in tutto il suo orientamento antiformalistico e storicistico. V. dell'Ascarelli a questo proposito *Studi di diritto comparato…*, cit., *Prefazione*, p. 11 ss.; *Premesse allo studio del diritto comparato*, *ivi*, p. 3 ss.; *La funzione del diruto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, cit., *Osservazioni di diritto comparato italo-brasiliano*, *ivi*, p. 81 ss., in particolare § 2; *Diritto dell'America latina e dottrina italiana*, *ivi*, p. 155 ss.; *Interpretazione del diritto e studio del dir. comp.*, cit., in particolare p. 503 ss.

[42] Cfr. Ascarelli, *Interpretazione del diritto e studio del dir. comp.*, cit., p. 503 ss.; *Studi di diritto comparato…*, cit., *Prefazione*, p. X ss.

[43] Cfr. Ascarelli, *Interpretazione del diritto e studio del dir. comp.*, cit. p. 503. In sostanza il diritto comparato deve proprio concepirsi come «esperienza»: «esperienza giuridica in un ambito più vasto di quello segnato dalla sovranità dei

Tale rilievo della effettiva funzione storico-sociologica dell'istituto rispetto alla sua originaria, nonché astratta definizione normativa, ed il conseguente richiamo del giurista allo studio dei «fatti» ai fini della conoscenza e della applicazione del diritto non si dimostrano peraltro necessari, come potrebbe sembrare, solo di fronte a problemi giuridici derivanti da situazioni, per così dire, emergenti e in certo senso eccezionali e patologiche della vita del diritto. Vale a dire quando si tratti di risolvere un problema di applicazione derivante dalla costitutiva «staticità», oltre che dalla costitutiva «astrattezza» dell'ordinamento, e quindi dalla eventuale sfasatura storico-cronologica intercorrente tra la disciplina giuridica originaria di un istituto e la sua effettiva funzione in un successivo momento. (Che è il problema dell'effettività, considerato dal punto di vista della tecnica del giurista[44]).

In realtà, sebbene ciò non risulti sempre del tutto chiaro nel pensiero dell'Ascarelli, tale rilievo e tale necessità si mostrano necessari anche per quanto riguarda la natura e la funzione, per così dire, «normali» della attività del giurista, dimodoché quello della «ricostruzione tipologica della realtà» rappresenta un momento costitutivo e imprescindibile della tecnica giuridica, che incide così

vari stati. Esso perciò permette a ciascun giurista di essere cosciente della storicità delle proprie categorie. Coscienza «storica» che appunto permette all'interprete di cogliere una serie di premesse dei propri concetti e delle proprie categorie (e della stessa sua tecnica dell'interpretazione) delle quali altrimenti è incosciente perché la mancanza di una più vasta esperienza lo induce a ritenere costanti e universali fenomeni o credenze storicamente determinate», (*ivi*, pp. 503-504).

[44] Problema dell'effettività che in effetti è sempre presente, potremmo dire come il substrato fondamentale degli orientamenti metodologici dell'Ascarelli. E soprattutto evidente nel concetto della «funzionalità» degli istituti giuridici in rapporto alle strutture economiche cui si riferiscono, e in genere nello stesso concetto fondamentale della «ricostruzione tipologica della realtà» da parte del giurista, su cui v. subito avanti nel testo.

direttamente sul problema della natura e della funzione dell'attività del giurista.[45]

«In ultima analisi – afferma esplicitamente l'Ascarelli a questo riguardo – una normativa non ha senso se non attraverso il ricorso a una ricostruzione tipologica della realtà sociale; ogni sistema di norme e di sanzioni mette pur sempre capo ad una disciplina di una serie di situazioni tipiche della realtà; qualunque normativa non è mai chiusa in se stessa ma si traduce in una serie di situazioni che non possono mai essere compiutamente definite normativamente…; sicché la definizione normativa di una categoria non ha luogo che con ricorso ad altre categorie tipologiche, poi non definite, né, proprio data la necessità di applicazione (essa) può chiudersi in un sistema circolare»[46]. E ancora: «richiamandosi per la sua applicazione a tipiche ricostruzioni della realtà (sociale, psicologica, fisica) la normativa finisce per richiamarsi alla ricostruzione di questa da parte dell'interprete che sarà chiamato, seppure ricollegandosi al concetto tipico al quale ha fatto storicamente ricorso la norma, a far capo a quell'ordinamento tipico della realtà che più sembri consono con la portata della norma, che realmente egli pone e che così viene collegata con quella posta»[47].

Ciò significa che in definitiva esiste sempre un vuoto, uno *hiatus*, tra la definizione normativa e la situazione o il rapporto reale cui essa si riferisce e cui deve essere applicata; uno *hiatus*,

[45] Tale concetto è stato sviluppato e approfondito soprattutto in periodi più recenti della attività dell'Ascarelli, ed è per molti aspetti la conferma della progressiva caratterizzazione del suo antiformalismo in senso sociologico e realistico. Di tale concetto si possono ritrovare accenni e svolgimenti in molti scritti appunto recenti dell'Ascarelli. V. *Interpretazione del diritto e studio del dir. comp.*, cit., p. 483 ss.; *Dispute metodologiche…*, cit.; *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Saggi di dir. comm.*, cit., p. 182 ss.; *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, cit., p. 535 ss.; *Sul concetto di titolo di credito…*, cit., p. 574 ss.

[46] Ascarelli, *Interpretazione del diritto e studio del dir. comp.*, cit., p. 499, nota.

[47] Ascarelli, *Interpretazione del diritto e studio del dir. comp.*, cit., p. 500, nota.

ovvero, meglio, una costitutiva e inevitabile inadeguatezza che riguarda non solo, come comunemente s'intende, la ricostruzione o il rivivimento della *ratio* normativa, quale indagine relativa ai «principi» o ai valori ispiratori di una determinata disposizione legislativa, ma anche la identificazione e ricostruzione di quegli estremi sociologici o di fatto, cui essa si riferisce concretamente. E tale vuoto è appunto compito del giurista, oltre che del giudice, di colmare, attraverso uno studio attento della realtà sociale, che appunto gli consenta di chiarire o, se vogliamo, di costruire, sebbene sempre tipicamente, quei concetti giuridico-sociologici che sono indispensabili quanto la ricerca dei principi per giungere all'atto conclusivo della qualificazione giuridica del «caso», cioè alla «costruzione» della fattispecie concreta. E questo non solo in quelle ipotesi tipiche in cui il linguaggio legislativo contiene un diretto rinvio alla valutazione sociale, o meglio, alla valutazione dell'interprete – come la diligenza del buon padre di famiglia, il buon costume, l'ordine pubblico, e via dicendo – ma pure in ogni ipotesi normativa, la quale, in definitiva, non può non rinviare a una determinata situazione tipica della realtà, (vita, morte, bisogno, interesse, dichiarazione ecc.) e quindi, anche per questo aspetto, ad una valutazione da parte dell'interprete.[48]

Le conseguenze di tali orientamenti e ricerche dell'Ascarelli in tema di metodo – i quali, ripetiamo, trovano esplicita e continua conferma nello svolgimento della sua attività di giurista – non restano limitati in un ambito strettamente tecnico.

Quel che forse più conta infatti, dal nostro punto di vista, è che attraverso tali riflessioni e tali ricerche l'Ascarelli è condotto a porre sempre più in evidenza la rilevanza di quelle che appunto egli stesso chiama, come già abbiamo visto, le valutazioni del giurista nel momento della conoscenza e della applicazione del diritto, contro

[48] Per il problema delle valutazioni dell'interprete come conseguenza dello stesso concetto di «ricostruzione tipologica della realtà», v. subito avanti nel testo, e nota ([49]).

la pretesa sempre ricorrente, e tanto radicata e diffusa, di concepire la validità dei risultati della sua ricerca alla stregua di una astratta validità scientifica ed obbiettiva, corrispondente alla altrettanto astratta scientifica indifferenza che dovrebbe caratterizzare il suo atteggiamento.[49]

[49] I riferimenti dell'Ascarelli, riferimenti peraltro, come appunto diciamo nel testo, che rimangono sempre non molto precisati nel loro significato, sono frequentissimi nei suoi scritti metodologici. Un esempio di tale intervento di apprezzamenti interpretativi, che spiegano, con tale loro natura, la stessa «evoluzione» della giurisprudenza (la quale, se considerata in base alla pretesa della certezza e della obbiettività del risultato interpretativo, dovrebbe ridursi a «una serie di errori») è dato dall'Ascarelli nel saggio *Dispute metodologiche…*, cit., con riferimento a una sua specifica esperienza di giurista, e precisamente al tema della limitazione alla circolazione delle azioni, che vale la pena di riportare: «Nel 1931 – egli dice – esaminando sistematicamente l'argomento, aderivo ad una giurisprudenza della Cassazione che aveva ammesso la possibilità di introdurre detti limiti anche in sede di modificazione statutaria. Tornando poi in argomento nel 1943 e poi nel 1949 e nel 1950, invece sostenevo che non è possibile introdurre limiti alla circolazione delle azioni fuor che nello statuto originario, mentre in sede di modificazione statutaria la deliberazione, ove non concerna nuove azioni da emettersi, deve essere presa col voto unanime favorevole di tutti gli azionisti, essendo altrimenti annullabile ex 2377 (v. *Studi in tema di società*, Milano, 1952, pp. 108, 233 e 258, richiamando l'attenzione sul mio mutamento di pensiero). Perché il mutamento? Lo ho indicato anche nella prefazione al mio volume ora citato. Nel 1931 ero preoccupato di quello che allora si chiamava il pericolo delle «scalate»: era questo pericolo quello che in Francia e in Italia (e ricordo ancora il mio Maestro, Vivante, del quale proprio metodologicamente oso dirmi discepolo) aveva spinto ad emettere le azioni a voto plurimo. Chi, come Sraffa, vi era contrario proponeva d'altra parte una soluzione forse anche più grave: la possibilità per l'assemblea di deliberare la riserva delle nuove azioni, nell'aumento di capitolo, solo ad un gruppo determinato. D'altra parte si era ancora in un periodo (prova l'evoluzione della legislazione francese) nel quale l'attenzione si svolgeva sul necessario rafforzamento della maggioranza nei riguardi delle modificazioni statutarie. La tutela della minoranza cominciava solo allora ad essere studiata sistematicamente (lo studio di Carnelutti è del '26, i miei del '30, quello di Ferri del '34, del '28 il volume del David e del '34 quello di Gaillard) e spesso pensando proprio alla «minoranza» del capitale azionario e tentando di configurare istituzionalmente l'interesse sociale.

«Tornando (dopo 12 anni) in Italia, con molta acqua passata sotto i miei ponti, ho avuto un'impressione non diversa da quella esposta da De Maria al convegno

E a questo riguardo va senz'altro riconosciuto all'Ascarelli il merito di aver richiamato l'attenzione e di aver resa esplicita una conseguenza che, pur essendo sempre stata latente nei vari orientamenti teleologici e in genere antiformalistici, non è però mai stata studiata e posta nella giusta evidenza anche dai suoi maggiori esponenti.[50] Che è

torinese dei costi industriali o da Eric Johnson su Fortune: rigidità della struttura economica e accentuata concentrazione del controllo; mi è sembrato che mancasse nella struttura economica e, a volte, nella dottrina un po' di quell'aria fresca che entra dalle finestre aperte. Sono rimasto, confesso, un po' sorpreso nel leggere in ogni corso pagine acute sulla esatta posizione giuridica degli artigiani e nel vedere comparativamente trascurata la *holding*. E allora, riprendendo a studiare i temi della società, l'accento mi è venuto spontaneo verso la tutela di quella minoranza che è ormai spesso la maggioranza del capitale azionario e mi è venuto fatto di introdurre una distinzione che arieggia, nella società per azioni, quella tra potere costituente e potere legislativo e di ristudiare l'interesse sociale in funzione non solo dell'interesse della società, ma dei diversi interessi dei diversi gruppi di soci e di approvare allora (proprio su questa rivista) una sentenza della Cassazione che, quasi simultaneamente, Antonio Scialoja, in una vivace nota, proclamava poco meno che assurda e di studiare, in lavori in corso di stampa, le partecipazioni sociali reciproche, nuovamente i consorzi, le *holding*. La mia eterodossia sembra tuttavia non dare troppo scandalo e un commercialista dell'equilibro di Ferri ha recentemente ripreso, anzi accentuato, alcune mie tesi. Vere o false? Avevo ragione nel '31 o nel '50, quanto ai limiti della circolabilità delle azioni? Aveva ragione Scialoja o l'ho io circa la possibilità di una deliberazione di aumento di capitale… per profittare dell'impossibilità del gruppo fuori di controllo di concorrervi? Oso dire soluzioni tutte «vere» (se si vuole usare questo aggettivo) in relazione alle diverse premesse poste, in quanto compatibili (è qui il limite dell'interprete) col sistema costituito, ma pure diverse appunto perché il sistema è ricostruibile ponendo l'accento più in qua o più in là e chi pone l'accento è appunto l'interprete secondo le sue valutazioni. Scetticismo? Eppure scetticismo non è, ma forse il contrario. Ché (… smontiamo da cavallo) tutti i raffinamenti logicistici non ci permetteranno mai di costruire quel numero di passaggi logici che portano dalle più elementari premesse fino al calcolo infinitesimale. Con tutto il necessario e opportuno raffinamento della logica saremo sempre ricondotti dalle soluzioni argomentate, e con un numero relativamente scarso di passaggi, ad alcune valutazioni donde prendiamo le mosse». (*Ivi*, pp. 477-478).

50 Per un adeguato esame del problema della interpretazione giuridica nella letteratura tedesca, francese e italiana con riferimento al problema specifico della natura del giudizio interpretativo v. ns. *I giudizi di valore…*, cit., pp. 62-71, in particolare, per la bibliografia, p. 63 nota (24). Con riferimento alla dottrina pura

merito tanto maggiore in quanto su questo aspetto del problema l'Ascarelli ha richiamato l'attenzione già fin dagli anni in cui più diffusa, e diremmo più pacifica era la convinzione che l'attività del giurista non possa condurre che a dei risultati obbiettivamente validi e scientificamente incontroversi. Giacché, pure nei limiti di quel criterio della doppia verità di cui abbiamo parlato diffusamente all'inizio, l'intervento delle valutazioni dell'interprete e la negazione del carattere puramente dichiarativo e ricognitivo della sua attività era abbastanza chiaramente intuito nel saggio ricordato sul problema delle lacune del 1925.[51]

Riconosciuto questo, è però altrettanto doveroso riconoscere che le osservazioni dell'Ascarelli in questo senso restano sempre su di un piano abbastanza generico, e che comunque esse non vengono svolte e approfondite analiticamente, così come in effetti meriterebbe l'importanza dell'argomento.

Gli spunti, gli accenni, le esplicite affermazioni sul problema delle valutazioni dell'interprete sono invero assai frequenti presso questo autore, specie nei suoi scritti più recenti in proposito, per cui non vi è dubbio che egli abbia avvertito chiaramente l'importanza del problema. Resta però il fatto che lo stesso concetto di «valutazione» riferito all'intervento del giurista e in generale all'attività dell'interprete, è in fondo più affermato che dimostrato;[52] e che, in primo luogo, non viene posto in chiaro

del diritto, sempre in ordine a tale problema, v. pure *ivi*, pp. 56 ss., 276 ss.

[51] Cfr. Ascarelli, *Il problema delle lacune…*, cit., pp. 221 ss., 224 ss. In questo saggio il problema è visto essenzialmente in rapporto alla natura «creativa» che, dal punto di vista storico-filosofico, come abbiamo visto, non può non assumere l'attività del giurista. Creatività che, evidentemente, si traduce nella possibilità, anzi nella necessità di un intervento valutativo di questo soggetto; giacché «attraverso l'interpretazione appunto acquisteranno rilevanza, e quale rilevanza, tutti quegli elementi, dalla consuetudine alla equità, che la legge sembrava aver banditi dal campo delle fonti del diritto», (*ivi*, p. 223).

[52] Più affermato che dimostrato in quanto, come appunto diciamo subito avanti nel testo, il problema delle valutazioni dell'interprete, pure assumendo una rilevanza sempre maggiore nel pensiero dell'Ascarelli, non viene considerato in base a un preliminare necessario chiarimento, sia della distinzione tra i diversi tipi

quello che a tale proposito è il problema, e per certi aspetti la difficoltà fondamentale: ossia che, quando si parla di valutazioni interpretative, non si tratta di valutazioni strettamente soggettive, relative alla personalità individuale del soggetto interpretante; poiché in questo caso si finirebbe per arrivare alla conclusione del soggettivismo interpretativo e del mero «decisionismo», convergendo per certi aspetti verso le tesi del Kelsen in ordine al problema della interpretazione. Tesi in netto ed esplicito contrasto con quelle dell'Ascarelli, che sono orientate in effetti in un senso del tutto diverso, in quanto non ammettono quella frattura fra scienza giuridica e interpretazione da cui appunto dipende in ultima analisi la visione del Kelsen, e sono d'altronde ambientate in una visione profondamente storicistica dell'esperienza giuridica, ed in una concezione storicistica ed obbiettiva, o meglio storico-sociologica degli stessi valori, e quindi delle valutazioni normative di cui appunto si deve fare interprete il giurista.[53]

Mentre, per quanto riguarda l'ulteriore approfondimento del problema, si deve ancora notare che esso non viene esaminato in rapporto ai vari momenti ed aspetti dell'attività del giurista, in cui appunto le sue valutazioni possono assumere un ruolo più o meno

di giudizio (e soprattutto tra i giudizi di realtà o di fatto e i giudizi di valore) sia con riferimento ai diversi momenti in cui si esplica l'attività del giurista.

[53] Per riferimenti dell'Ascarelli al problema dell'interpretazione, come impostato dal Kelsen, v. *Studi di diritto comparato…*, cit., *Prefazione*, p. XXVII, nota, dove appunto è fatto rilevare che «l'orientamento del Kelsen trova il suo limite proprio nell'attività dell'interprete, poiché il sistema kelseniano riesce per definizione muto nei riguardi di qualunque dubbio interpretativo». Che poi significa, com'è appunto ben noto, che per il Kelsen, operata la ricognizione di «tutti i possibili significati» della «cornice» astratta della norma, l'interprete sceglie, in base a un criterio puramente soggettivo quel significato che meglio gli aggradi, conferendo al proprio atto un carattere decisamente politico-emozionale. (Cfr. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1925, cap. VI; *Science and politics*, in *American Political Sciences Review*, tradotto in italiano in *Rivista di Filosofia*, 1951, p. 353 ss.

Per un approfondimento di questo specifico problema v. ns. *I giudizi di valore…*, cit., p. 274 ss.

rilevante. E che di conseguenza lo stesso concetto di «ricostruzione tipologica della realtà» non riesce ad avere il necessario chiarimento. Il che dipende, a nostro avviso, da quella che, come abbiamo già notato, è una delle lacune più notevoli nell'ambito della teoria generale e della filosofia del diritto: ossia dalla mancanza di un analitico chiarimento, dal punto di vista logico e gnoseologico, del problema complessivo della applicazione del diritto, nei suoi diversi aspetti e momenti; in base al quale soltanto, in effetti, sarebbe appunto possibile considerare nella giusta prospettiva il problema della natura dell'attività mentale o, se vogliamo, del ragionamento del giurista, nonché di quella del giudice (per quello che essi hanno in comune). E quindi impostare anche il problema delle valutazioni che sono implicate in tale attività.

Problema che, evidentemente, per quello che riguarda in particolare l'attività del giurista in quanto distinta da quella del giudice, dovrebbe essere considerato con riferimento sia al momento della teoria generale, sia a quello della dogmatica e sistematica, sia a quello della interpretazione; peraltro tenendosi sempre presente che si tratta di attività convergenti, sia pure con caratteri e funzioni diverse, appunto verso un unico scopo: l'applicazione, mediata o immediata, reale o ipotizzata, del diritto al fatto.

Il che, per quanto riguarda in particolare le indagini dell'Ascarelli in ordine al momento della «ricostruzione tipologica della realtà» e del conseguente intervento di valutazioni da parte dell'interprete, porterebbe a chiarire anzitutto che esse riguardano un momento limitato e parziale di quel complesso di atti conoscitivi e valutativi che riguardano appunto l'attività del giurista, come dogmatico e come interprete; e che, d'altra parte, per essere inteso nella sua vera portata, esso dovrebbe andare studiato anche in rapporto alla attività del giudice, e soprattutto in rapporto all'atto complesso della qualificazione giuridica, in cui avviene la vera sintesi tra la norma ed il fatto: dalla prima dovendosi ricavare la massima di decisione adatta al caso concreto, e da questo dovendosi ritagliare, per così dire, gli estremi tipici (o se vogliamo tipologici), che

valgono appunto per la sua qualificazione.[54]

Così ponendosi in rilievo, oltretutto, la necessità di sottoporre a una revisione la tesi, in fondo ormai tradizionale, della applicazione come atto storicistico e individualizzante.

[54] Questo è in effetti un problema su cui sarebbe necessaria e fruttuosa un'accurata indagine. Per un orientamento in merito è particolarmente interessante il saggio del Cammarata, *Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica*, Tolentino, 1929. Di questo autore v. pure, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, cit., dove è appunto preso in particolare considerazione il problema della qualificazione giuridica. V. pure a questo proposito Cesarini Sforza, *Fatto e diritto*, in *Boll. Ist. Fil. d. dir. Univ. Roma*, II, 1944, p. 153 ss.; Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., cap. sui «Giudizi giuridici».

Capitolo Quarto

Emilio Betti e il problema dell'interpretazione

Sommario: *Premessa*. – Importanza e continuità del problema dell'interpretazione nell'attività scientifica del Betti. Delimitazione della presente indagine. – I fondamenti gnoseologici e speculativi della teoria generale dell'interpretazione del Betti: Il problema e l'antinomia fondamentale del problema ermeneutico. – Conseguenze di tale impostazione in ordine al problema della interpretazione giuridica. – Natura e funzione dell'interpretazione giuridica. – Rapporti tra interpretazione e integrazione del diritto. – Il problema delle lacune. – Sviluppi della teoria generale della interpretazione in ordine al problema della «deontologia» o metodologia ermeneutica. Canoni fondamentali della interpretazione in generale. E loro puntuale corrispondenza nell'ambito della interpretazione giuridica. – Conseguenze di tali canoni in ordine al problema della tecnica interpretativa e in rapporto al «Methodenstreit». Il criterio della «valutazione comparativa degli interessi». – Valutazione critica della trattazione del Betti, *a)* In rapporto alla impostazione generale. – *b)* Con particolare riguardo al problema della validità dei valori. – *c)* In rapporto alle conseguenze di tale impostazione sul problema specifico della interpretazione giuridica. – Il problema della interpretazione giuridica come problema del giudizio interpretativo.

È evidente che parlando dei problemi del metodo e relativi, in genere, alla natura e funzione della giurisprudenza – di cui quello della interpretazione è senza dubbio il più tipico e rilevante – non è certo possibile prescindere dalla testimonianza di un altro insigne giurista italiano, Emilio Betti, cui l'ampiezza degli interessi scientifici e insieme la ricchezza e profondità del temperamento speculativo conferiscono un ruolo per molti aspetti eccezionale nell'odierno panorama della nostra scienza del diritto.

Certo, in questa sede, non è possibile esaminare complessivamente, nella sua vastità veramente inconsueta, l'attività di questo insigne giurista, la quale spazia, com'è noto a tutti i cultori delle scienze giuridiche, dal campo romanistico a quello del diritto processuale, a quello del diritto civile e commerciale, a quello della teoria generale del diritto.[1]

Quel che ci proponiamo di fare, e che d'altra parte più si giustifica nell'ordine di interessi di questo lavoro, è di soffermarci su quell'aspetto del lavoro del Betti in cui si è potuta meglio rivelare la sua veramente notevole personalità speculativa; ed al quale si può dire d'altronde egli abbia dedicato lo sforzo più continuo e coerente della propria attività di studioso. Vogliamo riferirci appunto a quel problema dell'interpretazione, che rappresenta per molti aspetti il tessuto connettivo, l'implicito elemento di continuità che salda, anche per la sua stessa natura, i vari e diversi aspetti della sua specifica attività di tecnico del diritto.[2]

[1] L'attività scientifica di Emilio Betti inizia, com'è noto, dal campo romanistico, ma viene poi spaziando, con pari autorevolezza, in altri vari campi della scienza giuridica. Data la mole veramente imponente della sua produzione non è qui possibile, e d'altronde non è necessario per l'economia e i limiti della nostra indagine, dare una bibliografia completa di questo Autore. Ci limitiamo pertanto, nella nota seguente, ad indicare gli scritti che trattano specificamente dei problemi relativi all'interpretazione.

[2] Lo stesso Betti, nella prefazione alla recentissima *Teoria generale dell'interpretazione* (2 voll., Milano, 1955), dichiara esser stato il problema della interpretazione un motivo costantemente presente alla sua attenzione: dalla prolusione tenuta a Milano nel 1927 sulla *Hermeneutica juris nella indagine storica sul diritto*, pubblicata sotto il titolo *Methode und Wert des heutigen Studiums des römischen Rechts* anche nella *Tijdschr. voor Rechtsgesch.*, XV, 1937, pp. 137-147), passando, nel 1943, al problema gnoseologico della interpretazione (pubblicato sotto il titolo *Posizione dello spirito rispetto all' oggettività*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1949, pp. 1-38), che poi costituisce i «Prolegomeni» della *Teoria generale…* Del 1948 è il contributo *Ergänzende Fortsbildung als Aufgabe der richterlichen Gesetzauslegung* (in *Festschrijt für L. Raape*, Hamburg, 1948, pp. 379-399) e dello stesso anno l'importante saggio su *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, «una sorta di manifesto ermeneutico», come da lui stesso definito, edito subito come opuscolo a sé stante e poi pubblicato in *Riv. it. per le scienz. giur.*, 1948, pp. 34-86, il quale contiene in appendice una già definita partizione sistematica della teoria

In effetti non è certo casuale la preferenza, e potremmo dire l'amore sempre più chiaramente dimostrati dal Betti per il problema dell'interpretazione. Preferenza per cui su questo problema egli è venuto concentrando lo sforzo per molti aspetti più impegnativo della propria attività di quest'ultimo decennio, e che gli ha consentito la completa, puntuale realizzazione del programma di lavoro già da lui analiticamente delineata in appendice all'importante saggio sulle «Categorie civilistiche dell'interpretazione»,[3] che già contiene le linee principali del futuro svolgimento, ed ora offerto agli studiosi

generale dell'interpretazione, poi riprodotta, con leggere variazioni, come premessa all'indice dell'importante lavoro *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, che tratta ampiamente la teoria generale e la dogmatica della interpretazione giuridica (ed ora costituisce il cap. VIII della *Teoria generale…*). Singoli problemi ermeneutici sono trattati poi in altri saggi: *Forma e sostanza della interpretatio prudentium* (in *Atti del Congresso di storia del diritto*, Verona, 1951, II, pp. 103-120); *Stile del diritto* (recensione a *Vom Stil des Rechts*, del Triepel, in *Annuario di diritto comparato*, 25, 1950, pp. 318-322); *Jurisprudenz und Rechtsgeschichte vor dem Problem der Auslegung* (conferenza pubblicata in *Archiv. f. Rechts u. Sozialphilosophie*, 40, 1952, pp. 354-74), *Probleme der Übersetzung und der Nachbildenden Auslegung* (conferenza pubblicata in *Deutsche Vierteljahreschrift f. Literaturwiss. u. Geistesgesch*., 27, 1953, pp. 489-508). Ma anche in altre indagini «dedicate a temi speciali di storia del diritto – dichiara lo stesso Betti – fu dato all'A. di mettere a profitto il livello di consapevolezza raggiunto con l'approfondimento della teoria ermeneutica» (*Teoria generale dell'interpretazione*, cit., *Prefazione*, p. VIII).

Per una diligente e ampia esposizione dello svolgimento del pensiero del Betti in tema di interpretazione v. De Francisci, *Emilio Betti e i suoi studi intorno all'interpretazione*, in *Riv. it. per le sc. giur.*, 1951, pp. 1-49.

Per maggiori ragguagli su tale svolgimento si veda, del Betti, *Notazioni autobiografiche*, Padova, 1952.

È superfluo ricordare come i contributi del Betti in tema d'interpretazione facciano quasi testo in Italia sull'argomento, e specialmente la monografia *Interpretazione della legge…*, cit., che costituisce la trattazione più seguita e citata sul problema.

[3] V. Betti, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, cit., pp. 86-90. Questo programma fu anche poi riprodotto, con qualche variazione, come premessa all'indice del volume *Interpretazione della legge…,* cit., pp. VI-X.

nei due recenti volumi della «Teoria generale dell'interpretazione»[4]. Che è opera veramente imponente – sebbene appesantita da certa greve sistematicità di tipo tedesco – la quale non trova forse riscontro nella nostra letteratura giuridica ed anche filosofica dell'ultimo cinquantennio.

Non casuale, abbiamo detto, questa preferenza, giacché si può in effetti dire che non vi è forse problema, come quello della interpretazione, che per la sua natura e per le sue conseguenze più direttamente solleciti l'impegno e la sensibilità metagiuridica del giurista, e che, come attività giuridica che dà luogo a risultati giuridicamente rilevanti, ponga meglio in evidenza l'inevitabile implicazione tra l'aspetto tecnico e l'aspetto ideologico-valutativo della sua ricerca. Così come, per l'inverso, non vi è forse giurista in Italia, come il Betti, in cui sia così evidente e consapevolmente avvertita l'esigenza di impostare e risolvere i problemi tendenzialmente anche più tecnici della propria competenza alla luce di una più ampia, comprensiva visione dell'esperienza, ed in particolare di una più ampia comprensiva visione dei problemi e delle esigenze della vita del diritto.

E infatti, a nostro avviso, il primo, fondamentale merito del Betti, per quanto riguarda il problema dell'interpretazione giuridica, (del quale qui, ovviamente, soprattutto ci occuperemo, pur richiamandoci quando sarà necessario ad altri spunti e motivi della «Teoria generale…»[5]) è appunto di averlo chiaramente inteso

[4] V. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*. Quest'opera è divisa in due volumi; nel primo sono particolarmente importanti, dal nostro punto di vista, i *Prolegomeni a una teoria generale dell'interpretazione*, e i capp. I, II, III e IV; del secondo il cap. VII, che tratta in generale della interpretazione giuridica. Nel corso della nostra indagine terremo soprattutto presenti quest'opera, la monografia *Interpretazione della legge…*, cit., e il saggio *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, cit.

[5] Tale limitazione del problema è facilmente comprensibile, dato l'ordine d'interessi in cui gravita il nostro lavoro. È chiaro però che, per la stessa ampia impostazione che il Betti ha dato al problema ermeneutico, anche il problema specifico della interpretazione giuridica dovrà esser considerato da noi nei suoi presupposti gnoseologici e speculativi.

fin dall'inizio come un problema la cui trattazione dev'essere pienamente impostata sia sullo sfondo di una complessiva unitaria visione dei fondamentali problemi della gnoseologia e della assiologia, sia, in particolare, in base ad un'organica trattazione della specifica problematica ermeneutica; le cui linee principali, infatti, sebbene abbiano ricevuto una definitiva sistemazione solo nella recente «Teoria generale…», erano già ampiamente tracciate, come abbiamo detto, nel saggio già ricordato sulle «Categorie civilistiche dell'interpretazione»[6].

Sulla base di questa impostazione fondamentale, che come vedremo esercita direttamente la sua influenza su ogni aspetto della problematica ermeneutica, due sono gli ordini di argomenti sui quali sembra più opportuno fermare l'attenzione, sia perché più direttamente interessano il problema specifico dell'interpretazione giuridica, sia perché se ne possono trarre gli spunti problematici più ricchi di sviluppi e più interessanti. Essi riguardano, in primo luogo quella che possiamo chiamare la teoria generale dei valori, così com'è impostata dal Betti, con riguardo particolare alla presunta «oggettività» dei valori e alla concreta attività del soggetto valutante; in secondo luogo i criteri di distinzione e i rapporti che, su questa base, vengono istituiti tra interpretazione cosiddetta in funzione ricognitiva, o storica, e interpretazione cosiddetta in funzione normativa, di cui la interpretazione giuridica è la sottospecie più importante[7].

[6] V. nota ([3]).

[7] Tale distinzione, su cui torneremo più specificamente in seguito, è ampiamente trattata nel volume I della *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., capp. IV e IX. Un terzo tipo di interpretazione, intermedio fra questi due, è peraltro rappresentato dalla «interpretazione in funzione riproduttiva» o «rappresentativa», che comprende la interpretazione «transitiva» (traduzione), la interpretazione drammatica e quella musicale. Il tipo di interpretazione in funzione meramente ricognitiva comprende: 1) l'interpretazione filosofica; 2) l'interpretazione storica; 3) l'interpretazione tecnica in funzione storica.

Il tipo di interpretazione in funzione normativa contiene, oltre alla interpretazione giuridica, l'interpretazione teologica e l'interpretazione psicologica in funzione pratica. Del carattere normativo della interpretazione giuridica il Betti aveva peraltro già ampiamente trattato in *Interpretazione della legge…*, cit., cap. I.

Sui criteri di distinzione tra i diversi tipi di interpretazione sarà trattato nel corso della esposizione. In particolare v. pp. 179-183.

Subordinatamente però a questi temi centrali, con riguardo a quella che il Betti chiama la «deontologia ermeneutica», cioè, più semplicemente, la metodologia interpretativa, sono di particolare interesse i rapporti tra quello che ancora lo stesso Betti chiama il «canone dell'adeguazione» e quello che egli chiama il «canone dell'attualità dell'intendere»[8]. Problemi tutti, come vedremo, che sono ognuno in stretto rapporto di implicazione e di condizionamento, ed in ordine ai quali si possono cogliere più sintomaticamente i riflessi della impostazione generale dell'argomento.

Come abbiamo detto, tutta la problematica del Betti relativa all'interpretazione giuridica appare anzitutto esplicitamente condizionata da una più ampia concezione della realtà storica, e conseguentemente dell'esperienza giuridica. L'ispirazione fondamentale di questa concezione, che, come vedremo, fa risentire le sue conseguenze sul problema ermeneutico in generale e su quello della interpretazione giuridica in particolare, risale chiaramente ai presupposti speculativi dell'idealismo che possiamo dire genericamente romantico. Una visione pertanto profondamente storicistica e dialettica del reale, seppure come vedremo, non del tutto lineare nei suoi presupposti dottrinali, e, a ben guardare, non compiutamente immanentistica, anche perché integrata da più recenti apporti culturali, sempre d'ispirazione germanica, che ad essa,

[8] Per il chiarimento di tali canoni, connessi alla metodologia generale ermeneutica, aventi cioè validità per ogni tipo di interpretazione, v. quanto sarà detto avanti, pp. 181-183, in rapporto alla loro applicazione alla interpretazione giuridica. Di essi il Betti aveva ampiamente trattato già nel saggio *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, cit., p. 44 ss.

a dire il vero, si possono adattare assai difficilmente.[9]

Nell'ambito di tale visione d'assieme del processo storico, concepito, secondo i presupposti dello storicismo dialettico, quale processo di realizzazione od epifania dello spirito – che il Betti intende peraltro forse più nel senso della Kultursoziologie che in quello della Phenomenologie des Geistes, avvertendo l'attrazione ma anche il bisogno della distinzione rispetto alle suggestioni del panlogismo hegeliano[10] – il centro d'interesse specifico del Betti è appunto costituito dalla problematica della fenomenologia dello spirito; considerata peraltro dal punto di vista della metodologia della conoscenza storica, ed in particolare dal punto di vista della metodologia interpretativa o ermeneutica. La quale consiste sostanzialmente nel problema della posizione del soggetto conoscente e valutante rispetto a quelle «forme rappresentative», secondo la terminologia del Betti, in cui appunto la vita dello spirito si obbiettivizza concretamente, lasciando per così dire, la propria impronta nella realtà,[11] sia attraverso la c. d. riproduzione tecnica,

[9] Ci riferiamo alla introduzione, nell'ambito della trattazione della teoria generale dei valori, impostata dal Betti, come vedremo, in base ad una accettazione delle tesi del neo-kantismo della scuola sud-occidentale (Windelband e Richert, che il B. peraltro non sostiene), delle tesi proprie della scuola fenomenologica (v. *Teoria generale dell'interpretazione*, cit. p. 1, p. 5 ss., 9 ss., 11 ss.). Per l'approfondimento di questo punto v. comunque quanto sarà detto più avanti, in sede di valutazione critica del problema.

[10] Per questo aspetto del problema v. quanto sarà detto avanti, p. 191 ss., e alle note ([44]), ([45]), ([46]), ([51]), ([53]), ([54]), ([55]).

[11] Il concetto di «forma rappresentativa» è fondamentale per la trattazione del problema ermeneutico del Betti. Sebbene nel problema dell'intendere debba andare preliminarmente chiarito, come presupposto fondamentale, che ciò che appunto si tratta di intendere è distinto e diverso dal segno o documento che ce ne certifica – sempre simbolicamente e suggestivamente – l'esistenza ed il senso, ciononpertanto è necessario decisamente mantenere sempre fermo questo punto e cioè «che l'interpretazione non può darsi se non in presenza di una forma rappresentativa». Nella quale espressione la parola «forma» va intesa nel senso lato «di rapporto unitario di elementi sensibili idoneo a serbare l'impronta di chi l'ha foggiato o di chi lo incarna (ad es.: il viso di una persona) e la qualifica di funzione «rappresentativa» va intesa nel senso che attraverso la forma debba

comprendente in sostanza tutti i prodotti della attività espressiva o estetica, sia attraverso le creazioni proprie dell'ethos o del costume, vale a dire attraverso la creazione di quelle che con il termine più ampio possiamo chiamare le istituzioni normative,[12] in quanto dirette a rappresentare e prescrivere un comando, ovvero uno schema di azione o di comportamento.

Su questa base il problema ermeneutico (il quale, sarebbe stato opportuno chiarirlo, non è che un aspetto del problema generale della conoscenza, e della conoscenza «storica» in particolare, in quanto tale, come vedremo, connesso direttamente al problema del giudizio) si pone come il problema di quella che il Betti definisce «la posizione dello spirito rispetto all'oggettività»[13]. Rispetto a

rendersi a noi riconoscibile facendo appello alla nostra sensibilità e intelligenza, un *altro spirito* diverso dal nostro e tuttavia intimamente affine al nostro» (*Teoria generale…*, cit., p. 62). Cfr. ancora, *ivi*, par. 7-a; *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, cit., p. 36 ss. S'intende che una simile concezione della forma rappresentativa e quindi del problema estetico e semantico, è chiaramente impostata in base a una visione spiritualistica della realtà, e a un deciso rigetto delle dottrine ispirate a quella che il Betti chiama la «concezione naturalistica», ivi includendo le più recenti indagini del positivismo logico (con particolare riguardo alle ricerche del Morris; cfr. *Teoria generale…*, cit., p. 78 ss.). Su ciò v. avanti, p. 190.

[12] Il concetto di «istituzione normativa» non è peraltro chiaramente enunciato dal Betti, per quanto se ne possa ricavare l'indicazione dalla distinzione fra interpretazione in funzione ricognitiva e interpretazione in funzione normativa; la seconda ponendo il problema di un «intendere per agire» (*Teoria generale…*, cit., par. 53), che rinvia evidentemente a una diversa struttura della relativa forma rappresentativa. Questo mancato chiarimento è da vedere in rapporto al mancato chiarimento, che notiamo nel testo, circa il momento costitutivo della normatività in genere, e della normatività giuridica in specie.

[13] Tale infatti è, come abbiamo visto, il titolo del saggio pubblicato nel 1948 nella *Riv. int. Fil. dir.*, pp. 1-38, che ora costituisce i *Prolegomeni* della *Teoria generale…* (Cfr. pure *Le categorie civilistiche…*, cit., p. 35 ss.). La posizione dello spirito rispetto alla oggettività dei valori, ossia alla oggettività ideale «che costituisce il presupposto dell'esperienza, e cioè l'insieme di quelle che con termine kantiano si direbbero le «condizioni della sua possibilità» (*Teoria generale…*, cit., p. 5), costituisce evidentemente il problema pregiudiziale e nello stesso tempo fondamentale della teoria ermeneutica. Esso implica infatti, sia il

quell'oggettività, ben s'intende, che è costituita dalla fenomenologia dei valori, od oggettività eidetica, che appunto il soggetto, come interprete, deve «apprendere», «ricreare» o «rivivere», in funzione ricognitiva o in funzione normativa, mediante lo stimolo evocatore delle forme rappresentative, nelle quali l'attività spirituale si viene, per così dire, depositando.[14] Fermo restando, è chiaro, che tale problema è condizionato a quello pregiudiziale della creazione o posizione dei valori, cioè del momento costitutivo della normatività morale e giuridica; che peraltro il Betti, inesplicabilmente, non tratta se non in forma assertoria ed estremamente generica, con non

problema della validità dei valori, sia quello del loro rapporto con la concreta coscienza valutante, sia quindi quello della possibilità d'intendere i valori stessi come atto spirituale obbiettivato, appunto, in una forma rappresentativa. Sulla difficoltà della impostazione del Betti al riguardo, v. avanti, p. 187 ss.

[14] Cfr. Betti, *Teoria generale…*, cit., § 5, 6, 9, e in particolare il § 17 (p. 314), che tratta del canone o criterio della «attualità» dell'intendere. Tale criterio o canone ci sembra infatti fondamentale, e per certi aspetti più comprensivo e universale rispetto agli altri; in quanto il concetto della interpretazione come «rivivimento», che presuppone appunto il canone della attualità dell'intendere (per il quale «l'interprete è chiamato a ripercorrere in se stesso il processo genetico, e così a ricostruire dal di dentro e a risolvere ogni volta nella propria attualità un pensiero, un'esperienza di vita…», *Teoria generale…*, cit., p. 314), è connaturato alla impostazione pregiudiziale di tutto il problema dei valori in senso spiritualistico, che è tipica del Betti. La comprensione dei valori attraverso la mediazione della forma rappresentativa che costituisce il problema della interpretazione, è possibile, in altri termini, solo in base al presupposto che tra uno spirito e l'altro vi sia una «congenialità assiologica», ossia una sostanziale identità di struttura della coscienza valutativa, che appunto si manifesta nel principio della attualità dell'intendere.

Per i rapporti di tale concetto del «rivivimento» ermeneutico con la posizione crociana, e la non esatta valutazione del Betti al riguardo, v. avanti, in sede di valutazione critica del problema.

trascurabili conseguenze, come vedremo, anche sul piano ermeneutico.[15]

Comunque, il problema centrale dell'interpretazione è appunto in questo: cioè in questo bisogno imprescindibile di ricreare ed intendere il processo spirituale che nelle forme rappresentative si è obbiettivamente realizzato; e precisamente si configura in sostanza come una «inversione» del processo creativo, caratterizzato dalla necessità della sua trasposizione in una soggettività diversa da quella originaria, che deve obbedire alla duplice esigenza, per certi aspetti antinomica e che costituisce il punto centrale della problematica ermeneutica, della oggettività, come massima aderenza al valore espressivo della forma che si tratta d'intendere, e della soggettività, come partecipazione «attuale» dell'interprete e come sua capacità «di risalire ad un grado di consapevolezza che ad esso si adegui»[16]. Capacità di comprensione e di adeguamento che, peraltro – e qui si introduce il motivo più problematico della trattazione del Betti – si mostrano possibili in virtù di quella fondamentale struttura assiologica, oltre che teoretica, dello spirito, come partecipe della validità incondizionata ed assoluta dei valori, che per il Betti costituisce in certo senso un assunto,

[15] In effetti, come abbiamo già accennato, il Betti si pone dal punto di vista della «riproduzione rappresentativa» della fenomenologia assiologica, e non da quello della sua produzione. Questo si spiega evidentemente, dato che appunto il problema del Betti è quello della interpretazione, ossia di una attività spirituale riflessa, che si sviluppa in vista di uno stimolo originario ad essa inizialmente estraneo, e poi fatto proprio.

Ciò non toglie, però, che il problema della posizione dei valori, o se vogliamo della loro esistenza, sia pregiudiziale, e che di fatto il Betti lo ponga in certo senso dogmaticamente, postulando una coscienza assiologica unitaria (che fa pensare alla «coscienza normale» del Windelband), che peraltro, come vedremo meglio in seguito, non si comprende se abbia natura formale (come «condizione a priori» della valutazione) oppure sostanziale (come effettiva presenza e immanenza alla coscienza di determinati criteri valutativi). Su tutto questo v. comunque avanti, p. 190 ss.

[16] V. Betti, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, cit., p. 42; In *Interpretazione della legge…*, cit., pp. 17 ss.; *Teoria generale…*, cit., pp. 72 ss., 136 ss., §§ 18, 53*b*.

e vorremmo dire un dogma fondamentale; in cui convergono da una parte gli apporti della critica kantiana, estesa anche alla sfera della vita pratica, cioè al mondo della volontà e dell'azione, dall'altra quelli della fenomenologia husserliana e scheleriana; in una sintesi, come vedremo, non molto persuasiva e, ci sembra, assai difficilmente sostenibile teoreticamente.[17]

Ma lasciando per ora da parte le difficoltà e le riserve di fondo in ordine a quella che può considerarsi come la teoria generale dei valori propria del Betti (difficoltà che peraltro, e lo vedremo, non restano senza conseguenze nei confronti delle stesse indagini ermeneutiche particolari), ciò che conviene subito rilevare sono gli sviluppi di tale impostazione generale del problema ermeneutico per quanto riguarda il problema specifico della esperienza e della interpretazione giuridica.

In effetti, sebbene, come abbiamo detto, manchi nel Betti una specifica indagine in ordine alla genesi, alla struttura e alla funzione della normatività giuridica nell'ambito dei più ampi processi normativi che costituiscono il tessuto obbiettivo dell'umana convivenza, si può ben dire che tutta la trattazione del Betti in ordine al problema della interpretazione giuridica sia direttamente e consapevolmente condizionato da quell'ampia visione storicistica e dialettica del reale come continuo processo di realizzazioni spirituali e di situazioni valutative che costituisce, come abbiamo visto, lo sfondo di tutta la sua trattazione del problema ermeneutico.

Si potrebbe anzi dire che per il Betti ogni passaggio tecnico, ogni singola figura della problematica interpretativa, così come essa si è ormai consolidata nella letteratura tradizionale, venga impostata e risolta, per così dire, di slancio, e in certo modo quasi senza difficoltà, proprio in virtù dello sfondo speculativo su cui essa è ritagliata; e precisamente proprio in conseguenza di una visione

[17] Cfr. nota ([15]). Per l'approfondimento di questo punto v. avanti p. 191 e nt. ([53])

dell'esperienza giuridica come «totalità in fieri», come inesauribile processo di realizzazione spirituale, che, attraverso la continua posizione di nuove esigenze assiologiche e di nuove situazioni di fatto (due aspetti in realtà, di un medesimo processo, la cui dialettica reale, bisogna notarlo, il Betti lascia completamente inesplorata, rimanendo in sostanza su posizioni genericamente spiritualistiche[18]) di continuo supera le proprie parziali obbiettivazioni normative. Una concezione pertanto estremamente dinamica e «aperta» dell'esperienza giuridica, la quale, anche per quanto riguarda i sistemi giuridici di tipo chiuso o continentale, pone subito in chiara evidenza come il dogma della «completezza» e della chiusura dell'ordinamento, caposaldo metodologico della attività di coloro che debbono conoscere ed applicare il diritto, debba venire inteso appunto come un dogma, o meglio, come una finzione operativa, come un concetto-limite, valido come punto di riferimento per le operazioni che, nel suo ambito, il giurista deve svolgere; peraltro di fatto continuamente superandolo nel momento dell'applicazione del diritto, di cui l'atto interpretativo – e questa è un'altra diretta conseguenza dell'impostazione del Betti – è un momento necessariamente integrante.[19]

[18] Vogliamo dire che il Betti, nell'indagare il processo storico, accentra l'attenzione più sulla fenomenologia dei valori che non sulla dialettica delle situazioni e strutture reali cui questa è condizionata. Conseguentemente, del resto, con tutta la sua visione dell'esperienza storica.

[19] A proposito del problema della «completezza», la posizione del Betti è quanto mai esplicita, e in diretta polemica con la posizione dei «positivisti del diritto» che partendo dal presupposto, non dimostrato, «di una pretesa completezza logica del diritto positivo… e postulando a «chiusura» di questa una norma complementare di generale «esclusione» d'altre limitazioni (*Interpretazione della legge…*, cit., p. 201), scambiano tale completezza logica per una «sua pretesa universalità» e la intendono non già come «un'esigenza e un risultato tendenziale del processo interpretativo, ma il suo presupposte e punto di partenza» (*Interpretazione della legge…*, cit., p. 43). In realtà la presunta «completezza logica» dell'ordinamento non è un punto di partenza, ma semmai un «risultato» e un «punto di arrivo» del processo interpretativo». (*Interpretazione della legge…*, cit., pp. 44-45). Ché anzi, un più attento esame del fenomeno storico e sociologico induce a riconoscere che non si tratta di completezza, ma di «coerenza» (per la quale la «completezza» è solo una meta ideale, mai raggiunta e

Pertanto, l'atto ermeneutico, nelle varie ipotesi o figure tecniche che esso assume nell'ambito dell'interpretazione giuridica, si viene configurando decisamente come un atto di natura sostanzialmente creativa; non già nel senso, ben s'intende, che esso dia luogo ad atti che «innovano nel mondo giuridico»[20] (in cui consiste l'equivoco che a tale proposito si trascina ancora nell'ambito della letteratura sull'interpretazione, come conseguenza del mancato profondimento della struttura e natura del giudizio interpretativo), ma nel duplice senso che per suo mezzo si realizza sia la sintesi dinamica tra l'astrattezza della legge e la concretezza della situazione storica da qualificare giuridicamente (e questo in ogni ipotesi o figura interpretativa, anche in quella che riguarda la cosiddetta *interpretatio in claris*, sia l'adeguamento della legge, di per sé statica e immobilizzante, alla storicità e mobilità dell'esperienza giuridica. Che sono infatti le due esigenze – a ben guardare non sempre

che «non si tratta di universalità come si pretende, ma di una totalità spirituale, nella quale è insita una virtualità che eccede e sorpassa le singole manifestazioni, e pone all'interprete, qui come altrove, l'esigenza di una integrazione e di un ulteriore dispiegamento» (*Interpretazione della legge…*, cit., p. 203. Cfr. *Le categorie civilistiche…*, cit., p. 62 ss.; *Teoria generale…*, cit., § 62).

Per le conseguenze di tale veduta in ordine al problema dei rapporti tra interpretazione e integrazione v. avanti, nota ([23]).

[20] Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., p. 47 ss. Il carattere «creativo» della interpretazione giuridica discende del resto necessariamente dal fatto che l'interprete esercita una attività di collaborazione sulla quale fa affidamento la stessa dichiarazione legislativa (*ivi*, p. 47).

Il vero problema non consiste già nel chiedersi se l'interpretazione integrativa di norme lacunose «abbia carattere di creazione originaria e indipendente», ma invece «derivata, secondaria e complementare» (*ivi*, p. 48). E così impostata, la questione «dev'essere risolta nel secondo senso dell'alternativa» (*ibidem*). Il che non toglie però che tale attività non abbia una funzione produttrice di «valutazioni» e «apprezzamenti» interpretativi. Sul problema di tale «apprezzamento» v. quanto sarà detto avanti, in sede di valutazione critica.

considerate nella loro distinzione anche nella letteratura più recente ed approfondita sull'argomento – alle quali deve fondamentalmente soddisfare l'interprete.[21]

Ora, è da questo fondamentale presupposto, unitamente a quello più strettamente gnoseologico dell'atto interpretativo come atto «ricreativo»[22], che discende una prima importante conseguenza, la quale incide già in modo notevole sul piano tecnico, o per lo meno sul piano della specifica metodologia giuridico-interpretativa. Ne discende cioè il preciso rigetto di quella separazione tra interpretazione e integrazione del diritto, e quindi, in particolare, tra interpretazione estensiva ed analogia, che è una delle tesi più tipiche della posizione dogmatico-positiva in tema di interpretazione giuridica. Che è tesi in effetti sostenibile, dal punto di vista strutturale, solo in base ad un presupposto tipicamente intellettualistico, per il quale, distinguendosi astrattamente e radicalmente tra attività teoretica e attività pratica, e quindi tra momento conoscitivo e momento valutativo rispetto all'esperienza, si dovrebbe concepire l'interpretazione come un'attività in funzione, «dichiarativa» mentre l'attività di integrazione, «innovando nel mondo giuridico», cioè ponendo delle nuove norme, se ne dovrebbe distinguere nettamente, in quanto funzione della volontà e non funzione della semplice conoscenza.[23] Come se in realtà fosse possibile

[21] Né si può dire che questo duplice carattere integrativo, e questa duplice funzione dell'interprete siano del tutto chiari anche nella trattazione del Betti, per quanto se ne possa facilmente arguire la portata. Per un maggiore chiarimento al riguardo ci permettiamo rinviare al nostro lavoro *I giudizi di valore…*, cit., p. 225 ss.

[22] Che discende dallo stesso carattere dell'atto interpretativo in generale. (Cfr. nota ([49])). V. pure Betti, *Interpretazione della legge…*, cit. § 17.

[23] V. Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., pp. 38-43, 136 ss.; *Teoria generale…*, cit., § 56. La tesi della distinzione fra interpretazione e integrazione si presenta in forma particolare nella Reine Rechtslehre del Kelsen, in base alla dicotomia radicale stabilita fra la funzione teoretica di «accertamento» della «cornice» astratta della norma, e quella pratica, o emozionale della scelta e della applicazione di uno dei significati così ritrovati da parte del giudice. In Italia il sostenitore più deciso della netta distinzione tra interpretazione e integrazione, e in particolare tra interpretazione estensiva e analogia, è M. S. Giannini, in base alla distinzione della natura meramente «ricettiva» dell'interpretazione e di quella

concepire un conoscere che non sia nello stesso tempo anche un fare, e come, per l'inverso, fosse possibile concepire un fare che sia nello stesso tempo anche un conoscere; come se cioè, in concreto, fosse possibile concepire una interpretazione puramente passiva, che si esaurisca nella semplice ricognizione «storica» della norma, la quale non sia «strettamente legata all'ulteriore compito di una integrazione che, ricollegandosi alla nomogenesi, assuma, rispetto ad essa, carattere complementare, esplicativo di valutazioni già implicite»[24]. Il quale compito si ispira «all'ideale della coerenza dinamica e della coerenza oggettiva in eventuale contrasto con l'ideale di una statica fedeltà alla morta lettera della legge»[25]. E compito che si rivela ancor più chiaramente in quei tipici problemi interpretativi che il giurista deve risolvere, anche quando si ispiri al dogma della completezza, allorché si venga a trovare di fronte ad una insufficenza o deficenza di previsione legislativa, ovvero di fronte al caso di lacune, di previsione o di valutazione, dipendenti da difetto parziale o totale di disciplina legislativa: dove, oltre alla

invece «innovativa» dell'integrazione. (*L'interpretazione dell'atto amministrativo e teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1940, pp. 88-90; *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1949).

Contro tale tesi si pronuncia appunto il Betti: «nell'ambito dell'interpretazione giuridica non sussiste un'antitesi concettuale fra interpretazione e integrazione», poiché «l'antinomia fra funzione di accertamento con efficacia retroattiva, propria della sentenza del giudice, e funzione d'integrazione della disciplina legislativa, deferita all'interpretazione giudiziale, è insuperabile solo ad una visione intellettualistica, statica e immobilizzante, che identifica il diritto da applicare col complesso delle norme astratte perfettamente formate». (*Interpretazione della legge…*, cit., p. 42. Dello stesso Betti, v. *Ergänzende Rechtsfortbildung…*, cit., pp. 390-396. V. pure su questo, Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1939).

[24] Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., p. 18.

[25] Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., p. 19.

valutazione relativa alla figura specifica di lacuna in cui è da inquadrare il problema interpretativo e quindi alla scelta della norma simile o analoga di cui si tratta di estendere la portata, cioè relativa alla «diagnosi» del dubbio interpretativo in oggetto («dubbio pertanto non logico, ma «assiologico»[26]), l'interprete deve procedere alla ricerca sia della valutazione originaria latente nella disciplina legislativa da estendere (autointegrazione), sia, in caso di dubbio ulteriore, alla ricerca di quei principi generali, i quali, ovviamente, secondo la concezione del Betti, sono da intendere come principi non puramente logici, ricavabili per astrazione generalizzante dalle singole norme, bensì come principi assiologici, caratterizzati in quanto tali da una «eccedenza di contenuto deontologico» rispetto alle singole norme anche ricostruite nel loro sistema.[27]

Ma le conseguenze più significative e interessanti di tale visione dell'oggetto della ricerca giuridica come viva, dinamica realtà di interessi in contrasto, di valori protetti, di beni affermati in processo

[26] Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., p. 203 («Non si tratta di un dubbio logico», giacché è da apprezzare, in ipotesi, se «la controversia non può essere decisa con una precisa disposizione», si tratta, piuttosto, di un dubbio diagnostico, «attinente all'incertezza della diagnosi e valutazione giuridica del caso: dubbio in questo senso, non logico, ma assiologico»).

Si potrebbe osservare, a questo riguardo, che di fronte al caso di lacune la valutazione dell'interprete è impegnata anche in quella che si può chiamare, anzitutto, la qualificazione tecnica del problema interpretativo, nel senso che l'interprete deve decidere fin dall'inizio, in base ad una, per così dire, delibazione preliminare del problema, quale sia la concreta ipotesi interpretativa in cui esso trovi la più conveniente impostazione e le migliori prospettive di soluzione. E in secondo luogo, accertato che si tratta di problema derivante da una lacuna, se si tratti di lacuna risolvibile mediante semplice autointegrazione (*analogia legis*), ovvero mediante eterointegrazione (*analogia juris*, ricorso ai principi generali del diritto; qualora peraltro si riconosca ai principi generali una «eccedenza» di contenuto deontologico rispetto alle singole norme od anche al loro sistema).

[27] Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., p. 205 ss. Sul problema dei principi generali del diritto, come concepiti dal Betti, v. avanti p. 195 ss.

di continuo svolgimento, connessa allo svolgimento complessivo della situazione storico-ambientale di cui il sistema normativo è espressione, sono evidentemente da vedersi sul piano della specifica tecnica interpretativa, vale a dire in rapporto alla scelta dei mezzi o del metodo necessario per l'esplicazione dell'attività dell'interprete; nonché, sebbene indirettamente, dell'attività dogmatica o sistematica, con la quale la prima è in un rapporto imprescindibile e reversibile di implicazione, e non di astratta distinzione, come appare invece anche da recenti impostazioni del problema, come quella del neo-idealismo, che pure per altri aspetti si presenta come un approfondimento del problema dell'interpretazione sul piano gnoseologico e speculativo.[28]

Conseguenze, che infatti, anzitutto, subordinano l'attività dell'interprete nell'ambito giuridico ai canoni metodologici fondamentali dell'attività ermeneutica in generale; che sono: il canone della «immanenza» o «della autonomia» del criterio ermeneutico, in quanto ogni forma rappresentativa «deve essere intesa nella sua autonomia…» e quindi «apprezzata alla stregua immanente della esigenza cui l'opera doveva rispondere per l'autore

[28] Sui rapporti fra interpretazione e «costruzione dogmatica» v. Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., p. 13 ss. Tali rapporti sono da vedere altresì in relazione al canone della «totalità» e della coerenza ermeneutica, su cui v. avanti, p.

Com'è noto, l'antitesi fra dogmatica e interpretazione è una delle conseguenze più tipiche, e per certi aspetti contradditorie, della prospettiva neo-idealistica; la quale infatti, se da una parte ha approfondito il carattere storicistico e individualizzante della attività interpretativa, contribuendo in modo decisivo alla critica dello schema sillogistico della decisione giudiziale, dall'altra ha però rafforzato il concetto della scienza giuridica come scienza naturalistica, attraverso la teorizzazione del carattere meramente classificatorio ed empirico dei concetti giuridici. Di questa contraddizione ha dato chiaro esempio il Gorla (*L'interpretazione del diritto*, Padova, 1941). V. in proposito la critica del Betti (*Interpretazione della legge…*, cit., p. 15 ss.); il quale però non ha ravvisato il presupposto teoretico della contraddizione implicita nella posizione del Gorla.

nell'atto della creazione»[29]; quello della «totalità e coerenza» della considerazione ermeneutica, come riferimento della singola forma rappresentativa alla «totalità spirituale» di cui essa fa parte[30] (in cui si può già intravedere, per quanto riguarda l'interpretazione giuridica, la soluzione del problema dei rapporti fra interpretazione e dogmatica); quello della «attualità dell'intendere», per cui «l'interprete è chiamato a ripensare in se stesso il processo creativo» e così a «riviverlo»[31]; e quello infine, della «adeguazione dell'intendere» o della «consonanza ermeneutica», per cui l'interprete «deve sforzarsi di mettere la propria vivente attualità in intima adesione e armonia con l'incitamento che gli viene dall'oggetto, per modo che l'uno e l'altro vibrino in perfetto unisono»[32].

Tutti criteri o canoni che assumono una precisa funzione e rilevanza nell'ambito della interpretazione giuridica, ed un puntuale riscontro in quelli che sono i moventi e le esigenze tipiche di questa attività fondamentale del processo della vita del diritto. Il primo, quello della immanenza o della autonomia, giacché, anche e forse soprattutto nell'ambito della interpretazione giuridica, la prima fondamentale esigenza, sebbene solo tendenziale e a ben guardare mai realizzabile completamente, è appunto quella della ricostruzione obbiettiva, o della compiuta aderenza alla valutazione normativa originaria, e in genere alla situazione storico-ambientale cui è

[29] Betti, *Le categorie civilistiche…*, cit., p. 45 ss.; *Teoria generale…*, cit., § 15*a*.

[30] V. Betti, *Le categorie civilistiche…*, cit., p. 46 ss.; *Teoria generale…*, cit., § 15*b*.

[31] V. Betti, *Le categorie civilistiche…*, cit., p. 52 ss.; *Teoria generale…*, cit., § 17*c*.

[32] Betti, *Le categorie civilistiche…*, cit., p. 56; *Teoria generale…*, cit., § 17*b*.

È superfluo avvertire che ognuno di questi canoni è in rapporto di complementarietà indissolubile con l'altro, così come sono in rapporto di complementarietà, e non di astratta esclusione, i vari criteri metodologici (letterale storico, teleologico, sistematico) che si possono adottare in ordine ad un problema specifico di interpretazione giuridica.

condizionata la nomogenesi[33] (e in cui è da vedere, in definitiva, la particolare realizzazione, a questo riguardo, del principio della certezza). Il secondo, quello della totalità o coerenza, forse il più interessante e ricco di sviluppi in ordine a questo argomento, poiché esso trova immediato riscontro nella necessità per l'interprete, sia teorico che pratico, di considerare la norma o l'atto giuridico da interpretare non già alla stregua di una dopotutto impensabile puntualità ed autosufficenza, bensì in rapporto ai più ampi profili normativi che la collegano, in sintesi sempre più ampie, all'istituto ed al sistema nel suo complesso: vale a dire nella necessità di considerare l'atto interpretativo come l'inizio ovvero come la conclusione (a seconda della direzione individualizzante o generalizzante della ricerca) di quella ricognizione sistematica che, come abbiamo accennato, non è, qualitativamente, distinguibile dall'attività dell'interprete.[34]

Il terzo, quello della attualità dell'intendere, relativo, come il seguente, alla posizione del soggetto, nel senso che anche per quanto riguarda l'interpretazione giuridica, prima e necessaria condizione è

[33] V. Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., pp. 45 ss., 170 ss.; *Le categorie civilistiche…*, cit., p. 42 ss. Il problema dell'adeguazione dell'intendere è appunto il problema fondamentale di ogni tipo di interpretazione, ma assume un particolare aspetto nella interpretazione in funzione normativa, giacché qui esso è condizionato alla esigenza di integrazione e di adattamento, che è proprio in particolare di tale tipo di interpretazione.

[34] Cfr. nota ([28]). Per un maggiore approfondimento di questo concetto v. Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., p. 15 ss. A questa concezione del profondo nesso fra interpretazione e sistematica è ispirata, com'è noto, l'opera del Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, cit. Con riferimento alla necessità, per l'interprete, di risalire ai principi e quindi al sistema, v. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 214 ss.

Sulla necessaria inerenza di un intervento interpretativo in ogni atto di conoscenza giuridica v. Calogero, *Etica giuridica politica*, cit., p. 283. Per chiarimenti sulla direzione «individualizzante» e «generalizzante» che può assumere l'atto interpretativo (chiarimento non bene sviluppato finora nella letteratura) v. Caiani, *I giudizi di valore…*, cit., p. 266 ss.

quella di ricreare o «rivivere», attraverso la mediazione della soggettività dell'interprete, ciò che la mera letteralità del documento non può mai dare in forma puramente «obbiettiva»[35]. L'ultimo infine, quello della adeguazione dell'intendere, o della corrispondenza e congenialità ermeneutica, che è il corrispettivo del precedente, giacché il problema fondamentale dell'interpretazione giuridica sta proprio in questo contemperamento tra ciò che inevitabilmente e necessariamente comporta la soggettività e quindi la spontaneità dell'interprete, e l'esigenza che egli avverte di collocarsi dal punto di vista della attività spirituale che ha presieduto alla produzione della forma rappresentativa; in altri termini tra il momento della soggettività e quello della obbiettività dell'atto interpretativo; il cui contemperamento è affidato naturalmente alla vigile sensibilità dell'interprete, ed assume una particolare rilevanza in rapporto alla specifica funzione normativa cui la sua attività è diretta.

Questi canoni d'ordine generale – che sono da considerare per ogni aspetto dell'attività interpretativa, e a maggior ragione per l'attività di interpretazione giuridica come canoni o criteri in rapporto di complementarità, e non di astratta concorrenza e prevalenza dell'uno sull'altro[36] – comportano delle immediate conseguenze nell'ambito

[35] Anche questa è una esigenza fondamentale della interpretazione giuridica, connaturata alla sua stessa natura e funzione. (V. Betti, *Le categorie civilistiche…*, p. 40 ss.; *Interpretazione della legge…*, cit., pp. 47, 176 ss., 181 ss.). Da questa esigenza discende pertanto la critica radicale del Betti al ditterio «in claris non fit interpretatio» in cui è sancito il «pregiudizio logico» ed il dogma volontaristico, per il quale il concetto di «chiarezza» della legge è «un dato preesistente e presupposto **[corsivo]**, laddove la valutazione di chiarezza dev'essere, se mai, un risultato del processo interpretativo». (*Interpretazione della legge…*, cit., p. 183).

[36] V. Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., pp. 23 ss., 178 ss. Questo riconoscimento della non esclusività dei vari mezzi, o delle varie tecniche interpretative e quindi della possibilità per l'interprete di adattare la propria tecnica alle esigenze specifiche del problema interpretativo e alla natura dell'oggetto della interpretazione, si può dire sia penetrata abbastanza largamente nella consapevolezza dei giuristi italiani. Ed è da considerarsi come una positiva reazione all'esclusivismo metodologico che per molti aspetti ha caratterizzato i grandi dibattiti sul problema nell'ultimo cinquantennio. (V. ad es. Rubino,

dello specifico dibattito metodologico, così come esso si è venuto caratterizzando nella sua ormai secolare vicenda. E comportano, precisamente, una ferma presa di posizione contro ogni pretesa di intendere l'attività interpretativa alla stregua di una attività puramente logico-induttiva o logico-deduttiva, così com'è implicito od esplicito nella posizione di tutti coloro che concepiscono, intellettualisticamente, l'interpretazione giuridica come un'attività meramente dichiarativa, cioè esplicativa di una virtualità puramente logica, che si attiene al principio di una rigorosa autointegrazione operantesi in virtù del principio della completezza;[37] ed una chiara pronuncia, per l'inverso, a favore di una concezione ampiamente teleologica ed assiologica della giurisprudenza. La quale si traduce, in primo luogo nel rigetto del dogma della «volontà» legislativa, che è, concetto da intendersi non in senso appunto volontaristico o psicologico, avente come presupposto il concetto della norma come «imperativo» o «comando», ma semmai in senso obbiettivo e storicistico, cioè quale insieme dei criteri normativi che presiedono alla nomogenesi e che costituiscono la «ratio» storica della norma.[38] In secondo luogo, nella affermazione della decisiva rilevanza della

Valutazione degli interessi nella interpretazione della legge, in *Studi in onore di F. Carnelutti*, cit., I, p. 235 ss.; Scarano, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Ann. del Sem. giur. Univ. di Catania*, IV, 1949-50, p. 249 ss.; Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., pp. 59-60; Allorio, *La vita del diritto in Italia*, in *Jus*, 1950, p, 66; Carnelutti, *Scuola italiana del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, p. 9 ss.; da ultimo sono per certi aspetti in questo senso anche le considerazioni del Bobbio, in *Consideration introductives…*, cit., p. 15 ss. dell'estratto).

[37] Cfr. Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., pp. 47 ss., 170 ss., 176 ss., 201 ss. In sostanza per il Betti si tratta della esigenza di «spiritualizzare» la logica giuridica e di «superare il permanente atteggiamento intellettualistico che tende a deprimere l'oggetto dell'interpretazione e ne riduce l'ufficio a quello di un'operazione di logica formale, rendendola spesso opaca, non permeabile ai bisogni di un apprezzamento intrinseco, avversa alla dinamica del diritto». (*Ivi*, pp. 179-180).

[38] Cfr. Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., pp. 70 ss., 163 ss.; *Le categorie civilistiche…*, cit., p. 39 ss.

valutazione comparativa degli interessi, ovvero dei criteri di valutazione storicamente condizionati, ai fini della conoscenza e dell'applicazione del diritto, contro la negazione che di tale indagine viene mossa sia dai sostenitori del carattere puramente logico-formale dell'indagine giuridica, sia da coloro che affermano la impossibilità di accogliere tale canone interpretativo, non essendo possibile stabilire un rango o una gerarchia tra i criteri di valutazione comparativa degli interessi informatori della valutazione legislativa.[39]

Il che, tradotto in termini gnoseologici, cioè con riferimento al problema della struttura dell'atto interpretativo, significa che questo, per soddisfare veramente alla sua funzione di momento centrale del processo dell'applicazione, deve essere considerato in sostanza come un atto che si costituisce in base a due fondamentali momenti (s'intende, solo in astratto analiticamente distinti): quello della ricognizione «storica» della ratio normativa, che si ispira al canone della coerenza e della adeguatezza, e quello dell'«apprezza interpretativo»,[40] che si ispira al canone dell'attualità dell'intendere; nel quale ultimo devono farsi valere quelle nuove esigenze ideologiche e quelle nuove situazioni di fatto, le quali, pur non essendo recepite nell'ordinamento, vengono proponendosi all'interprete nel processo di applicazione del diritto.

[39] Questo è in sostanza il criterio metodologico fondamentale rivendicato dal Betti; che egli deriva dalla «Interessenjurisprudenz» (e soprattutto dallo Heck), peraltro con un ampliamento del concetto di interesse verso il concetto di valore. (V. Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., pp. 17 ss., 170 ss., 181 ss., 186 ss., 201 ss.). La sua configurazione e rilevanza discendono del resto da tutta la impostazione bettiana del problema della interpretazione, e in particolare dalla critica serrata del pregiudizio «logicistico» della prevalenza, se non della esclusività, della interpretazione «letterale». Su questo punto v. peraltro più avanti.

[40] Si tratta del rapporto che, nella interpretazione giuridica, intercede fra compito di chiarimento e il compito dello sviluppo individualizzante della *ratio* normativa. Rapporto che implica quello fra interpretazione e integrazione del diritto, su cui v. la nota ([23]). Cfr. Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., pp. 37 ss., 74 ss., 201 ss.

Chiara rivendicazione, pertanto, quella del Betti, delle esigenze di una indagine ermeneutica che avverte come suo compito fondamentale d'essere mediatrice tra la storicità e la chiusura dell'ordinamento e la dinamicità e l'apertura della esperienza giuridica anche nel suo aspetto non strettamente normativo. La quale si traduce pertanto nel contemperamento tra l'aspetto normativo, quello sociologico e quello assiologico della ricerca dell'interprete, contro il tentativo sempre ricorrente di separare astrattamente, in sfere parallele e mai comunicanti, questi momenti costitutivi della sintesi interpretativa.[41] E riconoscimento che, inserendosi nel vivo del Methodenstreit, opera d'altronde una opportuna integrazione delle tesi della scuola di Tubinga (e soprattutto dello Heck, del quale il Betti risente fortemente l'influenza)[42] con quelle della giurisprudenza teleologica; sia mediante una più approfondita giustificazione di tali tesi più strettamente metodologiche sul piano gnoseologico e speculativo e soprattutto sul piano della teoria generale ermeneutica, sia attraverso l'approfondimento di quei concetti di scopo, di interesse, di valore e di valutazione o di apprezzamento interpretativo, che nell'ambito di tali scuole rimanevano, per ragioni opposte, troppo generici e troppo specifici nello stesso tempo.[43]

[41] V. Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., pp. 43 ss., 170 ss., e in genere rutto il capitolo XII. Quanto al momento sociologico, bisogna però riconoscere, come vedremo in seguito, che esso non è sviluppato, nella prospettiva del Betti, in ragione della importanza che esso, a nostro avviso, riveste. Cfr. in proposito quanto è stato detto al cap. IlI, in rapporto alla posizione dell'Ascarelli.

[42] Il riferimento allo Heck, e in genere alle tesi della «Interessenjurisprudenz» sono in effetti frequentissimi nella trattazione del Betti. Rispetto peraltro alle tesi di questa scuola bisogna riconoscere, come appunto osserviamo nel testo, che la posizione del Betti si avvantaggia della più ampia impostazione gnoseologica e speculativa che ne è uno dei pregi più evidenti. Lo Heck, infatti, ad esempio, rifiutava decisamente, e a dire il vero abbastanza ingenuamente, di dover ascrivere la propria posizione metodologica ad un qualsiasi sistema filosofico. (V. ad es. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, p. 16 ss.), salvo poi a richiamarsi genericamente al Rickert, (*ivi*, p. 25, nota 3).

[43] Troppo generici, in quanto il concetto di valore, nella giurisprudenza teleologica, restava sostanzialmente un'astrazione, che difficilmente si poteva

In tal modo, proprio determinandosi ed articolandosi in ragione delle specifiche esigenze della interpretazione giuridica, la teoria della interpretazione – partita necessariamente da quella che in definitiva è una teoria generale dei valori, seppure considerata dal punto di vista del soggetto interpretante – al problema dei valori sostanzialmente ritorna, puntualmente confermando, al vaglio di una problematica e di una esperienza ermeneutica quanto mai particolari, come anche i problemi che più si avvicinano al campo della tecnica giuridica non possono non risentire di una più comprensiva impostazione dei problemi della conoscenza storica, e di quelli gnoseologici e più ampiamente speculativi che essa comporta.

Pertanto, è proprio in base ad un più attento esame di tale impostazione pregiudiziale che si possono meglio valutare i motivi e le difficoltà, relativamente anche più particolari, che inevitabilmente vengono suscitate dalla trattazione del Betti, pur sulla base di un consenso di fondo per quanto riguarda la natura e la funzione della attività di interpretazione giuridica, così come è concepita da questo autore.

La prima cosa da notare infatti, in sede di valutazione critica, è proprio questa: che tali difficoltà ed incertezza dipendono in sostanza dalle stesse difficoltà relative alla oscillante e non risolta concezione del problema dei valori che sta a fondamento della trattazione del Betti: le quali si riflettono anzitutto nell'incerto

trasformare in un concreto strumento operativo per l'interprete (e di qui appunto le critiche ricorrenti, specie di parte kelseniana, alla impossibilità di stabilire con tale criterio una decisione in ordine alla concreta valutazione normativa da tradurre nella applicazione); troppo specifiche, perché, nella giurisprudenza degli interessi, il concetto di interesse rimaneva per lo più limitato in senso economicistico (e di qui le critiche degli avversari, e in particolare degli esponenti della giurisprudenza teleologica, che ne indicavano appunto la limitazione). Tutto questo peraltro non risulta nel Betti esplicitamente; si tratta di conclusioni che si possono ricavare da tutto il contesto della sua trattazione. Sul concetto di interesse, valore e valutazione interpretativa nel Betti v. quanto sarà detto subito avanti, in sede di valutazione critica. Per ulteriori chiarimenti e bibliografia su questo punto v. Caiani, *I giudizi di valore…*, cit., p. 62 ss., in particolare p. 63, nota (24).

rapporto che così si viene a stabilire tra il soggetto valutante e quella presunta oggettività dei valori che egli, come interprete, dovrebbe appunto «ricreare» o rivivere attraverso le forme rappresentative, pure attraverso le vicende del tempo.

In effetti, la posizione del Betti rispetto al problema dei valori è caratterizzata dal tentativo di conciliare una concezione formale e trascendentale dei valori, d'ispirazione insieme kantiana e neo-kantiana, integrata dalle più recenti tesi dell'indirizzo fenomenologico (peraltro, come vedremo, assai difficilmente riconducibili alla ispirazione originaria) con una concezione invece storicistica e dialettica dei valori stessi, ispirata alla teoria dei tipi diltheyana e alla Kultursoziologie, che risente della diffidenza verso quello che per certi aspetti è il pan-assiologismo della visione hegeliana: il tutto mantenuto peraltro in una atmosfera che potremmo definire di ineffabile e generico spiritualismo.[44]

[44] Questa integrazione è chiaramente importata nella *Teoria generale…*, cit., che riproduce, come «Prolegomeni», il saggio *Posizione dello spirito rispetto all'oggettività*, cit., nel quale è soprattutto evidente il tentativo di giustificare la validità dei valori in base alle tesi kantiane e neo-kantiane, come «condizioni della possibilità» della valutazione oltre che della conoscenza, p. 5 ss., ponendo sullo stesso piano categorie logiche e valori etici, pp. 6, 9, e di quelle fenomenologiche (come postulazione di un «cosmo di valori» «oggettivi e costanti», concepiti come «essenze» e «strutture» che «conferiscono una specifica qualità a persone, rapporti o beni, secondo che loro spettino o manchino», p. 9, e inoltre attingibile non «con il pensiero discorsivo», ma in base alla intuizione emozionale, in quanto essi sono appunto «intuizioni suscettive di essere afferrate e comprese solo mediante un «criterio» interiore – in modo analogo alle idee platoniche, grazie a una sensibilità del valore e ad un intuito o gusto etico, che si manifesta nell'atto di prender posizione, di approvare o di riprovare una linea di condotta», pp. 9-10).

Mentre il tentativo di mediazione tra questa condizione di assolutezza incondizionata dei valori, e la relatività delle concrete situazioni valutative si può ritrovare più avanti, appunto con riferimento alla posizione diltheyana (p. 141 ss.), e, in seguito, alla sociologia ermeneutica (pp. 272 ss., ma soprattutto p. 612 ss.), dove si tratta della «interpretazione storico-sociologica» avente come «suo compito specifico di riconoscere strutture ricorrenti nelle formazioni sociali e correlazioni tendenzialmente costanti tra fenomeni storici rispondenti a problemi analoghi della vita sociale» (p. 612). In cui è evidente l'influenza della posizione weberiana del «tipo ideale», del resto esplicitamente richiamata (p. 614 ss.).

Tentativo, occorre riconoscerlo, assai apprezzabile, e condotto con grande padronanza dei problemi e della cultura storicistica; nonché per molti aspetti suggestivo, per la forza e vorremmo dire per l'entusiasmo con cui esso viene proposto.

Ma tentativo che in realtà, ad una considerazione più pacata, rivela presto la propria intrinseca debolezza speculativa, tanto più che il Betti, cercando di operare una saldatura tra posizioni ed esigenze culturali così diverse in una forma per lo meno sconcertante di eclettismo, ritiene di poter giungere per suo mezzo a delle conclusioni obbiettivamente valide e scientificamente incontroverse.

Giacché proprio questa è la pretesa avanzata dal Betti fin dalla prefazione della «Teoria generale…», e cioè che la sua trattazione del problema dei valori, «pur animata dalla fiducia nello spirito, vuol restare sul terreno fenomenologico (bei den Sachen selbst – ma meglio sarebbe stato dire, comunque, sul terreno fenomenico) – senza ascriversi a nessun particolare sistema filosofico»[45].

Che è dichiarazione, ad esser sinceri, per lo meno sorprendente in un pensatore della tempra e della cultura del Betti, che egli d'altronde smentisce fin dalle prime pagine della sua trattazione, che sono poi le più impegnative sul piano speculativo, giacché basta appena inoltrarsi nella lettura dei «Prolegomeni» della «Teoria generale…» per imbattersi in tutta una serie di affermazioni e di prese di posizione – in ordine appunto alla esistenza e validità obbiettiva di un «cosmo di valori» trascendente la storicità dell'esperienza, alla possibilità delle categorie trascendentali dello spirito teoretico e dello spirito pratico, e addirittura della intuizione eidetica come organo di conoscenza dell'assoluto[46] – le quali, a parte la eterogeneità delle ispirazioni culturali, di obbiettivo e di fenomenologico, nel senso del Betti, ben poco possono pretendere, e che ci danno in realtà per dimostrato e risolto quello che in effetti

[45] Betti, *Teoria generale…*, cit., p. IX.

[46] V. Betti, *Teoria generale…*, cit., pp. 5 ss., 8 ss., 11 ss., cfr. nota 44.

costituisce uno dei problemi cruciali della storia del pensiero speculativo. Il che, del resto, è altrettanto chiaramente dimostrato dal fatto che il Betti, per poter sostenere tali punti di vista, deve assumere una decisa posizione polemica nei confronti di quella che egli intende, complessivamente, come la concezione «naturalistica» in ordine al problema dei valori e delle valutazioni, ivi includendo anche le più recenti dottrine del positivismo logico, per le quali egli non sembra nutrire alcuna considerazione.[47] Così come, d'altra parte, non sembra mostrare alcuna indulgenza, anche nell'ambito dello stesso pensiero storicistico, nei confronti della visione crociana, ovvero di quella forma di storicismo che egli definisce «atomistico» e «adialettico»[48]. Che è atteggiamento, oltretutto, alquanto ingiustificato, giacché per molti e non marginali aspetti della problematica ermeneutica le posizioni del Betti mostrano non pochi punti di contatto, e necessariamente del resto, con certe prospettive crociane: ad esempio per quanto riguarda il concetto della attualità dell'intendere, di cui è immediatamente avvertibile la profonda affinità con la dottrina crociana del «rivivimento» storico e della «eterna contemporaneità» della

[47] Cfr. Betti, *Teoria generale…*, cit., §§ 8*a* e 8*b*, dove tali correnti sono considerate come «surrogati matematici del processo interpretativo conforme al meccanizzarsi dell'incivilimento materiale». Dove, ci sia consentita l'osservazione, ci si potrebbe chiedere come mai tali dottrine si siano sviluppate in ambienti di profonda tradizione liberale ed umanistica, mentre la tradizione culturale «spiritualistica» e «idealistica», cui è così profondamente legato il Betti, si è sviluppata in ambienti, e per certi aspetti ha contribuito alle più mostruose manifestazioni della bestialità collettiva. (Per opportune considerazioni in questo senso v. Treves, *Interpretazioni sociologiche del fascismo*, in *Occidente*, 1955, p. 371 ss.; Scarpelli, *Behaviourism*, *positivismo logico e fascismo*, in *Il Mulino*, n. 30, 1954, p. 250 ss.).

[48] V. Betti, *Teoria generale…*, cit., p. 146 ss. Qui la critica del Betti alla posizione crociana è accettabile in quanto diretta a criticarne la dottrina degli pseudo-concetti, che, applicata alla fenomenologia storica si traduce nella negazione di qualsiasi possibilità di «tipizzazione», cioè dell'uso in questo ambito di concetti rappresentativi, validi invece come necessari strumenti di orientamento nell'indagine storica e sociologica.

storia.[49] Mentre, si potrebbe ancora notare, in ordine a tali problemi il Betti trascura completamente i più recenti apporti della dottrina francese, quale ad esempio quello del Lavelle,[50] confermando quella forma di esclusivismo culturale che caratterizza, per certi aspetti negativamente, la sua personalità speculativa.

Ma pur lasciando da parte tali difficoltà per certi aspetti preliminari, per venire al merito della soluzione proposta dal Betti al problema assiologico, e precisamente al problema, pur sempre fondamentale e imprescindibile, del rapporto fra storicità ed assolutezza dei valori, bisogna constatare che le perplessità, anziché appianarsi, in effetti aumentano.

A parte infatti la problematicità della estensione della dottrina kantiana delle forme a priori dell'intelletto al mondo della volontà e dell'azione – che è già di per sé problema estremamente complesso, com'è dimostrato, tra l'altro, dalle polemiche suscitate da tale prospettiva nell'ambito del neo-kantismo della scuola sud-occidentale (Windelband e Rickert, che il Betti, inesplicabilmente, non introduce a sostegno delle proprie tesi)[51] –, la quale richiederebbe

[49] In altri termini, la posizione del Betti in ordine alla dottrina crociana è giustificata per quanto riguarda, come abbiamo detto nella nota precedente, la critica al presupposto «atomistico» di tale concezione della conoscenza storica come conoscenza del «particolare» (ovvero come sintesi di universale e particolare). Non ci sembra invece che dia il dovuto riconoscimento al contributo crociano circa la natura del giudizio storico come giudizio individualizzante, che è senza dubbio fondamentale per una giusta impostazione del problema del giudizio interpretativo; così come è fondamentale ad una dottrina ermeneutica, come quella del Betti, il concetto crociano della «eterna contemporaneità» della storia, che si traduce appunto in uno dei canoni fondamentali della metodologia ermeneutica, quello dell'attualità dell'intendere, per il quale «l'interprete è chiamato a ripensare in se stesso il processo creativo» e così a «riviverlo». (Cfr. nota ([31])).

[50] V. Lavelle, *Traité des valeurs*, I vol., Paris, 1951, II vol., Paris, 1955.

[51] In effetti non si ritrova nel Betti riferimento a tali autori, che pure sono fondamentali per la teoria dei valori, specie data l'impostazione in proposito del Betti stesso.

comunque una più esplicita postulazione di quella «coscienza normale» che appunto il Windelband ha dovuto introdurre, spostandosi in definitiva su di un piano metafisico;[52] e a parte ancora le notevoli difficoltà che sorgono dalla introduzione nell'ambito di questa prospettiva delle tesi fenomenologiche, che hanno fondamenti teoretici molto diversi se non addirittura antitetici rispetto a quelli del neo-kantismo,[53] a parte ciò, dicevamo, riesce in realtà assai difficile conciliare la postulazione di tali «a priori» della coscienza assiologica (che per il Betti, a ben guardare, dovrebbero concepirsi in modo del tutto formale) con le istanze di quella dottrina dei «tipi» diltheyana che in effetti, pur rappresentando il tentativo più notevole della cultura storicistica di svincolarsi dalle strette del relativismo, non può peraltro esimersi dal riconoscere che i valori, pur essendo espressione di più ampie situazioni storico–culturali, a tali situazioni sono pur sempre condizionati, e non possono pertanto

[52] Per il concetto di «coscienza normale» del Windelband, v. *Präludien-Aufsätze und Reden zur Philosophie und ihrer Geschichte*, 7ª ed., Tübingen, 1921. In particolare i saggi *Was ist Philosophie?*; *Über die gegenwärtige Lage und Aufgabe der Philosophie*; *Kulturphilosophie und transsendentaler Idealismus*. Cfr. Rosso, *Figure e dottrine della filosofia dei valori*, Torino, p. 59 ss.; Ravà, *Il valore della storia di fronte alle scienze naturali e per la concezione del mondo*, Roma, 1909; Leoni, *Il problema della scienza giuridica*, cit., pp. 37-39; Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pp. 104-128.

[53] Sui fondamenti teoretici della fenomenologia, in ordine soprattutto al problema dei valori sociali e giuridici, v. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit. Su quelli del neo-kantismo, Treves, *Il diritto come relazione*, cit. In effetti non è difficile intendere la profonda diversità dei due indirizzi: il primo concepisce l'esistenza dei valori come una sfera ontologica a se stante, alla cui conoscenza o meglio alla cui intuizione si può giungere solo in base a un processo di radicale ripudio della «mondanità», il secondo invece concepisce in sostanza i valori come idee direttive, come condizioni a priori delle valutazioni, cioè in sostanza in senso trascendentale e non invece in senso trascendente, seppure di una trascendenza eidetica, com'è della posizione fenomenologica. D'altra parte occorre notare che si tratta di una diversità che attiene anche alla concezione della storia, che per i neo-kantiani rimane ispirata ad una visione sostanzialmente dialettica e positiva, mentre per la fenomenologia il processo storico è del tutto irrilevante per quanto riguarda l'esistenza e la validità obbiettiva dei valori.

valere in assoluto, ma appunto nei limiti di validità di un determinato ambiente.[54] Riesce difficile, in altri termini, comprendere come si possa conciliare, se non verbalmente, la postulazione, di un «cosmo dei valori come sfera ideale non percettibile, ma solo intellegibile» (per intuizione), che «si eleva al di sopra delle concatenazioni ontologiche e diviene avvertibile nel fenomeno del gusto etico»[55], con l'esigenza – questa più genuinamente avvertita dal Betti – di ricondurre le concrete situazioni valutative sia alla condizione soggettiva dell'interprete, sia alla situazione storico-ambientale cui esse sono più ampiamente connesse.[56] Delle due l'una: o si accetta, in definitiva dogmaticamente, che la coscienza soggettiva può essere depositaria, per intuizione emozionale o intellettuale, della validità incondizionata dei valori, e che la relatività, l'errore, o comunque la diversità delle concrete valutazioni è irrilevante ai fini di tale riconoscimento, oppure si assume, molto più concretamente, che il contenuto dei singoli atti valutativi, sebbene impensabile come presa di posizione puramente soggettiva, come opzione o scelta di «anima bella», è peraltro storicamente condizionato alle valutazioni normative proprie di una determinata situazione sociale e in definitiva di una determinata situazione di fatto. (In senso storico-dialettico, e non naturalistico, ben s'intende).

Il problema data da quando data la storia del pensiero riflesso, siamo d'accordo: ma proprio il fatto che esso si tramandi così di generazione in generazione è appunto la più chiara conferma della sua insopprimibile necessità e importanza. E bisogna aver la franchezza di riconoscere che quella che può apparire come una soluzione intermedia, una «terza via», in quanto pone in evidenza

[54] Cfr. nota ([45]). Su questo problema si veda, di recente, l'ottimo saggio di P. Rossi, *Il problema dei valori nello storicismo contemporaneo*, in *Riv. di filosofia*, 1954, 4, p. 404 ss.

[55] Betti, *Teoria generale…*, cit., p. 11.

[56] Cfr. nota ([45]) e nota ([54]).

come la scelta puramente individuale è in realtà condizionata, sebbene spesso inconsapevolmente, dal «medium» sociale, non è in realtà che una soluzione nel secondo senso dell'alternativa, e che nemmeno attraverso il riconoscimento della forza normativa della opinione sociale e del costume è possibile superare il limite del relativismo storicistico. Salvo, ben s'intende, che non si ripieghi verso una concezione puramente formale della validità incondizionata dei valori, come condizione a priori che caratterizza ogni situazione finita dalla coscienza.[57]

Tutto questo si è posto in rilievo (e il discorso potrebbe continuare) non già per gusto di disquisizione astratta. Lo si è fatto, anzi, proprio per porre in evidenza come un problema che potrebbe sembrare anche il meno vicino agli interessi di un giurista, finisca invece per incidere direttamente in una sfera, come quella della interpretazione giuridica, di carattere decisamente pratico, che dà luogo in definitiva a risultati giuridicamente rilevanti.

Se infatti per gli aspetti e i passaggi fondamentali della trattazione del Betti in ordine al problema dell'interpretazione giuridica non vi può essere che pieno consenso, vi è però da notare che le difficoltà relative alla non risolta oscillante concezione del problema dei valori in generale, che abbiamo cercato di porre in evidenza, non rimangono senza conseguenze proprio in ordine a quel canone metodologico fondamentale della valutazione comparativa degli interessi, il quale, a ben guardare, presuppone il concetto di apprezzamento e di valutazione interpretativa, nonché, evidentemente, lo stesso concetto di valore; qui non più considerato in astratto ma trasformato in strumento operativo della attività dell'interprete.[58]

[57] Per ulteriori chiarimenti su questo punto v. ns. *I giudizi di valore…*, cit., cap. III; cfr. Lavelle, *Traité des valeurs…*, cit., p. 110 ss.

[58] Cfr. nota ([44]) e bibliografia ivi cit. Che il concetto di valutazione comparativa degli interessi presupponga il concetto di valore è intuitivo, sia perché esso introduce il concetto stesso di valutazione, sia perché, come abbiamo già notato, interesse e valore sono in sostanza termini che si equivalgono; il secondo peraltro indicando l'aspetto soggettivo del valore, ossia il momento della

È infatti proprio in rapporto alla introduzione di questo canone e di questo criterio operativo che il modo di intendere la natura e la validità dei valori dimostra appieno la sua importanza pratica, giacché è chiaro che ben diverso sarà il procedimento mentale e ben diverso, soprattutto, sarà il risultato della attività dell'interprete a seconda che questi, dovendo procedere appunto alla ricerca della valutazione comparativa degli interessi e quindi alla enunciazione di un apprezzamento interpretativo, assuma come criteri di tale apprezzamento gli orientamenti normativi impliciti nell'orizzonte ideologico-valutativo dell'ordinamento storicamente vigente, ovvero assuma di ricavarli dalla testimonianza immediata della propria coscienza, o da una fonte normativa comunque trascendente, oppure ancora ritenga, in base a un determinato criterio metagiuridico, di poter stabilire un rango o una gerarchia fra gli interessi e i valori individuati mercè la ricognizione della ratio normativa. Il che si traduce, con riguardo alla struttura di tale apprezzamento interpretativo, nel problema se questo debba intendersi come un apprezzamento subordinato rispetto all'apprezzamento originario proprio del legislatore, oppure come un apprezzamento autonomo o libero rispetto ad esso.

Che è problema, ed alternativa, i quali in effetti si pongono legittimamente nell'ambito della trattazione specifica del Betti, appunto in conseguenza della effettiva ambiguità in cui rimane adombrata, come abbiamo visto, la sua concezione della natura e della validità dei valori. E ciò si mostra evidente non tanto in ordine alla introduzione del criterio della valutazione comparativa degli interessi con riferimento alla attività per così dire normale di interpretazione giuridica (*interpretatio in claris*) , poiché a tale riguardo è abbastanza

partecipazione o della tendenza del soggetto al valore (il quale valore può essere, naturalmente, anche nell'ambito della valutazione giuridica, valore economico, morale, religioso ecc.). Cfr. per questo cap. I, p. 110, nota ([52]).

chiaro che il Betti la intende come diretta alla ricognizione delle «esigenze assiologiche di una valutazione normativa insita nella legge»[59], quanto invece quando si tratti di un intervento dell'interprete in funzione integrativa dell'ordinamento, cioè quando si profili un problema derivante da insufficienza o deficienza, totale o parziale, di disciplina legislativa. Problema da risolversi, come abbiamo visto, mediante il criterio della contiguità o similarità o affinità del caso dubbio con casi invece previsti dall'ordine giuridico, ovvero, in caso di difetto di altri criteri, «alla luce dei principi generali del diritto»[60].

A proposito dei quali infatti – e ciò è veramente sintomatico – il Betti non sembra assumere una precisa posizione, sia per quanto riguarda il loro contenuto «sostanziale» e quindi la loro portata in ordine al concreto risultato ermeneutico, sia, conseguentemente, per quanto riguarda la configurazione ermeneutica, cioè la natura di auto o di etero-integrazione dell'attività che si instaura mediante il loro ricorso. Giacché se la sua posizione è decisamente avversa alla veduta logicistica tradizionale, per la quale i principi generali non sarebbero che principi logici ricavabili per astrazione dalle singole norme e in rapporto di genere a specie rispetto ad esse, non è altrettanto chiara invece per quanto riguarda quella che egli chiama la loro «eccedenza di contenuto deontologico» od anche «assiologico»; che infatti è concepita sia come criterio di valutazione storicamente condizionato, contenuto nell'orizzonte ideologico-valutativo proprio dell'ordinamento, sia come criterio o valore direttivo «ideale», in cui sono fatte delle notevoli concessioni alla prospettiva giusnaturalistica in ordine allo stesso problema dei principi generali del diritto.[61]

---

[59] Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., p. 172. V. pure in questo senso pp. 168, 170.

[60] Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., p. 203 ss.

[61] V. Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., p. 205 s. Con questo non si vuol certo dire che tali concessioni implichino l'accettazione da parte del Betti delle tesi giusnaturalistiche (con riferimento soprattutto alla nota prolusione del Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*), per quanto egli vi faccia favorevole riferimento (*Interpretazione della legge…*, cit., pp. 210-211). Si vuol però notare che, appunto in conseguenza della concezione pregiudiziale dei valori in senso trascendente, la stessa soluzione in ordine al modo di concepire

Il fatto è che nonostante la notevole ampiezza di prospettive con cui è stato impostato complessivamente dal Betti il problema della interpretazione, ad esso manca tuttavia sia in sede di teoria generale ermeneutica che in sede di teoria dell'interpretazione giuridica, una analitica trattazione di quello che, a ben guardare, è il problema pregiudiziale in ordine a tale argomento; vale a dire il problema che pure è implicito in quello che il Betti chiama genericamente «apprezzamento interpretativo», con riferimento sia all'attività del giudice che all'attività del giurista, senza peraltro un esplicito chiarimento, in sede gnoseologica, sui caratteri specifici di tale apprezzamento, o meglio di tale giudizio, (che pure viene definito talvolta come «giudizio di valore»[62]), né sugli eventuali criteri di distinzione rispetto ad altri tipi di valutazione, né infine sul diverso significato che questo problema viene ad assumere a seconda che si riferisca all'attività dell'uno o dell'altro operatore giuridico (legislatore, giurista, giudice, parte). Che è cosa invero abbastanza sorprendente, dato l'ampio respiro con cui il Betti ha impostato l'argomento, anche se si può spiegare con le sue particolari inclinazioni culturali; che ad esempio lo portano a trascurare l'utile apporto del positivismo logico e della filosofia analitica in questo

i principi generali del diritto finisce per essere condizionata e in certo senso pregiudicata: tanto che la successiva affermazione del Betti in proposito, diretta a porre in evidenza il loro carattere di direttive storicamente condizionate (in questo senso v., del Betti, gli interventi al Congresso nazionale universitario sui principi generali, nell'opuscolo relativo, Pisa, 1940), mal si adattano con la impostazione dei valori, così come essa è impostata nei «Prolegomeni» e in genere in tutta la *Teoria generale*.

62 V. ad es. Betti, *Interpretazione della legge…*, cit., p. 39, dove il Betti parla appunto di «giudizio di valore» a proposito della attività dell'interprete; opportunamente avvertendo che si tratta non di un giudizio di carattere «primario ma secondario, cioè subordinato e complementare». Questo però è il solo chiarimento che si può ritrovare a proposito di tale problema.

senso.[63] Giacché non vi è dubbio che il problema della interpretazione è anzitutto un problema di natura specificamente gnoseologica, concernente in sostanza un determinato tipo di attività mentale, i cui caratteri potrebbero esser posti meglio in evidenza appunto in base al chiarimento della struttura e della funzione del giudizio o dei giudizi in cui il discorso interpretativo in ultima analisi si viene risolvendo, con una diversa accentuazione a seconda della forma rappresentativa e a seconda della funzione cui l'atto ermeneutico è diretto.[64]

Una simile impostazione del problema permetterebbe di veder meglio, ad esempio, in quella distinzione fondamentale tra interpretazione in «funzione ricognitiva» o storica, ed interpretazione in funzione normativa, includente quella giuridica, la quale, così com'è proposta dal Betti, non riesce in effetti molto convincente.[65]

---

[63] In effetti, il Betti prende in considerazione le posizioni del positivismo logico (cfr. per questo nota ([22])), seppure polemicamente; non fa invece accenno ai più recenti sviluppi della filosofia analitica (Hare, Stevenson, Pap, Hall), che appunto sviluppano il problema del linguaggio valutativo e prescrittivo. E che rappresentano in effetti una impostazione del problema che consente di evitare molti equivoci al riguardo, nonché di svilupparlo su di una base gnoseologicamente più rigorosa di quanto non si faccia comunemente, (in questo senso v. i lavori citt. del Bobbio, del Bagolini e dello Scarpelli).

[64] A questo fine potrebbero appunto già costituire una buona base di partenza le ricerche dello Hall (*What is Value?*, London, 1950, dello Hare, *The language of Morals*, Oxford, 1952, e dello Stevenson, *Ethics and Language*, New Haven, 5ª ristampa, 1955).

[65] Sul punto v. Betti, *Teoria generale…*, cit., § 21*a*, 216 e 210 e § 53. Cfr. pure nota ([7]). Sulla interpretazione in funzione normativa v. pure *Interpretazione della legge…*, cit., p. 3 ss. La classificazione dei tipi di interpretazione è impostata preliminarmente dal punto di vista della rispettiva funzione. Ora, con riferimento alla distinzione tra interpretazione in funzione ricognitiva e quella in funzione normativa, rispetto appunto alle rispettive funzioni, il Betti nota esser tipica della seconda d'essere «preordinata al fine di regolare l'agire» rispetto alla caratteristica dell'intendere come fine a sé stesso «che è proprio della interpretazione meramente ricognitiva». (*Teoria generale…*, cit., p. 317 ss.). Come però notiamo nel testo, tale differenza non sembra esser determinante, giacché ogni tipo di interpretazione è in sostanza governata dal canone universale dell'attualità dell'intendere. Vale a dire che anche la interpretazione in funzione

E precisamente avrebbe permesso di stabilire che vera diversità tra questi due tipi di interpretazione esiste, a ben guardare, solo rispetto alla interpretazione specificamente giudiziaria, con riguardo peraltro non alla struttura del giudizio interpretativo, che non si distingue da quello della interpretazione scientifica o giurisprudenziale, ma alla sua funzione, cioè con riferimento alla sua particolare efficacia «vincolante». Mentre per quanto riguarda l'interpretazione scientifica, si potrebbe rilevare che questa assume una semplice funzione stimolante o raccomandativa, in quanto è diretta, ma non necessariamente, a suscitare in altri soggetti, e specialmente nel giudice, una determinata convinzione ed un conseguente comportamento. Che è peraltro una caratteristica per molti aspetti comune alla interpretazione in funzione ricognitiva, ed in particolare alla interpretazione storica, giacché anche questa, alla luce del canone dell'«attualità dell'intendere», è sempre sollecitata da un interesse appunto «attuale», cioè da un problema pratico che si propone all'interprete, di modo che anche il suo risultato finisce per esercitare una determinata «pressione» sugli altri soggetti, influenzandone l'opinione, stimolandone l'assenso e quindi determinandone o modificandone il comportamento.[66]

Ed è abbastanza facile vedere, più in generale, come tale impostazione potrebbe altresì ripercuotersi, per così dire, sullo stesso problema assiologico fondamentale, ossia sullo stesso problema della validità dei valori. Il quale, più che muovendo da un'indagine strettamente speculativa sulla possibilità trascendente o trascendentale di un «cosmo» di valori come condizione a priori per l'attività del soggetto valutante, potrebbe a nostro avviso esser meglio avvicinato in base alla considerazione di quella che potremmo chiamare la concreta

ricognitiva non può mai essere «fine a se **[sé]** stessa», se è vero, come è vero e come del resto è chiaramente e spesso rivendicato dal Betti, che non è concepibile un momento astrattamente teoretico della coscienza, il quale cioè non sia connesso al momento pratico della valutazione, e quindi al momento dell'azione. In realtà la distinzione potrebbe appunto esser approfondita in base alla impostazione della filosofia analitica, e in particolare delle ricerche dello Stevenson e dello Hare (*opp. citt.*).

66 Cfr. nota (31).

situazione valutativa della coscienza. E precisamente come problema sia delle condizioni soggettive per cui la coscienza finita «prende posizione» rispetto ai problemi che di continuo sono imposti dalle necessità dell'azione, sia come problema delle condizioni obbiettive, cioè storico-ambientali, cui la valutazione è connessa. Che è appunto ricerca da condurre anzitutto con riferimento alla struttura e alla funzione del giudizio valutativo.

Conclusione

Con gli studi intorno all'interpretazione di Emilio Betti, e cioè con la testimonianza di una tra le figure più ricche e complesse del nostro mondo giuridico intorno ad uno dei problemi a sua volta più complessi e ricchi di prospettive dell'esperienza giuridica, ci sembra di poter chiudere nel modo più significativo la nostra indagine. Indagine, è superfluo soggiungere, che potrebbe in realtà ancora a lungo continuare, ed il cui punto d'arresto, pertanto, non può che apparire in certo senso arbitrario. E in effetti di tale arbitraria limitazione dell'indagine noi non possiamo che prendere atto, poiché non vi è dubbio che accanto ai giuristi di cui si è parlato molti altri se ne potrebbero allineare, tutti ugualmente significativi per la prospettiva da cui ci siamo posti. Così come è indubbio che molti altri motivi e problemi si potrebbero ritrovare, oltre a quelli che abbiamo posto in evidenza, tutti altrettanto sintomatici e interessanti per quanto riguarda quella situazione dell'odierna scienza giuridica italiana da cui è stato sollecitato il nostro interesse.

Un discorso, insomma il nostro, che rimane chiaramente aperto e che, per esser sinceri, vorremmo illuderci potesse costituire un modesto iniziale tentativo diretto a colmare una delle lacune forse più evidenti della nostra cultura filosofico-giuridica: la mancanza cioè di un profilo di storia del pensiero giuridico concreto, che valga a ricostruire e a rivivere per linee interne, se così si può dire, i motivi e i problemi che nascono direttamente dall'esperienza di coloro che più direttamente sono a contatto con la vita del diritto;

e che potrebbe pertanto suggerire il modo meno inadatto per rendersi veramente conto della spontanea genuina problematica, e in definitiva della spontanea filosofia che si sviluppa direttamente nell'ambito di una determinata sfera dell'esperienza giuridica, nella profonda unità e implicazione che ne collega ogni aspetto e ogni momento.

Prima però di chiudere il nostro discorso vi è ancora qualcosa che ci sembra necessario soggiungere, appunto in rapporto a quest'ultima considerazione. E questo sia per prevenire una possibile obbiezione che ci potrebbe venire rivolta, sia per riprendere, a esame compiuto, il motivo iniziale che ci ha indotti alla presente ricerca.

Infatti non sarebbe senza fondamento l'obbiezione di chi, volendo ricordarci che il motivo iniziale da cui siamo mossi era la constatazione di un mutato atteggiamento dei giuristi verso la filosofia, osservasse a questo punto che nel pensiero dei giuristi che abbiamo considerato, di filosofia, a dire il vero, se ne ritrova ben poca, o che comunque ciò che a noi è sembrato più significativo e interessante nella loro personalità non attiene se non marginalmente a interessi e problemi d'ordine veramente speculativo. Che sarebbe invero una obbiezione di non poco rilievo, giacché con essa si finirebbe proprio per toccare la stessa giustificazione e lo stesso problema di fondo di tutto il nostro lavoro, cioè per coinvolgere addirittura il problema del significato e della funzione della filosofia nei confronti dell'esperienza giuridica, e in particolare nei confronti del lavoro del giurista e dello sviluppo complessivo della giurisprudenza.

È chiaro però che qui non è possibile affrontare e discutere esaurientemente, nella sua estrema complessità, un problema di siffatte proporzioni; tanto più che la nostra convinzione al riguardo è che una risposta non si può pretender di darla in astratto, attraverso la più o meno felice od originale escogitazione di qualche nuova formula intorno al problema del compito o dei compiti della filosofia, ma semmai attraverso una concreta

esemplificazione, realizzata nell'ambito di una determinata ricerca, e soprattutto attraverso il vaglio di una specifica competenza.

Ciò che possiamo comunque in generale osservare, è che una simile obbiezione non potrebbe muovere in sostanza che da un concetto chiuso ed esclusivistico, vorremmo dire da un concetto professionale e tecnico della filosofia, e precisamente da una sua identificazione con la pretesa «sistematica» di tipo tradizionale, quale impostazione e quale eterno tentativo di soluzione di un determinato e ristretto complesso di problemi ritenuti, in fondo arbitrariamente, di esclusiva competenza della filosofia; e quindi, per quanto più direttamente ci interessa, di esclusiva competenza della filosofia del diritto.

Certamente, se avessimo voluto esaminare anche da questo punto di vista la posizione dei giuristi che abbiamo considerato, come del resto quella di molti altri che si potrebbero aggiungere, avremmo potuto accentuare e porre in primo piano quegli elementi, spesso discontinui e non sempre coerenti, che possono costituire la loro caratterizzazione in senso appunto specificamente speculativo. Avremmo potuto, nel pensiero del Carnelutti ad esempio, prendere maggiormente in considerazione e sviluppare quei motivi che, come del resto abbiamo accennato, tendono sempre più decisamente a fargli considerare il diritto come un momento della vita morale ed a vagheggiare come ultima conclusione in tal senso la stessa «morte» del diritto, ovvero lo stesso superamento del diritto nel momento superiore dell'amore e della grazia. Come pure, considerando la posizione del Betti, avremmo potuto ancor più accentuarne i fondamenti strettamente teoretici e quindi i problemi che attengono alla matrice idealistica e storicistica del suo pensiero, cercando di ricavarne ulteriori indicazioni in ordine ai problemi classici della filosofia del diritto: quale quello della sua genesi e struttura ideale, o quello dei suoi rapporti con gli altri aspetti e momenti della vita spirituale, e via dicendo. E questo avremmo potuto fare, ancora, nei confronti di quegli altri giuristi come l'Ascarelli, il Satta, il Calamandrei, dei quali sarebbe stato certo possibile ricavare e porre in evidenza

la «presa di posizione» rispetto a determinati problemi d'ordine speculativo.

Ma in realtà – e questo è per molti aspetti il motivo più importante emerso quasi spontaneamente nel corso di questo lavoro – dobbiamo francamente riconoscere che la filosofia, ovvero la «vocazione» filosofica dei giuristi che più ci ha interessato e più ci è sembrata degna d'esser posta in rilievo, non è quella risultante dal loro eventuale astratto dibattito su motivi d'ordine appunto strettamente speculativo, o dalla astratta enunciazione delle loro esigenze deontologiche o moralistiche. È quella invece che si è venuta sempre più chiaramente manifestando come la loro progressiva conquista di consapevolezza, anzitutto della dimensione storica e culturale del fenomeno giuridico e della natura costitutivamente «pratica» del loro compito, e conseguentemente delle inevitabili necessarie implicazioni metagiuridiche dei presupposti e concetti fondamentali che stanno alla base della loro attività sia interpretativa che sistematica, nonché dei mezzi o delle tecniche necessarie ai fini della loro ricerca. In altri termini, è quella filosofia più intima ed immanente che si può ritrovare nell'ambito dell'opera complessiva di un giurista, quella che attiene, per così dire, alla genesi, al modo di formazione ed alle successive linee di svolgimento della sua attività, e nella quale, a ben guardare, è la prima e più diretta traduzione delle esigenze e degli orientamenti normativi di una determinata situazione politico-culturale nelle forme e nei limiti propri della normatività giuridica.

La filosofia dei giuristi che abbiamo cercato è insomma la filosofia che nasce dalle immanenti esigenze cui essi debbono soddisfare e dagli specifici problemi che debbono risolvere, sulla base della peculiare ed in fondo incomparabile natura e destinazione del loro compito: che è quello di far vivere il diritto, di immettere nuovamente nel flusso della storicità e della concretezza ciò che le stesse imprescindibili esigenze della normatività giuridica inducono a fermare nella astratta volizione del comando ed a chiudere nell'altrettanto astratta definizione del concetto. Tanto è

vero che, a ben guardare, le testimonianze di ognuno dei giuristi che abbiamo considerato sono venute convergendo verso un unico obbiettivo, verso un unico punto di attrazione e di interesse: verso il problema cioè della applicazione del diritto.

Ed è veramente significativo che tale concezione aperta e critica della filosofia come processo di immanente consapevolezza che si viene formando all'interno di un determinato settore dello scibile, come progressivo chiarimento della sua natura e dei suoi rapporti con la situazione storica e culturale in cui esso viene operando, trovi una puntuale corrispondenza in quella più ampia trasformazione del concetto della filosofia verso il quale si può dire abbia ormai approdato la coscienza speculativa contemporanea nelle sue manifestazioni e correnti più vitali: dallo storicismo, all'empirio-criticismo, al neo-idealismo, al pragmatismo, allo sperimentalismo, alla sociologia della cultura e della conoscenza, al positivismo logico, fino ai più recenti sviluppi della filosofia analitica. Tutte tendenze, correnti e movimenti che infatti, pure accentuando particolari problemi e sviluppando determinate esigenze, sono però accomunati da un medesimo bisogno e da un medesimo orientamento: quello di uscire dal circolo chiuso della «filosofia della filosofia», come continua ed in fondo sterile ricerca di una propria esclusiva problematica e competenza, per trasformarsi in uno strumento sempre più valido posto al servizio di quell'aspetto fondamentale del fare umano che appunto si realizza nell'opera della cultura e della scienza.

Volendo guardare un po' a fondo, potremmo dire in conclusione che l'attuale movimento dei giuristi verso la filosofia non è che una diretta conseguenza di quello che costituisce per molti aspetti il motivo più saliente della odierna coscienza filosofico-giuridica: ossia la conseguenza della progressiva conquista, anche da parte dei giuristi, del concetto di esperienza giuridica. Concetto che in effetti viene rappresentando sempre più chiaramente il presupposto, la matrice comune di ogni indagine intorno al diritto: quello che può fornire, pur nella necessaria distinzione delle prospettive, dei fini e delle competenze, il senso della profonda unità e connessione

di ogni aspetto della vita del diritto, sia nel momento della sua conoscenza che in quello della sua applicazione; ed in particolare della necessaria integrazione e interdipendenza tra filosofia del diritto, storia giuridica e giurisprudenza.

Apparso nel 1955, *La filosofia dei giuristi italiani* consolidò definitivamente il posto di Luigi Caiani nella cultura giuridica italiana di metà Novecento. Pur ancora relativamente giovane, con questo libro Caiani si poneva infatti come un interlocutore critico, e scevro da ogni timore reverenziale, dei più autorevoli esponenti della cultura giuridica italiana del tempo, da Tullio Ascarelli a Francesco Carnelutti, da Emilio Betti a Piero Calamandrei, da Salvatore Satta a Giuseppe Capograssi. Di questi giuristi, che avevano profondamente innovato gli studi giuridici italiani anche grazie alla loro apertura a saperi metagiuridici (come l'economia, la sociologia, e, soprattutto, la filosofia), Caiani indagava e discuteva per l'appunto i presupposti filosofici, la "loro" filosofia: una filosofia che emergeva non tanto dalla partecipazione di quei giuristi a riflessioni e dibattiti di taglio astrattamente speculativo – ché questo era, allora, il modo precipuo di intendere la filosofia – ma dal modo stesso in cui trattavano problemi specificamente giuridici (esempi preclari, i dibattiti novecenteschi sui concetti giuridici e sul metodo giuridico). Una filosofia dei giuristi, dunque, che Caiani ricostruisce in maniera magistrale, e senza risparmiare di segnalarne gli aspetti non sempre lineari e le implicazioni non sempre chiaramente colte dai protagonisti stessi di questa vicenda culturale.

LUIGI CAIANI (1921-1959), dopo aver conseguito una laurea in Filosofia e una in Giurisprudenza, e dopo aver partecipato alla Resistenza, svolse il suo percorso accademico presso l'Università di Padova. Tra le sue opere, *Considerazioni sulla natura del giudizio nell'interpretazione della legge* (1953), *Formalismo e empirismo nella scienza del diritto* (1953), *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica* (1954), *Problemi dell'università italiana* (1955).

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI