ANGELO ERMANNO CAMMARATA

SCRITTI SUL FORMALISMO GIURIDICO

XV

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO

Roma TrE-Press
2023

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
11. L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani* (a cura di G. Pino), 2021
12. G. Gorla, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol I) e *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol II) (Introduzione di M. Lupoi), 2023
13. S. Chiarloni, *Introduzione allo studio del diritto processuale civile* (Introduzione di A. Proto Pisani e premessa di A. Carratta), 2023
14. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano* (Presentazione di P. Chiassoni), 2023

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

ANGELO ERMANNO
CAMMARATA

SCRITTI SUL FORMALISMO GIURIDICO

Raccolti e curati da
FRANCO MODUGNO
e LEONARDO PACE

XV

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO

Roma TrE-Press
2023

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, agosto 2023
ISBN: 979-12-5977-215-2
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

Nota dei curatori IX
Introduzione di Franco Modugno XI

1. La razionalità del diritto e il giusnaturalismo nella filosofia dell'immanenza assoluta 1
2. Su le tendenze antifilosofiche della Giurisprudenza moderna in Italia 11
3. Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza 33
4. Il concetto di diritto e la «pluralità degli ordinamenti giuridici» 143
5. Immanentismo e Filosofia del diritto 165
6. Sul fondamento del principio «*ignorantia juris non excusat*» 177
7. Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica 189
8. La positività del diritto e il valore pratico della norma di condotta 219
9. Sulla cosiddetta coattività delle norme giuridiche 233
10. Studi sul problema del diritto naturale 249
11. Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica 261
12. Giusnaturalismo e «critica delle leggi» in rapporto alla distinzione tra giustizia ed equità 327
13. Intervento alla «Tavola Rotonda sul positivismo giuridico» 341
14. Sulla concepibilità di un nesso logico tra «illecito» e «sanzione» 343
15. Formalismo giuridico 351
16. Presentazione degli Scritti «Sul diritto e sullo Stato» di Orazio Condorelli 373
17. Annotazioni su Kelsen 379

Bibliografia a cura di Marilì Cammarata 391

Nota dei curatori

Si ripubblicano qui gli scritti di filosofia del diritto di Angelo Ermanno Cammarata, in accesso libero, sia per permettere alle generazioni più giovani di studiosi di riuscire a reperire alcuni scritti pubblicati in epoca ormai risalente, sia per riportare all'attenzione della comunità scientifica il pensiero dell'Autore, non solo perché molte delle sue tesi – si pensi a quelle elaborate nell'ambito dello studio della norma giuridica, delle figure di qualificazione giuridica, della *summa divisio* tra "fatto" e "caso" e della distinzione tra valutazione "nomotelica" e valutazione "teleonomica" – possono risultare ancora oggi di grande attualità e di ausilio alla riflessione giuridica, ma anche perché, pur ove non si condividessero gli esiti delle sue ricerche, lo svolgimento di esse costituisce, comunque sia, un esempio di rigore metodologico.

Nel licenziare il volume, non possiamo non ringraziare, per aver acconsentito alla pubblicazione degli Scritti, gli eredi, Manlio e Marilì Cammarata (quest'ultima anche per il prezioso materiale fornito e per l'utile appendice bibliografica), nonché la Sig.ra Patrizia Bruschi e la Dott.ssa Valeria Carradori per il supporto attento e meticoloso, tanto nella complessa operazione di reperimento degli originali e di (re)impaginazione degli scritti, quanto nella revisione delle bozze.

Introduzione

Sul formalismo giuridico di Angelo Ermanno Cammarata

Franco Modugno

1. *A mo' di introduzione*

Angelo Ermanno Cammarata è stato uno dei miei Maestri, del quale sono qui lieto di ripercorrere il suo pensiero gius-filosofico, grazie alla ripubblicazione, curata assieme a Leonardo Pace, al quale devo la stesura definitiva e completa di questa stessa introduzione, delle opere di filosofia del diritto, che la collana *La Memoria del diritto*, nella lodevole opera di ripubblicazione di molti dei classici della letteratura giuridica italiana, ha deciso di ospitare.

Sul pensiero di Cammarata ho già avuto occasione di scrivere[1], e a quelle riflessioni qui per larga parte mi rifarò, pur mettendo in evidenza alcuni aspetti ulteriori, sui quali ho potuto prestare attenzione proprio grazie all'odierna opera di ripubblicazione.

Comincio con il ricordare che la sua produzione scientifica, se non torrenziale, ma certamente costante fino agli inizi degli anni '40 del secolo scorso, subisce una cesura ultraventennale tra il 1941 e il 1963, anno in cui l'editore Giuffré cura una ristampa di alcuni saggi pubblicati tra il 1925 e il 1936[2]. Nel ripubblicare oggi anche i saggi che il Cammarata aveva deciso di tenere fuori dalla ristampa del 1963 abbiamo probabilmente fatto torto alla volontà e alla memoria dell'Autore, ma abbiamo ritenuto che rendere novamente fruibili alcuni di essi, visti il molto tempo trascorso

[1] *Sul pensiero di Angelo Ermanno Cammarata e Carlo Esposito*, in G. Bartoli (a cura di), *I filosofi del diritto alla "Sapienza" tra le due Guerre*, Atti del Convegno internazionale, svoltosi a Roma il 21 e il 22 ottobre, 2014, Roma, 2017, 145 ss; *Prefazione* a C. Palumbo, *Sul pensiero filosofico-giuridico di A.E. Cammarata*, Torino, 2017,

[2] A.E. Cammarata, *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963, opera che nel 2022 è stata oggetto di ristampa, a cura di Biagio Grasso e Vincenzo Verdicchio, nella collana della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, per i tipi di Edizione Scientifiche Italiane.

dalla loro pubblicazione e l'importanza che ancora ricoprono per gli studi giuridici, fosse un'operazione necessaria.

Infine, occorre ricordare che nel 1968 viene pubblicato, quale ultima "voce" del XVII volume della Enciclopedia del diritto, il fondamentale, densissimo, studio sul Formalismo giuridico, mentre, nell'anno precedente alla morte, è pure di notevole interesse, una "Presentazione" degli Scritti sul diritto e sullo Stato di Orazio Condorelli, preceduta da un breve intervento alla Tavola rotonda sul positivismo giuridico nel 1966.

2. *La filosofia immanentistica*

Fin dai suoi primi scritti, Cammarata è concentrato in un percorso per lo più speculativo, con attenzione alle forme della logica e alle teorie del diritto, ma già con una 'tendenza', che è in-tensione, ad un panorama filosofico dei temi del diritto: si pensi al contributo intitolato *Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia* (1922)[3], in cui Cammarata segnala, in apertura, la posizione della Filosofia del diritto, che tende ad 'agevolare il cammino del giurista', e quella del giurista che, implicato tra le maglie della scienza giuridica, cerca di mantenersi 'puro' rifuggendo la filosofia del diritto.

La concezione di Cammarata presenta al panorama filosofico-giuridico una ragione per affermare "l'immanenza del tutto" nell'atto del pensiero (del pensiero in atto), con un itinerario che segna la inesistenza di limiti al pensiero che non siano posti dal pensiero stesso: «L'attualismo ha particolarmente insistito sulla logica inammissibilità di limiti *ab aeterno* condizionanti il pensiero: un'attenta riflessione, infatti, non tarda a rivelare come tali limiti vengano posti dal pensiero in se stesso, poiché, se fossero veramente irriducibili al pensiero, non potrebbero essere pensati e conosciuti»[4].

Già nel suo primo scritto – *La razionalità del diritto e il giusnaturalismo nella filosofia dell'immanenza assoluta* (1922)[5] – è fortemente presente l'impressione immanentistica, che trova la sua compiuta e organica enunciazione in *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*

[3] *Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia*, in questo Volume, 11 ss., da cui si cita.

[4] Id., *Formalismo giuridico* (1968), 353, nota 6.

[5] *La razionalità del diritto e il giusnaturalismo nella filosofia dell'immanenza assoluta* (1922), 1 ss.

(1925)[6], in cui evidente, ed esplicita, è l'influenza, sia dell'attualismo gentiliano, sia dello storicismo assoluto del Croce. Secondo la concezione immanentistica di Cammarata «l'unificazione del soggetto e dell'oggetto non è concreta […] se non nell'atto dello Spirito […] Questo il concetto fondamentale della odierna filosofia immanentistica: per cui la realtà è tutt'uno col processo auto creativo dello Spirito: e in quanto tale, non più molteplicità di enti staticamente concepiti, ma divenire: ossia storia»[7].

Nella maturità Cammarata, si allontana dal neoidealismo, sia del Croce, sia del Gentile, e nello studio sul *Formalismo giuridico*, pur continuando a prendere le mosse dall'immanenza, sviluppa una originale riflessione sul momento del pensiero, rispetto al quale *non vi sono limiti esterni*: «l'atto del pensiero – afferma Cammarata – è forma assoluta e sostanziale (perché costitutiva) della realtà […] ossia libertà, quale relazione originaria che si pone coattualmente ai propri termini – il pensante e il pensato – incondizionatamente, e generando in sé un contenuto eternamente nuovo, si realizza come esperienza pura nella individualità del conoscere, attività creativa»[8].

Tale distacco dalle matrici delle sue riflessioni giovanili è chiaramente dichiarato nella apertura introduttiva della ristampa dal titolo *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, ove Cammarata ammette di aver attraversato «una intensa meditazione, protrattasi parecchi anni»[9], che lo ha «indotto a rivedere, modificandole, quasi tutte le tesi sostenute in questi saggi: senza abbandonare, ben inteso, l'ispirazione immanentistica da cui avevo preso l'avvio»[10].

Nel Cammarata maturo, l'ispirazione immanentistica si manifesta, infatti, come rifiuto dell'intellettualismo, ma non dell'intelletto, allorché questo venga ad identificarsi con "senso comune", termine preferito agli omologhi «intelletto» o «coscienza immediata»[11].

Quando l'intelletto si coniuga col senso comune si ha, in Cammarata, l'esatta individuazione di un pensiero acritico, che prende sì le mosse da quell'idealismo "attuale" di Gentile […] ma dal quale diverge su alcune tesi, negando, anzitutto, la concepibilità di due o più "forme assolute dello Spirito", non potendosi ammettere coerentemente altra "forma assoluta"

[6] *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza* (1925), 31 ss.

[7] Id., *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, 39.

[8] Id., *Formalismo giuridico*, 354, nota 6.

[9] A.E. Cammarata, *Formalismo e sapere giuridico. Studi,* Milano, 1963, VI-VII.

[10] *Ibidem*.

[11] Id., *Formalismo giuridico*, 354, nota 5.

che non sia il pensiero in atto.

Si intravede, già qui, una sorta di preoccupazione, manifestata dal sottolineare *la realtà dei termini,* proprio perché posti dall'atto dello Spirito, anticipando quella che sarà poi *la definizione del divenire* come «coattualità dell'identità e della differenza»[12], che segna il distacco dalle discussioni sulla dialettica dei distinti e su quella degli opposti, superando così definitivamente ogni concezione idealistica della filosofia come sistema chiuso di categorie, diverse e comunque sia distinguibili tra loro[13].

3. *Scienze naturalistiche e scienze di cose umane*

Giova rileggere le pagine di Cammarata dedicate al rapporto tra scienza e filosofia del diritto e al «carattere particolaristico della scienza – ed è più esatto dire: delle scienze»[14], in quanto «ogni scienza […] è scienza particolare, perché, non raggiungendo l'autocoscienza, non vede come la totalità del mondo si risolva sempre nell'atto concreto dello Spirito: onde, per quanti sforzi egli faccia, lo scienziato non potrà mai abbracciare nella sua totalità il reale; e ciò perché, se il reale non è lo stesso pensiero, la sintesi scientifica più ampia cui si riesca a pervenire, proietterà sempre [...] un residuo fuori di sé e risulterà perciò inadeguata a cogliere totalmente questa realtà»[15]. Si dà, quindi, nella scienza, un pensiero pensante che si particolarizza 'intorno a se stesso', pur se «la considerazione del pensiero pensante ci dà solo la semplice identità, cui non possiamo fermarci perché il *divenire spirituale* non può concepirsi se non come *sviluppo dell'identico nel differente e del differente nell'identico*»[16].

Le "scienze naturalistiche" si distinguono, però, dalle "scienze di «cose umane»": queste ultime sono quelle che maggiormente avvicinano il pensiero filosofico sul diritto, mentre le prime segnano i tratti della datità, e possono quindi essere definite, quanto al diritto, scienze legali. Il nucleo della riflessione sta nel fatto che «l'indole classificatoria delle scienze esclude che tra esse possano annoverarsi le inesauribili storiografie volte a determinare, (mai, però, esaustivamente) nella loro singolarità,

[12] Ivi, 1014, nota 6

[13] *Ibidem*.

[14] Id., *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, 41.

[15] *Ibidem*.

[16] Ivi, 39.

"avvenimenti" nel tempo e nello spazio»[17], vale a dire «elementi del molteplice indeterminato»[18].

In altri termini, avvenimenti che costituiscono «sul piano del senso comune [...] la storia distinta, ma *relativa,* come oggettività dalla soggettività, dalle storiografie», dalle quali «esula [...] il formalismo che è proprio delle scienze mentre l'auto-identità che inerisce anche alle determinazioni unitarie, giustifica la possibilità, per le scienze, *humanum opus*, di essere oggetto di storiografia». La relatività della distinzione tra oggettività e soggettività è, tuttavia, provata dal fatto che «come oggetto di storiografia […] possono presentarsi le stesse storiografie»[19].

Ciò che, comunque sia, è importante distinguere è l'*«atteggiamento classificatorio»,* proprio delle scienze naturalistiche, dall'«atteggiamento storiografico», proprio delle *«scienze di cose umane»,* indipendentemente dall'oggetto di queste ultime, poiché «la singolarità come "individualità storica" […] trae il proprio preciso significato dall'esser posta come irreiterabile e irriproducibile, perciò atipica»[20], ovverosia mai compiutamente tipizzabile in schemi normativi.

Cammarata coglie come «la conversione della singolarità storica nella particolarità tipologica» sia «inevitabilmente parziale e perciò non può obliterare, sino al punto di non lasciarne alcuna traccia, la singolarità storica originaria: che pur confinata, per così dire, al margine residuo che l'astrazione generalizzatrice può progressivamente ridurre, senza però riuscire a eliderlo del tutto, è sempre in grado di provocare crisi modificatrici dell'ordine delle classificazioni»[21].

4. *Il diritto come mera forma logica e la norma come criterio esclusivo di regolarità*

Anche la Giurisprudenza è «scienza naturalistica», pur se «di *cose umane*, ossia dell'umana attività, e precisamente di quella che si chiama "attività pratica"»[22] e, al pari delle altre scienze naturalistiche, la Giurisprudenza

[17] Id., *Formalismo giuridico*, 357.
[18] *Ibidem*.
[19] Ivi, 357 s.
[20] Ivi, 358.
[21] *Ibidem*.
[22] Id., *Il concetto di diritto e la «pluralità degli ordinamenti giuridici»* (1940), 147.

non si occupa della storica individualità, venendo l'azione «storicamente individuata solo per eliderne tutto ciò che impediva di farla rientrare in questo o in quel *tipo* di "contegno"»[23].

In tal modo i vari concetti di classe che vengono individuati dalla scienza giuridica – i quali da par loro hanno «un contenuto che può dirsi storico»[24], poiché sono dei compromessi «tra lo schematismo proprio del concetto di classe e la considerazione storica – chiamiamola per intenderci (pseudo) storicismo – che ha fornito, per così dire, la materia prima della classificazione»[25] – devono essere «legati tra loro da una uniformità fondamentale»[26], che è propriamente il concetto di diritto, il quale dovrà necessariamente essere «astorico o metastorico»[27].

Ed ecco il punto veramente centrale nel formalismo di Cammarata: «a differenza […] dei concetti giuridici particolari, il concetto del diritto deve consistere *in una mera forma logica da cui sia assente ogni contenuto storico*»[28], dovendo la qualificazione giuridica, di conseguenza, essere «*fondata su un criterio astorico*»[29], e a «questa esigenza risponde pienamente il concetto di norma di condotta inteso come forma logica generale di un *rapporto tra norma e attività pratica come regola e regolato*»[30].

4.1. *La dottrina dei «caratteri differenziali del diritto» e la critica alla teoria (sociologica) di Kelsen*

Non a caso, bersaglio costante della critica di Cammarata sono sempre state la dottrina dei «caratteri differenziali del diritto», da un lato, e quindi il tentativo di ridurre la giuridicità alla statualità o alla socialità del fenomeno giuridico, vale a dire la sua riduzione alla coattività o coazione proprie delle norme statali o alla bilateralità (essendovi diritto ovunque vi sia una pluralità di individui la cui attività viene regolata), ma anche, dall'altro, la "visione sociologica" – così veniva definita la teoria kelseniana – che fa dipendere la giuridicità della norma dalla sussistenza di una sanzione.

[23] *Ibidem*.
[24] Ivi, 148.
[25] *Ibidem*.
[26] *Ibidem*.
[27] *Ibidem*.
[28] Ivi, 149.
[29] *Ibidem*.
[30] Ivi, 157, enfasi aggiunta.

Il confronto dialettico con Kelsen, e con la sua impostatura sociologica, presente in tutta la sua opera, è, infatti, esplicito ed evidente in uno degli ultimi suoi interventi, *Sulla concepibilità di un nesso logico tra «illecito» e «sanzione»*[31], del quale giova ripercorrere alcuni fondamentali passaggi.

La premessa ideale del ragionamento del Cammarata è la seguente: l'impalcatura teorica kelseniana si fonda su una discutibile «identificazione (priva di significato fuori da un certo indirizzo sociologico piuttosto antiquato) del diritto con una specifica tecnica sociale dell'impiego della forza rivolto ad ottenere la pace all'interno del gruppo: anzi, *tout court,* «"un certo ordinamento (o una certa organizzazione) della forza"»[32].

La stessa «rigorosa distinzione tra "metodo giuridico" e "metodo sociologico"», fondantesi sul «*Sollen*» riferito «in prima linea al comportamento del cosiddetto organo dello Stato», ha, per Cammarata, «qualcosa di "freudiano" quasi una inconscia reazione al "richiamo della (sociologica) foresta"»[33].

«Norma fondamentale e "struttura a gradi" dell'ordinamento giuridico, subordinazione della validità all'efficacia, possono sembrare cervellotiche escogitazioni, mentre non sono altro che sviluppi logici di un criterio che non è filosofico, che si pone chiaramente ancora di qua dalla giurisprudenza, e che forse è "scientifico" solo in sede genuinamente sociologica»[34].

E nello scritto *Annotazioni su Kelsen*[35], si legge che deve considerarsi «veramente sorprendente il candore con cui il Kelsen si è battuto per distinguere la scienza giuridica dalla sociologia, anzi da una non ben definita sociologia giuridica, senza il più lontano sospetto che, taglione, tecnica sociale o statale della forza, intervento dello Stato contro l'illecito per "raggiungere lo stato sociale desiderato", principio di effettività etc. siano nient'altro che criteri sociologici, e non della miglior qualità; che il c.d. ordinamento coercitivo è un "tipo" sociologico e solo con un salto mortale sul terreno della più elementare logica lo si può trasformare in *Rechtsordnung* espressione che dovrebbe servire indifferentemente a definire sia lo Stato che il diritto»[36].

Tuttavia, «una volta messa da parte la sociologia, l'impalcatura è

[31] *Sulla concepibilità di un nesso logico tra «illecito» e «sanzione»* (1967), 343 ss.

[32] Id., *Sulla concepibilità di un nesso logico tra «illecito» e «sanzione»*, 346.

[33] Ivi, 346 s.

[34] Ivi, 347.

[35] *Annotazioni su Kelsen* (1973), 379 ss.

[36] Ivi, 382.

destinata a cadere irreparabilmente»[37] e la insostenibilità della concezione kelseniana, fondatesi sulla sanzione, risulta con evidenza allorché si rifletta sulle conseguenze derivanti dalla conversione dell'assunto sociologico in un «"principio della conoscenza giuridica" – un criterio epistemologico, quindi! –», il quale «diventa, addirittura automaticamente, un canone, anzi il canone pregiudiziale che condiziona l'interpretazione della norma»[38].

Se la norma è giuridica, in quanto per la sua inosservanza sia prevista una sanzione, si avrà la paradossale conseguenza che «per quanto inequivocabile sia la dizione del testo legislativo, per quanto non possa sussistere il benché minimo dubbio che la norma abbia inteso obbligare un soggetto ad assumere, o non, un determinato comportamento, ove manchi la sanzione, la norma è da considerare, senza misericordia, *tamquam non esset*: sarà stata "prodotta" con tutti i crismi della legalità costituzionale, ma non vi è rimedio, la norma è nata morta, e non ha più senso parlare di quel comportamento come lecito o illecito: è "irrilevante", e basta! Si può immaginare l'imbarazzo dell'esegeta che veda sfuggirsi, ombra vana fuor che nell'aspetto, la "positività" della norma...»[39].

5. *Sulle figure di qualificazione giuridica e sulla primazia dell'obbligo*

Tornando a quello che è uno dei punti centrali della riflessione di Cammarata, la norma come criterio di regolarità, non si può non prendere in considerazione l'approfondito studio svolto nell'opera del 1936, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*[40], in cui la tesi della norma come criterio di regolarità trova ulteriore sviluppo, poiché si approfondisce come le figure di qualificazione giuridica, ossia l'obbligo, l'illecito e il potere (o facoltà), altro non sono che «i "modi" nei quali si *articola* la regolarità determinata dalla norma»[41].

Se le norme sono criteri esclusivi di regolarità, devono necessariamente considerarsi prive di fondamento, tanto la concezione imperativistica, quanto quella psicologistica: riguardate *sub species iuris* le norme non possono essere assunte né come comandi né come semplici motivi della

[37] Id., *Sulla concepibilità di un nesso logico tra «illecito» e «sanzione»*, 347.
[38] *Ibidem*.
[39] *Ibidem*.
[40] *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica* (1936), 261 ss.
[41] Id., *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, 287.

volontà – ossia un «fatto» che viene in considerazione «insieme a molti altri» – ma schemi o modelli ai quali ragguagliare le attività e le situazioni in cui queste operano o a cui danno luogo»[42].

Per Cammarata, inoltre, «una norma è giuridica non in quanto norma "sociale", "statuale" o "coattiva" e via dicendo, ma solo in quanto venga considerata in relazione obiettiva con una o più attività pratiche come unica ed esclusiva regolatrice di queste»[43].

Inoltre, la norma – ed è questo un punto particolarmente significativo – ha un «arbitrio formalmente illimitato […] nella determinazione dei presupposti della propria applicabilità»[44].

Pur non intendendo soffermarmi *funditus* nell'analisi delle figure di qualificazione giuridica, devo necessariamente ricordare che nella ricostruzione di Cammarata la "primazia dell'obbligo" ha sempre rappresentato la esplicazione stessa del concetto di norma giuridica. Se la norma è «giuridica solo in quanto criterio esclusivo di regolarità, e perciò forma *necessaria* della scelta», nel concetto di norma giuridica è già implicito il criterio che l'obbligo sia la forma di qualificazione giuridica preponderante sulle altre: tanto sulla qualificazione d'illiceità, quanto su quella della possibilità – o potere che si dica [...] Ed è questa la ragione per cui l'uniformità o regolarità di situazioni e di contegni, contenuta in una norma giuridica, non si pone sul medesimo piano ideale delle regolarità od uniformità dei "fenomeni", o "rapporti di fenomeni", comprese in una legge scientifica, ma si contrappone a queste ultime come regolarità o uniformità *deontologica*»[45].

---

[42] Ivi, 281. Per tale ragione Cammarata, sostiene, in *Positività del diritto e valore «pratico» della norma di condotta* (1930), 219 ss., che il "valore pratico della norma di condotta" non può essere confuso né con la sottoposizione ad un comando né, tantomeno, con la coazione psicologica e quindi con il timore della conseguenza giuridica. Partendo dal presupposto di ordine speculativo che l'azione è sintesi di libertà e necessità (p. 228), si afferma che la norma è elemento della situazione concreta in cui si agisce, di quella necessità di cui l'azione ha bisogno per potersi affermare come libertà di quel problema che la stessa azione è volta a risolvere: in quanto tale elemento, che viene sempre negato [*recte*: risoluto] nella sintesi sempre nuova dell'azione (p. 229).

[43] Id., *Sul fondamento del principio* «ignorantia juris non excusat» (1928), 183.

[44] *Ibidem*. Principio, quello ricordato nel testo, che permette a Cammarata di affermare anche il fondamento positivo, e di negarne quindi la natura di canone di logica giuridica, del principio dell'*ignorantia iuris non excusat*: lo «arbitrio formalmente illimitato della norma nel fissare gli estremi per la propria applicabilità, significa appunto *possibilità* – e non *necessità* – di escludere dal novero di tali estremi la conoscenza di sé medesima – *ignorantia iuris non excusat*; oppure di richiederla – *ignorantia iuris excusat*» (p. 187).

[45] Id., *Limiti tra formalismo e dommatica*, cit., 291.

Sul punto è, inoltre, interessante mettere in evidenza quanto già rilevato da Teresa Serra, ossia come, anche nella costruzione formalistica delle figure di qualificazione giuridica, emerga «la centralità dell'uomo e del suo problema morale rispetto a qualunque ente che voglia, attraverso il diritto come comando imporsi al di sopra del problema morale che è sempre personalissimo»[46]. In altri termini, il diritto non può mai essere inteso come «una norma che si imponga come comando rispetto all'io. La definizione della giuridicità non può quindi trovarsi nella positività dell'ordinamento ma semplicemente nella sua funzione di qualificazione»[47]. Allorché «si neghi radicalmente l'autonomia logica del criterio di qualificazione giuridica e si operi una commissione col punto di vista teleologico, si riduce il criterio di qualificazione giuridica ad una "sottospecie della considerazione politica"»[48]. In definitiva, il formalismo di Cammarata «mira a negare che la giuridicità della norma possa dipendere dalla sua fonte o dall'impiego della forza»[49].

Come ha modo di rilevare Gian Franco Lami, riflettendo sulle parole di chiusura di *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, tale studio «non intendeva limitarsi a delineare ripartizioni tematiche», con esso Cammarata mirava anche a negare spazio nella dimensione legalistica a motivazioni di indole morale[50]. Lo afferma chiaramente lo stesso Cammarata, quando scrive che l'intento era anche quello «di ribadire l'impossibilità di una impostazione in termini legalistici del problema morale. La posizione del rapporto tra norma e attività come regola e regolato, ha una propria logica interna, che è identica ed invariabile, quale sia l'origine della norma: e solo se si prendano per oro di coppella le generalizzazioni dommatiche dei giuristi, si può impostare il problema morale ricorrendo ad una classificazione di norme; il che significa scambiare l'empirico per il trascendentale, il contingente per l'eterno, il particolare per l'universale»[51]. Affermazioni, queste, che – come sottolinea ancora Lami – «sono, in sé, di una rara potenza suggestiva»[52].

La norma, dunque, è «forma – postulata, s'intende, come necessaria

[46] T. Serra, *A.E. Cammarata. La critica gnoseologica della giurisprudenza*, Napoli, 1988, 128

[47] Ivi, 129.

[48] *Ibidem*.

[49] *Ibidem*.

[50] G.F. Lami, *Forme logiche e scienza del diritto in Angelo Ermanno Cammarata*, Roma, 2001, 132

[51] A.E. Cammarata, *Limiti tra formalismo e dommatica*, cit., 324.

[52] Cfr. ancora G.F. Lami, *Forme logiche e scienza*, cit., 133.

–»[53] di scelta, e il criterio della scelta – come precisa nel 1966 – è in grado di chiarire la genesi di quel dover essere del comportamento in cui è il significato preciso di ciò che chiamiamo obbligo o dovere in senso legalistico[54].

Cammarata tornerà su tale aspetto nella voce *Formalismo giuridico*, affermando che «il passaggio dalla "regolarità" come "fatto" alla "valutazione in termini di regolarità" non era veramente giustificato, anche perché il significato di siffatta "regolarità" non andava oltre l'identità tipologica»[55]. Alla ricostruzione offerta nel 1936 mancava, infatti, il momento teleologico sul giudizio sulla legalità, «perché un "dover essere" da cui esuli totalmente ogni sottinteso teleologico (e salvo che lo si identifichi arbitrariamente, senza residuo, con una sollecitazione psicologica) rimane privo di vero significato valutativo»[56].

Così, mentre nella scelta effettiva del singolo non vi è distacco tra essere e dover essere, nella scelta programmatica, che è diversa dalla prima, la legge assorge a criterio di valutazione del comportamento sulla base, appunto, di una scelta che costituisce un "dover essere" distaccato dalla realtà ("essere") del comportamento. La scelta programmatica crea perciò un "dover essere" nel passato o nel futuro, esprimendo una preferenza per possibilità offerte in una determinata situazione di fatto passata o futura.

È proprio l'impersonalità e programmaticità della scelta compiuta dalla legge a spiegare come la legalità non si esaurisca nella semplice identità tipologica del comportamento al modello determinato nella statuizione – sul piano, cioè, del "fatto" – e si presenti altresì, sempre in vista di singoli "casi", quale valutazione di comportamenti (sulla distinzione tra fatti e casi tornerò tra brevissimo).

Come rileva lucidamente ancora Teresa Serra[57], nella costruzione di Cammarata, mediante la *scelta*, la possibilità trapassa nella necessarietà: attraverso la scelta, infatti, si passa «dalla regola come enunciazione programmatica del comportamento» (fatto) «alla norma come obbligo» (scelta) e, in tal modo, «l'obbligo stesso, in senso legale, è la necessità del comportamento adeguato allo scopo ortonomico» (valore).

[53] A.E. Cammarata, *Limiti tra formalismo e dommatica*, cit., 279

[54] Id., *Intervento alla «Tavola Rotonda sul positivismo giuridico»* (1967), 342.

[55] Id., *Formalismo giuridico*, 367, nota 15.

[56] *Ibidem*.

[57] T. Serra, *A.E. Cammarata*, cit., 101.

6. *Scopo ortonomico, valutazione nomotelica e valutazione teleonomica*

Ogni scelta converte la possibilità in effettualità. Mentre nella "scelta effettiva" il comportamento è "valutabile" in relazione alle alternative che costituiscono il problema attuale del soggetto, ossia alla "necessarietà" del comportamento rispetto allo scopo prescelto, nella "scelta programmatica", invece, il comportamento è "valutabile" in relazione alle alternative offerte da una scelta, ossia alla "necessarietà" del comportamento rispetto allo "scopo ortonomico", alla quale il soggetto può o non può aderire con la sua scelta effettiva.

Nella «valutazione dei comportamenti rispetto allo scopo ortonomico, i cui termini sono la liceità e la illiceità»[58], si identifica la «valutazione nomotelica»[59], ossia anche «valutazione *sub specie iuris*»[60].

Come rileva Teresa Serra, «il problema sul quale Cammarata si arrovella per anni è quello del passaggio dalla "regolarità" come "fatto", alla valutazione in termini di "regolarità", passaggio che non poteva essere spiegato se alla regolarità si dava il semplice significato di identità tipologica. L'introduzione dello scopo ortonomico e la definitiva accezione di obbligo come "necessarietà del comportamento adeguato allo scopo ortonomico" manifesta la mutazione del pensiero di Cammarata, il quale tende a sottolineare come la sua lunga riflessione gli abbia fatto maturare la consapevolezza del dover essere che necessariamente richiede l'integrazione teleologica del giudizio sulla legalità del comportamento in termini, però, che escludono ogni riferimento psicologico»[61].

La valutazione nomotelica, in definitiva, si muove tra i due termini della liceità e della illiceità, come adeguatezza o inadeguatezza del comportamento allo scopo ortonomico, ma non è la sola valutazione possibile del comportamento umano.

Secondo un diverso paradigma, il modo di comportarsi può essere valutato, movendo «dalla scelta (ovviamente programmatica) di un ordine, in una prospettiva di scopi, conseguibili in circostanze di tempo e di spazio determinate, da un soggetto (si tratti dello stesso soggetto optante o di altri); un ordine che si stabilisce con la prelazione di uno scopo, perciò "prevalente", rispetto al quale viene subordinato il conseguimento degli altri, sia che questi si pongano in concomitanza al primo, sia che si

[58] A.E. Cammarata, *Formalismo giuridico*, 367.

[59] *Ibidem*.

[60] *Ibidem*.

[61] T. Serra, *A.E. Cammarata*, cit., 129 s.

pongano come indifferenti o come inattuali»[62]. Si tratta della valutazione c.d. politica, «che ha nell'economia il suo aspetto quantitativo (senza che con questo perda la propria indole qualitativa) ma che meglio si definisce teleonomica».

La scelta programmatica di un ordine di scopi «implica la comparazione tra i modi possibili di comportarsi, in quelle date circostanze relativamente alla misura in cui ciascun modo si presenti adeguato al conseguimento dello scopo "prelato", in coordinazione, o meno, alla concomitanza degli altri scopi»[63], delineandosi, così, «attraverso tale comparazione, un ordine di convenienza tra i vari modi di comportarsi in quanto "mezzi" necessari in rapporto all'ordine prescelto tra gli scopi»[64].

Si hanno, in tal modo, un ordine degli scopi e un ordine dei comportamenti-mezzi in funzione del primo: un ordine di adeguatezza dei mezzi al fine "prevalente" sugli altri. Ed «è ovvio, allora, come il modo meglio adeguato si presenti quale un *prior*, la cui "necessarietà" costituisce il "dover essere", alla stregua del quale si giudica il comportamento effettivo che "sia stato" o "sarà" assunto»[65].

Questo giudizio valutativo è in parte simile al, ma in parte diverso dal, giudizio valutativo "nomotelico", condotto secondo il criterio dello "scopo ortonomico". Simile, perché condotto con riferimento a uno scopo (a un "dover essere"); diverso perché qui si tratta di «un "dover essere" che, inversamente, a quel che si è rilevato nella nomotelica, non appare fondato sulla statuizione di una legge, e si pone, invece, come unica legge del comportamento»[66]. Nella valutazione nomotelica la conformità alla norma è lo scopo del comportamento, in quella teleonomica il conseguimento dello scopo è la legge del comportamento.

Si potrebbe dire che, mentre ogni legge fissa lo scopo ortonomico conseguibile dal comportamento, e che vi sono tanti scopi ortonomici quante sono le fattispecie delineate dalle leggi, qui l'unica legge è quella del "massimo risultato conseguibile col minimo mezzo", alla quale «si richiamano continuamente gli economisti – e non soltanto questi»[67], è cioè quella che può definirsi «"norma ortotelica"», quale «espressione in termini di "massimo" e di "minimo", ma non in senso meramente

[62] A.E. Cammarata, *Formalismo giuridico*, 370.
[63] Ivi, 370 s.
[64] *Ibidem*.
[65] Ivi, 371.
[66] *Ibidem*.
[67] *Ibidem*.

quantitativo»[68].

Se il "dover essere" del comportamento discende dallo scopo ortonomico fissato nella legge, mentre la scelta teleonomica di un ordine di scopi genera la norma ortotelica che precede il "dover essere" del comportamento, la valutazione di liceità del comportamento propria della prima è inversa rispetto alla (e indipendente dalla) valutazione di convenienza del comportamento propria della seconda.

Se si considera, però, che la stessa distinzione tra "fatto" e "valutazione" è relativa, le due valutazioni, pur diverse e, in sé, indipendenti l'una dall'altra, non possono ritenersi insuscettibili di convergenza, «sicché, quando lo stesso comportamento venga valutato secondo l'uno o secondo l'altro criterio, non vi è parallelismo, ma subordinazione vicendevole tra le due valutazioni, perché il giudizio conclusivo secondo l'uno si pone come una "constatazione di fatto" rispetto all'altro, e viceversa: e ciò a prescindere dalla eventualità non infrequente che la "liceità" mal si accordi alla "convenzione" e questa alla prima»[69]. Uno stesso comportamento valutato come "lecito" o "illecito" (assunto come fatto) può essere ritenuto teleonomicamente inadeguato o adeguato, e viceversa uno stesso comportamento valutato come adeguato o inadeguato (assunto come fatto) può essere considerato "lecito" o "illecito" secondo la valutazione nomotelica.

Cammarata qui si ferma, non prosegue in una «analisi completa dei rapporti tra le due valutazioni», si limita ad «un confronto *ab estrìnseco*»[70] e rileva che «la teleonomica, col muovere dalla scelta di un ordine in una pluralità, sia pur virtuale, di scopi, si presenta con una "corpolenza" – per dirla col Vico – che può essere anche scambiata per autentica "concretezza", accentuandosi così la cosiddetta astrattezza della nomotelica, il cui "orizzonte" appare ristretto al trapasso dalla situazione iniziale alla situazione successiva posti in essere col comportamento – commissività ed emissività dell'obbligo e limitazione, attraverso lo scopo ortonomico, della variabilità degli scopi personali del soggetto obbligato: sicché il formalismo della legalità può apparire sinonimo di "rivestimento esteriore" privo in sé di un proprio specifico "contenuto"»[71].

Da ciò è facile trarre la conseguenza di «considerare gran parte delle leggi come "sovrastrutture" essenzialmente strumentali rispetto alla politica e all'economia», onde si ritiene comunemente che «le valutazioni teleonomiche si traducono in "moventi" della scelta effettiva, per cui il

[68] *Ibidem*.

[69] Ivi, 371 s.

[70] Ivi, 372, nota 17.

[71] *Ibidem*.

loro "peso" psicologico oltrepassa di gran lunga quello delle valutazioni nomoteliche», dimenticando peraltro «che ogni comportamento effettivo perde la propria individualità storica quando viene ridotto a semplice "riproduzione" o "applicazione esemplare" di un qualsiasi modello di legalità o di convenienza»[72], presentandosi sempre – potrebbe aggiungersi – come "*token*" del "*type*" comportamentale.

Cammarata chiarisce – «nel mettere allo scoperto le radici del legalismo e dell'utilitarismo, la relatività insuperabile delle due valutazioni»[73] – che nella prospettiva, tanto della teleonomica, quanto della nomotelica, si ha però sempre a che fare con scelte, che sono sempre scelte «programmatiche (e tale carattere è rivelato dalla presenza, nell'una e nell'altra, dell'elemento regola) che l'intelletto, nel suo eterno oscillare tra subiettività ed obiettività, oppone alla scelta, effettiva, quella cioè che gli garantisce l'individualità storica del comportamento e che, appunto per ciò, non coincide né s'identifica con la pura e semplice riproduzione di una scelta programmatica. La valutazione del singolo comportamento riferito alla norma ortotelica o allo scopo ortonomico presuppone appunto la riduzione dell'individualità alla tipicità: ma ciò significa che il momento dell'individualità non può mancare, anche se questa è suscettibile secondo quanto si è già osservato, di essere sussunta in un tipo, o di essere sollevata a tipo di altri particolari ridotti anch'essi alla identità. E poiché l'intelletto pone un rapporto tra scelta e alternative, tale che l'una non ha senso senza le altre, un nesso indissolubile per cui l'una cade nel vuoto senza le altre e queste si annullano vicendevolmente senza quella, è chiaro come le alternative oggetto delle scelte programmatiche siano programmatiche anch'esse»[74].

7. *La centralità dei casi come problemi umani e la distinzione (relativa) tra fatto e valutazione*

Altro punto fondamentale nella riflessione giuridica di Cammarata, è la "centralità" dei "casi" come "problemi umani", unitamente al problema della definizione del "diritto". Proprio la "centralità dei casi", imprescindibile nella Giurisprudenza, ha indotto Cammarata – come si

[72] *Ibidem*.
[73] Id., *Formalismo giuridico*, 372
[74] Id., *Annotazioni su Kelsen*, 390.

diceva – alla seguente ammissione, incentrata sul 'rivedere' molte delle sue 'vecchie posizioni': «malgrado il continuo richiamo alla relatività della distinzione tra "fatto" e "valutazione", il mancato approfondimento del senso preciso di quest'ultima mi ha condotto infine a scindere i "fatti", che le varie, storiche sistemazioni nozionali del sapere giuridico cercano di descrivere classificatoriamente, dalla loro connessione a quell'elemento valutativo che si inserisce col sorgere dei "casi", nei quali si consuma – oserei dire – l'esperienza giuridica propriamente detta».

Un'opposizione o una scissione tra fatto e valutazione che si è rivelata insufficiente o impropria, perché «mi sembra oggi che il *suum genus* cui sono riconducibili quei "fatti" non possa cogliersi in un "concetto del diritto" al quale manchi (come nella definizione da me proposta) la nota relativa all'elemento assiologico»[75], e quindi il piano valoriale che si delinea nella originalità di ogni caso 'umano'.

Si tratta di una "svolta" nel pensiero di Cammarata, che però – come si è già detto – non è un abbandono della "ispirazione immanentistica" della sua filosofia, che pur lo aveva condotto, in un primo tempo, alla «convinzione che, una volta definita "astratta" la idea di un "dover essere" del comportamento, non potesse sorgere alcun problema filosofico[76].

Da qui la già richiamata definizione del diritto, come rapporto di valutazione esclusiva tra regola e regolato, e della norma giuridica intesa solo quale "criterio esclusivo di regolarità" del comportamento, si rivelano del tutto insufficiente.

Il formalismo, insomma, privato dell'«elemento assiologico», nucleo della singolarità del caso umano, si risolve in «una descrittiva a sfondo logicistico, relativa pressoché esclusivamente a "fatti"»[77] e non ai «"casi" come "problemi umani"»[78]. La centralità di questi apre in Cammarata una riflessione profonda tra *legalità, giustizia ed equità* nell'interpretazione e nell'applicazione delle leggi, e questo appare – in Cammarata – il passaggio veramente fondamentale: «i "casi", comunque tipizzati e classificati, non possono perdere la loro realtà storica di problemi umani, come problemi individuali di comportamento: tra la soluzione del caso come problema di "legalità" e la soluzione del problema individuale, non potrà mai eliminarsi uno scarto, non foss'altro perché la soluzione ipotizzata dalla legge non può coincidere interamente con la situazione storica in cui sorge il caso,

[75] Id., *Formalismo e sapere giuridico,* cit., VI.

[76] Ivi, VI-VII.

[77] Ivi, VII.

[78] Id., *Formalismo giuridico*, 359 s.

sicché la soluzione di quest'ultimo, esaurendosi nella sua sussunzione in un paradigma normativo che lo rende identico ad altri e differente da altri, oppure assumendolo come un tipo sul quale potranno modellarsene altri, sarà inevitabilmente una soluzione – quando lo sia – soltanto parziale del problema umano»[79].

Dunque, la valutazione del "caso" non può identificarsi con la qualificazione-valutazione esclusiva del fatto, proprio perché il "caso" non è, *sic et simpliciter,* un fatto, ma lo è solo in quanto sia connesso con l'elemento valutativo nell'«esperienza giuridica propriamente detta»[80].

Anche a traverso questa distinzione tra mero "fatto" e "caso", Cammarata precorre significative elaborazioni della dottrina giuridica, particolarmente rilevanti in tema di interpretazione e applicazione delle leggi. Infatti, «Nel campo del diritto non si ha a che fare con "meri fatti", come possono essere quelli oggetto di osservazione delle scienze naturali o delle scienze sociali descrittive (come la sociologia nella sua forma più elementare), analizzabili in termini quantitativi e descrittivi e comprensibili, quando si è in grado di comprenderli, alla stregua delle leggi di causalità. Il diritto ha a che fare con "fatti umani", comprensibili in tutt'altro modo, cioè secondo *categorie di senso e di valore.* I "fatti umani", intesi nel loro senso e nel loro valore, forniscono all'interprete del diritto i "casi" da regolare giuridicamente e questi "casi" ... sono densi di aspettative normative»[81].

Interessante sul punto è, ancora, la notazione di quel 'primo' Cammarata secondo la quale «i limiti oltre i quali cessa del tutto la *subiectio* [...] non possono essere stabiliti che attraverso l'interpretazione della norma: interpretazione che è sempre dominata da uno "spirito" coerente all'indole e alla funzione storica delle norme»[82].

In questa prospettiva lo stesso Autore già nel 1932, nel suo saggio *Sulla cosiddetta coattività delle norme giuridiche*[83], arriva a preconizzare quella distinzione tra disposizione e norma che grande impatto ha avuto nel dibattito costituzionalistico e soprattutto nella teoria dell'interpretazione. In quelle pagine si legge, infatti, che «Talvolta, per altro, si scambia con la sanzione la norma che assume come ipotesi di fatto la violazione

[79] *Ibidem*.

[80] Id., *Formalismo e sapere giuridico,* cit., VI.

[81] G. Zagrebelsky-V. Marcenò, *Giustizia costituzionale,* Bologna, 2012, p. 85.

[82] A. E. Cammarata, *Formalismo e sapere giuridico,* cit., p. 413, nota 19.

[83] Id., *Sulla cosiddetta coattività delle norme giuridiche* (qui nella versione del 1953, ma già pubblicato però nel 1932), 233 ss.

dell'obbligo imposto da un'altra norma. È questo un equivoco, dovuto alla confusione tra norma e disposizione di legge (articoli, paragrafi) potendo benissimo una disposizione contenere più di una norma e, viceversa, potendo una norma risultare dalla combinazione di più disposizioni. Ciò che determina la sussistenza della norma è la specificazione della situazione di fatto e delle relative conseguenze giuridiche»[84].

Ritornando al tema della centralità dei casi, proprio perché la soluzione di questi ultimi non può che essere una risposta soltanto parziale del problema umano, si registrano quelle «continue incrinature [...] nell'apparato normativo [...] che presto o tardi si riflettono nel sistema delle classificazioni scientifiche»[85]; al punto che Cammarata arriva ad affermare che le leggi, come tali, sono inevitabilmente "imperfette"; e «questa "imperfezione" intrinseca alle leggi (quanto intrinseco ad esse è il formalismo) è all'origine […] delle critiche perpetuamente insorgenti nei riguardi dell'estensione del contenuto dispositivo di certe leggi, per ciò stesso che le leggi nella loro molteplicità, mentre "livellano" nell'identità paradigmatica serie infinite di situazioni (e di comportamenti) differenti, le rendono differenti da altre serie livellate nella stessa guisa»[86].

8. *La "scelta" e l'indissolubile connessione tra legge e spazio della libertà*

Come è in parte già emerso, nel pensiero di Cammarata, un posto particolare ricoprono i temi delle alternative, della scelta e dello scopo: si parte dalle prime, che, infatti, «condizionano l'attività stessa del soggetto, definibile propriamente come iniziativa, e che, però, la disperderebbero, annullandola, in una equivoca pluralità di direzioni, senza la scelta: preferenza ed esclusione, cioè, che limitano "regolandola" univocamente l'iniziativa (e in questo senso può dirsi che la scelta ne costituisca la "legge") con l'elezione di uno scopo del comportamento, ponendo così un rapporto di necessità tra il comportamento – il "mezzo" per eccellenza – e lo scopo»[87].

La "scelta", dunque, è la "legge dell'iniziativa del soggetto", nucleo del pensiero filosofico-giuridico.

Non è un caso, infatti, che il contributo più importante della riflessione

[84] Ivi, 241.

[85] Id., *Formalismo giuridico,* 360.

[86] *Ibidem*.

[87] Ivi, 364.

dell'ultimo Cammarata stia nella sottolineatura della «indissolubile connessione tra legge e libertà». Nella *Presentazione degli Scritti di Condorelli*[88] si legge che va riconosciuto a quest'ultimo il merito di aver ripreso «un concetto (sfuggito a tanti scrittori, non escluso lo scrivente, rimasto troppo attaccato ad un criterio meramente logicistico, ma oggi ricredutosi) veramente fondamentale, ossia l'indissolubile connessione tra legge e libertà. Il riconoscimento, insomma, della libertà come presupposto inderogabile di ogni valutazione della condotta umana, sia che questa venga considerata in relazione ad una legge, sia ad uno scopo: purché [...] la libertà non venga intesa come un *quid* negativo, il residuo di una limitazione della causalità (com'è rimasto in Kant), bensì come iniziativa e scelta, in cui consiste il significato profondo di quella "accettazione" di cui ha parlato il Nostro [Condorelli] per fondarvi l'*auctoritas*, implicita in ogni norma che si presenti come tale alla coscienza individuale»[89].

Come aveva già avuto modo di chiarire, infatti, la «realtà si realizza tra alternative: ed è questo il significato di quella libertà che l'intelletto postula quale principio costitutivo di quel mondo che gli risulta essere «"certamente stato fatto dagli uomini"». Sicché la necessarietà di cui si è parlato relativamente alle valutazioni teleonomiche e nomoteliche non può essere altro che necessarietà opzionale: né altrimenti potrebbe definirsi il valore, che l'intelletto oppone al comportamento come fatto. Diviene allora evidente come il postulato su cui si fonda il sapere, identificantesi ed unificantesi con l'esperienza giuridica, per ciò stesso che è inconcepibile senza una scelta – la scelta assionomica –, appare piuttosto un corollario del postulato della libertà»[90].

Del resto, in relazione al problema della giustizia e del diritto naturale, pure affrontato in alcuni specifici scritti dal Cammarata[91], quest'ultimo, sempre nella *Presentazione degli Scritti di Condorelli*, arriva veramente alla conchiusione – e significativamente sono le sue ultime parole scritte – che giustizia, equità e diritto naturale sono tutti «aspetti della "critica della legge", ossia di un insopprimibile – e perciò eterno – atteggiamento della coscienza umana»[92].

[88] *Presentazione degli Scritti di Condorelli*, (1970), 373 ss.

[89] Id., *Presentazione degli Scritti «Sul diritto e sullo Stato» di Orazio Condorelli*, 376.

[90] Id., *Annotazioni su Kelsen*, 390.

[91] Id., *Studi sul problema del diritto naturale*, 249 ss. e *Giusnaturalismo e «critica delle leggi» in rapporto alla distinzione tra giustizia ed equità* 327 ss. (nel quale sviluppa tesi già presenti nel primo scritto).

[92] Id., *Presentazione degli Scritti «Sul diritto e sullo Stato»*, cit., 377.

1.

LA RAZIONALITÀ DEL DIRITTO E IL GIUSNATURALISMO NELLA FILOSOFIA DELL'IMMANENZA ASSOLUTA

1. Nel profilarsi sull'orizzonte delle discipline speculative, la Filosofia del diritto fu una teorica del diritto naturale, elaborazione, cioè, di un diritto meramente ideale, modello e criterio di valutazione delle leggi storicamente esistenti ed esistite. Ed è noto come un tal carattere si sia cercato di conservarlo durevolmente, anche quando la scuola storica tedesca e, successivamente, il positivismo, sembrarono aver inferto fierissimi colpi alle radici del giusnaturalismo[1]. Senonché, tanto il positivismo quanto la scuola storica di Hugo e di Savigny, lasciarono insoddisfatte tutte quelle esigenze di pensiero rampollanti da quei motivi ideali, tutt'altro che trascurabili, in cui il giusnaturalismo trovava un certo appiglio. Di qui il ripresentarsi, in questi ultimi tempi, della concezione giusnaturalista, e specialmente ad opera di alcuni valenti studiosi italiani[2] che, abbandonata per sempre l'ipostasi di un immaginario stato di natura, hanno cercato d'inquadrare il diritto nella concezione dualistica del fatto e del valore, o, che è lo stesso, dell'essere e del dover essere, del reale e del razionale: il nucleo, cioè, di quella corrente filosofica che ha i suoi più autorevoli rappresentanti in Germania: la filosofia dei valori[3]. In questa dottrina, il

* Pubblicato in *Giornale Critico della filosofia italiana*, 2/1922, pp. 163-172.

[1] Su certi punti di contatto tra la scuola storica tedesca e il positivismo, cfr. Brugi, *I Romanisti della scuola storica e la Sociologia contemporanea*; Vanni, *I giuristi della scuola storica di Germania*, nei *Saggi*, Bologna, 1906, I, pag. 203.

[2] Cfr. Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905, pag. 31 e segg.; *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906, pag. 62, 67; *Il concetto della natura e il principio del diritto*, Torino, 1908, *passim* e spec. pag. 79 e segg.; Bartolomei, *Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto*, Roma, 1901, *passim* (il quale, però, non si contenta dell'espressione «diritto naturale» che vuol sostituita con l'altra «Giustizia»); *Le ragioni della Giurisprudenza pura*, Napoli 1912; *Lez. di Filosofia del diritto*, Napoli 1917, Cap. I e II; Ravà, *I compiti della filosofia di fronte al diritto*, Roma, 1907; *Il valore della storia di fronte alle scienze naturali e per la concezione del mondo*, Roma, 1909.

[3] Sulla filosofia dei valori (Windelband, Rickert, Banch, etc.) si vedano i saggi critici di G. Gentile, *Il valore della storia* (a proposito del lib. del Ravà ult. cit.) e *Il formalismo assoluto*, nel vol. *La riforma della dialettica hegeliana*, Messina, 1913, pag. 168-82; v. anche Croce,

diritto naturale si atteggia di fronte al diritto positivo, ossia al diritto della realtà storica, come il razionale di fronte al reale, il *Sollen* di fronte al *Sein*.

2. Una vigorosa affermazione di questo punto di vista si trova nella recente prolusione di un illustre cultore della filosofia giuridica italiana, il prof. Del Vecchio[4]. Pigliando le mosse da un problema che molto interessa i giuristi, la determinazione di quei «principii generali di diritto», cui il nostro legislatore rinvia il giudice quando una controversia non possa risolversi in base alle norme vigenti nemmeno col ricorso all'analogia, il Del Vecchio sostiene calorosamente che tali principii, lungi dal potersi ridurre ad una semplice serie di generalizzazioni del contenuto delle norme giuridiche particolari, debbano sopratutto intendersi come principii razionali ed universali, che sovrastano ai sistemi giuridici, se questi non vogliono cadere nell'irrazionale; in poche parole, si tratterebbe dei principii di diritto naturale. Del che il Del Vecchio ha voluto darci una riprova, mostrando quanto sia imbevuta di criteri giusnaturalistici la nostra legislazione e quanto fecondi siano stati gli stessi criteri nella costruzione di alcune teorie giuridiche; elaborati, come furono, dalle scuole del *ius naturae*, ed in cui sarebbero pur visibili le tracce della romana giurisprudenza che più volte ed esplicitamente si richiamò ad una *naturalis ratio* eterna ed immutabile.

Certamente, la disposizione riguardante i principii generali del diritto deriva da legislazioni che esplicitamente ammisero e si richiamarono al diritto naturale come fonte sussidiaria; come pure è inoppugnabile l'origine giusnaturalistica di molti principii informatori della nostra legislazione. Il dissenso nasce – e non può non nascere – al momento di determinare la natura di siffatti principii: che per il Del Vecchio non sono gradi o momenti, ma termini di sviluppo: l'idea trascende il fatto, e, pur non generandolo – ché altrimenti si riprodurrebbe la posizione platonica – gli è sopraordinata. Questa idea o ideale, sarebbe appunto il diritto naturale. Vero è che in qualche punto il Del Vecchio sembra voler prendere altre direttive, là p. es., dove afferma sulle orme del Vico che «lo stesso spirito umano genera il diritto e come fenomeno e come idea». Da ciò potrebbe agevolmente inferirsi che quel «sopra» dell'idea, non potendo essere concepito in senso spaziale né nel senso di antecedenza cronologica,

I giudizi di valore nella filosofia moderna, nel *Saggio sullo Hegel*, Bari, 1913, pag. 407-21; De Ruggiero, *La filosofia dei valori in Germania*, in *Critica*, a. 1911 e 1912; *La filosofia contemporanea*, Bari, 1920, I, pag. 78 e segg.

[4] G. Del Vecchio, *Sui principii generali del diritto*, Modena, 1921.

risulta in termini speculativi un «dentro»: idea immanente, quindi e non già trascendente. Ma a questa risoluzione del fatto nell'idea, il Del Vecchio non vuole certamente arrivare, altro essendo per lui il concetto o forma logica universale del diritto ed altro l'ideale o criterio deontologico del diritto medesimo[5].

3. Una concezione siffatta, cui non può negarsi per altro il merito della chiarezza, non è certamente ammissibile dal punto di vista immanentistico: il suo difetto principale è l'evidente antistoricismo. È chiaro, infatti, che un valore o ideale trascendente riduce la storia ad un mero *progressus ad finitum* qualora lo si postuli come adeguabile, sia pure in un futuro lontanissimo, dalla realtà storica; che se invece l'ideale si ponga per definizione come irraggiungibile, si avrà l'altra figura, non meno difettosa, del *progressus ad infinitum*[6]; l'una e l'altra ipotesi affatto lontane dal vero concetto della storia, come svolgimento ed accrescimento dello Spirito su se stesso, infinito eternamente finientesi, e però sempre definitivo e sempre da superare. Egli è che il giusnaturalismo moderno – che si presenta, giova notarlo, come correzione e superamento del giusnaturalismo classico, cui vuole ricollegarsi – non ha ancora attinto il reale valore dello Spirito nella cui eterna attualità creativa si mediano tutte le antinomie che appariscono nella coscienza empirica[7].

4. È chiaro, quindi, come nemmeno la filosofia neo-kantiana riesca ad offrire una solida base al diritto naturale: come non vi riuscirà alcuna

[5] Non condivido, perciò, l'interpretazione quasi immanentistica che il Maggiore (*Riv. int. di Filosofia del diritto*, I, pag. 167-70) vuol dare alla prolusione del Del Vecchio: non c'è alcun passo che presenti contrasto od una qualsiasi divergenza con la concezione giusnaturalistica che il D. V. ha sviluppato nelle opp. già cit. Mi sembra anzi che tale concezione egli abbia voluto esporre al cimento di un problema strettamente tecnico-giuridico: dimostrando, per altro – e qui non possiamo che sottoscrivere a due mani – quanto assurdo sia il precetto che va diffondendosi, in questi ultimi tempi, presso alcuni nostri giuristi, quello cioè che per essere «puri giuristi» sia necessario dar l'ostracismo a tutto ciò che abbia sapor di filosofia.

[6] Cfr. Croce, *Teoria e storia della Storiografia*, Bari, pag. 72-3; Maggiore, *Se il diritto progredisca*, nel *Filangieri*, XLIV, (1919) pag. 383. E ancora, del Croce, *Il concetto del divenire*, nel *Saggio sullo Hegel*, pag. 149-75.

[7] Intorno all'antinomia fondamentale su cui si fonda il neo-kantismo tedesco, tra *Sollen* e *Sein*, mi sembra definitiva la critica del Gentile nei due saggi citati.

filosofia, fino a quando il diritto naturale si concepisce come archetipo fisso ed immutabile cui la realtà storica or si adegui, or no[8].

Pur tuttavia, ripugnerebbe allo spirito di una filosofia come quella dell'immanenza assoluta un rigetto nudo e crudo dell'istanza giusnaturalistica, senza renderci conto, cioè, di quei motivi ideali che la suscitarono e, conseguentemente, di quegli elementi di vero che vi si possono conseguire. L'errore, del resto, non è mai pensabile come tale: e qualora s'intenda la verità come il pensiero nella sua attualità, si troverà bensì che l'errore è ciò che la verità oppone a se stessa nell'atto del suo prodursi: ma se lo oppone in quanto le è interno e ne fa perciò un momento logicamente anteriore di sé medesima. In questo senso è da intendersi il concetto che l'errore è del pensiero pensato; ossia già pensato.

Non basta, quindi, rievocare la satira hegeliana contro l'astratto dover essere e contrapporre al giusnaturalismo il celebre *was vernünftig ist, das ist wirklich, und was wirklich ist, das ist vernünftig*: questa formula sarà il simbolo di una soluzione, se vuolsi per Hegel, ma un problema per noi che abbiamo il dovere di potenziare quella eredità che ne accettiamo. Bisogna vedere, insomma, il reale significato della negazione di un ideale trascendente il processo storico in cui il diritto vive.

Come va intesa e rettificata, allora, in termini di storicismo assoluto, l'istanza giusnaturalista? E sopratutto: qual è il vero problema filosofico che vi si nasconde? Una indagine siffatta non crediamo possa dirsi inutile, dato che sin oggi ci siamo sbarazzati del problema con l'irrisione di ogni teorica che pretenda irrigidire il transeunte, ed affermando *tout court*, o quasi, l'unità del diritto positivo e del diritto ideale; senza troppo curarci di un'accusa che da tante parti e con tanta insistenza si è rivolta e si continua a rivolgere contro l'immanentismo, quella, cioè, di essere una filosofia che si risolve nell'adorazione del fatto compiuto: quella stessa accusa rivolta all'hegelismo e al positivismo, che anzi – strana *coincidentia oppositorum*!– furono sotto questo punto di vista, affratellati.

5. Per spiegarci come sorga il giusnaturalismo, occorre por mente al concetto che si è avuto, quasi sempre, del diritto: come norma, legge, ed

[8] Quel «diritto naturale a contenuto variabile» (noi diremmo meglio: storicamente determinantesi) costituisce una negazione del giusnaturalismo classico, per ciò stesso che introduce un criterio storicistico affatto incompatibile con la concezione classica del diritto naturale. Contro questa corrente, che fa capo allo Stammler, valgono pienamente quelle osservazioni che facciamo in fine, a proposito dell'unità di diritto positivo e diritto ideale.

insomma come *voluto*[9]. Ma il voluto non può restare mero voluto: esso deve, sotto pena di annullarsi, essere ritradotto nel volere attuale. Quando però lo Spirito ha superato quel grado di razionalità – ossia, di bontà – in cui il voluto si era generato, è tratto *eo ipso* a svalutarlo, considerandolo come ostacolo frapposto alla sua libera realizzazione. Un conflitto viene allora a manifestarsi tra la razionalità che diviene e quella razionalità in cui il voluto si era affacciato nella storia: in questo momento la prima non riconosce ancora nell'altra un momento di se medesima: quindi se la oppone, ed opponendosela si pone come assoluta razionalità che deve ad ogni costo trionfare della sua avversaria. Quest'ultima viene ad atteggiarsi, allora, come negazione di ogni razionalità: cosi sorge l'antitesi di diritto storico e di diritto razionale e naturale. Ecco il motivo proprio del giusnaturalismo, come pure quelle ideologie che mirando ad un assetto perfettissimo ed insuperabile dell'umanità pretendono implicitamente di poter segnare, una buona volta, l'arresto della storia: che è quanto dire la morte dello Spirito. Tale antistoricismo non è perciò qualcosa d'inesplicabile: le sue radici sono nelle leggi eterne che lo Spirito pone a se stesso: di qui il continuo superamento e il continuo ripresentarsi di tali ideologie, in cui può dirsi che consista – sembra, un paradosso, ma è la realtà – tutta la forza fecondatrice della storia ch'esse recano in sé. Egli è che nel momento del conflitto, con la svalutazione del fatto, del divenuto, l'ideale – ossia lo Spirito medesimo in questo nuovo atteggiamento – non solo sembra obliare che quel fatto fu già un *farsi* e quindi razionalità e spiritualità anch'esso: ma si pone altresì come alcunché di assoluto e definitivo: e definitivo esso è realmente senza che si sottragga, per altro, a quella legge, ch'è la sua stessa vita, il divenire. E non vi si sottrae perché, realizzandosi, pone con sé le condizioni e l'esistenza di un progresso ulteriore: con che il conflitto è sempre pronto a riaccendersi. Conflitto eterno, dunque, sempre risoluto e sempre riacceso; ciò che non è, poi, peculiarità del diritto, ma legge dello Spirito: l'antitesi storica di diritto positivo e diritto naturale può dirsene un episodio.

6. Ma ciò non basta: bisogna mettere in luce un'altra difficoltà cui va incontro il giusnaturalismo. Se il diritto è un mero voluto, è chiaro che i predicati giusto ed ingiusto debbono restare inapplicabili: il voluto è natura[10].

[9] Cfr. Gentile, *I fondamenti della Filosofia del diritto*, Pisa, 1916, pag. 59.
[10] Cfr. Gentile, *I fondamenti* etc., cit pag. 67.

Il problema della Giustizia – o, che è lo stesso, della Moralità – non può sorgere che di fronte all'azione concreta: la legge, cioè va considerata come azione effettiva di quelle individualità storicamente determinate che la formularono o che la eseguirono. E allora, se ciò è vero, prima di giudicare come irrazionali le istituzioni giuridiche di un determinato periodo storico non bisogna guardare alle leggi scritte, ma sopratutto al modo concreto in cui quelle leggi si attuarono. Da ciò possiamo senz'altro affermare che sotto il diritto naturale, si cela, malamente risoluto, il problema del male[11].

Ma ha il male esistenza positiva? Il male non è altro che un momento di razionalità inferiore giudicato da un momento di razionalità superiore, perché lo Spirito non può attuarsi che come bene, ossia come assolutezza ed universalità: l'irrazionale come mero irrazionale è inconcepibile, Ciò che si disse, insomma della verità e dell'errore, può ripetersi a proposito del bene e del male. Ora, se la storia è la vita stessa dello Spirito, se questo è assoluta razionalità, il diritto che è un aspetto di quella può esser considerato come qualcosa che sia a capriccio ora razionale ed or no? Il razionale, è vero, non è concepibile che come vittoria sull'irrazionale: ma quest'ultimo non potrebbe opporsi al primo, se non fosse sostanziato della stessa carne e dello stesso sangue del suo insopprimibile vittorioso avversario.

Ed allora, quando si dice irrazionale una certa istituzione giuridica, bisogna tener presente che tale irrazionalità non è altro che una razionalità oltrepassata: e ciò vuol dire che guardata nell'attualità del suo vivere – se realmente è vissuta o vive – non poteva essere un mero prodotto dell'arbitrio: era razionale, perché sorretta e collegata a condizioni storiche da cui non potevasi prescindere. Ma si badi bene che chiamandola razionale non s'intende dire che era od è perfetta e insuscettibile di perfezionamento ulteriore: un simile concetto della razionalità è assurdo perché antistorico. Finché, quindi, ce ne restiamo al momento dell'opposizione, la razionalità oltrepassata – e perciò inferiore – ci apparirà come irrazionale di fronte a quell'unica razionalità che è la razionalità attuale (quella appunto in base alla quale ci poniamo a giudicare); ma in questo modo non porremo mente al processo per cui la seconda si pone come sviluppo e superamento sulla prima e la storia ci si renderà inintellegibile come progresso. La razionalità del diritto non consiste nella sua conformità ad un archetipo di perfezione avulso dal processo storico in cui il diritto vive, ma in ciò ch'esso non

[11] Finché si resti nella posizione naturalistica, che vede nella storia un succedersi caotico di azioni di una molteplicità sparpagliata d'individui, l'opposizione del bene e del male è irresolubile (non è, cioè, vera opposizione in senso dialettico): la presenza dell'uno significa l'assenza dell'altro. Giova notare però che in una posizione siffatta, risolventesi nella duplice entificazione del bene e del male, la differenza tra questi rimane abbandonata all'arbitrio.

può non attuare quella razionalità immanente alla coscienza universale nel suo eterno prodursi. In altri termini, se è vero che le istituzioni giuridiche non possono non essere legate agli atteggiamenti della coscienza propri del periodo storico in cui esse vivono, è chiaro che non al diritto ma alla coscienza spetterebbe la colpa di una ipotetica irrazionalità: ossia, si dovrebbe proclamare irrazionale ciò che è criterio di ogni razionalità: la coscienza medesima, guardata nell'attualità del suo vivere. E ciò è assurdo. Riassumendo: la razionalità del diritto non è qualcosa d'immediato che se ne stia *ab aeterno* a contemplare il processo storico in cui il diritto medesimo si attua o ad esserne contemplata, ma viceversa si realizza per gradi in quello stesso processo: gradi, s'intende, non già di approssimazione ad una finalità estrinseca, bensì momenti di sviluppo in ognuno dei quali si potenzia ogni razionalità preparandosi l'avvento di una razionalità più alta.

7. Può dirsi ora che un concetto simile della razionalità del diritto si riduca ad una pura e semplice «adorazione del fatto compiuto»? Se l'immanentismo dovesse realmente condurre a questo risultato, è chiaro che bisognerebbe negargli, prima di tutto, ogni carattere di vera filosofia: alla stessa guisa che bisognerebbe negarlo ad ogni dottrina che si esaurisca nel... piagnisteo sul «fatto compiuto».

In verità, l'intimo significato dell'idealismo attuale è *toto caelo* diverso da quello che gli si vorrebbe attribuire.

Anzitutto, una filosofia che sia veramente tale, supera e non può non superare l'esaltazione o il disprezzo di tutto ciò che si è realizzato storicamente. L'abito mentale del filosofo sta propriamente in quello che Spinoza disse: *intelligere*: che è quanto dire, comprendere la storia, ossia la realtà, superando la visione empirica di un saltuario avvicendarsi di bene e di male: contemplare la vita da una vetta – che è poi il momento più profondo della vita medesima – dove l'ira e la gioia, l'esaltazione e il disprezzo si acquetano in una serenità spirituale che non biasima e non applaude, ma si affisa nell'intimo di ogni passione e vuol rendersi conto di ciò che diciamo colpa od errore. In caso diverso, è difficile salvarsi dall'antistoricismo: e questo è uno scoglio che la filosofia deve assolutamente evitare. Certo, se l'immanentismo nell'opporsi alle concezioni giusnaturalistiche che spesso vedono nella storia solo un cumulo di errori e di malvagità, dicesse poi che tutto è andato a meraviglia e con la formola: «tutto ciò che è reale è razionale, e tutto ciò che è razionale è reale» intendesse chiudere gli occhi per non vedere di che lacrime grondi e di che sangue, la storia dell'umanità,

non farebbe altro che opporre ad un pessimismo antistorico un ottimismo insipido ed ugualmente antistorico.

Ma è questo il reale significato della nostra dottrina? No, perché rendersi conto di una certa istituzione e con ciò stesso giustificarla non vuol dire dichiarare impossibile o non necessario il suo superamento. Questo, e solo questo, potrebbe essere un sintomo di quella «adorazione del fatto compiuto» che si vuole attribuire all'immanentismo: senza badare che vanno a cascarvi proprio tutte le deontologie, ogni qual volta l'ideale sembri essersi tradotto nella realtà. Lo spunto polemico contro ogni teorica che falsi la concezione del divenire storico, non dev'essere interpretato in un senso diametralmente opposto – e perciò ugualmente difettoso – a quello proprio delle concezioni giusnaturalistiche. L'immanentismo, che non intende il bene se non come assoluto valore che s'instaura nell'atto e con l'atto dello Spirito, non sa e non può concepire una Giustizia che a un certo punto s'immobilizzi e di fronte a cui la coscienza debba dire: *non plus ultra!* L'esigenza del superamento è meno viva nelle dottrine giusnaturaliste che nell'immanentismo: il quale, se ha corretto il difetto principale di quelle – l'antistoricismo – ne ha tuttavia serbato e potenziato il pregio indiscutibile di una vigorosa concezione della vita come sforzo continuo; lotta per l'instaurazione di valori spirituali sempre più eccelsi. Questo, appunto, era implicito nel giusnaturalismo e proprio in quel suo bisogno di una idealità che fosse ancora da realizzare.

Così, di fronte alla più chiara e perspicua elaborazione del giusnaturalismo, segnata appunto dalla dottrina del Del Vecchio, e che sembra riassumersi nel seguente principio: il rispetto alla personalità umana[12], l'immanentismo agevolmente osserva che un tal rispetto non è da attribuirsi all'individuo, *sic et simpliciter*, senza cioè che alcuno sforzo egli faccia per conquistarselo: se no, è chiaro che si finirebbe col render omaggio solo a quelle peculiarità meramente somatiche che lo differenziano da tutti quegli altri esseri che si dicono «animati». Viceversa, in una concezione seria della vita, quel rispetto non può essere se non lo stesso valore della personalità, che l'individuo deve realizzare momento per momento.

L'immanentismo, quindi, non disprezza, come si vuol fare credere, le idealità: anzi, togliendole da quell'iperuranio, dove spesso son collocate dal platonismo, le riporta su quel terreno da cui nascono e di cui si consustanziano: la storia: perciò esse costituiscono il nucleo vitale di ogni dovere storicamente determinato. Né, per altro, l'ideale costituisce un momento che apparisca saltuariamente nella vita dello Spirito: perché sempre è presente alla coscienza un fine immanente da realizzare.

[12] Del Vecchio, *Il concetto della natura*, pag. 84-5; *Sui principi generali del diritto*, pag. 37.

8. Guardiamo, per esempio, quella che a tutte le dottrine giusnaturalistiche è apparsa sempre come il prototipo delle istituzioni ingiuste: la schiavitù. Ebbene, giustificare la schiavitù non significa affatto proclamare non necessaria la sua abolizione o invocarne il ritorno; ma vuol dire semplicemente rendersi conto della sua necessità storica in quel periodo in cui ebbe vigore: tenendo presente, cioè, che senza una certa concezione della vita per cui nessuna ripugnanza poteva sorgere nella coscienza del *dominus* all'idea di poter trattare un suo simile come mera *res*; e che nessun senso di ribellione poteva ancor far sorgere nell'animo dello schiavo, quella istituzione non si sarebbe sorretta un istante. Qui cade a proposito la profonda osservazione di Hegel, secondo il quale, nella schiavitù la colpa sarebbe per metà dello schiavo che si è lasciato soggiogare. Ma quella concezione della vita non poteva sottrarsi alla legge del divenire: e d'altra parte, non poteva restare a lungo inoperoso il senso della propria personalità, man mano che la sua opera veniva a mostrarglisi sempre più rifulgente di quella luce di spiritualità ch'è propria dell'agire umano. Così cadde la schiavitù: e l'uomo cercherà sempre di celebrare la propria libertà spirituale, consolidandola nelle conquiste politiche e giuridiche, non per meccanico adeguarsi ad una ragione astratta, ma per una sempre crescente coscienza del proprio valore come Spirito che animerà la sua azione.

Dov'è in tutto questo «l'adorazione del fatto compiuto»?

9. Quando poi nella storia nuove idealità abbiano realmente pervaso la coscienza di un popolo, il diritto positivo, le leggi scritte, nell'azione concreta gl'individui finiscono sempre col trasformarsi, in funzione, per così dire, di quelle nuove idealità; quei principii generali di diritto, lungi dal potersi considerare come fissi ed immutabili, si trasformano ed acquistano significati sempre nuovi: tale, del resto, è la sorte del diritto. Così viene a risolversi quel conflitto in cui si vide il motivo genetico del giusnaturalismo: e in questo senso deve intendersi l'unità già affermata del diritto positivo, ossia del diritto della realtà storica, col diritto ideale e naturale[13].

[13] Cfr. Maggiore, *Filosofia del diritto*, Palermo, 1921, *passim*. La «positività» del diritto non è concepibile che *sub specie idealitatis*: in altri termini il diritto storicamente esistente è sempre sorretto da certe idealità, tutte storicamente determinate, che non si sottraggono perciò al divenire.

2.
SU LE TENDENZE ANTIFILOSOFICHE DELLA GIURISPRUDENZA MODERNA IN ITALIA

A Giovanni Gentile
Maestro indimenticabile

1. Non è certamente nuova la constatazione che la Filosofia del diritto abbia perduto oggi, presso molti giuristi, quel prestigio e quell'autorità di «scientia altior» che godeva 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[1].

2. Una ricerca minuziosa di tutte le manifestazioni di uno stato siffatto di cose riuscirebbe assai difficile: pur tuttavia, cercheremo di ricordarne qualcuna tra le più significative. Prescindendo da una opinione assai diffusa presso molti giuristi, e cioè che la qualità di filosofo costituisca una qualità piuttosto negativa per i loro studi, accenneremo al fatto che i giuristi

---

* Pubblicato in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 4/1922, pp. 234-258.

[1] A tale stato di cose accenna, quasi uno dei motivi del suo sorgere, la *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, nel *Programma* della Direzione, 1921, pag. 1. - V. anche tra i più recenti ed autorevoli scrittori che se ne sono occupati: Brugi, *Per la cattedra d'introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e di Filosofia del diritto*, Venezia, 1919 (estratto dagli Atti del *Reale Istituto di scienze, lettere ed arti*, Tomo LXXIX, pag. 2); Id. *Fatto giuridico e rapporto giuridico*, in *Riv. Int. di Filos. del diritto*, I, 1, pag. 2 estr.; Del Vecchio, *Una «reformatio in pejus» degli ordinamenti universitari* (Estr. da «*L'Università Italiana*» a. XVIII, Fasc. 6-8), pag. 11; Levi, *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico*, Genova, 1914, pag. 6 segg.; Id. *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, Bologna, 1920, pag. 4; Miceli, *Principî di Filosofia del diritto*, Milano, 1914, Prefaz.; Ravà, *Per una dottrina generale del diritto*, Roma, 1911, pag. 11-13; Id. *Introduzione alla Filosofia del diritto*, Roma, 1919, pag. 18. Un cenno piuttosto sarcastico in Maggiore, *Filosofia del diritto*, Palermo, 1921, pag. 19.

hanno cominciato da qualche tempo ad elaborare per proprio conto – cioè in quanto giuristi – certi problemi che un tempo venivano considerati come di esclusiva competenza della Filosofia del diritto: rinviando, per converso, a quest'ultima certi altri problemi ritenuti inutili ed oziosi. Lo sforzo, sotto tanti aspetti mirabile, compiuto recentemente da uno dei più illustri giuspubblicisti contemporanei, di elaborare sotto l'angolo visuale proprio del giurista – con esclusione di qualsiasi altro criterio – il concetto del diritto, suona in definitiva come un segno di sfiducia nella Filosofia del diritto[2]. Accenneremo infine a certe manifestazioni che esprimono assai chiaramente una recisa svalutazione della Filosofia del diritto: né può dimenticarsi il giudizio di un noto ed apprezzato giurista e storico del diritto secondo cui la Filosofia giuridica costituirebbe niente più che «il simbolo di una fase prescientifica nello studio del diritto»[3]. Nessuna meraviglia, quindi, se fu affacciata la proposta di precludere ogni via di sviluppo alla Filosofia del diritto riducendone l'insegnamento ad un incarico da affidarsi ad un qualsiasi insegnante di materie giuridiche: era semplicemente il segno di un convincimento maturatosi presso molti studiosi: che la Filosofia del diritto, cioè, fosse una disciplina perfettamente inutile, se non addirittura dannosa, per il puro giurista[4].

3. Ridotto in questi termini, si vede assai facilmente quanto poco siffatto principio possa reggere alla critica: e del resto, come ogni altra manifestazione di scetticismo, si contradice e si elimina da sé. Ma, se la critica dovesse limitarsi solo a questo, è evidente che non sposterebbe affatto la situazione. Chi voglia infatti «ficcar lo viso in fondo», non può accontentarsi di una risposta così semplice, almeno in apparenza. Ben profonde debbono essere le ragioni di questo atteggiamento dei giuristi, che non può ridursi al tipo ormai troppo noto della sfiducia che i cosidetti «pratici» hanno nei riguardi dei cosidetti «teorici»; specialmente quando

[2] Romano, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, P. I. Si veda del resto quanto dice questo A. a pag. 19-20, in nota: sintomatica anche l'affermazione che «non la realtà si deve – dal giurista – subordinare al concetto, ma questo a quella»; vedasi anche a pag. 101 e 120 della cit. op.

[3] Bonfante, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, in *Rivista italiana di sociologia*, XXI, 1917, pag. 67 nota.

[4] E non parliamo di certe tirate come quella, p. es., che il Brunetti, *Riv. di diritto commerciale*, XIX, pag. 448-9, fa contro «coloro che la Filosofia del diritto insegnano o pretendono di insegnare, mentre non professano che una *mal digerita metafisica nebulosa, per non dire cervellotica e strampalata, atta solamente a guastare i cervelli di coloro che hanno, per disgrazia loro, la pazienza di leggere o di ascoltare…*»*!*

si rifletta che in tempi non troppo lontani la Filosofia del diritto sembrò dominare e condizionare, o quasi, gli studi e le dottrine dei giuristi, e che né il perfezionamento notevole raggiunto dalla Giurisprudenza nel periodo contemporaneo, né il trionfale progresso dell'idealismo nella Filosofia del diritto, hanno potuto accrescere o diminuire la «teoricità» o la «praticità» dell'una rispetto all'altra. E allora è chiaro che le ragioni, o, per essere più esatti, i presupposti ed i motivi di questo atteggiamento antifilosofico debbono essere cercati nello svolgimento dottrinario e della Filosofia del diritto e della Giurisprudenza, e che perciò non debbono esservi estranee concezioni tutt'altro che esenti da criteri erronei, né esigenze che non si sia ancora trovato modo di soddisfare pienamente.

4. Del resto, basta dare uno sguardo fugace alla storia delle relazioni fra la Giurisprudenza e la Filosofia del diritto, in quel periodo che dal Thomasius – i cui «*Fundamenta juris naturae et gentium*», come giustamente hanno osservato il Lasson ed il Croce[5], segnano l'inizio della fase moderna della Filosofia del diritto – va sino ai giorni nostri, per convincersi come l'atteggiamento dei giuristi sia tutt'altro che casuale.

Infatti, finché i giuristi – come già quelli romani – usarono ricorrere nelle soluzioni dei loro problemi alle dottrine giusnaturalistiche e finché la Filosofia del diritto conservò in gran parte il proprio carattere originario di teorica del diritto naturale, i legami, per dir così, tra l'una e l'altra, furono, per logica necessità, assai stretti. Essi subirono invece un colpo assai forte col costituirsi della scuola storica tedesca. Il cui influsso ebbe a farsi sentire nella Giurisprudenza come nella Filosofia del diritto, abbattendo, o quasi, nella prima il diritto naturale e cercando di scalzarlo nella seconda. Nella quale ultima impresa essa non riuscì del tutto: sicché, anche per un certo perfezionamento nel senso storico e quindi nei metodi d'indagine dei giuristi, i rapporti tra Giurisprudenza e Filosofia del diritto furono virtualmente rotti. Non è anzi da escludere che l'odierno ostracismo professato dai giuristi nei riguardi della nostra disciplina, sia una derivazione, magari inconscia, dall'avversione che non da recente essi ostentano verso il diritto naturale: avversione che oggi per la gran parte dei giuristi sembra addirittura un «atto di fede»[6], senza di che si rischia di essere

[5] Cfr. Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1882, pag. 2; Croce, *Filosofia della pratica*, Bari, 1915, pag. 318.

[6] Cfr. Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, Modena, 1921 (estr. dall'*Archivio Giuridico*, vol. LXXXV, fasc. I), pag. 8.

considerati come retrogradi, o in ogni modo come giuristi imperfetti.

Il positivismo, subentrato nella seconda metà del secolo scorso alle dottrine giusnaturalistiche, cercò, con la nota dottrina secondo cui la Filosofia dovrebbe costruirsi ricapitolando e sintetizzando i risultati ottenuti nel campo delle singole scienze[7], di mantenere i contatti alquanto più stretti: ma, in definitiva, con grande scapito della Filosofia del diritto, la cui opera ebbe pressoché ad esaurirsi nell'ampliare certe generalizzazioni fatte già nell'ambito di alcune discipline giuridiche – specialmente nella civilistica e nella criminalistica – ossia, senza fare un passo avanti il cammino percorso da quelle.

A questo punto, però, bisogna ricordare che, mentre l'indirizzo positivista riusciva ad attecchire in Germania, anche per l'influsso della scuola storica, con una delle sue propagini, la costruzione dell'*Allgemeine Rechtslehre* – i cui punti di contatto con la «*Philosophy of the positive law*» dell'Austin sono noti, ma non compiutamente –, in Italia il positivismo non riuscì a dominare pienamente nella Filosofia del diritto: un po' per l'attaccamento manifestatosi da noi più forte che altrove al diritto naturale, e un po' perché non si rinunziò a mantenere un indirizzo prevalentemente filosofico. Sicché era preparata la via ad un orientamento di carattere idealista, verificatosi con maggiore intensità in questi ultimi anni e le cui prime manifestazioni, ispirate al neo-kantismo, ebbero il non piccolo merito di sbarazzare il campo dai metodi del positivismo che, nella determinazione del concetto del diritto, trasportava indebitamente i criteri propri delle scienze naturalistiche nella Filosofia[8]. Senonché, il persistere di certi difetti che avremo agio d'illustrare a suo tempo, rese sempre più deboli i rapporti tra la Giurisprudenza e la Filosofia del diritto: e i nostri giuristi sembra che abbiano rivolto ormai tutta la loro attenzione alla teoria generale del diritto, come l'unica capace di sostituire definitivamente, e nella dottrina e nell'insegnamento, la Filosofia del diritto. Vedremo perciò a suo tempo quale sia il valore della teoria generale del diritto di fronte alla Filosofia; per ora è necessario mettere bene in rilievo come questa sfiducia

[7] V. per tutti Vanni, *Il problema della Filosofia del diritto nella Filosofia, nella Scienza e nella Vita*, in *Saggi di Filos. giuridica e sociale*, Bologna, vol. II, pag. 51 seg.; Id., *Lezioni di Filos. del diritto*, Bologna, 1911, pag. 17.

[8] Specialmente per opera del Bartolomei, *Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto*, Roma, 1901, pag. 142 seg., del Ravà, *Per una dottrina generale del diritto*, cit. pag. 21, ma sopratutto del Del Vecchio, con *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905, *passim*. Né si può dimenticare l'influsso del Petrone, dalla *Fase recentissima*, etc., all'ultimo suo libro «*Il diritto nel mondo dello Spirito*», Milano, 1910. Ciò è doveroso a riconoscersi, specialmente da parte di chi, come noi, dissenta dai criteri gnoseologici di questo indirizzo.

dei giuristi nella nostra disciplina si sia manifestata precipuamente in Italia: essendo in Francia, ed ancor meno in Inghilterra, ben poco sviluppato il movimento dottrinario della Filosofia del diritto, probabilmente a causa delle diverse condizioni accademiche, mentre in Germania, anche per l'influsso abbastanza chiaro lasciato dall'*Allgemeine Rechtslehre* nella Filosofia del diritto, le cose hanno assunto un aspetto perfettamente diverso, se non addirittura opposto[9].

Non sarà di scarso interesse, quindi, analizzare brevemente i presupposti dell'atteggiamento odierno di molti giuristi verso la Filosofia del diritto. Sembra infatti che una simile indagine non possa dichiararsi del tutto inutile, specialmente oggi che è stato affermato un principio della più alta importanza nel dominio della Filosofia in riguardo alle cosidette scienze sociali: la necessità, più che la semplice opportunità, che tutti gli studiosi di cose umane, ossia di cose storiche, divengano consapevoli e disciplinati filosofi. A tale categoria di studiosi appartengono senza dubbio i giuristi: ed il loro odierno atteggiamento sembra essere in aperto contrasto con quel principio[10].

5. Tra le circostanze che hanno contribuito, più o meno direttamente, a formare un ambiente, diciam così, ostile alla Filosofia del diritto, un Maestro del diritto privato annoverava recentemente il poco accordo tra i filosofi del diritto su quelli che dovrebbero essere i problemi fondamentali della loro disciplina[11]. Tale osservazione contiene molto di vero: ma bisogna dire, piuttosto, che i filosofi del diritto cominciarono per i primi a svalutare la loro disciplina quando parlarono con troppa insistenza di una crisi interna che la minacciava, quantunque altri, più tardi, vedesse, e con maggior fondatezza, in quelli che si erano scambiati per sintomi della presunta crisi «una ragione di vita» della Filosofia del diritto, ed anzi «il segno più certo della sua vita e il primo argomento della sua necessità»[12].

[9] Può dirsi, anzi, che nella letteratura tedesca l'*Allgemeine Rechtslehre* tenda ad essere assorbita e superata in una «*Reine Rechtswissenschaft*» su basi speculative. Cfr. p. es. tra i più recenti Kaufmann, *Logik und Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1922; Baumgarten, *Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode*, Zw. Bände, Tübingen, 1920-22, e spec. vol. I, pag. 21-190; Kelsen, *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, 1922, pag. 205-253. A parte, s'intende, le note opere di Stammler, Sternberg, Bierling, etc.

[10] Croce, *Teoria, e storia della Storiografia*, Bari, 1917, pag. 145.

[11] Brugi, *Per la cattedra*, etc. cit., pag. 3.

[12] Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, cit., prefaz.

Ed infatti, quel disaccordo, che ad alcuni è sembrato un sintomo di poca vitalità, è poi, a guardar bene, l'incarnazione, per così dire, dell'incessante travagliarsi del pensiero umano attorno ai *suoi* problemi: e tutte le negazioni della Filosofia del diritto, appunto perché intimamente scettiche, sono intimamente contraddittorie: perché è chiaro come siffatte negazioni non possano dimostrarsi se non con argomenti strettamente filosofici e sempre avendo riguardo al diritto; ossia filosofando sul diritto[13]. A proposito di ciò, anzi, riteniamo opportuno, anche per una maggior chiarezza sui criteri informatori dell'analisi che seguirà, fissare brevemente che cosa sia per noi la Filosofia del diritto.

6. Filosofia non può essere che autocoscienza, e, siccome non è concepibile realtà che non sia lo Spirito medesimo, così la Filosofia del diritto è l'autocoscienza di quel processo ideale per cui lo Spirito si pone come diritto.

Il concetto della assoluta soggettività del reale, che è il principio fondamentale dell'idealismo odierno, nasce non solo dalla esigenza d'instaurare un mondo di cui lo Spirito sia unico creatore, ma anche dalle difficoltà in cui rimase impigliata la precedente speculazione che ammise un abisso tra pensiero e realtà: di modo che la funzione dell'attività spirituale finiva con essere prospettata come semplice e passiva recezione di ciò che le veniva *ab extra* comunicato dalla natura. In tal modo la conoscenza riducevasi ad una inesplicabile immediatezza: senza più alcuna possibilità di spiegare la storia, ossia la vita medesima, ch'è svolgimento e divenire continuo, una volta ammessa una realtà quiescente e già determinata tutta quanta *ab aeterno*. Il valore dello Spirito appariva così puramente negativo, nulla esso aggiungendo alla realtà, che anzi, atteggiandosi come suo presupposto, non era più concepibile se non come limite dello Spirito stesso. L'immanentismo odierno ha totalmente sovvertito ogni concezione naturalistica del mondo: né si dica che il suo principio fondamentale, non essere concepibile realtà al di fuori dell'atto spirituale che la crea,

[13] Per una critica delle negazioni della Filosofia del diritto dal punto di vista del positivismo, cfr. Vanni, *Il problema* etc. cit., *passim*. Il Miceli (*Esiste una filosofia del diritto?* in *Riv. ital. di sociologia*, 1913, fasc. 3-4; *Principi di Filosofia del diritto*, cit., prefaz.) nega che esista e che possa esistere una Filosofia del diritto, perché, data la «empiricità» del concetto del diritto, sarebbe impossibile costituirvi sopra un sistema filosofico. Ma esiste veramente il «concetto empirico»? Ed in ogni modo, tale «empiricità» sarebbe constatabile fuori del campo della Filosofia e senza alcun riguardo al diritto? Insomma: negare la Filosofia del diritto con tali argomenti non è già filosofare sul diritto?

rappresenti un postulato indimostrabile.

Si consideri infatti il giudizio con cui l'empirista afferma la trascendenza della realtà di fronte al pensiero: e si troverà in esso la più inoppugnabile dimostrazione dell'assunto immanentista. Così, mentre l'empirista parla di una realtà che sta al di fuori del nostro Io, non si accorge di creare una realtà – se non vuole contradirsi, egli deve porre il suo giudizio come assoluta verità – che non sta al di fuori del pensiero, perché è essa stessa pensiero, e che la realtà di cui egli parla non è quella realtà assoluta cui pare voglia riferirsi, ma il contenuto della realtà posta con l'atto del pensiero. E allora, quando si pone la realtà al di fuori del pensiero, non solo la verità diventa una semplice opinione del soggetto empirico, ma si fa inconsciamente una eccezione al principio che si vuole affermare; ed una eccezione, si badi bene, che finisce col distruggere il principio stesso. Né si distingua tra verità e realtà; se non vuol correrci il rischio di far apparire la prima come alcunché d'irreale, la seconda come qualche cosa che può anche essere falso: un doppio assurdo[14].

La Filosofia, nel senso classico della parola, diviene così l'atto stesso del pensiero, conscio di questa sua assoluta ed incessante creatività: che non si esaurisce mai in alcun sistema pur essendo intrinsecamente sistematica, perché pensamento della realtà nella sua totalità e nelle sue determinazioni, e vive pur tuttavia nei tanti sistemi, tutti creandoli e tutti superandoli nel suo inesauribile processo.

7. E qui può vedersi quanto falso ed esiziale sia quel criterio che ha dominato la Filosofia del diritto fin dalle sue origini: quel suo preteso carattere di filosofia «particolare» se non addirittura di filosofia «applicata» al diritto: un plotone, insomma, di dottrine filosofiche in distaccamento presso il diritto! In realtà, il criterio delle filosofie particolari appare oggi come uno dei tanti tronconi morti del positivismo naturalistico: il quale, intendendo la Filosofia come sintesi e coordinazione dei risultati ottenuti nell'ambito delle singole scienze, ammetteva poi fittizi ponti di passaggio fra queste ultime e la prima, le filosofie particolari di una scienza o di un gruppo di scienze[15]. Ma, indipendentemente da ciò, questa concezione considera la Filosofia all'infuori del suo atto produttivo, ossia come pensiero esauritosi e chiuso: ha, in altri termini, l'occhio rivolto all'irreale,

[14] Gentile, *I fondamenti della Filosofia del diritto*, Pisa, 1916, pag. 20.

[15] Vanni, *Il problema* etc. cit., pag. 20-26; *Lezioni* cit., pag. 10.

ossia al «sistema» bell'e fatto e solidificato. Del resto, quelle distinzioni della Filosofia in Metafisica, Ontologia, Logica, etc., che solevano farsi un tempo e a cui qualche volta si fu fin troppo attaccati, hanno valore puramente storico in quanto appariscono intrinsecamente collegate alle concezioni speculative manifestatesi in quei tempi.

Né le moderne distinzioni della Filosofia in Logica, Etica, Estetica, e via dicendo, possono considerarsi come denominazioni di «sistemi» ognuno dei quali lasci fuori di sé l'altro, in modo che ciascuno di essi possa considerarsi come una filosofia particolare che affronti una parte dei problemi filosofici – o meglio del problema filosofico – lasciando il resto agli altri. La Filosofia, anzi, il filosofare, vive appunto in queste storiche sistemazioni[16]; e, se una di queste dovesse poi postulare ancora una «filosofia generale» o dovesse – come si è detto dell'Etica rispetto alla Filosofia del diritto – spezzettarsi in altri sotto-sistemi, è evidente che il valore filosofico dei problemi agitantisi in questi ultimi sarebbe puramente estrinseco e niente più che un pallido riflesso di quello dei problemi agitantisi nella pretesa «filosofia generale», che sarebbe, poi, la vera Filosofia. Ma tanto più si appalesa inammissibile una concezione come questa che si critica, quando si pensi che la Filosofia è quel momento dell'attività spirituale che ha per oggetto lo Spirito stesso, il quale è tutto in ogni sua determinazione: non c'è quindi un problema filosofico la cui soluzione non sia implicitamente quella degli altri, e viceversa. Sicché la Filosofia del diritto dev'essere considerata come Filosofia dello Spirito, o pura Metafisica, se vuolsi conservare l'antica determinazione: con l'avvertenza che non v'è altro genere di Filosofia che le stia avanti o che la segua.

La dimostrazione di questo principio risulterà ancor più salda quando si parlerà dei difetti speculativi offerti dallo svolgimento dottrinario della nostra disciplina nella sua quasi totalità. Né si dica che in tal modo viene a negarsi l'autonomia speculativa della Filosofia del diritto, perché quella che si vorrebbe instaurare col criterio delle filosofie particolari è in sostanza la negazione di qualsiasi autonomia; per ciò stesso che una filosofia siffatta, presupponendo una «filosofia generale», verrebbe ad essere interamente dominata e condizionata da quest'ultima. E allora non le resterebbe che ripetere passivamente quanto sia stato detto già nella prima, senza poter contribuire in modo alcuno alla soluzione dei problemi veramente filosofici: anzi, i suoi problemi finirebbero con l'apparire come empirici.

[16] Cfr. Croce, *Logica come scienza del concetto puro*, Bari, 1917, pag. VI-X.

8. Tale essendo lo spirito della Filosofia moderna, basterà volgere uno sguardo sommario a quella che ben potrebbe dirsi la «forma mentis» dei giuristi contemporanei – fatte, s'intende, le debite eccezioni – per convincersi come l'odierno dissidio tra la Giurisprudenza e la Filosofia del diritto abbia precipuamente le sue radici in un dissidio di mentalità. Dissidio di mentalità, si badi bene, non soltanto con le manifestazioni più recenti dell'idealismo assoluto, ma in generale con tutte quelle correnti filosofiche spiritualistiche che in maggiore o in minor grado rappresentano un evidente superamento di quella mentalità naturalistica che traspare più o meno chiaramente nella maggior parte delle opere giuridiche contemporanee. Certamente, la Giurisprudenza non è che un complesso di discipline di carattere naturalistico per ciò stesso che il diritto si riduce in esse ad una molteplicità di dati che il giurista si pone davanti per analizzarli e coordinarli in certe guise speciali. Ma altro è trattare la realtà come una semplice congerie di dati, altro pretendere che oltre quei dati non vi sia più nulla al mondo e il resto si riduca a vuota chiacchera. E proprio questa è l'affermazione implicita in molte di quelle manifestazioni di sfiducia, se non addirittura di avversione, contro la Filosofia del diritto: poiché quest'ultima, dovendosi necessariamente sollevare in qualche modo dall'ambito dell'esegesi e delle costruzioni naturalistiche della Giurisprudenza, trasporta i giuristi in un campo di cui non sempre essi sanno scorgere facilmente i legami concettuali con i loro studi.

Qui e non altrove deve cercarsi il punto di partenza dell'odierno atteggiamento dei giuristi nei riguardi della Filosofia del diritto: e bisogna dire che la sfiducia e l'avversione dovevano necessariamente manifestarsi verso le correnti idealistiche della filosofia del diritto, e non mai, o non troppo, verso il positivismo naturalista, alla cui eredità culturale è dovuta in gran parte questa «forma mentis» che abbiamo rapidamente accennato.

9. Dopo ciò, il lettore si chiederà, forse, per qual ragione non abbiamo voluto parlare di una vera e propria incomprensione da parte dei giuristi. E veramente non abbiamo potuto adoperare una simile espressione, perché, rovesciando la medaglia, avremmo dovuto attribuire metà della colpa ai filosofi del diritto. Chiunque abbia una certa conoscenza delle dottrine, antiche o moderne, italiane e straniere, della Filosofia del diritto, avrà potuto constatare certe caratteristiche che a prima vista non possono non suscitare seri dubbi, non diciamo sulla utilità della disciplina, ma sopratutto sulla validità speculativa dei suoi problemi. Alludiamo alle

ormai note «mescolanze» di dottrine filosofiche e di costruzioni tecnico-giuridiche, già rimarcate dal nostro Croce[17] e che diedero appiglio a qualche autore per negare che una Filosofia del diritto fosse mai esistita[18]. È avvenuto, cioè, che, un po' per «applicare» la Filosofia al diritto, un po' nell'intento di riveder le bucce ai giuristi, si è finito col dar luogo ad un guazzabuglio di teorie che non poteva, a lungo andare, essere guardato di buon occhio né dai filosofi, né, meno che mai, dai giuristi. Ed infatti è tutt'altro che raro il caso di leggere certe opere – anche tra le più rinomate – vuoi monografiche, vuoi sistematiche, in cui taluni problemi, che nel loro contenuto non dovrebbero interessare, a rigore, la Filosofia del diritto, sì bene la Giurisprudenza, vengono trasportati di peso in.... sede filosofica: col solo risultato di travisarli o di risolverli ripetendo quanto era stato già detto dai giuristi, con qualche variazione di parole e di formule – per modo di dire – filosofiche. Poteva tutto ciò non accrescere la diffidenza e l'avversione dei giuristi per la Filosofia del diritto?

10. Cerchiamo però di guardare le cose da un punto di vista strettamente filosofico.

La maggior parte di tali mescolanze presenta un carattere spiccatamente antistorico per ciò ch'esse sono spesso il risultato di altrettanti tentativi di eternizzare il transeunte, o, per esprimerci in termini più chiari e più esatti, di configurare *sub specie aeternitatis* certe dottrine riguardanti istituzioni giuridiche che per nulla si sono sottratte e si sottraggono al divenire storico. Né crediamo di esagerare affermando che questi difetti debbano attribuirsi precipuamente al persistere di criteri giusnaturalistici: si ricordi infatti che la Filosofia del diritto venne atteggiandosi come una diretta filiazione del vecchio diritto naturale e ch'essa cominciò a prendere una certa consistenza nel secolo XVIII, il secolo dello Illuminismo, dominato da una mentalità spiccatamente antistorica.

È da avvertire, per altro, che le mescolanze di siffatto genere sono divenute ormai piuttosto rare nella fase più recente della Filosofia giuridica italiana: esse avevano raggiunto il culmine in una fase già oltrepassata da alquanti lustri, a cui deve riferirsi indubbiamente la definizione ironica del nostro Croce «un po' di storia mescolata con alquanta Filosofia e

[17] Croce, *Conversazioni critiche*, Bari, 1918, I, pag. 85.

[18] Miceli, *Esiste una filosofia del diritto?* cit.; *Principi di Filosofia del diritto* cit., prefaz.

molte chiacchiere sulle condizioni sociali presenti e il diritto condendo»[19]. Si trova ancora, è vero, qualche autore che pretende di tracciare gli «schemi trascendentali» di certe istituzioni giuridiche[20]; ma in generale, e indubbiamente per l'influsso esercitato dalle più recenti correnti dell'idealismo assoluto, l'antistoricismo può dirsi che tenda a scomparire.

Senonché, quasi a sostituire le antiche, una nuova tendenza ha riaperto le vie alle «*mesalliances*»: quella cioè di assegnare alla Filosofia del diritto il compito di riformare certe teorie elaborate dai giuristi, con criteri filosofici che rarissimamente vi si mostrano appropriati. Poiché, se è indiscutibile, come ci sembra e come cercheremo di dimostrare in seguito, la necessità del criterio filosofico nelle indagini giuridiche, è ugualmente indiscutibile che un criterio siffatto debba essere adoperato *cum grano salis*, sotto pena di confondere ad ogni piè sospinto due ordini d'indagini che hanno una natura gnoseologica perfettamente distinta. Le dottrine elaborate dai giuristi – in quanto tali – si riformano con i criteri propri della Giurisprudenza: salvo che non vogliano atteggiarsi a dottrine speculative, ed allora bisognerà ricordare ai giuristi di non essere filosofi a metà: ossia, cattivi filosofi e cattivi giuristi. Gli sforzi del filosofo del diritto debbono mirare a scoprire *quel che c'*è di reale sotto le costruzioni della Giurisprudenza; ma non si debbono trasportare di peso i problemi di questa nella Filosofia del diritto senza prima avere osservato se la diversa posizione gnoseologica non li elida.

Così, per esempio, è perfettamente inutile ed erroneo proporsi di determinare un concetto «filosofico» delle cosidette persone giuridiche richiamando l'essenza dello spirito, la soggettività come processo e tante altre teorie che non cavano un ragno dal buco, per ciò che il problema ha un significato affatto speciale, che non sopporta legami concettuali con queste od altre simili dottrine di carattere strettamente speculativo[21]. Il filosofo del diritto potrà, sì, guardare i presupposti gnoseologici di ogni problema giuridico, cercare di scoprire i motivi storici della sua formulazione, mettere in luce sopratutto la realtà deformata dallo schema naturalistico; ma non mai pretendere di risolvere un problema che appartiene ad un dato ordine d'indagini, applicandovi certe formule che hanno pieno valore e significato in un ordine d'indagini

[19] Croce, *Conversazioni critiche* cit., I, pag. 85.

[20] V. p. es. Petrone, *Il diritto nel mondo dello spirito*, Milano, 1910, pag. 103 e seg., malamente imitato e deformato da Costa, *Saggio filosofico sulla natura del diritto*, Milano, 1919, a proposito del quale può vedersi la n. recens. in *Giornale critico della filosofia italiana*, I, fasc. III, pag. 352-4.

[21] Questa tendenza a correggere con teorie filosofiche le dottrine dei giuristi è spiccatissima nel Maggiore *Il diritto e il suo processo ideale*, Palermo, 1926, pag. 78-118; *Filosofia del diritto*, Palermo, 1921, pag. 137-150.

gnoseologicamente diverso. In questo senso, si può sottoscrivere al concetto che «la critica dei concetti fondamentali della Giurisprudenza è una funzione immanente della Filosofia del diritto»[22]: quando cioè l'espressione «critica» venga intesa nel suo genuino significato filosofico, e non mai come sostituzione di dottrine e di formule pseudo-filosofiche a costruzioni empiriche, poiché l'empirismo, in sede filosofica, non si ritocca ma si elide.

Detto questo, però, non bisogna tacere che i giuristi hanno avvertito tali difetti sotto un aspetto pratico e immediato, ossia non si sono preoccupati che dello scompiglio apportato nelle loro teorie. E appunto per ciò hanno voluto condannare in blocco la Filosofia del diritto, quasi che questa fosse solo capace di apportare buio e scompiglio nelle dottrine della Giurisprudenza: ma proprio in questo, e non già per avere elaborato dottrine perfettamente consone con la posizione gnoseologica dei loro studi, hanno dimostrato quello «scarso senso speculativo» che da qualcuno è stato loro rimproverato.

11. Ma il motivo ultimo, quello cioè che ha avuto efficacia decisiva nel determinare l'odierno atteggiamento dei giuristi verso la Filosofia del diritto, è stato ed è tutt'ora offerto dalla incapacità mostrata dalla nostra disciplina ad elaborare quelle nozioni di carattere generale di cui i giuristi medesimi hanno bisogno per un migliore e più rapido orientamento nella trattazione di molti problemi, ed anzi per un solido *ubi consistam* dei loro studi[23].

L'incertezza sui problemi fondamentali della Filosofia del diritto, la *forma mentis* dei giuristi, le mescolanze di dottrine filosofiche e di costruzioni tecnico-giuridiche non avrebbero potuto determinare – o, quanto meno, non in quel tono in cui si è manifestato – l'odierno dissidio tra la Giurisprudenza e la Filosofia del diritto, se non si fosse affacciata quella esigenza già accennata e divenuta sempre più intensa in questi ultimi tempi, e a cui si deve senza dubbio il convergere delle simpatie dei giuristi nella teoria generale del diritto.

12. Questa esigenza di principî generali e di criteri direttivi che guidino il giurista nella elaborazione dei problemi particolari delle singole discipline giuridiche è, sostanzialmente, un effetto del continuo

[22] Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, cit., prefaz.

[23] Cfr. gli studi di Brugi, Levi, Ravà, cit. alla nota 1.

perfezionarsi della Giurisprudenza moderna: perfezionamento che ben possiamo raffigurare come un progresso dal primitivo tecnicismo giuridico a base casuistica ad una forma più scientifica di tecnicismo di cui diremo ora le caratteristiche. Già gli studi della scuola storica tedesca – si ricordi la partizione introdotta da questa scuola nella trattazione del diritto delle pandette – avevano aperta la via al superamento del vecchio tecnicismo giuridico: successivamente, lo Jhering, con la nota distinzione tra una forma inferiore ed una forma superiore di Giurisprudenza, fissò in gran parte i caratteri della Giurisprudenza moderna[24] che oggi merita veramente il nome di «Giurisprudenza dogmatica», per ciò che, lungi dall'esaurirsi in un semplice commento esegetico delle statuizioni giuridiche, cerca di andare più oltre, astraendo dal contenuto dispositivo di queste le caratteristiche dei vari istituti giuridici e fissandole in principî, che, per l'assolutezza cui aspirano a sollevarsi, meritano di essere chiamati «dogmi»[25]; badando, contemporaneamente, a cogliere i punti di coincidenza, per così dire, tra un istituto e gli altri e gli elementi ch'essi possono avere in comune: in modo tale da assicurare alle costruzioni giuridiche un grado notevole di *organicità*. Ma proprio tutto questo ha reso sempre più evidente la necessità e più imperioso il bisogno di principî generali e di criteri metodologici che non siano semplicemente il riflesso di una certa abilità e di un certo abito mentale, acquisiti quasi inconsciamente dopo una lunga esperienza degli studi giuridici, ma piuttosto una *vue d'ensemble* precostituita, con cui il giurista possa muoversi agevolmente nella trattazione e nella sistemazione dei suoi problemi. Da ciò a sua volta il crescere della sfiducia dei giuristi nella Filosofia del diritto, mostratasi sempre più incapace ad appagare una così complessa esigenza: mentre, per converso, l'attenzione dei giuristi cominciava, per così dire, a polarizzarsi verso la dottrina generale del diritto, il cui prestigio veniva man mano che cercava di elaborare quelle nozioni ritenute indispensabili per una sistemazione sempre più organica degli studi giuridici. Tanto, che non è mancato il tentativo di far coincidere completamente la parte generale di una disciplina giuridica particolare con la dottrina generale del diritto[26]: ciò che non possiamo, pel momento, discutere, ma che è, in ogni modo, assai significativo.

[24] Cfr. Jhering, *Der Geist des römischen Rechts*, traduz. di O. De Meulaneure, Paris, 1886, vol. I, pag. 46 e seg.; v. anche il programma con cui iniziava la pubblicazione dei *Jahrbücher für die Dogmatik* etc., 1857, I, pag. 1 e seg.

[25] Cfr. Cesarini Sforza, *Il concetto del diritto e la Giurisprudenza integrale*, Milano, 1913, pag. 96. - In sostanza, il criterio dogmatico deve considerarsi *come un mezzo per assicurare viemmeglio la organicità della costruzione giuridica*.

[26] V. Ferrara, *Trattato di diritto civile ital.*, Roma, 1921, vol. I, prefaz.

13. Significativo, perché la gran parte di quelle nozioni che i giuristi cominciano ad elaborare per proprio conto, facendole passare come ricerche di teoria generale del diritto, erano ritenute una volta – e lo sono tuttora da molti – come di esclusiva competenza della Filosofia del diritto: tanto che le introduzioni alle trattazioni sistematiche di questa o di quella disciplina giuridica, ma in particolar modo del diritto civile, avevano, più o meno chiaramente, un certo tono filosofico – ci si passi la frase –, che oggi, invece, accenna a scomparire. Orbene: noi non vogliamo sostenere – e ciò si vedrà meglio tra poco – che si sia fatto male a togliere alla Filosofia del diritto il... monopolio nella elaborazione di quelle nozioni: pensiamo però che una breve disamina critica sui caratteri della dottrina generale del diritto – quale è venuta atteggiandosi fin dal suo sorgere – sia necessaria per metterne in luce l'effettivo valore, sia di fronte a quell'esigenza già accennata, sia di fronte alla Filosofia del diritto[27].

È noto, anzitutto, come il metodo della dottrina generale del diritto consista precipuamente nel generalizzare i risultati più salienti ottenuti nell'ambito delle singole discipline giuridiche. Si vede chiaramente in ciò l'influenza del positivismo, per la sopravalutazione del metodo induttivo: ed è ormai vecchia l'osservazione che in tal modo la disciplina in esame sia condannata a risolversi in un circolo vizioso: poiché, nell'intento di illuminare il cammino delle singole discipline giuridiche, attingerebbe sempre da queste la luce necessaria. Del resto, può dirsi che l'opera della dottrina generale del diritto si sia ridotta a questo: estendere certi principî, già resi evidenti dalla dogmatica in certe discipline, alle altre, in cui tali principî non apparivano nettamente, almeno a prima vista. Insomma, il risultato vero ottenuto dagli studi della dottrina generale del diritto è stato quello di avvicinare sempre più tra di loro le singole discipline giuridiche, mostrando che certi elementi e certi principî non erano di esclusiva pertinenza di una o due, ma di tutte, o quanto meno, della maggior parte di esse[28].

Non è dubitabile che un metodo siffatto abbia giovato alquanto al perfezionamento degli studi giuridici, specialmente nella giuspubblicistica; ma è innegabile, d'altro lato, che ciò abbia recato inconvenienti tutt'altro che trascurabili: crediamo anzi di poter affermare che l'eccessivo formalismo manifestatosi in questi ultimi anni in molte teorie giuspubblicistiche sia, oltre che una esagerazione del criterio dogmatico, un effetto della educazione mentale prodotta dalla dottrina generale del diritto: tutta

[27] Omettiamo di parlare della cosidetta «Giurisprudenza etnologica» perché realmente non si è mai preteso troppo e troppo apertamente di sostituire con questa disciplina la Filosofia del diritto.

[28] Cfr. per tutti, Ravà, *Per una dottrina* etc., cit, *passim*.

viziata com'è, e specialmente nella letteratura tedesca, da un formalismo[29] tale che sarà buono ad appagare chiunque si accontenti di una semplice svuotatura di certi elementi dei sistemi giuridici, ma che lascia poi del tutto insoddisfatti quando si voglia trovare qualcosa di concreto e di reale sotto quelle costruzioni, non di rado assai pesanti. «Generalizzare» e «formalizzare», infatti, sono una stessa cosa: l'eterogeneo è ridotto all'omogeneo, l'individualità è soffocata nello schema. Ma ciò dipende anche dalla strana situazione in cui trovasi, nella disciplina in esame, il concetto del diritto: che non può essere ricavato in via induttiva, e insomma per via di generalizzazioni o comparazioni, come pretendeva il positivismo. Ed allora, quando si rifletta che tutte quelle nozioni debbono necessariamente far capo al concetto del diritto, si vede subito come la mancanza di un vero e proprio procedimento deduttivo che venga ad integrarsi compiutamente con quel procedimento induttivo cui si è già accennato, renda la dottrina generale non troppo capace a soddisfare quella tale esigenza per cui può dirsi che sia sorta.

E d'altro lato, poiché è indubitabile che il concetto del diritto non possa aversi senza filosofare – conoscere l'azione umana in ogni suo aspetto non si può senza filosofare – e che nel concetto stesso del diritto bisogna rinvenire i presupposti gnoseologici della Giurisprudenza, appare ben chiara la necessità di una rigorosa indagine filosofica che discuta i presupposti di qualunque teoria naturalistica sulle nozioni fondamentali della Giurisprudenza e cerchi di scalzare quella filosofia annacquata che di solito vi si nasconde. Ossia, la necessità della Filosofia del diritto.

14. Guardato, perciò, nella sua tendenza a sostituire la Filosofia del diritto con una disciplina, la dottrina generale del diritto – che ha poi tanto bisogno di essere illuminata... proprio dalla Filosofia del diritto –, l'atteggiamento assunto da molti giuristi verso quest'ultima appare tutt'altro che giustificato. Che cosa dire però in merito alla indiscutibile incapacità mostrata dalla nostra disciplina ad elaborare le teorie generali e i criteri direttivi della Giurisprudenza? Può dirsi giustificato sotto tale riguardo l'atteggiamento di quei giuristi?

[29] Tipico nel Merkel, *Elemente der Allgemeine Rechtslehre*, nella *Encyclopädie der Rechtswissenschaft* dell'Holtzendorff, Leipzig, 1890, pag. 1-43; notevole anche nelle opere del Binding (*Die Normen*, etc.), del Thon e di altri. Meno formalista degli scrittori tedeschi di A. R. è il Korkounow, *Cours de théorie générale du droit* (traduz. dal russo di Tchernoff), Paris, 1913.

La risposta, a parer nostro, è assai semplice: e cioè che si commette un grave errore nel richiedere ad una disciplina o nell'assegnarle un programma di cui essa non potrà realmente occuparsi senza cadere nell'ibridismo gnoseologico più deplorevole. È perfettamente inutile, quindi, circondare di scetticismo e di avversione la Filosofia del diritto per ciò ch'essa non ha potuto elaborare quelle nozioni tanto care ai giuristi: ed infatti, tutte le volte che ha cercato, più o meno deliberatamente, di farlo, è caduta in una serie di errori tutt'altro che lievi, consistenti appunto nella continua confusione tra i criteri veramente filosofici e quelli oggettivistici o scientifici *stricto sensu*: col risultato di portare alla luce dottrine radicalmente inficiate di empirismo, spregiate ed irrise, poi, e dai filosofi e dai giuristi.

15. Quest'ultimo punto merita una certa attenzione. In sostanza, noi pensiamo che la posizione gnoseologica della Giurisprudenza sia perfettamente distinta da quella della Filosofia: sicché, tutti quei concetti che, per quanto generalissimi, siano essenzialmente legati alla posizione gnoseologica della prima, non possono entrare nel dominio della seconda senza elidersi immediatamente. Norma, sanzione, responsabilità, diritto soggettivo ed obbligo giuridico e tutte quelle altre nozioni che si vorrebbero elaborate dalla Filosofia giuridica non rappresentano altro che tanti momenti o aspetti del diritto, separabili da questo e tra di loro solo in quanto la realtà si concepisca come una semplice congerie di *dati* che il pensiero trovi davanti a se stesso come qualcosa che debba ancora essere conosciuta. Che è la posizione tipica delle scienze naturalistiche.

Ed allora, basterà appena ricordare il trito «*generalia non sunt universalia*», per vedere assai chiaramente come siffatte nozioni non possano, a rigore, venire elaborate dalla Filosofia del diritto. Né ci si obietti che, in quanto «note» del concetto del diritto – dato che quest'ultimo non può essere elaborato che dalla Filosofia –, tali nozioni debbano necessariamente avere pieno valore filosofico: poiché ciò equivarrebbe a scambiare la logica formalistica con la logica trascendentale, cancellando ogni differenza rigorosamente qualitativa, ossia filosofica, tra la Filosofia e le discipline naturalistiche. Solo a patto di concepire la realtà come mero insieme di *fatti* può sostenersi che il concetto debba frantumarsi in una serie di «note»: salvo poi a dimostrare come ognuna di queste possa attingere da per se stessa l'universalità del tutto, ossia del concetto medesimo.

16.– È chiaro, perciò, che, se non può e non deve chiedersi alla Filosofia del diritto la elaborazione delle teorie fondamentali e dei criteri direttivi della Giurisprudenza, la sfiducia e l'avversione, di cui si continua a circondare la nostra disciplina, appare del tutto ingiustificata. Senonché, è da avvertire subito che la colpa – sempre che di colpa possa parlarsi in tali circostanze – non è dà attribuirsi tanto ai giuristi quanto ai filosofi del diritto, che spesso hanno assegnato alla loro disciplina quel compito che abbiamo cercato di dimostrare ineseguibile. E quegli stessi autori che più hanno sentito la preoccupazione di questa atmosfera di sfiducia e di avversione che circondava la Filosofia del diritto, pur avendo messo, come suol dirsi, il dito sulla piaga, non solo hanno dato causa vinta ai giuristi, ma li hanno incitati a persistere nell'errore, affermando la necessità per la Filosofia del diritto di elaborare, qual parte integrante di essa, una teoria generale del diritto, atta ad appagare e le esigenze dei giuristi e quelle del pensiero filosofico[30]. Il che ci sembra inammissibile. Salvo, s'intende, che non si voglia tornare al criterio positivistico della Filosofia come «sintesi e coordinazione delle scienze particolari»; e salvo ancora che non si voglia sostenere, tenendo l'occhio alle presenti necessità didattiche ed accademiche, l'utilità di far posto, nel corso di Filosofia del diritto, ad un insegnamento complementare che verta sulle teorie fondamentali e sui criteri direttivi, o metodologici che dir si voglia, di tutta la Giurisprudenza: nella quale ultima ipotesi, anche per certe ragioni che diremo a suo luogo, non sapremo dissentire del tutto da quegli autori su ricordati. Ma da questo, all'affermazione che una scienza generale del diritto – di carattere essenzialmente naturalistico – possa far parte di una Filosofia – idealistica – del diritto, ci corre e non poco.

17.– Ma allora, ci si obietterà, la vostra concezione finisce, per altre vie, a dar piena ragione a tutti coloro che ritengono la Filosofia del diritto, se non dannosa, per lo meno inutile agli studi della Giurisprudenza.

Certo: quando codesta «utilità» della Filosofia in genere, e della Filosofia del diritto in ispecie, si faccia consistere in una «pronta consegna» di formule che il giurista possa adattare ai suoi problemi per vederne balzar fuori di colpo la soluzione. Ma siccome un simile concetto della «utilità» della Filosofia del diritto è assurdo, noi, nello stesso tempo in cui mettiamo in guardia quei giuristi che paventano l'intrusione della Filosofia del diritto

[30] Cfr. Levi, *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico* cit., pag. 176; Ravà, *Per una dottrina generale del diritto* cit., pag. 11 e seg.

nei loro studi, per la contradizione intima che insidia il loro atteggiamento – che, in quanto rivolto contro la Filosofia è già un filosofare, ma un cattivo filosofare: un voler essere, per dirla col Manzoni, servitori senza livrea –, rispondiamo a quell'obiezione affermando non la semplice «utilità» ma la *necessità* per ogni giurista, come del resto per qualsiasi studioso di «cose umane», di porre a fondamento dei propri studi la Filosofia. E ciò perché tutti quelli che si chiamano comunemente (con una terminologia di sapore positivistico) «fenomeni sociali» non sono altro che tanti aspetti dell'azione umana: conoscere realmente che cosa sia quest'ultima, nella sua essenza e nelle sue determinazioni, non si può senza filosofare. E poi: l'azione, in quanto auto-posizione dello Spirito, e quindi assoluto fare ed assoluto divenire, è tutt'uno con la vita, ossia con la storia: e il diritto e l'economia e tutto il resto sono tanti aspetti della storia. Ebbene: si può, allora, pretendere di conoscere pienamente la realtà del diritto senza una sicura preparazione filosofica[31]?

18. E qui non possiamo tralasciare di occuparci di un certo dualismo che comincia a far capolino nella concezione del diritto e che deve in gran parte la propria origine a questo dissidio tra Giurisprudenza e Filosofia del diritto: strano dualismo, che ebbe già qualche teorico – in seguito ricredutosi[32] – e che potrebbe esprimersi, press'a poco, nei termini seguenti: che vi sia, cioè, un concetto del diritto meramente empirico o scientifico che dir si voglia, ed un altro concetto del diritto puramente filosofico: ed insomma, un concetto del diritto buono per i filosofi ed un altro a tutto uso e consumo dei giuristi. È chiaro, allora, che, se un dualismo siffatto avesse un certo fondamento, il giurista potrebbe – ed in certo qual modo si è cercato di farlo – beffarsi della Filosofia, lasciandole un problema che non lo interesserebbe se non a semplice titolo di curiosità.

In realtà, codesto dualismo è semplicemente assurdo. Già, in primo luogo, deve negarsi che esistano concetti che siano veramente tali e che possano dirsi «empirici». Ciò che noi chiamiamo «empiria» non è altro

[31] Cfr. per altre e più decisive argomentazioni, Gentile, *I fondamenti della Filosofia del diritto* cit., Cap. I.

[32] Miceli, *Principi di Filosofia del diritto* cit., prefaz., pag. IX e pag. 48-70. In fondo, questo dualismo si deve a ciò che nelle più recenti concezioni idealistiche è rimasto piuttosto oscuro il passaggio tra quel momento dell'attività spirituale in cui si sostanzia la realtà del diritto ed il vecchio concetto di norma o insieme di norme, che è rimasto, in alcune teorie, come un troncone indigerito.

che un momento di verità inferiore guardato da un momento di verità superiore: ma un concetto «empirico», che sia, in sé e per sé, reale, ossia, vero, non esiste e non può esistere. Empiricità ed astrattezza sono momenti idealmente anteriori alla concretezza e alla verità. L'atto del pensiero è assoluta verità: unità di *concipere* e di *conceptum*. In altri termini, il pensiero, pur essendo processo infinito, non può non essere, in ogni suo momento, concreto e determinato: e non vi è concetto che sia, nell'atto in cui si pensa, empirico. Si può distinguere, quando però si abbia l'occhio non al pensiero nella sua attualità, ma al pensiero come pensato, tra concetti filosofici e concetti scientifici, tenendo conto cioè della posizione assunta dal soggetto di fronte all'oggetto[33], ma a patto che non si pongano mai sullo stesso piano; se no, i concetti scientifici si elidono. Insomma, la realtà del diritto è una ed unica: e se il concetto è la realtà stessa, il concetto del diritto non può non essere uno ed unico. Questo però va ben fissato: che, mentre per il giurista il concetto del diritto è una soluzione sulla quale s'innestano logicamente gli altri suoi problemi particolari, per il filosofo il concetto del diritto è un problema, poiché occorre indagare il processo spirituale dal quale, eternamente, scaturisce. Senonché, la soluzione è inscindibile dal problema: e il giurista che voglia rendersi conto pienamente del concetto fondamentale che sta a base dei suoi studi e della natura gnoseologica di questi, dovrà pur filosofare: filosofare con piena coscienza, e dare sul serio l'ostracismo a quella filosofia inconscia e rudimentale che alberga al fondo di ogni manifestazione dell'attività spirituale, e che impedisce, quando non si sia riusciti a superarla, di comprendere il valore assoluto della vera Filosofia.

19. È bene insistere su questo punto: giacché, tutto quel che si è detto non è stato certamente nella speranza di poter instaurare una nuova specie di Giurisprudenza *methodo philosophica demonstrata*, bensì per indurre i giuristi a superare quella filosofia inconscia ed ingenua ch'è immanente nel pensiero di ogni studioso che non siasi mai dedicato *ex professo* al filosofare. Quella stessa, cioè, che giuoca talvolta dei brutti tiri al giurista,

[33] Nella posizione gnoseologica da cui scaturiscono le scienze naturalistiche l'oggetto sta di fronte al soggetto come una realtà presupposta che debba ancora essere conosciuta dal soggetto stesso: nella filosofia, ogni oggettività è superata e risoluta nell'atto stesso del pensiero (soggetto trascendentale). Cfr. Gentile, *Le forme assolute dello spirito*, nell'opera *Il modernismo e i rapporti tra religione e filosofia*, Bari, 1912, pag. 229-48; *Teoria generale dello spirito*, 2ª ed., Pisa, 1918, pag. 233-58. Per non allungare troppo la discussione, abbiamo rinunciato ad occuparci della teoria degli «pseudo-concetti» del Croce.

quando, nella introduzione ad un trattato o in monografie su argomenti di carattere generale, sente la necessità di premettere certe sue considerazioni che involgono tutta una concezione della vita, la necessità, insomma, di certi principî che debbono avere per forza sapor di filosofia: ed ivi, in quel terreno che non conosce a fondo, difficilmente si salva dallo sdrucciolare in confusioni ed in errori, non di rado grossolani, che altrimenti avrebbe potuto evitare.

Per converso, una chiara conoscenza di ciò che vuol dire oggi «Filosofia» – senza quelle strane prevenzioni contro la «metafisica», triste eredità del positivismo – sarà di guida al giurista in certe questioni che si ritengono «filosofiche» (espressione che per alcuni giuristi serve a riassumere tre caratteri: generalità, inutilità ed astrattezza). Questo è da ricordare in particolar modo ai criminalisti che hanno mostrato come ci si possa arenare per diecine d'anni su questioni che il pensiero filosofico aveva già sorpassate da un pezzo. Ad essi ed agli altri si potrà ancora ricordare che senza una chiara coscienza del valore gnoseologico delle discipline giuridiche particolari i famosi problemi circa il «metodo» da seguire in queste resteranno insoluti ed insolubili.

Non bisogna dimenticare, infine, che solo la meditazione filosofica può educare e raffinare quel «senso storico» che non è una formula o uno schema da applicare ai singoli problemi, ma criterio informatore e addirittura vivificatore di tutte le cosidette «scienze sociali»: nella cui categoria rientra, senza dubbio, la Giurisprudenza. Senso della storicità della realtà giuridica, di cui si appalesa oggi la grande necessità di fronte a quella che sembra la più alta conquista degli studi giuridici: il criterio dogmatico. Con cui bisogna procedere assai cauti se non si vogliono creare innumerevoli *hiatus* artificiali, e perciò irreali tra il diritto e la vita. E quei «dogmi» giuridici acquisteranno significato quando, lungi dal prospettarli come assoluti ed immutabili, se ne comprenda e se ne illumini la intrinseca storicità.

20. Del resto, la necessità della Filosofia del diritto si renderà sempre più evidente il giorno in cui si penserà seriamente a dar mano alla costruzione di una Scienza pura del diritto – di fronte alla quale le singole discipline giuridiche, sarebbero, dal punto di vista naturalistico, altrettante scienze «applicate» – che è ancora una mèta da raggiungere nell'aspro lavoro per il perfezionamento degli studi giuridici. Non crediamo di posare a profeti, affermando che la teoria generale del diritto dovrà essere assorbita e superata in una disciplina veramente scientifica, *che non sia una semplice*

generalizzazione delle più importanti teorie della Giurisprudenza, ma che si fondi, invece sulla osservazione della realtà storica alla stregua di criteri dedotti rigorosamente dal concetto del diritto: solo a questo patto essa potrà essere realmente sistematica, e costituire una vera propedeutica che contribuisca efficacemente alla educazione mentale del giurista. Non possiamo dire altro, pel momento, su questa disciplina[34]: basterà accennare ad una circostanza salientissima, e cioè ch'essa ben può raffigurarsi come il *punto d'arrivo* dell'odierno atteggiamento assunto da tanti giuristi verso la Filosofia del diritto. E il giorno in cui potrà constatarsi che senza saldi presupposti filosofici è impossibile iniziare la costruzione d'un edificio dottrinario siffatto, il discredito in cui è caduta la Filosofia del diritto cesserà *eo ipso*.

21. Conclusione: non ci si accusi di aver sostenuto l'esigenza o la possibilità che il giurista si metta ad infiorare le proprie dottrine di disquisizioni filosofiche nel senso stretto della parola. Ben diverso è il nostro concetto: la Filosofia deve restare nel pensiero del giurista non come qualcosa che lo distragga o lo allontani dal nocciolo dei suoi studi, bensì come la lampada che gli rischiari il cammino. Ciò che avviene, del resto, anche nella mente del giurista che non voglia sentir parlare di filosofia; poiché non è dubbio ch'egli, come qualsiasi individuo che pensi, attui un proprio modo d'intendere la realtà: una concezione, insomma, della vita, che è appunto la sua guida e la sua lampada in ogni momento della sua esistenza. Ed allora è chiaro che quella cui bisogna dare l'ostracismo, non è la Filosofia vera – quella stessa, cioè, che gli può dare piena coscienza di quel che fa – ma la filosofia rozza, inconscia, ingenua, che lo isola in un campo che non potrà veramente dominare, perché gl'impedisce di conoscerne i limiti e gli chiude gli occhi su tutto ciò che può costituirne il presupposto ed il coronamento. Inconscia e rozza filosofia è appunto quello scetticismo ostentato da molti giuristi nei riguardi della Filosofia del diritto.

E perciò il giurista che abbandonasse ogni ingiustificata prevenzione verso la Filosofia del diritto, non solo verrebbe a togliere il proprio pensiero da quella condizione d'inferiorità che è propria dello scetticismo, ma, quel ch'è più, acquistando chiara coscienza *di quel che fa*, risolverebbe implicitamente, senza snaturarla, la Giurisprudenza nella Filosofia: e cioè

[34] Di cui può vedersi un tentativo di sistemazione, sotto vari aspetti veramente perspicuo, nel cit. libro del Cesarini-Sforza, *Il concetto del diritto e la Giurisprudenza integrale* (quella che noi abbiamo chiamato «Scienza pura del diritto»), *passim*. Si veda altresì la parte III dei *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico* di A. Levi (già cit.).

in quella che fu stupendamente definita da Giovanni Gentile come la immanente sostanza di ogni vita spirituale.

Per converso, se il giurista non potrà e non dovrà esser digiuno di Filosofia, il filosofo del diritto non potrà e non dovrà ignorare i problemi della Giurisprudenza, i quali rappresenteranno necessariamente una parte notevole di quella esperienza storica di cui deve nutrirsi il suo pensiero. E ciò non per deformare tali problemi, ma per approfondirne l'intima realtà.

3.
CONTRIBUTI AD UNA CRITICA GNOSEOLOGICA DELLA GIURISPRUDENZA

PREFAZIONE

Questo libro contiene il primo di una serie di contributi alla rielaborazione dei problemi della filosofia del diritto, concepita essenzialmente come critica gnoseologica della Giurisprudenza. Molti problemi che qui non sono stati accennati o semplicemente accennati e sfiorati *per incidens*, verranno affrontati separatamente in altri saggi che seguiranno, se il tempo e la lena non verranno meno.

Quale sia il significato e quale l'importanza di questa concezione della filosofia del diritto come critica gnoseologica della Giurisprudenza, si troverà chiarito, credo in maniera soddisfacente, in diversi punti del presente studio. A tal proposito, anzi, non so chiedere anticipatamente venia di alcune ripetizioni del criterio fondamentale su cui è poggiata l'indagine: principalmente perché questo mi ha permesso di sodisfare due esigenze che, attraverso una serie di tentativi, di pentimenti, di rielaborazioni, hanno travagliato assai a lungo il mio pensiero. Mi premeva, infatti, iniziare concretamente, in primo luogo, la liquidazione di tutte quelle mescolanze di dottrine filosofiche e di costruzioni tecnico-giuridiche hanno discreditato la filosofia del diritto tanto presso i giuristi quanto presso i filosofi. E in secondo luogo, saggiare alla stregua di problemi ben determinati l'efficienza speculativa di una concezione filosofica troppo spesso accusata di incapacità ad uscire dai c.d. problemi fondamentali, o, più crudamente, dalle vaghe e generiche affermazioni d'immanentismo.

Alla prima esigenza è legata, nel mio pensiero, l'opera di Benedetto Croce; alla seconda, il nome di un altro grande pensatore da cui ho avuto la fortuna grandissima di essere iniziato agli studi filosofici: Giovanni Gentile. Nessuna meraviglia, perciò, se questo libro mostrerà di continuo un riecheggiare di esigenze e di motivi crociani. Sapevo e so benissimo

* *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, Roma 1925.

la perfetta inanità di ogni sforzo diretto a conciliare ecletticamente le dottrine di due pensatori tormentati da problemi diversi: sicché, nulla di più lontano dal mio pensiero, al momento in cui cominciai a studiare accuratamente i problemi trattati in questo libro, nulla di più lontano dal mio pensiero ripeto, che l'intenzione di effettuare una *contaminatio* delle dottrine dei due Maestri dell'odierno idealismo italiano. Del resto una vera e propria conciliazione eclettica tra, l'idealismo crociano e l'idealismo attuale non è affatto scaturita dalle mie modeste indagini: ma il tentativo di padroneggiare i motivi più vivi e fecondi dell'uno e dell'altro, riconducendoli al loro comune punto di partenza, ossia a Kant. Quest'avvertenza dà, subito, se non m'inganno, una chiara idea del senso preciso in cui ho parlato di «critica gnoseologica della Giurisprudenza».

È necessario avvertire, infine, che nel presente studio ciò che è stato preso particolarmente in esame (negli ultimi tre capitoli) è il formalismo giuridico, ossia la pura considerazione legalistica, astrazion facendo dai rapporti con la considerazione astrattamente finalistica o politica *lato sensu* e degl'influssi che questa esercita su quella. A questo problema spero di dedicare uno studio a parte, attualmente in preparazione.

Se il libro, da me vissuto intensamente in ogni sua parte, è finito, non è cessato per questo il travaglio del mio pensiero, anche sugli stessi problemi qui approfonditi. Dalla critica, perciò, io attendo il segnale per la ripresa o la dimostrazione che l'indirizzo da me seguito sia sterile di risultati e che sia necessario quindi ricominciare *ab imis*.

Nel licenziare queste pagine alle stampe, sento vivissimo il bisogno e il dovere di manifestare la mia profonda gratitudine al prof. Giorgio Del Vecchio, per i consigli e gli aiuti, veramente indimenticabili, che Egli ha voluto prodigarmi. E con altrettanta gratitudine debbo ricordare, altresì, il prof. Alessandro Levi che con i suoi incoraggiamenti e la sua acuta e dotta conversazione permise ch'io potessi temprare, tra consensi e dissensi, alcune mie modeste vedute.

Non so trovare, infine, parole che esprimano compiutamente il mio sentimento per Luigi Biamonti, che ha assistito al nascere e al compirsi di questo libro, spronandomi ed incoraggiandomi di continuo, ed aiutandomi in tante cose con affetto veramente paterno.

Roma, gennaio 1923-ottobre 1924 A.E.C.

CAPO PRIMO
Il problema e suoi presupposti gnoseologici

1. Quale relazione intercede tra il concetto dello Stato e il concetto del diritto? Sono due concetti assolutamente inseparabili, oppure la loro relazione non ha carattere di necessità, sì che uno di essi possa pensarsi senza fare alcun ricorso all'altro?

Indagare, appunto, quale relazione interceda tra il concetto dello Stato e il concetto del diritto è tutt'uno col proporsi di dare una soluzione alla *vexata quaestio* su la «statualità» del diritto: il problema più vivo, forse, tra quanti affatichino oggi i cultori della filosofia giuridica e della Giurisprudenza.

Problema che è poi, a ben guardare, lo stesso problema classico della filosofia giuridica: il problema del concetto del diritto. Ma ciò che dà una fisionomia abbastanza netta al problema in parola, è la circostanza che alla soluzione di esso sembrano mostrare un interesse vivissimo i giuristi: quanto e forse più che i cultori della filosofia del diritto. La ragione di questo interesse così vivo è che la dottrina moderna, spinta, da una parte, dalla tradizione della scuola storica tedesca, e dall'altra da una corrente speculativa affermatasi nella recente filosofia giuridica, inclina implicitamente[1] a considerare il concetto del diritto come il presupposto logico indefettibile delle indagini del giurista; onde lo sforzo, visibilissimo in alcune dottrine moderne – vuoi affacciate da giuristi, vuoi da filosofi –, di elaborare il concetto del diritto in modo tale da potere svolgere dal suo nucleo tutte le nozioni indispensabili al giurista (norma, sanzione, diritto soggettivo ed obbligo giuridico, e via dicendo). Logicamente, quindi, si avrebbe una perfetta unicità di problema e di soluzione tanto per il giurista che per il filosofo del diritto[2].

[1] Non manca però qualche esplicita affermazione, come quella del Romano, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, parte I, nota a pagina 19-20, in cui si dice che la scienza giuridica propriamente detta (ossia la Giurisprudenza) non potrebbe rinunziare a foggiarsi un concetto del diritto senza rinnegare sé medesima. È difficile, d'altro lato, trovare oggi un manuale o un trattato, specialmente nel «diritto civile» e in alcuni rami del «diritto pubblico», che non cerchi di fissare preliminarmente il concetto del diritto.

[2] Il principio secondo cui il concetto del diritto dovrebbe considerarsi come il presupposto logico di tutte le indagini della Giurisprudenza si trova, pressoché esplicitamente, teorizzato e svolto nel Del Vecchio *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905, pag. 119 e seg. Concorda sostanzialmente il Ravà, *Per una dottrina generale del diritto*, Roma,

2. Se questo principio fosse totalmente esatto, la conseguenza cui, a fil di logica, dovrebbe pervenirsi, sarebbe questa: che la scienza naturalistica – né vi è dubbio che la Giurisprudenza sia tale – e la filosofia dovrebbero coincidere in un punto fondamentale, ossia nella determinazione del loro oggetto. Ora, posta in tali termini la questione, è legittimo l'affacciarsi di un dubbio: se identico è l'oggetto della filosofia e della scienza naturalistica, dovrà essere identico il contenuto di ambedue: e allora esse saranno totalmente identiche. Ed è chiaro, per di più, quanto debba essere malfido prospettare una semplice diversità di «punti di vista»: perché ciò porterebbe ad un dualismo insolubile tra verità scientifica e verità filosofica, ognuna delle quali sarebbe meramente particolare e sempre relativa al punto di vista che la condizionerebbe: il che equivarrebbe esattamente a negare, in sede di filosofia, la filosofia stessa.

Abbandoniamo per un momento questo problema e chiediamoci anzitutto se non sia più esatto dire che la filosofia non conosce, propriamente parlando, un oggetto o degli oggetti, bensì problemi. E se la risposta, come ognun vede, non può essere che affermativa, ecco sorgere l'altra domanda: i problemi della filosofia sono indubbiamente infiniti, ma questa «infinità» è da concepire come moltitudine caotica e sparpagliata di problemi o non, piuttosto, come gl'infiniti aspetti di un problema solo: il problema della realtà o, che è lo stesso, la realtà come problema?

1911, pag. 11, quando afferma che il problema intorno a cui si aggira la dottrina generale del diritto è identico ad uno dei problemi capitali della stessa filosofia del diritto, cioè al problema del concetto del diritto.

Per la dottrina tedesca si veda Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, pag. 31; più esplicito è lo Stammler, *Theorie det Rechtswissenschaft,* Halle a. d. S., 1911, pag. 39-48 e pag. 113. Il Cesarini-Sforza, *Il concetto del diritto e la Giurisprudenza integrale*, Milano, 1913, pag. 16, è il più reciso di tutti nell'affermare che il concetto del diritto sia il presupposto logico della Giurisprudenza; un tal concetto, però, non sarebbe «filosofico» bensì «scientifico» e costituirebbe appunto la «legge fondamentale» su cui si erige l'intera scienza giuridica. Nello studio *Su le tendenze antifilosofiche della Giurisprudenza moderna in Italia*, in *Riv. int. di filosofia del diritto*, 1922, fasc. IV, pag. 250 e pag. 254 *[qui a pag. 25 e pag. 28 e seg., n.d.c.]*, accettavo esplicitamente il principio su esposto; dopo più matura meditazione ho approfondito le mie vedute in proposito orientandole in maniera un po' diversa, tenendo ferme però le mie osservazioni nei riguardi di un certo dualismo, per cui si avrebbe un concetto del diritto buono per i filosofi ed un altro a tutto uso e consumo dei giuristi; o, che è in fondo lo stesso, un concetto «universale» ed una nozione «generale» del diritto, come sembrano inclini a sostenere il Dallari, *Il nuovo contrattualismo nella filosofia sociale e giuridica*, Milano, 1911, pag. 461 e il Groppali, *Istituzioni di Scienza generale del diritto*, Brescia, 1921, pag. 18. Sul valore di «presupposto» che ha il concetto del diritto di fronte alla Giurisprudenza v., recentissimo, Beling, *Il soggetto dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. int. di filos. del diritto*, 1924, fasc. I, pag. 27.

Anche qui è da ritenere come esatta la seconda soluzione: ed infatti, si vede subito come tutte le concezioni filosofiche siano tali appunto perché il loro problema fondamentale è il problema della realtà; o, per meglio dire, poiché la filosofia è, indubbiamente, pensiero, il problema del rapporto tra pensiero e realtà[3].

3. Tra le svariate soluzioni – fonti, alla lor volta, di altri problemi – del problema su accennato, si possono ricordare, anche allo scopo di chiarire gradatamente la posizione speculativa sulla quale saranno orientate le successive indagini sul rapporto tra Stato e diritto, due soluzioni tipiche: lo scetticismo e il naturalismo. Ambedue partono dal presupposto che il soggetto, ossia il pensiero, sia mero soggetto particolare, soggetto tra infiniti soggetti, e la realtà sia mero oggetto, *toto coelo* avulsa dal soggetto, anzi, molteplicità di oggetti. Senonché: è facile vedere come, una volta separato l'oggetto dal soggetto, uno dei due si rivolga contro l'altro per distruggerlo, salvo a vederselo spuntare di nuovo quando crede di averlo già divorato. Se il soggetto riesce a sopraffare l'oggetto senza però immedesimarsi con questo, ecco spuntare lo scetticismo: il quale nega ogni carattere di assolutezza alla conoscenza e afferma la relatività di ogni verità postulando, poi, un mondo in sé, inattingibile, nella sua totalità e nella sua concretezza, dal soggetto: questo mondo in sé è l'oggetto che il soggetto credeva di aver distrutto e che invece risorge per divorare il proprio avversario. Se, invece, l'oggetto riesce a sopraffare il soggetto, ecco spuntar il naturalismo: il quale, dopo aver fatto del primo il presupposto del secondo, è costretto poi ad ammettere che quest'ultimo abbia una qualche funzione: quella cioè di constatare i «fenomeni», ossia ciò che appare di quella realtà estranea al

[3] Avversario reciso di questo concetto è il Croce, *Teoria e storia della Storiografia*, Bari, 1917, pag. 139-141, il quale afferma che il problema della relazione tra Pensiero ed Essere sarebbe semplicemente «la forma critica e gnoseologica dell'antico problema del mondo e dell'altro mondo, della terra e del cielo» (pag. 140).
Sarebbe perciò il problema teologico per eccellenza, e la filosofia che ammettesse la sopravvivenza di questo problema fondamentale sarebbe una «filosofia teologizzante» (cfr. dello stesso Croce, *Sulla filosofia teologizzante e le sue sopravvivenze*, Napoli, 1919). Si veda però, contro l'affermazione del Croce, la critica del Gentile, *Teoria generale dello Spirito come atto puro*, 2ª ed. Pisa, 1918, nota a pagine 217-220. Lo stesso Croce, del resto dopo il periodo su riferito, continua testualmente «Ma coloro che distrussero o iniziarono la distruzione del cielo e dell'altro mondo e della filosofia trascendente per la filosofia immanente, nello stesso atto distrussero o cominciarono a corrodere il concetto di un problema fondamentale…». Ebbene, che cosa sono «immanenza» e «trascendenza» se non soluzioni del problema del rapporto tra pensiero e realtà?

soggetto stesso; realtà che vien proclamata, perciò, conoscibile solo per fenomeni, oltre i quali e sotto i quali si postula un residuo inconoscibile perché, non fenomenico (ed ecco perché molti positivisti ritennero in buona fede di essere i veri seguaci, o, per meglio dire, i veri successori di Kant: *l'inconoscibile* è, infatti, l'etichetta positivista della *cosa in sé*). Senonché, arrivato a questo punto il naturalismo dovrà necessariamente proclamare anch'esso la relatività della conoscenza, cadendo cioè nella stessa contraddizione che uccide lo scetticismo, quando, dopo aver negato l'assolutezza e l'universalità del conoscere, pone come assoluto ed universale, non opinione, ma verità inconcussa, il principio che la conoscenza è relativa e la verità assoluta è inattingibile[4].

4. Se le due soluzioni tipiche, testé ricordate, non riescono a fondare la validità e l'assolutezza del conoscere, ciò avviene perché tanto l'una quanto l'altra considerano isolatamente, in un primo momento, il soggetto e l'oggetto e si sforzano successivamente di giustapporli: giustapposizione estrinseca, in cui il soggetto e l'oggetto rimangono come due astratte entità, chiusa ciascuna in se stessa, onde non può mai vedersi come soggetto ed oggetto si unifichino nella conoscenza: come avvenga, cioè quella *relazione* tra soggetto (conoscente) ed oggetto (conosciuto) in cui, secondo la più elementare osservazione, consiste il conoscere. Il problema infatti è questo: posto da una parte il soggetto e dall'altra l'oggetto com'è possibile che si stabilisca tra essi il rapporto in cui consiste il conoscere? Ora, le difficoltà incontrate dallo scetticismo e dal naturalismo mettono in chiaro inconfutabilmente l'inconcepibilità della relazione quando si pongano i suoi termini come preesistenti ad essa: e tali difficoltà sono insuperabili fino a quando il soggetto e l'oggetto non si concepiscano come *posti dalla relazione nell'atto in cui essa si pone*. L'unificazione del soggetto e dell'oggetto non è concreta, allora, se non nell'atto dello Spirito: che è appunto, come intravide Kant attraverso la critica dello scetticismo humiano e del dogmatismo wolff-leibniziano, relazione assoluta, sintesi *a priori* del soggetto e dell'oggetto: assoluta e *a priori* perché non presuppone affatto ma pone da sé, invece, i propri termini. Questo il concetto fondamentale della odierna filosofia immanentistica: per cui la realtà è tutt'uno col processo autocreativo dello Spirito: e in quanto tale, non più

[4] Sulla *coincidentia* del naturalismo e dello scetticismo v. a. Casotti, *Saggio di una concezione idealistica della storia,* Firenze, 1920, pag. 424. È da avvertire che l'espressione «naturalismo» adoperata nel testo è da intendersi anche come sinonimo di «realismo».

molteplicità di enti staticamente concepiti, ma divenire: ossia storia[5].

5. In che cosa consiste allora la differenza tra la filosofia – intesa come immanentismo assoluto – e la scienza naturalistica? La filosofia, come si è visto, è la concretezza dell'autocoscienza, sintesi della soggettività e della oggettività: le quali diventano *ipso facto* astratte e tendono a convertirsi l'una nell'altra non appena si prendano fuori dalla sintesi in cui sono concrete. Ora, se la scienza si considera nella sua *attualità*, come pensiero, cioè nell'atto in cui si pensa, è chiaro come non possa esservi differenza tra la scienza e la filosofia. Ma la considerazione del pensiero pensante, se è legittima, non è la sola: questa considerazione ci dà solo la semplice identità, cui non possiamo fermarci perché il divenire spirituale non può concepirsi se non come sviluppo dell'identico nel differente e del differente nell'identico. L'analisi trascendentale scopre agevolmente nel pensiero come pensato la differenza tra la scienza naturalistica e la filosofia. La prima, infatti, rappresenta anch'essa a suo modo una relazione tra la soggettività e l'oggettività, ha cioè anch'essa valore gnoseologico, ma non raggiunge la concretezza dell'autocoscienza perché *postula* sempre un oggetto preesistente al pensiero: lo postula, cioè non lo dimostra, ossia ne afferma dogmaticamente l'esistenza, pur affermando, al contempo, la necessità di conoscerlo, decomponendolo in una serie infinita di fenomeni[6].

[5] La più luminosa e geniale dimostrazione di questi concetti si trova nelle opere del Gentile, segnatamente nel I vol. del *Sommario di Pedagogia come scienza filosofica*, 2ª ed., Bari, 1920; nella *Teoria generale dello Spirito*, 2ª ed., Pisa, 1918, 3ª ed., Bari, 1921; e nel *Sistema di Logica* (2 vol.) 2ª ed. completa, Bari, 1920-1923.

[6] Sul valore gnoseologico delle scienze naturalistiche, cfr. Gentile, *Teoria generale dello Spirito*, 2ª ed. cit., pag. 233-239. Osserva giustamente il Gentile che la scienza naturalistica è sempre scienza particolare e quindi è necessariamente empirica, non potendo concepire la conoscenza se non come rapporto del soggetto con l'oggetto, *estrinseco alla natura così dell'uno come dell'altro*: cioè come sensazione o conoscere che sia un puro fatto sul quale lo spirito potrà poi lavorare con l'astrazione, la generalizzazione, etc. La scienza perciò è dogmatica. Non dimostra né può dimostrare questi due fondamentali suoi presupposti: 1.) che esiste il suo oggetto; 2.) che abbia valore quel fatto iniziale e sostanziale del conoscere che è l'immediato rapporto con l'oggetto, la sensazione (pag. 234). Di fondamentale importanza è l'altra osservazione del Gentile e cioè che la scienza oscilla tra l'arte e la religione (ossia tra la soggettività e l'oggettività, delle quali, come si è visto, la scienza costituisce una conciliazione astratta che non è, considerata sempre nel pensato, sintesi concreta) e perciò «non le unifica come la filosofia, in una sintesi superiore, anzi assomma, col difetto di obbiettività e di universalità dell'arte, il difetto di subbiettività e razionalità della religione» (pag. 239).

6. La contradizione intrinseca al pensiero, da cui nasce la scienza naturalistica e per cui quest'ultima non può raggiungere, come la filosofia, il culmine dell'autocoscienza, consiste precisamente in ciò: come pensiero, la scienza è posizione e risoluzione della soggettività e della oggettività in un atto che è sempre autocreazione; senonché, questo stesso pensiero, lungi dal riconoscersi in ciò che ha pensato, ossia dal riconoscersi come identico all'oggetto pensato, ha estraniato, ha proiettato, potrebbe dirsi, fuori di sé l'oggetto, affermandolo come presupposto di se stesso: onde l'oggetto appare come intuito immediatamente anziché realmente conosciuto, ossia risoluto nella stessa attività pensante. Nasce da ciò la caratteristica fondamentale dei concetti elaborati dalle scienze: l'astrattezza, la mera genericità. Poiché il reale, in quanto storia, è sempre individualità concreta: ma questa individualità non può essere affermata come necessariamente ed assolutamente tale, se non in quanto la si riconosca come lo stesso particolarizzarsi dell'universalità dello Spirito. Senonché, staccato il soggetto dall'oggetto e fatto di quest'ultimo il presupposto del primo, si perde totalmente di vista il ritmo vitale dello Spirito come unità che dirompe nel molteplice per ricostituirsi nuovamente come unità: onde la realtà appare come una sparpagliata molteplicità di oggetti – e di soggetti, che non hanno, rigorosamente parlando, nessun vero carattere di soggetti e si atteggiano anch'essi come oggetti (come p. es. nelle cosidette scienze morali). Ora, il pensiero non può mai fermarsi alla molteplicità, ad una rapsodia di percezioni (come direbbe Kant), sicché, non essendo ancora giunto al momento dell'autocoscienza in cui solo può vedersi l'individualità, ossia l'assoluta realtà della percezione, è portato dal suo ritmo vitale ad unificare volta a volta una serie di percezioni, ordinandole secondo rapporti di coesistenza (spazio) e di successione (tempo)[7] in un punto comune che costituisce un *genus proximum*, uno schema in cui sono raggruppati alcuni elementi costanti delle percezioni stesse. Questo *genus proximum*, è appunto il concetto naturalistico: il quale nasce, per ciò, dalla esigenza, insita nel pensiero, di ridurre ad unità il molteplice: ma il molteplice astratto non può dare che una unità astratta anche essa: una unità meramente formale che bene è stata chiamata dagli stessi scienziati «uniformità».

[7] Spazio e tempo, perciò, non sono, come assumeva Kant, l'uno forma del senso esterno e l'altro forma del senso interno, ma le forme create dallo Spirito stesso nel suo porsi come molteplicità. Cfr. Gentile, *Teoria generale dello Spirito*, ed. cit. pag. 117-142. Si vede, per altro, quanta importanza conservi ancor oggi la *Critica della ragion pura* per ciò che concerne il valore delle scienze.

7. Nasce da ciò il carattere particolaristico della scienza – ed è più esatto dire: delle scienze – in parola. Posta, infatti, la molteplicità degli oggetti come preesistente al pensiero, quest'ultimo dovrà volta per volta *adeguarsi* ad una serie particolare di essi, abbracciarne, per così dire, una parte, lasciando, o meglio, proiettando: al di qua e al di là, prima e dopo di questa, un residuo che potrà essere conosciuto con altre e successive adeguazioni.

Ogni scienza, per ciò, è scienza particolare, perché, non raggiungendo l'autocoscienza. non vede come la totalità del mondo si risolva sempre nell'atto concreto dello Spirito: onde, per quanti sforzi egli faccia, lo scienziato non potrà mai abbracciare nella sua totalità il reale; e ciò perché, se il reale non è lo stesso pensiero, la sintesi scientifica più ampia cui si riesca a pervenire, proietterà sempre, come già si disse, un residuo fuori di sé e risulterà perciò inadeguata a cogliere totalmente questa realtà. Lo stesso accade al filosofo che non riesca ancora a superare la posizione naturalistica: il noumeno, l'inconoscibile che lo attendono al varco, suonano come il ghigno beffardo di questa realtà invano inseguita.

8. Può dirsi allora che ogni scienza naturalistica sia fondata sopra un vero e proprio concetto, nel senso, cioè, che tutte le sue costruzioni siano fondate esplicitamente sulla determinazione concreta della realtà? Poiché, si badi, proprio questo è il significato di quella tendenza moderna che pone a base della Giurisprudenza la determinazione del concetto del diritto. Orbene, posta in tali termini la questione, è chiaro come la risposta non possa essere che negativa. Se tutta la Giurisprudenza non fosse che una deduzione di concetti da un concetto filosofico fondamentale, quello del diritto, la Giurisprudenza non sarebbe più scienza naturalistica ma vera e propria filosofia: ciò che non è sostenibile.

Si dirà, invece, che questo concetto fondamentale non sia un vero concetto filosofico, ma un concetto naturalistico? Ciò non può essere oppugnato: ma è necessario un chiarimento della massima importanza. Il primo della scienza naturalistica è, come si è visto, in una oggettività immediata: immediatezza che ripugna al carattere del concetto concreto, come conoscenza dell'individuale, ossia mediazione della soggettività nell'oggettività, dell'universale nel particolare. In ogni modo, la determinazione di un concetto concreto esce dai limiti della scienza naturalistica: la quale, però, è portata inevitabilmente a ridurre i propri schemi in uno schema che comprenda potenzialmente in sé tutti gli schemi

di cui si compone la scienza medesima. Questo schema più ampio che rappresenta, per dir così, l'Ultimo della scienza naturalistica si converte, per la circolarità stessa del pensiero, in un Primo, per ciò che contiene potenzialmente in sé tutti gli altri schemi della scienza. È chiaro, allora, che la sintesi, lo schema più ampio in cui viene a compendiarsi tutta una sistemazione di concetti naturalistici, è fondamento di questi in quanto è fondata su di essi: e viceversa. Non bisogna meravigliarsi, per ciò, se alcune scienze naturalistiche, nel determinare il loro «concetto fondamentale», abbiano tutta l'aria di avvolgersi in un circolo vizioso[8].

E ciò perché la scienza naturalistica *costruisce* le uniformità dei «dati», ma queste uniformità non sono applicabili che ai dati medesimi: onde, se le uniformità si determinano in funzione dei «dati», questi ultimi alla loro volta si determinano in funzione delle uniformità.

9. Tutto ciò deriva da quella contradizione fondamentale – intrinseca al pensiero – da cui nasce la scienza naturalistica. Ora, lo schema più ampio cui possa pervenire ciascuna scienza – e che è, come si è visto, fondamento delle costruzioni singole della scienza medesima in quanto è fondato su di esse – resta sempre uno schema, una costruzione, un concetto naturalistico. Come tale, esso appare una formazione *a posteriori*, in quanto costruito e fondato sugli schemi particolari; ed una formazione *a priori*, in quanto fondamento degli schemi particolari. E così ciascuno schema particolare rispetto ai singoli «dati» su cui è fondato e ai quali serve di fondamento. Anche qui la scienza si mostra come la vera *simia philosophiae*: perché l'assoluto *a priori* dell'autocoscienza è anche assoluto *a posteriori*, in quanto unità di soggetto ed oggetto: esperienza assoluta che è assoluto conoscere.

Quest'ultima osservazione permette di spiegare compiutamente il dissidio, ancor oggi non sopito del tutto, tra due correnti filosofiche rigidamente naturalistiche, che hanno tenuto il campo della filosofia del diritto in questi ultimi anni. Dissidio imperniato, appunto, sul dualismo di concetto e di esperienza: che da una corrente, e precisamente dal positivismo, viene risoluto con la priorità della esperienza sul concetto; e dall'altra, ossia dal neo-kantismo, viene risoluto in maniera affatto opposta, ossia con la priorità del concetto sull'esperienza. E qui può mostrarsi a luce meridiana come tutte le filosofie che non pervengano ad una concezione immanentistica del mondo e si fermino alla posizione naturalistica, in cui

[8] Si ricordino le dispute cui diede luogo l'*Allgemeine Rechtslehre.* Cfr. per tutti, Ravà, *Per una dottrina generale del diritto*, Roma, 1911, pag. 9.

il soggetto è spettatore della realtà concepita come mero oggetto, finiscano col teorizzare il procedimento della scienza naturalistica senza *criticarlo*, ossia senza poter mettere in luce la sua genesi e dimostrarne la necessità, in quanto momento dello svolgimento spirituale.

10. La gnoseologia del positivismo ha le sue origini, com'è risaputo, in una erronea interpretazione di alcuni passi della critica kantiana. Kant dice: tutte le nostre conoscenze cominciano con l'esperienza, ma non tutte derivano da essa[9]. Il positivismo fa della prima parte di questa proposizione la base e addirittura il criterio fondamentale della propria gnoseologia: e ne respinge la seconda come alcunché di fantastico. Nasce così il principio positivistico secondo cui nessuna conoscenza può dirsi valida ove non sia fondata dall'esperienza: il concetto diventa perciò un susseguente, una semplice formazione *a posteriori* rispetto all'esperienza. E con ciò si finisce col tornare ad una fase della storia della filosofia che Kant aveva cercato di superare definitivamente[10]. Nella filosofia giuridica i positivisti sostengono che il concetto del diritto possa ottenersi solo mediante la sintesi – spesso vi si aggiunge: la comparazione – dei dati forniti dall'esperienza[11]. Qui bisogna appunto ricordarsi di Kant: l'intuizione senza la categoria è cieca[12]. L'esperienza di cui parla il positivismo è, infatti, intuizione cieca, perché semplice passiva constatazione di una realtà totalmente estranea e presupposta al pensiero. Come può, allora, farsi la luce, ossia spuntare la conoscenza e dimostrarsi l'assoluta validità della conoscenza medesima?

11. Diametralmente opposta a quella del positivismo è la tesi dei neo-kantiani[13]. L'esperienza, essi dicono, non può darci il concetto del diritto, ma

[9] Cfr. *Critica della ragion pura*, trad. Gentile e LombardoRadice, 2ª ed., Bari, 1919, pag. 39.

[10] Il concetto desunto dall'esperienza è, se ben si guarda, quel «giudizio sintetico *a posteriori*» di cui parla Kant nell'Introduzione alla *Critica della ragion pura*. Ma, come bene osserva il De Ruggiero negli excerpta kantiani dal titolo: *Pensiero ed esperienza*, Bari, 1913, pag. 9 e pag. 27, Kant, idealizzando i momenti della storia del pensiero, è portato a fare, di momenti sorpassati, vere e proprie realtà. Le due categorie di giudizi, analitici *a priori* e sintetici *a posteriori*, rappresentano empirismo e dommatismo.

[11] Cfr. p. es. Vanni, *Lezioni di Filosofia del diritto*, 3ª ed., Bologna, 1911, pag. 52.

[12] Ciò che fu osservato, criticando il positivismo, dal Petrone, *La fase recentissima della filosofia del Diritto*, Pisa 1898, pag. 190.

[13] Cfr. Petrone, *La fase recentissima*, etc, cit.; Bartolomei, *Lineamenti di una teoria del*

presuppone quest'ultimo. La determinazione di quei caratteri differenziali del diritto su cui tanto insiste il positivismo, non sarebbe possibile ove non si possedesse anticipatamente il criterio da applicare nell'esperienza, il criterio, in base a cui, cioè, possa distinguersi ciò che è giuridico da ciò che giuridico non è. Il concetto del diritto, perciò, dev'essere necessariamente anteriore – logicamente – a quella realtà che si dice «giuridica».

Questo il nucleo della tesi neo-kantiana: la quale viene sviluppata e perfezionata nella teoria del concetto del diritto come forma logica *a priori*, anteriore ad ogni esperienza ed anzi condizione di ogni esperibilità del diritto[14]. Siamo, come si vede subito, proprio agli antipodi della soluzione data dal positivismo al problema del concetto del diritto. Ma qui è più che legittimo un sospetto: che, cioè, la tesi del neo-kantismo debba cadere in un errore identico, perché diametralmente opposto, a quello in cui cade la tesi del positivismo. Ed infatti, se ben si guarda, la forma logica *a priori*, di cui parla il neo kantismo per bocca di un suo lucidissimo ed agguerrito sostenitore, non è ancora sintesi *a priori* perché presuppone ancora una «materia» – la realtà – cui debba applicarsi: mentre la vera sintesi *a priori*, come si è già visto, è *relazione assoluta* che nulla presuppone ed anzi pone da sé i propri termini. Si vede subito, allora, come il neo-kantismo[15] non si allontani affatto dal criterio, comune anche al positivismo, che la realtà sia presupposto del pensiero: onde la conclusione che, se erronea è la tesi della susseguenza del concetto di fronte all'esperienza, altrettanto infondata deve essere la tesi della antecedenza del primo di fronte alla seconda.

giusto e del diritto, Roma, 1901, cap. VII; Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905, pag. 155; Ravà, *I compiti della filosofia di fronte al diritto*, Roma, l907; *Per una dottrina generale del diritto*, cit.

[14] Cfr. Del Vecchio, *I presupposti filosofici* cit., pag. 119 e seg.

[15] Circa le origini del neo-kantismo italiano non debbono dimenticarsi gl'influssi dello Schuppe, *Die Methoden der Rechtsphilosophie*, in *Zeitschr. für vergleichende Rechtswissenschaft*, Bd. V, 1884, pag. 209 seg., chiaramente confessati dal Petrone nel cit. vol. e in una nota dei *Contributi sull'analisi dei caratteri differenziali del diritto*, Torino, 1897. Si veda anche uno dei primi saggi dello Stammler, *Ueber die Methoden der geschichtlichen Rechtstheorie*, nella *Festgabe* per B. Windscheid, Halle, 1889, pag. 3-63, da cui trasse alcuni motivi della sua critica il Petrone ne *La fase recentissima*, cit. Come ultima formulazione del pensiero dello Stammler si veda, di quest'ultimo, il recentissimo *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1922, pag. 49 e seg.; v. a. *Recht u. Wirtschaft*, etc., 4ª ed., Berlin, 1922, pag. 9. Anche il Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1914, pag. 39, nega che il concetto del diritto possa essere ricavato in via «induttiva».

12. Si osservi, infatti, come il concetto che si afferma ricavato dalla sintesi e dalla comparazione dei cosidetti «dati» forniti dall'esperienza non possa essere che la *forma* – inevitabilmente forma *logica* – in cui vengono sussunti i «dati» medesimi: poiché una siffatta sintesi, affiancata o no dalla «comparazione», è una mera generalizzazione, la quale non potrà altro offrire che uno *scheletro*, per dir così, dei dati: scheletro ottenuto, appunto, fissando alcuni elementi o *note* comuni ed eliminando tutti gli altri elementi che individualizzano ciascun «dato».

D'altro lato, la forma logica neo-kantiana non fa che fissare un insieme di elementi o note, ponendoli, però, come presupposti all'esame dei «dati» ed in cui questi ultimi vengono anticipatamente spolpati – o, se piace di più, spogliati – di tutti quegli altri elementi che individualizzano ciascun dato. Ebbene, sia nell'uno come nell'altro caso, non si ha mai un concetto concreto ma uno *schema* da cui fuoriesce totalmente la storia, ossia la realtà: uno schema che si riduce ad un *punto di vista* dal quale valutare – estrinsecamente – e classificare una moltitudine di *fatti*: e con ciò si arriva ad un atteggiamento che è tipico delle scienze naturalistiche – considerate, come già si disse, nel *pensato* – aggravato dal nominalismo in cui si dovrà necessariamente cadere. La realtà, infatti, vien prospettata come un *quid* che si svolga per proprio conto, e quel punto di vista si riduce ad un *nome*: diritto.

13. La verità è che tanto il positivismo, quanto il neokantismo, hanno semplicemente teorizzato, un lato per ciascuno, il procedimento tipico delle scienze naturalistiche, lasciandosi dietro le spalle, insoluto, il problema della conoscenza. Il passaggio dalla esperienza al concetto o dal concetto all'esperienza resta infatti totalmente oscuro: e, come il positivismo non può dimostrare la validità del concetto desunto dalla esperienza intesa come passiva constatazione – osservazione – di una realtà trascendente, così il neo-kantismo non potrà mai dimostrare che la «forma logica» non si riduca ad un puro «nome» attribuito ad una *parte* di una realtà anch'essa trascendente. Per il positivismo, infatti, la esperienza non è che «osservazione»: e quest'ultima, in sé presa, appare subito come un *processus ad infinitum* che non ha né capo né coda e inficia di continuo la validità del concetto, se questo, *per definitionem,* deve sorgere ad esperienza compiuta. D'altro lato, il neo-kantismo pone il concetto come forma logica di un numero infinito di «dati»; ma per dimostrare la validità di essa forma logica non ha altro scampo che tornare all'esame dei dati medesimi:

i quali, *per definitionem*, non potranno dire nulla. Sicché, codesta forma logica spunta di colpo senza poter dimostrare la necessità del suo sorgere, ossia la propria validità. E non parliamo della «universalità» perché, se si ammette che tutta la realtà non sia tutta quanta «giuridica» e che vi sia una realtà «economica», «morale» e via dicendo, si avrà una serie di «forme logiche» ognuna delle quali sarà universale per modo di dire, per ciò stesso che non potrà mai cogliere se non una parte della realtà, lasciando il resto alle altre. Ora, si vede subito che, se tutte queste «forme logiche» preesistono all'esperienza – dal neo-kantismo intesa, né più né meno, nello stesso senso in cui l'intende il positivismo –, non sapremo mai come ciascuna di esse, che è ancora potenza conoscitiva più che vero conoscere, possa, per così dire, svegliarsi e darci la conoscenza del diritto, dell'economia, della moralità, etc.

Come avviene, cioè, che ciascuna di queste forme logiche trapassi da potenza ad atto conoscitivo e sia proprio, p. es., conoscenza del diritto e non conoscenza dell'economia o della moralità, una volta che la realtà è presupposta, tutta quanta indistinta e indeterminata, alla conoscenza? Torneremo ad «osservare la realtà?» Ma questa, se è indistinta e indeterminata, mera moltitudine di «fatti» o «dati», non potrà affatto dirci se abbiamo ragione o abbiamo torto di chiamare «giuridico» oppure «economico» questo o quel «dato» una volta posto che la «giuridicità» non possa derivare da altro che non sia la forma logica[16].

Tutte queste difficoltà, che la scienza naturalistica, in quanto tale, non vede e non può vedere, si avvertono subito quando si voglia proporre filosoficamente il problema della conoscenza nei termini che può dare la posizione naturalistica. E per uscire da tali difficoltà bisogna riconoscere l'esattezza della tesi immanentistica per cui il conoscere è *sintesi a priori* ma

[16] Una diversa via segue il Ravà, *I compiti della filosofia di fronte al diritto*, pag. 11 e segg.; *Per una dottrina generale del diritto*, cit., pag. 33. Secondo il Ravà, infatti, il concetto del diritto dovrebbe essere ricavato dall'*ideale* del diritto medesimo: l'unico, a suo parere, che si possa dedurre *a priori* dalla pura ragione. Il Ravà è quello che più di tutti si avvicina, tra i neo-kantiani, alla filosofia dei valori (Windelband, Rickert, etc.): ma è una posizione che non regge alla critica, perché non si sa precisamente come si possa conoscere il «dover essere» – salvo che non ci si attacchi ad una misteriosa rivelazione – senza conoscere l'essere: è ovvio, infatti, che il dover essere è il *dover essere dell'essere*. Tant'è vero ciò, che il Ravà, nel chiarire sommariamente la propria posizione, dice testualmente: «per giungere al concetto del diritto si deve in primo luogo analizzare il concetto di norma di condotta...». E qui è il caso di chiedere: come vien fuori questo concetto di «norma di condotta»? È un principio *a priori* o è desunto dalla esperienza? E come si farà a conoscere l'ideale del diritto senza postulare, almeno, che il diritto sia una norma di condotta? Del resto, basta leggere *Il diritto come norma tecnica* (Cagliari, 1911), uno scritto veramente interessante e suggestivo, per vedere come e quanto sia stato attuato il criterio su esposto.

è anche assoluta esperienza: e se esperienza e conoscenza non sono tutt'uno, la prima sarà, come dice Kant, intuizione cieca, e la seconda categoria vuota. E ciò, si badi bene, va riferito non alla sola filosofia ma anche alla scienza: poiché questa, come già si è detto, se guardata nel pensato, ci offre quella contradizione per cui il soggetto e l'oggetto sembrano scissi e contrapposti, guardata nel suo *farsi* è sempre pensiero concreto, sintesi della soggettività e dell'oggettività in un atto in cui è sempre tutta la realtà e tutta la verità. Affermare l'esistenza del diritto è già pensarlo: pensarlo è lo stesso che porlo come esistente. Si vede perciò come quella domanda «*quid ius?*» con cui si vuol indicare spesso il problema del diritto, non possa avere, se intesa alla lettera, che un valore puramente didascalico. Poiché, se «ius» fosse solo una espressione di cui non si conosca ancora il significato, non si avrebbe più un problema filosofico o scientifico ma una pura e semplice ricerca lessicale.

Questa critica del positivismo e del neo-kantismo – per concludere – non inficia *a priori*, però, l'esattezza delle definizioni del diritto cui essi siano pervenuti. È da osservare, anzi, che il contrasto di «metodo» tra le due correnti non ha implicato una radicale divergenza nelle definizioni del diritto avanzate da tali correnti: il che costituisce, d'altro lato, una riprova dell'assunto che vede nel concetto del diritto uno schema naturalistico.

14. È chiaro, per altro, come non possano esservi due concetti del diritto: uno buono per la filosofia e un altro a tutto uso e consumo della Giurisprudenza. Il concetto del diritto – ormai si può affermarlo dopo quanto si è detto a proposito della polemica tra positivisti e neo-kantiani – è fondamento della Giurisprudenza in quanto è fondato sulla Giurisprudenza stessa[17]. Come tale, esso sarà uno *schema*, ossia un *punto di vista* – il convertirsi del Primo della scienza nell'Ultimo della scienza medesima trasforma il *quid* oggettivo immediato in un *quid* astrattamente soggettivo che bene può essere chiamato: punto di vista – dal quale verranno classificate ed ordinate le azioni umane astrattamente considerate come «fatti». Il concetto del diritto, perciò, sarà un concetto naturalistico, ossia, preso per sé, non avrà la concretezza del concetto filosofico che è sempre, come abbiamo visto, individualità concreta, conoscenza storica.

[17] Cfr. retro, al n. 8.

15. Senonché, affermare l'astrattezza – o, che è lo stesso, l'irrealtà – del diritto, per sé preso, non è poi risolvere il vero problema del diritto.

Dev'essere chiaro, ormai, che la filosofia non distrugge la scienza come tale, ma la *critica*, ossia indaga il suo sorgere nella vita dello Spirito. La scienza diventa arbitraria solo quando voglia porsi come filosofia, solo quando affermi, cioè, di poter pervenire da sola ad una visione totale della vita e pretenda di poter dimostrare categoricamente l'assolutezza e la validità dei propri concetti.

Ma, finché la scienza si contiene e vien contenuta nei propri limiti, non può dirsi arbitraria: ché se si approfondisce il concetto dell'atto spirituale nella sua dialetticità, e se si riflette che la scienza, se ha una qualche esistenza, deve pur avere una qualche necessità, si viene alla conclusione che la scienza è un momento necessario del divenire spirituale. Il quale non può pervenire alla coscienza di sé, ossia alla filosofia, se non superando volta a volta quella contradizione in cui, come si è visto, sorge la scienza. In altri termini l'identità del soggetto e dell'oggetto nell'atto spirituale finirebbe con l'apparire come immediata e solidificherebbe addirittura in una sostanza naturale, se alla coscienza di questa identità potesse pervenirsi senza porre e risolvere il momento della contradizione, dove l'identità è, sì, nel pensante, ma non ancora nel pensato: in cui, invece, soggetto ed oggetto appariscono rigidamente contrapposti. E questa risoluzione non sarebbe possibile quando il momento della contradizione fosse dichiarato irreale ed eliso per sempre. La filosofia, come gnoseologia, non può non essere una critica della scienza: il che non avrebbe senso e comprometterebbe la realtà della filosofia se la scienza fosse irreale[18].

[18] La concezione delle scienze naturalistiche, qui semplicemente abbozzata, avrebbe bisogno di sviluppi che dilungherebbero eccessivamente la trattazione. Opposte alle scienze naturalistiche e nello stesso tempo identiche sono le matematiche: le prime postulano una realtà oggettiva come molteplicità varia e discontinua di cui si adoperano a costruire le uniformità; le matematiche, invece, postulano una realtà come unità omogenea e continua di cui si adoperano a costruire la molteplicità e la difformità. Onde il doppio ritmo dell'*analisi a priori* e della *sintesi a posteriori* che si verifica nell'interno di ciascuna scienza e nei rapporti tra le matematiche e le scienze naturalistiche. Questo punto è stato intuito felicemente dal Blondel (*L'Action*, trad. it. Codignola, Firenze, 1921, vol. I, pag. 85 e seg.) la cui dottrina è stata egregiamente riassunta dal Carlini, *La vita dello Spirito*, Firenze, 1921, pag. 42: «… Scienze sperimentali e scienze matematiche, trattando l'oggetto come un dato, o sintetizzano *a posteriori* o analizzano *a priori*: o riducono all'omogeneo l'eterogeneità dell'esperienza, o, presupponendo che la realtà sia un'unità omogenea e continua, la rendono molteplice e discontinua. Così, le une aspirano a diventar analitiche muovendosi in continue sintesi che non adeguano mai la realtà mobile sempre nuova dell'intuizione da cui sorgono: le altre aspirano a diventar sintetiche, pur movendosi in continue analisi che non esauriscono mai il concetto della realtà da cui sono partite. Esse *s'integrano* nell'antitesi

dei loro procedimenti ma la sintesi rimane fuori di entrambe, le quali, per se stesse, restano due tronconi impotenti ad afferrare la realtà: questa sfugge alla loro antinomia e la risolve in sé, perché il suo principio è un centro unificatore e creatore». Che il momento in cui nasce la scienza sia un momento necessario ed insopprimibile del pensiero è stato riconosciuto dal Carlini, *op. cit*., pag. 143-146. Si veda anche Casotti, *Saggio di una concezione idealistica della storia*, cit., pag. 323. Contro la tesi del carattere conoscitivo della scienza rivolge gli strali dalla sua suggestiva critica il Croce in *Logica come scienza del concetto puro*, Bari, 3ª ed., *passim,* spec. a pagg. 15-25, 121-132, 223-243. Secondo il Croce, infatti, i concetti delle scienze naturalistiche (concetti empirici) non avrebbero vero e proprio carattere e valore conoscitivo, bensì puramente pratico. Il che mal si accorda con quanto dice il Croce stesso su questi «pseudo-concetti» o «finzioni concettuali», le quali sarebbero o «rappresentative senza universalità» o «universali, ma vuote di rappresentazioni» (pag. 15-18) e peggio ancora quando (pag. 249) riconosce che i concetti empirici siano «sintetici a posteriori» e i concetti astratti «analitici a priori». Dal che sorge spontanea la domanda: com'è possibile che una volontà che non è ancora pensiero, in cui cioè il pensiero è *implicito* e non ancora *esplicito*, può darci rappresentazioni, analisi e sintesi? La verità è che in questo punto il pensiero del Croce si è lasciato influenzare fortemente dall'empirio-criticismo (Avenarius, Mach). Vero è, per altro, che il Croce riesce a dare una fisionomia affatto speciale alla teoria empirio-critica della «economicità dei concetti scientifici» – e con ciò una «ragion d'essere» che non si scorge facilmente negli altri sostenitori di questa teoria – grazie alla categoria-forma spirituale dell'Economia o attività genericamente pratica, da lui escogitata per salvare la razionalità di ogni atteggiamento spirituale che non apparisca subito in sé e per sé razionale: ma in questa categoria-forma spirituale vanno a finire, e da essa sorgono, le cose più disparate: non solo le scienze, ma il diritto, e gli atti che ripugnano alla coscienza morale, la pseudo-arte, e la pseudo-storia (cronaca), l'errore teoretico che non sia, per altro, momento necessario della filosofia, e l'economia come s'intende comunemente. Questo solo ne mostra l'inaccettabilità.

Pur tuttavia, bisogna riconoscere che nel Croce si vedono con maggior chiarezza che in qualsiasi altro, perché più intessute e travagliate di contradizioni, tutte le esigenze fondamentali della moderna filosofia immanentistica: e lo si è visto or ora, a proposito della concezione delle scienze, la cui apparente arbitrarietà e irrazionalità il Croce ha cercato di spiegare e di giustificare (coerentemente all'assunto immanentistico per cui tutto quanto sia atteggiamento dello Spirito non possa essere arbitrario e irrazionale senza avere un momento di necessità e di razionalità) togliendole dal momento conoscitivo e relegandole nel momento pratico. Questa giustificazione, come si è visto, è insostenibile: le scienze sorgono da quella contradizione intrinseca al pensiero per cui il pensiero stesso pone una realtà come presupposto di se medesimo: questa contraddizione è, per così dire, il peccato originale che grava sulle scienze e che nello stesso tempo ne promuove lo sviluppo, onde le scienze matematiche si contrappongono alle scienze naturalistiche, le une come giudizi analitici *a priori* le altre come giudizi sintetici *a posteriori*: ma le matematiche partono da una sintesi a *posteriori*, che è il presupposto di una realtà come uniforme ed omogenea, mentre le scienze naturalistiche partono una analisi a *priori* che è il presupposto di una realtà come difforme ed eterogenea. Così le une rimandano alle altre: l'*a priori* rimanda all'*a posteriori* e viceversa, il «dato» rimanda allo schema e lo schema al dato, lo schema più semplice allo schema più complesso e questo a quello. Le scienze, perciò, non possono da sole garantire la propria certezza, perché questa certezza non può esser data loro che dall'atto del pensiero

Del resto, il puro irreale, il puro nulla, è impensabile: anche l'irreale – e non sembri un giuoco di parole – deve avere la sua realtà. E se così è, se la scienza non è poi qualcosa di arbitrario, quel «diritto» di cui si occupa una scienza non può dirsi semplicemente un'astrazione senza che, per ciò stesso, sorga un problema genuinamente filosofico: indagare, cioè, che cosa significhi realmente questa astrazione, ossia il processo spirituale che sbocca in essa. *Hoc opus*.

in cui si realizzano. È da avvertire, infine, affinché non si faccia delle scienze una specie di «categoria» spirituale – che, come si vedrà a suo tempo, finirebbe con l'assumere tutte le caratteristiche di una vera e propria «classe» –, come la contradizione fondamentale di cui si è parlato sia poi quella stessa del pensiero volgare, ingenuamente realistico: la cui differenza con la scienza non è di qualità ma di grado. V. a. su ciò, Carlini, L*a vita dello spirito* cit. pag. 144. Cfr. altresì, sul problema delle scienze: Mach, *Analisi delle sensazioni*, trad. ital. di A. Vaccaro e C. Cessi, Torino 1903, pag. 362 segg. (circa le affinità della concezione del Mach con quella dell'Avenarius, cfr. il cap. III dello stesso libro); Poincaré, *La valeur de la science*, Paris, Flammarion, pag. 213 segg.; Bergson, *Introduction à la Métaphisique*, in *Revue de Mètaphisique et de Morale*, 1903, fasc. I (trad. ital. di G. Papini col tit.: *La filosofia dell'intuizione*, Lanciano, Carabba, *passim*, spec. pag. 67 segg.); Le Roy, *Science et Philosophie*, trad. ital. di R. Paresce, Lanciano, Carabba, 1913, De Ruggiero, *La scienza come esperienza assoluta*, Bari-Palermo, 1913, D'Amato, *Einstein e la filosofia,* in *Giornale critico della filos. ital*., 1922, fasc. III, pag. 266-289, *passim*, spec. pag. 282 e seg.

CAPO SECONDO
La concezione del diritto come legge o volontà dello Stato[19]

1. Il dibattito su la «statualità» o meno del diritto si svolge oggi con una fisionomia abbastanza netta, i cui tratti essenziali sono segnati, in particolar modo, non solo dalla circostanza che in esso intervengono i giuristi con maggior interesse, forse, che i filosofi del diritto, ma altresì dal fatto che la maggior parte delle teorie avanzate intorno al problema cerca di porre avanti un concetto del diritto valido tanto per la Filosofia quanto per la Giurisprudenza, con quel significato e con quella funzione che si ebbe occasione di ricordare nel capitolo precedente. Nelle sue grandi linee, poi, il dibattito non tocca che assai di rado il problema del diritto naturale, poiché l'attenzione degli studiosi può dirsi polarizzata verso il diritto storico, o,

[19] È addirittura impossibile ricordare completamente tutta la letteratura che implicitamente o esplicitamente sostiene questa teoria. Cfr. per la dottrina straniera, Jhering, *Der Zweck in Recht*, trad. De Meulaneure col tit. *L'évolution du droit*, Paris, 1901, pag. 213 e seg.; Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1882, pag. 283, 287, 310, 412, 647; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (rist. della 3ª ed.), Berlin, 1921, pag. 393; Gareis, *Rechts-Enzyclopädie und Methodologie*, Giessen, 5. Aufl, pag. 41-50; Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1914, pag. 83-84; Baumgarten, *Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode*, Tübingen, 1920, vol. I, pag. 169 e segg.; Somlò, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, 1917, pag. 104, 153-173, 251 e seg.; Berholzheimer, *System der R. u. Wirthschaftsphilosophie*, München, 1906, III, pag. 322; Bergbohm, *Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie*, cit., pag. 40; Kelsen, *Hauptprobleme des Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, pag. 97 segg. 269, 405 e seg., (circa l'identità di Stato e diritto sostenuta successivamente dal Kelsen, v. più oltre); Id. *Ueber Staatsunrecht* in *Grünhut's Zeitsch. f. d. P. u. öff. Recht d. Geg.,* 1914, pag. 7 seg.; Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 5ª ed., London, 1885, vol. I, pag. 86 segg. 330 segg.; Holland, *The elements of Jurisprudence*, London, 1882, pag. 34 segg.; Picard, *Le droit pur*, Paris, 1908, pag. 32-33 (Non si può ricordare il Duguit per il quale la «règle de droit» sarebbe anteriore allo Stato e s'imporrebbe anche su quest'ultimo, perché poggiata sulla «solidarité sociale». Cfr. *L'État*, vol. I., Paris, pag. 1-22; *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1918, pag. 211). Per la dottrina italiana si vedano: Petrone, *Il diritto nel mondo dello Spirito*, Milano, 1910, pag. 135 seg.; Bartolomei, *Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto*, cit. pag. 118 e seg.; *Lezioni di filosofia del diritto*, 2ª ed., Napoli, 1917, cap. IX; Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pag. 73 e seg.; Bonucci, *Il fine dello Stato*, Roma, 1915, pag. 44 e seg.; Id., *Ordinamento giuridico e Stato*, in *Riv. di diritto pubblico*, 1920, pag. 97 e seg.; Dallari, *Il nuovo contrattualismo*, etc., cit., pag. 454 seg.; Miceli, *Principii di Filosofia del diritto*, cit., pag. 88 segg.; Cesarini-Sforza, *Il concetto del diritto e la Giurisprudenza integrale*, cit., pag. 39; Brugi, *Introd. enciclopedica delle scienze giur.*, 4ª ed., Milano, 1907, § 10 e § 11. Per altre citaz. si veda Romano, *L'ordimento giuridico*, cit., nota a pag. 96.

come suol dirsi comunemente, diritto «positivo»[20]. È chiaro, perciò, come tutto questo renda, se non superflua, di secondaria importanza una minuta rievocazione di tutte le dottrine affacciate sul diritto e sullo Stato a partire dai primordi della speculazione filosofica, ponendo in prima linea, invece, la necessità di una rigorosa indagine critico-gnoseologica circoscritta alla fase odierna del problema.

2. L'acuirsi del dibattito ha il suo inizio nella parabola discendente, per dir così, di una dottrina (i cui seguaci sono ancor oggi numerosissimi) che concepisce il diritto come il complesso delle norme emanate e fatte valere – si aggiunge anche, di solito, per mezzo della «coazione» – dal massimo organismo politico, ossia dallo Stato. Questa dottrina, che per lungo tempo ha dominato pressoché incontrastata il campo della Giurisprudenza, ha avuto anche non pochi sostenitori nel campo della filosofia del diritto, specialmente nel periodo in cui l'influsso del positivismo costrinse la maggior parte dei cultori della filosofia del diritto – anche non positivisti – a ripetere passivamente, o quasi, le dottrine elaborate nel dominio della Giurisprudenza. Si è affermato, recentemente, che la dottrina su accennata sia venuta formandosi per l'influsso pressoché esclusivo, e in ogni modo preponderante, della concezione hegeliana dello Stato. Affermazione che non può ritenersi esatta, perché in realtà gli elementi storico-culturali che influirono sul profilarsi di questa dottrina nel campo della Giurisprudenza come della filosofia del diritto sono diversi e d'indole ben distinta l'una dall'altra: sì che appare quanto meno esagerato attribuire la... responsabilità di una dottrina siffatta ad un solo pensatore, sia pur grandissimo come Hegel. Del resto, a mostrarne l'esagerazione, basta questo solo: quei giuristi e filosofi tedeschi che accentuarono più energicamente il carattere statuale del diritto, nei quali è innegabile l'influsso della filosofia hegeliana[21], furono preceduti – di non pochi anni – dalla scuola inglese di Giurisprudenza

[20] Espressione che ad alcuni sembra ormai pleonastica. È curioso, per altro, come s'incontrino in questo punto due autori di tendenze tutt'altro che affini: il Bergbohm (*Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie*, cit., pag. 49) fierissimo avversario del giusnaturalismo, e il Baumgarten (*Die Wissenschaft vom Recht*, etc., pag. 172) il quale scrive: «Nach dem korrekten Sprachgebrauch darf dem positiven Recht nicht ein Naturrecht alse eine andere Art Recht gegenüberstellt werden. Der Ausdruck positives Recht ist pleonastisch… Das Naturrecht, oder Vernunftrecht, oder richtige Recht ist Norm für den Gosetzeber» (op. loc. cit.)

[21] Segnatamente il Lasson, l'Jhering ed anche l'Jellinek.

analitica[22], il cui padre spirituale è stato Bentham e non certamente Hegel.

La verità è che la dottrina del diritto come legge o volontà sovrana si riconnette a tutta la storia del pensiero filosofico giuridico dove campeggia fin dai primordi della speculazione filosofica ora parallelamente, ora in antitesi al diritto naturale, e per non poco tempo in lotta strenua con la dottrina curialista che sostanzialmente riporta e prolunga nel campo dottrinale la lotta tra Papato e Impero. I primi anni del secolo XIX si trovarono di fronte all'affievolirsi di queste due correnti che sin allora avevano campeggiato nella filosofia e nella Giurisprudenza accanto o contro la concezione storica, o, come altrimenti fu detto, positiva, del diritto: e questa, passata in un certo senso più alle mani dei giuristi che dei filosofi, non tardò ad essere formulata nei termini su accennati: col valore e con la funzione di concetto fondamentale per la scienza giuridica propriamente detta.

3. Questo, nelle sue grandi linee, il movimento di pensiero che conduce alla concezione del diritto come volontà dello Stato. Circa le origini prossime di essa va ricordato, prima di Hegel, il sistema del Thomasius: il quale, con le *Instititutiones iurisprudentiae divinae* (1688), e più nettamente ancora con i *Fundamenta iuris naturae et gentium* (1705) in cui vien posto come supremo carattere essenziale del diritto la coazione[23], segna una

[22] Si ricordi, infatti, che la 1ª edizione delle *Lectures on Jurisprudence* dell'Austin comparve nel 1832 col titolo: *The province of Jurisprudence determined*. La scuola inglese di Giurisprudenza analitica si riconnette, in generale, all'utilitarismo razionale: onde i suoi presupposti rimontano alla dottrina di Hobbes.

[23] Cfr. Thomasius, *Fundamenta iuris naturae et gentium*, 4ª ed., Halae et Lipsiae, 1718. Il Thomasius, com'è noto, distingue tre forme della «*recta ratio*»: «iustum, honestum, decorum». «Iustum pro lege acceptum est vel naturae vel positivum… Ius naturae cognoscitur ex ratiocinatione animi tranquilli, ius positivum requirit revelationem et publicationem» (I, 5, § 29). Il diritto è puramente esteriore; «ius omne externum est, non internum. Ergo eadem dicenda sunt de *obligatione iuri respondente, i. e. externa*» (I, 5, § 17). E questa «semper externa est, metuens coactionem aliorum homimum». (Si ricordi, per altro la definizione della legge data da Papiniano: Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coërcitio. fr. 1 Dig. I. 3.). È noto altresì che l'espressione «cogi potest» è adoperata spesso nel diritto romano per indicare un preciso obbligo giuridico. È probabile che la frase «*nemo praecise ad factum cogi potest*» su debba ai postglossatori. Thomasius osserva che «imperans non intendit persuadere, sed vim habet cogendi» (I, 4, § 55) e chiarisce: «Per vim cogendi hic intelligitur stricte potestas insipienti inferendi dolorem sensibilem dependentem ab arbitrio inferentis» (I, 4, § 57). Pare già di sentire l'Jhering quando Thomasius dice: «Virtus sine

pietra miliare del pensiero filosofico-giuridico; Kant e Fichte irrigidiscono poi la posizione thomasiana e tutta la speculazione successiva non può esimersi dall'affrontare il problema del rapporto tra il diritto e la moralità senza riprendere i termini in cui Thomasius imposta e risolve il proprio problema. Ora, posta la «coattività» come supremo carattere essenziale del diritto, è già aperta la via alla concezione rigidamente statualista. E ciò viene agevolato dalla scuola storica tedesca: di cui è evidente l'influsso in senso negativo, non appena si ricordi che essa oppugnò il giusnaturalismo: e si potrebbe parlare anche di un influsso in senso positivo, almeno nei riguardi del Savigny. Il quale, dopo aver detto che il soggetto in cui e per cui il diritto positivo ha la sua esistenza è il popolo[24], soggiunge poco dopo che «ogni popolo, appena si mostra come tale, apparisce anche sotto la forma di Stato, comunque questo possa essere costituito»[25].

Se alla scuola storica in generale e al Savigny in modo particolare non si pensa, ciò deve attribuirsi alla ragione che della scuola storica e del Savigny si ricorda in primo luogo la polemica contro la codificazione[26], la quale ultima esercitò un influsso notevolissimo sulla formazione della dottrina del diritto come volontà dello Stato. Ed infatti, il lavorio di codificazione che si intensifica negli Stati moderni durante il secolo XIX, e che è anzi uno dei segni caratteristici del loro processo di sviluppo e di consolidamento,

potentia est potentia impotens, i. e. nec nocer evalens nec prodesse adeoque ens moraliter insipidum. Potentia sine virtute est fons omnis mali… Eadem est meditatio si vim et ius compares, quia variant saltem termini, res est una eademque» (I, 7, § 7).

[24] Savigny, *Sistema del Dir. Romano attuale*, trad. Scialoja, vol. I, Torino, 1886, pag. 42.

[25] Savigny, *op. cit.*, pag. 50. E prosegue: «In esso (cioè nello Stato) riceve la sua realtà e la sua perfezione il rapporto del diritto con gl'individui in generale. Il diritto ha la sua esistenza nel comune spirito popolare e perciò nella volontà universale che è anche la volontà di ciascun individuo. Ma l'individuo in forza della sua libertà può ribellarsi nella sua volontà egoistica contro ciò ch'egli pensa e vuole come membro della nazione. Questa contradizione è l'ingiustizia, ossia la violazione del diritto che dev'essere ripresa se si vuol conservare al diritto la sua esistenza e il suo imperio. E se questa repressione non dev'esser dipendente dal caso, ma ha da essere regolarmente assicurata, ciò non è possibile se non nello Stato. Solo in esso infatti la regola giuridica può essere contrapposta all'individuo come qualcosa di esteriore e di oggettivo. E, sotto questo rapporto, la libertà individuale, capace d'ingiustizia, ci apparisce come vincolata dalla volontà universale e ad essa soggetta». E poco dopo aggiunge, continuando a parlare dello Stato, che «la sua prima ed imprescindibile funzione è di dar forza all'idea del diritto nel mondo reale». In questi punti, come in generale nei § 7, 8 e 9 del I vol. del *Sistema*, non sarebbe esagerato scorgere alcune reminiscenze hegeliane. Si cfr. il § 3 dei *Lineamenti di Filosofia del diritto*, trad. Messineo, Bari, 1913, pag. 19-20.

[26] La tendenza propugnata contro la codificazione dal Savigny nel celebre scritto: *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, fu, invece, acerbamente criticata da Hegel. Cfr. *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., pag. 184.

riduce la stessa consuetudine – cui tanta importanza era stata attribuita dalla scuola storica – al valore di fonte puramente sussidiaria[27] e mette in primissima linea la legge, la quale, tanto più si presta ad essere considerata come volontà dello Stato, in quanto non apparisce più come pura e semplice *voluntas principis*, ma come volontà di assemblee elette dal popolo oltreché dal capo dello Stato. Ed è appunto per l'importanza assunta dalla legge che l'attenzione dei giuristi e dei filosofi finisce per polarizzarsi in essa: e tale importanza viene, per così dire, teorizzata nel principio che le norme giuridiche non siano altro che la manifestazione della volontà dello Stato.

4. Tutto ciò che si è detto non ha escluso, s'intende, l'influsso della concezione hegeliana dello Stato sulla teorica in esame. Senonché, giunti a questo punto, bisogna mettere in rilievo la difficoltà di mettere in luce, uno per uno, tutti i motivi che, per dir così confluiscono nella formazione della concezione strettamente statuale del diritto. E ciò per la ragione che, se unica può dirsi la formula adottata dai sostenitori – specialmente i più recenti – di questa concezione, allorquando si passi ad esaminare una per una le singole dottrine ci si trova di fronte ad una serie di divergenze, tra una dottrina e l'altra, tutt'altro che trascurabili. Basta accennarne alcune. Così, mentre lo Jhering dice esplicitamente che lo Stato è l'unica fonte del diritto[28] e lo Jellinek scrive che tutto il diritto può concepirsi come diritto creato o diritto permesso (*geschaffenes oder zugelassenes*) dallo Stato[29], il Kelsen si oppone a questa veduta perché, egli dice, affermare che il diritto sia la volontà dello Stato non significa affatto che lo Stato «crei» il diritto, non essendo altro lo Stato che il titolare, il portatore (Träger) dell'ordinamento giuridico[30]. Una simile concezione, egli aggiunge, dev'essere respinta perché fa dello Stato un *prius* e del diritto un *posterius*, mentre Stato e diritto non sono che due facce della medesima cosa[31].

[27] Tanto che non è mancata la recisa negazione di ogni valore giuridico alla consuetudine considerata in sé e per sé. Cfr. Bartolomei, *Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto*, cit., cap., cit. Il Kelsen, invece, la riduce al concetto di volontà dello Stato. Cfr. *Hauptprobleme*, cit., pag. 99 e seg.

[28] Jhering, *op. cit.*, trad. cit., pag. 215.

[29] Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pag. 393. Per la dottrina italiana v. Bartolomei, *Lineamenti*, cit., loc. cit., Petrone, op. loc. cit.

[30] Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., pag. 98-99.

[31] Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., pag. 405-406. V. a. Ü*ber Staatsunrecht*, nella Grünhut's Zeitschr. f. d. Privat und Öff. Recht, etc., 1914, pag. 9. Il Kelsen ricorda (*Hauptprobleme*,

Il criterio della coattività, su cui insistono tanto l'Jhering, il Lasson e la maggior parte dei sostenitori della concezione del diritto come volontà dello Stato, è inteso in un modo ben diverso dallo Jellinek, il quale dice che la positività del diritto si fonda, in ultima analisi, sulla convinzione (Überzeugung) della sua validità[32] e che alle norme giuridiche è indispensabile per la loro attuazione la *garanzia*, che non può essere ridotta alla pura e semplice coazione statuale[33]. Il Lasson nega sostanzialmente che gli accordi internazionali costituiscano vero e proprio diritto[34] e così pochi altri con lui; ma contro questa corrente si trova un'altra con a capo lo Jellinek[35] e lo stesso Jhering che afferma la giuridicità degli accordi internazionali. La volontà dello Stato è dai più intesa sempre come volontà umana; ma non manca qualche scrittore[36] che la riduce ad un «punto di riferimento» o «centro d'imputazione» degli atti compiuti dagli organi dello Stato. Infine, mentre per alcuni la personalità giuridica dello Stato è un postulato che non può esser messo in dubbio, altri sostengono che, se lo Stato crea il diritto, deve, per logica necessità, restare al di fuori del diritto stesso[37]: lo Stato, cioè, sarebbe una entità metagiuridica.

pag. 406 in nota) tra i sostenitori della tesi oppugnata l'Anschuetz, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatze und formellen Gesetze*, Leipzig, 1891, pag. 1. Al Kelsen aderiscono nel considerare Stato e diritto «als zwei verschiedene Seiten derselben Tatsache» il Somlò, *Juristische Grundlehre*, cit., pag. 253 e il Radbruch, *Grundzüge d. Rechtsphilosophie*, cit., pag. 84. Il Merkel, per altro (*Juristische Enzyclopädie*, Berlin, 7. Aufl, 1922: la 1ª ediz. è del 1882) aveva già detto: «Der Staat ist der Träger der Ordnung in welcher die Lebensgemeinschaft eines Volkes sich verwirklicht».

[32] Jellinek, *op. cit.*, pag. 334. Una posizione che ha molti punti di contatto con questa dello Jellinek, assume il Miceli, op. loc. cit.

[33] Jellinek, *op. cit.*, pag. 334-337 e 788-795. Un criterio pressoché analogo, eliminando ogni considerazione di carattere psicologico su cui insiste notevolmente lo Jellinek, segue il Romano, *L'Ordinamento giuridico*, cit., pag. 23.

[34] Lasson, *System*, cit., pag. 394 e seg. Nello stesso ordine di idee, ma più reciso, il Somlò, (*op. cit.*, pag. 117), il quale nega altresì come il Lasson (*op. cit.*, pag. 395 e seg.) che le norme poste dalla Chiesa costituiscano oggidì vero e proprio diritto. Posizione identica assume il Baumgarten, *Die Wissenschaft vom Recht*, etc., cit., vol. I, pag. 33 e 171. Il Lasson dice testualmente «Zwischen den Staaten als souveränen Wesen ist zwar ein eigentlicher Rechtszustand nicht möglich: aber da die Staaten zugleich klug sind und das Nützliche suchen, so stellt sich auf Grund der Gemeinsamkeit der Interessen ein Zustand her, der mit einem Rechtszustande eine gewisse Aehnlichkeit besitzt» (pag. 394). V. a. pag. 405.

[35] Jellinek, *op. cit.*, pag. 375 e seg.

[36] E precisamente il Kelsen, *Hauptprobleme*, pag. 183 e seg. Per il Kelsen, poi, i processi di produzione delle norme giuridiche sarebbero al di là della considerazione giuridica.

[37] Si veda la lucidissima nota dell'Orlando alla traduz. ital. (vol. I) dell'*Allgemeine Staatslehre* dello Jellinek, Milano, 1921, pag. 680-697, e la bibl. ivi cit.

5. Si è già osservata, presso alcuni studiosi tedeschi, la tendenza a fare dello Stato e del diritto due diversi aspetti della stessa cosa. È facile comprendere, quindi, come si sia scivolati poco a poco su questa via fino ad arrivare all'affermazione che Stato e diritto siano assolutamente identici. La dottrina più notevole che sia stata avanzata in proposito è quella esposta in un recente libro del Kelsen sul concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato[38].

Il Kelsen parte dall'idea[39] che sia necessario costruire una dottrina del diritto assolutamente purificata da ogni considerazione sociologica o politica o morale. Ciò che avrebbe sinora ostacolata questa «reine Rechtslehre oder Staatsrechtslehre» sarebbe stata, appunto, la considerazione dello Stato come realtà sociale avulsa dal diritto: e, ugualmente erronea la considerazione dello stato come una realtà a due facce: una sociale ed una giuridica (Jellinek). Il Kelsen invece afferma che l'unico concetto dello Stato è un concetto giuridico: lo Stato non è altro che ordinamento giuridico (Rechtsordnung), e poiché ordinamento giuridico vuol dire sistema di norme giuridiche, così lo Stato coincide completamente col diritto[40].

Sicché, tutti i caratteri del diritto diventano caratteri dello Stato, e viceversa: normatività, coattività, positività, sovranità, etc. In ciò, appunto, sarebbe fondata, secondo il Kelsen, la possibilità di una scienza

[38] *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, Tübingen, 1922.

[39] Già espressa negli *Hauptprobleme* e nel libro *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1920, Vor. Questa «reine Rechtslehre» non è altro, poi, che dogmatica giuridica portata al più alto grado di formalismo. Il Kelsen, infatti, aveva escluso, nella prefazione e nel primo libro degli *Hauptprobleme* (v. pag. 33 a 94), che la considerazione dello scopo dovesse minimamente preoccupare la dogmatica. È strano, poi, come il Kelsen pretenda di definire lo Stato e il diritto «als ein «Wert» der «Wirklichkeit», als ein «Sollen» dem «Sein» entgegengesetz», scambiando il *Sollen* su cui si fonda la neo-kantiana filosofia dei valori (Windelband, Rickert, etc.), che è norma ideale, dover essere, con l'astratto e ipotetico dover essere delle norme giuridiche. Del che si è ben guardato – e ciò torna a suo onore – il neo-kantismo italiano: il quale ha cercato di fondare sull'antitesi tra «Sollen» e «Sein» una concezione, filosoficamente più agguerrita di tutte le altre dottrine anteriori, del diritto naturale. Cfr. il mio art. *La razionalità del diritto*, etc., in *Giornale critico della filosofia italiana*, 1922, pag. 163 e seg. *[qui a pag. 1 e segg., n.d.c.]*.

[40] Kelsen, *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., pag. 75 e seg. È abbastanza oscuro, per altro, come questa veduta possa accordarsi con quella sostenuta dal Kelsen nel libro *Das Problem der Souveränität*, etc., cit., pag. 241 e seg., in cui si parla di un «Universal- oder Weltrechtsordnung als Universal-oder Weltstaat» (la *civitas maxima* del Wolff, come lo stesso K. riconosce), il quale comprenderebbe tanto il «diritto internazionale» quanto i singoli diritti «interni» o diritti «statuali»; per cui gli Stati applicherebbero il loro diritto interno per delegazione della «civitas maxima». Ossia, il singolo Stato applicherebbe se stesso!

del diritto e dello Stato autonoma e indipendente dall'Etica e dai dogmi della religione[41].

[41] Kelsen, *Der Soziologische*, etc., cit., pag. 86-87. Per dimostrare meglio la propria tesi (che in fondo è imperniata sulle equazioni: Staat=Rechtsordnung=Normensystem=Recht) il Kelsen ricorre ad un paragone. Egli paragona, cioè, il rapporto tra Stato e diritto al rapporto tra Dio e mondo: alla dottrina che fa di Dio la causa e l'antecedente del mondo, corrisponde la dottrina dello Stato come creatore del diritto: alla dottrina – per così dire – dell'incarnazione corrisponde la dottrina dell'autolimitazione dello Stato, con la conseguente teoria della personalità giuridica dello Stato medesimo. Finalmente al Panteismo corrisponde la «reine Rechtslehre» del Kelsen, che fa dello Stato e del diritto una sola cosa, «Wenn die Absorption des supranaturalen Gottesbegriffes durch des Begriff der Natur die Voraussetzung für eine echte, wie aller Metaphisik freie Naturwissenschaft war, so ist die Reduktion des überrechtlichen Staatsbegriffes auf den Begriff des Rechtes die unerlässlichen Vorbedingung für die Entwicklung einer echten Rechtswissenschaft als einer von allem – als Politik oder Soziologie verkleideten Naturrecht gereinigten Wissenschaft vom positiven Recht. Auf sie zielt die «reine Rechtslehre» die zugleich die reine Staatslehre ist, weil alle Staatslehre nur als Staatsrechtslehre möglich, alles Recht aber Staatsrecht, wie jeder Staat Rechtsstaat ist.» (*Der Soziologische*, etc., cit. pag, 253). Tutto ciò, per altro, si regge solo sul presupposto che lo Stato sia nient'altro che ordinamento giuridico, inteso quest'ultimo come sistema di norme (Cfr. Condorelli, *Il rapporto tra Stato e diritto secondo il Kelsen*, in *Riv. int. di filos. del diritto*, 1923, fasc. III, pag. 315). Che, poi, per conservarsi nel terreno della dogmatica giuridica non sia affatto ncessario identificare Stato e diritto, sarà dimostrato altrove. Io non credo, d'altro lato, che si debba attribuire una grande importanza alla recentissima fase… filosofizzante della giuspubblicistica tedesca. Alludo specialmente alla corrente iniziata dal Kelsen e di cui può vedersi buona parte dello svolgimento nella *Zeitschrift für öffentliches Recht* (Wien-Leipzig, Deutike, dal 1919) che ha come condirettore lo stesso Kelsen. Dico ciò non per nazionalismo scientifico – che sarebbe assurdo e ridicolo e finirebbe col mettersi allo stesso livello di quello che ostentano, o almeno praticano, molti studiosi tedeschi, i quali sembrano ignorare quanto si pensa e si scrive negli altri Paesi –, ma perché questa corrente dottrinaria si abbandona sovente ad una dialettica di concetti vuoti e di equazioni verbali, scambiando quasi sempre la dogmatica giuridica con la filosofia e malamente accoppiandole. Il guaio è che tutte queste costruzioni astratte ed arbitrarie hanno la pretesa di atteggiarsi a dottrine filosofiche: e, francamente, di fronte a risultati come quelli cui perviene il Kelsen, e, peggio ancora, il Sander, è preferibile di gran lunga l'atteggiamento di molti giuristi italiani che evitano accuratamente ogni contatto con tutto ciò che può sembrare filosofia. Il Sander, per esempio, si è fitto in capo di essere il nuovo Kant dell'esperienza giuridica: e la sua memoria *Die transzendentale Methode der Rechtsphilosopie und der Begriff der Rechtswerfahrens* (in *Zeitschr. f. öff. Recht*, cit, 1919, pag. 469-507) traccia appunto il programma di una fisofia del diritto assolutamente *sui generis* che si risolve in un… superbo pasticcio di filosofia e di principî giuridico-dogmatici. Una filosofia del diritto, cioè, con un «metodo trascendentale», fondata in rapporto al «puro volere del diritto», e che è in definitiva, una pedissequa applicazione dei principi sintetici dell'intelletto puro esposti da Kant nel secondo libro della *Critica della ragion pura* (trad. cit., pag. 160 e seg.) ad un astratto ed ipotetico «puro volere» (come se Kant non avesse scitto il *Fondamento alla metafisica dei costumi* e la *Critica della ragion pratica*: ma, già, dimenticavo che per il Sander l'etica Kantiana è «dogmatischer Realismus»!); il tutto pom-

6. Le teorie fin qui esposte – elaborate in grandissima parte da giuristi o da filosofi che non si discostano troppo dalle vedute della Giurisprudenza – hanno, come già si disse, la caratteristica di voler offrire un concetto unico del diritto, valevole cioè tanto per la Giurisprudenza come per la Filosofia. Vi sono invece altre teorie che affermano la statualità del diritto come un principio meramente scientifico, il quale finirebbe per elidersi nella filosofia[42]. Non manca, d'altro lato, qualche teoria che parla di una vera «convertibilità» tra il concetto dello Stato e il concetto del diritto[43], ma in un significato prettamente filosofico, assolutamente estraneo ai criteri della Giurisprudenza. Di queste sarà bene parlare quando si procederà alla critica complessiva della concezione statuale del diritto.

posamente definito come schematismo trascendentale o dottrina del processo giuridico.
È oltremodo divertente la manomissione dei «principi sintetici dell'intelletto puro» trasformati in «principi del puro volere»: (pag. 481): Die ersteren Grundsätze des reinen Willens sind die «Axiome der Rechtsanschauung» und die «Antizipationen der Rechtswarnehmung» (!!!), die «Analogien der Rechtserfahrung» und die «Postulate des empirischen Rechtes überhaupt» (??!!!).
E se si vuol sapere che cosa sia codesto «puro volere» ci si trova (pag. 479) di fronte a questa proposizione: «Rechtssatz und Tatbestand (?) sind die beiden Komponenten (!) des reinen Willens, seine Funktion (?) der Einheit (!) und seine Funktion der Mannigfältigkeit» (!!). Lo Stato spunta improvvisamente nella prima analogia della «Rechtserfahrung» (pag. 486): «Bei allem Wechsel der Rechtserscheinungen beharrt der Staat und seine Rechtsform ist unveränderlich». Questo sarebbe appunto il «Grundsatz der Beharrlichkeit des Staates». Ancor più... interessante è il libro dello stesso Sander, *Staat und Recht*, Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, Wien, 1922. (vol. I della nuova serie dei *Wiener Staatswissenschaftliche Studien* diretti dal Kelsen), di pagine 1300 in 8°, in cui, dopo una pesantissima «Einleitung» di 114 pagine che rende alla Dialettica trascendentale lo stesso bel servizio reso alla Logica trascendentale, il S. polemizza con tutta la «Staatsrechtslehre» tedesca, vecchia e nuova, colpevole di aver peccato contro la teoria del «Rechtsverfahren»!

[42] Cfr. Miceli, *Esiste Filosofia del diritto?* in *Riv. Ital. di Sociologia*, 1913, fasc. 3-4; *Principî cit.* prefaz.; *Il concetto filosofico del diritto secondo Giovanni Gentile*, Pisa, 1920 (estr. dagli *Annali delle Università toscane*, nuova serie, vol. XLIV) e recentemente, *Intorno al concetto del diritto*, in *Riv. int. di filosofia del diritto*, 1923, fasc. 3° pag. 326 e seg.; ma specialmente Cesarini-Sforza, *Il concetto del diritto e la Giurisprudenza integrale* cit., pag. 39.

[43] Maggiore, *Il diritto e il suo processo ideale*, Palermo, 1916, pag. 107 e seg., spec. pag. 111.

CAPO TERZO
La concezione del diritto come norma «sociale» o di «organizzazione sociale»

1. Alla concezione esclusivamente statuale del diritto si contrappone una corrente dottrinaria che vede nelle leggi emanate e fatte valere dallo Stato solo una specie di un più ampio genere «diritto». A questa tesi si perviene da non pochi studiosi attraverso giustificazioni e dimostrazioni tutt'altro che coincidenti tra di loro: onde la difficoltà, anche qui, di determinare con precisione i motivi fondamentali che confluiscono nella concezione del diritto come norma «sociale» o di «organizzazione sociale». Pur tuttavia la ricerca di tali motivi non è illegittima né impossibile per la maggior parte delle dottrine elaborate da giuristi, miranti, sostanzialmente, a determinare un concetto del diritto come concetto fondamentale della Giurisprudenza: mentre è addirittura illegittima, oltre che impossibile, per quelle teorie, più strettamente filosofiche, ognuna delle quali obbedisce, inserendovisi, ad una concezione totalitaria della vita. In questo capitolo, perciò, saranno esposte le prime e quelle teorie filosofiche che tendono a coincidere, nei loro risultati, con i criteri della Giurisprudenza, salvo a far cenno di qualche altra che non mira a determinare un concetto del diritto da porsi a fondamento della Giurisprudenza quando si procederà alla critica delle due opposte concezioni.

2. È da avvertire, per altro, che la concezione negatrice della esclusiva «statualità» del diritto, se pure oggi ha una fisionomia relativamente netta e tale da poter essere considerata agevolmente nei suoi termini attuali, si ricollega, sostanzialmente, da un lato al giusnaturalismo e dall'altro alla dottrina cristiano-cattolica che ha sempre considerato le leggi della Chiesa come un corpo di norme giuridiche autonome, assolutamente indipendenti dallo Stato[44]. Ora, uno dei motivi principali che hanno

[44] È impossibile qui ricordare minutamente le varie fasi di questa dottrina, dalla Patristica alla Scolastica e da questa alla dottrina curialista fino alle dottrine dei moderni canonisti. Circa, poi, i precursori di questa concezione sociale del diritto, non si può annoverare a rigore il Rosmini, *Filosofia del diritto*, Milano, 1843, vol. II pag. 9-10: «Per diritto sociale noi non intendiamo come si suole, il diritto della sola società civile, ma di ogni società... Ogni possibile società ha il suo particolare diritto» (ricordato dal Romano, *L'ordinamento*

influito sulla gran parte delle moderne teoriche sostenitrici del carattere «sociale» più che strettamente statuale del diritto, si deve precisamente alla difficoltà, incontrata dai cultori del «diritto ecclesiastico» (e del diritto «internazionale») nel costruire le loro sistemazioni, ponendo come «fonte» primaria, da cui derivi ogni qualificazione di «giuridicità», una manifestazione di volontà dello Stato. È sembrato, perciò, più «scientifico», oltre che più comodo, affermare che le norme emanate e fatte valere dallo Stato non fossero le sole norme giuridiche pensabili: ma che accanto ad esse dovessero porsi sullo stesso livello le norme emanate dalla Chiesa e i trattati internazionali: sullo stesso livello, perché norme ecclesiastiche e norme internazionali attingerebbero da se stesse, secondo questa concezione, piena validità ed efficacia «giuridica».

A questo motivo, che solo negli ultimi tempi si è mostrato limpidamente col perfezionarsi della dogmatica giuridica, bisogna aggiungerne un altro, egualmente fondamentale e che vorrebbe avere un carattere ancor più «realistico» di quello accennato or ora. È una considerazione che torna spesso nella maggior parte dei seguaci della dottrina «organicista» tedesca. Senza ricorrere al giusnaturalismo, si volge lo sguardo alle comunità, alle organizzazioni cooperative che vivono in seno allo Stato e si scorgono in esse tutti i caratteri di una vita giuridicamente organizzata: anche qui, norme ed organi preposti ad ulteriori formulazioni di norme; anche qui tribunali, controlli, sanzioni, alquanto diversi, ma pur tuttavia analoghi a quelli dello Stato. Quale ragione può, allora, suffragare ulteriormente la teoria che attribuisce autonomo valore giuridico solo alle norme statuali, e non, invece, alle norme poste dalle altre organizzazioni sociali?

Recentemente, poi, questa concezione «sociale» del diritto ha ricevuto ulteriori spinte, se così è lecito esprimersi, dalla cosidetta «crisi dello Stato moderno»[45]: crisi che si è creduto di scorgere nel moltiplicarsi, in seno allo Stato moderno, di associazioni ed organizzazioni – specialmente dei c.d. sindacati – tendenti a riunire gl'individui secondo il criterio delle loro «professioni» o, meglio, del loro interesse economico. Associazioni ed organizzazioni – si è notato – che non sempre si contentano di affermarsi *entro* lo Stato, ma talvolta si parano di contro allo Stato medesimo; e non sempre lo Stato si mostra così forte da poter imporre nettamente la propria

giuridico, cit., nota a pag. 118) non appena si rifletta che pel Rosmini il diritto non era altro che «una facoltà di operare ciò che piace, protetta dalla legge morale che ne ingiunge altrui il rispetto» (*op. cit.*, vol. I, pag. 130).

[45] V. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. di diritto pubblico*, 1910, I, pag. 97 e seg.

volontà[46]. Veramente qui bisognava distinguere, restando nell'orbita della considerazione politica, lo Stato considerato nella sua totalità dal Potere, ossia da quel gruppo di individui e d'istituzioni che dirigono l'andamento della cosa pubblica: certo è, in ogni modo, che la percezione di questi avvenimenti riuscì a scuotere il convincimento, radicatosi durante il periodo in cui lo Stato moderno, sorto dalle rovine della rivoluzione francese, veniva sempre più consolidandosi, il convincimento, cioè, dell'assoluta onnipotenza dello Stato e della sua attitudine al conseguimento di ogni finalità. E con ciò, per quel legame, tenue quanto si voglia, ma spesso ineliminabile, tra una concezione politica e una concezione del diritto, veniva ad essere scosso il principio della «statualità» del diritto stesso.

3. Tra le più notevoli teoriche va ricordata, per la dottrina «organicista», quella del Gierke. Secondo il Gierke, infatti, lo Stato è la più complessa tra le «comunità organiche» ma non è la sola: e il diritto dello Stato non è il solo diritto pensabile, perché ogni comunità organica è capace di produrre il diritto[47].

Ugualmente espliciti in questo senso sono i più noti giuristi dell'*allgemeine Rechtslehre*. Il Merkel dice che il diritto può formarsi in ogni società che possieda la forza e gli organi per ordinare in maniera autonoma rapporti della propria esistenza[48].

Anche il Thon combatte la concezione rigidamente statuale del diritto: a me pare, egli dice, che ogni norma riconosciuta dal membro di una comunità di uomini come obbligante nei reciproci rapporti sia una norma giuridica: lo Stato non è affatto l'unico creatore del diritto. Né io

[46] Romano, *op. cit.*, pag. 103. Non è inesatto affermare che da questo discorso il Romano abbia preso le mosse, arrivando poi alle conclusioni, nettamente negatrici della esclusiva statualità del diritto, esposte ne *L'ordinamento giuridico* e di cui mi occuperò più oltre.

[47] V. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895, pag. 113 e seg. A pag. 119 dice testualmente: «Zur Rechtserzeugung; befähigt ist jede organische Gemeinschaft». V. a. *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Leipzig, 1902, pag. 2-3.

[48] V. Merkel, *Juristische Enzyclopädie*, 7. Auf., Allg. Th.: Die allgemeine Rechtslehre, § 60, pag. 48. Però soggiunge: «Die eigentliche Heimat des Rechts aber ist der Staat» e al § 66 (pag. 49) avverte: «Das Recht welches andere Gemeinschaften (z. B. die Kirchen) für ihr eigenes Lebensbereich entwickeln, ist, soweit dieses letzere in das Gebiet eines Staates hineineicht, von dem Rechte und der Macht dieses Staates hinsichtlich dei Abgrenzung seiner Herrschaftssphäre sowie hinsichtlich seiner Kraftvollen Verwirklichung abhängig». V. a. *Elemente d. allgemeine Rechtslehre* in *Enzyclopädie der Rechtswissenschaft* (herausg. v. Holtzendorff), 5. Aufl., Leipzig, 1890, pag. 5 e seg.

rifiuto, egli soggiunge, la conseguenza che si possa parlare del diritto di una comunità proibita dallo Stato. Ogni trattato di diritto ecclesiastico parla della costituzione della primitiva Chiesa cristiana, e per ciò del diritto di essa in un periodo in cui la Chiesa era ancora dal punto di vista statuale un'associazione proibita[49].

Qui però, come si vede subito, il ragionamento non si fonda tanto sulla considerazione della struttura, della « costituzione » delle molteplici società capaci di «produrre diritto» – per adoperare l'espressione gierkiana – quanto sulla considerazione di un elemento «interiore» : il riconoscimento come norma obbligante che l'individuo appartenente ad una determinata «società» o «comunità» facesse della norma regolante i rapporti «sociali», basterebbe ad attribuire pieno valore giuridico – originario – alla norma stessa. In ciò il Thon era stato preceduto, sebbene di poco tempo, dalla ormai notissima *Anerkennungstheorie* del Bierling.

Il Bierling combatte strenuamente il principio che la forza obbligatoria della norma derivi dalla forza materiale di cui può disporre il potere che la emana: quello stesso principio posto dal Thomasius come carattere essenziale delle norme giuridiche; e, identificando sostanzialmente norma giuridica e norma obbligante nei «rapporti esterni», afferma, invece, che le norme giuridiche si distinguono fondamentalmente da ogni altra specie o categoria di norme perché vengono riconosciute come norma e regola della vita esteriore collettiva in una determinata cerchia di convivenza umana[50].

Negano ugualmente che il diritto sia costituito esclusivamente dalle

[49] Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878, pag. X.

[50] Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, I, Freiburg i. B., 1894 pag. 40: «Von allen anderen Arten von Normen des menschlichen Zusammenlebens unterscheiden sich die Rechtsnormen dadurch – und nur dadurch – dass sie als Norm und Regel der ausseren Zusammenlebens anerkannt werden innerhalb eines bestimmten Kreises von Menschen... Teoria che il B. aveva già esposta nell'opera: *Zur Kritile der juristichen Grundbegriffe*, Gotha, I (1877) e II (1883) e prima ancora in due articoli pubblicati nella Zeilschrift f. Kirkenrecht, vol. X e XIII (cit. dal Dallari, *Il nuovo contrattualismo*, etc., cit. nota a pag. 465). Per la critica della teoria nel Bierling, v. Petrone, *La frase recentissima*, etc., cit. pag. 135: e, specialmente dal punto di vista della concezione statuale del diritto, quella del Dallari, *op. cit.*, pag. 442-70. Nel V vol. della *Juristische Prinzipienlehre* (Tübingen, 1917), pag. 174-206 il B. è tornato a difendere con singolare accanimento la propria teoria.

norme statuali il Brütt[51], il Bekker[52], il Cathrein[53] e il Gény[54], tutti i canonisti e la maggior parte dei cultori del diritto ecclesiastico[55].

4. Le teorie fin qui accennate concordano, per altro, con la concezione statuale del diritto in un punto fondamentale, ossia nel definire il diritto come norma o complesso di norme di condotta. La negazione di questo caposaldo costituisce, invece, uno dei motivi principali di un recente suggestivo libro di un nostro insigne giurista, il Romano[56]. È una concezione che merita di essere esposta con maggior larghezza di quanto non si sia fatto per le altre teoriche avverse alla concezione statuale del diritto.

[51] Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, pag. 129.

[52] Bekker, *Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung*. pag. 31, V a. pag. 47 e pag. 184.

[53] Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2ª ed., Freiburg i. B., 1909, pag. 120 segg.; *Filosofia morale*, trad. ital., I, Firenze, 1913, pag. 570 e seg.

[54] Gény, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, pag. 51 e seg.: «Le droit positif ne s'établit que grace à une société fortement organisée et renfermant en elle même un pouvoir capable de préciser et. d'imposer, par des moyens adéquats, les régles qui en forment le contenu nécessaire. Pareille société a son type achevé dans l'État moderne, encore qu'il soit possible d'en rencontrer d'autres éxemplaires».

[55] V. p. es. Coviello, *Manuale di diritto ecclesiastico* (op. postuma a cura di V. del Giudice), Roma, 1915, pag. 3. Per altre citaz., di opere di giuspubblicisti (Preuss, Meyer, Rehm etc.) v. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., nota a pag. 118.

[56] Nella negazione del diritto come complesso di norme il Romano è stato preceduto di qualche anno dallo Ehrlich, con la *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (München, 1913). Contemporaneamente, o quasi, a *L'ordinamento giuridico* del R. usciva il libro *Die juristische Logik*, (estr. dall'*Archiv. für die civilistische Praxis*) Tübingen, 1918; v. da ultimo *La Sociologia del diritto*, in *Riv. Internazionale di Filosofia del dir.*, 1922, fasc. II-III, pag. 96-100. L'Ehrlich, però, va oltre, in un certo senso, la concezione statuale e la concezione «sociale» del diritto, anzi è proprio agli antipodi di quest'ultima: egli non ammette una molteplicità di «diritti» bensì un solo e fondamentale diritto (positivo) il quale non sarebbe altro che l'ordinamento della Società, intesa quest'ultima espressione nel senso in cui l'intendevano i sociologi positivisti, ossia il «fatto» della convivenza umana. Le norme giuridiche – e sotto questo aspetto l'Ehrlich si riferisce alle leggi statuali – rappresenterebbero un prodotto avanzato dell'evoluzione giuridica. Il diritto, perciò, non è creato dallo Stato – anche quest'ultimo è concepito dall'Ehrlich secondo il vecchio criterio sociologico-positivistico, ossia come un organo della società sorto in primo luogo per finalità esclusivamente militari (*Juristische Logik*, pag. 81-82) – ma dalle forze sociali. Le istituzioni giuridiche fondamentali sarebbero, secondo l'Ehrlich, il matrimonio, la famiglia, il possesso, i contratti e le successioni (*La Sociologia del dir.*, cit., pag. 98; *Juristische Logik*, pag. 81). L'ordinamento giuridico, perciò, sarebbe costituito dal complesso delle «Rechtseinrichtungen» le quali «mögen in Rechtssätzen geregelt sein oder nicht» (*Juristische Logik*, pag. 219).

Secondo il Romano, tutte le definizioni, antiche o recenti, del diritto, avrebbero un elemento comune, che rappresenterebbe il *genus proximum* cui quel concetto si riduce: esse cioè affermano che il diritto costituisce una norma, una regola di condotta, salvo a divergere poi nella determinazione della *differentia specifica* per cui la norma giuridica dovrebbe distinguersi dalle altre[57]. Questa concezione, secondo il R., se non del tutto erronea, sarebbe insufficiente, elaborata da filosofi del diritto e da giuristi ch'ebbero l'occhio fisso esclusivamente, o quasi, al diritto privato; mentre il diritto «in ciò che ha di culminante e, quasi, si direbbe di più essenziale, è principalmente pubblico»[58]. Questa concezione del diritto come norma, questo presupposto pacifico di tutte le definizioni del diritto sarebbe contrario alla realtà[59]: e di ciò il Romano cerca di addurre alcune prove. Si consideri, per esempio, egli dice, il significato che spontaneamente richiama l'espressione «ordinamento giuridico». Parlandosi in tal senso del diritto italiano, del diritto francese, etc., non è vero che si pensi, dice il Romano, soltanto una serie di regole, né ci si presenta «l'immagine di quelle fila di volumi che sono le raccolte ufficiali delle leggi e dei decreti». Ciò a cui si pensa è, invece, qualche cosa di più vivo e più animato: è, in primo luogo, la complessa e varia organizzazione dello Stato italiano o francese, i numerosi meccanismi o ingranaggi, i collegamenti di autorità e di forza che producono, modificano, applicano le norme giuridiche, ma non si identificano con esse. In altri termini, l'ordinamento giuridico, così comprensivamente inteso, è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma sopratutto muove, quasi pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto ed anche il mezzo della sua attività che non un elemento della sua struttura[60].

Il concetto del diritto, dice il Romano, dovrebbe ricondursi al concetto di società e dovrebbe, in secondo luogo, «contenere l'idea dell'ordine sociale». «L'ordine sociale che è posto dal diritto non è quello che è dato dalla esistenza, comunque originata, di norme che disciplinano i rapporti sociali: esso non esclude tali norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma nel medesimo tempo le avanza e le supera. Il che vuol dire che il diritto, prima di esser norma, prima di concernere un semplice rapporto

[57] Op. cit., pag. 6. Vedi però le osservazioni in senso contrario del Del Vecchio, *Moderne concezioni del diritto*, in *Riv. int. di filos. del dir*., 1921, fasc. III-IV, pag. 3-5 dell'estr. e la bibliogr. ivi cit.

[58] *Op. cit*., pag. 9-10.

[59] *Id*., pag. 16.

[60] *Op. cit*., pag. 16-17.

o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società[61] in cui si svolge e che esso costituisce come unità: come ente per sé stante... Se così è, il concetto che ci sembra necessario e sufficiente per rendere in termini esatti quello di diritto, *come ordinamento giuridico considerato complessivamente ed unitariamente*, è il concetto di istituzione. Ogni ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione tra i due concetti è necessaria ed assoluta». Sicché, l'espressione: diritto in senso obiettivo, potrebbe ricorrere, allora, in un doppio significato. In primo luogo potrebbe designare un ordinamento nella sua completezza ed unità; e in secondo luogo, un precetto o un complesso di precetti che si potrebbero chiamare istituzionali, per mettere in rilievo la connessione che essi hanno con l'istituzione di cui sono elementi: connessione necessaria e sufficiente per attribuire loro carattere giuridico[62].

Per istituzione è da intendersi, continua il Romano, ogni ente o corpo sociale; essa deve avere una esistenza obiettiva e concreta, e, per quanto immateriale, la sua individualità dev'essere esteriore e visibile[63].

L'istituzione è un ente chiuso che può venire in considerazione in sé e per sé appunto perché ha una propria individualità; ma ciò non esclude che essa possa trovarsi in correlazione con altri enti, con altre istituzioni, in modo che, da altro punto di vista, può far parte più o meno integrante di esse. Così, accanto alle istituzioni semplici sono frequentissime le istituzioni che possono dirsi complesse e che sono istituzioni d'istituzioni, come p. e. lo Stato. Questo è compreso nella comunità internazionale[64], come esso alla sua volta comprende moltissime altre istituzioni.

Stabilite queste «note essenziali», il Romano si chiede in che cosa consista l'essenza dell'istituzione. «C'è una parola, che abbiamo di proposito evitata, che potrebbe sembrare necessaria e sufficiente per chiarire la natura dell'istituzione ed è la parola «organizzazione»... «Senonché... è da osservare che il concetto di organizzazione non può servire pel giurista finché non si riduca a concetto giuridico»[65].

[61] È da osservare che questo concetto era stato già avanzato dal Levi, in *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico*, Genova, 1914, pag. 113 (v. a. pagg. 227 e 229), sebbene il R. vi sia pervenuto per vie diverse.

[62] *Op. cit.*, pag. 26-28.

[63] *Op. cit.*, pag. 35.

[64] È curioso come, partendo da due punti di vista diametralmente opposti, il Romano e il Kelsen si trovino d'accordo nel considerare la comunità internazionale (per dirla con le stesse parole del Romano) come la «costellazione massima dell'universo giuridico» (*op. cit.*, pag. 103).

[65] *Op. cit.*, pag. 38.

Come pervenire a ciò? Semplicissimo: basta dire che l'istituzione è un ordinamento giuridico, una sfera a sé, più o meno completa, di diritto obbiettivo. Che l'istituzione sia (o abbia?) un ordinamento, non può esser dubbio: che tale ordinamento sia sempre e necessariamente giuridico, risulta dall'osservazione che scopo caratteristico del diritto è l'organizzazione sociale[66]. L'istituzione, perciò, è la prima, originaria ed essenziale manifestazione del diritto. «Questo non può estrinsecarsi se non in una istituzione e l'istituzione in tanto esiste e può dirsi tale in quanto è creata e mantenuta in vita dal diritto»[67].

Ogni forza che sia effettivamente sociale (?) e venga quindi organizzata (?) si trasforma per ciò stesso in diritto. Una società rivoluzionaria o un'associazione a delinquere non costituiranno diritto per lo Stato che vogliono abbattere o di cui violano le leggi, così come una setta scismatica è dichiarata antigiuridica dalla Chiesa, ma ciò non esclude, dice il Romano, che in questi casi si abbiano delle istituzioni, delle organizzazioni, degli ordinamenti, che isolatamente presi e intrinsecamente considerati siano giuridici[68].

5. Quale che possa essere il valore della concezione del Romano relativamente al problema della «statualità» o meno del diritto, giova avvertire subito che una siffatta dottrina non riesce a mettere in seconda linea il momento della norma: a prescindere dalla considerazione che, se si toglie la norma o il complesso di norme, il giurista finisce col trovarsi nelle stesse condizioni di un sarto che sia invitato a confezionare un abito senza stoffa, forbici, aghi e refe, il concetto stesso di organizzazione, su cui tanto insiste il Romano, postula necessariamente come proprio *prius* logico, una volontà, ossia una norma che organizzi: perché organizzazione vuol dire, appunto, coordinazione e subordinazione[69]. Lo stesso Romano,

[66] *Op. cit.*, pag. 40.

[67] *Op. cit.*, pag. 41, V. su questo punto le osservazioni del Del Vecchio, *Moderne concezioni*, etc., cit.

[68] *Op. cit.*, pag. 41-42; v. a. pag. 110 e seg.

[69] Cfr. Miceli, *Riv. int. di filosofia del dir.*1923, fasc. I, pag. 27; v. a. Del Vecchio, *Moderne concezioni del diritto*, cit. Sulla concez. del Romano V. Siotto-Pintor, *Le guarentigie supreme del diritto considerate specialmente in rapporto al dir. internaz.*, in *Riv. di diritto internaz.*, 1918, pag. 210 e seg., spec. pag. 223-224; Bonucci, *Ordinamento giuridico e Stato*, cit. Al Romano hanno aderito, oltre che il Maggiore – della cui dottrina si discuterà nel capo IV –, il Del Giudice, *Il diritto dello Stato nell'ordinamento canonico*, in *Archivio Giuridico*, serie IV, 1924, fasc. I, pag. 3-5; e prima ancora Jemolo, *Il valore*

del resto, parla diffusamente della «rilevanza» tra due o più «ordinamenti giuridici»[70]: rilevanza che, se è «giuridica», non potrà essere qualificata, in definitiva, che in termini di «liceità» o di «illiceità», i quali termini, come si vede benissimo – non si dimentichi che questa osservazione è fatta proprio dal punto di vista della Giurisprudenza –, non possono esser desunti se non da una o più norme.

6. Tra le dottrine filosofiche opponentisi alla concezione statuale del diritto e miranti a determinare un concetto del diritto da porsi a fondamento della Giurisprudenza, sono da ricordare quelle del Del Vecchio, del Levi e dello Stammler.

Secondo il Del Vecchio, stabilito un qualsiasi principio etico che si proponga a tipo universale dell'operare, è sempre possibile un doppio ordine di giudizi o valutazioni, perché le azioni stesse, che si tratta di valutare, possono considerarsi sotto due aspetti.

Anzitutto, posto un principio etico, esso dà luogo a una distinzione tra le diverse azioni che ogni soggetto può compiere. Tra queste possibilità fisiche subiettive che si presentano alla valutazione, una sola sarà prescritta di volta in volta come conforme al principio e tutte le altre saranno escluse per non essere compatibili colla prima nel soggetto medesimo. Il paragone tra le diverse azioni è qui sempre relativo all'ambito di un soggetto. Applicato in tal forma il principio etico, esso stabilisce un ordine di *necessità* positive e negative, che è il dovere (morale).

Ma lo stesso principio dà pure luogo ad un'altra specie di valutazione dell'operare. Oltreché nella maniera ora detta, le azioni umane possono invero considerarsi in una relazione *obbiettiva*: in quanto ognuna di esse, cioè, è posta di fronte non più a differenti azioni possibili, ma a differenti azioni di *altri soggetti*. La relazione di compatibilità tra azione ed azione si disegna allora in altro profilo: l'interferenza si determina in forma oggettiva anziché soggettiva: all'azione si contrappone, realmente e logicamente,

del diritto della Chiesa nell'ordinamento giuridico italiano, in *Archivio giuridico*, serie cit., a. 1923, fasc. 1. Veramente il Del Giudice aderisce alle conclusioni del Romano, ma non ne segue il ragionamento. Il Del Giudice, inspirandosi in un certo senso al Croce, crede che la soluzione del problema del diritto possa trovarsi in una forma «primaria» di conoscenza (l'intuizione-espressione) e finisce col concludere che le norme giuridiche siano quelle *chiamate* tali. Soluzione a sfondo nominalistico, filosoficamente insostenibile, ma, a ben guardare, non contrastante con la posizione intellettualistica del giurista.

[70] Romano, *op. cit.*, pag. 122 e seg.

non più *l'omissione* ma *l'impedimento*. Il principio etico in questa forma tende dunque propriamente ad istituire un coordinamento obbiettivo dell'operare e si traduce in una duplice serie correlativa di possibilità e d'impossibilità di contegno.

Questo coordinamento etico obbiettivo è il diritto[71]. Da ciò la definizione che il Del Vecchio dà del diritto, come la coordinazione obbiettiva delle azioni possibili tra più soggetti, secondo un criterio etico che le determina escludendone l'impedimento[72].

Si comprende benissimo, allora, che, ammettendo una molteplicità di «principi etici», si ammette con ciò stesso una «molteplicità» di «coordinazioni obbiettive», ossia di società aventi ognuna un proprio «diritto»[73].

7. Più esplicito e reciso nel ritenere infondato l'assunto che il diritto statuale sia l'unico diritto e nella tesi che ogni società abbia un proprio diritto, inteso come «ordinamento giuridico», è il Levi.

Prendendo in certo qual modo lo spunto dal Croce e polemizzando contro la tesi crociana che risolve totalmente il diritto nell'attività economica, il Levi sostiene calorosamente che i momenti – com'egli dice, «le guise» – dello Spirito pratico siano tre e non due. Le guise o aspetti dello Spirito sono per il Levi, non fatti, ma *valori*, o, per meglio dire, criteri di valutazione: vi sarebbe perciò una valutazione puramente «economica», ossia in termini di utilità (od «ofelimità», come fu detto dal Pareto) individuale; una valutazione «universale» che corrisponderebbe appunto alla valutazione etica.

«Intermedio fra questi due aspetti è un altro profilo, sotto il quale non possono non considerarsi tutti i contegni umani, se è vero che la vita umana non è soltanto conquista di ofelimità individuali, ma limitazione di queste per fini che le trascendono, pur non essendo tutti valori assoluti come quelli celebrati nel santuario della coscienza morale, se è vero che, per elevarsi fino ad apprezzare e servire cotesti valori, che possono esigere

[71] Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, 2ª ed., Bologna, 1912, pag. 60-62.

[72] Del Vecchio, *op. cit*., pag. 150.

[73] Questa possibilità della teoria del Del Vecchio, di offrire, cioè, un certo fondamento alla concezione «sociale» del diritto è stata rilevata dal Panunzio, *Stato e Sindacati*, in *Riv. int. di Filos. del dir*., 1923 fasc. I pag. 120, spec. nota a pag. 15-17. V. però sulla concepibilità di più «principi etici» le mie osservazioni in *Giornale critico della filosofia italiana*, 1923, fasc. II, pag. 188 e seg.

lo stesso sacrificio della sua individualità, l'uomo deve acquistare la consapevolezza del proprio io, e se è vero, infine, per usare le celebri parole del Fichte, che «l'uomo non diventa uomo se non tra uomini». Orbene, questo terzo profilo è la considerazione dell'attività umana (azioni ed omissioni) come interumana, perché tutta quanta passibile vuoi di tutela vuoi d'impedimento, e ciò per fini, che non sono quelli soggettivi del singolo individuo e nemmeno sempre quelli che, nell'autonomia del suo giudizio morale, egli possa giudicare come assolutamente ed oggettivamente buoni, ma, sempre, fini che, se trascendono i primi ed anche se non raggiungano i secondi, mirano alla disciplina reciproca dei contegni umani, considerati nelle loro relazioni complementari. E noi potremo chiamare *sociale* questo profilo, perché non è quello soggettivo dell'economia, perché non è quello oggettivo dell'etica, ma è, appunto, intersoggettivo»[74].

Ogni apprezzamento giuridico, continua il Levi, «è, non già assoluto ed incondizionato, bensì relativo, perché condizionato da un determinato ordinamento giuridico donde attinge valore la norma del rapporto entro il quale ogni attività dev'essere inquadrata, per essere conosciuta, cioè valutata, giuridicamente»[75]. Ogni ordinamento giuridico è quindi ordinamento giuridico della società: è «la storica, determinata concretezza del momento giuridico dello spirito umano: in altre parole, sistema, assoluto nella forma, mutevolissimo nel suo contenuto, di valutazioni intersoggettive delle attività umane...»[76].

Ma, soggiunge il Levi, e che altro è la società? Non vi è, egli pensa, *una* società ma vi sono *diverse* società, tante quanti sono i sistemi di valutazioni univoche delle attività umane[77]. *Ubi societas, ibi ius: ubi ius, ibi societas.*

8. Avversario reciso della concezione statuale del diritto è anche lo Stammler. Lo Stammler definisce il diritto: *das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen*[78]. Come tale, esso si realizzerebbe in ogni comunità di uomini. Tra Stato e diritto non vi sarebbe rapporto di connessione causale

[74] Cfr. Levi, *Ubi societas ibi ius*, in *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, 1924, pag. 64. E prima ancora in *Contributi ad una teoria filosofica*, etc., cit, loc. cit. e pag. 283 e seg.; *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, Bologna, 1920, pag. 24 e seg.

[75] Levi, *Ubi Societas*, etc., cit., pag. 72.

[76] *Op. cit.*, pag. 73.

[77] *Op. cit.*

[78] Stammler, *Recht u. Wirtschaft*, etc., cit., pag. 483; *Theorie der Rechtsw*., cit., pag. 113; *Lehrbuch der Rechtsphilosophie,* cit., pag. 89.

né di dipendenza finale[79]; logicamente, il secondo condizionerebbe il primo. Lo Stato sarebbe, perciò, un «ordinamento giuridico speciale»: il diritto potrebbe definirsi senza ricorrere al concetto dello Stato, ma non viceversa[80]. Del che lo Stammler crede di portare una decisiva riprova osservando che per un lunghissimo tempo non si è conosciuta la parola Stato[81].

9. Una certa affinità con le teorie sin qui ricordate può trovarsi in quella del Ravà.

Il Ravà dichiara erronee sia «la comune opinione la quale non riconosce altro diritto che quello che emana ed è garantito dallo Stato»[82] (82), sia la tesi «che siano diritto gli ordinamenti interni di ogni aggruppamento sociale, e quindi tutti gli statuti della Chiesa non solo, ma anche gli statuti di una società segreta, gli ordinamenti di una banda di briganti, le regole della camorra e della mafia[83]».

Il Ravà concepisce lo Stato come organismo etico e il diritto come norma tecnica per il mantenimento della società. Diritto e Stato, egli chiarisce, «non sono due concetti correlativi, ma piuttosto due concetti opposti, pure in rapporto tra di loro. Il diritto è norma tecnica che pone però continuamente esigenze etiche che lo conducono verso lo Stato: lo Stato è organismo etico che tende continuamente a tecnicizzarsi nelle forme del diritto»[84]. Se la società al mantenimento della quale è destinato

[79] *Theorie der Rechtsw.*, cit., pag. 394-397.

[80] *Recht u. Wirtschaft*, pag. 116-117; *Lehrbuch*, pag. 278: «Staat und Recht sicht nicht gleichgeordnete Begriffe... Das notwendige Verhältniss der genannten beiden Begriffe ist hiernach das, dass der Begriff des Rechtes die logische Bedingung für die Vorstellung von dem Staate ist. Der Begriff des Rechtes lässt sich in seinem Unterschiede von anderen Arten des Menschlichen Wollens angeben, ohne dass man dabei die Vorstellung Staat als bedingende Gedankenrichtungnötig hatte. Dagegen ist es unmöglich, den Begriff des Staats anzugeben, ohne den formalem Gedanken des rechtlichen Wollens dabei als massgebliche Bestimmung einzusetzen.... Der gedanke des Rechts ist eine reine Form des Bewusstseins... Dagegen bedeutet der Begriff von dem Staate keine reine Denkform» – V. una critica – sebbene poco persuasiva – di questa concezione dello Stato come «ordinamento giuridico speciale» in Kelsen, *Der soziologische*, etc., cit. pag. 143-149.

[81] *Recht u. Wirtsch.*, cit. pag. 117.

[82] Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1921, pag. 79.

[83] Ravà, *op. cit.*, pag. 58.

[84] Ravà, *op. cit.*, pag. 105 – V. anche del Ravà, *Lo Stato come organismo etico*, Roma, 1914, pag. 5. Al concetto del diritto come norma tecnica aveva già accennato il Biamonti nella sua nota critica proposito del libro del Del Vecchio, *Il concetto del diritto*: «Il diritto – ivi si legge – è principio di valutazione di rapporti, non di azioni considerate nel loro momento interiore,

il diritto, afferma il Ravà, è il consorzio umano in genere..., che rende possibili tutte le associazioni per fini particolari, è evidente che «le regole di queste associazioni non sono norme di diritto, bensì presuppongono esse stesse l'ordinamento giuridico e sono statuite nell'orbita e sotto la tutela di esso»[85]. Le norme di tali associazioni avrebbero perciò, un contenuto meramente contrattuale. Diverso da questo sarebbe il caso in cui, assumendo dette associazioni un carattere pubblico, esse diverrebbero «in certo modo organi della società giuridicamente organizzata», e perciò i loro statuti prenderebbero carattere di fonti di diritto[86].

Per quel che riguarda le associazioni «contrarie al diritto» il Ravà distingue: le norme delle associazioni contrarie al diritto vigente non sarebbero giuridiche, ma semplicemente antigiuridiche se il fine cui esse tendono fosse un fine particolare: viceversa, sarebbero giuridiche le norme di quelle associazioni contrarie al diritto vigente, che però non tendono ad un fine particolare, «ma rappresentano un principio di attuazione di un ordinamento giuridico nuovo poggiato su basi diverse da quelle dell'ordinamento dominante, cioè sopra un diverso apprezzamento delle condizioni di coesistenza; tali possono essere in certi casi una società segreta o una setta politica (p. es. comunistica)». Le norme di tali società, dice il Ravà, non diversificano per la loro natura da quelle della società dominante e sono quindi giuridiche anch'esse: tutta la diversità con le altre norme giuridiche contro cui entrano in conflitto è, in questo caso, nel grado di attuazione e di positività. E con gli stessi criteri risolve la questione relativa alla giuridicità, originaria o meno, delle norme della Chiesa[87].

---

in cui assumono un valore spirituale: pei suoi scopi basta che l'armonico coordinamento delle umane attività sia rispettato, o spiegando gli individui un'attività meramente economica, ovvero etica, cioè prescindendo affatto da quel momento della determinazione dello spirito che decide della natura di un'azione. Se così è, il diritto, pur avendo il suo fondamento sostanziale nell'etica e cioè nella dignità inerente ad alcuni enti (la umana personalità e la società in cui l'individuo si esplica, s'integra e si perfeziona), tuttavia consta di un sistema di mezzi convergenti a scopi sociali e politici e si presenta cioè coi caratteri di una norma *tecnica* relativa all'assetto delle azioni umane nella vita in comune». Cfr. Biamonti, *Un tentativo di costruzione del concetto del diritto*, in *Riv. Ital. di Sociologia,* 1908, fasc. III, pag. 26 dell'estr. È da notarsi peraltro che nella nota critica al libro del Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, il Biamonti insiste prevalentemente sul carattere *empirico* della norma giuridica con una intonazione di evidente sapore crociano: *Un nuovo tentativo di costruzione del concetto del diritto*, in *Riv. Ital. di Sociologia*, 1912, fasc. I, pag. 23 dell'estr.

[85] Ravà, *Il Diritto come norma tecnica,* cit., pag. 60.

[86] *Op. cit.*, pag. 61.

[87] *Op. cit.,* pag. 62-63.

CAPO QUARTO
Critica delle due opposte concezioni

1. Se la concezione del diritto come norma legge volontà dello Stato venisse prospettata solo come un concetto fondamentale della Giurisprudenza, mera costruzione naturalistica, la critica speculativa non avrebbe e non potrebbe mai aver presa alcuna su di una concezione siffatta. La filosofia, come si è già chiarito[88], non può mirare a distruggere il contenuto degli schemi naturalistici fino a quando questi si prospettino per quello che sono: la critica filosofica è, in questo caso, rivolta a mettere in luce il processo spirituale che conduce a tali schemi, e per cui questi ultimi si mostrano, pur nella loro arbitrarietà, come un momento necessario nella vita del pensiero. Ma quando una costruzione naturalistica voglia farsi passare per un vero e proprio concetto filosofico, il filosofo ha l'obbligo di intervenire e di controllare ed esaminare – ci si passi il paragone – i titoli e i documenti in base ai quali siffatte costruzioni pretendono di entrare nel dominio della filosofia.

Orbene, le teorie che definiscono il diritto come norma legge volontà dello Stato, invece di restar chiuse, come potrebbero, nella cittadella – inespugnabile dalla filosofia – della posizione dogmatica propria della scienza naturalistica, vengono spesso prospettate come vere e proprie teorie filosofiche[89]. Ed allora è facile scorgerne subito l'astrattezza. La norma, la legge, la volontà non hanno, così come vengono prospettate nelle teorie statualiste, alcuna concretezza: sono meri oggetti, fatti, sono cose considerate come esterne allo Spirito – che è quello stesso che le crea, incorporandole nell'atto della volontà, come norme leggi volontà – e non hanno, com'è stato osservato più volte, nessun vero titolo per cui possano considerarsi concretamente come qualcosa di individuale: è una classe di norme o leggi, suscettibile, come si sa, di numerose ulteriori distinzioni e classificazioni, senza che nessun argomento rigoroso possa mostrare la necessità di isolarle e distinguerle da altre norme o leggi. Ed infatti, tutte le volte che si è cercato di giustificare la concezione statuale del diritto, si è dovuto fare ricorso a certe pretese note o caratteri differenziali che, o

[88] Cfr. Capo I.

[89] Nella quale ipotesi non si viene a spiegare come possa proporsi il tentativo di una costruzione dogmatica della volontà dello Stato, come è stato fatto del Bonucci, *Il fine dello Stato*, cit., pag. 33 e seg.

hanno ripetuto, sostanzialmente, il carattere della statualità – tipica sotto questo aspetto la teoria del fondatore della scuola inglese di Giurisprudenza analitica: la *sovranità politica*[90], oppure si sono mostrate come qualcosa di estraneo e di giustaposto alle norme stesse. Il più noto di tali «caratteri differenziali» è stato, ed è tuttora, quello della cosidetta «coattività» o «coercibilità»[91], che, a parte tutte le critiche rivolte ad esso nel campo e dal punto di vista della stessa Giurisprudenza[92], si è mostrato come astratto[93] non appena lo si è voluto sottoporre alla critica speculativa: ed infatti è filosoficamente assurdo parlare di una coercizione della volontà, sia codesta coercizione «materiale» sia «psicologica», perché l'essenza della volontà è la libertà[94].

In tale concezione, poi, lo Stato è quasi sempre prospettato come una entità affatto oggettiva, naturalistica, e in molte teorie elaborate da giuristi assume senz'altro tutta la fisionomia di una costruzione dogmatico-giuridica. Il che, incensurabile fino a quando si atteggi a concetto naturalistico, diventa erroneo ed arbitrario, non appena voglia farsi passare come dottrina propriamente filosofica dello Stato e del diritto.

Di ciò si sono accorti alcuni studiosi, che, invece di continuare a prospettare la concezione del diritto come norma legge volontà statuale, come una vera e propria dottrina speculativa, hanno sostenuto che un siffatto concetto non trascenda l'àmbito della Giurisprudenza e sia perciò un concetto «scientifico» od «empirico»[95]. Prospettato così, il concetto del

[90] Austin, *Lectures on jurisprudence*, cit., loc. cit.; Holland, *Jurisprudence*, cit., loc. cit.; Cesarini-Sforza, *Il concetto del diritto e la Giurisprudenza integrale*, cit., pag. 39.

[91] È impossibile, e d'altro lato superfluo, accennare ai sostenitori di questa dottrina che ha per altro seguaci anche nel campo della concezione «sociale» del dir. Ricordo per tutti l'Jhering, il quale dice che senza l'elemento della coazione il concetto del diritto avrebbe dovuto abbracciare anche le norme delle associazioni a delinquere. Cfr. *Zweck in Recht*, trad. cit., cap. VIII, pag. 216.

[92] V., per queste obiezioni, Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, cit., cap. V, pag. 113-124.

[93] Croce, *Filosofia della pratica*, 2ª ed., Bari, 1915, pag. 326-327.

[94] Croce, *op. cit*., *passim.* Questo concetto, del resto, è uno dei motivi fondamentali della moderna filosofia idealistica da Kant sino al Croce e al Gentile.

[95] Miceli, *Esiste una filosofia del diritto?* cit.; *Principi di filosofia del diritto*, cit., loc. cit. e recentemente *Le distinzioni nel dominio del diritto*, in *Riv. int. di filos. del diritto*, 1923, fasc. I, pag. 21 e seg.; Cesarini-Sforza, *Il concetto del diritto e la Giurisprudenza integrale*, cit., pag. 1 e seg. e pag. 39, dove definisce il diritto come «l'insieme di quelle giustapposizioni di attività pratiche, singole o in serie, la cui obbligatorietà fa parte del sistema sociale che è considerato come sovrano rispetto a tutti gli altri possibili». Definizione che comincia ad uscire dal campo della scienza naturalistica, perché l'espressione «giustapposizioni di attività pratiche» contiene già un principio di critica speculativa del c.d. rapporto giuridico.

diritto come volontà o legge dello Stato è perfettamente al riparo da ogni critica veramente filosofica, perché – è bene insistere su questo punto – i concetti naturalistici, quando si siano formati nell'àmbito di una scienza ed esplichino, per così dire, in essa tutta la loro funzione, non possono mai essere sostituiti o corretti che da altri concetti naturalistici.

2. Sicché, tutti gli sforzi diretti a sollevare la concezione del diritto come norma legge volontà dello Stato all'altezza di una vera e propria teoria speculativa sono destinati a fallire: salvo che non se ne modifichi, anzi che non se ne cambi totalmente, il significato: nella quale ipotesi è ovvio come si instauri un dualismo, a parer nostro insostenibile, tra un concetto del diritto buono per la Giurisprudenza ed un altro valido solo per la filosofia. Di ciò offre eloquente riprova una teoria avanzata recentemente dal Maggiore[96].

Il Cesarini-Sforza giustifica il criterio della statualità o «sovranità sociale» ricorrendo al principio empirio-criticista e crociano della «convenienza» e della «utilità». Il che non è vero, o per lo meno non è tutto il vero: la *verità* o validità del concetto scientifico è condizionata dai «dati» inclusi nel concetto stesso. In altri termini, il concetto scientifico è vero solo per i «dati» radunati nel concetto: se a questi «dati» se ne aggiungono o se ne tolgono altri, il concetto apparisce erroneo ed è *ipso facto* sostituito da un altro concetto che include nuovi «dati» non compresi nel primo o esclude alcuni «dati» che il primo aveva incluso. Appunto per tutto questo la scienza è sempre – considerata dalla filosofia – dogmatica.

[96] Si potrebbe anche ricordare, oltremodo significativa per le contradizioni in cui cade e per gli sforzi che fa continuamente per tramutare le formazioni naturalistiche in concetti filosofici, quella del Petrone (*Il diritto nel mondo dello spirito*, cit., pag. 30), il quale, cercando di «inserire il rapporto giuridico nei processi costitutivi della coscienza», crede di riuscirvi pigliando di peso il concetto di rapporto giuridico, come viene di solito elaborato dai giuristi, ossia come relazione di due individui in cui al *diritto* dell'uno corrisponde un *dovere* dell'altro, e dialettizzandolo in maniera piuttosto curiosa, cercando di conciliare, cioè, uno psico-sociologo come il Baldwin con Hegel e con Fichte. Nasce così una strana dialettica, in cui ciascuno dei due elementi del rapporto si presenta come *ego* contrapposto all'*alter*: mediatore dei due opposti sarebbe il *socius*, ossia il riconoscimento che ognuno dei due soggetti farebbe dell'altro come *socius*. Senonché, ciò, a fil di logica, condurrebbe al seguente risultato: che l'*ego* e l'*alter*, isolatamente presi, non dovrebbero avere alcuna concretezza e sarebbero reali, perciò, solo nel *socius*. Viceversa il Petrone continua a ritenere che l'*ego* e l'*alter* sian già reali e concreti per se stessi ed anzi identifica, ad un certo punto, il *socius* con lo Stato e la volontà di questo con la legge giuridica. È strano, poi, come, dopo aver detto che la volontà della legge è… «la volontà del *me profondo* (in un significato che ha poco da vedere col *me profondo* del Bergson) ed è, a un tempo, la volontà generale ed universale…» (pag. 62) finisca col concludere (pag. 185): «Il diritto è una determinazione relativa e derivata ed è un momento finito e limitato dello spirito: è un simbolo e un'approssimazione: non è un valore assoluto: non è la verità e la vita», che finisce col distruggere

Il Maggiore, dopo aver esposto con grande chiarezza e singolare *pathos* i concetti fondamentali dell'idealismo immanentista, applica alla parola diritto tutti gli attributi del pensiero, ma a un certo punto distingue un «diritto astratto» – o «diritto essere» – da un «diritto concreto» – o «diritto processo» –[97], che è quanto dire smantella uno ad uno tutti quei c.d. caratteri e presupposti per cui il diritto... vien chiamato diritto; e – identificato quel presunto «diritto concreto» con la giustizia[98] (con che il problema del diritto è eliso prima di essere risoluto) – perviene ad una, ce lo si permetta, stranissima concezione del rapporto giuridico: che il Maggiore prospetta a tutta immagine e somiglianza della sintesi *a priori*, senza risparmiare aspri rimbrotti ai giuristi, perché questi «con scarso acume filosofico» avrebbero insegnato che il rapporto giuridico non esiste se non in virtù di un fatto giuridico che gli dà vita[99]. Stabilito questo concetto del rapporto giuridico come relazione *a priori* che genera i suoi termini, la persona e la norma, il Maggiore prosegue: «La vita giuridica è formata da una infinità di rapporti che non sono sconnessi e discreti, ma legati l'uno all'altro in una serie infinita che è poi un rapporto unico universale. L'attualità o storicità di ogni diritto si concreta in ogni rapporto. L'attualità di questo rapporto è lo Stato»[100].

A parte i dubbi che potrebbero sorgere circa la chiarezza e la perspicuità di questa «attualità dell'attualità del diritto», vediamo come vien chiarito il concetto dello Stato. «Lo Stato è la massima concretezza della Giustizia. Esso unifica la soggettività astratta, e l'oggettività pure astratta del diritto, in quanto ordinamento giuridico universale, atto riassuntivo di tutto il processo ideale dell'*ius*. Quest'atto è la *sovranità*... La sovranità è la stessa soggettività assoluta, in cui tutti quei momenti della realtà (territorio società, economia, etc.) che noi separiamo per astrazione, si risolvono ed acquistano valore concreto. Qui è l'atto sovrano, nell'autocoscienza universale, nella coscienza, cioè, che tutti gli uomini hanno della loro medesimezza originaria. L'oggettivarsi di questa coscienza nella storia è lo Stato... Lo Stato è… il soggetto universale, l'Uno che si dialettizza nell'opposizione di suddito e sovrano... Per questa sua attualità universale

e col far apparire come una dialettica fittizia quella dell'aspetto sociale di sé, non meno di quell'altra dialettica dell'auto-limitazione dello Stato, con cui il Petrone cerca di sollevare ad altezza speculativa una infelice costruzione dogmatico-giuridica scaturita dall'urto tra una concezione assolutista e una concezione liberale dello Stato.

[97] Maggiore, *Il diritto e il suo processo ideale*, cit., pag. 65.

[98] Id., *op. cit.,* pag. 85.

[99] Id., *op. cit.,* pag. 105.

[100] Id., *op. cit.,* pag. 107.

lo Stato si estende fin dove il diritto. Domandare se il diritto presupponga lo Stato, o lo Stato il diritto, è fuor di senso perché i due termini sono convertibili. Ogni diritto, in quanto ha concretezza storica, è diritto statuale: e ogni Stato, se ha radici nella vita, è Stato di diritto. Lo Stato storico è sempre Stato giuridico. Ed è tale perché realizza la coscienza giuridica universale»[101].

Qui, a parte l'evidente, sebbene non troppo felice, eco hegeliana, vi è una strana dialettica in cui i termini «Stato» e «diritto» non sono presi più nel loro significato comune, ma, volta a volta, come sinonimi di «Spirito» «pensiero» «volontà» e così via. Ora, con ciò si arriva a dimostrare qualunque tesi, a patto, ben inteso, che si accettino preliminarmente queste ed altre analoghe *identificazioni immediate*.

Che se poi voglia sostenersi che la realtà non sia fuori dell'atto dello Spirito, o, si dica meglio, dell'atto della Vita, che il reale non sia intelligibile se non in termini di pensiero, ecc., si dicono giustissime cose, ma a patto che non ci si fermi e si vada oltre e s'indaghi come e perché sorgano dall'atto della Vita quei problemi «particolari», quelle «realtà» che non si traducono immediatamente in termini d'immanenza. Diversamente si finisce, non solo con l'elidere i problemi «particolari», ma col dichiarare il suicidio della filosofia: la quale, in tal modo, giunta ad un certo punto, direbbe una buona volta per sempre: tutto è Spirito e lo Spirito è tutto. Dopo di che, è chiaro come non avrebbe più ragion d'essere nemmeno la filosofia.

Ma, a parte ciò, qui occorre notare che il Maggiore, per arrivare alla conclusione che «ogni diritto, se ha concretezza storica, è diritto statuale» ha dovuto dare alla parola «diritto» un significato affatto diverso da quello in cui questa espressione è intesa comunemente; ha dovuto identificare il diritto con la Giustizia – e questa, se non è una chimera, non può e non deve essere diversa dalla moralità –, buttando a mare quel diritto astratto che non è ancora Giustizia, ma che è – purtroppo! – l'unico che possa, con quella proprietà di linguaggio che è necessaria perché non sorgano continui equivoci e mescolanze di dottrine filosofiche e di costruzioni giuridiche, chiamarsi: diritto. E se questo dovesse rivelarsi un'astrazione, vuol dire che il vero problema filosofico del diritto consiste precisamente nell'indagare come e perché sorga una siffatta astrazione[102].

[101] Id., *op. cit.,* pag. 107-111 *passim*.

[102] Il Maggiore, del resto, si è pentito di questa concezione e nei suoi ultimi studi ha finito con l'accedere alla tesi del Romano. Ma su ciò, v. più oltre.

3. Se dogmatica, ossia insuscettibile di una vera e propria dimostrazione filosofica, è la concezione statuale del diritto, altrettanto dovrà dirsi della concezione del diritto come norma «sociale» o di «organizzazione sociale»: e anche questa, come la prima, non è criticabile dalla filosofia fino a quando voglia tenersi come un concetto naturalistico. Assunta come concetto filosofico, non tarderà a svelarsi astratta anch'essa.

Le due concezioni hanno, infatti, una comune astrattezza fondamentale. Si è già visto, a proposito della prima, che la norma (o legge o volontà), prospettata come presupposto reale *in sé* dello Spirito, costituisce una vera e propria ipostasi, perché non esiste all'infuori dello Spirito che la pone come norma, legge, volontà.

Al concetto di Stato empiricamente prospettato come entità meramente oggettiva, unificazione *in re* di una moltitudine d'individui, la teoria del diritto come norma sociale sostituisce un altro concetto, astratto anch'esso e più del primo: il concetto di società. Nel quale vengono a cadere – ci si passi la frase –, posti sul medesimo piano, lo Stato come la Chiesa, la famiglia come un'associazione a delinquere, un circolo di cacciatori come una società di mutuo soccorso: e in cui ogni società appare come un «dato» e non come un processo spirituale.

Nella concezione del diritto come norma sociale, insomma, tanto la «norma» quanto la «società» vengono ad atteggiarsi come *cose esteriori*, che esisterebbero, cioè, indipendentemente dal pensiero: sicché è evidente come tutte le teorie che cerchino di darne una dimostrazione speculativa debbano mostrarsi fondamentalmente naturalistiche.

4. Guardiamo, per esempio, la teoria dello Stammler. Tutto l'edificio dottrinario costruito da questo paziente ed erudito studioso tedesco, poggia, com'è noto, sulla considerazione della «vita sociale» come giustaposizione di una «materia», la quale sarebbe costituita dalla economia, ossia dall'attività degli uomini collegati insieme, tendente al soddisfacimento dei bisogni, e di una «forma», costituita da due grandi classi di norme, norme convenzionali e norme coattive. Il diritto sarebbe appunto un volere collegante (*verbindendes*) una pluralità di voleri come mezzi l'un per l'altro: e come tale sarebbe sovrano (*selbstherrlich*) ossia autonomo (?) ed inviolabile (*unverietzbar*) (?) perché fisso e permanente. Tre note una più astratta dell'altra, dalle quali, pseudo-kantianamente, lo Stammler cerca poi di dedurre le cosidette categorie del diritto[103]. La cosidetta «vita

[103] Cfr. *Theorie der Rechtswissenschaft*, cit., pag. 190 e seg.

sociale»: è per lo Stammler «ein äusserlich geregeltes Zusammenwirken»[104], regolata cioè da quelle due categorie di norme su accennate. Orbene, tutto ciò risponde appunto ad una visione astratta della storia: è la storia ridotta a mero fatto e colata, per così dire, in un certo numero di caselle, ossia di concetti di classe.

5. Più vicina alla Giurisprudenza che alla Filosofia è la distinzione sostenuta dal Ravà tra società a fini particolari, le cui norme, perciò, non avrebbero carattere giuridico originario ma contrattuale, e società che, assumendo un carattere pubblico ed atteggiandosi «in certo modo come organi della società giuridicamente organizzata»[105], sarebbero capaci di produrre vere e proprie norme giuridiche. Essa infatti parte dal presupposto della giuridicità intrinseca delle norme statuali e distingue tra norme la cui *rilevanza giuridica* è condizionata in tutto e per tutto dal sistema normativo statuale che le sovrasta e che le include in sé, e norme che hanno un grado di rilevanza giuridica *relativamente incondizionata* rispetto al sistema di cui finiscono sempre col far parte: il che corrisponde, sostanzialmente, alla figura giuridico-dogmatica della potestà legiferatrice dei cosidetti enti autonomi. Circa la distinzione tra società illecite a fine particolare e società illecite che rappresenterebbero un principio di attuazione di un ordinamento giuridico nuovo, è da osservare, poi, tenendoci sempre sullo stesso terreno in cui si muove il Ravà, che in realtà anche queste ultime società hanno sempre un fine particolare e ben determinato, e precisamente quello di abbattere il c.d. ordinamento dominante. Ma, a parte tutto questo, la teoria del Ravà è viziata, filosoficamente parlando, da una concezione astratta dell'azione come distinta dalla volontà, e del fine che è prospettato come un *quid* posto fuori dalla volontà e a cui l'azione debba adeguarsi: donde, poi, la distinzione, meramente quantitativa, tra fini particolari e fini generali; la concezione della norma come mezzo per il conseguimento di determinati fini; la definizione dello Stato come organismo etico che tende a tecnicizzarsi nelle forme del diritto e così via. Presupposti astratti che avrebbero indubbiamente valore ove volessero atteggiarsi come chiarimenti della natura propria della considerazione politica, la quale si fonda appunto sul concetto (astratto) dell'azione come mezzo al raggiungimento di scopi, ma che non reggono alla critica

[104] *Op. cit.,* pag. 85.
[105] Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, cit., pag. 62.

filosofica. Poiché, tutto sommato, norma, fine, società sono sempre, nella dottrina del Ravà, né più né meno che oggetti, fatti preesistenti al pensiero: e fino a che non si superi una posizione siffatta si dovrà necessariamente restare a mezza costa tra le c.d. scienze morali – che sono, come già si sa, scienze naturalistiche – e la considerazione filosofica vera e propria[106].

6. Anche la teoria del Del Vecchio[107], svolta con perfetta coerenza con i propri presupposti gnoseologici – dei quali si è discusso[108] –, non riesce sostanzialmente a dare consistenza filosofica alla dottrina della «pluralità di ordinamenti giuridici». Veramente, la teoria del Del Vecchio non tende direttamente à dimostrare l'esistenza di più «ordinamenti giuridici» nel senso cui tendono dottrine come quella dello Stammler e, per accennare a qualcuna tra quelle elaborate da giuristi, del Bierling[109]. La concezione del Del Vecchio, è, per così dire, una macchina bellica contro quel famoso attributo del diritto, con cui si vuol escludere la concepibilità di un diritto naturale: la cosidetta positività. Appunto perciò il Del Vecchio ha cercato di porre preliminarmente una pluralità di principi etici, dai quali scaturirebbero due differenti ordini di valutazioni: in modo tale, cioè, da conseguire la possibilità d'includere nel concetto del diritto il diritto naturale, salvo a porre quest'ultimo come *ideale*, ossia tipo della perfezione del diritto. Senonché basta soffermarsi proprio su questo punto per vedere subito che la pluralità dei principi etici permette, sì, di includere nel novero delle norme giuridiche tutte le cosidette norme di organizzazione sociale, ma d'altro lato esclude *a priori* ogni carattere di universalità – e con ciò ogni valore filosofico – di tali principî[110]. E in realtà, norme, azioni umane, principi etici, società, sono, per il Del Vecchio, fatti particolari, realizzati indipendentemente dal pensiero. Ora, tutto questo mostra chiaramente il carattere prettamente naturalistico della teoria del Del Vecchio. A che cosa si riduce, in fatti, se non ad una semplice diversità di «punti di vista» la

[106] Si veda l'acuta critica del Biamonti, *Un nuovo tentativo* etc., cit., pag. 15 dell'estr.

[107] V. cap. III, n. 5.

[108] Cfr. capo I, n. 11 e 13.

[109] A proposito della teoria del Bierling, credo superfluo sottoporla a critica dopo che il Bierling, come hanno dimostrato il Petrone e il Dallari, non mirava e non mira ad altro che ad includere le norme della Chiesa nel novero delle norme giuridiche. Sotto il quale aspetto vale tanto ricorrere all'*Anerkennung* come a qualsiasi altra teoria, perché si approda sempre ad un concetto di classe.

[110] Si veda la mia cit. recens. alla 2ª ed. de *Il principio della natura e il concetto del diritto.*

distinzione tra coordinamento «obbiettivo» e coordinamento «subiettivo» con relativa distinzione tra «impedimento» ed «omissione»? E che cosa è se non oggetto, quella pluralità di soggetti coordinati da un qualsiasi principio etico?»[111].

Del resto, lo stesso intento da cui è animato il Del Vecchio, quello, cioè, di dare un concetto del diritto che possa, anzi debba, servire di fondamento alla Giurisprudenza, e la possibilità di dedurre da questo concetto alcune nozioni indispensabili al giurista – come per es., quella del c.d. diritto soggettivo –, mostrano chiaramente come la teoria in parola non possa essere accettata come dottrina filosofica, a meno che, s'intende, non ci si voglia appagare di una posizione naturalistica. La quale, però, non potrà mai tracciare una differenza che non sia pura differenza quantitativa tra se medesima e la scienza.

7. Più esplicita e più travagliata di tutte, in un continuo sforzo di mostrare la concretezza e la validità filosofica della «pluralità degli ordinamenti giuridici», è la teoria del Levi[112]. Ciò che non persuade, in questa concezione, è, anzitutto, il troppo reciso distacco tra Spirito conoscitivo e Spirito pratico, ossia tra attività teoretica ed attività pratica[113], che comincia col rompere in due processi paralleli l'unità spirituale: e la conseguente tricotomia per cui si avrebbero una guisa individuale, una guisa sociale ed una guisa universale dello Spirito pratico. Le quali guise, è ovvio, non hanno poi alcun vero carattere di universalità perché se ne stanno l'una accanto all'altra, dividendosi, ci si passi la frase, la realtà storica da buone amiche. Ma, a parte le metafore e a parte l'impossibilità di concepire uno Spirito pratico siffatto come processo, ossia sviluppo – non si vede, infatti, come possa esservi reale passaggio da una guisa all'altra, essendo tutt'e tre determinate simultaneamente *ab aeterno* –, è da osservare che le guise di cui parla il Levi, sono sostanzialmente vere e proprie *forme logiche* in cui

[111] Nel § VII de *La Giustizia* (2ª ed., Bologna, 1924, pag. 43) il Del Vecchio cerca di dare una base filosofica al concetto di «rapporto intersoggettivo» ricorrendo all'antitesi fichtiana di *Io* e *non-Io* e sostenendo che «l'oggetto che il soggetto si contrappone può essere a sua volta riconosciuto *come soggetto*». E ciò può sostenersi, a patto però che questa opposizione si risolva nell'atto concreto dell'Io e non resti una contrapposizione *in re*; ché allora è contrapposizione non di due soggetti, ma di due *oggetti*, che presuppone il *soggetto* che la ponga e la risolva. Se non si ammette questo, si ritorna senz'altro nella posizione monadistico-pluralista.

[112] V. capo III, n. 6.

[113] Cfr. *Contributi*, cit., pag. 66.

viene colata l'esperienza storica. Il che è tutt'uno col mostrarne l'intrinseco carattere naturalistico.

Che cosa è, infatti, se non una distinzione di *genera*, la separazione tra una volizione economica, diretta cioè all'utile immediato essenzialmente individuale, e una volizione in termini di «socialità?» L'individuale concreto non può essere che universalità particolarizzata: la socialità è un *quid* astratto che sta a mezza strada tra l'individuale e l'universale, i quali, separati come sono, diventano anch'essi *ipso facto* astratti.

È difficile, per altro, conciliare tra loro alcune deduzioni del Levi: il quale parte dal concetto che il diritto è una guisa dello Spirito – il che dovrebbe significare l'immanenza del diritto nello Spirito –, ma sostiene che la norma giuridica «ha in sé un carattere di eteronomia perché manifestazioni di una volontà che è altra da quella del soggetto che vi si dovrà conformare»[114] – il che ci riporta ad una completa trascendenza tra norma e volontà –, e per di più insiste recisamente nel sostenere la *relatività*[115] della valutazione giuridica che mal si accorda con la proposizione fondamentale, essere cioè il diritto una guisa universale dello Spirito. Perché la universalità dovrebbe implicare la univocità assoluta e non la relatività della valutazione: relatività che si comprende perfettamente, invece, quando non si parli più di guise spirituali ma di semplici «punti di vista» astratti e particolari. Ossia, quando ci si ponga sul medesimo piano della considerazione naturalistica.

Lo stesso Levi, poi, riconosce con l'abituale sua lealtà il circolo vizioso in cui va a cacciarsi la determinazione del concetto di società, o per meglio dire la concezione di una pluralità di società aventi ognuna un proprio ordinamento giuridico. Per dimostrare, infatti, la «pluralità» degli ordinamenti giuridici, il Levi ricorre alla pluralità delle società; ma, per dimostrare quest'ultimo assunto, ricorre alla pluralità degli ordinamenti giuridici[116]. Circolo vizioso che è un aspetto necessario di ogni concezione naturalistica[117].

8. Tutte queste critiche non avrebbero ragion d'essere, ripetiamo, se le due concezioni, quella «statuale» e quella «sociale» del diritto, venissero prospettate per quel che sono realmente, e nell'unica guisa in cui possono

[114] Cfr. *Ubi societas ibi ius*, cit., in *Saggi*, cit., pag. 66.
[115] *Op. cit.,* pag. 92.
[116] *Op. cit.,* pag. 73.
[117] Cap. I, n. 8.

avere un senso: come costruzioni naturalistiche. Riportate, poi, in termini di filosofia immanentistica non possono dar luogo che a travestimenti pseudo-filosofici di teorie empiriche, e in ogni caso finiscono col perdere completamente il loro significato.

Di ciò offre un esempio oltremodo istruttivo la recente adesione del Maggiore alla teoria del Romano. La concezione del Maggiore è assolutamente indeterminata e inafferrabile in ciò che avrebbe dovuto essere determinato con la più grande chiarezza: ossia nel concetto del diritto. Il Maggiore parte dal principio immanentistico per cui realtà e idea sono tutt'uno; ma crede ancora che, dopo aver mostrato l'astrattezza del diritto come norma, possa restargli tra le mani un «diritto concreto»: il quale (come è ovvio), se non è una chimera, non può esser altro che il concetto della moralità. Ma di ciò il Maggiore non si accorge e incomincia a parlare, invece, del diritto come realtà concreta e perciò di una «idea del diritto» che sarebbe unitaria come sintesi di opposti, assoluta, attuosa e processuale[118]. Pur tuttavia questa «idea del diritto» resta sempre un *quid* ineffabile e il Maggiore stesso si rifiuta di definirla sotto lo specioso pretesto che ogni definizione del diritto sia unilaterale e in ogni caso tautologica. Il diritto si definisce realmente, egli dice: ogni qual volta la coscienza, di faccia ad una situazione storica particolare, pronunci il giudizio: *jus esto*[119]. Ma quando e per quali ragioni la coscienza s'induca a pronunciare questo giudizio nei termini famosi della legge delle XII tavole, il Maggiore non dice: né può dirlo. Analogamente, nel rigettare come una *fable convenue* la tesi che tutto il diritto derivi dallo Stato[120], il Maggiore crede di recare «a maggior chiarezza e coerenza il principio dell'idealismo» perché, «una volta concepito l'idealismo quale immanenza, non si può disconoscere che, allo stesso titolo per cui dove è realtà ivi è idea, esiste diritto ove la coscienza giuridica si realizzi. E questa non si posa soltanto sullo Stato come l'aureola sul capo dei Santi»[121]. Ma che cosa è questa «coscienza giuridica?». Se è da intendersi come «coscienza del diritto, ne sappiamo meno di prima: se è coscienza etica, il diritto è già eliso, o, quanto meno, superato e risoluto.

Dice il Maggiore che lo Hegel ha ragione nel definire lo Stato come rappresentante dell'idea etica, come l'ingresso di Dio nel mondo: ma la divinità dell'idea, egli soggiunge, «è presente in qualunque forma di

[118] Cfr. Maggiore, *Breviario di filosofia del diritto*, Palermo, 1921, pag. 65.

[119] Op. loc. cit.

[120] Id., *L'aspetto pubblico e privato del diritto, etc., in Riv. int di filos. del dir*., 1922, fasc. II-III, pag. 134.

[121] Art. cit., loc. cit., nota 3.

associazione, sia pure in una modesta fabbrica di ciabatte»[122]. Paragone veramente calzante e che non lascerebbe più alcun dubbio sulla pluralità degli ordinamenti giuridici se potesse una buona volta sapersi di quale «idea» il Maggiore intenda parlare: se dell'idea etica, cioè, oppure dell'idea del diritto.

Bisogna dire la verità: meraviglia che uno scrittore colto ed acuto come il Maggiore non abbia sospettato affatto il carattere meramente naturalistico delle due concezioni in lotta. Egli ha creduto di poter dare una veste filosofica alla tesi del Romano: e nel far ciò non si è nemmen curato di indagare se in termini filosofici la tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici non dovesse, putacaso, perdere totalmente ogni significato. Poiché è chiaro che, una volta risoluta l'astrattezza della norma nella concretezza dell'azione come processo spirituale, storia, bisognerà daccapo immobilizzare quest'ultima, considerarla come *fatto*, per potere ritrovare il diritto. Ora, la polemica tra coloro che non vogliono vedere altro diritto oltre le leggi che si dicono «statuali» e coloro che invece vedono diritto ove sia «organizzazione sociale», è fondata tutta quanta sul presupposto naturalistico di uno Stato, o per meglio dire di molti Stati, l'uno accanto all'altro, e di infinite società l'una accanto all'altra, l'una limitante l'altra. E tutti e tutte come *fatti*, come *oggetti* d'indagine preesistenti al pensiero. Venuti meno questi presupposti, il problema non ha più, rigorosamente parlando, valore alcuno. Poiché il diritto non è che un punto di vista, una costruzione naturalistica – di cui, però, bisogna indagare la genesi spirituale – sicché, a volerlo identificare *illico ac immediate* con un concetto concreto, ossia con l'atto spirituale come moralità, si corre tutto il pericolo – ed il Maggiore raramente si è salvato da ciò – di confondere continuamente e di mutare in filosofemi concetti schiettamente dogmatico-giuridici.

Del resto, il Maggiore che ha avuto tanta premura di trasferire nella filosofia la tesi del Romano, non si è accorto che il Romano stesso, con quel grande buon senso che abbonda spesso nei più insigni giuristi, ha escluso sostanzialmente che la propria teoria dovesse considerarsi come teoria filosofica.

Quale concezione filosofica avrebbe potuto, infatti, suffragare la tesi del Romano meglio della nota teoria crociana che pone sullo stesso piano le leggi dello Stato e quelle della «camorra» o della «maffia?». Ebbene, vale la pena di riferire testualmente quanto dice il Romano: «Il Croce…, conformemente alla sua tesi della riduzione del diritto all'economia, pone in una unica categoria così le norme sociali come quelle che l'individuo

[122] Cfr. *Breviario*, cit., pag. 162.

detti a se stesso ponendosi un programma: egli così cancella quegli elementi formali del diritto… che rappresenterebbero concetti empirici dei quali non si potrebbe fare uso alcuno in filosofia. Non è questo il luogo di vagliare la teoria del Croce: soltanto, occorre rilevare che essa, appunto in quanto nega l'autonomia, dal punto di vista esclusivamente filosofico, del concetto del diritto, che elide in una più ampia categoria, non può servire di base per chi deve invece affermare l'esistenza e l'autonomia di quel concetto, *sia pure in senso empirico*. In altri termini, qualunque sia il valore filosofico di tale dottrina, essa non ne ha e non può averne alcuno per la scienza giuridica propriamente detta, che non può certo rinunciare a foggiarsi un concetto del diritto senza rinnegare se medesima»[123].

Vero è, d'altro lato, che il Romano, con queste ultime proposizioni, non esclude *a priori* la possibilità di aversi due concetti del diritto: uno valido in filosofia ed un altro come base della Giurisprudenza. Il che è, invece, da dichiararsi *a priori* assurdo perché un siffatto dualismo si ridurrebbe ad un permanente equivoco verbalistico: la stessa espressione, cioè, avrebbe ora un senso ed ora un altro. Il che certo avviene per parecchie espressioni; ma bisognerà allora fissare preliminarmente se voglia parlarsi del concetto del diritto nel significato che ha e può avere in sede di Giurisprudenza o di un altro concetto del diritto assolutamente diverso dal primo: a patto, ben inteso, che non si ripropongano, per il secondo, tutte, o quasi, le cosidette «note» del primo, che non si mescoli cioè la costruzione dogmatica con la sintesi speculativa.

9. Resta assodato, pertanto, che il problema: se debbano ritenersi come norme giuridiche solo le norme «statuali» oppure tutte le norme di «organizzazione sociale», è un problema fondamentalmente naturalistico.

Il dibattito che abbiamo esaminato, infatti, si riduce, a guardar bene, alla pura e semplice contrapposizione di due *schemi*: l'uno determina un *genus* esclusivo di diritto, costituito appunto dalle c.d. norme o leggi statuali: l'altro, invece, risolve in un più ampio *genus* le norme o leggi statuali ponendole insieme alle cosidette norme di organizzazione sociale. Il primo è uno schema che separa con un taglio, che vorrebbe essere netto, le norme o leggi statuali da ogni altra norma, o legge e ad esse dà senz'altro il nome di «diritto»; il secondo parte dalla equazione: norma statuale-diritto, ma continua il lavorio di astrazione sul primo schema allargandolo con un procedimento basato essenzialmente sulle *analogie* tra le norme

[123] Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pag. 19-20 nota.

o leggi statuali e le altre norme o leggi di organizzazione sociale. In altri termini, la seconda concezione si fonda su questo sillogismo: il diritto «statuale» non è che un complesso di norme di organizzazione sociale: ma le norme della Chiesa, della comunità degli Stati, di un circolo, e perfino di un'associazione di malfattori, sono anch'esse norme di organizzazione sociale: *dunque*, anche queste ultime costituiscono «diritto» né più né meno che le leggi o norme statuali[124].

A parte l'evidente carattere verbalistico che finisce con l'assumere il dibattito non appena ridotto in questi termini – giacché tutta la disputa, in fondo, si ridurrebbe ad un dissenso di terminologia, tra chi vorrebbe conservare il *nome* «diritto» solo alle leggi statuali e chi, invece, vorrebbe estenderlo anche alle altre «norme di organizzazione sociale» –, giova qui osservare che il problema è risolubile, dal punto di vista della Giurisprudenza, in ambedue le maniere. Se ben si guarda, infatti, il giurista può «costruire» qualunque «serie di contegni» assumendo come «fonte» di valutazione giuridica solo il cosidetto diritto statuale, prospettando come «derivata», o «riflessa» la giuridicità delle norme vigenti in seno ad altre società, fino a quando non siano contrarie alle norme statuali, creando anche una distinzione tra una sfera di *status* ed una sfera di *contractus*; e ciò in base al principio: «ciò che non è giuridicamente vietato è giuridicamente permesso»[125], per cui nessun «contegno» potrebbe sfuggire ad una valutazione giuridica. E può anche costruire assumendo come «fonte» la norma o il complesso di norme di un determinato «gruppo sociale», tutte le «serie di contegni» che si manifestino in quel «gruppo» o associazione o comunità.

Ma, ripetiamo, la «costruzione giuridica» non è che schematizzazione e classificazione di una serie di «*fatti*», e come tale non fa che muoversi nel terreno delle astrazioni: sicché se è astratto «costruire» ponendo come «fonte» di valutazione il c.d. diritto statuale, non è meno astratto costruire postulando qualsiasi altra «fonte».

Del resto, il cosidetto «ricorso alla realtà» finché questa sia intesa come *fatto* non dà migliori risultati. I sostenitori della concezione «sociale» del diritto osserveranno, anzi hanno osservato, che l'esperienza storica dimostra l'esistenza di molteplici gruppi sociali, distinti dallo Stato, le norme dei quali vengono rigidamente osservate con minore frequenza di violazioni, forse di quante non ne avvengano di fronte alle norme statuali:

[124] Questo è, in sostanza, il ragionamento del Romano.

[125] Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1911, pag. 93, e prima ancora, Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, cit., pag. 87. V. a. Levi, *Contributi*, cit., pag. 379 e seg.; *Lecito, illecito, non tutelato*, in *Saggi*, cit., pag. 129 e seg.

e i sostenitori della concezione statuale del diritto ribatteranno che «in realtà» tutte queste associazioni distinte dallo Stato vivono sempre nello Stato e quasi sempre ne costituiscono parte integrante; che anche la Chiesa in quanto non è uno Stato, vive nei singoli Stati; che la stessa comunità degli Stati non è un «organismo sociale» che esista oltre e fuori dei singoli Stati; possono altresì negare – come hanno negato – parecchi che i trattati internazionali abbiano vero e proprio valore giuridico originario ed affermare che tale valore acquistino solo quando divengano «leggi dello Stato» anche perché, possono aggiungere, non esiste una vera società, una vera organizzazione; organizzazione, infatti, significa coordinazione e subordinazione, e quest'ultima non si vede punto nella c.d. «comunità internazionale».

Dove si scorge chiaramente, e non c'inganniamo, come tutto si riduca ad una contrapposizione di «punti di vista» *per definitionem* affatto contingenti, sicché non vi è nulla di più pericoloso che volerli sollevare a proposizioni filosofiche, cioè assolute.

10. In queste dispute il filosofo non può essere chiamato a portare la sua parola decisiva, sapendo egli già come questa contrapposizione di «punti di vista» affatto relativi derivi sostanzialmente dallo stesso terreno schiettamente empirico in cui si svolge il dibattito. Al filosofo spetta di indagare, non appena abbia constata l'astrattezza della cosidetta «valutazione» o «considerazione» *sub specie iuris*, se quest'ultima abbia le sue radici, e quali, nell'assoluta concretezza dell'atto spirituale. È questo – e non altro – il vero problema filosofico del diritto[126].

Ora, qui deve osservarsi che la valutazione giuridica non avviene mai in termini di «socialità» o di «statualità» e che il giurista non guarda e non prende a considerare la norma perché emanata dallo Stato o perché norma di organizzazione sociale, ma in quanto questa può essere, ed è, assunta come fonte di «potestà» e di «obblighi».

Se ben si guarda, il cosidetto *quid proprium* della norma giuridica è

[126] Il che basta a confutare le vedute del Miceli che vuol fermarsi alla constatazione dell'astrattezza del concetto del diritto, per affermare la totale definitiva elisione della filosofia del diritto. Certo, se con questa espressione vuole alludersi ad una filosofia «particolare» che affronti una certa «serie» di problemi filosofici proiettando fuori di sé un residuo di problemi che le altre «filosofie particolari» si dividerebbero poi da buone amiche, il Miceli ha indubbiamente ragione. Ma se si riflette che in ogni vero problema filosofico si concentra tutta la filosofia, ecco che nessuna seria obiezione può rivolgersi più contro la filosofia del diritto.

proprio questo: e tutte le ricerche e le discussioni circa gli ormai famosi «caratteri differenziali» del diritto partono implicitamente o esplicitamente da questo presupposto, tornandovi spesso col c.d. carattere della «bilateralità». Ma già la classica distinzione, che si ha cura d'insegnare ai discenti delle discipline giuridiche fin dai primi passi dell'insegnamento, la distinzione, cioè, tra *norma agendi* e *facultas agendi*, ossia tra «diritto oggettivo» e «diritto soggettivo» – dove l'espressione «diritto oggettivo» è sinonimo di «norma come fonte di obblighi» – esprime chiaramente il concetto su accennato. In altre parole, quella che si dice «valutazione giuridica» non è altro che valutazione in termini di potestà e di obblighi: da cui le valutazioni più generiche di «liceità» (che vuol dire: esercizio di potestà o facoltà o diritto soggettivo ed adempimento di obbligo) e di «illiceità» (che vuol dire inadempimento, violazione di un obbligo o dovere giuridico).

Tutto ciò è cosa nota ed arcinota: pur tuttavia, bisogna partire proprio da queste elementarissime nozioni – e le si chiami pure banali – per impostare nei suoi veri termini il problema filosofico del diritto. Si tratta di indagare allora in primo luogo: qual è il significato intimo di questa distinzione tra facoltà o potestà e obbligo?

11. Nient'altro che la distinzione tra libertà e necessità.

Quando il giurista desume da una norma che un soggetto (giuridico) ha la potestà o facoltà o, come si suol dire comunemente, il diritto di assumere un determinato contegno, accenna ad una situazione (astratta ed ipotetica perché genericamente determinata in funzione della legge) per cui quello stesso soggetto è *libero* di assumere o no quel determinato contegno. Libero, perché nell'assumere quel determinato contegno il soggetto non può subire *impedimento* da parte di chicchessia. La potestà o facoltà, dunque, non significa altro che libertà: ma libertà in senso puramente oggettivo e, per ciò stesso, negativo.

Viceversa, quando il giurista desume dalla norma che un soggetto ha l'obbligo di assumere un determinato contegno, accenna ad una situazione (ugualmente astratta ed ipotetica) per cui l'assunzione del contegno stesso non è più libera ma *necessaria*. La valutazione in termine di obbligo, insomma, esprime la *necessità* (oggettiva) che un soggetto assuma un certo contegno.

Orbene, il motivo fondamentale per cui la valutazione giuridica deve dirsi astratta è proprio questo: il distacco ch'essa pone tra libertà e necessità. Distacco astratto, perché l'azione concretamente intesa è tutt'uno col processo dello Spirito: onde non può più parlarsi, filosoficamente, di azioni

libere contrapposte ad azioni necessarie, di fronte ad una legge, giacché l'azione, essendo lo stesso *farsi* dello Spirito, non può non essere libertà e necessità insieme.

12. La dimostrazione di quest'ultimo concetto che ha troncato definitivamente la vecchia disputa tra i sostenitori del libero arbitrio e i deterministi, è, com'è noto, uno dei pilastri fondamentali del gigantesco edificio speculativo innalzato dalla moderna filosofia idealistica. Ripetere qui una simile dimostrazione o anche riassumerla semplicemente sarebbe fuor di luogo, anche perché si avrà agio di confermarla attraverso l'analisi speculativa che sarà svolta in riguardo alla soluzione del problema filosofico del diritto[127].

[127] Sull'unità della libertà e della necessità nell'azione, si rilegga la mirabile dimostrazione del Croce, *Filosofia della pratica*, cit., pag. 117 e seg. Un punto, però, sul quale è opportuno eliminare ogni possibilità di equivoci è quel concetto di «situazione di fatto» che sarebbe, secondo il Croce, la condizione, ossia il momento della «necessità» dell'atto volitivo. Non basta, a tal uopo, dire, come il Croce, che «le situazioni di fatto sono nient'altro che gli accadimenti e questi nient'altro che il risultato delle volizioni singole» (pag. 120): bisogna aggiungere che accadimenti e risultato sono realmente posti dalla volontà nell'atto in cui essa si pone. V. a. su ciò, Gentile, *Teoria generale dello spirito*, ediz. cit., cap. XII.
A proposito del Croce, credo opportuno avvertire che non ho ricevuto la sua dottrina tra quelle che sostengono la «socialità» del diritto perché ha un significato profondamente diverso. Mentre tali dottrine, infatti, marcano implicitamente una distinzione che vorrebbe essere rigorosa – ossia filosofica – tra leggi «sociali» e leggi «individuali» (o programmi di vita che l'individuo detti a sé stesso), il Croce nega nel modo più reciso la validità filosofica di questa distinzione e considera la legge come «atto volitivo che ha per contenuto un'azione o classe di azioni» (*Filos. della pratica*, pag. 323 e seg.). Negata ogni differenza concreta tra leggi «sociali», programmi individuali e leggi emanate dallo Stato, il Croce finisce col riconoscere che a base delle indagini dei giuristi non può esservi un vero e proprio concetto filosofico e che il concetto del diritto dev'essere un concetto empirico, o scientifico che dir si voglia. Senonché – e con ciò ricade in quel dualismo più volte ricordato e criticato – il Croce cerca poi di dare un concetto filosofico del diritto, «inteso concretamente come atto giuridico» che sarebbe tutt'uno con l'attività economica, primo grado dell'attività pratica, come «volizione dell'individuale» (*Op. cit.,* pag. 36 e seg.). Vedremo tra poco come non sia ammissibile un'attività meramente e genericamente pratica nel senso in cui è concepita dal Croce. Ricorderemo qui solamente che la concezione crociana della legge come «volizione di una classe di azioni» lascia oltremodo perplessi perché, come osserva lo stesso Croce, una tale volizione sarebbe astratta: e allora «volere un astratto tanto vale quanto astrattamente volere: e volere astrattamente non è veramente volere perché si vuole soltanto in concreto…»; sicché la legge sarebbe «atto volitivo non reale, ma irreale» (*op. cit.*, pag. 345). Contradizione che il Croce non riesce a superare e che è dovuta ad una concezione inaccettabile dell'atto spirituale come volontà, ed anche delle leggi, che nel sistema crociano

Problema che possiamo impostare nei seguenti termini: se l'azione, che è tutt'uno con la volontà, in quanto autoctisi spirituale, non può concepirsi concretamente e non come sintesi di libertà e di necessità, come e perché sorge questo momento in cui la volontà stessa, ponendosi come norma o legge, sembra scindere in due serie distinte la libertà e la necessità?

Scissione, ossia astrazione: ma astrazione di cui ci si possa sbarazzare una buona volta per sempre, oppure destinata a risorgere e a risolversi di continuo?

si atteggiano piuttosto come «classe di atti volitivi»; i quali atti, per ciò stesso che vengono riuniti in una classe, non sono altro che *fatti*, naturalisticamente concepiti. Pur tuttavia, come si vedrà nel capo seguente, vi è nella dottrina crociana più di uno spunto prezioso per risolvere il problema filosofico del diritto. Ciò che vi è di realmente definitivo nella dottrina crociana è la critica di quei c.d. «caratteri differenziali» del diritto, la coazione, cioè, e l'esteriorità: critica puntualmente negativa, per altro, perché non indaga a fondo le ragioni che condussero alla formulazione di questi «caratteri» in cui si compendia, può dirsi, la dottrina thomasiana e post-thomasiana, né il significato che possono assumere quando si sia abbandonata definitivamente l'idea di ritenere il concetto del diritto come un concetto filosofico.

CAPO QUINTO
I presupposti della valutazione "*sub specie iuris*"

1. L'impostazione del problema del diritto, nei termini indicati nel capitolo precedente, rende necessaria, come si vede subito, una breve indagine sui concetti di volontà e di legge: quegli stessi concetti sui quali può dirsi imperniata, se non in tutto, in grandissima parte, la storia della filosofia del diritto.

È opportuno, frattanto, riassumere brevemente i risultati dell'indagine svolta nei precedenti capitoli, sopratutto allo scopo di chiarire meglio la portata e gli aspetti sostanziali della nostra tesi: che il concetto del diritto, cioè, in quanto fondamento logico di una scienza naturalistica, non può, rigorosamente parlando, essere ritenuto come un vero concetto filosofico.

In quanto fondamento logico di una scienza naturalistica come la Giurisprudenza[128]: il che rende superflua ogni ulteriore indagine diretta a criticare quei «caratteri differenziali», o, come suol dirsi altrimenti, quelle «note» del concetto del diritto (che altro non potevano essere, appunto, se non le «note» dell'astrattezza di questo medesimo concetto) elaborate dal Thomasius e dalla dottrina posteriore fino ai giorni nostri.

Questa critica, del resto, sarà fatta a suo tempo, sotto un aspetto alquanto diverso da quello in cui è stata fatta, p. es., dal Croce: nel senso cioè che non mirerà a confermare ancora una volta l'astrattezza del concetto del diritto, ma, giusta la generale impostazione gnoseologica delle presenti indagini, cercherà di chiarire il significato sostanziale di tali «caratteri» e il loro valore in quella che ben può dirsi la logica della Giurisprudenza. La conferma del nostro assunto si è già avuta quando si è messo in luce come la valutazione *sub specie iuris* sia sempre valutazione astratta, perché scinde – e si esaurisce, in quanto tale, in questa scissione – la libertà dalla necessità[129]. Il problema, come abbiamo già detto, consiste precisamente

[128] Su questo punto concordo col Cesarini-Sforza, *op. cit*. pag. 1 e seg.

[129] È questo, come ha già avvertito, il significato reale della distinzione tra potestà e obbligo. E in ciò nulla di nuovo, perché l'identificazione concettuale del c.d. diritto soggettivo con la libertà è principio addirittura classico: «multum interest» diceva già Hobbes (*De cive*, c. XIV, § 3) «inter legem et ius: lex enim vinculum, *ius libertas est*…» L'identificazione dell'obbligo con la «necessità» espressa già, può dirsi, nella definizione pauliana dell'obbligazione è chiarissima in Kant nella sua definizione del dovere come la «*necessità* di compiere un'azion, e unicamente per rispetto alla legge» (*Grundlegung d. Meth d. Sitten*, trad. Vidari pag. 18). Per la dottrina moderna ricorderò sul primo punto Petrone, *Il diritto nel mondo*

nel vedere come sorga e perché sorga questa valutazione astratta: problema ineliminabile perché l'astratto presuppone il concreto e si regge sulla base di questo.

2. Al concetto di volontà è strettamente connesso il problema, vessatissimo nella filosofia contemporanea, circa la distinzione tra un'attività spirituale meramente contemplativa, teoretica, e un'attività spirituale creativa, pratica.

Questa distinzione aveva indubbiamente una ragion d'essere fino a quando la realtà veniva concepita come un presupposto e non come lo stesso processo autocreativo dello Spirito. Quest'ultimo, cioè, ora si sarebbe limitato ad intendere la realtà, rispecchiandola passivamente senza mettervi nulla di proprio; ed ora sarebbe uscito da una simile posizione, del tutto inerte, per modificare quella stessa realtà che lo avrebbe avvolto e limitato da ogni parte.

Senonché, instaurato il concetto dello Spirito come realtà attuale autocreativa, ossia come sintesi *a priori*, la distinzione in esame è, almeno nei termini tradizionali, destinata a cadere. Nel senso, cioè, che non vi sono due attività spirituali fondamentalmente diverse tra loro, una che si limiti ad intendere il mondo, l'altra che, modificandolo, v'imprima un piccolo, perché parziale, suggello di sé; ma l'attività dello Spirito, o meglio, lo Spirito come attività che crea il proprio mondo pensandolo e lo pensa creandolo.

Chi ben guardi, è proprio questa l'unica conclusione cui possa pervenirsi non appena si sia inteso in tutto il suo rigore il concetto dell'atto spirituale come sintesi *a priori*: quest'ultima, infatti, non sarebbe più sintesi *a priori* se non fosse insieme intelligenza creatrice e creazione intelligente. In tanto può parlarsi di sintesi *a priori*, in quanto né l'oggetto preesista al soggetto,

dello spirito, cit. pag. 82-83; Bonucci, *Diritto soggettivo e libertà*, in *Arch. Giur.*, 1924, fasc. I, pag. 28-47. V. a. Maggiore, *Breviario*, cit., pag. 77. La libertà in senso giuridico non è, però, la libertà concreta, perché è puramente negativa per dirla con una frase del Del Vecchio, la libertà giuridica non è che «*assenza di impedimento*». Cfr. Gentile, *Sistema di logica*, cit., vol. II, pag. 306. Bisogna anche riconoscere che il carattere puramente negativo della libertà in senso giuridico era stato espresso dal Petrone, *op. cit.*, pag. 83. «La libertà giuridica è il *riflesso* e il *residuo* positivo della legge di alterità o di limitazione, così come il diritto subiettivo è il riflesso e l'equivalente positivo del dovere. Non è chi non veda, però come la stessa espressione *riflesso* e *residuo* indichi alcunché di negativo: e ciò ha una implicita conferma in quello che dice il Petrone a pag. 181 e seg., quando conclude svalutando il diritto per l'Etica.

né il soggetto all'oggetto. Orbene: ammettendo una teoria che non sia, al contempo, *praxis*, ed una *praxis* che non sia anch'essa teoria, si finirebbe con l'ammettere l'esistenza dell'oggetto come reale in sé: tale e non altro è il significato vero di questa distinzione. La sintesi, cioè, non porrebbe l'oggetto ma solo la rappresentazione dell'oggetto: e questo, postulato come reale in sé, non potrebbe non limitare, per ciò stesso, la sintesi, ossia l'attività spirituale. Limitazione, come si vede subito, non più *ab intra*, bensì *ab extra*, e perciò vero e proprio annullamento della sintesi *a priori*[130].

[130] Una critica diversa deve rivolgersi alla concezione – indubbiamente immanentistica nell'intenzione, ma non tale nei risultati – di B. Croce. Il Croce distingue due «forme» fondamentali di attività spirituali, la teoretica e la pratica suddistinte la prima come intuizione e concetto, e la seconda come volizione economica e volizione morale. Tra i due gradi di ciascuna attività intercederebbe un rapporto di «implicazione» per cui la prima potrebbe stare senza la seconda, ma la seconda dovrebbe avere con sé la prima: non così tra le due «forme» perché esse costituirebbero «… non già due parallele ma due linee tali che il capo dell'una si congiunge alla coda dell'altra: o, se si desidera ancora un simbolo geometrico, non già parallelismo, ma circolo» (*Filosofia della pratica*, cit., pag. 205). Senonché il fatto stesso di avere concepito, poi, ogni «grado» come intimamente dialettico, ossia come sintesi di opposti, toglie completamente ogni possibilità di effettivo passaggio tra un grado e l'altro. Il perché è chiaro: se ogni «grado» è già concreto e reale – e non può non esserlo, se è sintesi di opposti –, ognuno di essi costituisce un mondo chiuso in sé e assolutamente impenetrabile. Tanto vero ciò, che il Croce è costretto a giustificare il passaggio da un grado all'altro con argomenti di spiccato sapore psicologico (insoddisfazione, aspirazione ad un *quid* che trascenda l'individuo, etc.) oppure abbandonando il principio immanentistico da lui pur così energicamente propugnato. Prevedendo questa obiezione, infatti, il Croce (*Logica*, cit., pag. 70) dice testualmente: «Si dirà che se l'un distinto non è opposto all'altro distinto non si vede come dall'uno all'altro si abbia passaggio. Ma codesta è confusione tra concetto e fatto, tra i momenti ideali, e perciò eterni, del reale e le manifestazioni esistenziali di esso». Svolto rigorosamente, il principio affermato in questa risposta porta senz'altro al dualismo – trascendente – di verità e di realtà, di fatto e valore, di essenza e di esistenza. Il difetto sostanziale del sistema crociano è a ben guardare, questo: che le «forme» e i «gradi» di cui parla il Croce non sono altro che «forme logiche» in cui l'attività spirituale viene, per dir così, colata e addirittura solidificata; ma in base ad esse, non che un vero e proprio *svolgimento*, non si può aver altro che una *classificazione* di atti spirituali, che, perciò stesso, non sono altro che *fatti*.
E se di ciò vuolsi una riprova, si ricordi che lo stesso Croce chiama più volte categorie i quattro gradi dello Spirito. Ora, queste categorie non possono, come assume il Croce, diventare categorie costitutive di giudizio storico (*Teoria e storia della storiografia*, cit, pag. 136): e il perché lo dice il Croce quando – giustamente – identifica il giudizio storico col giudizio individuale e questo con la percezione (*Logica* cit., pag. 107 e pag. 183 e seg.). La quale, come dice lo stesso Croce, «adegua pienamente la realtà» (*Logica*, pag. 107) e non ha bisogno di categorie perché – è sempre il Croce che parla – «la categoria… nasce ad un sol parto col giudizio individuale e neppure come gemella di essa ma come quel giudizio stesso» (*Logica*, pag. 152). Né ci si salva se l'espressione categoria viene assunta come equivalente a quella di «concetto direttivo dell'interpretazione storica» perché l'applicazione di

3 È necessario, però, chiarire sommariamente il significato di questa critica nella distinzione tra un'attività spirituale meramente teorica ed un'attività spirituale meramente pratica.

Proclamare l'unità della teoria e della *praxis* non significa punto voler sorvolare su quanto si nasconde di vero in questa distinzione: la difficoltà sta nell'intendere questa unità che non è identità immediata bensì identità che è differenza.

L'accusa di una immediata identificazione avrebbe certamente un solido fondamento qualora si riducesse il concetto di volontà a quello di pensiero o viceversa, qualora, cioè, si concepisse la volontà quasi come una sottospecie di pensiero[131]. Ma la concezione immanentistica, se rigetta la distinzione tradizionale tra attività teoretica e attività pratica, riconosce però che pensiero e volere sono uniti in quanto differenti: che la sintesi *a priori* è, appunto, sintesi del teoretico e del pratico, perché l'atto spirituale non è solo soggettività che si oggettiva ma anche oggettività che si soggettiva.

In altri termini, se si vuol parlare ancora di distinzione tra teoria e *praxis*, questa distinzione dev'essere intesa come lo stesso *distinguersi*, o, meglio ancora, *differenziarsi*, dei due momenti dell'atto spirituale, la soggettività che si realizza, unificandola, in una molteplicità di oggetti e l'oggettività che si idealizza nell'unità del soggetto, moltiplicandola senza trascendere quest'unità stessa.

---

un concetto direttivo siffatto riducendosi al puro predicato «atto economico» oppure «atto morale» oppure «atto estetico» non può far altro che ridurre il giudizio storico a giudizio analitico: con che l'interpretazione storica non è affatto agevolata o chiarita. La verità è che le categorie del Croce oscillano ancora tra la categoria aristotelica e la categoria kantiana: o, come dice il Gentile, tra la categoria-predicato e la categoria-funzione.

Tutto ciò dipende essenzialmente dal modo in cui il Croce ha concepito la sintesi *a priori*: ossia comunità di distinti (*Logica*, pag. 147 e seg.) anziché di opposti. Orbene, dev'essere chiaro che dei distinti non è possibile la sintesi, ma solo un *nesso* puramente estrinseco, perché la sintesi è unita di opposti che *si differenziano* concretamente in seno all'unità: il nesso dei distinti non può essere che *nesso di due unità* (cfr. Spirito, *Il nuovo idealismo*, Roma 1923, pag. 53). Sicché il Croce è costretto a parlare non *della* sintesi *a priori* ma di una sintesi *a priori* teoretica che si suddistingue in due sintesi *a priori* una estetica ed una logica, e di una sintesi *a priori* pratica che si suddivide in altre due sintesi, una economica ed una etica: in cui non si riesce a vedere come una sintesi *a priori*, p. es. quella estetica, possa entrare poi come elemento di una seconda sintesi *a priori*, ossia di quella logica. E si badi che il Croce stesso riconosce ed afferma esplicitamente come lo Spirito non sia altro che sintesi *a priori*: ma egli premette l'inciso «in genere» (*Logica* pag. 148), da cui nasce il sospetto che lo Spirito, secondo il Croce, non sia altro che l'aristotelico «genere sommo» che si suddivida in quattro specie le quali alla loro volta fungano da generi rispetto al vario dell'esperienza storica.

[131] Con che sarebbe aperta la via al panlogismo.

4. L'unità, insomma, del conoscere e del volere, della teoria e della *praxis* è unità – dualità[132], ossia identità che è differenza. L'atto spirituale non è sintesi *a priori* meramente logico – formale[133], ma sintesi *reale* come unità di un pensiero che, lungi dall'avere fuori di sé l'essere, è pensiero in quanto essere, e di un essere che è in quanto pensiero. Solo a questo patto è possibile parlare di libertà, ossia di mondo morale. Il mondo della volontà è, infatti, il mondo morale perché la volontà è la stessa attività creatrice dello Spirito: ma attività creatrice che è anche attività intelligente ed ha, perciò, valore assoluto.

Valore assoluto: che non è, come si può comprendere ormai agevolmente, valore solamente pratico ma valore spirituale che investe di sé ogni momento della nostra vita[134].

Ebbene, l'unità-dualità della sintesi *a priori* implica necessariamente questo: che la dialettica spirituale ci si presenti sotto un duplice aspetto, a seconda che la si guardi nel suo momento intellettivo oppure in quello creativo. Quella stessa dialettica, cioè, che nel suo momento intellettivo è sintesi di conoscente e di conosciuto, è, nel suo momento creativo, sintesi di legge e di fine. Non sono, com'è ovvio, due dialettiche distinte, ma il duplice

[132] È questa l'esigenza che muove il Carlini, *La vita dello Spirito*, cit., pag. 67-85 (cui aderisce il Della Volpe, *L'idealismo dell'atto è il problema delle categorie*, Bologna, 1924, *passim*) nel prendere in esame il problema della distinzione delle forme spirituali. Non condivido, però, le critiche mosse al Gentile da questi studiosi, pur ammirando sinceramente il loro travaglio, per la ragione che l'unità del teoretico e del pratico non è stata concepita dal Gentile come identità immediata, sebbene come dualità-unità. Se qualche dubbio, peraltro, poteva restare sino al *Sommario di Pedagogia* e alla *Teoria generale dello Spirito*, questo dubbio non ha più ragion d'essere solo che si legga attentamente la I[a] parte del II vol. del *Sistema di Logica come teoria del conoscere* (cit.), nonché a pag. 195, 213, 220, 295 e 324. V. a. *I fondamenti della filosofia del diritto*, 2[a] ed., Roma, 1923, cap. III.

[133] Il che ha una importanza capitale al momento di stabilire la natura dei termini della sintesi, la quale, come si sa, non può essere che sintesi di opposti: ma gli opposti, pensati secondo i principi della logica formale, non possono mai dare la sintesi *reale* in cui ciascun termine è concreto solo in quanto si converte nell'altro; sono due termini che, lungi dall'integrarsi e costituire l'unità concreta, si escludono a vicenda: onde la loro pretesa unità è fittizia perché in realtà i termini, lungi dall'acquistare concretezza, si annullano.

[134] Cfr. le stupende pagine del Gentile in *Sistema di logica*, etc., cit., parte IV, cap. VIII. Ciò, in fondo, è riconosciuto dallo stesso Croce in quella mirabile pagina in cui parla della moralità come volizione dell'universale: «Che cosa è l'universale? Ma è lo Spirito; è la Realtà in quanto è veramente reale come unità di pensiero e volere; è la Vita, colta nella sua profondità come quell'unità stessa; è la Libertà, se una realtà così concepita è perpetuo svolgimento, creazione, progresso.» (*Filosofia della pratica*, cit., pag. 308). Concetto profondissimo e giustissimo, che è, però, la migliore confutazione del concetto di un'attività puramente amorale, o, come dice il Croce, economica.

aspetto della dialettica spirituale rispondente al duplice ritmo della stessa: la soggettività, abbiamo detto, che si oggettiva e l'oggettività che si soggettiva: assoluta verità che è assoluta realtà: legge assoluta che è assoluto fine.

5. Questa sintesi di legge e di fine è il processo costitutivo dell'attività spirituale come attività creatrice. Sintesi che esprime compiutamente, se non ci inganniamo, il concetto della libertà come essenza dell'attività spirituale: la quale non sarebbe più libertà se una legge trascendente o un fine ugualmente trascendente la limitassero[135]. Sintesi che esprime, ripetiamo, quella profonda ed assoluta compenetrazione, quell'unità inscindibile del mondo intelligibile e del mondo morale, della conoscenza e della volontà, del pensiero, insomma, e della vita. Si potrebbe osservare, infatti, allo scopo di chiarire come la moralità investa di sé non solamente la volontà ma anche il pensiero: Che cosa è l'arte se non la legge e il fine dell'artista? Che cosa è la fede se non la legge ed il fine dell'uomo religioso? Che cosa è la verità, questo sommo bene sempre raggiunto a patto d'esser sempre inseguito, se non la legge ed il fine del filosofo? Si è osservato giustamente che «il mondo della libertà è, sì, il solo mondo che ci sia: ma così, essendo sempre un problema»[136]. Ma si è anche avvertito da un pezzo che il problema è inscindibile dalla soluzione come questa da quello. Ebbene, che cosa è questa unità inscindibile di problema e di soluzione se non la stessa unità inscindibile di legge e di fine?

La legge è l'*assunto* stesso dell'atto spirituale: assunto, o, come altrimenti si è detto, *principio*[137] dell'atto spirituale in quanto volontà: così come il

[135] È inutile fare qui richiami storici per dimostrare l'esattezza di questa deduzione: basterà ricordare che tutta la storia dell'Etica, già con Socrate e con Platone, ma in modo particolarissimo con Aristotele, in un movimento di pensiero che culmina nell'Etica kantiana, si aggira intorno ai concetti della legge e del fine. Nella morale kantiana si intravede chiaramente questa unità indissolubile della legge e del fine nell'atto della coscienza. Ricordando questa concezione, il Gentile (*I fondamenti della filos. del dir.*, cit., pag. 43) mette giustamente in luce quanto in essa sia di vero virgola e cioè che «il volere non può essere morale se non toglie da se medesimo il suo proprio fine e la sua legge».

[136] Gentile, *Sistema di logica*, cit., vol. II, pag. 301.

[137] Ciò che dice il Croce sull'irrealtà e inattuabilità della legge è verissimo quando la legge si è intesa oggettivisticamente: senonché, come si vedrà tra breve, questa concezione oggettivistica della legge presuppone il concetto filosofico della legge. Tant'è vero ciò, che il Croce (*Filos. della pratica*, cit., pag. 346) dice: «Ciò che si chiama atto singolo, esecuzione ed osservanza della legge, non osserva in realtà la legge ma il *principio* pratico ed etico». La vera legge, insomma, è l'assunto, il principio dell'atto spirituale in quanto volontà.

fine è la meta, il *termine ideale* – e reale in quanto ideale – della volontà stessa. L'azione è questo eterno svolgersi dello Spirito tra sé come legge e sé come fine. Abusando ancora una volta dell'abusatissimo aforisma kantiano, potremmo dire che la legge senza un fine è vuota, come il fine senza una legge è cieco. L'una e l'altro, insomma, presi fuori dalla sintesi in cui acquistano concretezza, sono due astrazioni e danno luogo, come vedremo tra breve, ad una dualità irriducibile di considerazioni astratte in cui è la genesi di tutte le scienze naturalistiche di cose umane.

6. Presupposto fondamentale di tali scienze è il concetto della «vita sociale» come molteplicità di soggetti. Prima di chiarire il motivo per cui questo presupposto deve dirsi naturalistico, cioè astratto, non sarà male avvertire che anche il filosofo parla di una pluralità o molteplicità di soggetti, ma in un significato affatto diverso.

Abbiamo già detto che la dualità-unità dell'atto spirituale – dualità-unità ch'è il principio in base a cui può rendersi intelligibile l'esperienza storica – implica necessariamente non solo il momento in cui la soggettività si realizza, unificandola, in una molteplicità di soggetti, ma anche il momento in cui l'oggettività si idealizza nell'unità del soggetto, moltiplicandola, ma senza trascendere quest'unità stessa. E allora è chiaro che questa molteplicità non può essere che il *moltiplicarsi* dell'Io come processo dell'individualità e della personalità morale. Molteplicità di soggetti che non è fuori dell'individuo come realtà esteriore o cosa che avvolga e limiti da ogni parte l'individuo stesso – il quale è reale solo come concreta determinazione dell'universale, ossia dello Spirito –, ma che nasce, per dir così, nell'atto in cui l'individuo si pone come personalità. Scrive il Croce che «la realtà è unicità e molteplicità insieme, e un individuo è concepibile solo in quanto ha di fronte altri individui e il processo del reale è effettivo in quanto gl'individui sono in relazione»[138]. E con maggior penetrazione osserva il Carlini che la personalità, nella sua storica determinatezza, non può essere un *io* particolare se non si distingue da altri *io* particolari che nel loro complesso costituiscono il *non-io* opposto all'*io*. Opposizione storica, egli soggiunge, che si risolve nel rapporto tra il soggetto che è l'*io* particolare e gli altri soggetti. «I quali tuttavia sono fuori di me solo nel senso che io, tutti insieme, li distinguo da me, come tra loro pur dentro l'atto unico che pone insieme me e loro». Gli *altri*, insomma, non sono altro che «*problemi* morali o centri in cui si raccoglie la determinazione

[138] Croce, *Filos. della pratica*, cit., pag. 323.

storica del mio problema morale nei suoi molteplici aspetti. Sicché, essi non limitano, ma accrescono la mia libertà»[139].

Questo concetto della molteplicità dei soggetti come molteplicità immanente all'Io è stato incisivamente espresso dal Gentile quando ha osservato che la vera società non è *inter homines* ma *in interiore homine*[140]. La concezione, insomma, di una molteplicità di soggetti come mera molteplicità che è nello spazio e nel tempo, molteplicità di esseri che si trascendono a vicenda, è tutta propria di quel pensiero comune, ingenuamente realistico, che trova, come già si ebbe occasione di avvertire, la sua più organica – e in un certo senso legittima – espressione nelle scienze naturalistiche[141].

Il mondo morale è, perciò, mondo di relazione – che è però assoluta relazione – di soggetti, non come meri corpi, ma come centri di intelligenza (senza di che non sarebbe più concepibile moralità): centri che nella loro molteplicità immanente all'atto creatore non sono reciproci ostacoli ma potenziamento della libertà, anzi condizione perché la libertà abbia e sia quel che è, ossia valore: libertà che si annullerebbe di colpo se gli altri soggetti, che l'atto spirituale pone in sé e con sé, preesistessero all'atto stesso.

Assunta come reale la molteplicità dei soggetti, secondo la visione naturalistica di una moltitudine di individui sparsa nello spazio e nel tempo, alla considerazione concreta, ossia storica, dell'azione, si sostituisce

[139] Carlini, *La vita dello Spirito*, cit., pag. 182-183. Si veda, del resto, tutto il saggio (*Il mondo morale*, pag. 148-190) che è quanto di meglio siasi scritto in questi ultimi tempi sul problema della molteplicità dei soggetti.

[140] Cfr. Gentile, *I fondamenti*, cit., pag. 53.

[141] È questa la ragione principale per cui non condivido la deduzione del diritto, del resto interessantissima, tentata dal Gentile ne *I fondamenti*, cit., cap. VI. Per il Gentile il diritto è il *voluto* come volere già voluto: non più legge ma contenuto di legge: legge in senso affatto obbiettivo (pag. 80). Il Gentile però intravede l'astrattezza del diritto come tale: il diritto, egli dice, differisce dalla morale perché è una volontà già realizzata mentre la morale è una volontà che si realizza. Il diritto «ben può definirsi come la natura nel mondo della volontà» (pag. 90). E sta bene; ma vi è una grossa difficoltà. *Psicologicamente*, una legge (p.es. una disposizione del codice civile) può anche dirsi un *voluto* in quanto è volontà diversa da quella dell'individuo a cui è posta di fronte. *Gnoseologicamente*, non può dirsi lo stesso: come si farà, infatti, a distinguere quel «voluto» che è diritto, da quell'altro (il vero) «voluto» che è il male? È da notare, ancora, che il Gentile (*op. cit.*, pag. 76) identifica i due «caratteri» della «coazione» e della «esteriorità»: il che risponde perfettamente a quello che oserei dire sfondo o sapore psicologico della tesi gentiliana. Questo dissenso con la dottrina del Gentile – derivante da quel presupposto della molteplicità dei soggetti, in senso naturalistico, che al G. sembra essere sfuggito – non è d'altro lato, radicale, perché anche il Gentile ha messo in rilievo, sia pure per altre vie, l'astrattezza del diritto, ossia uno dei capisaldi delle presenti indagini. Si veda altresì quanto dice il Gentile sulla legge e le leggi a pag. 65-67 della cit. op., che coincide sostanzialmente con quanto sarà detto più tardi sulla valutazione *sub specie iuris*.

la considerazione intellettualistica delle scienze naturalistiche, che, costrette – come abbiamo già avvertito – a sorpassare, anzi a *glisser*, sull'individualità storica del singolo avvenimento, imprendono a costruire gruppi e classi di azioni, variamente formati a seconda dei «punti di vista» in cui lo scienziato contempla la realtà prospettata come mera congerie di fatti.

7. Ma qui i due momenti eterni della sintesi costitutiva dell'azione intervengono e si fanno valere, sebbene inconsciamente, nello stesso pensiero scientifico (ingenuo, perché inconsapevole dei propri limiti ed incapace di giustificare la propria necessità senza trascendersi): intervengono e si fanno valere, ma non più come momenti dell'azione, bensì come *limiti* di essa.

Ebbene, i due «punti di vista» (generalissimi e suscettibili di moltiplicarsi e di dar luogo ad una infinità di «punti di vista» sempre più particolari rispetto ai primi, ma ugualmente astratti) che presiedono, per dir così, alla costruzione dei concetti delle scienze naturalistiche di «cose umane» sono appunto quelli da cui si considerano le azioni umane dirette, ossia regolate, da leggi affatto staccate dalla volontà (come leggi, cioè, affatto obiettive cui la volontà debba obbedire) e le azioni stesse come dirette ad un *obiettivo* posto fuori dalla volontà, ossia ad un fine che la volontà debba e possa conseguire.

Possiamo esprimere brevemente questo concetto dicendo che i due punti di vista che presiedono alla costruzione naturalistica dei «fatti umani» qualitativamente considerati[142] sono i seguenti: l'azione *sub lege* e l'azione *ad finem*. Dualità di punti di vista assolutamente irriducibile nel campo naturalistico: in cui, quando si guarda all'azione come azione *sub lege*, non si può guardare al fine dell'azione stessa, e viceversa. Dualità, però, che si unifica quando l'azione sia concretamente intesa, perché questa, come già si disse, ha in sé una legge che è legge di un fine e un fine che è fine di una legge[143].

[142] La statistica, infatti, li considera quantitativamente. Ma le sue costruzioni (medie, numeri-indici, etc.) vengono poi adoperate dalle altre scienze e solo da esse. È l'integrazione delle scienze naturalistiche di «cose umane» con la matematica.

[143] Questa osservazione ha anche un valore per comprendere a pieno la storia dell'Etica. L'Etica rigoristica, la cui più perfetta espressione è nell'Etica kantiana (che distingue, però, l'imperativo categorico come legge morale dagli imperativi ipotetici – tecnici e prammatici – «come mezzo per raggiungere qualche altra cosa che si vuole»; i quali, insomma, indicano «soltanto che l'azione è buona riguardo ad uno scopo o possibile o reale»: cfr. *Grundlegung d. Methaph. d. Sitt.*, trad. cit. pag. 35), in quanto afferma che la moralità non è subordinata all'idea del conseguimento di un fine da parte dell'azione, fa della legge morale il *fine vero* dell'azione; l'Etica utilitaristica solleva il conseguimento del fine a legge dell'azione. La prima, in altri termini, finisce col determinare il fine in funzione della legge: l'altra determina la legge

8. Il primo «punto di vista» è quello che conduce alla considerazione «*legalistica*» o «*normativa*» della realtà storica (onde l'idea, in particolar modo cara ai positivisti e ai sociologi, del c.d. «sistema regolatore sociale»): il secondo è quello che conduce alla considerazione «*politica*» o astrattamente teleologica. Di qui, poi, due ordini di giudizi: uno di conformità alla legge, che verte, cioè, sulla conformità o difformità di un'azione o classe di azioni ad una o a più leggi, assunte come criteri regolativi dell'attività di uno o più soggetti; ed un secondo di adeguazione al fine, ossia sulla maggiore o minore adeguatezza o attitudine di un'azione o classe di azioni a conseguire fini posti come obbiettivi dell'attività di uno o più soggetti. Se l'azione o classe di azioni si assuma come sottoposta a più leggi o diretta a più fini, si determinano altrettanti «punti di vista» su cui si fondano poi i singoli giudizi.

Nell'àmbito della considerazione politica nasce, ed è anzi quella che ha raggiunto il grado più elevato di sistemazione scientifica, la considerazione economica *stricto sensu* (principio del *minimo mezzo* o minimo sforzo, integrato da altri presupposti astratti come l'equivalenza dei c.d. bisogni e dei *beni* atti a soddisfarli, donde il concetto dell'utilità o «ofelimità» come attitudine di un bene a soddisfare un bisogno, etc.)[144].

9. Dovendo ormai esaminare la genesi della valutazione *sub specie iuris*, possiamo riassumere la nostra tesi nella seguente proposizione: l'azione, speculativamente intesa, è sintesi, ossia relazione assoluta, di legge e di fine; la considerazione naturalistica, rompendo questa sintesi, ne prospetta momenti come termini di relazione con l'azione.

Ma ciò avviene anche perché l'azione non è più concepita come la stessa attività creatrice dello Spirito, bensì come *modificazione della realtà che avvenga nello spazio e nel tempo e che sia riferibile ad un soggetto*. Si ha, allora, un primo *tipo* generalissimo, o, come abbiam già detto, un *punto di vista* da cui si considerano le azioni come regolate da leggi; un rapporto tra legge e azione come regola e regolato, generalissimo e suscettibile di moltiplicarsi in altri rapporti in cui una legge – assunta come opera di un soggetto – viene considerata come azione e perciò suscettibile di essere regolata alla propria volta, da altre leggi. Qui la legge è un *prius*, l'azione

in funzione del fine.

[144] Con ciò mi pare esaurientemente dimostrato come l'esigenza del Croce, quella cioè di dare una spiegazione concreta, ossia filosofica, a quei «punti di vista» che sono la politica, l'economia e il diritto, non si soddisfi accomunando queste diverse considerazioni di carattere naturalistico in una categoria-attività spirituale (l'economia, come volizione dell'individuale).

un *posterius*.

Un secondo tipo generalissimo o *punto di vista* è quello da cui si considerano le azioni come mezzo pel conseguimento di obiettivi posti al di là dell'azione stessa: un rapporto di *mezzo a fine*. Rapporto suscettibile di moltiplicarsi in altri rapporti in cui un fine può essere considerato come mezzo per conseguire un altro fine o altri fini. In quanto opera di un soggetto anche una legge può essere oggetto di considerazione politica: essa, cioè, può essere assunta come «mezzo» per il conseguimento di un fine o più fini. Sotto questo punto di vista – *politico* – ogni legge o norma può essere considerata come norma o legge «tecnica»[145].

Ciò dimostra abbastanza chiaramente come il pensiero, pur nella considerazione naturalistica delle cose umane, tragga sempre da sé il proprio contenuto. Non è superfluo avvertire e ripetere, infine, che quella dualità di aspetti della dialettica spirituale non distrugge l'unità del processo dialettico: essa viene in considerazione solo al momento in cui deve mostrarsi come nella dialettica stessa sia la genesi della fenomenologia del mondo come mondo morale.

[145] È qui il lato di vero della teoria, già ricordata, del Ravà. Sul presupposto che un fine possa essere considerato come mezzo per conseguire altri fini è indubbiamente basata la c.d. legge scientifica della «eterogenesi dei fini». (Cfr. Wundt, *Ethik*, 4 Aufl., Stuttgart, 1912 pag. 284: cit. in Del Vecchio, *Il concetto della natura e il principio del diritto*, cit., nota 1 a pag. 175; il quale ravvisa, come prima enunciazione di questa legge, la conclusione della seconda *Scienza Nuova*: «… egli è questo mondo senza dubbio uscito da una mente spesso diversa ed alle volte tutta contraria e sempre superiore ad essi fini particolari ch'essi uomini si avevan proposti; dei quali fini ristretti, fatti mezzi per servire a fini più ampi, gli ha sempre adoperati per conservare l'umana generazione in questa terra. Imperciocché vogliono gli uomini usar la libidine bestiale e disperdere i loro parti e ne fanno la castità dei matrimoni… etc.»). Che ogni considerazione politica si fondi sul presupposto dell'azione *ad finem* è cosa che non ha bisogno di dimostrazione: basta leggere le prime pagine della *Politica* e dell'*Etica Nicomachea* di Aristotele. Si deve ricordare, poi, che la concezione «economica» delle scienze naturalistiche nasce da una visione – perfettamente consona alla posizione gnoseologica di tali scienze – della realtà come *fine* che il pensiero, ossia l'attività mentale dello scienziato, debba conseguire per mezzo del concetto, ossia dello schema naturalistico. Il quale schema naturalistico o concetto di classe è anche chiamato legge: vedremo nel capo VII come non sia esatta l'arguta frase del Croce, *Filosofia della pratica*, cit., pag. 333, che le leggi scientifiche siano leggi «a quel modo che il re di coppe è re»; queste, come le leggi giuridiche, proiettano fuori del pensiero una «realtà oggettiva» che nelle seconde si atteggia come *fatto pratico*; ma le une come le altre non descrivono che *uniformità*: nelle prime *uniformità* o *permanenze di fenomeni*; nelle seconde, *uniformità di «contegni»*.

CAPO SESTO
La valutazione «*sub specie iuris*»

1. La considerazione naturalistica (e, si dica pure, astratta o empirica) dell'azione trasforma completamente il significato e il valore della legge. La legge, come si è già visto, non può essere, nella sua concreta attualità, che legge universale, e per ciò stesso morale: nella legge la volontà si pone come assoluta necessità che è assoluta libertà. Senonché, posta la legge come regolante *ab extra* l'attività di una moltitudine di soggetti, l'universalità si trasforma in mera generalità; il suo contenuto non è più identico alla forma, non è più, cioè, concreta volizione che è concreta azione, ma gruppi o classi di azioni volute solo in quanto intellettualisticamente costruite[146]; essa non è, perciò, la legge dell'operare ma la legge di alcuni «frammenti» dell'operare e si scinde in una miriade di leggi ognuna delle quali non può considerare che un «frammento» dell'operare: non è più celebrazione del dovere come necessità assoluta che è assoluta libertà, ma necessità che

[146] Ciò dimostra quanto fu già osservato nella nota 127, e cioè che la concezione delle leggi avanzata dal Croce è empirica, o, per meglio dire, non riguarda che il concetto empirico delle leggi: il Croce, però, come si è anche avvertito, oppone alle leggi il «principio» che è – ormai dev'essere chiaro – ciò che ho chiamato «legge nella sua attualità concreta». Per adoperare l'espressione crociana, le leggi non sono che la proiezione empirica, naturalistica, del «principio». Il lato vero della teoria del Croce sul diritto è là dove il Croce dimostra implicitamente che il concetto del diritto, in quanto concetto fondamentale della Giurisprudenza, non può essere un concetto filosofico. È degno di nota, del resto, che ciò sia stato reso ancora più esplicito da un crociano, l'Attisani, *Il concetto della educazione economica*, Catania, 1924, pag. 101-102, in cui si dice che l'attività giuridica (*sub lege*) è niente più che un «punto di vista». Ho detto sopra: «sono volute solo in quanto intellettualisticamente costruite» per chiarire che il carattere volitivo delle leggi empiricamente concepite è quello stesso di ogni atto di pensiero per la necessaria immanenza della volontà in ogni atto spirituale. Per spiegarmi con un esempio, il «legislatore» vuole non già le classi e i gruppi di azioni o contegni o comportamenti che dir si voglia, ma, in quanto concreta personalità, vuole l'*atto* che pone la legge: la cui «compilazione» o «elaborazione» avviene sempre con quel procedimento astraente che è tipico del pensiero naturalistico. Cfr. su questo punto, Miceli, *Principi di filos. del dir.*, cit. pag. 166 e seg. Inutile ricordare che la distinzione tra leggi generali e leggi particolari non è filosofica ma contingente, perché nell'àmbito naturalistico, in cui, come si è detto, non si riesce a concepire rigorosamente il *concreto*, ossia l'individuale, si hanno sempre distinzioni tra concetti relativi, per cui il «generale» è generale solo rispetto ad un «particolare» e il «particolare» è particolare solo rispetto a un «generale»; ma il «generale» è sempre un «particolare» e il particolare è sempre particolare astratto, che può fungere alla sua volta da «generale» rispetto ad altri «particolari».

lascia fuori di sé la libertà[147]. La legge, nella sua attualità concreta, non può essere che comando, anzi autocomando che investe e qualifica di sé tutta quanta la personalità, non lasciando fuori di sé alcun riflesso o residuo: le leggi, in quanto non riguardano che frammenti di attività, lasciano come residui o riflessi dei comandi le permissioni[148]. Al comando corrisponde l'obbligo, al permesso la facoltà o potestà: necessità astratta l'uno, libertà relativa e negativa, e per ciò stesso astratta, l'altra.

Questa e non altra è la genesi della valutazione *sub specie iuris*.

La facoltà (o potestà o diritto soggettivo) può esser determinata (sempre astrattamente ed ipoteticamente) come il *residuo* di attività che non viene a cadere direttamente sotto l'efficacia, diciam così, *necessitativa* della legge: oppure come *riflesso* dell'altrui necessità, in quanto quest'ultima si configura come obbligo di rispettare un comportamento o contegno di un altro soggetto. Ma è da avvertire che, come la libertà in cui si compendia il complesso delle potestà o facoltà, «diritti», di un soggetto, non è la vera libertà, quella, cioè, di cui parla il filosofo (e che può definirsi come l'attributo immanente dello Spirito in quanto autoctisi), così la necessità in cui si compendia l'obbligo è necessità fondamentalmente eteronomica: sicché l'obbligo che si dice giuridico è puramente *oggettivo* e non indica la compenetrazione *attuale* e l'identificazione della volontà della legge con la volontà concreta del soggetto. L'obbligo, insomma, o per meglio dire il dovere, nell'atto in cui è realmente dovere – cioè assolutamente dovere –, non può essere che morale: l'obbligo che si dice giuridico sta al primo come l'ombra di un corpo proiettata in un muro al corpo stesso.

Lo stesso deve dirsi della c.d. imperatività, che dal punto di vista naturalistico non può essere prospettata se non come imperatività *in re*: non è insomma la vera imperatività (che è soggettività), ma imperatività meramente oggettiva.

2. Si è visto fin qui come i termini della valutazione *sub specie iuris* sorgano necessariamente non appena si consideri una legge o classe di leggi (adoperiamo anche l'espressione «norme») come dominanti e regolanti *ab extra* l'attività di una molteplicità di soggetti[149]. Questo è il vero significato di quella

[147] Cfr. Gentile, *I fondamenti della filosofia del diritto*, cit., pag. 79.

[148] Questa, come si vede, può dirsi dottrina classica. Cfr. Croce, *Filosofia della pratica*, cit., pag. 337, che si riattacca allo Schleiermacher e al Fichte.

[149] Si vede da ciò come la concezione del diritto avanzata dal Del Vecchio (*Il conc. del dir.*, cit., pag. 67 e seg.) sia sostanzialmente giusta, ma dimostri, al contempo, nella maniera più

«esteriorità» posta dal Thomasius come carattere differenziale del diritto.

È noto come questo carattere della «esteriorità» risenta principalmente di un fortissimo influsso giusnaturalistico. Con ciò, infatti, si cercava di rivendicare, facendolo apparire come un principio dedotto addirittura *ex ratiocinatione animi tranquilli*, la libertà del pensiero[150] (la cui vera libertà, sia detto ancora una volta, non può restringersi al concetto giuridico della libertà).

Detto questo, però, non bisogna trascurare il vero significato di questa dottrina, in quanto che essa prelude alla dottrina, da noi seguita, che vede nel concetto del diritto un concetto naturalistico.

Questa espressione «esteriorità» indica due concetti da noi già messi in rilievo: in primo luogo, che le norme o leggi giuridiche sono «giuridiche» solo a questo patto, in quanto, cioè, siano *distaccate* dalla volontà individuale. In un certo senso, perciò, norma e volontà sono l'una *esterna* all'altra.

L'altro concetto da noi considerato è che il presupposto stesso della valutazione *sub specie iuris*, la molteplicità dei soggetti, vuol dire (in quanto la molteplicità non ancora unificata significa spazio e tempo) anch'esso esteriorità, perché i vari soggetti sono concepiti come trascendentisi a vicenda, epperò l'uno esterno all'altro.

Alla dottrina della «esteriorità» del diritto si è creduto di poter dare una smentita trionfale osservando come molte leggi non si fermino alla constatazione pura e semplice del «contegno» ma risalgano alle «intenzioni» e ai «motivi»: e si sono ricordati i concetti della «buona fede» e le scusanti e le aggravanti delle leggi penali. L'interiorità, si è concluso, è presa in considerazione dalle norme giuridiche non meno dell'esteriorità[151].

Questa obiezione adduce un elemento certamente incontestabile, che non sposta, però, il significato vero della «esteriorità». In primo luogo, occorre tener presente quel che dicono i giuristi, e cioè che gli «stati d'animo», le «intenzioni» e i «motivi» debbono essere desunti dai «fatti», debbono essere, insomma, «manifestati»: con che, in fondo, non si supera quel

limpida il carattere prettamente intellettualistico, ossia naturalistico, di questo concetto. La stessa distinzione tra un soggetto astrattamente concepito (morale) e più soggetti (diritto) minaccia, come ho già osservato altrove, di riprodurre la distinzione tra «foro interno» e «foro esterno» dal Del Vecchio così giustamente combattuta in sede di filosofia. Distinzione empirica perché di significato prettamente spaziale.

[150] Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, cit., cap. I. Si noti però come il concetto di *obligatio externa* del Thomasius significhi, più che altro, eteronomia o motivo utilitario: «Obligatio vero duplex est, alia interna…: et externa quae *oritur ex metu et spe lucri et periculi incerti ab arbitrio humano dependentis*», che si riconnette al concetto della «vis cogendi» già ricordato nella nota 23, capo II.

[151] Cfr. per tutti Del Vecchio, *op. cit*. pag 35-36.

presupposto naturalistico che conduce alla distinzione di carattere empirico, perché di significato essenzialmente spaziale, tra «interiorità» ed «esteriorità». Una «interiorità», del resto, che lasci sussistere accanto a sé, come *realtà positiva*, una «esteriorità», è, a ben guardare, esteriorità anch'essa: perché non è la vera interiorità della vita spirituale, quella interiorità, cioè, che ha in sé e non già fuori di sé il cosidetto «mondo esteriore». La verità è che «stati d'animo», motivi, intenzioni, etc., sono dal giurista tipizzati e schematizzati quali «momenti» di contegno, e quindi esteriorizzati anch'essi[152]. Il fatto stesso, cioè, ch'essi vengono considerati come imprescindibili dal «contegno» che vien qualificato giuridicamente, li pone sullo stesso livello di «esteriorità» che si attribuisce ad ogni «contegno».

3. E veniamo alla «coazione». Al qual proposito non ci dilungheremo a ripetere quanto è stato già egregiamente osservato sulla inammissibilità filosofica di questo «carattere differenziale», e cioè che la volontà è incoercibile e che la «forza» non può essere che forza spirituale[153]. Per noi che abbiamo escluso che si possa parlare del concetto del diritto come di un vero e proprio concetto filosofico, il problema è un altro: vedere quale sia il vero significato della c.d. coattività o coercibilità, che dalla maggior parte dei filosofi del diritto e dei giuristi moderni viene considerata come il «presupposto indefettibile» o, come si esprime altri, il «sintomo diagnostico» del diritto[154].

È noto come i giuristi distinguano, diciam così, due specie di coazione: una coazione «materiale» ed una coazione «psicologica». Quest'ultima, dal Feuerbach in poi[155], è spesso ricordata dai criminalisti come l'intimidazione

[152] Osserva con la consueta limpidezza il Pagano (*La dottrina del Duguit sulla volontà giuridica*, in *Riv. int. di filos. del dir*., 1923, fasc. I, pag. 36): «Per il giurista gli stati dell'animo tanta importanza hanno quanta efficacia possono avere per creare modificare o estinguere rapporti giuridici. Da ciò segue che gli stati psichici vengono di necessità dal giurista tipizzati o schematizzati per ragione della loro connessione o meno con dei rapporti giuridici».

[153] Cfr. Gentile, *I fondamenti*, cit., pag. 69-76.

[154] L'espressione è del Bartolomei, *Diritto pubblico e teoria della conoscenza* (estr. dagli *Annali dell'Università di Perugia*, 1903, fasc. 2-3), pag. 40.

[155] Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799-1800 (cit. da Wachenfeld, *Strafrecht* nella *Enzyclop. d. Rechtswiss.* dell'Holtzendorff-Kohler, 7. Aufl., Bd. V, pag. 73). È da ricordare però che il concetto della *vis cogendi* dato dal Thomasius si avvicina più alla c.d. coazione psicologica, ed in ciò esso differisce completamente da concetto kantiano della coazione. Si può dire, anzi, che il significato moderno della esteriorità e della coazione non sia più quello dato dal Thomasius, ma quello

prodotta dalla minaccia della pena: in ogni modo, poiché questa viene considerata sostanzialmente come il «riflesso» o l'«effetto» psicologico della prima non merita altra critica che la solita e perentoria critica contro l'astratto determinismo, solo quando, però, voglia intendersi secondo il significato letterale della parola «coazione». È bene, perciò, rivolgere tutta l'attenzione alla prima.

Guardiamo, anzitutto, in che cosa consista questa non ancora ben definita «coazione materiale». Questo concetto nasce di solito nella mente del giurista dalla generalizzazione di alcune rappresentazioni: il carabiniere che acciuffa il ladro o l'ufficiale giudiziario che procede alla c.d. esecuzione forzata. Se così è, non è chi non veda che la pretesa coazione significhi sostanzialmente questo: l'azione di un soggetto che si oppone all'azione illecita di un altro soggetto, e cerca di arrestarne il corso e di ripristinare la situazione giuridica turbata[156].

di Kant: «Il concetto del diritto», dice Kant, «in quanto esso si riferisce ad una obbligazione corrispondente, riguarda *in primo luogo* soltanto *la relazione esterna, e per vero pratica,* di una persona verso l'altra, in quanto le loro azioni possono (immediatamente o mediatamente) avere, *come fatti*, influenza le une sulle altre» (*Rechtslehre*, trad. Vidari, Milano, 1916, pag. 29): che è, in fondo, il significato moderno della «esteriorità». Circa la coazione è da ricordare quanto si dice testualmente poco dopo: «La resistenza che è opposta a ciò che impedisce un effetto, serve d'ausiliare a questo effetto, e si accorda con esso. Ora, tutto ciò che è ingiusto è un impedimento alla libertà, in quanto essa è sottomessa a leggi universali, e la costrizione è essa stessa un ostacolo o una resistenza che si fa alla libertà. In conseguenza: quando un certo uso della libertà stessa è un impedimento alla libertà secondo leggi universali (vale a dire è ingiusto) allora la costrizione opposta a quest'uso, in quanto serve ad impedire un *ostacolo fatto alla libertà*, s'accorda con la libertà stessa secondo leggi generali, cioè è giusto. Quindi al diritto è unito, secondo il principio di contraddizione, la facoltà di costringere colui che gli reca offesa» (pag. 31). Un ragionamento analogo fa Hegel nella terza sezione della prima parte dei *Lineamenti di filos. del dir.* (trad. Messineo, cit., § 90-104, pag. 88-99) nei riguardi del delitto e della pena. Senonché Hegel non dà lo stesso valore che dà Kant alla «costrizione». Definire il diritto astratto o diritto rigoroso, egli dice, … «come diritto al quale si può costringere, significa intenderlo in una conseguenza che ha luogo soltanto per la via traversa del torto» (§ 94, *Zus.*) Dalla dottrina kantiana deriva sostanzialmente quella del Del Vecchio, *Il conc. del dir*., cit., pag. 111-132, in cui la coattività è concepita come «possibilità che un soggetto venga *impedito* nella sua trasgressione».

[156] Questo significato è stato intuito dal Rocco (Alf.), *La sentenza civile*, Torino, 1906, nota a pag. 3, e dal Berholzheimer, *System*, cit., III, pag. 90. Più preciso il Del Vecchio, *op. loc. cit*. V. a. Cesarini-Sforza, *Il concetto del diritto e la Giurispr. integrale*, cit., pag. 21-22 e 163-169, che però identifica la pena con la coazione.

4. Diversa dalla «coazione» o «coattività» è la «sanzione» come obbligo giuridico «secondario» derivante dalla violazione di un primo obbligo[157]; diversa, perché la sanzione (nelle sue figure tipiche: risarcimento dei danni e pena) non consiste tanto nell'attività di uno o più soggetti di diritto diversi da quello cui viene imputata la trasgressione, bensì in un «contegno» che il soggetto che ha trasgredito un obbligo giuridico *deve* assumere in conseguenza della propria trasgressione. Se questo contegno viene assunto, nessuna forma di «coazione» viene impiegata; se mai, questa rimane, per dir così, latente. Nell'ipotesi, invece, che il soggetto su cui incombe l'obbligo secondario manchi anche a questo, solo allora la sanzione può dirsi, a rigore, «coattiva».

In poche parole: le forme di «coazione» sono, sostanzialmente, forme di «controazione» perché implicano l'intervento di un'attività che si pone in contrasto con l'attività di un soggetto che ha trasgredito un obbligo giuridico. Viceversa, le «sanzioni» sono obblighi che derivano dalla violazione di obblighi precedenti e sono imposte come *conseguenza* di siffatta violazione: obblighi «secondari», abbiamo già detto, la mancata esecuzione dei quali dà luogo, normalmente, ad una forma di «controazione».

5. Abbiamo voluto, abbandonando per un momento il terreno concreto dell'indagine filosofica, dilucidare sommariamente i concetti di «coazione» e di «sanzione», allo scopo di risolvere con chiarezza il problema propostoci. È superfluo insistere lungamente nella dimostrazione – già data da altri – che la teoria della «coattività» come «elemento essenziale» o «carattere differenziale» del diritto è un non senso se voglia assumersi come dottrina filosofica: in primo luogo, perché il concetto del diritto è un concetto naturalistico; e in secondo luogo, perché, essendo inevitabile l'elisione dei concetti empirici di «coazione» e di «sanzione» nell'àmbito della filosofia, non può restare, come concetto concreto, che quello di «forza» intesa come la stessa attività spirituale: ma in questo senso, non è chi non veda come la «forza» non sia esclusivo predicato della valutazione *sub specie iuris* – che è astratta –, bensì della realtà tutta.

Ciò posto, tenendo ben fermo quanto sì è detto sulla «coazione» e sulla sanzione, è facile vedere che il criterio della «coattività» non è essenziale al concetto della valutazione *sub specie iuris* perché i termini di questa

[157] Il Del Vecchio, *op. cit.*, pag. 127, parla di «sanzione suppletiva»; nelle *Note* alla trad. ital. del Windscheid, *Pandektenrecht* (Torino, 1902, vol. I, pag. 540 e seg.) Fadda e Bensa parlano di coazione «indiretta».

discendono necessariamente dalla posizione di ogni legge o norma come regolante *ab extra* l'attività di una molteplicità di soggetti, e i «contegni» da tale valutazione presi in esame e classificati sono contegni, rigorosamente parlando, ipotetici. Anche una «controazione» o una «sanzione», per ciò, in quanto si risolvano in obblighi o poteri imposti o concessi a certi soggetti, danno luogo a «contegni» non meno ipotetici di quegli altri contro cui sono diretti o in conseguenza dei quali si assume che debbano verificarsi; come tali, «controazioni» e «sanzioni» non sono «contegni» *generatori*, per così dire, di «giuridicità», ma contegni in tutto e per tutto suscettibili di valutazione giuridica. Che se il giurista non potesse veramente qualificare come giuridico un «sistema» di norme sfornito di «apparati reattivi», ossia di «controazioni» e di «sanzioni», si dovrebbe, poi, per logica necessità, escludere ogni possibilità di «costruzione» giuridica per quei contegni la cui attuazione sarebbe, appunto, attuazione di tali «apparati». E ciò perché questi ultimi, assunti come condizione imprescindibile per l'esistenza della «giuridicità», sarebbero contegni *iurigeni* – adoperiamo una espressione del Picard – ossia pregiuridici, e quindi assolutamente irrilevanti giuridicamente, anche se «regolati» minutamente da una serie considerevole di norme.

Dicendo, però, che la «giuridicità» dell'obbligo discende dalla *posizione logica* (intellettualistica) della legge (come regolante *ab extra*, cioè, l'attività di una molteplicità di soggetti), non si esclude né si censura che il giurista possa assumere, volta per volta e limitatamente a certi gruppi di norme, la predisposizione di forme di «controazione» e di «sanzione» come estremo per l'esistenza di un obbligo. Avviene allora che tutti i «tipi» giuridico-dogmatici di «contegni («obbligazioni», «diritti reali», «delitti», etc.) costruiti su tali gruppi di norme vengono ad essere orientati sotto un profilo per cui non si possa parlare di obbligo giuridico vero e proprio ove un contegno non conforme a quello ipotizzato nelle norme sia esente da «controazioni» e da «sanzioni».

Senonché, bisogna guardarsi dal credere che si possa generalizzare questo criterio (che è mero criterio giuridico-dogmatico): in primo luogo perché le figure della «controazione» e della «sanzione» sono state costruite su certi gruppi di norme del c.d. diritto statuale, e un tale criterio per la designazione di un obbligo giuridico non è applicabile interamente in tutte le parti del sistema giuridico statuale (i costituzionalisti ne sanno qualche cosa); in secondo luogo, per quel che abbiamo già detto circa l'impossibilità di assumere i «contegni» in cui si risolvano «sanzioni» e «controazioni» come contegni *iurigeni*; e infine perché, una volta posto come *estremo* per l'obbligatorietà del «contegno» la predisposizione di una

forma di «controazione» o di «sanzione» che subentri nel caso in cui quel «contegno» non sia assunto, l'assenza di tale estremo *non importa l'elisione ma la variazione della qualifica giuridica*: e allora, ciò che l'espressione della legge qualifica come obbligo, viene a configurarsi come potestà, o facoltà che voglia dirsi. Ciò si spiega ponendo mente ad uno dei principi fondamentali della logica giuridica: quel che non è giuridicamente vietato o imposto è giuridicamente permesso. In altri termini, se si pone il principio che il divieto o l'imposizione non siano sufficienti a determinare un obbligo giuridico, quando l'uno o l'altra non siano presidiati da un qualsiasi «impedimento» – per dirla col Del Vecchio –, un contegno che non incontri reazione giuridica di sorta dovrà dirsi permesso: non vi sarà più un obbligo, ma una potestà o facoltà o diritto soggettivo che voglia dirsi. Il che basta per mutare la fisionomia tradizionale di non poche costruzioni giuridiche.

6. Escluso, dunque, che la «coattività» o «coazione» possa costituire il... problema di Amleto della valutazione *sub specie iuris*, sarà opportuno toccare brevemente una questione che si ricollega direttamente alla critica svolta or ora, ossia la distinzione tra norme giuridiche e norme «convenzionali»[158]. Da quanto si è detto fin qui sulla valutazione *sub specie iuris* e sulla «coattività» dovrebbe essere chiaro, ormai, il nostro pensiero sulla distinzione in parola. Se empirico è il concetto di norme che regolino *ab extra* l'attività di una moltitudine di soggetti, imponendo obblighi ed attribuendo potestà (scindendo, cioè, la libertà dalla necessità), empirica dev'essere ogni distinzione che abbia come presupposto un tale concetto. E in realtà, la distinzione tra norme giuridiche e norme «convenzionali» è una logica conseguenza della dottrina che non vuole riconoscere altre norme giuridiche oltre quelle munite di «coattività»: dottrina, e distinzione conseguente, inammissibili come concezioni filosofiche, per le ragioni esposte nel paragrafo precedente. Trasferita nel campo scientifico, questa distinzione non può avere che un valore assai relativo: se si ammette, infatti, che le norme «convenzionali» regolino *ab extra* l'attività di una moltitudine di soggetti, non si può parlare che di distinzione tra norme

[158] Le «regulae decori» del Thomasius non possono, o possono sino ad un certo punto, identificarsi con le c.d. norme convenzionali (dallo Stammler e da molti altri considerate ancora come una vera e propria categoria filosofica), perché il Thomasius fa corrispondere alle «regulae honesti» l'Etica e alle «regulae decori» la Politica. Cfr. *Fundamenta iuris naturae*, etc., cit., I, 5 § 58. V. a., su questo punto, Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, cit., nota a pagina 62.

di un sistema *postulalo* come esclusivamente ed originariamente giuridico ed altre norme non riducibili o riferibili al sistema dal «punto di vista» del quale il giurista costruisce. Poiché non bisogna dimenticare che il giurista, allorché imprende a costruire giuridicamente una serie di classi di «contegni», non può assumere, volta a volta, che un determinato «sistema» di norme come fonte esclusiva di valutazioni giuridiche: onde, tutte quelle norme che cadano fuori di esso e la cui «osservanza» si verifichi, per dir così, ad un *titolo* diverso da quello a cui si verifica o dovrebbe verificarsi l'osservanza delle norme del sistema, vengono prospettate come norme prive di quella obbligatorietà che si postula per le norme assunte come originariamente ed esclusivamente giuridiche; ed allora si parla di norme osservate per pura consensualità, ossia di norme «convenzionali».

Qui, però, non bisogna confondere la realtà con la costruzione naturalistica, perché non vi sono norme intrinsecamente giuridiche né norme intrinsecamente convenzionali»: tale distinzione è relativa alle norme comprese in un sistema postulato come esclusiva fonte di valutazione giuridica e a quelle poste *per definitionem* fuori di questo: onde nulla vieta al giurista di assumere successivamente le prime come norme «convenzionali» e le seconde come norme giuridiche: giacché tanto la «giuridicità» quanto la «convenzionalità» sono qualifiche astratte, semplici «punti di vista» che non hanno in sé alcun carattere di assolutezza[159].

7. Né si dica che la distinzione tra norme giuridiche e norme «convenzionali» significhi distinzione tra norme assolutamente o «irrefragabilmente» obbligatorie, e norme solo relativamente e condizionatamente obbligatorie. Gioverà a questo punto ripetere quanto si è detto a proposito della obbligatorietà della norma giuridica: obbligatorietà che è *pictura in tabula* finché la norma resti giuridica, ossia finché venga intellettualisticamente prospettata come regolante *ab extra* l'attività di una molteplicità di soggetti. La norma che si dice giuridica non vive realmente e non in quanto perda l'astratto carattere della «giuridicità» se non in quanto,

[159] Con la distinzione tra norme giuridiche e norme convenzionali non bisogna confondere quella tra «norme cogenti» e «norme dispositive», perché quest'ultima distinzione riguarda solo le norme comprese nel sistema postulato come originariamente giuridico: distinzione tra norme la cui efficacia è assunta come incondizionata e norme che hanno un'efficacia condizionata da una speciale «dichiarazione di volontà». Solo quest'ultima distinzione, a dir vero, ha una qualche utilità pel giurista, mentre la prima vorrebbe essere – e non è – filosofica, senza avere, poi, una qualsiasi utilità o importanza per la Giurisprudenza.

cioè, si annulli come norma esterna alla volontà, e, divenendo legge attuale della coscienza, perda la propria genericità e si sciolga, per così dire, nella concretezza dell'azione[160]. Se tutto ciò è vero, non è chi non veda come anche sotto questo profilo la distinzione tra norme giuridiche e norme «convenzionali» non possa reggersi perché, o l'obbligatorietà è meramente *postulata* come obbligatorietà *in re* e allora ogni distinzione non può essere che fittizia come l'obbligatorietà stessa; oppure è vera obbligatorietà, nel senso cioè che la norma si fa legge attuale della coscienza, ed allora non si può parlare più né di norma giuridica né di norma convenzionale.

8. Ma il significato intimo della distinzione tra norme giuridiche e norme «convenzionali», e la conseguente costruzione di due categorie di «norme sociali», vorrebbe essere, a ben guardare, questo: nelle prime prevarrebbe un elemento di «autorità» e di «forza» che nelle seconde sarebbe assente o quasi, mentre in queste ultime prevarrebbe un elemento di «libertà» e di «adesione spontanea» che nelle prime avrebbe un valore limitato e secondario. Le prime sarebbero o dovrebbero essere osservate perché un'autorità le imporrebbe anche la forza (intesa come attività di alcuni individui che riconducano mediatamente o immediatamente le volontà recalcitranti entro l'orbita tracciata dalle norme); le seconde, invece, sarebbero osservate per mutuo consenso, spontaneamente, senza che alcuna autorità o alcuna forza induca a tale osservanza[161].

Senonché, posta in questi termini, la distinzione tra norme giuridiche e norme «convenzionali» si rileva più che mai empirica perché ogni norma o legge viene realmente osservata, ossia si fa legge attuale della coscienza, solo in quanto abbia un'autorità e una forza che la impongano categoricamente al nostro *io*: ma autorità e forza che non sono affatto dei «presupposti» *in re*, dell'atto in cui la legge si fa veramente legge, ma che si generano e

[160] Cfr. Miceli, *Il diritto e la realtà* (estr. dalla *Riv Ital. di Sociologia*, 1918, fasc. I-II), pag. 13 e segg.

[161] Con ciò si tocca anche il dibattito sulle c.d. cause della osservanza delle norme giuridiche: problema che è da lasciare ai deterministi, i quali saranno sempre costretti, non possedendo il concetto della libertà dello Spirito, ad escogitare corrispondenti «norme di civiltà» che sorreggono le norme giuridiche, ineffabili sentimenti di natura psico-sociale, coazioni psicologiche e così via: si muoveranno sempre, perciò, nel campo dei «su per giù» e dei «press'a poco». Ricerche che non si debbono certo disprezzare, perché nascono da una posizione ingenua e *pre-critica* del pensiero, da cui non ci distacchiamo che al momento in cui vogliono filosofare concretamente, ma che non debbono essere scambiate per vere e proprie ricerche filosofiche.

si dispiegano in quest'atto stesso: sicché, tale auto-imposizione è sempre adesione, e l'autorità, lungi dall'escludere la libertà, si unifica con questa[162].

Non resta, dunque, a salvaguardare la distinzione tra norme giuridiche e norme «convenzionali» che la concezione empirica della libertà e dell'autorità (e lo stesso dicasi della forza e dell'adesione); ma noi abbiamo già messo in luce la relatività di questa distinzione nello stesso àmbito naturalistico e, se vi siamo tornati, lo abbiamo fatto per rilevare quel che si nasconde, direm così, di sostanziale, sotto la dottrina che non vuol vedere altre norme giuridiche oltre quelle che abbiano un «titolare» capace di imporne l'osservanza anche con la «forza» o «coattività» che voglia dirsi: dottrina che, come abbiamo già avvertito, ha il proprio sbocco logico nella distinzione testé criticata.

Ciò che mantiene viva tale dottrina, ad onta di tutte le critiche (le più decisive delle quali, a dir vero, si sono affacciate solo in questi ultimi tempi), è un'esigenza che potrebbe dirsi «realistica» e che sotto un certo aspetto potrebbe sembrare una ribellione alla visione necessariamente astratta e formalistica della valutazione *sub specie iuris*. Opponendo alla «costruzione» giuridica una «realtà» che è, purtroppo, costruzione anch'essa perché naturalisticamente concepita, si vuole mettere un limite alla possibilità di costruire giuridicamente qualunque serie di contegni in base a qualsiasi complesso di norme: intuendo, quasi, che una norma posta *per definitionem* al di fuori della coscienza non possa avere vera e propria efficacia obbligatoria, non si vuole riconoscere come giuridico se non quell'obbligo che, lungi dal restare affidato puramente e semplicemente alla parola della legge, abbia una «base» nella «realtà»; e questa «base» – limite per la possibilità di assumere una legge come fonte di valutazioni giuridiche – sia costituita da un'autorità che faccia rispettare anche con la «forza» le prescrizioni della legge.

È facile vedere, però, come il «realismo» di questa esigenza resti sempre un realismo ingenuo, perché la valutazione giuridica è sempre astratta e qualunque limitazione di essa non può accrescere o diminuire tale astrattezza: col mettere la «coazione» o «coattività» come presupposto essenziale della «giuridicità» non si entra per nulla nel dominio della «realtà», ma se ne è ancora assai lontani, com'è inevitabile in ogni costruzione intellettualistica. Realismo ingenuo, a sfondo nettamente deterministà, che ben si accorda, infatti, con quella concezione astratta della realtà come molteplicità di

[162] Credo superfluo insistere nella dimostrazione di questi concetti: vedremo a suo tempo come si deduca e quale sia il significato vero dell'identità di legge e di autorità. Cfr. per ora, sull'intimità di ogni autorità e di ogni legge, Gentile, *I fondamenti della filos. del dir.*, cit., pag. 67.

«fatti» di fronte ai quali il pensiero sia semplice spettatore e null'altro abbia da fare fuorché apporre loro un nome e classificarli: a sfondo nettamente determinista, appunto perché cerca di opporre rigidamente la necessità alla libertà, ipotizzando una «forza materiale» di fronte a cui l'attività spirituale debba ineluttabilmente piegarsi.

Il che, oltre ad essere perfettamente estraneo alla natura della valutazione *sub specie iuris*, è filosoficamente inammissibile, perché, dimenticando che ogni forza non può non essere forza spirituale, nega la libertà dello Spirito e rende inintelligibile la storia.

9. Con queste osservazioni – che non hanno esaurito ma sommariamente delibato alcuni punti essenziali del problema filosofico della valutazione *sub specie iuris* – sono state tracciate, crediamo, le prime linee di una critica gnoseologica della Giurisprudenza, e cioè di una filosofia del diritto che sia, prima di tutto... filosofia. Altri problemi di questa saranno affrontati brevemente o semplicemente accennati nelle pagine seguenti. Qui c'importa avvertire, a mo' di conclusione del presente capitolo, che una critica gnoseologica della Giurisprudenza non prelude all'anarchismo, né vuol sostituire i propri assunti alle dottrine elaborate dai giuristi; perché non pretende di mettere in dubbio la *necessità* delle leggi e della scienza che le assume come proprio oggetto di studio: essa mira semplicemente ad *intendere*, ossia a mettere in luce, *l'intima realtà*, così delle prime come delle seconde. Critica, sì, ma nel senso schiettamente kantiano dell'espressione: non sostituzione di criteri – che non sarebbero più filosofici – ai criteri propri della Giurisprudenza[163]. Con che è esclusa ogni possibilità di dissidio tra la Giurisprudenza e la filosofia del diritto; e – quel che più importa – ogni pericolo di veder commiste dottrine filosofiche e costruzioni giuridico-dogmatiche.

[163] Se ciò venisse inteso anche nel campo della considerazione politica, si potrebbe sperare l'inizio della dissoluzione di quella politica «*methodo philosophico demonstrata*» che serve soltanto a confondere le idee. Tutto questo, però, non solamente non esclude, ma anzi, presuppone che giuristi e studiosi di problemi politici acquistino una completa dimestichezza con gli studi filosofici, anziché ostentare ignoranza e repulsione per la filosofia. Cfr. su ciò, Croce, *Teoria e storia della storiografia*, cit., pag. 145.

CAPO SETTIMO

Analisi critico-gnoseologica del rapporto tra diritto e Giurisprudenza e detta genesi del dibattito su la "statualità" o la "socialità" del diritto

1. Dalle considerazioni svolte fin qui risulta implicitamente, ma necessariamente, come non abbia senso, a rigore, parlare di «statualità» o di «socialità» quando si voglia determinare la genesi logico-metafisica della valutazione *sub specie iuris*. È da avvertire subito, però, che noi abbiamo identificato i due termini «diritto» e «valutazione *sub specie iuris*» per mettere in rilievo, principalmente, il carattere soggettivo della scienza giuridica; o, più esattamente, per mettere in rilievo come la *realtà* di questa (e di ogni altra scienza) non sia e non stia in una *oggettività* per sé stante, *toto coelo* avulsa dal pensiero, ma nel pensiero stesso, che trae sempre da sé il proprio contenuto. Questo principio, che vale a tenere in scacco il realismo ingenuo del pensiero comune, sempre pronto a riaffacciarsi e a far valere le proprie esigenze, non appena cessi, anche per un istante, la vigile coscienza del valore autocreativo dello Spirito, è il principio stesso del pensiero come libertà.

Pur tuttavia, non bisogna perdere di vista completamente la caratteristica fondamentale di quel pensiero comune, che abbiam detto più volte ingenuamente realistico, e che ha nella scienza – vuoi naturalistica, vuoi matematica – la sua espressione più organica: il distacco e l'opposizione tra la realtà e il pensiero, tra *l'oggetto* dell'indagine e l'indagine stessa, tra il *fatto* e la *teoria* di questo. Distacco e conseguente opposizione, assolutamente *interni*, come ormai sappiamo benissimo, all'attività mentale dello scienziato: e che hanno indiscutibilmente un grado di razionalità insopprimibile di fronte alla filosofia, concepita come assoluto immanentismo; quest'ultima, infatti, non potrebbe salvarsi dall'accusa di immediatezza ove non si atteggiasse come superamento – sempre attuato ma sempre da attuare – di quella posizione ingenua e precritica del pensiero che conduce al dualismo della realtà e del pensiero, del «fatto» e della «teoria». Posizione, perciò, in tanto razionalizzata e giustificata, in quanto chiusa entro i limiti invalicabili tracciati dalla filosofia stessa.

2. Se ciò è vero, poniamoci il seguente problema: come deve concepirsi concretamente il rapporto tra il diritto e la Giurisprudenza? Possiamo dire subito che, ove si voglia mantenere in sede di filosofia la distinzione dualistica tra il diritto come «realtà oggettiva» e la Giurisprudenza come opera meramente teorica, condizionata da quella pretesa realtà, è impossibile non ridurre il rapporto tra la Giurisprudenza e la filosofia alla giustaposizione, o, meglio, al parallelismo tra due «punti di vista» (ambedue particolari e limitantisi a vicenda) dai quali si starebbe a contemplare, or dall'uno or dall'altro – senza che l'uno possa realmente vantare ragioni più forti dell'altro –, quel preteso «fatto pratico» denominato, appunto, «diritto».

E allora è chiaro come la posizione dualistica propria della scienza naturalistica non possa più essere mantenuta. Si badi bene frattanto: la negazione della distinzione dualistica tra diritto e Giurisprudenza è un principio critico-gnoseologico[164] non una «costruzione» che debba in qualche modo entrare nel dominio della Giurisprudenza: perché il nostro compito non è quello di creare – ripetiamolo ancora una volta – una Giurisprudenza *methodo philosophica demonstrata*, bensì quello di *intendere* il valore e i limiti della Giurisprudenza medesima. Avvertenza, questa, forse superflua per molti: pur tuttavia, non abbiamo voluto trascurarla per... tranquillizzare l'animo di quei giuristi assai propensi a ritenere sul serio che la filosofia debba necessariamente prendersi il barbaro gusto di intromettersi nelle loro ricerche e di instaurare la confusione nei loro criteri più elementari.

[164] La conservazione del dualismo tra la scienza e l'oggetto della scienza stessa, in sede di filosofia, non è che il riflesso della distinzione tra sensazione (quella che attesterebbe l'esistenza dell'oggetto) e percezione, nonché tra sensazione e rappresentazione. Contro questa distinzione, inammissibile quando il pensiero si consideri nella sua attualità, si veda la profonda e definitiva confutazione che ne fa il Gentile, in *Sommario di Pedagogia*, cit., vol. I, capitoli V e VIII.
A chiarimento di quanto è detto nel § 6 del capo I di questo studio debbo aggiungere: 1° che il concetto di classe o schema è, nella sua attualità, percezione anch'esso; 2° che esso non unifica, a rigore, una serie di percezioni come percezioni attuali (espressione assurda perché la percezione, nella sua attualità, è una, unica ed immoltiplicabile), ma il contenuto delle percezioni stesse: contenuto che non sta a sé, come molteplicità che esista realmente prima dell'unificazione, ma che si pone nell'atto stesso in cui avviene l'unificazione. La prima osservazione chiarisce a sufficienza come avvenga la c.d. generalizzazione progressiva: precipitando dal pensante al pensato, riducendosi da forma a contenuto, lo schema diventa l'elemento di una molteplicità che sarà unificata in uno schema successivo e più ampio.

3. Esaminiamo ora quegli argomenti che potrebbero essere addotti a favore del mantenimento, in sede di filosofia, della distinzione dualistica tra il diritto come «fatto pratico» e la Giurisprudenza come opera di mera teoria.

Si dirà in primo luogo: altro è l'opera del legislatore ed altro quella del giurista. Tra la legge e la «costruzione dogmatica» che ne fa il giurista, corre una bella differenza che non si può trascurare.

Certamente la differenza c'è: ma non più grande né più profonda di quella che intercede tra una legge ed un'altra legge, tra una «costruzione dogmatica» ed un'altra. Come dubitare, infatti, che il c.d. legislatore non faccia altro che classificare una serie di «contegni» valutandoli in termini di potestà e di obblighi, ossia come leciti o vietati o imposti? Ebbene: vi è in tutto ciò qualcosa che differisca sostanzialmente – e si dica meglio: qualitativamente – da quello che fa il giurista[165]? Il giurista amplierà le classificazioni legislative quando queste gli sembreranno suscettibili di ampliamento, le restringerà quando queste gli sembreranno troppo ampie, passerà cioè dalla «casistica» (astratta particolarità che non coglie l'individuale e resta sempre nella *genericità*) alla «dogmatica» (mera generalità che non coglie l'universale e resta sempre astratta particolarità) e viceversa, continuando a valutare i «contegni» in termini di potestà e di obblighi, di liceità, d'imposizione o divieto[166].

Del resto, se il rapporto tra il diritto – e diciamo pure: il diritto «positivo» – e la Giurisprudenza fosse proprio quello del «fatto pratico» del tutto distinto dalla «teoria», come spiegare ciò che è universalmente ammesso, e cioè l'influsso dell'uno sull'altra e viceversa? E in che senso potrebbe parlarsi di una «dottrina» accolta da una legislazione? E come spiegare, infine, le vicende storiche del diritto romano nella totalità del suo processo di sviluppo (non parliamo di opere giuridiche divenute di

[165] Si vedano in proposito le convincenti osservazioni del Cesarini-Sforza, *Il concetto del diritto e la Giurisprudenza integrale*, cit., capitolo II, *passim*.

[166] Un'altra obiezione, potrebbe sorgere qui: si potrebbe obiettare, cioè, la diversità tra il procedimento mentale del giudice e quello del c.d. legislatore. Il giudice, infatti, non statuirebbe genericamente, ma *applicherebbe* la norma preesistente al «caso pratico», percorrendo a ritroso la strada battuta dal legislatore. Ma è superfluo osservare che, se il legislatore va dal particolare astratto «al generale» ugualmente astratto e il giudice fa tutto l'opposto, tutto ciò non trascende per nulla l'ambito del formalismo giuridico. Del resto, il «caso pratico» non è mai il singolo avvenimento considerato in sé e per sé e nella sua integrità: di fronte al giudice non intervengono se non quegli aspetti che permettono di vedere nell'avvenimento stesso una specie del genere ipotizzato nella norma. Come debba valutarsi concretamente, poi, l'opera del giudice e del legislatore, si vedrà implicitamente fra breve, nella critica del concetto di «attuazione della legge» e nella nota seguente.

punto in bianco testi legislativi: si ricordi la «legge delle citazioni» creatrice, come disse argutamente il Serafini, di un tribunale di defunti!), in cui è impossibile distinguere con un taglio rigoroso il preteso «fatto pratico» dalla pretesa elaborazione teorica? Se è vero che la storia è la pietra di paragone di ogni filosofia, si può dire di esser già sulla buona strada negando la contrapposizione del «fatto pratico» diritto e dell'«opera teorica» Giurisprudenza.

4. Si obietterà ancora: la legge giuridica è obbligatoria e destinata ad attuarsi, la scienza giuridica non è affatto obbligatoria. Ma che cosa vuol dire che la legge giuridica è obbligatoria? Noi abbiamo visto che la legge giuridica, in quanto tale, ha una obbligatorietà che è *pictura in tabula*: nella sua astrattezza ed «obiettività» la legge è tanto obbligatoria quanto attuabile. Orbene: ciò che si attua realmente non è una legge astratta ed «obiettiva» ma una legge concreta e soggettiva, la legge che è *principio attuale* della coscienza: e in riguardo ad essa non ha più senso parlare di potestà scissa dall'obbligo, ossia di libertà scissa dalla necessità, e insomma di valutazione giuridica, perché libertà e necessità coincidono allora interamente.

Bisogna guardarsi, del resto, dal trasferire *sic et simpliciter* nella filosofia uno di quegli atteggiamenti mentali caratteristici del giurista: il quale considera l'azione astrattamente, come oggettività, e dalla conformità o difformità dell'azione al *tipo* fissato in una norma induce senz'altro che quella norma sia stata «osservata» o «violata». La realtà, quando si voglia bene «ficcar lo viso a fondo», è un'altra. Si tenga ben presente, anzitutto, che il concetto filosofico dell'azione (che non è uno tra molti ma *il* concetto filosofico per eccellenza) è il concetto dell'atto spirituale come creazione, anzi come autocreazione; e che la rappresentazione empirica dell'azione come «modificazione della realtà che avvenga nel tempo e nello spazio, imputabile ad un soggetto» non è che il riflesso oggettivistico di quel concetto, e questo è, nello stesso tempo, la *condizione*, in senso trascendentale, di quella. Ebbene: se l'azione, concretamente intesa, ha in sé stessa la propria legge ed il proprio fine, ed è perciò creazione e *novità* immanente, quale può essere il valore di una legge astratta ed «obiettiva» che si assuma preesistente all'azione stessa? È chiaro allora che la preesistenza della legge non è reale ma postulata e proiettata fuori dell'azione, e che la considerazione di essa, in realtà, entra nell'azione come un elemento di quel *contenuto* che l'azione pone con sé ponendosi come *forma* del

contenuto medesimo, come uno di quegli elementi del problema di cui l'azione è soluzione, o – se piace una metafora – come un frammento di quel combustibile con cui l'azione alimenta la propria fiamma. Né più né meno che la considerazione di una regola grammaticale o di una nozione di carattere tecnico nella creazione artistica.

Quando non si tenga presente questo assoluto carattere di *originalità* dell'azione, come creazione che non annulla, ma risolve in sé e potenzia ogni creazione precedente, si è, presto o tardi, condotti a scivolare daccapo nella considerazione naturalistica della vita; e allora, lasciandoci dietro le spalle il vario e il sempre nuovo che costituisce la vita, ci attaccheremo a scoprire dappertutto *permanenze* ed *uniformità*. E si arriva così all'atteggiamento mentale del giurista che dalla conformità o difformità dell'azione, empiricamente intesa, al *tipo* fissato nella norma, induce senz'altro che questa sia stata «osservata» o «violata». Considerazione e atteggiamento mentale che hanno, indubbiamente, i loro diritti, perché essi costituiscono l'organizzazione, per così dire, di quel *senso comune* di cui la filosofia è *critica* immanente. Critica, si badi bene, in senso kantiano, che non deve poi essere trasferita nuovamente nell'àmbito del senso comune, sotto pena di instaurare le più babeliche confusioni.

5. Ma torniamo al nostro argomento. Se la legge che si dice legge giuridica non descrive che una uniformità di «contegni» o azioni empiricamente intese[167] e se la Giurisprudenza non fa che seguire – o precedere – questa elaborazione di concetti di classe, non si può più sostenere che il diritto sia un mero «fatto pratico» e la Giurisprudenza un'opera puramente teorica. Già questa scissione di teoria e di *praxis* è stata dimostrata erronea – filosoficamente parlando – e del tutto rispondente ad una concezione intellettualistica della vita che può attagliarsi solo alla *forma mentis* dei cultori delle scienze naturalistiche. E allora è chiaro che il processo di sviluppo del c.d. diritto positivo è assolutamente inscindibile dal processo di sviluppo della Giurisprudenza.

[167] Storicamente, una legge può e deve anche esser considerata come l'azione di una personalità o di un gruppo di personalità storicamente determinate; ma in tal caso è ovvio come non abbia senso parlare di potestà e di obblighi, ossia di considerazione giuridica propriamente detta. L'azione concreta ha in sé stessa, come sappiamo, il proprio principio e il proprio fine: onde, l'individualità storica della legge, come azione, non è influenzata dall'essere stato la legge stessa «attuata» (è inutile soffermarsi ulteriormente sul significato relativo di questa espressione) o meno. È superfluo, poi, accennare al valore storiografico di «documento» di una legge scritta.

Il formalismo legalistico – che non è altro se non la considerazione astratta dell'azione come azione *sub lege* – non è pertinenza esclusiva dell'uno a vantaggio dell'altra, ma il loro denominatore comune. Ciò non appare a prima vista perché le trattazioni giuridiche – specialmente quelle moderne – mostrano la giustaposizione della considerazione puramente formalistico-legale con altre considerazioni dominate da «punti di vista» che trascendono l'àmbito giuridico *stricto sensu*[168].

Sotto un certo aspetto ciò è inevitabile. La formula legale, pur nella sua scheletrica rigidezza, reca in sé, quasi condensate e solidificate, una ricca moltitudine di esperienze storiche; essa è immancabilmente, anzi, la soluzione di svariati problemi che non sono semplicemente problemi di logica giudica: qual meraviglia, quindi, se essa, non appena posta, per dir così, nel crogiuolo dell'indagine del giurista, tenda a mostrare le esperienze da cui è sorta e i problemi dai quali è scaturita[169]?

Il giurista, infatti, nell'analizzare e scomporre la «costruzione» contenuta nella norma e che sarà poi ricomposta in una nuova «costruzione» è spesso portato a scioglier la rigidezza formale della dogmatica giuridica con considerazioni, con richiami che dovrebbero spiegare la ragion d'essere della norma[170]. Qui interviene in particolar modo la considerazione *politica* (*lato sensu*), che spodesta, sia pur momentaneamente, la considerazione strettamente giuridica, e valuta le azioni (empiricamente intese) e la legge stessa come azioni *ad finem*.

Ma su quest'ultimo punto torneremo a discutere altrove. Per ora c'interessa mettere in luce come, sotto il profilo critico-gnoseologico, l'unità del c.d. diritto positivo e della Giurisprudenza e la loro sostanziale identità non possano revocarsi in dubbio. Certo, questa unità non si vede più quando diritto e Giurisprudenza vogliano considerarsi da punti di vista particolari, e si vogliano considerare, p. es., certi «fini» postulati al di là dell'uno e dell'altra: ma allora è evidente come si sia già fuori dell'àmbito della speculazione pura. Questa sostanziale identità gnoseologica, che è anche unità storica, del «diritto positivo» e della Giurisprudenza, tende ad affievolirsi sotto il secondo aspetto non appena i cultori della Giurisprudenza, oltrepassando il terreno delle costruzioni particolari legate a questo o quel gruppo di statuizioni legali, cercano di costruire

[168] Qui sono le origini del c.d. problema del «metodo».

[169] Per quel tanto, s'intende, che il singolo giurista è in grado di sentire e di apprezzare le une e gli altri. Nel c.d. problema del metodo vi è anche un problema di temperamento di *forma mentis* affatto individuale.

[170] E che la spiegano, senza trascendere, però, l'àmbito empirico.

una «parte generale» che non è altro, poi, se non la cosiddetta «teoria generale del diritto»: una elaborazione di schemi naturalistici amplissimi, ottenuti mediante un procedimento sintetico *a posteriori* – o astrattivo che dir si voglia –, i quali, per quella convertibilità dei concetti naturalistici di cui abbiamo già parlato[171], si atteggiano come presupposti logici delle costruzioni giuridiche particolari, pur essendo stati ricavati da queste.

6. La visione empirica della «realtà oggettiva» del diritto come «fatto pratico» nasce da ciò: le norme e le uniformità dei contegni in queste *descritte* vengono dal pensiero naturalistico proiettate e postulate al di fuori del pensiero stesso, come norme e contegni del tutto oggettivi: *dati*[172]. Si comprende benissimo allora, come, partendo dalle norme giuridiche e generalizzando su di esse – procedimento mentale cui è incoercibilmente portato il pensiero naturalistico che crede di attingere la realtà delle cose con la ricerca degli «elementi costanti» delle percezioni –, si debba pervenire ad un «Ultimo» della scienza giuridica costituito dal concetto di *un complesso di norme che regola (ab extra) l'attività di una pluralità di soggetti*. «Ultimo», che deve poi, come già sappiamo, apparire come il Primo della scienza stessa: *sintesi a posteriori* che si tramuta in *forma logica* o *analisi a priori*: oggettività che non è altro se non «punto di vista», il punto di vista dell'azione come azione *sub lege*.

Su queste basi sorge il dibattito circa la «statualità» o la «socialità» del diritto. Il concetto di un complesso di norme che regolino l'attività di una pluralità di soggetti sembra essere troppo generico, perché sostanzialmente identico a quello di «norme di condotta». E allora, senza por mente che la «giuridicità» delle norme su cui si è compiuta la generalizzazione è stata *postulata*, si lascia quel primo concetto come *genus proximum* della definizione del diritto e si va alla ricerca della *differentia specifica* che esprima il *quid proprium* della giuridicità.

Ed ecco volgersi l'attenzione alla *fonte* di produzione delle norme trat-

[171] Cfr., *retro*, capo I, § 8.

[172] È superfluo ricordare che quando si parla di «dati» non s'intende riconoscere, come assume la scienza naturalistica, che si tratta di «dati» preesistenti realmente al pensiero e indipendenti dall'attività costruttrice del pensiero: «dato» vuol dire «*costruito* come dato». Ciò del resto, è stato implicitamente detto nell'ultimo capoverso del cit. § 8 del capo I, la circolarità dello «schema» e del «dato» implica di per sé stessa la loro inscindibilità. L'aver trascurato questo concetto di fondamentale importanza è uno dei difetti più salienti della *Critica della ragion pura*.

tate come norme giuridiche; ma nello stesso tempo non si trascura, accanto alla considerazione del processo di produzione, la considerazione del processo di attuazione delle norme stesse: ed ecco far capolino, anche per effetto della reazione alla mitica ipostasi dello «stato di natura» del giusnaturalismo classico, il concetto di «ambiente sociale». Sono già di fronte il concetto tradizionale della *voluntas principis* e il concetto di «società».

Le due posizioni non tardano ad irrigidirsi e a cozzare tra di loro.

La prima crede di mantenersi sul terreno della tradizione dottrinaria e della storia: vuole, perciò, avere un carattere realistico e mirare al particolare: ed allora, anche per l'influsso di quel motivo che abbiamo detto realistico e che si fa valere attraverso la dottrina della «coattività», ravvisa l'elemento costitutivo della giuridicità della norma nell'essere la norma stessa emanata dallo Stato, concepito come «potere sovrano».

La seconda non nega che le norme emanate dallo Stato siano norme giuridiche, ma in ciò vede solo un caso di un «fenomeno» più ampio. Al concetto dello Stato come «potere sovrano» essa sostituisce il concetto dell'ambiente sociale, o di «società»; in cui lo Stato – per l'oscillare del significato di questa espressione[173] – non è più intenso come potere sovrano, bensì come «società», «comunità territoriale» e via dicendo, e quindi come un esempio, come una specie del genere «società».

Qui si è ormai all'irrigidimento completo delle due posizioni: la concezione «statuale» non disdegna di accedere al concetto di «ambiente», ma non riconosce che un'ambiente *specifico* del diritto[174], come specifica sarebbe la fonte del diritto stesso: la concezione sociale, invece, insiste nel concetto *generico* di ambiente: ugualmente generico sarebbe il concetto della fonte come fonte di produzione, e questa, per altro, sarebbe sempre interna alla «società», o meglio, ad ogni «società».

7. Ora, come si vede chiaramente, qui abbiamo di fronte una concezione che vorrebbe essere storicistica e realistica ed un'altra che mantiene un carattere spiccatissimo di schematismo, avendo cercato di «generalizzare» sino all'estremo limite possibile nella speranza di pervenire ad un concetto veramente universale. Pur tuttavia, non è chi non veda che, mentre la prima non coglie punto l'individuale e si arresta alla particolarità

[173] Cfr. l'interessante studio del Condorelli, *Per la storia del nome «Stato»* (*Il nome «Stato» in Machiavelli*) in *Arch. Giuridico* vol. LXXXXIX, 1923, fasc. II-III, pag. 51 dell'estr.

[174] V. per la definizione dello Stato come «ambiente giuridico» (esclusivo), Cesarini-Sforza, *op. cit.*, pag. 126 e seg.

astratta «Stato» (che alla sua volta è uno schema che vuol comprendere la molteplicità degli Stati, passati presenti e futuri, e rimane perciò nell'àmbito della mera generalità), la seconda non coglie l'universale concreto (che è lo stesso individuale, come universalità particolarizzata), ma si arresta ad un amplissimo quanto vuoto schema, le mille miglia lontano dalla concretezza dell'universale.

Non deve meravigliare, poi, se la concezione «statuale» adotti un concetto amplissimo di «Stato» col riconoscere il carattere statuale fin nelle primitive forme di convivenza umana, invertendo così il proprio realismo pseudo-storicista nello schematismo intellettualistico della concezione «sociale», e se quest'ultima, alla propria volta, sia propensa ad affermare tutto l'opposto, e cioè che lo Stato è una forma relativamente moderna di convivenza, passando così dallo schematismo allo pseudo-storicismo[175].

Ecco perché abbiamo espresso a suo tempo l'avviso che il filosofo non debba intromettersi nel dibattito, appoggiando l'una o l'altra concezione: perché il problema che si agita è, *nel merito*, filosoficamente insolubile.

8. Insolubile filosoficamente, come ogni problema schiettamente scientifico-naturalistico: ma sostanzialmente insolubile anche nell'àmbito della stessa scienza giuridica, perché, come già osservammo, è possibile praticamente adottare le due soluzioni senza pericolo di violare il principio

[175] Quello che si è accennato nel testo non è che un *episodio* per così dire, del contrasto tra la tendenza pseudo-universalistica o schematistica e la tendenza pseudo-storicista o realistica: contrasto che non è solo il fulcro del dibattito su la «statualità» o la «socialità» del diritto, né si verifica solo nella Giurisprudenza, ma è insito nella considerazione naturalistica delle cose umane, ossia della storia, perché non è altro che il riflesso del contrasto tra il pensiero concepito come «osservazione» passiva ed inerte e la realtà storica concepita come mero «oggetto» di quella. Si badi, per altro che l'una tendenza non riesce mai a sopperire l'altra: una certa conciliazione – che dà sempre la prevalenza ad una sull'altra – avviene sempre nel pensiero dello studioso: ed è proprio questa conciliazione uno degli aspetti salienti, se non il più saliente, di quella che ben può chiamarsi la *personalità* del singolo studioso. Ciò spiega quel che si è detto in una nota precedente, e cioè che il problema del «metodo» nasconde un problema di temperamento e di *forma mentis* individuale. Le questioni metodologiche, insomma, nascono dall'attrito tra temperamenti scientifici diversi: non è del resto il c.d. metodo (dall'empirismo ritenuto volentieri come qualcosa che trascenda la scienza medesima) quello che costituisce l'eccellenza e la valentia dello studioso; se mai, può dirsi tutto l'opposto. Se così non fosse, non potrebbe mai spiegarsi come possano annoverarsi tra i *classici* delle scienze naturalistiche di cose umane, in una stessa scienza, studiosi seguaci di metodi tutt'altro che collimanti tra loro. Certamente, quando si rimanga ancora incatenati al vecchio presupposto della «obiettività» della realtà, tutto ciò non può vedersi: e si continuerà, pertanto, ad agitare problemi sostanzialmente insolubili.

di non contradizione e snaturare la scienza giuridica. Come si spiega ciò?

In realtà, la «giuridicità» di un complesso di norme, vuoi «statuali», vuoi genericamente «sociali» è sempre *postulata*[176], non è mai dimostrata, cioè, con la deduzione dei criteri della valutazione giuridica, dai concetti di «Stato» o di «società», comunque si vogliano intendere questi ultimi. L'argomento capitale con cui il dibattito potrebbe essere troncato a favore dell'una o dell'altra tesi non potrebbe essere, infatti, che una dimostrazione di questo genere: che, cioè, i concetti di potestà e di obbligo non potessero dedursi da altro fuor che dal concetto di «Stato» oppure da quello di «società», di cui il primo non sarebbe che una sottospecie. Ora, questa dimostrazione non solo non è stata tentata, ma è assolutamente improponibile, perché nessun legame logico diretto è possibile trovare tra potestà ed obbligo da un lato e «Stato» o «società» dall'altro.

Il motivo fondamentale per cui questo dibattito è condannato alla sterilità, deve trovarsi nella concezione «statuale» perché la concezione opposta non fa altro, in sostanza, che rendere generico ciò che in quella vuol essere specifico. La «giuridicità» originaria delle norme emanate dallo Stato non è stata mai revocata in dubbio: senonché, occorreva domandarsi se realmente quelle norme potessero e possano dirsi giuridiche sol perché ed in quanto emanate dallo Stato, oppure per un'altra ragione. Si è infiltrato a poco a poco, invece, proprio questo concetto: che la norma non potesse avere alcun carattere di «giuridicità» ove non ne avesse ricevuto, per adoperare una frase ormai nota, il «crisma» dallo Stato. E in tal modo il diritto veniva ad assumere – ci si passi questo paragone… chimico-idrologico – una strana analogia con le acque sorgive: le quali hanno quelle certe qualità chimiche perché attraversano determinati terreni saturi di quei sali che si trovano poi nelle acque stesse. Così la norma potrebbe essere stata, in origine, morale, sociale, norma del «costume» e via dicendo (per ricordare quelle distinzioni in voga presso il positivismo): e sarebbe divenuta giuridica solo in quanto fosse stata emanata dallo Stato e da questo assunta, direttamente o indirettamente, come manifestazione della propria volontà. *Ma «giuridicità» significa distinzione (dualistica) di potestà e di obbligo*: e questa distinzione nasce dalla posizione logico intellettualistica

[176] Bene ha fatto, a mio parere, il Perassi (*Corso di istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1922) nel limitarsi ad esporre con chiarezza il «punto di vista» proprio del giurista dogmatico, per cui la «giuridicità» di un complesso di norme che sono oggetto d'indagine del giurista è sempre postulata. Con ciò fa risolvere il... problema d'Amleto del diritto internazionale, senza ricorrere a quelle argomentazioni che spesso vorrebbero essere – e non sono – di carattere filosofico, V. a. una mia analoga osservazione in *Riv. int. di filos. del dir*., 1923, fasc. IV, pag. 515.

della legge, come legge che, non essendo legge attuale della coscienza, non è interna al processo dell'azione. Legge e azione *postulate* come «realtà oggettive» – sullo sfondo naturalistico di una pluralità di soggetti, in un rapporto in cui la prima investe solo parzialmente la seconda della propria efficienza necessitativa (che è, filosoficamente parlando, *pictura in tabula*).

Ecco perché abbiamo detto, e ripetiamo, che la «giuridicità» delle norme «statuali» – e di ogni altra norma o complesso di norme – è sempre *postulata*.

S'intende che, postulata la giuridicità originaria di un sistema di norme, ogni altra norma che non contrasti con queste[177] *può* essere assorbita, per dir così nel sistema e assunta come fonte «riflessa» di valutazione giuridica (p. es. le norme ecclesiastiche nel sistema delle norme statuali), come può essere trascurata, eliminando cioè nella «costruzione dogmatica» le potestà[178] e gli obblighi che da essa scaturiscano. Il che è una definitiva conferma della *relatività* della valutazione giuridica. Valutazione relativa, dunque, la valutazione giuridica: perché essa nasce da una considerazione naturalistica del mondo in cui la legge non è colta nella sua *realtà* ossia nella sua attualità – che è assolutezza –, ma come un *quid* che sovrasti all'azione e la diriga.

Noi abbiamo visto già qual valore si debba attribuire alle leggi assunte come leggi esterne e preesistenti all'azione: gnoseologicamente esse non sono che concetti di classe, proiettanti al di fuori del pensiero una realtà come «fatto pratico» costituito da un *rapporto* tra legge e azione come regola e regolato. E in realtà esse entrano, volta per volta, come elementi di quel problema o come problemi tra quei molti che l'azione risolve fondendoli in un problema solo[179], che è sempre problema morale, immanente di ogni atto della vita.

[177] Ogni sistema, possiamo dire col Del Vecchio (*Il concetto del diritto*, cit., pag. 52), «costituisce una coerente unità che non ammette in sé stessa elementi contraddittori». Pur tuttavia non mancano sistemi legislativi in cui una norma contradice l'altra senza che si possa ricorrere al criterio dell'abrogazione di una per la precedenza cronologica dell'altra. Come si risolvano tali problemi è competenza del giurista: spesso, però, più che le «costruzioni», li risolve la vita.

[178] È appena necessario avvertire che questo concetto di «potestà» non esclude per nulla né pregiudica in qualsiasi modo tutte le classificazioni e distinzioni dei. c.d. diritti soggettivi.

[179] Cfr. Croce, *Politica in nuce*, in *Critica*, XXII, (1924) fasc. III, pag. 132, in cui si dice che le leggi stanno rispetto all'azione «come semplice elemento materiale, negato nella sintesi formale». Con ciò il Croce ha risoluto l'incertezza che dominava nella sua dottrina delle leggi, in cui non erano né concreto pensiero, né concreta volizione, ma alcunché di irrazionale.

CAPO OTTAVO
La costruzione dogmatica dello Stato e il concetto dello "Stato etico"

1. Il principio sostenuto nelle pagine precedenti, l'impossibilità, cioè, di ritenere che la «giuridicità» di un complesso di norme possa comunque dedursi dalla natura o qualità di ciò che si assume come fonte e processo di produzione delle norme stesse, ha il suo riflesso – importantissimo – nel campo della dogmatica giuridica. In questa, il principio su detto può esprimersi così: *produzione di norme postulate come norme originariamente giuridiche non vuol dire creazione di diritto*[180].

Si vede subito quale importanza abbia questo principio nella determinazione del rapporto tra la valutazione giuridica e il concetto dello Stato. Se lo Stato fosse veramente il «creatore» del diritto, il concetto dello Stato dovrebbe avere tutto il valore di *presupposto logico* del concetto del diritto: e allora dovrebbe dichiararsi inammissibile *a priori* un concetto giuridico dello Stato, perché concetto giuridico è quello che ha come presupposto logico la valutazione giuridica.

2. Non basta perciò, quando si voglia esser coerenti, negare, come fa il Bartolomei, il concetto dello Stato come persona giuridica e sostenere al tempo stesso la validità e la necessità di un concetto giuridico dello Stato[181]. Nessuna sottigliezza di argomentazione può dimostrare che un concetto assunto come presupposto logico fondamentale della valutazione *sub specie*

[180] Il Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., pag. 406 e seg., esclude che i processi di produzione delle norme giuridiche entrino nell'àmbito della considerazione giuridica: «Der Gesetzgebungsprozess ist nicht eine Funktion des Staates, oder des Rechtes, er ist eine Voraussetzung beider, die ausserhalb ihrer Grenzen liegt» (pag. 410). E soggiunge poche righe dopo: «Die Erzeugung: des Rechtes... oder die Geburt der Staatsperson steht ebenso ausserhalb des Rechtsbereiches und somit der juristischen Konstruktion...» (ibid.). Questa seconda proposizione chiarisce l'errore insito nella prima. Si confonde, cioè, il «Gesetzgebungsprozess» con la «Erzeugung des Rechtes» facendo del primo l'equivalente logico della seconda. È ovvio però che il processo di produzione delle norme giuridiche statuali può essere regolato da norme giuridiche: le quali sono giuridiche solo perché descrivono e distinguono «contegni» facoltativi e «contegni» obbligatori, non perché «statuali». L'arbitrarietà della restrizione enunciata nella prima proposizione del K. dimostra così, sia pure indirettamente, l'esattezza della nostra tesi.

[181] Cfr. Bartolomei, *Diritto pubblico e teoria della conoscenza*, cit., pag. 39 e seg.

iuris possa di punto in bianco trasformarsi in un concetto giuridico, ossia in un concetto che deve necessariamente avere come presupposto logico la valutazione giuridica medesima. Il Bartolomei, infatti, dopo aver cercato di confutare la dottrina della personalità giuridica dello Stato, per la ragione che quest'ultimo sarebbe il creatore e l'antecedente logico del diritto, crede di aver libera ancora avanti a sé la strada per giungere alla determinazione di un concetto giuridico dello Stato e definire questo come «un rapporto giuridico, o, meglio, come un complesso di rapporti giuridici»[182]. Qui è proprio il caso di ripetere: *incidit in Scyllam qui vult vitare Carybdim*: senza contare, infatti, che è un non senso assumere che un complesso di rapporti giuridici possa dirsi creatore e antecedente logico del diritto, non è chi non veda come il principio di non contradizione, invocato sostanzialmente per demolire la dottrina della personalità giuridica dello Stato, demolisca ugualmente la seconda tesi, ossia la concezione dello Stato come «ordinamento giuridico».

È vero, però, che questo errore di ragionamento non è solo del Bartolomei, ma di tutti quei giuspubblicisti moderni, vuoi fautori, vuoi avversari della dottrina della personalità giuridica dello Stato, i quali partono dal presupposto che lo Stato sia il «creatore» del diritto, senza accorgersi come ciò escluda *a priori* la validità logica di un concetto giuridico dello Stato medesimo[183]. Anche la concezione «sociale», del resto, volendo mantenersi sul terreno della più rigorosa coerenza, dovrebbe affermare *a priori* la *metagiuridicità*, o *pregiuridicità* che dir si voglia (queste espressioni non significano semplicemente mancanza di personalità giuridica) dello Stato, della Chiesa, della c.d. società degli Stati, e insomma di ogni «ambiente sociale»: perché il concetto di «ambiente sociale» è, per tale concezione, il presupposto logico del concetto del diritto.

Ma è anche vero, d'altro lato, come un sano canone di critica gnoseologica della Giurisprudenza sia proprio quello di preoccuparsi sino ad un

[182] Id., *op. cit.*, pag. 50. Poco dopo (pag. 54) soggiunge: «... il tutto giuridico, cioè lo Stato, rimane al di là del diritto, al di fuori di esso. Ed identifico il tutto giuridico con lo Stato, perché noi non conosciamo un ordinamento giuridico superiore allo Stato, nel quale e col quale si esaurisce ogni giuridica potenzialità ed efficienza». Come ed in che senso l'ordinamento giuridico possa dirsi al di sopra e al di fuori del diritto, non mi riesce d'intendere.

[183] È nota l'impostazione data dallo Jellinek al problema del concetto giuridico dello Stato: «in qual maniera io debbo concepire lo Stato, dal punto di vista giuridico?» (Cfr. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, trad. ital., Milano, 1912, pag. 15). Senonché il tenore di questa domanda infirma radicalmente la tesi secondo cui tutto il diritto potrebbe distinguersi in diritto «creato» e diritto «permesso» dallo Stato. Più cauto il Kelsen, il quale, come abbiamo ricordato a suo tempo, nega recisamente in diversi punti degli *Hauptprobleme* che lo Stato crei («erzeugt») il diritto.

certo punto di quel che i giuristi dicono, e badare soprattutto a quel che i giuristi fanno. La pretesa «creazione» (poco importa qui se... monopolistica o meno) del diritto da parte dello Stato resta, infatti, niente più che una semplice affermazione: perché, ripetiamo, la «giuridicità» delle norme statuali è sempre *postulata* né vi è modo di dimostrarla ricorrendo al concetto dello Stato, vuoi come «potere sovrano», vuoi come «ambiente sociale».

Due, perciò, sono gli argomenti – inoppugnabili – che militano a favore della tesi che nega la «creazione» del diritto da parte dello Stato: una che potrem dire *pragmatistica*, e precisamente l'impossibilità che ne deriverebbe per la scienza giuridica di determinare un concetto giuridico dello Stato. Questo argomento non avrebbe e non ha alcun peso per la filosofia ma è di grande importanza per la Giurisprudenza. E ve n'è poi un secondo, schiettamente razionale, alla dimostrazione del quale abbiamo dedicato non poche pagine: la «giuridicità» sorge dalla posizione logico-intellettualistica della legge, in quanto legge che non è principio attuale della coscienza, e che librandosi, per così dire, sulla azione empiricamente intesa, scinde la libertà dalla necessità. Il che non è punto *condizionato logicamente* dal concetto di Stato, comunque questo voglia intendersi.

3. È chiaro, allora, che per la Giurisprudenza il rapporto tra il concetto dello Stato e il concetto del diritto, lungi dal potersi configurare in guisa che il primo rappresenti il presupposto del secondo, deve configurarsi in maniera affatto opposta. Solo in tal modo è possibile parlare di un concetto dello Stato come concetto giuridico.

Sarà bene, adesso, esaminare, quest'ultimo, come «costruzione» non di una disciplina giuridica particolare, ma della teoria generale del diritto. È da avvertire, per altro, che i giuristi, parlando dello Stato, oscillano di continuo tra la concezione di questo come «ordinamento giuridico» e la concezione del medesimo come «persona giuridica». Ora, se è indubbiamente errato assumere (come p. es. sostiene il Bartolomei) che il concetto dello Stato come «ordinamento giuridico» sia incompatibile con la dottrina della personalità giuridica dello Stato, è altrettanto erroneo ritenere che l'uno e l'altra siano la stessa cosa.

Noi esamineremo, perciò, il concetto generale di «ordinamento giuridico»: e da questa indagine risulterà chiaro il rapporto che intercede tra la prima e la seconda costruzione.

4. Il concetto di «ordinamento giuridico» indica per i giuristi la considerazione unitaria di un complesso di rapporti giuridici, o, meglio ancora, poiché il concetto di rapporto giuridico presuppone quello di soggetto giuridico, la considerazione di una pluralità di soggetti giuridici come un tutto unitario e a sé stante. Spesso, però, si confonde questo concetto con quello di «sistema di norme giuridiche»: il che è un errore gravido di conseguenze sempre più erronee.

Il criterio valutativo – non si dimentichi che qui siamo nell'àmbito naturalistico – è inscindibile, ma è anche inconfondibile con ciò che è oggetto del criterio valutativo medesimo. Altro perciò è dire che non vi è ordinamento giuridico senza sistema di norme giuridiche, e viceversa; altro è il dire che ordinamento giuridico e sistema di norme giuridiche siano la stessa cosa. Come concetti fondamentali della teoria generale del diritto, il concetto di sistema giuridico può dirsi addirittura il frontespizio della teoria delle *fonti*, quello di ordinamento giuridico il frontespizio della teoria dei *soggetti*.

In un certo senso, poi, il concetto di sistema giuridico è un *prius* rispetto a quello di ordinamento giuridico: perché il primo determina la struttura del secondo, in quanto determina la *situazione giuridica*[184] dei singoli soggetti di diritto.

5. Quando si voglia toccare addirittura con mano il pericolo insito in una identificazione immediata dei concetti di «sistema di norme giuridiche» e di «ordinamento giuridico» non bisogna far altro che ricordare la teoria del Kelsen: la cui identificazione di Stato e diritto è certamente una «Konstruktion» ma indubbiamente artificiosa ed erronea (non parliamone quando la si voglia prendere per una tesi filosofica!) proprio nell'ambito della dogmatica giuridica. Essa nasce dall'aver dato all'espressione «Rechtsordnung» tanto il significato, proprio, di «ordinamento giuridico» quanto quello di «sistema di norme giuridiche»: e allora si capisce che, partendo dal postulato della esclusiva «giuridicità» delle norme statuali[185],

[184] Il «rapporto giuridico» deve definirsi, infatti, dal punto di vista rigorosamente formale, come «interferenza di due o più situazioni giuridiche soggettive».

[185] Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., pag. 269 «… alles Recht Staatsrecht ist, dass Staatsrecht der weitere Begriff ist, der alle übrigen Arten von Rechtssätzen in sich einschliesst». Combinando questo postulato col suo *leit-motiv*, l'eliminazione della considerazione dello scopo dall'àmbito della dogmatica giuridica – la quale dovrebbe ridursi, perciò, ad una «Geometrie der Rechtserscheinung» –, il K. nega la tradizionale bipartizione del sistema giu-

si debba fare dello Stato e del diritto non più, semplicemente, «zwei Seiten derselben Tatsache», ma una stessa ed unica cosa.

È inutile dire che tutto ciò, oltre ad essere arbitrario, non è assolutamente l'unico espediente per mantenersi nell'ambito della pura dogmatica giuridica, o, per essere più esatti, del rigido formalismo giuridico; quelle concezioni dello Stato come «realtà sociale» o come «realtà a due facce», «sociale» l'una, «giuridica» l'altra, contro cui polemizza instancabilmente il Kelsen, sono... innocue rispetto al rigido formalismo giuridico quando il giurista lasci nell'ombra la c.d. faccia sociale e si limiti a considerare la c.d. faccia giuridica. Ciò che può essere esiziale al formalismo giuridico – sempre, s'intende, quando lo si voglia spodestare dal campo delle costruzioni giuridiche – è la considerazione astrattamente teleologica o politica *lato sensu*: e ad evitare questo basta aver chiara coscienza del divario che corre tra la considerazione formalistica (azione *sub lege*) la considerazione astrattamente teleologica (azione *ad finem*). Identificare, allora, Stato e diritto, non è una superfetazione, ma un autentico non senso[186].

ridico statuale in «diritto privato» e «diritto pubblico». Dal punto di vista formale il Kelsen ha indubbiamente ragione: ed è inutile dire quanto sia assurdo combattere questa tesi come tesi filosofica, giacché il problema non esce fuori dall'àmbito della Giurisprudenza. Ancor più assurdo, poi, pretendere di risolvere filosoficamente un siffatto problema identificando – come fa il Maggiore, *L'aspetto pubblico e privato del diritto*, cit. – il diritto privato col particolare e il diritto pubblico con l'universale: ossia con criteri che vi si adattano come il dogma della trinità alla religione maomettana! Con ciò non vuolsi negare che il problema possa esser preso in esame sotto l'aspetto critico-gnoseologico: ma in tal caso, non il *merito* del problema può venire in considerazione, bensì il valore logico della sua impostazione ed il suo significato. Potrebbe cominciarsi con l'osservare, allora, la stranissima impostazione del problema: prima si traccia la distinzione e poi si va disperatamente alla ricerca del criterio distintivo. Sicché, variando quest'ultimo, varia il contenuto della distinzione stessa, non restando fermi che i due *nomi* «diritto privato» e «diritto pubblico». La conseguenza è che nessuna teoria *contradice* e distrugge le altre: per parlare, infatti, delle più note teoriche, quella che si riattacca al criterio romanistico dell'interesse non distrugge le altre che mettono avanti il criterio della natura «cogente» o «dispositiva» delle norme, oppure quello della «disparità» o «parità» di situazione giuridica dei soggetti del rapporto: come queste non contradicono quella né si eliminano tra loro. Sicché tutto il dibattito si riduce a questo: alcune teoriche che si combattono per conservare una sola e identica *denominazione* ad altrettante distinzioni, ognuna delle quali ha un contenuto perfettamente diverso da quello delle altre. Questi rapidissimi cenni non vogliono certo esaurire l'indagine: pur tuttavia, credo, potrebbero servire come punto di partenza per una analisi critico-gnoseologica del dibattito sulla distinzione tra diritto privato e diritto pubblico. Nella quale analisi bisognerebbe indagare, altresì, se e in che misura possa riscontrarsi un riflesso di quel dibattito tra schematismo e pseudo-storicismo, accennato nelle pagine precedenti.

[186] È da ricordare, a questo proposito, quanto si ebbe occasione di accennare nel § 6 del capo precedente, e cioè l'inevitabilità che la considerazione puramente formalistica venga,

Mentre nella concezione del Kelsen il sistema delle norme giuridiche appare identificato immediatamente con l'ordinamento giuridico, nella concezione del Romano il parallelismo tra sistema e ordinamento giuridico è rotto e il primo è configurato come un elemento di secondaria importanza. Da ciò l'identificazione o equazione «necessaria ed assoluta» di diritto (positivo) e di «istituzione».

Il Romano, infatti, ha creduto di poter determinare un concetto del diritto – da giurista e per i giuristi – mettendo in luce i c.d. caratteri materiali di ogni ordinamento giuridico e ponendo in seconda linea come manifestazione secondaria e derivata l'elemento normativo, ossia il sistema delle norme postulate come norme giuridiche. Si comprende benissimo allora che, ridotta la totalità dei soggetti giuridici a totalità di soggetti «di fatto» (ossia antropomorficamente concepiti) e quindi ad «ente o corpo sociale», si debba pervenire alla tesi del Romano. Tesi che, non avendo pretese filosofiche, non può essere combattuta con argomenti filosofici, perché il punto di partenza e lo scopo di essa sono posti deliberatamente e consapevolmente nell'àmbito empirico.

Abbiamo già osservato che i concetti di sistema di norme giuridiche e ordinamento giuridico sono inscindibili: essi non sono altro che gli schemi fondamentali dei *due elementi costitutivi* di ogni «diritto» assunto come «oggetto» d'indagine del giurista. Con che è condannata *a priori* ogni concezione che cerchi di identificare immediatamente i due concetti, o tenti di sopprimerne uno a vantaggio dell'altro. Come la concezione del Kelsen, così questa del Romano offre una esauriente riprova del nostro assunto. A parte, infatti, alcune oscillazioni nel pensiero del Romano[187], è indubitabile che, se l'istituzione è istituzione organizzata, o la norma preesiste logicamente all'organizzazione, o non ha più alcuna ragione d'essere: perché il concetto di organizzazione non può indicare altro che lo scopo, o, meglio, la *funzione* della norma. Quando (non si dimentichi che siamo nell'àmbito naturalistico) si concepisca l'istituzione come unità *in re*, l'organizzazione non può essere che il processo che conduce all'unificazione: e allora, se non vi è in questo momento la norma, è impossibile che questa possa intervenire in un altro momento, perché non avrebbe più alcuna ragione d'essere. E non solo. Ammessa per un istante l'esattezza dell'identità di diritto e di istituzione, se è vero quel che dice il Romano, e cioè che ogni persona giu-

per dir così, affiancata da considerazioni di altro genere e più particolarmente da quelle di natura politica (*lato sensu*). Il rigido formalismo è facile a mantenersi nelle «costruzioni» di teoria generale del diritto per il maggiore schematismo dei concetti di questa.

[187] Messe bene in luce dal Del Vecchio, *Moderne concezioni del diritto*, cit., pag. 10 dell'estratto.

ridica è di per sé stessa una istituzione[188], bisognerà inferirne che diritto e persona giuridica siano *unum et idem*. Il che basta per far respingere la tesi del Romano, proprio – per adoperare una sua espressione – sotto l'angolo visuale da cui deve porsi il giurista.

Pur tuttavia si deve riconoscere al Romano il merito grandissimo – nella teoria generale del diritto – di aver messo vigorosamente in rilievo, sia pur esagerando, la necessità di porre, accanto al concetto di sistema di norme giuridiche, il concetto di ordinamento giuridico e di non riassorbire interamente il secondo nel primo. Se ben si guarda, questo non è che lo sviluppo veramente *scientifico* della classica distinzione tra «diritto oggettivo» e «diritto soggettivo», diventata successivamente distinzione tra «diritto oggettivo» e «rapporto giuridico» o «diritto soggettivato»[189] ed ora impostata rigorosamente come distinzione tra «sistema di norme giuridiche» e «ordinamento giuridico».

6. È necessario ora chiarire sommariamente il concetto generale di soggetto giuridico: nel quale concetto o schema generale debbono esser comprese, com'è ovvio, tanto la figura del c.d. soggetto fisico quanto quella del c.d. ente morale o persona giuridica. Soggetto di diritto vuol dire precisamente: *centro di riferimento di attività giuridicamente qualificabile*[190].

---

[188] *L'ordinamento giuridico*, cit., pag. 70.

[189] Cfr. Donati B., *Interesse ed attività giuridica*, Bologna, 1909, nota a pag. 50-53; a. Cesarini Sforza, *op. cit.*, pag. 170.

[190] Cfr. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., pag. 186: «Endpunkt der rechtlichen Zurechnung». Accede a questo concetto, sebbene in parte, il Condorelli, *La responsabilità senza colpa*, Catania, 1924, pag. 127 e seg., il quale si guarda bene dal seguire l'identificazione immediata dei concetti di volontà e di persona giuridica, per cui volontà dello Stato (diritto) e personalità giuridica dello Stato finiscono con l'essere, per il Kelsen, una sola cosa (e ciò schiude l'accesso alla via battuta in seguito dal Kelsen, ossia all'identificazione immediata di Stato e diritto). Dallo sviluppo dato dal Condorelli a questo concetto del soggetto giuridico dissento in molti particolari, specialmente nella tesi (pag. 143) secondo cui sarebbe «una necessità di concetto» affermare che il soggetto giuridico abbia sempre ed in ogni caso la c.d. *capacità di agire*: ma su ciò spero di tornare in altro luogo. È da notare però – ricordo ancora una volta che siamo nel campo della teoria generale del diritto – che la definizione del soggetto giuridico come centro di riferimento – o di imputazione che dir si voglia – di attività giuridicamente qualificabile, ossia rilevante come esercizio di potestà o esecuzione o inadempimento di obbligo, è l'unica ammissibile dal punto di vista rigorosamente formale: in essa, infatti, se ben si guarda, non si tiene più in alcun conto l'elemento dello scopo (che tanto influsso ha avuto nello svolgimento della dottrina della persona giuridica) perché questo attiene alla considerazione dell'azione come

Il soggetto giuridico, perciò, sta all'ordinamento giuridico come il tutto sta alla parte: ogni ordinamento giuridico, in quanto tale, è una totalità giuridica chiusa a sé stante costituita da una pluralità di soggetti come centri di riferimento di attività giuridicamente qualificabile. Questi ultimi sono altresì *termini* di relazioni giuridiche, sempre, si badi bene, *interne* all'ordinamento. Sicché, non si può mai parlare a rigore di un rapporto giuridico tra l'ordinamento e un soggetto che ne faccia parte: perché l'ordinamento, in quanto tale, non è *termine* ma *campo* o *sfera* di rapporti giuridici. Può parlarsi di rapporto giuridico tra l'ordinamento ed un altro soggetto solo quando il primo non venga più in considerazione come ordinamento sibbene come persona giuridica: e in tal caso ci si trova, per dir così, automaticamente, nell'àmbito di un ordinamento giuridico superiore che comprende tanto il primo quanto il secondo soggetto giuridico. Ma in questo caso, quando cioè ci si metta dal punto di vista dell'ordinamento giuridico superiore, il primo ordinamento non è più giuridico in sé e per sé, ma è, semplicemente, l'ordinamento interno di una persona giuridica. È noto infatti che l'attività della persona giuridica (nel senso tradizionale dell'espressione) è formata da una pluralità di attività che vengono *staccate* dai soggetti, cui sono immediatamente o *materialiter* imputabili, e *riferite* al loro tutto, ossia alla persona giuridica. L'attività di questi soggetti è giuridica e i soggetti cui tale attività è imputabile sono soggetti giuridici se ci si pone dal punto di vista dell'ordinamento della persona: è un'attività *di fatto* e di soggetti, cui essa è imputabile, sono, per adoperare l'espressione ormai tradizionale, «organi», se ci si mette dal punto di vista dell'ordinamento di cui la persona giuridica è parte.

In altri termini, quando si guarda all'ordinamento giuridico, non viene in considerazione la personalità giuridica di questo, ma solo la personalità giuridica degli elementi che lo compongono. Quando si guarda alla persona giuridica, non viene in considerazione l'ordinamento di questa ma l'ordinamento di cui questa fa parte.

Il che, se non c'inganniamo, mostra in maniera definitiva la relatività dei concetti di ordinamento giuridico e di persona giuridica: ciò che è ordinamento giuridico da un punto di vista, non è più tale da un altro: la personalità giuridica appare da un certo punto di vista e sparisce da un altro. Lo stesso deve dirsi del concetto di sistema di norme giuridiche: perché questo è inscindibilmente legato a quello di ordinamento giuridico e l'uno segue fedelmente le sorti dell'altro. Ma su quest'ultimo punto è

azione *ad finem*: laddove il rigido formalismo deve mettere in prima linea la considerazione dell'azione come azione *sub lege*.

inutile dilungarci perché non è nostra intenzione offrire, sia pure di scorcio, una trattazione di teoria generale del diritto[191].

7. Prima di vedere come debbano applicarsi tali criteri nei riguardi dello Stato, sarà bene ricordare quel doppio significato dell'espressione «Stato» cui si ebbe occasione di accennare nelle pagine precedenti[192]. Venendo poi al centro del problema, è da osservare che, quando si parla dello Stato come ordinamento giuridico, si confondono spesso due cose ben distinte: altro è l'*ordinamento giuridico statuale* e altro è l'*ordinamento della persona giuridica «Stato»* in quanto persona giuridica nell'àmbito dell'ordinamento giuridico statuale.

Quando si parla del primo, si allude a *tutto* lo Stato come «comunità territoriale» che dal punto di vista rigorosamente formale deve essere concepita, appunto, come ordinamento di soggetti giuridici. Questo ordinamento, in quanto tale, o, per essere più esatti, in quanto venga considerato in sé e per sé, non è persona: ed è assurdo, in questo caso, parlare di un rapporto tra lo Stato come soggetto giuridico e il soggetto giuridico «cittadino», «società commerciale» e via dicendo, perché allora lo Stato non è termine di rapporto giuridico ma àmbito o sfera di rapporti giuridici. Nell'ordinamento giuridico statuale *può* esservi una persona giuridica «Stato»[193] come il *soggetto principale* dell'ordinamento giuridico,

[191] I criteri enunciati in questo paragrafo non sono, come vede subito chi abbia una certa conoscenza della dottrina giuridica, del tutto nuovi: essi si riattaccano in particolar modo ad alcune vedute avanzate dal Romano nel cit. vol. *L'ordinamento giuridico*, le quali si reggono benissimo anche senza il presupposto: diritto-istituzione. Debbo osservare poi che impropriamente il R. parla di «relazioni tra ordinamenti giuridici»: si tratta in realtà di casi di sussunzione e di riassorbimento – anche parziale – di un sistema e di un ordinamento in un altro sistema ed ordinamento.

[192] Cfr. Capo VII, § 6, nota 172.

[193] Se e quando possa parlarsi di una persona giuridica «Stato» è questione da affrontarsi volta per volta sulla base dell'interpretazione delle norme del sistema detto appunto «statuale» (e che può considerarsi nella sua unità o pur anche scindersi in altrettanti sottosistemi, ognuno dei quali, alla propria volta, può essere considerato come originariamente giuridico, oppure, sotto un altro punto di vista, come giuridico per derivazione e riflesso del sistema di cui fa parte). Circa il valore pratico che può avere la costruzione dello Stato come persona giuridica non è da omettere questa osservazione: e cioè che la personalità giuridica dello Stato, utile ed indispensabile finché si ponga come sostrato di questa il c.d. accentramento politico ed amministrativo, non ha più la medesima importanza in caso di «decentramento». Ma qui si entrerebbe nel problema dei rapporti tra la considerazione giuridica e la considerazione politica (*lato sensu*) o, per essere più precisi, del valore e della funzione che

quello cioè che coordina e subordina a sé gli altri soggetti giuridici. Questa persona giuridica «Stato» ha un proprio ordinamento: il quale è ordinamento giuridico se lo si considera in sé e per sé, è ordinamento interno se lo si considera dal punto di vista dell'ordinamento giuridico statuale[194]. Il quale va anche chiamato così per la preminenza che ha in esso la persona giuridica chiamata Stato[195]: se si vuole un paragone non sapremmo trovar di meglio che ricordare il sole e il sistema detto solare.

Quando l'ordinamento giuridico statuale venga considerato come persona, cessa *ipso facto* la personalità dei soggetti che lo costituiscono e si è già nell'àmbito di un altro ordinamento giuridico: l'ordinamento giuridico interstatuale. Teoricamente questo trasformarsi dell'ordinamento giuridico in persona giuridica costituente un elemento di un ordinamento giuridico superiore potrebbe ripetersi all'infinito: praticamente si arresta al

può avere la seconda rispetto alla prima e viceversa: problema che sarà affrontato nel seguito di questi studi.

[194] Così si risolve la questione circa la giuridicità o meno dei rapporti tra gli «organi» della persona giuridica (interna) Stato. V. una critica della teoria che concepisce tali rapporti come semplicemente interni e quindi giuridicamente irrilevanti (Jellinek, Ranelletti, ecc.) in Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pag. 80-82. Non è esatta però l'affermazione del Romano (*op. cit*., pag. 84) che un rapporto giuridico possa anche correre tra entità che non abbiano personalità o, per meglio dire, soggettività giuridica. S'intende che bisogna abbandonare la concezione *statica* del soggetto giuridico e accedere a quella *relativistica* e *dinamica* (va da sé che con ciò non si esce per nulla dall'àmbito naturalistico) qui delineata. La personalità può essere talvolta limitata ad un solo rapporto e poi sparire, perché ciò che è soggetto in questo rapporto può diventare «organo» di un'altra persona giuridica in altri rapporti. V. un esempio in Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1915, pag. 648, a proposito della personalità giuridica delle università siciliane in base alla legge 13 luglio 1905. Non mi sembra giusto, poi, definire, come fa il Ferrara (*op. cit.*, pag. 299) la dottrina dello Affolter, *Zur Lehre von der Persönlichkeit des Staats* (*Archiv. f. öff. Recht*, 1906, pag. 374) in cui è messa in rilievo l'impossibilità di considerare l'ordinamento giuridico statuale come persona giuridica rispetto ai soggetti che lo compongono, appunto perché il tutto non può venire, come tale in relazione con le parti, essendo da per sé stesso la relazione tra le parti – non mi sembra giusto, ripeto, definire una simile concezione come un «traviamento mentale».

[195] Non è superfluo mettere in rilievo che la distinzione tra ordinamento giuridico statuale e persona giuridica «Stato», avente un proprio ordinamento, è tutt'altro che destinata a restare nel campo della teoria generale del diritto. Le sue conseguenze sono importantissime: basti accennare alla differenza d'impostazione che ha il problema del rapporto tra Stato e territorio a seconda che si prenda in considerazione l'ordinamento giuridico statuale o la persona giuridica «Stato», e ancora, a seconda che la persona giuridica «Stato» venga considerata sotto il punto di vista dell'ordinamento giuridico statuale oppure sotto quello dell'ordinamento giuridico internazionale. Cfr. su quest'ultimo punto Donati D., *Stato e territorio*, Roma, 1923, introd. e *passim*. Anche la dottrina circa la personalità giuridica, o meno, dei c.d. *poteri* avrebbe bisogno a parer mio, di una radicale revisione.

c.d. diritto internazionale. Ecco perché il Kelsen ha cercato di rievocare per quest'ultimo la «civitas maxima» di wolffiana memoria.

8. Questa la «costruzione dogmatica», o, per esser più precisi, queste le «costruzioni dogmatiche» del concetto di Stato nella Giurisprudenza: dove, com'è ovvio, non possono e non potranno mai essere sostituite da un «concetto filosofico», o sedicente tale, dello Stato, sotto pena di cadere nelle più deplorevoli confusioni.

Nella Giurisprudenza – altrettanto dicasi per la scienza politica e per quella economica, e insomma, per ogni sistemazione di studi naturalistici delle umane cose – non può intervenire che una considerazione dello Stato come realtà che è *inter homines*, e, appunto perché empirica ed oggettiva, condizionata ora dal punto di vista giuridico, ora da quello politico, ora da quello economico e via dicendo[196]; non potranno aversi, perciò, che altrettanti concetti sintetici *a posteriori*, sui quali si combatterà di continuo tra quelli che identificano lo Stato col «potere» o «governo» o «classe dominante», e quelli che considerano lo Stato come «comunità», «*populus sociatus*» e via dicendo; tra quelli che scorgeranno la forma statuale in ogni periodo della storia e quelli che restringeranno la presenza del «fenomeno Stato» ad epoche relativamente recenti. Dibattiti destinati ad essere agitati di continuo, senza che la loro soluzione nel merito possa portarsi – ci si passi l'espressione – avanti il tribunale della filosofia, perché questa non ha la funzione di risolverli nel merito – *quaestio facti*, direbbe Kant –, ma quella di *intenderli* e di indagare la loro genesi spirituale: *quaestio iuris*, potremo ripetere con lo stesso Kant. Altro, dunque, è la ricerca di tutti

[196] I «punti di vista» dai quali può esser considerato lo Stato empiricamente inteso non debbono essere confusi tra di loro: essi possono venire giustapposti, ma a patto di non confondere mai – ci si passi questa espressione – la logica dell'azione *sub lege* con quella dell'azione *ad finem*. Peggio, poi, quando alla confusione tra i vari punti di vista empirici si aggiunga la confusione con la filosofia; perché allora nascono problemi insolubili poggiati su espressioni polisense ed equivoche. Esempio tipico il problema del c.d. Stato di diritto che non ha senso giuridicamente – onde è errata anche la proposizione con cui il Kelsen chiude il libro *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (cit.) affermando che «jeder Staat Rechtsstaat ist», perché lo Stato, nella Giurisprudenza, non può essere concepito che come soggetto o come ordinamento giuridico –; non ha senso filosoficamente perché in filosofia è improponibile il concetto empirico di «Stato»; e ha senso solo nell'àmbito della considerazione politica in quanto esprime una esigenza che assai bene il Salandra, *La giustizia amministrativa*, etc., Torino, 1904, pag. 13 e seg., ha chiamato esigenza del *governo legale*. V. a. su ciò Panunzio, *Lo Stato di diritto*, parte I, s. a., pag. 29, che non riesce, però, ad onta della buona volontà di evitarle, a salvarsi da molte confusioni.

quei concetti di classe i quali si muovono sul presupposto di una realtà che è mera molteplicità di oggetti – l'essenza di quel «senso comune» o «empirismo comune»[197] che si articola e si organizza nelle molteplici scienze – e in cui non si trova lo Stato ma i molteplici Stati, che alla lor volta sono unificazioni astratte di una pluralità di soggetti – Stati *inter homines* – sparsi nello spazio e nel tempo[198]; altro è la ricerca della genesi spirituale, o più esattamente, della *condizione in senso trascendentale* di quei concetti di classe. Solo quest'ultima può dirsi a rigore la vera indagine per l'intelligenza filosofica dello Stato: intelligenza filosofica che è, come ormai dev'esser chiaro per chi abbia compreso il motivo fondamentale dell'immanentismo, *intelligenza della creazione* dello Stato medesimo.

9. Creazione, inutile forse soggiungerlo, in senso rigorosamente metafisico: perché diversamente ricadremmo in pieno empirismo e dovremmo accontentarci daccapo di «forme logiche», costruzioni, schemi, concetti di classe, o comunque vogliano altrimenti chiamarsi, e non perverremmo mai ad un concetto concreto. Il quale concetto concreto non è poi uno tra molti, ma *il* concetto concreto: l'atto spirituale. Atto creatore, perciò, realtà immanente che dà vita agli Stati empiricamente intesi, come a tutte le molteplici e svariate associazioni umane; gli uni e le altre classificabili e distinguibili in infinite guise, ma assolutamente inintelligibili ed opachi ove non si ponga mente che unica è la radice, unica la loro sorgente e il loro sbocco; unica, in altre parole, la loro sostanza, ossia la loro stessa realtà: lo Spirito.

Ma dir questo è appena impostare il problema. Per risolverlo occorrerà richiamarsi a quel che abbiamo detto intorno a quel momento della dialettica spirituale in cui l'oggettività si idealizza nell'unità del soggetto moltiplicandola, senza però trascendere quest'unità stessa. Il mondo che

[197] Cfr. Gentile, *Intorno alla logica del concreto*, in *Giorn. crit. della filos. ital.*, 1924, fasc. III, pag. 274.

[198] È qui l'errore fondamentale della concezione hegeliana dello Stato, ancora oscillante tra il concetto concreto dello Stato etico e l'unificazione logico-intellettualistica della molteplicità degli Stati empiricamente considerati. V. su ciò Croce, *Sulla storia della filosofia della politica*, in *Critica*, a. XXII (1924), fasc. IV, pag. 200-201. Lo Stato è veramente, come dice Hegel (*Lineamenti di filos. del diritto*, cit., trad. cit., § 260, pag. 217), «la realtà della libertà concreta» a patto che non si confonda – e ciò si vedrà meglio tra breve – l'universalità concreta dello Stato etico con la particolarità degli Stati empiricamente considerati come realtà *inter homines*. Diversamente si cade nella statolatria la più equivoca, e, quel ch'è peggio, la più antifilosofica.

chiamiamo «mondo sociale» è, per l'empirismo, il mondo popolato da una molteplicità di soggetti: ma questa molteplicità di soggetti non è, poi, come abbiamo visto, qualcosa che trascenda realmente l'unità del soggetto. La molteplicità dei soggetti non preesiste all'atto in cui e con cui poniamo la nostra personalità, ma si pone in quest'atto stesso: onde noi non annulliamo l'altrui personalità ponendo la nostra, né questa annulliamo per quella, ma, creando l'una e l'altra, in unica battuta le distinguiamo e le unifichiamo. Distinzione ed unificazione, non più semplicemente logica, ma soprattutto tetica e creativa: il che vuol dire che la nostra personalità si pone in un *rapporto assoluto*, in cui è legge dell'altrui personalità solo in quanto questa, alla propria volta, legge della nostra, e in cui poniamo negli *altri* il nostro fine, in quanto siamo, al contempo, il fine degli altri. Questo rapporto assoluto può anche chiamarsi, ove si voglia, *lo Stato*, inconfondibile con tutte le costruzioni «Stato» delle varie scienze, perché condizione, in senso trascendentale, di tutti gli Stati empiricamente intesi, e insomma, di quel «mondo sociale» di cui e su cui discute l'empirismo comune.

10. Rapporto assoluto che è altresì quello *Stato etico*, introvato ed introvabile in qualsiasi forma e specie di Stato empiricamente inteso, eppure immanente sostanza spirituale di ogni Stato che abbia vita effettiva nella coscienza dei suoi cittadini e di ogni e qualsiasi consorzio umano. Poiché l'eticità non è un semplice «punto di vista» particolare, solidificabile in norme o leggi generiche ed astratte, preesistenti all'azione e regolatrici di questa: finché una legge sia presupposta all'azione, essa non sarà *la* legge, ma una delle infinite e innumerevoli leggi che, ancor quando non vengano commentate e «ricostruite» dai giuristi, restano sempre leggi giuridiche: le cosiddette norme morali sono norme giuridiche anch'esse, perché non hanno quel carattere di assolutezza e di universalità che ha la legge in quanto interna all'azione stessa, in quanto cioè principio assoluto ed universale dell'atto spirituale. Quelle norme, infatti, per quanto dette morali, tendono sempre a scindere la libertà e la necessità essendo pur esse presupposte all'azione e quindi non cogliendo di questa che un momento, diremo così, di scorcio e fuggevolmente: e, se così non fosse, non si comprenderebbe mai come anche per esse ed in occasione di esse sia sorta la cosiddetta «casistica morale» che è, a ben guardare, una sorta di Giurisprudenza, né qual punto d'appiglio potessero avere l'etica farisaica e

la morale che fu detta gesuitica[199]. Peggio ancora quando si voglia trovare il diritto nella «socialità» e l'eticità nell'individuo astrattamente considerato, perché l'astratta generalità si equivale a puntino con l'astratta particolarità: ambedue, in quanto scisse l'una dell'altra sono, filosoficamente parlando, ugualmente irreali. L'eticità non è dello Stato empiricamente inteso, né di qualsiasi altra «società» astrattamente considerata, né dell'astratto e irreale «soggetto» che ha fuori di sé una infinità di altri soggetti, ma della realtà tutta, ossia dello Spirito. Solo quando non si perda di vista questo, come rapporto assoluto che è, ripetiamo, lo Stato etico, o, *tout court*, l'eticità, noi possiamo comprendere appieno il valore effettivo di quella conciliazione di autorità e di libertà in cui si ravvisa giustamente l'essenza di ogni Stato che viva realmente nella coscienza dei suoi componenti. L'autorità, infatti, non

[199] Cfr. Croce, *Filosofia della pratica*, cit., parte III, cap. IV. Il concetto che le c.d. norme morali non siano altro che norme giuridiche potrà sembrare, a prima vista, assurdo, perché si è soliti partire dal principio che le norme giuridiche concedano la cosiddetta «pretesa»: ciò, che non attribuirebbero, invece, le norme morali. Ma questo principio si confuta facilmente con la ragione perentoria addotta nel testo, e cioè che la legge, quando sia postulata come esterna e preesistente all'azione, non può non scindere la libertà dalla necessità, (cfr. Capo V, § 1), ossia la facoltà dell'obbligo. Oltre ciò, è da notare che è inesatto, perché ricalcato troppo visibilmente sui c.d. diritti di obbligazione, parlare di «pretesa» e di «prestazione» in luogo delle espressioni più precise e rigorose, di «potestà» o «facoltà» e di «obbligo», soprattutto per la ragione che la «pretesa» non è, in primo luogo, un equivalente concettuale del «diritto soggettivo» la cui essenza è precisamente nella facoltà o potestà, ma un eventuale contenuto di questo (è assai discutibile, [(annotazione autografa) *perciò, se possa ammettersi una categoria di diritti potestativi,*] cui alcuni giuristi vorrebbero fondare la costruzione dell'azione in senso processuale); in secondo luogo, nulla vieta di considerare la pretesa come contenuto eventuale, oltre che del «diritto soggettivo», anche dell'obbligo giuridico: perché nessuna difficoltà di ordine logico può sorgere allorché si voglia parlare di «facoltà di pretendere» e di «obbligo di pretendere» (l'ufficiale della forza pubblica, per fare un esempio, non ha la facoltà, ma l'obbligo di pretendere che non si turbi l'ordine pubblico). Se, perciò, la necessaria antitesi logica tra i termini costitutivi del criterio di valutazione giuridica non è tra «pretesa» ed obbligo, ma tra facoltà ed obbligo, ognun vede quale valore possa avere la distinzione tra norme morali e norme giuridiche, tanto più poi, se prospettata come distinzione filosofica, in base al criterio della «pretesa». Certamente, nell'àmbito del senso comune o empirismo comune si distinguerà sempre tra norme morali e norme giuridiche – o per meglio dire, postulabili come norme giuridiche –: ma l'unica differenza rilevante da questo punto di vista non può ridurli che all'assenza di una libertà come *riflesso* dell'altrui necessità nel caso delle prime; mentre, nelle seconde, la libertà si atteggia non solo come *residuo* – e questa non manca nelle norme morali – della sfera, per dir così, non colpita dalla norma, ma anche come *riflesso* dell'altrui necessità. E ciò perché le prime, ossia le norme c.d. morali riguarderebbero un soggetto che non è il soggetto concretamente inteso, ma un qualsiasi soggetto astrattamente considerato, ossia scisso dalla realtà che è unità e molteplicità insieme; mentre le norme giuridiche propriamente dette riguarderebbero, come si è ricordato più volte, una molteplicità di soggetti.

può essere che il valore della personalità come legge dell'altrui personalità: ma nel rapporto assoluto, che è il vero Stato etico, non ci si può porre come legge dell'altrui personalità senza porre la nostra come fine di quella: così come, alla propria volta, la personalità altrui non può porsi come legge della nostra se non in quanto si ponga come fine di quella. Se tutto ciò è vero, non è chi non veda come l'autorità non sia qualcosa di diverso dalla libertà ma coincida con questa: perché non è autorità che preesista *in re* all'atto in cui poniamo la nostra personalità ma è posta in questo medesimo atto. Quando però, dalla considerazione dello Stato come realtà *in interiore homine* si passi a quella dello Stato, anzi degli Stati, come realtà *inter homines*, l'autorità non è più identica alla libertà ma l'una si distingue e si contrappone all'altra, senza che l'una possa realmente distruggere l'altra, perché diversamente perderebbe la propria ragion d'essere: il principe è niente senza i sudditi, i sudditi si dilanieranno a vicenda senza un principe effettivo: ne abbatteranno uno, ma solo per sostituirlo con un altro[200]. È chiaro, perciò, il divario che corre tra il rapporto di autorità e libertà in quanto immanenti all'atto spirituale e il rapporto di autorità e libertà, entificate, per dir così, e contrapposte l'una e l'altra nello Stato – ed in ogni particolar forma di convivenza umana – empiricamente inteso. Ma è anche chiaro che nel primo è la condizione d'intelligibilità concreta del secondo: questo, senza il primo, resterebbe assolutamente opaco, mero fatto privo d'ogni valore spirituale.

11. Bisogna guardarsi, perciò, dal trasferire nell'àmbito di quello che abbiam detto «senso comune» o empirismo comune, o pensiero ingenuamente realistico, in cui dobbiamo necessariamente ricadere non appena cessi nella mente la vigile attenzione al filosofare *stricto sensu*, tutti quegli atteggiamenti critici e polemici che hanno pienamente valore contro ogni filosofia che non superi realmente la posizione del primo, ma che sono affatto inadeguati contro di questo; altro è, ripetiamolo ancora una volta, la critica che è polemica e sostituzione di un concetto filosoficamente vero

[200] Donde, poi, il principio liberale espresso incisivamente dal Gioberti, *Prolegomeni al Primato*, Napoli, 1848, pag. 19: «... la libertà, senza imperio, riesce licenziosa, e quindi è tirannide degli scapestrati suoi savi: similmente l'imperio senza libertà diventa dispotico, e però è licenza di uno o di pochi, che a norma del loro capriccio malmenavano l'universale». V. a. una diversa ma pur tuttavia analoga proposizione in Croce, *Politica in nuce*, cit., pag. 135 e segg., dove si fa gran luce su parecchie questioni empiriche di solito presentate in veste filosofica, per quanto la, diciam così, purificazione dalle scorie dell'empirismo politico, filosoficamente travestito, non possa dirsi definitiva e completa.

ad un concetto falso, altro la critica filosofica come analisi trascendentale di concetti che non abbiano alcuna pretesa filosofica ed esplichino, per così dire, le loro funzioni nell'àmbito di questa o di quella scienza. È ovvio, infatti, che, a parte la figura un po' comica di una filosofia che volesse pigliarsela ad ogni costo col senso comune per aggiustarlo e riformarlo a modo proprio – *il s'agit d'un chapon et non pas Aristote*, sarebbe il caso di dire allora –, non si solleverebbe affatto l'empirismo a filosofia ma si abbasserebbe, né più né meno, la filosofia ad empirismo. Il che avverrebbe in maniera tipica qualora di due dottrine empiriche in contrasto, se ne criticasse, se ne confutasse, una sola: con ciò la filosofia assumerebbe le difese dell'altra e s'identificherebbe con questa. Così p. es. svalutare come dottrina filosofica l'astratto ugualitarismo non vuol dire che più vero di questo sia il suo opposto, l'assolutismo. Si può svalutare come concezione filosofica, riportandola sul terreno della considerazione politica, ogni democrazia a sfondo più o meno giusnaturalista ma a patto di trattare alla stessa stregua ogni concezione opposta. La realtà, ossia lo Spirito o Stato etico, è insieme autorità e libertà, democrazia ed aristocrazia. Bisogna sempre, perciò, andare più in là e vedere dove siano le radici dell'una e dell'altra concezione empirica, perché diversamente si lascerebbe sussistere il presupposto che lo spirito possa trarre il proprio contenuto da qualche cosa che lo trascenda, e non da sé stesso.

Così, per concludere con un ultimo esempio, svalutare, come abbiam fatto noi, il concetto delle leggi come regolatrici *ab extra* dell'attività umana non significa punto affermare l'inutilità o l'irrazionalità delle leggi. È inoppugnabile che la vera legge sia la legge della nostra coscienza, come la vera società è quella che noi realizziamo in quel rapporto assoluto di cui abbiam parlato: ma è altrettanto vero che ciò non avviene *immediate ac naturaliter*. La società, lo Stato, esistono solo in quanto li creiamo noi, ponendo e risolvendo senza posa i problemi che in essi si assommano e fanno un unico problema sempre risoluto e sempre da risolvere. Tra quei problemi vi sono pure le leggi: che non sono semplicemente concetti di classe e descrizioni di uniformità di «contegni» ma altresì esperienze storiche condensate e solidificate in formule: esperienze che han bisogno di essere continuate e fecondate. Sicché, il dire ch'esse vengono negate nella sintesi sempre nuova dell'azione, non dev'essere interpretato empiricamente, nel senso cioè che l'individuo assuma sempre un «contegno» che rientri in un tipo diametralmente opposto a quello descritto nella legge. Chi vuole lo Stato, non può non volerne le leggi – che osserverà, ben s'intende, in maniera affatto individuale – se esse s'impongono come problemi che è

necessario risolvere perché possa risolversi poi quel più ampio problema che è lo Stato medesimo. E così dicasi di ogni altra legge – il nostro immanentismo non è estetismo anarcoide –, in cui la coscienza ravvisi, volta a volta, un problema che impegna a fondo la personalità umana, un elemento di quel patrimonio sacro, che si annulla di colpo se non viene arricchito e potenziato infaticabilmente, il patrimonio spirituale della nostra Umanità.

4.
IL CONCETTO DEL DIRITTO E LA *«PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI»*

A Luigi Biamonti

CAPO I
Il fondamento della Giurisprudenza come scienza naturalistica

1. Riconoscere, nella Giurisprudenza, i caratteri di una scienza naturalistica vera e propria[1], significa essenzialmente ravvisare in essa una *sistemazione autonoma di concetti di classe*; il carattere astratto e classificatorio delle formazioni concettuali scientifico-naturalistiche, sebbene spiegato e giustificato diversamente a seconda de' varî indirizzi filosofici contemporanei, può dirsi ormai incontroverso[2].

---

* *Il concetto di diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Catania, 1940.

[1] Sono note le obiezioni mosse dal Kirchmann, dal Chamberlain e dal Rickert alla tesi – indiscussa dai giuristi – che la Giurisprudenza costituisca una scienza (*stricto sensu*): v. contro, Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905, pag. 168, nota; Ravà, *La classificaz. delle scienze e le discipline soc*., Roma, 1904, pag. 92; ma specialmente Cesarini-Sforza, *Il concetto del dir. e la Giurispr. integrale*, Milano, 1913, *passim*; *Sulla possibilità di una scienza giuridica pura*, in *Rivista critica di Scienze Sociali*, a. 1, 1914 n. 8-9. Nei più recenti autori tedeschi, (Stammler, Baumgarten, Kelsen, F. Kaufmann) il carattere scientifico della Giurisprudenza non si discute più. Tutt'altro che pacifici, però, sia nella nostra dottrina che in quella straniera, sono i limiti – e i termini medesimi – della distinzione tra scienza e «tecnica giuridica».

[2] Si ha infatti, da una parte, l'indirizzo empirio-critico che giustifica le scienze naturalistiche in base ad un criterio «pratico», o, come è stato anche chiamato, economico; la scienza sarebbe opera di volontà, non di pensiero: il che costituisce altresì, com'è noto, il fulcro della *Logica* del Croce, (Bari, Laterza, 1917); dall'altra, una giustificazione che non ricorre all'elemento della volontà, come qualcosa di assolutamente distinto dal pensiero – e tale che la presenza dell'una escluda e renda meramente «implicita» la presenza dell'altro – che ravvisa nel carattere astratto e classificatorio delle scienze una necessaria conseguenza della posizione ingenuamente realistica del pensiero. V. per questo concetto, Gentile, *Sommario di Pedagogia*, vol. I, Bari, 1920, pag. 66: D'Amato, *Einstein e la filosofia*, in *Giorn. crit. della*

Ma la Giurisprudenza, in tanto può dirsi scienza, ossia sistemazione autonoma di concetti di classe, in quanto alla base di questi vi sia una *forma logica* fondamentale che unisca organicamente tutte le classificazioni dei *fatti* che costituiscono l'*oggetto* della scienza in parola. Questa forma logica, perciò, segna al tempo stesso, non solo il punto di partenza, ma anche il punto di arresto di ogni generalizzazione valida nell'àmbito della scienza giuridica: *essa non è altro che il concetto del diritto*[3].

È necessario, però, mettere in luce uno degli aspetti più salienti, anzi, la funzione precipua della forma logica su accennata.

Una scienza naturalistica è, *per definitionem*, scienza di fatti: nella posizione gnoseologica in cui si svolge l'indagine scientifica (*stricto sensu*) la realtà non può esser concepita che come una moltitudine di fatti da «osservare»[4]. E siccome non vi è *la* scienza, bensì diverse scienze, sorge spontaneamente la domanda: in base a quale criterio si opera la scelta dei fatti assunti come oggetto d'indagine di una determinata scienza?

È stato giustamente osservato dal Le Roy: «Il senso comune ragiona come se l'esperienza fosse recezione pura, come se essa consistesse in un consulto, ove la natura risponderebbe con un verdetto sovrano davanti al quale ci si dovrebbe inchinare senz'altro: nel quale, lo spirito, per conseguenza, sarebbe passivo e si limiterebbe soltanto a registrare gli ordini venuti dall'esterno. Questa concezione non risponde affatto alla realtà delle cose. La scienza non conosce il *fatto in sé* ma solo il *fatto relativo ad un sistema teorico*. Per essa, i fatti non sono definibili astrattamente, ma solo e mediante il sistema che li produce e se li assimila. In tal modo

filosofia italiana, 1922, pag. 278-279. È perciò insostenibile l'affermazione del Maggiore, in *Rivista intern. di filosofia del diritto*, 1925, pag. 646, non potersi cioè assumere il carattere astratto e classificatorio dei concetti scientifici se non sulla base dell'empirio-criticismo o della logica crociana. V. a. i miei *Contributi ad una critica gnoseologica della Giurisprudenza*, I, Roma, 1925, pag. 11 e seg. e la nota 145 *[qui a pag. 41 e segg., n.d.c.]* a pag. 108 *[qui a pag. 101, n.d.c.]*. Per quanto questa distinzione tra le scienze e la filosofia cominci a delinearsi nettamente solo con l'idealismo post-kantiano, se ne possono vedere le prime intuizioni in Aristotele, *Metaphys*. V. 1-2 (ed. Firmin – Didot, Parigi, 1887, vol. II, pag. 534-536). V. Croce, *Logica*, cit., pag. 357.

[3] Fondamentale, per questa tesi, è il libro del Del Vecchio, *I presupposti*, cit., pag. 110 e seg. Si badi però, ch'essa è compatibile solo col *carattere scientifico* del concetto del diritto. Lo stesso D. V., del resto, parla del concetto del diritto come di una «astratta unità» (*ibid.*): ossia di quella *astratta* unificazione di un molteplice *dato* in cui consiste il concetto scientifico: astratta, appunto perché l'unità (idea, concetto) ha fuori di sé medesima la molteplicità (fatti, dati, fenomeni).

[4] Scrivo così questa parola per mettere in evidenza come qui si abbia cura di conservare, o meglio, di tener presente la posizione mentale dello scienziato, per il quale la realtà è mera oggettività.

non esistono per essa che *fatti qualificati* – fatti matematici, fisici, chimici, biologici, psicologici, sociologici, ecc., – non fatti suscettibili di essere costituiti anteriormente, indipendentemente dall'uso che si deve farne, indipendenti dalla dottrina che li suscita e in seno a cui nascono»[5].

2. Ora, la funzione precipua della forma logica che sta a base di una scienza è proprio questa: *determinare il criterio generale di qualificazione*, che investe tutti i fatti assunti come oggetto d'indagine della scienza medesima. Tali fatti, in altri termini, in tanto possono venire assunti come oggetto di «osservazione» e di classificazione, in quanto siano investiti tutti quanti di un unico predicato. Le varie uniformità che la scienza costruisce sorgono tutte quante sulla *uniformità fondamentale* – non suscettibile cioè di venire assorbita in un'altra uniformità – costituita dalla forma logica che sta a base di essa. Sotto questo aspetto la forma logica su detta può anche considerarsi come la *legge fondamentale* dei fatti assunti come oggetto d'indagine di una scienza[6]. Ciò implica necessariamente, la *immanenza del criterio generale di qualificazione* in tutte le classificazioni elaborate nell'ambito di una scienza: ossia la condizione essenziale perché tali classificazioni possano costituire un sistema, un organismo concettuale.

3. Il quesito – quali sono i *fatti* che la Giurisprudenza «osserva» e classifica? – può, a prima vista, apparire ozioso, perché, se si fa eccezione di poche voci discordanti (anche tra loro) si è sempre pensato che l'oggetto della scienza giuridica fosse costituito da norme di condotta, in certe guise differenziate da altre. La scienza del diritto, si pensa, è la scienza che ha per oggetto il diritto[7]: e poiché nel linguaggio comune «diritto» e «norme giuridiche» finiscono con l'identificarsi, si arriva senz'altro alla conclusione che la Giurisprudenza abbia per oggetto certe categorie di norme di condotta.

A rafforzare codesto ragionamento contribuisce certamente la considerazione che l'attività mentale del giurista moderno si volge in primo luogo a chiarire e sviluppare il senso e la portata del contenuto dispositivo

[5] Le Roy, *Sulla nozione di verità*, aggiunta come appendice alla trad. ital. di *Scienze et philosophie*, Lanciano, Carabba, 1913, pag. 115.

[6] Cfr. Cesarini-Sforza, *Il concetto del diritto*, etc., cit. pag. 39 e seg.

[7] V. p. es. Baumgarten, *Die Wissenschaft vom Recht. u. ihre Methode*, I, Tübingen, 1920, pag. 2.

di norme.

Senonché, tenendo presente l'assunto da cui si son prese le mosse, e cioè il carattere classificatorio dei concetti delle scienze naturalistiche, è facile osservare che, se la Giurisprudenza non avesse altro oggetto che norme, essa dovrebbe esaurirsi in un sistema di classificazioni di norme: sicché tutte le altre classificazioni, a partire da quelle dei c.d. diritti soggettivi, avrebbero un valore puramente secondario. Il che basta, pel momento, per farci respingere la tesi in esame.

Quanto all'interpretazione, poi, è bene chiarire fin da ora, che essa, a rigore, *è un presupposto logico della costruzione scientifica* («dogmatica»).

Prima che il giurista possa parlare di obblighi, di poteri, di istituti in certe guise differenziati da altri è necessario che il contenuto dispositivo delle norme da cui scaturiscono gli obblighi e i poteri, su cui sono fondati i varî istituti, gli sia ben chiaro. E a nulla vale obiettare che certi criteri d'interpretazione, come p. es. quello detto logico-sistematico non possano essere adoperati che dal giurista: perché è ovvio che, chiarire il senso e la portata di alcune norme – la loro *vis ac potestas* – in armonia col contenuto dispositivo di altre norme, già interpretate, significa semplicemente spiegare un'attività interpretativa più sicura, più rigorosa, ma che per nulla differisce qualitativamente dall'interpretazione – nel senso preciso di questa espressione[8].

[8] Se realmente la Giurisprudenza avesse, come proprio oggetto l'interpretazione di norme storicamente date, bisognerebbe dare ragione al Kirchmann e a tutti gli altri negatori del carattere scientifico dell'indagine giuridica. V. Cesarini-Sforza, *Sulla possibilità di una scienza giuridica pura*, cit., pag. 4 dell'estr. In realtà, quanto diciamo sul valore dell'interpretazione è sostanzialmente condiviso dalla gran parte dei moderni giuristi: v. per tutti (sostanzialmente orme dello Jhering, *Der Geist d. röm. Rechts*, trad. franc., Vol. III, Paris, 1887, pag. 51: l'interpretazione è il campo di attività della *giurisprudenza inferiore*: essa «n'est point une opération esclusivement juridique…», anzi «doit encore être en tout temps l'opération initiale que la jurisprudence exécute sur la matière première législative. Pour construire elle doit d'abord interpréter»), Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1920, pag. 239-240. V. a. contro la tesi che riduce l'oggetto della scienza giuridica a norme (però sotto un angolo visuale del tutto differente dal nostro), Kallab, *L'oggetto della scienza giuridica* in *Rivista intern. di filosofia del dir*., 1922, pag. 20-22. Sul principio criticato nel testo si fonda la concezione kelseniana della Giurisprudenza come «scienza normativa». Cfr. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, pag. 6: Der normative Charakter der Rechtswissenschaft äussert sich negativ darin, dass sie, tatsächliches, der Welt des Seins angehöriges Geschehen nicht zu erklären hat, d. h., also keine explikative Disziplin ist; positiv aber darin, dass sie zu ihrem Gegenstande Normen hat, aus denen – und nicht aus dem wirklichen, unter dem Kausalgesetz stehenden Leben – ihre besonderen Rechtsbegriffe abzuleiten sind». Senonché le norme giuridiche (statuali) che dovrebbero costituire un "Sollen" sono poi, dallo stesso K. dichiarate eteronome (v. *op. cit.* pag. 14, 41 e seg.): il che non è affatto neo-kantismo ma semplice mescolanza di empirismo e di filosofia. Quel ch'è più curioso, il Kelsen crede di poter

La verità è che la Giurisprudenza è scienza naturalistica, si, ma di *cose umane*, ossia dell'umana attività, e precisamente di quella che si chiama «attività pratica»[9]: questa osservazione, del resto, è tutt'altro che nuova[10]. I fatti che costituiscono l'oggetto della Giurisprudenza, non possono essere, perciò, che le azioni umane.

4. Dev'esser chiaro, però, che le azioni umane non possono venire considerate nella loro storica individualità da una scienza naturalistica: classificazione e individualità storica sono termini incompatibili. La scienza naturalistica, infatti, non sa che cosa farsi dell'individuale quando non possa ridurlo a mero «particolare» da accomunare con altri particolari in una legge, in un concetto di classe. L'individuale, insomma, non appena sia considerato naturalisticamente non è più *necessario* in sé e per sé, e non conserva altro valore oltre quello di essere «esempio» di uno schema, di una generalità[11].

E in realtà la scienza giuridica si occupa di questa o di quell'azione storicamente individuata solo per eliderne tutto ciò che impediva di farla rientrare in questo o in quel *tipo* di «contegno».

Ogni concetto di classe, del resto, in quanto tale, è essenzialmente

dare così l'ostracismo al diritto naturale!

[9] Nella considerazione naturalistica, la distinzione tra attività teoretica e attività pratica è ineliminabile: *distinzione essenzialmente relativa* perché inversione della *relazione assoluta* di *teoria* e di *praxis* in cui consiste la realtà spirituale, ossia la sintesi *a priori*. V. su quest'ultimo punto i miei *Contributi* cit., pag. 95-100 *[qui a pag. 92-97, n.d.c.]*.

[10] Esattamente il Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1912, capo I e *passim* mette in luce che il «criterio giuridico» ha per «campo di applicazione» le azioni umane. V. a. Cesarini-Sforza, *Il conc. del dir. e la Giurispr. integr.*, cit., *passim*, spec. capo III; *Su la possibilità*, etc. cit., pag. 10-11; Levi, *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico*, Genova 1914, *passim*, spec. P. II, Cap. III; *L'indirizzo giuridico nella filosofia del diritto*, in *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, 1924, pag. 26 e seg.

[11] Si veda su questo punto l'opera del Rickert, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, 2ª ed., Tübingen, 1913, Cap. III, *passim*, spec. pag. 227: su cui si legge sempre con profitto, anche dissentendo su alcune conclusioni, il vigoroso saggio del Ravà, *Il valore della storia di fronte alle scienze naturali e per la concezione del mondo*, Roma, 1904 (v. spec. pag. 80 e seg.). Le osservazioni contenute in questo paragrafo mirano principalmente a confutare le argomentazioni addotte dal Rickert (op. cit., cap. IV, § VIII, spec. pag. 528 e segg.) contro il carattere scientifico della Giurisprudenza, da lui concepita, (insieme con altre «Kulturwissenschaften», come p. e. la economia) come qualcosa che stia a mezza strada fra le scienze naturalistiche e la storia, non essendo precisamente né una di quelle né una parte di questa.

astorico o *metastorico* che voglia dirsi. Ciò non toglie che il suo contenuto possa dirsi, in un certo senso, storico, *se* fondato su differenze *reali*, ossia storicamente date. I concetti giuridici elaborati in questa o in quella sistemazione particolare di problemi giuridici storicamente determinati, hanno perciò un contenuto che può dirsi storico[12]: essi rappresentano, quindi, un compromesso tra lo schematismo proprio del concetto di classe e la considerazione storica – chiamiamola per intenderci (pseudo) storicismo – che ha fornito, per così dire, la materia prima della classificazione.

Ma questi medesimi concetti non potrebbero mai concorrere a costituire una scienza se non fossero legati tra loro da una uniformità fondamentale. Nessuno di essi, infatti, potrebbe avere una propria autonomia perché la presenza dell'elemento (pseudo) storicistico li lascerebbe alla mercé di qualunque ulteriore generalizzazione, in cui verrebbero assorbiti come semplici particolari: pur essendo già dei *generalia*, la presenza di un simile elemento offrirebbe sempre materia ad una ulteriore generalizzazione: generalizzazione che nulla potrebbe avere di scientifico e di rigoroso ove non ne fossero segnati il criterio direttivo e i limiti.

Senza un ben definito «punto di vista» che presieda alla generalizzazione, questa non potrà mai avere un carattere sistematico; quel che distingue, cioè, le generalizzazioni del senso comune da quelle della scienza naturalistica[13].

È indubitabile, ora, che se i limiti e il criterio direttivo delle generalizzazioni valide nell'ambito della scienza giuridica non possono essere segnati che dalla legge o uniformità fondamentale che sta a base di essa scienza, ossia dal concetto del diritto, il contenuto di questo dovrà necessariamente dirsi astorico o metastorico, in opposizione al contenuto storico dei concetti giuridici particolari. Sicché il concetto del diritto non può consistere in un compromesso simile a quello or ora accennato: perché allora si ripeterebbero – e sarebbero difficoltà esiziali, trattandosi della legge fondamentale di una scienza – tutte quelle possibilità di

[12] Cfr. Cesarini·Sforza, *Il Conc. del dir.*, etc., cit., pag. 48.

[13] Che la differenza tra le scienze naturalistiche e il senso comune, ossia la considerazione ingenuamente realistica della vita, sia di grado e non di qualità (relativa, cioè non assoluta), e consista appunto nella maggiore organicità delle prime in confronto alla frammentarietà o asistematicità del secondo: ciò è uno dei pochi punti saldamente acquisiti alla moderna critica delle scienze. V. p. es. Carlini, *La vita dello Spirito*, Firenze, 1921, pag. 144; Varisco, *Lineamenti di filosofia critica*, Roma, 1925, pag. 21; nettamente sulle orme del Bergson, Le Roy, *Science et philosophie*, trad. cit., pag. 100. V. a. i miei *Contributi etc. cit.*, pag. 24, nota *[qui a pag. 49 e seg., n.d.c.]*. Ciò mostra, prima di tutto, l'insostenibilità dell'empirio-criticismo e della dottrina crociana circa il preteso carattere esclusivamente pratico dei concetti scientifici. Torno a ricordare, su quest'ultimo punto, le osservazioni, a parer mio decisive, del D'Amato, nel cit. art. *Einstein e la filosofia*.

ulteriore generalizzazione accennate per i concetti giuridici particolari. La Giurisprudenza, in tal caso, non potrebbe mai costituire una sistemazione autonoma di concetti di classe, perché nessuna autonomia logica avrebbero, non solo i suoi concetti particolari, ma anche la sua legge fondamentale – che non potrebbe più, a rigore, definirsi in tal modo.

A differenza, quindi, dei concetti giuridici particolari, il concetto del diritto deve consistere *in una mera forma logica da cui sia assente ogni contenuto storico*. In ciò consiste, appunto, la differenza tra i primi e il secondo. E il perché non è difficile a comprendersi: la sistematicità delle classificazioni (o uniformità) è condizionata da una classificazione (o uniformità)-base che comprenda entro di sé tutti i *possibili fatti*[14] da assumere come oggetto delle varie classificazioni. Tale classificazione-base, in quanto delimita l'ambito in cui sorgono le classificazioni particolari, determina con ciò una *qualificazione generale*, ma logicamente autonoma, dei fatti inclusi in queste classificazioni: le quali sono *identità* che si costruiscono *su differenze reali*, mentre la prima è *identità su cui* sorgono delle *differenze di tipi*. Senza la legge fondamentale, avente un contenuto come quello descritto or ora, i vari concetti giuridici particolari, pur rappresentando delle *identità di differenze*, sarebbero poi, nel contenuto, differenti tutti quanti tra loro, nel senso, cioè, che non avrebbero tra loro alcun elemento comune: ma, non avendo alcun elemento comune, il loro carattere scientifico (*stricto sensu*) svanirebbe.

In conclusione, il principio secondo cui il concetto del diritto deve consistere in una mera forma logica, da cui sia assente ogni contenuto storico, può anche formularsi così: *la qualificazione giuridica dev'esser fondata su un criterio astorico*.

[14] Cfr. Del Vecchio, *I presupposti*, cit., pag. 119. La distinzione tra *esperienza reale* e *esperienza possibile*, però, è valida solo quando si abbia di mira la posizione della scienza naturalistica, dove l'esperienza si atteggia a spettatrice e non a creatrice della realtà. Ciò, del resto, conferma quanto si è osservato da molti circa gl'intendimenti immediati della *Critica della ragion pura*. Si comprende perfettamente, dopo ciò, come il concetto del diritto, sia, giusta la dimostrazione del Del Vecchio, forma logica *a priori*; ma questo *a priori* è empirico, inconfondibile, cioè, con la sintesi *a priori*, perchè non costituisce, ma presuppone la realtà e la presuppone come mero *oggetto*.

CAPO II
Critica della dottrina dei caratteri differenziali del diritto

5. Esaminiamo adesso il procedimento tradizionale con cui si è cercato e si cerca di determinare il concetto del diritto, ossia la dottrina dei «caratteri differenziali» delle norme giuridiche.

Fondamento remoto e fondamento prossimo di questa dottrina sono, rispettivamente, le due vedute criticate nei paragrafi precedenti: la tesi che riduce l'oggetto della Giurisprudenza a norme, e quella secondo cui il concetto del diritto potrebbe e dovrebbe consistere nella descrizione schematica di fatti assunti come storici. Ora, nella dottrina dei caratteri differenziali del diritto, il *genus proximum*, ossia il concetto di norma di condotta, non è altro che lo schema della coesistenza di vari gruppi di norme, come fatti storici o storicamente constatabili[15]. Dev'esser chiaro perciò, che il punto di partenza di questa teoria è già fuori strada per la determinazione della legge fondamentale di una scienza naturalistica: perché – ripetiamolo – un semplice compromesso tra lo schematismo che deve esser proprio di essa legge, e la considerazione (pseudo) storica è in perfetta antitesi con la necessaria astoricità della legge in parola.

La miglior prova di questo ragionamento è in ciò che il concetto di norma di condotta, preso nel su descritto significato, non può darci alcun criterio di qualificazione dell'attività umana. E se non vi riesce il *genus proximum*, non può riuscirvi certamente nessuna *differentia specifica*, poiché questa, dato il punto di partenza, non può esser altro che differenza storicamente constatabile tra gruppi e gruppi di norme di condotta.

6. E d'altro lato è indiscutibile che se il concetto di norma di condotta, preso in un significato del tutto diverso, dovesse contenere un criterio autonomo di qualificazione delle azioni umane, la validità logica della dottrina dei caratteri differenziali del diritto sarebbe distrutta di colpo.

Se ben si osserva, infatti, il concetto di norma di condotta presuppone un principio che si è dato sempre per dimostrato, tanto che si può anche parlare di un vero e proprio assioma del senso comune: il principio cioè, che le azioni umane possano essere regolate e dirette da norme (o leggi

[15] Si ricordi il "sistema regolatore sociale" di cui parlarono p. es. i positivisti.

che si voglia dire), ossia da *volizioni obiettivate*: aventi, cioè, una esistenza indipendente della volontà degl'individui cui spetta, mediante una condotta *conforme* a ciò che in esse è prescritto, di realizzarle.

Ciò posto, è facile vedere come il concetto di norma di condotta sia, prima di tutto, la *forma logica generale di un rapporto tra norma e attività pratica come regola e regolato*. Orbene: una volta istituito siffatto rapporto, tutto ciò che dell'attività appare vincolato dalla norma e reso necessario rispetto a questa viene ad esser qualificato come *doveroso*; con altra espressione, come obbligatorio. Ciò che non viene investito direttamente, ma che pur tuttavia non si sottrae alla *efficacia necessitativa* della norma medesima, viene ad essere qualificato come *lecito* ossia facoltativo, o potestativo che si dica: all'opposto viene ad esser qualificata come *illecita* ogni manifestazione di attività che sia in contrasto con l'imposizione o il divieto della norma.

Non è difficile, ora, intuire come ogni *differentia specifica*, che non sia, per altro, una pura e semplice «nota» del concetto di norma di condotta[16], lungi dal poter determinare un criterio di qualificazione che si distingua in qualche modo da quello che scaturisce dalla posizione del rapporto tra norma e attività pratica come regola e regolato, non possa che delineare un criterio di distinzione tra classi e classi di norme, *come fatti qualificati da questo medesimo criterio*. Da ciò una serie di dibattiti, inadeguati tutti quanti a risolvere il problema della determinazione del concetto del diritto: poiché, a seconda della prevalenza data a questo o a quel carattere, si determinano classi più ampie o classi più ristrette di norme accomunate sotto la denominazione di norme giuridiche, senza che l'asserita «giuridicità» della norma sia qualcosa di più che una *convenzionale sinonimia* con l'espressione o le espressioni indicanti le caratteristiche della classe: tutto, cioè, fuorché un criterio di qualificazione *sui generis* dell'attività pratica. Sicché, trattandosi di differenze storicamente constatabili tra gruppi e gruppi di norme, tali

[16] Ciò deve dirsi per i caratteri della *generalità*, (v. su questo, Cesarini-Sforza, *Il conc. del dir., etc*., cit., p. 76 e nota), della *obbiettività*, della *imperatività* e sopratutto della *esteriorità* (v. per maggiori chiarimenti i miei *Contributi*, cit., pag. 115-118 *[qui a pag. 103-105, n.d.c.]*). Qualche dubbio, che non distrugge per nulla, anzi conferma quanto è detto nel testo, potrebbe sollevarsi in merito a quest'ultimo carattere, qualora l'espressione «esteriorità» volesse contrapporsi ad «interiorità» intendendo quest'ultima come «intenzione»: qualcosa, cioè, che non è ancora condotta. Ma se si afferma che le norme riguardino l'intenzione e non la condotta – l'attività pratica – viene a mancare il presupposto della *differentia specifica*. Le migliori esposizioni della dottrina dei caratteri differenziali del diritto restano sempre quelle del Petrone, *Contributo all'analisi dei caratteri differenziali del diritto*, in *Riv. Ital. per le scienze giuridiche*, vol. XXII, XXIII e XXV; e specialmente del Miceli, *Principî di filosofia del diritto*, Milano, 1913, pag. 139-218, e del Bartolomei, *Lezioni di filosofia del diritto*, Napoli, 1917, cap. IX.

dibattiti debbono esaurirsi in altrettanti conflitti insanabili tra forme di schematismo storicizzato e forme di storicismo schematizzato: posizioni che si equivalgono a puntino, perché sono ambedue lontane dal carattere proprio della legge fondamentale di una scienza naturalistica.

7. La verità di queste ultime osservazioni si mostra chiaramente non appena si fermi l'attenzione sul dibattito tra la corrente dottrinaria che non vuol sentir parlare di altro «diritto» che non sia costituito «dall'insieme delle norme emanate e fatte valere dallo Stato» e quella che trova «diritto» ovunque vi siano norme «sociali» o di «organizzazione sociale». Questo dibattito non è che la filiazione legittima ed autentica della dottrina dei caratteri differenziali del diritto. Ognuna delle due correnti nasce dal presupposto che la giuridicità della norma sia determinata dalla natura della «fonte» cui si riferisce *materialiter* la norma medesima: e la fonte viene, appunto, concepita in rispondenza al «carattere differenziale» cui si dà la preferenza in confronto di tutti gli altri.

8. Quando si parta, infatti, dal concetto che il carattere differenziale per eccellenza delle norme giuridiche sia costituito dalla c. d. *coattività o coazione*, non è illogico inferirne che uniche norme giuridiche pensabili siano solo quelle emanate dallo Stato, o da questo, implicitamente o esplicitamente, dichiarate valide.

Senonché questo preteso carattere urta contro una difficoltà insuperabile. A prescindere dalla critica implicita nel venerando «*nemo praecise ad factum cogi potest*», si può osservare che la c. d. coattività delle norme tradizionalmente considerate come norme giuridiche si risolve nella predisposizione di uno o più tipi di contegni da attuarsi allorché si verifichino contegni in contrasto con quanto sia disposto, in un primo momento dalle norme medesime.

Ora, non ci vuol molto ad accorgersi che quei contegni – o, come sono stati chiamati, *impedimenti* – in tanto potrebbero rappresentare la condizione *sine qua non*, o meglio, l'elemento determinante della «giuridicità» della norma violata, in quanto si sottraessero completamente a giuridico disciplinamento, e ne fossero insuscettibili[17]. Viceversa, basta

[17] Concetto intuito da quella dottrina che negava il carattere della coattività adducendo come argomento la posizione dello Stato come «potere supremo». V. a. Marinoni, *La resp.*

esaminare le manifestazioni più tipiche della c. d. coazione per vedere subito come si tratti di contegni che per nulla possono dirsi agiuridici o pregiuridici, essendo forniti di specifica qualificazione giuridica. Chi oserebbe affermare che l'attività svolta dal carabiniere nell'arrestare e condurre in prigione un malfattore sia un'attività giuridicamente irrilevante – pregiuridica, cioè, o metagiuridica che voglia dirsi?

9. Quando invece si assuma come supremo carattere differenziale delle norme giuridiche la cosidetta *bilateralità*, poiché questa espressione significa principalmente *pluralità di soggetti*, è più che legittima l'affermazione che vi sia diritto ovunque vi siano norme che regolino l'attività di una pluralità di individui. La fonte di tali norme sarebbe appunto nell'unità di questa pluralità considerata come qualcosa di distinto della pluralità medesima o in qualche cosa che sia, per così dire, il simbolo di tale unità: la «società» o il «potere sociale». Le norme statuali sarebbero giuridiche non perché «coattive» ma perché lo Stato non sarebbe altro che una specie del genere «società». Le cose andrebbero egregiamente se la pluralità o l'isolamento, anche meramente logico, delle attività regolate dalla norma, influissero in qualche modo nel determinare un criterio di qualificazione differente da quello che scaturisce dal concetto di norma di condotta come forma logica generale del rapporto tra norma e attività come regola e regolato.

Ma, sia che la norma regoli e diriga una sola attività sia che ne regoli e diriga un numero più o meno ingente, la conclusione è sempre una: si avrà un obbligo o tanti obblighi, ogni qual volta l'attività o le attività appariranno vincolate da un divieto o da una imposizione; una facoltà o tante facoltà ogni qual volta l'attività o le attività, pur essendo sottoposte alla norma non saranno vincolate da un divieto o da una imposizione.

Si potrebbe obiettare: la bilateralità della norma non consiste solamente nella pluralità di soggetti sottoposti alla norma medesima, ma significa anche, ed in particolar modo, regolamento di molteplici attività, che non si svolgono come parallele, perché *interferiscono* tra loro. Dalla *interferenza* delle attività deriva, allora, una particolare figura di correlazione fra le qualificazioni delle attività medesime: avviene cioè che all'obbligo di un soggetto corrisponda la *pretesa* di un altro, e viceversa.

Di tutta la dottrina dei caratteri differenziali del diritto è qui il punto più difficile a superarsi, perché può sembrare, a prima vista, che la pretesa rappresenti una figura di qualificazione non riducibile a quella della liceità.

degli Stati etc., pag. 32-38, in nota.

Senonché, anche a prescindere da due circostanze, la prima che il concetto di pretesa è spesso legato a quello di coazione[18], la seconda ch'esso è stato elaborato tenendo d'occhio esclusivamente certe costruzioni del c. d. diritto privato, non ci vuol molto a convincersi che *l'atteggiamento di esigenza* che un soggetto assuma verso altri, *non è una forma o figura di qualificazione* che in qualche modo possa stare sul livello di quelle che scaturiscono dalla posizione del rapporto tra norma e attività come regola e regolato, ma solo un tipo di contegni suscettibili di essere qualificati, volta a volta, come facoltativi o come obbligatori. Ed è superfluo, forse, far osservare, come accanto alla «facoltà *di* pretendere» vi sia posto anche per l'obbligo *di* pretendere: il che mostra, d'altro lato, quanto erronea sia l'opinione tradizionale che identifica senza residuo diritto soggettivo e pretesa.

10. Scrollate le basi immediate su cui si fondano, rispettivamente, la concezione «statuale» e la concezione «sociale» del diritto, resta ad esaminare il loro presupposto comune, e cioè il criterio che la «giuridicità» della norma possa esser determinata dalla natura della «fonte» di cui la norma sia «produzione» o «emanazione».

A tal proposito è da osservare che il concetto di norma di condotta, in quanto forma logica generale del rapporto tra norma e attività come regola e regolato, presuppone una duplice «obiettivazione» della norma. La prima, che è la meno importante, ma la più conosciuta, consiste nella separazione tra la norma in quanto atto di volontà esaurito e chiuso e la volontà di chi è ad essa sottoposto (la c. d. *obiettività* della norma): nella posizione naturalistica, infatti, la norma deve necessariamente presentarsi come mero oggetto, come una realtà che esiste indipendentemente dal soggetto percipiente. La seconda, che è la più importante, consiste precisamente nel distacco tra la norma e il soggetto, o, in genere, la entità, di cui la norma sia emanazione. Se non fosse così, la relazione non verrebbe più istituita tra la norma e l'attività, bensì tra l'autore della norma e l'attività di chi è assunto come sottoposto alla norma: che è un rapporto radicalmente diverso dal primo.

È evidente, perciò, come la considerazione della «fonte» della norma (nel senso di *fonte materiale*) sia estranea alla posizione del rapporto tra norma e attività come regola e regolato, ossia al concetto di norma

[18] Nella concezione "sociale" il carattere della coazione non è sempre escluso: esso viene però risoluto come "esempio" in un concetto – più ampio – di «garenzia», «reazione», «mezzi per la osservanza delle norme», etc. Su ciò torneremo nel capo III.

di condotta. Chi non voglia riconoscere l'esattezza di questa critica, e voglia starsene attaccato al presupposto su accennato, non può avere altro scampo fuori dell'affermazione che la norma è «giuridica» perché il diritto è costituito essenzialmente dalla fonte da cui promana la norma[19]. Bisogna, cioè, ravvisare il diritto nella fonte da cui promana la norma: questa sarebbe «giuridica» appunto perché emanazione di quella fonte. Ma allora è necessario dimostrare, prima di tutto, che la «fonte» in cui dovrebbe consistere il diritto dia luogo ad un criterio autonomo di qualificazione dell'attività pratica. E non solo: questo criterio di qualificazione dovrebbe essere del tutto differente da quello che scaturisce dalla posizione del rapporto tra norma e attività come regola e regolato: poiché, ove coincidesse con tale criterio, non si potrebbe più dubitare dell'errore, dato che la qualificazione delle azioni umane come doverose, come facoltative o come illecite rispetto a norme presupposte alle azioni medesime, è inconcepibile senza la posizione del su detto rapporto.

In verità, una volta ammesso quel presupposto, l'unica teoria veramente logica tra quelle che seguono la concezione «statuale» del diritto è quella che afferma l'identità del diritto con lo Stato: così come è del tutto impeccabile (sulla base di tale presupposto) tra le teorie che seguono la concezione «sociale», quella che identifica diritto e società[20].

Ma è ovvio come da queste identificazioni non nasca, né possa nascere

[19] V. per questa affermazione, Romano, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, I, pag. 20. Egli, però, perviene a questa conclusione attraverso un ragionamento del tutto opposto, perché fondato su una concezione dell'obbiettività dovuta al Petrone, *Il diritto nel mondo dello Spirito*, Milano, 1910, pag. 45-66; concezione che, se suffraga, sotto un certo punto di vista, il ragionamento del Romano, è viziata da quella confusione tra empirismo e filosofia di cui il Petrone non riuscì a liberarsi completamente. A conclusione analoga a quella indicata nel testo dovrebbe pervenirsi quando al concetto di "fonte," volesse sostituirsi quello di «ambiente», ossia quando si volesse determinare la giuridicità della norma in base al tipo di ambiente in cui la norma «vige». Cfr. il mio *cit.* studio, pag. 143-4 *[qui a pag. 120-121, n.d.c.]*.

[20] Alludo specialmente alla nota dottrina del Kelsen accennata negli *Hauptprobleme* (*cit.*) e sviluppata in *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, 1922; nonché alla dottrina del Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit. pag. 25 e seg. e sopratutto a quella del Levi, *Contributi, cit.*, pag. 113, 219, 287; *Ubi societas ibi ius*, in *Saggi* cit.; *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, Bologna, 1920.
È da osservare, però, che solo la dottrina del Levi presenta questa identificazione come una esigenza di ordine logico, e quindi necessaria ed assoluta. Ma se il concetto di società viene inteso come egli ha ribadito in una cortesissima ed acuta nota critica sul mio cit. studio (*Sul problema del conc. del dir.*, in *Riv. di filos.*, 1926, fasc. I, pag. 64-71) in senso filosofico, e cioè come società non *inter homines*, bensì *in interiore homine*, quella scissione della libertà dalla necessità che è la base gnoseologica della qualificazione giuridica è già *superata* senza che si sia definito ancora il concetto del diritto.

un criterio astorico di qualificazione dell'attività pratica: e ciò perché, tanto la concezione «statuale», quanto la concezione «sociale» del diritto, sono inficiate dal vizio originario della dottrina dei «caratteri differenziali» del diritto: il compromesso tra schematismo e storicismo. Compromesso che, come doveva necessariamente avvenire, si è mutato in contrasto del tutto insolubile[21], appunto perché sorto sulle basi di un problema mal posto. Come lo «Stato» di cui parla la prima concezione non ha nulla di individuale, così la «società» di cui parla la seconda non è altro che lo schema di una pluralità di gruppi umani storicamente esistenti od esistiti. Alla «pluralità degli ordinamenti giuridici» in cui sbocca la concezione «sociale» si oppone la pluralità degli ordinamenti statuali: abbiamo perciò una contrapposizione tra due «pluralità» una delle quali può dirsi «*politipica*» rispetto alla «*monotipicità*» dell'altra. Ma sia nell'una che nell'altra concezione la qualificazione giuridica non è ancora fondata su un criterio astorico; e con ciò la determinazione della legge fondamentale della scienza giuridica rimane un problema insoluto.

[21] V. i miei *Contributi, cit.*, cap. II-III-IV e pag. 142-147 *[qui a pag. 120-124, n.d.c.]*. Recentemente ha aderito alla concezione «sociale» del diritto (sotto un profilo storicistico che finisce, però, col riportarlo alla concezione opposta), l'Orlando, *Recenti indirizzi circa i rapporti tra diritto e Stato*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1926, fasc. 7, pag. 273-306: ma l'argomentazione dell'insigne Maestro del diritto pubblico mi sembra viziata da capo a fondo dal presupposto che il diritto vada cercato, come il minatore va alla ricerca del minerale, nella c. d. realtà storica concepita come un che di immediato. Mi si consenta di dire che, fino a quando si cercherà di risolvere il problema del concetto del diritto *interpretando* in un modo, o nell'altro le *analogie* e le differenze tra gli Stati e i c. d. «organismi sociali» che vivono entro o al di fuori di questi, mettendo da parte ogni considerazione su quel che costituisce il «punto di vista» e la *forma mentis* propria del giurista quando questi si occupa di problemi giuridici, non approderemo mai a nulla di essenziale per la concezione della legge fondamentale della scienza giuridica. (Mi permetto di ricordare su questo punto, le osservazioni contenute a pag. 84-85 del mio cit. studio *[qui a pag. 86-87, n.d.c.]*). Discussioni condotte in maniera simile a quella or ora accennata, fanno sempre pensare e anche si ammirano, pur dissentendo, quando siano dovute alla penna di giuristi come l'Orlando o come il Romano: ma è anche indiscutibile – e lo hanno riconosciuto l'Orlando e il Romano – che ciò ha ben poco da vedere con la filosofia *stricto sensu*. Ed è forse superfluo aggiungere che se il giurista vuol *rendersi conto di ciò che fa*, deve fare un po' i conti con la filosofia...

CAPO III
Il punto di vista «formale» e la c. d. pluralità degli «ordinamenti giuridici».

11. Il risultato delle indagini svolte nei paragrafi precedenti può essere riassunto nel seguente dilemma: o al concetto del diritto è indefettibile un contenuto storico, e allora non ci resta che dare ragione al Kirchmann, al Rickert e a chiunque neghi apertamente che la Giurisprudenza costituisca una vera e propria scienza: oppure, affermando che l'indagine giuridica non sia mera «arte» o «tecnica», ma abbia vero e proprio valore scientifico – autonomo – dobbiamo necessariamente pervenire alla conclusione che il concetto del diritto non possa consistere che in una forma logica da cui sia assente ogni contenuto storico.

A questa esigenza risponde pienamente il concetto di norma di condotta inteso come forma logica generale di un rapporto tra norma e attività pratica come regola e regolato. Questa mera posizione logica – la «praticità» del detto rapporto non è meno logica di qualsiasi altra costruzione intellettualistica – la cui autonomia è così evidente da non poter dubitare che essa sia necessaria e sufficiente a costituire l'uniformità fondamentale di una scienza naturalistica, determina un criterio di qualificazione *sui generis* dell'attività umana. Tale qualificazione, come abbiamo accennato, si esplica in tre *forme* o *figure* : la doverosità, la liceità e l'illiceità: Ebbene: che cosa è la qualificazione di un'azione come *contegno dovuto* oppure come *contegno autorizzato*, oppure come *contegno illecito*, rispetto ad una norma presupposta all'azione medesima, se non qualificazione giuridica[22]? E chi ignora che, eliminando le nozioni dell'obbligo giuridico, del c. d. diritto soggettivo e della violazione, ossia dell'illiceità, si elimina il nucleo essenziale di ogni costruzione giuridica, si elidono, cioè, i termini insurrogabili per la soluzione di ogni «questione di diritto»?

12. Se le forme di qualificazione giuridica, perciò, rappresentano una immediata conseguenza della posizione del rapporto tra norma e attività

[22] Adopero l'espressione, non nuova, «qualificazione giuridica» perché questa mi sembra assai più precisa dell'altra «valutazione giuridica»: anche perché le espressioni «valore» e «valutazione», trattandosi di una scienza naturalistica, possono far sorgere qualche equivoco.

pratica come regola e regolato, si può affermare che la giuridicità non è una qualità «oggettiva» – e tanto meno storica – di alcune classi d'azioni o di alcune classi di norme. Una norma di condotta è giuridica, non in quanto «sociale» oppure «statuale», «bilaterale» o «coattiva» o «esteriore», ma solo in quanto venga assunta come termine di un rapporto che stia a quello testé indicato come una *species* al *genus*, come un «esempio» alla «legge».

Si badi però: in questo rapporto la norma dev'essere assunta come un termine che non tollera la concomitanza di altri elementi raffigurabili come *elementi direttivi* dell'attività: perché proprio in ciò consiste il passaggio dal principio del senso comune all'uniformità-base della Giurisprudenza. Il «punto di vista» specifico della Giurisprudenza – il c. d. *punto di vista formale* – si costituisce appunto, considerando l'attività in *esclusivo* e *immediato* riferimento ad una norma, o se vuolsi, non supponendo altro *prius* all'attività all'infuori della norma: tutto quanto rappresenti un diverso *prius* dell'attività o, *a fortiori*, un *posterius* di questa (come p. es. il c. d. risultato pratico di una determinata azione) diventa una *accidentalità* del «contegno» in cui si è manifestata l'attività: accidentalità che, per ciò stesso, è rilevante solo come «elemento materiale» del contegno, e che può influire sulla determinazione della figura di qualificazione giuridica di questo, solo in quanto sia stata presa in considerazione («prevista» direbbero i giuristi) esplicitamente o implicitamente dalla norma. Ciò spiega perché il giudizio sulla conformità o difformità di determinati contegni rispetto a determinate norme stia sul primo piano della costruzione giuridica (superfluo ricordare che il senso e la portata del contenuto dispositivo delle norme debbono essere già accertati) ed abbia la preponderanza su qualsiasi altro ordine di considerazione: questo giudizio è, infatti, ci si passi l'espressione, il *support* indispensabile per la qualificazione dei contegni secondo le forme su mentovate: la doverosità, la liceità e l'illiceità.

13. La giuridicità di una norma, con altre parole, non è determinata da una particolare «struttura» di essa o del gruppo cui essa appartiene, né da una speciale importanza storica di questo: norma giuridica è solo quella che, in immediato ed esclusivo riferimento ad una o più attività pratiche viene assunta come loro *unica* regolatrice. Finché, in somma, partendo dalla constatazione che in un determinato periodo storico e in un certo «ambiente» coesistono diversi gruppi di norme di condotta, ci preoccupiamo di scoprire analogie o dissomiglianze tra gruppi e gruppi di norme, la giuridicità ci sfuggirà sempre di mano e ci avvolgeremo

in una rete di dibattiti insolubili. Il punto di vista formale in ogni indagine giuridica, – in ogni indagine di «diritto positivo» – è, invece, determinato dalla *scelta* di una norma o di un gruppo di norme e nella assunzione di queste come uniche regolatrici di una o più attività pratiche: queste, *materialiter*, possono essere vincolate *anche* da altre norme: ma la caratteristica del punto di vista formale sta proprio in ciò che queste ultime non vengono considerate più come norme e, in un certo senso, sono ignorate come tali, perché vengono *eo ipso* abbassate al livello di fatti privi in sé stessi di qualunque valore giuridico, o di condizioni di fatto in cui si svolgono le attività: fatti o condizioni di fatto che possono influire sulla qualificazione giuridica dei contegni, solo ed in quanto vengano presi in considerazione dalle norme scelte come uniche ed esclusive regolatrici delle attività manifestatesi nei contegni medesimi.

Ora se è proprio in base a questo principio che viene a determinarsi la *giuridicità* «*originaria*» (cioè non derivata) di una norma o di un gruppo di norme – possiamo chiamare quest'ultimo con la parola «sistema», anche per indicarne il carattere fondamentale di unità esente da contraddizioni[23] – in che senso noi possiamo parlare, dal punto di vista rigorosamente formale, di una pluralità di «ordinamenti giuridici», ossia di sistemi di norme giuridiche?[24]. Abbiamo osservato a suo tempo (§ 10) che, a ben guardare, il dibattito tra concezione «statuale» e concezione «sociale» del diritto non si aggira tanto sulla esistenza, quanto sulla *estensione* di codesta pluralità: sicché, non appena venisse dimostrata la inconsistenza logica di una pluralità di sistemi di norme giuridiche, le obiezioni sollevate circa la fondatezza del dibattito tra le due concezioni verrebbero ad avere una definitiva riconferma.

E in realtà è proprio così. La scelta di un determinato sistema come unico regolatore di una o di una serie di attività pratiche, implica *eo ipso* la esclusione di ogni valore giuridico originario a tutte quelle altre norme che non fanno parte del sistema[25]. Dal punto di vista formale non vi sono altre

[23] V. a. Del Vecchio, *Il conc. del dir*., cit. pag. 59 *[qui a pag. 127 e segg., n.d.c.]*. Su questo presupposto si fonda la *Begriffsjurisprudenz*.

[24] V., per maggiori chiarimenti, il mio cit. studio, pag. 155 e segg. Ordinamento giuridico è la considerazione unitaria di una pluralità di soggetti giuridici: unità logica, si badi bene, non unità termine di relazione giuridica vera e propria, perché in tal caso non è più ordinamento ma «persona giuridica», ossia soggetto di diritto.

[25] Non posso scrivere questa proposizione senza ricordare le parole del compianto Ghirardini (che fu mio professore a Pisa e alla cui memoria mando un reverente saluto) nella prolusione dal titolo: *La comunità internazionale e il suo diritto*, Pisa, 1919 (est. dagli *Annali delle Univ. toscane*, Vol. 38 fasc. III.). «...ordinamento giuridico (sistema di norme)

qualificazioni giuridiche oltre quelle che scaturiscono dalle norme scelte come fonti originarie delle qualificazioni dei contegni in cui si manifestano le attività (sottoposte alle norme): ogni altra modalità di qualificazioni, proveniente, cioè, da altre norme, è logicamente incompatibile con quelle, fino a quando non si sposti, per così dire, l'angolo visuale, e, abbassate le prime norme a semplici elementi di fatto, (da cui si può anche prescindere) si scelgano, come uniche regolatrici delle medesime attività, le seconde. Ciò è evidentissimo quando vi sia diversità di contenuto dispositivo: ma, anche nel caso che le norme non comprese nel sistema di norme assunte come originariamente giuridiche abbiano lo stesso contenuto dispositivo, non vi è altra qualificazione giuridica d'un contegno oltre quella che proviene dalle norme del detto sistema: se il contegno si presenta come osservanza, diretta o indiretta, o inosservanza, di una norma che non fa parte di questo sistema, ciò, dal punto di vista formale, non può avere giuridica importanza.

14. Né ci si obietti che la nostra tesi finisca col troncare alla radice il problema della rilevanza tra due o più sistemi di norme giuridiche: perché bisogna vedere se questo problema possa veramente porsi. Se per «rilevanza» s'intende la possibilità di una relazione giuridicamente qualificabile tra due sistemi assunti ambedue come sistemi di norme originariamente giuridiche, il problema non esiste e non può esistere. Infatti, o si vuol parlare di *due* sistemi di norme originariamente giuridiche *rispetto* alle medesime attività pratiche, e allora è evidente la *contradictio in adiecto*; o si vuol parlare di due sistemi di norme assunte, rispettivamente, come uniche regolatrici di *due diverse serie* di attività pratiche e allora ogni «relazione» è esclusa *per definitionem*[26]. A meno che non s'intenda per

è sempre necessariamente ordinamento esclusivo. Esclusivo perché esclude la giuridicità di tutto quanto non vi rientra, esclude per conseguenza la giuridicità formale di qualunque altro ordinamento sostanzialmente giuridico si voglia immaginare». E poco dopo: «non è pensabile studio di diritto positivo che assuma come dato più ordinamenti giuridici, è pensabile soltanto una teoria generale del diritto, ma fare della teoria generale è fare dell'astrazione, non del diritto positivo» (pag. 11 dell'estr.). V. a. Ascarelli, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. nel diritto privato*, in *Arch. Giur.*, 1925, fasc. 2, pag. 11 dell'estr.

[26] In ciò è il fondamento del classico principio della «separazione» tra «diritto interno» e «diritto internazionale», V., anche perché ne è il più reciso e logico sostenitore, Marinoni, *La natura giuridica del dir. intern. priv*. in *Riv. di dir. intern.*, VII, 1913, nota a pag. 465; *La responsabilità degli Stati per gli atti dei loro rappresentanti*, etc., cit., pag. 151 e segg., in nota; *L'universalità dell'ord. giur. statuale e la concez. del dir. intern. priv.*, in *Riv. di dir., pubblico*,

«relazione» il fatto che una norma del sistema scelto come fonte originaria di qualificazioni giuridiche, richiami, facendone parte integrante del proprio contenuto dispositivo, una o più norme materialmente incluse in un altro sistema, onde determinare il regolamento e le qualificazioni di certi contegni. Ma qui la parola «relazione» descrive l'ipotesi accennata fino ad un certo punto: perché è ovvio che si tratta di un richiamo, o, com'è stato detto dai giuristi, un *rinvio*[27]: e la conseguenza di esso è che le forme di qualificazione determinate dalla norma o dalle norme richiamate non hanno la loro *fonte* o, se vuolsi, il loro *titolo* in queste, bensì nella norma che ha operato il rinvio. E lo stesso deve dirsi quando l'esistenza di una norma, in un sistema di norme diverse da quelle scelte come fonte originarie di qualificazioni giuridiche, sia *presupposta* da una di queste in guisa che l'osservanza o l'inosservanza della prima norma acquisti il valore di una condizione di fatto richiesta per la qualificazione di un contegno o di una serie di contegni[28].

In queste due ultime ipotesi, per altro, anziché adoperare la parola troppo generica nel significato, «relazione», e quindi di «rilevanza» è forse meglio parlare di *incidenza materiale*, diretta o indiretta, di due o più norme sullo stesso contegno: diciamo «materiale» perché, formalmente, tale incidenza deve risolversi nella prevalenza di una norma sull'altra o sulle altre. Nella prima ipotesi, cioè in quella del rinvio l'incidenza è diretta: indiretta nella seconda.

1916, pag. 225-249 spec. pag. 236-237. V., poi, Romano, *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1926, pag. 38-45, che parla di «relazione tra il diritto internazionale e il diritto statale» integrando il principio dalla separazione con un principio di «collegamento», su cui costruisce le teoriche del rinvio e della presupposizione,

[27] Che a mio modesto parere è sempre «recettizio» – mi astengo da citaz. bibliografiche – non essendo ammissibile che una norma di un altro sistema possa essere richiamata da una norma del sistema scelto come fonte originaria di qualificazioni giuridiche senza essere incorporata – limitatamente, s'intende, a quel contegno o serie di contegni in vista dei quali è avvenuto il richiamo – in questo. Il Romano, *L'ordinam. giur.*, cit. pag. 154 e segg., ha cercato di distinguere figure di rinvio formale da figure di rinvio recettizio; ma a me sembra che anche l'ipotesi di fronte a cui, secondo il R. sarebbe assolutamente impossibile parlare di un rinvio in senso recettizio, non dimostri l'assunto. In vero, nel caso che il rinvio ad un altro sistema statuale, sia *effetto* di un obbligo internazionale, non è dubitabile che quest'obbligo sia, dal punto di vista formale, inesistente come obbligo giuridico nel sistema che tale rinvio ha operato. Il fatto che un sistema statuale non regoli *con proprie norme* un determinato tipo di contegni e rinvii, mediante la c. d. norma di collisione, a norme straniere, significa semplicemente che quei contegni *sono regolati secondo il contenuto dispositivo di altre norme*: non già che manchi un regolamento *formalmente determinato* da quel sistema.

[28] Si veda la magistrale analisi svolta dal Romano a pagina 133-140 de *L'ordinamento giuridico* in cui si distingue questa figura da quella del rinvio.

Nella prima, la norma che non appartiene al sistema di norme scelte come fonti originarie di qualificazioni giuridiche viene *applicata*, ossia funge (materialmente) come causa di qualificazioni, per virtù di una norma compresa in esso sistema: nella seconda, viceversa, non si può parlare di applicazione, perchè la norma presupposta[29] non funge, nemmeno materialmente e mediatamente, come fonte di qualificazioni giuridiche.

Anche sotto questo profilo, perciò, non è possibile, dal punto di vista rigorosamente formale, parlare di una pluralità di ordinamenti giuridici, quando l'espressione «ordinamenti giuridici» si adoperi – impropriamente – come sinonimo di «sistema di norme originariamente giuridiche»[30].

[29] Anche quando non si tratti di una sola norma ma di un intero sistema e delle attività da esso regolate e qualificate, (ordinamento) la situazione non cambia: dire che la norma o il sistema e le attività sono presupposti giuridici (come sostiene il Romano, *op. cit.*, pag. 141), è esatto solo nel senso che ci si trova di fronte ad un elemento del *fatto giuridico* che costituisce la *condizione* per la qualificazione di un contegno o dei contegni implicati in un «rapporto». Fatto giuridico: né più né meno che l'*insula in flumine nata*.

[30] Con ciò non intendo assolutamente mettere in dubbio o menomare l'importanza e il valore delle finissime costruzioni delineate dal Romano nella seconda parte de *L'ordinamento giuridico*. Credo però che tali costruzioni debbono essere profilate in maniera diversa, evitando di mettere sullo stesso piano accomunate sotto lo schema della rilevanza tra due o. g., p. es., il rinvio, la successione da Stato a Stato, gli effetti della posizione di uno Stato-membro nella Confederazione di Stati o di un Comune nell'ordinamento giuridico statuale, relativamente al contenuto o alla validità o all'esistenza delle norme emanate dallo Stato o dal Comune, e così via. Verissimo, per altro, che in tali costruzioni il R. mantiene una perfetta coerenza con la identificazione, che sta a base dell'opera, tra il concetto del diritto e quello di «ordinamento giuridico» e di «istituzione»: su cui v. il mio cit. studio, pag. 158-160 *[qui a pag. 129-131, n.d.c.]*. Data tale identificazione, si comprende perfettamente come il R. abbia potuto mettere nello stesso piano il problema del rinvio e la posizione degli Stati rispetto al diritto internazionale: parlando, nel primo caso di rapporti tra ordinamenti giuridici che non sono altro se non sistemi di norme; e nel secondo di rapporti tra ordinamenti giuridici i quali, invece, sono ordinamenti personificati, ossia soggetti di diritto.

Conclusione

Ribadita la tesi che vede nel concetto del diritto una mera *forma logica* – ciò che implica il riconoscimento della natura propriamente logico intellettualistica della qualificazione giuridica – crediamo di aver dimostrato la impossibilità di determinare la legge fondamentale della giurisprudenza in base ai termini del dibattito tra la concezione «statuale» e la concezione «sociale» del diritto. Il principio, infatti, che scaturisce, a guisa di corollario, sia dell'una che dell'altra concezione (§10), è appunto il preteso *dogma* della «pluralità degli ordinamenti giuridici»: principio di cui crediamo di aver dimostrato l'assoluta inapplicabilità proprio nel punto in cui avrebbe dovuto trovare applicazione: incompatibile, com'è, coi caratteri di *esclusività* e di *irrelatività* propri di qualunque sistema di norme che venga assunto come sistema originariamente giuridico. Né, del resto, un dibattito impiantato principalmente in sede storica, ma vertente sulla determinazione del principio fondamentale di una scienza naturalistica poteva avere un risultato diverso[31]: se storia o materia di storia è ciò che viene investito della qualificazione giuridica, logico-intellettualistico e non storico deve necessariamente essere il criterio che dà luogo a tale qualificazione[32].

Il principio fondamentale – che è tutt'uno col dire: *metodologico*[33] – della Giurisprudenza, è stato da noi ravvisato nella *forma logica* del rapporto tra norma e attività pratica come regola e regolato[34]: sicché, tenendo

[31] In aggiunta alla [nota 1], debbo ricordare che la dottrina tedesca parla, è vero, della giurisprudenza come scienza, ma sempre nel senso di «scienza dello spirito» (e spesso di «scienza normativa»: sotto questa denominazione, p.es., il Kelsen accomuna la Giurisprudenza, l'Etica e la… grammatica. Cfr. *Hauptprobleme*, cit., I, *passim*). Contro il concetto di scienza normativa v. anche Levy-Bruhl, *La morale et la science des moeurs*, Paris, 1907, pag. 11-14.

[32] Da ciò il problema dei rapporti tra il formalismo giuridico e la considerazione storica: problema che non si risolve semplicemente col mettere in luce l'antitesi tra «dogmatische und historische Betrachtung» come fa per es. il Kelsen, *op. cit.*, pag. 39, giustificandola sotto il noto debolissimo profilo gnoseologico della distinzione tra «Sollen» e «Sein».

[33] Non ho insistito nel dimostrare i presupposti della mia tesi che sono, appunto, l'identità di metodo e di scienza, e la insostenibilità della concezione normativa dell'Etica (v. su quest'ultimo punto Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911, pag. 108 e seg.), perché li ritengo saldamente acquisiti alla filosofia moderna.

[34] In un prossimo studio mi fermerò sulla nota dottrina dello Stammaler (*Wirtschaft u. Recht*, etc., 4ª ed., Berlin, 1922, *passim*, spec. pag. 211 e seg) che concepisce il rapporto tra diritto e economia come rapporto di regola e regolato. Superfluo, osservare, forse, che tutto ciò non ha nulla da vedere con la dottrina del c.d. rapporto giuridico e che non mi sembra esatta la tesi sostenuta in merito a questa dal Cicala, *Rapporto giuridico, diritto subiettivo e*

presente quanto si è detto nel § 12 noi possiamo definire tale principio: la considerazione dell'azione come azione esclusivamente *sub lege*. In base a questo concetto è facile vedere, p. es., che le norme sulla cui giuridicità non si sono sollevati dubbi, ossia le norme statuali, sono norme giuridiche solo ed in quanto vengono considerate, in immediato riferimento ad una certa serie di attività pratiche, come esclusive regolatrici di queste. Al di fuori di questo rapporto le norme statuali sono... norme statuali, ossia gruppi di norme che si distinguono dagli altri per la c.d. «fonte» da cui promanano, o, se vuolsi, per il c.d. tipo di «ambiente» in cui hanno storica esistenza. Lo stesso dicasi delle norme contenute negli accordi internazionali, delle norme vigenti in seno alla Chiesa cattolica o ad altre comunità religiose; e così via. L'importante è che non si dimentichi il carattere di esclusività e di irrelatività proprio di ogni sistema.

Con ciò, per altro, è appena impostato il problema filosofico del diritto[35]: da qualunque concezione speculativa si parta, infatti, non è possibile sottrarsi all'esigenza di giustificare razionalmente il detto principio, inserendolo in una visione totalitaria della realtà. Certo, per il giurista esso è un *postulato*: ogni discussione in cui la realtà del rapporto tra norma e attività pratica non sia più un *dato* ma un *problema*, varca i limiti della giurisprudenza ed entra nettamente nell'ambito della filosofia[36]. Ma in quest'ambito dovrà necessariamente inoltrarsi ogni giurista che voglia pervenire alla critica consapevolezza del valore del proprio lavoro, anziché restare nella posizione dogmatica che è caratteristica della scienza.

pretesa, Torino, 1909, pag. 10 e seg. e successivamente dal Kelsen, *op. cit.*, pag. 705-706.

[35] La cui soluzione (sotto i due aspetti fondamentali del problema medesimo) ho cercato di delineare nel capo V e a pag. 137-9 del mio cit. studio *[qui a pag. 116-118, n.d.c.]*.

[36] Cfr. Del Vecchio, *Il concetto della natura e il principio del diritto,* 2ª ed., Bologna, 1922, pag. 4.

5.
IMMANENTISMO E FILOSOFIA DEL DIRITTO

A Luigi Biamonti

CAPO I
Il fondamento della Giurisprudenza come scienza naturalistica

In una recensione dei miei *Contributi ad una critica gnoseologica della Giurisprudenza*[1], il Prof. Maggiore ha pronunziato una fiera requisitoria contro quel povero untorello del sottoscritto, accusandolo senz'altro di aver tentato di spiantare sia la Giurisprudenza che la filosofia del diritto. Le mie vedute, infatti, condurrebbero alla «sterilizzazione» (*sic*) della prima e ad una specie di suicidio della seconda. La requisitoria si apre con un elegantissimo paragone edilizio che merita di essere riferito. Un vicolo chiuso: anzi, due: «sbarrati, in fondo, da due edifici: uno dei quali, costruito con mattoni empirici e cemento astratto appartiene alla Giurisprudenza; l'altro, rizzato su fondamenta concrete e sorretto da buona travatura speculativa, è quello della filosofia del diritto. Tra i due edifici, non un ponte, non un passaggio, non una servitù di prospetto o di stillicidio. Clausura ed isolamento assoluto».

Non voglio guastare il godimento estetico prodotto da un così elegante paragone con inopportune discussioni sull'ultima servitù. Mi limito ad osservare che se esso vuol rappresentare il mio modesto pensiero sul rapporto tra Giurisprudenza e filosofia del diritto, è viziato da un errore di... prospettiva. Se il mio critico si fosse soffermato alquanto sulla recisa negazione, da me fatta, circa la possibilità di ammettere due concetti del diritto, uno filosofico, l'altro ad uso e consumo dei giuristi – il che vuol dire che i «due edifici» hanno almeno qualcosa in comune, sia pure... per usi diversi – difficilmente avrebbe pensato ad un simile paragone. Se, poi, il mio critico avesse letto attentamente la prima metà del settimo capitolo

---

* Pubblicato in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1/1926, pp. 234-258.

[1] In questa Rivista, A. V, pag. 644-48.

dell'incriminato mio libro, scommetto che non avrebbe visto più due edifici, ma uno solo: quello della filosofia del diritto. Da pagina 134 a pagina 141, il sottoscritto si è affannato a dimostrare che il dualismo di diritto e Giurisprudenza, ineliminabile nella posizione naturalistica del giurista perché caratteristica fondamentale di detta posizione, non può più essere mantenuto in sede di filosofia: perché altrimenti condurrebbe a «ridurre il rapporto tra la Giurisprudenza e la filosofia del diritto alla giusta posizione, o meglio, al parallelismo tra due «punti di vista» (ambedue particolari e limitantisi a vicenda) – ecco le rovine dei... due edifici! – «dai quali si starebbe a contemplare, or dall'uno, or dall'altro – senza che l'uno possa realmente vantare ragioni più forti dell'altro – quel preteso «fatto pratico» denominato appunto, diritto». Il che mi ha indotto ad identificare diritto e Giurisprudenza, s'intende, in linea puramente speculativa e a concepire la filosofia del diritto come critica gnoseologica della Giurisprudenza[2]. Se tutto ciò riesce nuovo al prof. Maggiore, la colpa non è mia: abbia la bontà di rileggere le pagine da me indicate e poi ne riparleremo.

«Ciò posto – continua il mio illustre critico – si può dire che cosa sia il diritto»; ma è possibilità che non trapassa in atto. Il prof. Maggiore, infatti, mi fa dire che i giuristi avrebbero commesso il torto di cercare il concetto del diritto – mentre io ho detto che i filosofi del diritto hanno spesso commesso il torto di scambiare per dottrine filosofiche certe costruzioni dei giuristi, mostrando così di non aver superato ancora la posizione empirica di questi: il che, col buon permesso del Prof. Maggiore, è un po' diverso – e si sbarazza tranquillamente di tutto il resto, asserendo che io mi sia limitato a dichiarare il concetto del diritto un concetto naturalistico, «una generalità astratta, uno schema nudo e crudo al quale invano si cercherebbe un contenuto concreto». Temo fortemente che dalla copia spedita al Prof. Maggiore siano andati perduti, durante il viaggio, parecchi fogli: diversamente non saprei spiegarmi l'estrema imprecisione dei suoi riferimenti. Tutto quanto ho detto sui termini della valutazione giuridica, sulla considerazione legalistica e su quella astrattamente teleologica dell'azione, non ha potuto, perciò, colpire l'attenzione del mio critico: sicché io sarei colpevole di una indeterminatezza assai simile a quella che ho rimarcato in alcuni suoi scritti! Altrettanto dicasi per i c.d. caratteri differenziali del diritto – qui, poi, il mio critico ha tutta l'aria di chi non si è mai accorto come queste dottrine siano legate al presupposto della «realtà oggettiva» delle c.d. norme di condotta – per i quali ho speso alquante

[2] A questo deve necessariamente condurre l'identificazione del *principium essendi* col *principium cognoscendi*. Identificazione, si badi bene, tutt'altro che immediata, perché essenzialmente mediazione.

pagine (116-129) cercando di dare un significato diverso da quello tradizionale alla «esteriorità», indagando quale valore possa avere nella logica giuridica il concetto di «coazione» e quello di «sanzione» e ponendo in luce il carattere puramente relativo della distinzione tra norme giuridiche e norme «convenzionali». Tutto questo è riferito dal Prof. Maggiore col farmi dire semplicemente che le note della esteriorità, della coazione ed altrettali sono note dell'astrattezza del concetto stesso del diritto. Aggiunge però una frase: «Per il filosofo non hanno alcun valore», travisando così, con brillante disinvoltura, il mio pensiero.

Altro capolavoro di precisione e di rapidità di riferimento compie il mio critico quando mi fa dire che il problema della «statualità» o meno del diritto sia un problema senza sapore per il filosofo. A meno che il Prof. Maggiore non dia all'espressione «senza senso e senza sapore» lo stesso significato di problema «mal posto», debbo ricordare al mio illustre critico che io, dopo aver delineato sommariamente la storia del problema (nel secondo e nel terzo capitolo), ho cercato di dimostrare come né la concezione «statuale» del diritto, né quella «sociale» riuscissero a portare un solo argomento decisivo – ossia veramente filosofico – a sostegno dei rispettivi assunti; ed ho anche fatto vedere – ciò che avrà dato indubbiamente ai nervi del mio critico – come il Prof. Maggiore, sostenitore in un primo tempo della concezione «statuale» ed in un secondo tempo della concezione avversaria, non avesse portato nel dibattito che identificazioni verbali e indeterminatezze. Ho mostrato, poi – i lettori mi perdoneranno questo... supplemento alla recensione del Prof. Maggiore – come il dibattito abbia tratto e tragga alimento dal dissidio tra schematismo e (pseudo) storicismo: dissidio che deve necessariamente verificarsi in tutte le scienze naturalistiche di cose umane (pag. 144-5 e nota 175). Infine, dopo aver messo in luce il procedimento mentale seguìto dai giuristi nelle loro ricerche per determinare il concetto del diritto, ho concluso che il problema era insolubile, non solo filosoficamente, ma anche scientificamente; perché i termini della valutazione giuridica non discendono né dal concetto di «società» né da quello di «Stato», ma dalla posizione logico-intellettualistica della legge, come legge regolante *ab extra* l'attività di un soggetto o di una molteplicità di soggetti astrattamente concepiti; e ho creduto di trovare l'errore iniziale da cui sorse il dibattito nella concezione statuale: perché i sostenitori di questa non hanno mai sospettato che la «giuridicità» delle norme statuali fosse tutt'altro che dimostrata razionalmente dal concetto di «Stato»: tale «giuridicità», infatti, è stata sempre *postulata* (la distinzione tra potestà e obbligo, appunto perché importa scissione della libertà dalla necessità, non

è dimostrabile come concreta e reale in sé e per sé: si può solo mostrarne la genesi logico-metafisica). Di qui la tesi con cui ho cercato di troncare il dibattito: i giuristi postulano volta per volta la «giuridicità» delle norme su cui imprendono a «costruire», senza che sia loro possibile, quando vogliono trascendere il sistema già scelto, dimostrare la «giuridicità» di altre norme, ricorrendo ai concetti di «Società», «Stato», «organizzazione», e via dicendo (pag. 124, 142-3, 146-7, 154).

Ognuno può vedere, perciò, quanto siano precisi i riferimenti del mio critico. Il quale arriva a dire che io abbia fatto «vaporare» il concetto del diritto in «un puro niente», in qualcosa di così evanescente, che la filosofia, scienza del concetto, non può avere con lui (*sic*) alcun punto d'incontro o di contatto. Io, veramente, mi aspettavo – e ne avrei compreso la fondatezza – una critica che avesse rilevato l'incertezza, o meglio, l'oscillare tra una definizione del diritto come «norme poste come regolatrici *ab extra* dell'attività di una molteplicità di soggetti» ed un'altra come «considerazione dell'azione umana come azione *sub lege*»; avrei riconosciuta questa incertezza e non avrei tentato di difendermi, osservando che la prima si riferisce all'*oggetto* che il pensiero giuridico pone per atteggiarsi a spettatore ed osservatore di esso, e la seconda al contenuto determinato di quel *concipere* in cui è la vera realtà del diritto[3]. Ma all'accusa rivoltami dal Prof. Maggiore non posso dare altra risposta che la seguente: e cioè che è poco serio ritorcere, senz'aver letto attentamente, un'accusa di indeterminatezza, mossa su ben precisi riferimenti (v. pag. 80).

Sulla scorta di una così accurata preparazione, il Prof. Maggiore sottopone poi le mie 174 paginette ad un... bombardamento tambureggiante di critiche – chiamiamole, per intenderci, metodologiche – infondato sia in fatto che in diritto.

In sostanza il Prof. Maggiore mi accusa:

a) di essermi sbarazzato, mandandoli «al limbo dell'astrazione» e dichiarandoli «indifferenti per la filosofia», di tutti i «più inquietanti problemi della dogmatica giuridica»;

b) di aver male a proposito invocato Kant: «in questo modo di ragionare, dice il mio critico, io non ci vedo altro che Croce: e un Croce peggiorato e, talora, traviato»;

c) di essere ancora molto lontano dall'aver compreso il concetto e il

[3] Su questo punto tornerò in uno studio di prossima pubblicazione. Debbo confessare che allorquando, nel capo V, posi le mani sul concetto dell'azione come azione *sub lege*, non mi accorsi subito d'aver messo le mani anche sul concetto del diritto. Di ciò mi accorsi solo nel capo VII, a pag. 142, che dev'esser messo però in riferimento con quanto è detto nelle prime righe di pag. 21.

metodo dell'immanenza.

***

Quanto al primo capo d'accusa, dirò francamente che io m'aspettavo dal mio critico la dimostrazione che un problema posto in termini rigidamente naturalistici sia suscettibile di una soluzione filosofica. In attesa, perciò, di una simile dimostrazione, farò osservare al mio critico che se i problemi sono, com'egli dice, *della* dogmatica giuridica, la filosofia del diritto, o diventa un doppione inutile della Giurisprudenza, o deve prendere in considerazione tali problemi sotto un profilo ben diverso da quello in cui interessano la dogmatica stessa. E poiché quest'ultima deve interessarsi, in linea principale ed essenziale, della soluzione *nel merito* dei propri problemi, è evidentissimo che la filosofia del diritto – salvo che, ripeto, non si voglia ridurre quest'ultima ad un doppione inutile della Giurisprudenza – non può prendere in considerazione i problemi della dogmatica per cercare di risolverli nel merito, ma per intenderne, guardandoli nell'unità storica e ideale con le loro soluzioni, il valore logico e la razionale necessità. Lo stesso mio critico, del resto, mitiga di lì a poco la... gravità della sua accusa, riconoscendo che io mi son proposto il seguente problemino: cercare cioè «come gli schemi della dogmatica procedano dall'atto concreto dello Spirito», come «quelle irrealtà che sono i concetti giuridici mettano radice nell'assoluta concretezza dell'atto spirituale; questo e non altro», continua a riferire il Prof. Maggiore, «è il problema filosofico del diritto». E allora se il concetto del diritto è la base ed il coronamento di tutti i concetti giuridici, come si fa a dire che io congedo «senz'altro» tutti i concetti giuridici dal campo della speculazione[4]?

Quanto al secondo capo di accusa – Kant e Croce – debbo ricordare al mio critico che io non ho cercato affatto di gabellare la mia concezione della filosofia del diritto come «dottrina kantiana» o come «critica kantiana»: io ho parlato di *critica in senso kantiano* (pag. 139); e se a pag. 129 ho detto «critica nel significato schiettamente kantiano dell'espressione», ho soggiunto subito per chiarire il mio pensiero: «non sostituzione di criteri – che non sarebbero più filosofici – ai criteri propri della Giurisprudenza». In somma, ho voluto dire che l'espressione «critica» non dovesse intendersi

[4] Io non ho mai definito «corbellerie» gli schemi della dogmatica, come vorrebbe far credere il mio critico: li ho anzi ritenuti come cose molto serie – e ciò si vedrà meglio tra poco – tanto che non ho cercato di trasformarli in filosofemi più o meno grotteschi. Chi finisce qualche volta col trattarli come corbellerie è proprio il Prof. Maggiore, quando parla di «gioconde discussioni» dovute alla «deficienza di senso speculativo» nei giuristi. Cfr. *Il diritto ed il suo processo ideale*, Palermo, 1916, pag. 69 in nota.

come «confutazione», ma come analisi trascendentale diretta a mettere in luce la genesi logico-metafisica della valutazione giuridica. Se il Prof. Maggiore, perciò, ricorda ancora quello che dice Kant nel settimo paragrafo della introduzione alla *Critica della ragion pura*, non avrà difficoltà, credo, a rendersi esatto conto dell'analogia tra il senso in cui Kant ha adoperato la parola critica e quello in cui ne parlo io. Dico «analogia» perché non potevo e non posso sognarmi di identificare l'immanentismo con la posizione kantiana in cui il pensiero non appare ancora come realtà attuale, bensì come potenza conoscitiva. Dopo di che è perfettamente inutile che il Prof. Maggiore mi squaderni la *Rechtslehre* – ossia una sezione dell'opera più scadente di Kant – per mostrarmi, a partire dalla distinzione tra diritto privato e diritto pubblico[5], tutte le principali categorie e distinzioni dogmatiche della Giurisprudenza, sino alla distinzione tra diritto reale e diritto personale (mi sarebbe piaciuto veder «conservata» questa distinzione, nonché le «altre consimili» nel *Breviario* del Prof. Maggiore: segno che il mio critico non crede troppo nell'unità dell'elemento puro e dell'elemento empirico che dovrebbe trovarsi nella *Rechtslehre*).

Non so poi come si possa fare risalire la responsabilità delle mie... bricconate contro la Giurisprudenza e la filosofia a una delle «escogitazioni, tra le più infelici, della filosofia crociana», ossia alla distinzione tra concetto e pseudo-concetto: con la quale – niente di meno! – mi sarei «illuso di poter movere il mondo». Se io non avessi parlato di questa dottrina, *transeat*; ma io ne ho parlato proprio per criticarla e respingerla... ed anche per avere la soddisfazione – relativa! – di vedere alcune delle mie osservazioni ripetute dal Prof. Maggiore, ad eccezione di una, che a me pare decisiva, in meno, e di una deformazione del pensiero crociano in più[6].

Non so come si possa tirare in ballo il Croce, ripeto, quando io ho avuto cura di metter in luce i motivi – mi si passi questa espressione – che ho cercato di armonizzare in quella distinzione tra scienze e filosofia abbozzata nel primo capitolo. Distinzione che è in perfetto contrasto con

[5] Distinzione che non mi ha fatto rizzare i capelli sulla testa, come dice con l'abituale suo brìo il mio critico (quasi che non avessi fatto comprendere come ciò fosse avvenuto nell'apprendere lo stranissimo criterio proposto tre anni or sono dal Prof. Maggiore), tanto che me ne sono occupato *ex professo* (v. gli *Atti della XII riunione della Società italiana per il progresso delle scienze*, parte II, pag. 209: ma adesso non concordo più nel criterio ivi sostenuto), e tanto che ho cercato di contribuire ad una più esatta posizione del problema (pag. 156-7).

[6] Il Croce non ha mai parlato di uno Spirito «simulatore ed infingitore di verità». Egli nega, infatti, che lo Spirito pratico si adoperi a porre impacci al conoscere e a simulare i prodotti a chi cerca il vero. «Se così fosse», egli soggiunge, «spirito pratico sarebbe sinonimo di «spirito d'imbroglio»: e il foggiatore di finzioni concettuali meriterebbe la riprovazione che colpisce falsari di documenti, sofisti, retori e ciarlatani…». Cfr. *Logica*, Bari, 1917, pag. 22.

la dottrina crociana, perché parte dal concetto kantiano della unificazione del molteplice – modificando profondamente, sulle orme del Gentile, la concezione dello spazio e del tempo – e ravvisa l'astrattezza del concetto scientifico nel distacco tra l'unità e la molteplicità, ossia tra il pensiero come «schema» e i «dati» o «fenomeni». Da ciò il doppio aspetto del concetto scientifico (vuoi naturalistico, vuoi matematico): che è analisi *a priori* se lo schema vien presupposto ai «dati» ed è sintesi *a posteriori* se i dati vengono presupposti allo schema. E a tal proposito, dopo aver ricordato le finissime osservazioni del Blondel sul problema, ho mosso a Croce questa obiezione: com'è possibile che una volontà che non è ancora pensiero... possa darci rappresentazioni, analisi e sintesi? (nota 18 a pag. 23). Tutto questo sembra essere sfuggito completamente al mio critico: e con esso le osservazioni sulla concretezza della scienza considerata nel suo *farsi*. Osservazioni perfettamente analoghe a quelle che il Prof. Maggiore oppone… anche a me, sfondando una porta aperta da un pezzo nella… casa comune: non senza qualche inesattezza e relativa iperbole, come p. es. quando conclude che nella gnoseologia delle scienze «resta ancora molto da fare, con buona sopportazione di quelli che hanno creduto di scoprire il mondo confinando questo ramo del sapere nel limbo dell'irreale e dell'astratto». Laddove io ho scritto, testualmente, che la scienza «guardata nel suo *farsi*, è sempre pensiero concreto, sintesi della soggettività e dell'oggettività in un atto in cui è tutta la realtà e tutta la verità» (pag. 20; v. a. pagine 9, 10, 23). Sicché, è perfettamente fuor di luogo dirmi che «è comico spacciare per concrete le elucubrazioni di un qualunque filosofastro (per conto mio, non credo affatto «concrete» le «elucubrazioni» che si risolvono in pasticci) e chiamare astratta, per esempio, la previsione di un'eclisse, l'invenzione d'una macchina elettrica, o l'operazione chirurgica che guarisce l'ammalato» (è meno «concreta» quella che lo spedisce al cimitero?); se il Prof. Maggiore intende riferirsi alla concretezza del pensiero scientifico in quanto percezione attuale, ripete – in una forma alquanto ambigua – quel che ho detto io, sulle orme del Gentile, a pag. 135 (nota 164).

Con ciò io non voglio negare l'influsso, tutt'altro che lieve, della filosofia crociana sul mio libro: ma in tal caso non bisognava mettere avanti il Croce autore della distinzione tra concetto e pseudo-concetto: bensì il Croce autore di certe mirabili pagine della *Filosofia della pratica* e di certe recensioni su alcuni studi di filosofia del diritto apparsi in quest'ultimo decennio…

Infine io sarei ancora ben lontano dall'aver compreso «il concetto e il metodo dell'immanenza», in assoluto contrasto con la «dualità

insuperabile» e «l'opposizione irreconciliabile» di scienza e filosofia del diritto che vizierebbero le mie indagini. Che vi sia questo vizio, il mio critico non ha dubbi di sorta: ed ecco che a sostegno della sua tesi mi pianta trionfalmente sotto gli occhi un brano della *Logica* del Gentile[7], aggiungendo, evidentemente soddisfatto, un «che ne dice il Cammarata?».

Ecco: io dico che se il Prof. Maggiore avesse letto più attentamente, avrebbe trovato in quel brano la completa giustificazione del mio libro: tanto più quando si ravvisi – del resto esattamente – la scienza del logo astratto nella Giurisprudenza e la scienza del logo concreto nella filosofia. No? Non se ne convince il mio critico? E allora abbia la bontà di rileggere con alquanta attenzione il quinto capitolo: e si accorgerà subito che il tentativo di dedurre il principio fondamentale della Giurisprudenza dalla sintesi *a priori* considerata nel suo momento creativo, ossia come sintesi di legge e di fine, vuol dimostrare appunto il concetto del pensiero come libertà, che è tutt'uno con la immanenza del logo concreto nel logo astratto. Di quale «dualità insuperabile» e di quale «opposizione irreconciliabile» viene a parlare il mio critico, quando io mi sono rifiutato di dare una soluzione «filosofica» ad un problema mal posto, e perciò irresolubile anche nell'ambito della Giurisprudenza? Gnoseologicamente parlando, dualità insuperabile e opposizione irreconciliabile di scienza e filosofia del diritto debbono sboccare nella *doppia verità*: nel venire costretti, cioè, presto o tardi, ad ammettere una doppia soluzione nei problemi giuridici: una scientifica ed una filosofica. Manco a farlo apposta, il mio libro è una polemica continua contro un siffatto criterio: tanto, che il mio critico ha subìto l'impressione che io avessi voluto consigliare ai giuristi di... non avere rapporti con la filosofia: mentre io ho detto che per finirla una buona volta con i pasticci di filosofia e Giurisprudenza sarebbe assai bene che i giuristi cominciassero ad entrare in dimestichezza con gli studi filosofici, anziché ostentare ignoranza per la filosofia e, peggio, repulsione per la medesima (pag. 130). Né venga a dire il mio critico che i giuristi «filosofano»: questa osservazione vale per tenere in i scacco scetticismo e pragmatismo, ma se poi si vuol costruirvi sopra una dottrina che veda nelle dottrine della Giurisprudenza una filosofia *stricto sensu* e che perciò

[7] Potrò sbagliarmi: ma a me pare che la prima parte del brano citato dal Prof. Maggiore debba essere un riassunto, perché non mi è stato possibile trovare l'identico testo nel II volume del *Sistema di Logica* del Gentile. Del resto, mi pare difficile che il Gentile abbia potuto dire che l'astratto e il concreto si condizionino a vicenda, perché a pag. 9 dello stesso vol. il Gentile nega esplicitamente che pensato e pensare si condizionino reciprocamente. La seconda metà (V. «Sottraete il logo astratto al suo nesso etc.») è nel n. 10 del secondo capitolo (pag. 24).

trovi una dogmatica «piena zeppa» di «concetti ed elementi (?) filosofici», senza più distinguere, perciò, quella filosofia che farebbero i giuristi «*a loro insaputa*» da quella che fa il filosofo con piena coscienza di filosofare, sa il mio critico quale sarebbe la conseguenza? Proprio quella da lui paventata. Trattando infatti i concetti giuridici come vere e proprie proposizioni filosofiche, ci troveremmo di fronte ad una filosofia naturalistica, perché tali concetti sarebbero sempre, indefettibilmente, legati al presupposto della molteplicità dei soggetti e delle norme come «realtà oggettive», ci si troverebbe, cioè, di fronte ad *errori* filosofici veri e propri. Sicché, avverrebbe questo: che le costruzioni giuridiche e i problemi ad esse inerenti, verrebbero... filosoficamente uccisi, salvo a risorgere tali e quali nella Giurisprudenza, dove continuerebbero a vivere e ad essere coltivati con i criteri propri di questa. E si riaffaccerebbe, poi, lo scoglio della doppia verità, se il filosofare sul diritto si facesse consistere nella correzione e nella sostituzione dei cosidetti «elementi» naturalistici con altri «elementi» che pretendessero di essere «filosofici», ossia immanentistici: poiché verrebbero a profilarsi, per i problemi giuridici, due soluzioni, o meglio due tipi di soluzioni: uno attinente alla formulazione filosofica e l'altro alla formulazione empirica di tali problemi. Non resterebbe, quindi, che una sola via di uscita: ridurre la portata del principio che i giuristi «filosofano» a quello più ovvio e più corretto che i giuristi «pensano» e trattare i concetti della Giurisprudenza come prodotti di quel pensiero naturalistico – lo si chiami anche senso comune – che non è affatto un errore filosofico, ma un momento insopprimibile della vita del pensiero. Ma con ciò si verrebbe proprio a darmi ragione: perché si ammetterebbe implicitamente che la filosofia – intesa sempre come immanentismo – non possa né correggere, né sostituire, né confutare questi prodotti di pensiero.

***

E che il Prof. Maggiore non abbia letto con attenzione le 174 pagine sottoposte a così intenso bombardamento di giudizi avventati è prova irrefutabile quel ch'egli dice ad un certo punto della recensione: «Io non so che razza di filosofia del diritto verrà fuori… da una siffatta concezione, che fa consistere il filosofare sul diritto nell'elidere tutti i problemi del diritto, dichiarandoli aeriformi costruzioni o astrazioni. Cotesta filosofia del diritto che non si occuperà dei problemi della legge, della violazione, della personalità, dello Stato, della comunità degli Stati se non per dichiararli astrazioni e passar oltre, con la bella ragione di non contaminarsi con l'empirismo della giurisprudenza, sarà una cosa ben curiosa a vedersi». Tanto curiosa, aggiungo io, che il mio critico, ad onta del suo colpo d'occhio

fulmineo, non ne ha capito proprio nulla; non perché non sia in grado – tutt'altro! – di capirla, ma perché non ha letto i reiterati chiarimenti da me fatti circa il valore dei concetti naturalistici. A pag. 21, p. es., egli avrebbe trovato queste testuali parole: «… la filosofia non distrugge la scienza come tale ma la *critica* ossia indaga il suo sorgere nella vita dello Spirito… finché la scienza si contiene e vien contenuta nei propri limiti, non può dirsi arbitraria: ché se si approfondisce il concetto dell'atto spirituale nella sua dialetticità e se si riflette che la scienza, se ha una qualche esistenza, deve pure avere una qualche necessità, si viene alla conclusione che la scienza è un momento necessario del divenire spirituale…; …l'identità del soggetto e dell'oggetto nell'atto spirituale finirebbe con l'apparire come *immediata* se alla coscienza di questa identità potesse pervenirsi senza porre e risolvere il momento della contradizione (in cui nasce la scienza) dove l'identità è, sì, nel pensante ma non ancora nel pensato. E questa risoluzione non sarebbe possibile quando il momento della contradizione fosse dichiarato irreale ed eliso per sempre». E a pag. 65: «La filosofia… non può mirare a distruggere il contenuto degli schemi naturalistici fino a quando questi si prospettino per quel che sono: la critica filosofica è, in questo caso, rivolta a mettere in luce il processo spirituale che conduce a tali schemi e per cui questi ultimi si mostrano, pur nella loro apparente arbitrarietà, come un momento necessario nella vita del pensiero». E non solo. Dopo aver chiarito in che consista l'astrattezza della scissione tra potestà e obbligo, ha avuto cura di aggiungere (pag. 89): «Scissione, ossia astrazione; ma astrazione di cui ci si possa sbarazzare una buona volta per sempre oppure destinata a risorgere e a risolversi di continuo?». E infine, a pag. 133, 134, dopo aver detto che non si deve perdere di vista il momento in cui il soggetto e l'oggetto sono distaccati e contrapposti: «Distacco e conseguente opposizione, come ormai sappiamo benissimo, assolutamente interni all'attività mentale dello scienziato: e che hanno un grado di razionalità insopprimibile di fronte alla filosofia, concepita come assoluto immanentismo; quest'ultima, infatti, non potrebbe salvarsi dall'accusa di *immediatezza* ove non si atteggiasse come superamento – sempre attuato, ma sempre da attuare – di quella posizione ingenua e pre-critica del pensiero…».

In attesa, quindi, che mi si dimostri l'eterodossìa dei criteri sostenuti in queste proposizioni (mi sarebbe assai gradito, altresì, avere una risposta senza… divagazioni alle ben precise critiche rivolte nel libro al Prof. Maggiore) dal concetto e dal metodo dell'immanenza, debbo osservare, a mo' di conclusione, come il problema del rapporto tra Giurisprudenza e filosofia del diritto non debba mai essersi imposto con eccessiva chiarezza

all'attenzione speculativa del mio critico. Il quale, dimenticando l'identità del rapporto tra scienza e filosofia del diritto con quello tra logo astratto e logo concreto, ha creduto di poter avanzare la pretesa che la filosofia debba «surrogare» (!) e «correggere» (!) i concetti naturalistici della Giurisprudenza: ed ha concluso affermando la necessità che giurisprudenza e filosofia «senza confondersi, rimangano, quanto più sia possibile, unite». Se io non avessi l'obbligo di supporre che tali espressioni siano scappate in momenti di grande distrazione, dovrei pensare che il Prof. Maggiore abbia letto l'opera del Gentile con un'attenzione assai simile a quella con cui ha letto le mie 174 pagine.

6.
SUL FONDAMENTO DEL PRINCIPIO «*IGNORANTIA IURIS NON EXCUSAT*»

La giustificazione del noto principio: *ignorantia iuris non excusat*, ha dato, come si sa, non poco filo da torcere ai giuristi e ai filosofi del diritto. E, mentre alcuni tra i primi hanno preferito di starsene contenti al *quia* offerto loro dai moderni sistemi legislativi, i filosofi del diritto non si sono dati per vinti: e uno tra questi, in un limpido e perspicuo volumetto pubblicato qualche tempo addietro, ci ha offerto un tentativo di soluzione del non facile problema: soluzione che merita indubbiamente di essere esposta e vagliata con una certa ampiezza.

L'autore del su accennato volumetto (*Ignorantia iuris*, Catania, 1926) è Orazio Condorelli: ed eccone in breve il contenuto.

Osserva dunque il Condorelli che il principio suddetto non può invocare quale proprio fondamento un puro e semplice criterio di pratica opportunità, e ciò perché, egli pensa, se così fosse, il principio vero, razionale, valido salvo disposizione contraria, dovrebbe essere l'opposto: *ignorantia iuris excusat*. E allora è chiaro, egli dice, che le ragioni del principio in esame «debbano essere ricercate nel concetto o nella natura stessa della norma giuridica. Ora è proprio da questo punto di vista che la ricerca si pone come problema, e come problema veramente tormentoso di fronte alla tradizionale concezione imperativistica del diritto tutt'ora dominante nella dottrina e nella filosofia giuridica. Invero, il comando non esiste come tale, se non penetra nella coscienza del soggetto cui è diretto. Senza questa comunicazione tra soggetto imperante e soggetto da cui è intesa l'obbedienza, la proposizione imperativa rimane esclusivamente atto proprio dello spirito che la pensa».

«Il problema di fronte alla concezione imperativistica della norma è proprio questo: come può la legge divenire norma ai soggetti, come può *per loro* essere imperativa, come può, in una parola, obbligarli, se non la conoscono»?

Analoghe difficoltà s'incontrano, sempre in base alla concezione imperativistica della norma, nel problema dei destinatari. La detta

* Pubblicato in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 3/1928, pp. 327-338.

concezione, infatti, deve logicamente escludere dal novero di coloro che possono essere obbligati dalla norma tutti quei soggetti trovantisi nella impossibilità d'intendere l'imperativo: il che è tutt'uno con l'affermare che tali soggetti vadano esenti da ogni obbligo giuridico. Ora, osserva il Condorelli, «ammesso che la norma sia obbligatoria anche per chi non la conosce, non vi è alcuna ragione per arrestare dinanzi alla conseguenza che essa può obbligare chi sia, per qualunque causa, mentalmente incapace di conoscerla. E viceversa, ammesso che la norma non può obbligare chi non può sottoporsi al suo imperativo, perché è mentalmente incapace d'intenderlo, bisognerebbe ammettere la non obbligatorietà della norma per chi egualmente impossibilitato è a conoscere il comando, o per non averne mai appreso l'esistenza, o per mancanza delle conoscenze tecniche spesso indispensabili per penetrare il senso della legge, o per la stessa impossibilità di conoscere la sterminata congerie delle norme vigenti in uno Stato moderno. Unico problema, perciò, ed unica soluzione. Ma anche di questo si può dire in sostanza che sia un problema soltanto teorico o, per meglio dire, ricerca delle ragioni della soluzione, non della soluzione stessa, che è certa. Invero, che l'incapace possa essere obbligato proprio nel senso in cui è da essa obbligato chi la ignora, non può essere dubbio. Gli obblighi di contenuto patrimoniale gravanti sul minore sono innumerevoli e non si può quindi discutere della loro esistenza... Dire che questi siano obblighi del rappresentante, è un ripiego di cui è manifesta la futilità».

Né queste difficoltà possono essere superate distinguendo tra destinatari, che sono tali dal punto di vista formale, e destinatari, che tali sarebbero solo dal punto di vista materiale: identificando coi primi i funzionari e con i secondi i privati cittadini. La soluzione non regge proprio dal punto di vista formale – che è il più interessante, ed è quello su cui dev'essere posta, prima che su ogni altro, l'attenzione: – «se si ricercano», nota il Condorelli, «e dal punto di vista formale per giunta, i destinatari della norma giuridica, è soltanto la norma stessa che può dichiararci i propri destinatari. Destinatari, pertanto, non potranno essere che i soggetti a cui la norma stessa richiede l'azione o l'omissione, soggetti che la norma stessa nei suoi termini ci dichiara. Saranno, p. es., i magistrati, se si ritiene che l'articolo 364 c.p. contenga soltanto la norma che ordina ai giudici di punire gli omicidi: saranno anche i sudditi se si ritiene che da questa proposizione legislativa si possa ricavare una norma che vieta l'omicidio».

In ogni modo, anche ad ammettere che i destinatari della norma siano solo i c.d. organi dello Stato, il problema dell'*ignorantia iuris* non si risolve, non potendo escludersi, *a priori*, l'ignoranza di alcune norme da parte dei funzionari; ciò che, purtroppo, avviene talvolta.

Nessuna soluzione, poi, apporta la presunzione *iuris et de iure* di conoscenza, della legge: *nemo ius ignorare censetur*. «Assumendo», nota il Condorelli, «che il diritto si ritiene universalmente obbligatorio in quanto, in virtù di una presunzione, si deve escludere che alcuno lo possa ignorare, si ammette implicitamente che l'*ignorantia iuris* tolga l'obbligatorietà del diritto nell'ignorante, senza spiegare poi come l'obbligatorietà ritorni...; affermare che il diritto sia obbligatorio per tutti in quanto *si presume* che ognuno lo conosca, equivale a dire che esso obbliga tanto chi effettivamente lo conosce, quanto chi di fatto non lo conosce. Si riafferma così che il diritto obbliga anche chi lo ignora senza per altro spiegare come ciò possa avvenire». Né si parli di colpa o di negligenza nell'apprendere una legge resa pubblica, perché di tale colpa o negligenza potrebbe parlarsi solo a patto di presupporre «un obbligo di istruirsi nelle leggi e, quindi, una norma da cui quest'obbligo discenda. Norma innanzi la quale, potendo anche essa essere ignorata, ritornerebbe il problema della sua obbligatorietà per chi la ignori».

La elisione, infine, e non la soluzione del problema si avrebbe, secondo il Condorelli, qualora si abbandonasse, come ha fatto Guido Zanobini, la concezione imperativistica della norma giuridica, e si adottasse la nota teorica dello Zitelmann – ripudiata più tardi, come si sa, dal suo autore – ossia considerando la norma come giudizio ipotetico; e ciò perché «verrebbe meno l'elemento della obbligatorietà della norma (perciò anche la norma stessa!) e non ci sarebbe da affannarsi a ricercare come e perché la norma possa essere obbligatoria per chi non la conosca. Ma ognuno vede che, affermando l'eguaglianza tra norma giuridica e giudizio logico indicativo, si cade in una contraddizione in termini. La forma del giudizio logico indicativo può essere assunta, anzi è generalmente assunta dalla proposizione legislativa, non dalla norma. Questa, in quanto regola dell'operare, è pretesa di azioni e di omissioni, e pertanto non può essere che imperativa».

«Il problema che ci siamo proposto», continua il Condorelli, «non tende a ricercare se sia *giusto* che si risenta danno dalla propria ignoranza del diritto, ma *come* il diritto possa essere obbligatorio per chi lo ignora». E il detto problema, a suo avviso, «trae origine da un equivoco che può essere chiarito solo alla luce della Filosofia del diritto o, più precisamente, della critica gnoseologica della Scienza giuridica: il problema sorge dalla confusione tra obbligatorietà della norma giuridica ed *applicabilità* della medesima. Se ben si osserva, il problema che ha inutilmente affaticato la mente dei teorici del diritto, mentre veniva formulato come la ricerca della spiegazione dell'obbligatorietà della norma giuridica per colui che la

ignora, in effetti poi veniva posto e svolto ricercando il come ed il perché la norma giuridica possa produrre tutte le sue conseguenze *etiam contra ignorantem vel errantem*».

In sostanza, dice il Condorelli, tutte le difficoltà di cui si è fatto cenno, dipendono dall'aver confuso due punti di vista che vanno tenuti ben distinti: perché altro è considerare la norma come «atto spirituale che si celebra nella coscienza dei singoli» e in questo caso la norma «non può essere un fatto incosciente, e quindi l'espressione norma giuridica ignorata contiene una *contradictio in adiecto*». Nulla perciò può essere predicato della norma ignorata e tanto meno l'obbligatorietà che è capacità di produrre obbligazione. Altro è, invece, parlare di *applicabilità* della norma giuridica. Essa, poste determinate ipotesi, comanda ed autorizza un determinato contegno, il quale, dunque, dovrà o potrà essere assunto ogni qualvolta si presenterà l'ipotesi prevista dalla norma stessa. La circostanza che il soggetto, su cui si ripercuotono le conseguenze sfavorevoli del contegno voluto ed autorizzato dalla norma, questa ignori, non può avere da per sé stessa la virtù di sospendere l'applicazione della norma. È questa che pone le condizioni o presupposti della propria applicazione, e l'ignoranza di essa, nella persona in cui pregiudizio deve essere applicata, può dunque escluderne l'applicazione solo se la norma stessa così disponga.

In altri termini, dice il Condorelli, bisogna tenere ben distinta l'indagine speculativa da quella esegetico-dogmatica: altro è parlare di applicabilità od obbligatorietà in senso legalistico ed esteriore, altro è parlare di obbligatorietà in senso etico ed interiore. Solo in relazione al primo concetto ha un senso e si giustifica il principio: *ignorantia iuris non excusat*: il quale invece non ha senso rispetto al concetto concreto dell'obbligatorietà, come momento attuale della coscienza, ossia come necessità che non è scissa dalla libertà, anzi s'identifica pienamente con questa.

***

Quanto ho esposto, credo che giustifichi l'ampiezza del riassunto ma, pur ammirando la chiarezza e l'acutezza del ragionamento del Condorelli, e pur essendo d'accordo con lui su molte questioni, credo necessario esporre brevemente le ragioni del mio parziale dissenso; in base, appunto, a quella concezione critico-gnoseologica della Filosofia del diritto apertamente accolta e difesa nel saggio in esame.

In sostanza, sembra a me che il problema, nei termini in cui è stato posto dal Condorelli, assumendo cioè come punto di partenza la concezione imperativistica della norma giuridica, più che «tormentoso»

sia semplicemente insolubile. Tanto vero ciò, che il Condorelli è stato costretto via via a mettere nell'ombra quella «comunicazione tra soggetto imperante e soggetto a cui è pretesa l'obbedienza» e parlare della norma come «pretesa di azioni e di omissioni»; concetto, quest'ultimo, che, a parte ogni discussione nel merito, mi sembra assai lontano da quell'elemento psicologico della concezione imperativistica della norma, quale si è venuta elaborando dal Thomasius al Thon e ai seguaci tedeschi ed italiani di quest'ultimo.

Non credo che occorrano molte parole per dimostrare la recisa incompatibilità tra la concezione imperativistica della norma e il principio in esame; e che, se mai, la dotta concezione possa conciliarsi solo col principio diametralmente opposto: *ignorantia iuris excusat*. Né sulla concezione imperativistica è possibile fondare quel principio – basilare dal punto di vista del puro formalismo giuridico – nettamente intuito dal Condorelli, per quanto non posto nel rilievo che indubbiamente merita, il principio cioè dell'arbitrio formalmente illimitato che ha la norma nel determinare i presupposti della propria applicabilità; poiché è evidente che, tutte le volte in cui mancherà quella «comunicazione», di cui parla il Condorelli, la norma non sarà norma. Infine, è assai chiara l'incompatibilità tra la concezione imperativistica e quella Filosofia immanentistica, cui il Condorelli accenna qua e là di accedere: superato[1], infatti, il presupposto psicologico-empirico della molteplicità dei soggetti come soggetti particolari, e per ciò stesso trascendentisi a vicenda; instaurato il concetto concreto dell'imperativo come momento attuale della coscienza, epperò *toto coelo* distinto dalla norma che è astrattezza e genericità, non è più possibile parlare di imperatività, almeno nel senso tradizionale dell'espressione.

La stessa distinzione, poi, tra indagine filosofica e indagine esegetico-dogmatica, non può e non deve condurre ad accogliere nel campo della prima, e ad escludere dall'ambito della seconda, la concezione imperativistica: perché allora si andrebbe ad urtare in pieno nello scoglio *della doppia verità*: ossia in quello che, partendo dalla concezione critico-gnoseologica della Filosofia del diritto, deve subito apparire come la più flagrante contradizione con le premesse: che consistono appunto nella eliminazione di quella dualità di «punti di vista», uno filosofico, l'altro giuridico, che l'antica come la moderna Filosofia del diritto lascia persistere nel proprio seno[2]. Ma su questo punto il pensiero del Condorelli non

[1] Nel senso dell'*Aufheben* hegeliano.

[2] Mi permetto di rimandare il lettore al mio art. *Immanentismo e Filosofia del diritto*, in questa *Rivista*, a. VI, fasc. 1 *[qui a pag. 165 e segg., n.d.c.]*.

sembra abbastanza esplicito; non è quindi il caso di insistervi[3].

Scartata la concezione imperativistica[4], il problema va posto su altre basi; e va sopratutto eliminato quello sdoppiamento della questione che s'intravede nel saggio del Condorelli. La distinzione, invero, tra indagine filosofica ed indagine scientifica[5] implica non la posizione di due problemi, uno di carattere filosofico, l'altro di carattere scientifico, ma di un solo problema filosofico-giuridico[6]: problema che, nel caso nostro, consiste nell'indagare quale relazione interceda tra il criterio fondamentale del formalismo giuridico e il principio contenuto nell'aforisma: *ignorantia iuris non excusat*.

Sarebbe ingiusto affermare che il Condorelli non abbia avuto una chiara visione della via da percorrere. Forse non è completamente esatto,

[3] Pur tuttavia, in un altro punto torna ad affacciarsi il criterio della doppia verità e precisamente quando il Condorelli fa intravedere una doppia soluzione del problema da lui trattato: una, filosofica, in cui il principio *ignorantia iuris non excusat* finisce con l'apparire come erroneo ed assurdo («nulla può essere predicato della norma ignorata e tanto meno l'obbligatorietà che è capacità di produrre obbligazione»); ed una seconda, di carattere scientifico, in cui il principio medesimo viene sollevato all'altezza di un canone di logica giuridica.

[4] È assai sintomatica, specialmente per chi abbia interesse a tenere ben fermo il punto di vista del puro formalismo giuridico, l'avversione del Kelsen per la concezione imperativistica. Cfr. *Hauptprobleme* etc., Tübingen, 1911, pag. 202-212. Il Kelsen, com'è noto, accetta, modificandola profondamente, la dottrina della norma come giudizio ipotetico, però, «über einen bedingten Willen des Staates». Qui, per altro, è da negare recisamente che una simile concezione sia coerente alla logica immanente al formalismo giuridico e ne appaghi le esigenze fondamentali.

[5] Distinzione che non vuol dire, come ha creduto (o cercato di far credere?) qualche scrittore frettoloso, separazione, bensì dialettica unificazione.

[6] Sarebbe stato superfluo aggiungere: strettamente filosofico-giuridico. È necessario però insistere su questo punto, poiché vedo che il Carnelutti, in una brillante nota critica sullo studio del Condorelli, dopo aver negato che la Filosofia del diritto, come critica gnoseologica della Giurisprudenza, avesse realmente reso un servizio alla Giurisprudenza medesima col distinguere tra obbligatorietà in senso concreto ed obbligatorietà od applicabilità in senso legalistico, lamenta quasi che si sia voluto risolvere un problema giuridico con metodo filosofico (Cfr. Carnelutti, «*Ignorantia iuris*», in *Riv. di diritto processuale civile*, a. III, fasc. IV, pag. 307-310). Col buon permesso dell'illustre processualista (che sa attirarsi incondizionatamente le simpatie dei cultori della Filosofia del diritto anche quando dice male – «scusandosi col dir: non lo conosco» – della loro disciplina), io penso che l'indagine sul fondamento del principio *ignorantia iuris non excusat* non sia affatto un problema giuridico: per il giurista, in quanto tale, non vi è altro problema oltre quello di indagare se e fino a qual punto in un determinato sistema o in una parte di esso *viga* il principio in esame. Non appena si cerchi il fondamento di questo principio si è già oltre il *dato*, si è già, in altri termini, nell'ambito propriamente filosofico. Cfr., per tutti, Del Vecchio, *Il conc. della natura e il principio del diritto*, 2ª ed. Bologna, 1922, pag. 4.

come espressione, affermare che le ragioni del principio in esame debbano cercarsi immediatamente nella natura o nel concetto stesso della norma; si è vista poi l'impossibilità di conciliare con la concezione imperativista il principio in parola. Ma credo che si debba essere ancor più espliciti e rigorosi nell'adottare il concetto intuito dal Condorelli, ossia nel ricondurre il principio in esame a quello più ampio e generico di cui si è fatto cenno sopra, e cioè all'arbitrio formalmente illimitato della norma nella determinazione dei presupposti, o condizioni che si dica, della propria applicabilità.

Orbene: quest'ultimo principio, anch'esso inconciliabile con la concezione imperativistica, è, si può dire, un corollario del criterio fondamentale del formalismo giuridico, ossia della legge fondamentale della Giurisprudenza.

Secondo questa legge una norma è giuridica non in quanto norma «sociale», «statuale» o «coattiva» e via dicendo, ma solo in quanto venga considerata in relazione *obiettiva* con una o più attività pratiche come unica ed esclusiva regolatrice di queste[7]. Dalla obiettività di tale relazione – nel senso cioè ch'essa vien posta *ab extra* e non implica necessariamente, quindi, una compenetrazione attuale della coscienza del soggetto con la norma[8] – discende, appunto, l'arbitrio formalmente illimitato che ha la norma nella determinazione dei presupposti della propria applicabilità. In altri termini, quando si consideri un'azione come sottoposta ad una sola, esclusiva norma, e ci si limiti ad esaminare la *conformità* o *difformità*, della prima in relazione alla seconda, un siffatto giudizio, che verte sostanzialmente sulla *esteriorità* dell'azione, *non ha come necessario presupposto la conoscenza della norma*

[7] V. per questo concetto il mio studio: *Il concetto del diritto e la «pluralità degli ordinamenti giuridici»*, Catania, 1926 *[qui a pag. 143 e segg., n.d.c.]*.

[8] In questa ipotesi, per altro, sorge un problema diverso: e cioè il problema del valore che ha la norma concretamente percepita nel processo dell'azione. Superfluo osservare, poi, che ove si faccia dell'espressione «imperatività» un sinonimo di «normatività», mettendo da parte ogni discussione di carattere linguistico (ciò che non ammette, invece, il Kelsen, *op. cit.*, pag. 210-212) la teoria imperativistica non è più incompatibile col criterio fondamentale del formalismo giuridico: ma è evidente allora come si debba parlare di una «imperatività *in re*» (cfr. i miei *Contributi ad una critica gnoseologica della Giurisprudenza*. I, Roma, 1925, pag. 107 *[qui a pag. 103, n.d.c.]*), escludendo cioè la necessità di quella «comunicazione tra soggetto imperante e soggetto da cui si pretende obbedienza» di cui parla il Condorelli (ciò che ricorda, sotto un certo aspetto, quel che dice il Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, pag. 3-4).
Per una interpretazione della teoria imperativistica, non contrastante col criterio fondamentale del formalismo giuridico, v. specialmente Del vecchio, *Il concetto del diritto*, 2ª ed., Bologna, 1912, pag. 78.

da parte del soggetto cui l'azione venga riferita: ond'è, che la conoscenza o l'ignoranza della norma, da parte del soggetto la cui attività si assume sottoposta alla norma medesima, hanno solo quel valore che da questa è determinato; non hanno mai cioè un valore originario ed indipendente da ogni statuizione positiva. E con ciò viene a spiegarsi esaurientemente come e perché la norma giuridica possa essere applicata *etiam contra ignorantem vel errantem*. Insomma, la conoscenza come l'ignoranza della norma non rappresentano, dal punto di vista formale, che elementi di *interiorità*: qualcosa di analogo, cioè, ai c.d. moventi, alla c.d. buona fede, al c.d. dolo (talvolta, anzi, il dolo può esser costituito dalla conoscenza della norma che si è violata). Appunto per questo, conoscenza come ignoranza della norma hanno giuridica rilevanza solo in quanto, implicitamente o esplicitamente, la norma le abbia rese elementi costitutivi del contegno ipotizzato come condizione di certe conseguenze giuridiche.

Questa e non altra mi sembra l'esatta soluzione del problema propostosi dal Condorelli: il quale ha visto assai bene, altresì, la insostenibilità di quelle dottrine che hanno cercato di spiegare il principio in esame, ricorrendo ora ad un vero e proprio obbligo, ora ad una presunzione *iuris et de iure* di conoscenza della norma. La critica che a queste dottrine egli ha rivolto credo possa dirsi definitiva: se v'è qualcosa da aggiungere è solo questo: e cioè che tali teorie, pur volendo restare nell'orbita del diritto positivo spesso ne fuoriescono perché sboccano nella ipostasi di norme che non esistono affatto.

***

Ma perché non sorgano degli equivoci intorno al reale valore del principio: *ignorantia iuris non excusat*, sarà bene esaminarne il significato effettivo e la portata da un punto di vista che non è precisamente quello giuridico formale, anzi ne costituisce l'opposto: il punto di vista teleologico o politico *lato sensu*.

A tal proposito debbo subito avvertire che non mi convince la recisa opposizione del Condorelli alla dottrina che ha cercato di giustificare il principio in esame ricorrendo a ragioni di carattere utilitario, invocando cioè i motivi di pratica opportunità che militano a favore del detto principio. «Se così fosse», afferma il Condorelli, «il principio spiegherebbe la sua efficacia solo quando il legislatore aderendo a tali considerazioni lo avesse consacrato; e il decidere della sua sussistenza e validità diverrebbe, quindi, una questione di diritto positivo». Ma, ammettendo ciò, si affermerebbe che il principio *sottinteso*, quello valido salvo disposizione contraria, sarebbe l'altro, *ignorantia iuris excusat*. Questa osservazione

mi sembra tutt'altro che decisiva; in primo luogo perché, ove si accetti la distinzione da me propugnata e dal Condorelli, se non m'inganno, accolta, tra considerazione legalistica e considerazione finalistica[9], non si può dire che la giustificazione, condotta sotto il secondo punto di vista, di un principio giuridico porti senz'altro ad affermare la razionalità del principio opposto nell'ambito della considerazione legalistica o formale che si dica. In verità i due tipi di considerazione dell'umana attività non si condizionano affatto a vicenda, potendo benissimo, sotto un certo aspetto, raffigurarsi come due linee parallele: come dimostra la semplice osservazione che altro è parlare di conformità o difformità di un'azione rispetto ad una norma predeterminata, altro è parlare di utilità, opportunità, ossia di attitudine di un'azione (o di una norma) a conseguire uno scopo. È facile osservare, del resto, che, giustificando sotto il punto di vista (astrattamente) teleologico (ossia esaminandone ed affermandone la pratica opportunità) il principio *ignorantia iuris non excusat*, non si dice che a favore del principio opposto non militino delle ragioni di carattere analogo: si dice semplicemente che, in linea generale, il primo sia *più pratico*, *più opportuno* dell'altro[10]. Da ciò ad affermare che la giustificazione, in base a criteri di pratica opportunità, del principio in esame implichi la validità, salvo disposizione contraria, del principio opposto, mi sembra che corra una notevole distanza.

In secondo luogo, non bisogna dimenticare che, in tanto è possibile dare spiegazione, in base al criterio fondamentale del formalismo giuridico, al principio *ignorantia iuris non excusat*, in quanto se ne trasformi, per così dire, l'immediato significato, in modo tale da eliminare tutti quegli elementi che risultano incompatibili con la mera considerazione giuridico-formale. Se ben si guarda, infatti, il significato immediato del principio in esame è, come si sa, il seguente: nessuno può sottrarsi alle conseguenze sfavorevoli (*non excusat*) del proprio operato, alligando l'ignoranza della norma da cui tali conseguenze discendono. È evidente qui che il concetto di «conseguenza sfavorevole» non ha senso nell'ambito formale dove bisogna parlare invece di imposizione di un (nuovo) obbligo o di perdita di un diritto: l'una e l'altra aventi come presupposto una situazione giuridica per cui l'attività del soggetto sia già *vincolata*, per essersi verificate le condizioni

[9] Cfr. Condorelli, *op. cit.*, pag. 20, nota 1-2. Non è superfluo avvertire, forse, che la distinzione di cui si parla nel testo ha dei punti di contatto con quella sostenuta dal Kelsen in *Hauptprobleme* cit., pag. 57-94; ma il fondamento gnoseologico della distinzione kelseniana – poggiante sul dualismo del *Sollen* e del *Sein* – è del tutto diverso dalla deduzione dialettica da me tentata in *Contributi ad una critica gnoseologica della Giurisprudenza*, cit., pag. 100-109 *[qui a pag. 96-101, n.d.c.]*.

[10] E ciò perché la considerazione finalistica ammette una possibilità di gradazione che è, invece, inconcepibile nell'ambito della considerazione legalistica.

obiettive fissate dalla norma ignorata dal soggetto. Viceversa, non è chi non veda come il concetto di «conseguenza sfavorevole» appartenga nettamente all'ambito della considerazione finalistica.

Se così è, bisogna andar cauti prima di dire che, una volta ammessa una giustificazione di carattere teleologico, il principio in esame spiegherebbe la propria efficacia solo quando il legislatore lo avesse consacrato e che il decidere della sua esistenza e validità diverrebbe una questione di diritto positivo. In realtà, nel suo immediato significato, il principio in esame non ha affatto un carattere razionale, indipendente da ogni statuizione positiva (il che vuol dire qualcosa che si sappia *a priori*, prima ancora di procedere alla interpretazione di una qualsiasi norma) ciò che implicherebbe una vera e propria eccezione ogni qual volta la norma ponesse, fra gli estremi per la propria applicabilità, la conoscenza di sé medesima da parte del soggetto su cui grava l'obbligo da essa determinata. Viceversa, in tanto si può dire che il principio *ignorantia iuris non excusat* spieghi la propria validità ed efficacia, in quanto si sappia già, dalla interpretazione della norma, che tra gli estremi per l'applicazione di questa non figura la conoscenza della medesima da parte del soggetto che viene ad essere obbligato.

Concludendo: il principio racchiuso nella formula: *ignorantia iuris non excusat* ha il suo fondamento in un corollario del criterio fondamentale del formalismo giuridico, ossia nell'arbitrio formalmente illimitato che ha la norma nel fissare gli estremi per la propria applicabilità[11]: ma in sé e per sé, esso è un principio di diritto positivo, e per nulla può essere scambiato con un canone di logica giuridica. Lo stesso – né più né meno – deve dirsi del principio opposto*, ignorantia iuris excusat*.

Né più né meno. Anche nel caso in cui tutte le norme di un sistema giuridico facciano dipendere dalla conoscenza di sé medesime la propria applicabilità, non si deve parlare di eccezione o deviazione, ma di una pura e semplice riconferma del detto corollario del criterio fondamentale del formalismo giuridico[12].

Né potrebbe aver valore l'obiezione che, in quest'ultima ipotesi, il principio *ignorantia iuris excusat* avrebbe bisogno di essere esplicitamente affermato, mentre, nel silenzio della norma in merito al valore da attribuire alla conoscenza o alla ignoranza di sé medesima, si dovrebbe dichiarare vigente il principio *ignorantia iuris non excusat*.

[11] Qui, data la natura prettamente formale del principio, è chiara la inconcepibilità di una giustificazione teleologica.

[12] È questa l'avvertenza principale sfuggita al Condorelli, nonché al Del Giudice nella sua bella prolusione: *Promulgazione ed obbligatorietà della legge canonica*, Milano, 1927, *passim*, spec. pag. 21.

Una simile obiezione avrebbe un valore meramente verbalistico, perché avrebbe il proprio fondamento nella distinzione tra ciò che è detto *apertis verbis*, e ciò che, per essere implicito o sottinteso, non è meno dichiarato od espresso. Distinzione incapace assolutamente di distruggere l'osservazione che, arbitrio formalmente illimitato della norma nel fissare gli estremi per la propria applicabilità, significa appunto *possibilità* – e non *necessità* – di escludere dal novero di tali estremi la conoscenza di sé medesima – *ignorantia iuris non excusat*; oppure di richiederla – *ignorantia iuris excusat*.

È evidente, perciò, che tutte le volte in cui si cerchi di collocare il principio *ignorantia iuris non excusat* al posto di quello che ne costituisce il fondamento, si scambia e si identifica – per usare una nota efficace terminologia – il fatto con la sua ragione (Del Vecchio)[13]; arrivando poi alla conclusione, che i sistemi che accolgono il principio opposto a quello testé detto debbono dirsi formalmente assurdi: mentre tale assurdità, proprio dal punto di vista formale, non sussiste.

Se così non fosse, del resto, non sorgerebbe mai quel problema cui accenna il Condorelli nel chiudere la sua interessante indagine: come e fino a qual punto debbono i legislatori tener conto dell'ignoranza e dell'errore di diritto? Esattamente egli osserva a tal proposito che «è questo un problema che non può avere una soluzione, ma delle soluzioni storiche»: il che conferma il carattere non propriamente formale, ma storico e positivo del principio *ignorantia iuris non excusat*. È bene tener presente, infatti, come le nozioni puramente formali della Giurisprudenza debbano essere, per la loro stessa natura, astoriche[14].

[13] Non si dimentichi che qui siamo nell'ambito intellettualistico.

[14] V. per l'astoricità del criterio fondamentale del formalismo giuridico il mio cit. studio *Il concetto del diritto e la «pluralità degli ordinamenti giuridici»*.

7.
IL SIGNIFICATO E LA FUNZIONE DEL «FATTO» NELL'ESPERIENZA GIURIDICA

1. Fra le dottrine elaborate dalla Giurisprudenza moderna offre un singolare interesse speculativo la dottrina dei fatti giuridici.

«Qualsiasi avvenimento cui la legge ricolleghi conseguenze giuridiche» – questa nozione[1] così ampia ci avverte immediatamente essere di fronte

* Pubblicato in *Annali della R. Università di Macerata*, 1929, pp. 393-431.

[1] Cfr., per tale nozione, nella letteratura giuridica moderna (per i cenni storici relativi alla dottrina anteriore alla scuola storica tedesca, v. la nota 2 a pag. 394): Puchta, *Pandekten*, (ed. Rudorff) Leipzig, 1866, pag. 71-74; Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. Scialoja, vol. III, § 104; Keller, *Pandekten*, (ed. Lewis) Leipzig, 1866, pag. 120 seg.; Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart, 1872, pag. 60-68; Windscheid (Kipp), *Lehr. d. Pandektenr*, 9ª ed., 1906, § 63, 67; Regelsberger, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, pag. 436 segg.; Wendt, *Lehrb. d. Pandekten*, Jena, 1888, pag. 24-25; Bekker, *Syst. d. heut. Pandektenrechts*, Weimar, 1866, II, § 80-81; Brinz (Lotmar), *Pandekten*, IV, § 522; Dernburg, *Syst. d. röm. Rechts,* (ed. Sokolowski), Berlin, 1912, pag. 134 seg.; Hölder, *Pandekten*, I, Freiburg, i. B., 1891, pag. 174 seg. Per i civilisti: Gierke, *Deutsches Privatrecht*, München u. Leipzig, 1895, I, pag. 280 seg.; Endemann, *Lehrbuch d. bürg. Rechts*, 8ª ed., I, Berlin, 1903, pag. 258-270; Enneccerus (Kipp-Wolff), *Lehrbuch d. bürg. Rechts*, I, 1, (25-29 Aufl.) pag. 325-328; Crome, *Syst. d. deutsch. bürg. Rechts*, I, Tübingen, 1900, pag. 318; Cosack, *Lehrb. d. b. R.*,7ª ed., Berlin, 1921, I, pag. 142 seg.; Henle, *Lehrb. d. b. R.*, Berlin, 1926, pag. 29-37; Mayr, *Lehrb. d. b. R.*, Reichenberg, 1922, pag. 173 seg. Da non dimenticare la trattazione dello Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, pag. 200-225; e v. a. i cenni in Eltzbacher, *Die Handlungsfähigkeit*, I, Berlin, 1903, pag. 58-70, e in Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 2ª ed., Jena, 1906. Sovrasta a tutte, però, la magistrale trattazione del v. Tuhr, *Der Allgemeine Teil d. deutsch. bürg. Rechts*, II, 1, Leipzig, 1914, pag. 3-142. Per la dottrina italiana v. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, 4ª ed., Milano, 1929, § 97 e seg.; De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1926, pag. 225 seg.; Pacifici Mazzoni, *Istit. di dir. civ.*, 4ª ed., Firenze, 1904, II, pag. 325 seg.; Chironi e Abello, *Trattato di dir. civ. it.*, I, Torino 1904, pag. 351 seg.; Barassi, *Ist. di dir. civ.*, Milano, 1914, pag. 124 seg.; Ravà, *Istituzioni di diritto privato*, 3ª ed., Padova, 1928, parte IV. Per i filosofi del diritto v. Del Vecchio, *Lezioni di Filosofia del dir*. (lit), Roma, 1927-28, pag. 268 seg.; Vanni, *Lez. di Fil. del dir.*, Bologna, 1904, pag. 153 seg.; Levi, *Fatti e rapporti giuridici* in *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, 1924. Per i romanisti: Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, 8ª ed., Milano, 1924, pag. 33 seg.; Brugi, *Ist. di dir. rom.*, 3ª ed., Torino, 1926, pag. 101-106; Arangio-Ruiz, *Istit. di dir. rom.,* II, Napoli, 1923, pag. 6-8 (con una distinzione tra fatti giuridici "logici" e f. g. "alogici" forse d'ispirazione

ad un concetto suscettibile di applicazione in tutta la Giurisprudenza[2].

Pur tuttavia si sa benissimo come un tal concetto si sia venuto «costruendo» poco a poco col formarsi della «parte generale» del diritto civile[3], sistemazione speciale di concetti giuridici (cui si è pervenuto mediante il procedimento tipico delle scienze naturalistiche, l'astrazione generalizzatrice) in cui vengono costruiti «dogmaticamente» quegli elementi che sono comuni a tutta una serie di istituti regolati più o meno analiticamente dal diritto codificato: ciò che determina, in ultima analisi, un paradigma relativamente costante entro le cui linee fondamentali viene di solito inquadrata la trattazione degli istituti medesimi. Dalla parte generale del diritto civile, la dottrina dei fatti giuridici è passata via via ad altre discipline[4] giuridiche, ma ciò non ha determinato affatto l'approfondimento di essa in tutti i suoi punti: anzi, proprio nella disciplina in cui, per dir così, vide la luce, è più che evidente una sproporzione a tutto vantaggio della dottrina dei negozi giuridici: ond'è che, salvo qualche eccezione[5],

paretiana, che non mi sembra proponibile in sede dogmatica – a parte ogni discussione in sede filosofica o sociologica – anche perché non vi corrisponde una distinzione nei c. d. effetti giuridici). Isolata può dirsi l'opinione del Perozzi, *Istituz. di dir. rom.*, 2ª ed., Milano, 1928, I, pag. 128, che non ha esitato a definire "inutile l'idea ed anche il nome di fatto giuridico". Per la dottrina austriaca v. Krainz (Pfaff-Ehrenzweig), *Syst. d. österr. allg. Privatr.*, I, Wien, 1913, pag. 131 e pag. 250; e per la dottrina francese: Colin et Capitant, *Cours èlèm. de droit civ. franc.*, 5ª ed. Paris, 1927, pag. 60 seg. (limitatamente agli "actes juridiques"; come già, del resto, il Kohler, *Lehrb d. b. R.*, I, Berlin, 1906, pag. 485-6).

[2] Cfr. Bierling, *Zur Kritik d. jurist. Grundbegriffe*, II, Gotha, 1883, pag. 256.

[3] Si può dire perciò che l'origine della dottrina dei fatti giuridici coincida completamente o quasi con quella della parte generale del diritto civile; e questa non apparve d'improvviso, come si ritiene qualche volta, con le opere dei fondatori della scuola storica, essendosene iniziata invece l'elaborazione dai pandettisti tedeschi anteriori all'Hugo, sotto l'influsso – è opportuno notarlo – della corrente giusnaturalistica dominante nella Giurisprudenza del sec. XVIII. Da ciò l'importanza del Wolff e del Thomasius non solo per la storia della filosofia del diritto, ma anche per quella della Giurisprudenza. Cfr. i cenni storici dello Schlossman, *Willenserklärung und Rechtsgeschäft* (estr. dalla *Festgabe f. A. Hänel*), Kiel u. Leipzig, 1907, pag. 48-65; nonché l'interessante memoria dello Schwarz, *Zur Entstehung d. mod. Pandektensystem*, in *Zeitsch. f. Savigny Stiftung*, (R. A.), vol. 42, pag. 578 e seg.

[4] Dico «disciplina» e non «scienza» perché mi sembra insostenibile l'idea – implicitamente sostenuta, p. es., dai criminalisti nelle loro discussioni "metodologiche" – che le varie sistemazioni, tutte storicamente condizionate, di concetti giuridici particolari, possano, isolatamente prese, costituire altrettante scienze. V. su ciò, Cesarini Sforza, *Il conc. del dir. e la Giurispr. integrale*, Milano, 1913, pag. 120.

[5] Una – relativa – eccezione è costituita dalla trattazione del v. Tuhr, *op. loc. cit.* L'osservazione – si badi – non ha il più lontano sapore di rimprovero (anche perché ne mancherebbe l'autorità allo scrivente!): la dottrina dei fatti giuridici c'interessa qui sotto un profilo speculativo e non già di dogmatica del diritto privato: sotto l'interesse, cioè

l'esposizione della dottrina dei fatti giuridici si riduce quasi sempre ad una specie di preambolo al concetto di negozio giuridico. Preambolo che a qualche scrittore è anche sembrato inutile, se non addirittura dannoso[6].

Non è difficile, per altro, rendersi esatto conto di questa sproporzione[7] quando si tenga presente, anzitutto, come i pandettisti prima, i civilisti dopo ed insieme, non siano pervenuti certamente alla formulazione del concetto di fatto giuridico movendo da una visione totalitaria della realtà giuridica: anche qui, in sostanza, ci si trova di fronte ad un prodotto dell'astrazione generalizzatrice, che ha cercato di costruire uno schema sulla base della teoria dei modi di acquisto della proprietà, da una parte, e della teoria delle fonti (esclusa, ben s'intende, la legge) delle obbligazioni, dall'altra. In secondo luogo, dato l'aspetto più saliente di quello che si può definire come il «contenuto» del diritto privato – se non di tutto, della maggior

ch'essa può offrire alla filosofia del diritto concepita come una critica gnoseologica della Giurisprudenza.

Anche sotto il profilo dogmatico, del resto, il rimprovero potrebbe esser giustificato solo fino ad un certo punto: non bisogna dimenticare, infatti, e i limiti imposti dal diritto codificato – limiti oltre i quali la costruzione dogmatica o è arbitraria, o riesce a dominare solo in apparenza la svariata molteplicità di elementi che si voglion mettere insieme in essa – e l'influsso della tradizione nazionale, ossia il frutto di una lunga esperienza polarizzata, per dir così, in un senso anziché in un altro. Si comprende benissimo, dopo ciò, come la civilistica tedesca sia potuta arrivare, con l'opera del v. Tuhr, ad un grado di perfezione dogmatica da cui, per converso, quella francese è ancor lontana (ma d'altra parte non si può negare che l'attaccamento della dottrina francese per la tradizione nazionale sia stato e sia alquanto eccessivo: ecco perché non convincono troppo le giustificazioni addotte dal Gaudemet, *Le codifications récentes et la révision du Code Civil*, in *Le Code Civil*, vol. II, pag. 973-4). Si aggiunga, infine, lo spostamento che apporterebbe, nella sistematica classica del diritto civile, una elaborazione ugualmente approfondita di tutti i tipi di fatti giuridici implicanti conseguenze di diritto privato: si pensi p. es. al possesso, le cui definizioni più correnti finiscono col coincidere quasi completamente con quella del fatto giuridico (v. sulla questione, Finzi, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915, pag. 434 seg.).

[6] Perozzi, *op. loc. cit.*

[7] Degno di nota, è, a questo proposito, il fatto che due fra i più celebrati scrittori di *Allgemeine Rechtslehre*, il Merkel e il Bierling, non abbian saputo far di meglio che trasportare di peso, facendone un capitolo della loro disciplina, la dottrina della "nascita, modificazione ed estinzione dei diritti soggettivi e dei rapporti giuridici" (dopo di che, la pretesa avanzata da qualche civilista, di voler trattare tutt'insieme la parte generale del diritto privato e la teoria generale del diritto non appare più del tutto ingiustificata). Cfr. Merkel *Juristische Enzyclopädie*, 7ª ed., Berlin, 1922, pag. 107; Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, II, (Zw. Buch, I-IV Abschn.) Freiburg i. B., 1898. Nel Bierling, poi, manca quasi del tutto ogni preoccupazione, non dirò di eliminare, ma di attenuare l'impronta civilistica della dottrina in parola: e questa finisce per essere dedicata circa per due terzi (pag. 117-291) alla teoria del negozio giuridico.

parte di questo – in poche parole l'elemento economico, che vi predomina, si vede benissimo come fosse inevitabile, al posto di un movimento diretto ad approfondire ugualmente tutti i punti del nuovo campo d'indagine, la tendenza a polarizzare l'indagine verso quei tipi di fatti giuridici i quali altro non sono che comportamenti aventi una funzione di prim'ordine nella circolazione dei beni economici; i testamenti e i contratti. E con ciò si spiega agevolmente perché una tendenza relativamente recente, pur senza staccarla dalla dottrina dei fatti giuridici, cerchi di assidere la teoria dei negozi sul concetto di «successione»:[8] concetto che ha tutta l'aria di rappresentare l'equivalente dogmatico di quello, strettamente economico, di circolazione[9].

2. Ma, per quanto elaborato sulla base di esperienze realizzate nel campo di una sola disciplina giuridica, il concetto di fatto giuridico oltrepassa nettamente l'ambito di questa; soprattutto per quella nozione di «conseguenza giuridica» che non può essere determinata coi criteri che offre, almeno *prima facie*, il diritto privato, senza falsare completamente il carattere della considerazione *sub specie iuris*, o quanto meno, senza mutilarla nel suo aspetto più saliente[10]. Riservandoci, quindi, di mostrare, se anche indirettamente, come e quanto sia insufficiente identificare la conseguenza giuridica con la «nascita, modificazione o estinzione di un diritto soggettivo» o di un «rapporto giuridico», riteniamo opportuno, anche al fine di rendere più chiare alcune osservazioni che verranno tra non molto, avvertire fin da ora che il concetto di conseguenza giuridica

[8] Non mancano, però, specialmente fra i romanisti, gli avversari di questo concetto. Sulla questione v. De Francisci, *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924, pag. 1 seg. e la bibliografia ivi citata; recentemente, (in senso contrario) Biondi, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Catania, 1929, pag. 219-20.

[9] Questo, mi sembra, dovrebbero tener presente tutti coloro che cercano di trasferire la teoria del negozio giuridico in altre discipline: non dimenticare, cioè che il concetto di negozio giuridico sta a quello di atto giuridico come la specie sta al genere e che i due concetti, perciò, non possono essere identificati immediatamente. Oltre ciò, bisogna andar cauti nel ridurre a "manifestazioni di volontà" certi atti in cui diventa impossibile riprodurre tutti quegli elementi che vengon fuori nel campo del diritto civile e che si mostrano manifestamente inapplicabili in discipline giuridiche il cui "contenuto" sia profondamente diverso da quello del diritto civile.

[10] I cultori del diritto privato, infatti, sono (per ragioni che esporremo altrove) proclivi a mettere in prima linea il concetto di «diritto soggettivo» o di «rapporto giuridico» dando così l'impressione che la figura dell'obbligo abbia carattere secondario: il che, come vedremo in seguito, è erroneo.

dev'essere inteso come «*il sorgere o l'estinguersi di una figura di qualificazione giuridica*». Qualificazione – ben s'intende – dell'attività di un soggetto giuridico. Qualificazione, aggiungiamo (sopratutto per chiarire fin da questo momento la nostra posizione speculativa) che non coglie l'attività intesa filosoficamente, ossia nel suo concreto *farsi*, che è tutt'uno col farsi del reale, bensì l'attività pratica in quell'unico senso in cui può intenderla l'oggettivismo del giurista: ora, cioè, considerata come «contegno» già verificatosi, ora come una possibilità di contegno[11].

3. È abbastanza chiaro, dopo quest'ultima osservazione, come l'interesse che può offrire la dottrina dei fatti giuridici all'attenzione speculativa del filosofo del diritto, non consista in un tentativo di offrire una nozione «filosofica» del fatto giuridico, che, non potendo, ad onta di ogni pretesa in senso contrario, sostituirsi a quella elaborata dalla Giurisprudenza, darebbe luogo ad un dualismo di concetti; ciò che finirebbe col risolversi in uno sproposito (pseudo) filosofico. E tanto meno è il caso di pensare a un tentativo di venire in soccorso di quei giuristi che si propongono di elaborare una classificazione generale dei fatti giuridici applicabile in tutto il dominio della Giurisprudenza: in primo luogo perché la classificazione fuoriesce dalla filosofia, in secondo luogo perché si può seriamente dubitare *a priori* della validità logica di una classificazione che avesse una simile pretesa. Tolta, infatti, la distinzione fondamentale tra *atti* e *fatti* giuridici (sarebbe più esatto, forse, parlare di atti e fatti «giuridicamente rilevanti»), distinzione che offre un certo interesse speculativo, perché, mentre questi ultimi si atteggiano sempre come *presupposti*, i primi si presentano sotto il duplice aspetto di *oggetto* e di *presupposto* di qualificazioni giuridiche, senza che i due aspetti possano confondersi[12] (il che, come si vede subito è

[11] Avverto ancora una volta che la distinzione tra attività teoretica e attività pratica è ineliminabile nella posizione naturalistica. Mi permetto rinviare il lettore ai miei *Contributi ad una critica gnoseologica della Giurisprudenza*, I, Roma, 1925, pag. 97 e seg. *[qui a pag. 94 e seg., n.d.c.]*; *Il concetto del diritto e la "pluralità degli ordinamenti giuridici"*, Catania, 1926, pag. 8, nota 1 *[qui a pag. 147, nt. 9, n.d.c.]*.

[12] L'attività pratica si presenta così nel mondo del diritto sotto un duplice profilo: sotto il profilo formale in cui è sempre *oggetto*, e sotto il profilo «materiale» in cui è *presupposto* di qualificazione. I due aspetti vanno tenuti sempre ben distinti (cfr. le osservazioni al n. 13) perché altro è la qualificazione giuridica dell'atto, altro la sua *rilevanza* come presupposto per una ulteriore qualificazione giuridica. Altro è l'esercizio di un diritto (atto lecito) altro è la conseguenza giuridica collegata dalla norma all'atto con cui tale esercizio si è manifestato, anche se al giurista interessi porre l'attenzione sul secondo momento e trascurare

indizio di un relativismo concettuale di cui sarà fatto cenno a suo tempo); tolta, dicevamo, la ricordata distinzione fondamentale, è assai dubbio che possa adottarsi una classificazione unica per tutte le discipline giuridiche particolari, al posto delle singole classificazioni elaborate in base alla peculiarità del contenuto regolato dal gruppo di norme che ciascuna delle dette discipline prende in considerazione.

In realtà l'ampiezza dello schema logico che costituisce il concetto di «fatto giuridico», se da un lato ci fa comprendere l'applicabilità di questo in tutto il dominio della Giurisprudenza, è indizio, dall'altro, di una qualche caratteristica saliente della realtà giuridica, di cui non basta dare una determinazione empirica se questa non venga illuminata da una interpretazione schiettamente speculativa.

4. Un vago sentore del problema su accennato, è possibile rinvenire nella disputa, cominciata a dibattersi nella Giurisprudenza tedesca nella seconda metà del secolo scorso, e che non può dirsi ancora del tutto sopita: alludiamo alla questione del rapporto tra fattispecie[13] e conseguenza

completamente il primo. Ma l'importanza della distinzione si vede meglio a proposito della qualificazione di illiceità. Altro è questa, come conseguenza giuridica di un atto, altro è la conseguenza giuridica dell'atto stesso considerato *materialiter*. Conseguenza che può anche mancare (come vedremo in un altro studio, non è detto che oltre la qualificazione di illiceità debbano necessariamente seguire altre conseguenze giuridiche): come può anche mancare la qualificazione di illiceità per certi atti cui la norma ricollega tipi di conseguenze giuridiche che di solito si accompagni a tale qualificazione. Così, p. es., nel caso di una legge penale retroattiva, non si può dire che l'atto punito da questa, ma commesso in un periodo in cui essa non era stata ancora emanata, sia stato un atto illecito: pur tuttavia la conseguenza giuridica penale ha luogo ugualmente. La distinzione tra atti leciti e atti illeciti, come fondamento di una *classificazione*, pecca dal punto di vista logico, perché introduce l'elemento della qualificazione, che è schiettamente formale, in quello che è *per definitionem* il dominio dell'elemento materiale. Si sa, del resto, come le critiche a questa distinzione non siano mancate: in diritto civile, p. es., porta all'inconveniente di mettere sullo stesso piano l'inadempienza contrattuale e il delitto, (o colpa aquiliana che si dica) figure giuridiche ben distinte tra loro.

[13] Ted. *Tatbestand* (letteralmente tradotto: stato di fatto). L'espressione è stata introdotta (come ricorda il Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, I, pag. 129, nota 2) dai criminalisti. Il Thöl, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, Göttingen, 1851, pag. 91 e seg., è stato il primo ad applicare largamente questo concetto nella parte generale del diritto privato. Per il significato dell'espressione nella criminalistica moderna v. Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, I, Leipzig, 1921, 4ª ed., pag. 188; e specialmente Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, pag. 1-4; 110 e seg. Secondo il Betti, *Istituz. di dir. romano*, I, Padova, 1928, l'espressione «fattispecie» deriva dal latino medioevale «*facti*

giuridica. Questione che, per quanto dibattuta più tra i giuristi che tra i filosofi, non si è svolta completamente sul terreno della dogmatica o della «teoria generale del diritto» avendo toccato, fin dalle prime battute, problemi e concetti essenzialmente filosofici; e che è stata pressoché trascurata dalla nostra letteratura filosofico-giuridica, mentre può dirsi che i nostri giuristi, quand'anche se ne siano accorti, non le abbiano attribuito il benché minimo interesse.

Pur tuttavia, il dibattito in parola non è immeritevole del tutto di attenzione da parte del filosofo del diritto: ecco perché riteniamo opportuno – anche dopo il recente studio di uno scrittore tedesco[14], apparso su una rivista italiana, ma non troppo preciso nei riferimenti alle varie teoriche avanzate in proposito – offrirne un rapidissimo cenno storico e un approfondimento critico.

5. In linea storica col Voigt[15], in linea storicodogmatica col Lotmar[16], il problema del rapporto tra fattispecie e conseguenza giuridica aveva cominciato ad attirare l'attenzione della Giurisprudenza tedesca. Il primo non aveva esitato ad affermare che i giuristi romani concepissero il detto rapporto come una relazione di causa ad effetto secondo una vera e propria concezione metafisica; il secondo aveva accennato ad una distinzione tra il valore del fatto giuridico che, in sé e per sé, sarebbe solo ragione o fondamento della conseguenza giuridica; e la forza costitutiva della legge, che determinerebbe un rapporto causale tra il fatto e la conseguenza giuridica[17].

species», ossia «figura del fatto».

[14] Fuchs, *Fatto e conseguenza giuridica*, in *Riv. int. di filos. del diritto*, 1928, pag. 44-51·

[15] Voigt, *Über condictiones ob causam und* ü*ber causa una titulus im allgemeinen*, Leipzig, 1862, pag. 73, 81 e spec. pag. 166.

[16] Lotmar, *Über causa im röm. Recht*, München, 1875, pag. 1 e seg.

[17] Lotmar, *op. cit.* pag. 2: «Das Causalverhältniss von Thatsache (als Grund) und Recht (als Folge) wird hergestellt durch das Recht als Subject: das Recht constituirt, der Jurist referirt es. Das Recht als begründende Macht in diesen Sinne ist unterschieden nicht minder vom Recht im subjectiven Sinne, der Befugniss, wie vom Recht im objectiven Sinne» (riporto con l'ortografia del testo). Il primo, forse, a parlare di causalità, è stato il Savigny, op. cit. III, pag. 22, in cui si dice che gli atti volontari possono concepirsi come *cause efficienti* dei rapporti giuridici. Nel suo *Cursus d. röm. Rechts*, Leipzig, 1879, pag. 294, il Kuntze dice: «Die Rechtsverhältnisse (Rechte und Verbindlichkeiten) entstehen und gehen unter oder werden erworben und verloren immer infolge irgendwelcher wirklichen Vorgänge oder Begebenheiten (Tatsachen) an welche dieses Entstehen oder Untergehen aes

Un anno dopo la pubblicazione della dissertazione del Lotmar, ecco lo Schlossmann ad occuparsi della questione nella sua celebre opera sul contratto. Polemizzando contro il «dogma» della forza obbligatoria dei contratti, egli osserva ad un certo punto: si parla di un fondamento costitutivo delle obbligazioni, di fattispecie che creano vincoli obbligatorî: la terminologia della nostra scienza annovera, inoltre, fatti che impediscono il sorgere di obbligazioni o che estinguono quelle già sorte. A nostra insaputa si associa a questo modo di esprimersi, l'idea che tra quelle fattispecie e le obbligazioni che vi si ricollegano, sussista un rapporto causale come nei fenomeni della natura. Orbene, continua lo Schlossmann, tale idea deve ritenersi erronea: non la causalità, ma la «motivazione» esprime il nesso, la correlazione tutte le volte che parliamo del sorgere e del venir meno di avvenimenti puramente spirituali. La fattispecie, perciò, deve considerarsi come il «motivo» (sostanzialmente nel significato psicologico dell'espressione) e non come la «causa» della conseguenza giuridica[18].

6. Queste osservazioni dello Schlossmann diedero lo spunto allo Zitelmann nell'ormai classica opera sull'errore e il negozio giuridico, per formulare una teoria sulla natura del rapporto tra fattispecie e conseguenza giuridica, in cui vien ripreso[19] e ribadito il concetto oppugnato dallo

rechtliche anerkannte Folge oder Virkung geknüpft Wird. Demnach sind diese Vorgänge die Rechtsgründe (oder Rechtsursachen) Erwerb und Verlust der Rechte aber sind die Rechtsfolgen». E a pag. 295: «Die Handlungen kommen hier in Betracht insofern sie Gründe oder Ursachen von Rechtsveränderungen oder Rechtswirkungen sind».

[18] Cfr. Schlossmann, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, pag. 17-18: dire, egli continua esemplificando, che il contratto di compravendita crea l'obbligo del pagamento del prezzo non significa altro che «irgend ein Moment bildet für den Urteilenden den zureichenden Grund, den Käufer einer Sache zur Zahlung des Kaufpreises für verpflichtet zu erklären, den Käufer auf Ansuchen des Verkäufers eventuell zur Zahlung zu nothigen». V. a. pag. 88 e pag. 275. In realtà il punto cui lo Schlossmann vuol arrivare è un altro, ed ha ben poco da vedere con la distinzione tra mondo della natura e mondo dello spirito: e lo si vede a pag. 284 quando cioè egli afferma che «das Ermessen des Richters im Civilrecht auch ohne "positive" Norm entscheidet ob ein Tatbestand ein Rechtsfolge nach sich ziehe, und der Mangel einer solchen Norm ihn auch nicht, ihm die Rechtsfolge zu versagen, ohne Weiteres berechtigt». In questo punto lo Schlossmann si rivela un precursore del c. d. diritto libero: il che ha dato, come si sa, lo spunto ai frizzi dell'Jhering (*Scherz und Ernst im Jurisprudenz*, trad. De Meulaneure, in *Etudes complementaires à l'Esprit du droit romain*, vol. IV, Paris, 1902, pag. 351, nota 151). Seguaci dello Schlossmann sono il Kipp, *Über Doppelwirkungen im Recht* (*Festschrift f. F. Martitz*, Berlin, 1911, pag. 211 seg.) pag. 216, e il Fuchs, *Logische Studien im Gebiete der Jurisprudenz*, I, Hannover, 1920, pag. 19, nota 21; *Fatto e conseguenza giuridica*, cit. pag. 47 seg.

[19] Non bisogna dimenticare che il Karlowa, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen,*

Schlossmann. Lo Zitelmann pone a base del proprio ragionamento una fondamentale analogia tra il mondo naturale e il c.d. mondo giuridico. Tale analogia culminerebbe nel fatto che, alla stessa guisa delle leggi naturali, le leggi giuridiche consisterebbero in *giudizi ipotetici*: se si verifica A si verificherà B, dice la legge naturale (o, più esattamente, naturalistica); se si verifica la fattispecie A si verificherà la conseguenza giuridica B, dice la norma giuridica. Alla causalità naturale farebbe riscontro perciò la causalità giuridica: il nesso tra la fattispecie e la conseguenza giuridica sarebbe un nesso causale, vuoi che si tratti di avvenimenti naturali, vuoi che si tratti di fatti, ossia di atti (contegni) umani[20].

La teoria dello Zitelmann non è rimasta isolata ed è stata accolta e sostenuta (talvolta con modificazioni di una certa entità) da molti altri scrittori[21]. Come nella teoria del nesso psicologico di motivazione, precedentemente esposta, così anche in questa, elaborata da giuristi e non da filosofi, diciam così, di professione, è un po' difficile scorgere se e fino a qual punto l'interesse speculativo non sia subordinato ad esigenze di carattere dogmatico, specialmente quando si rifletta che non di rado il problema circa la natura del rapporto tra fattispecie e conseguenza giuridica è stato trattato in linea d'introduzione alla costruzione dogmatica del negozio giuridico e dei suoi elementi costitutivi[22].

Una teoria, invece, rimasta isolata, è quella dello Stammler, ed è

Leipzig, 1877, pag. 4, era già tornato ad insistere nell'idea che il negozio dovesse considerarsi come *causa efficiens* della conseguenza giuridica.

[20] Cfr. Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, cit., pag. 203 e seg. V. la risposta dello Schlossmann in *Grünhut's Zeitschrift. f. d. Priv. und öff. R. d. Gegenw.*, VII, pag. 546 e seg. e le critiche dello Schuppe, *Der Begriff des Rechts*, nella stessa rivista, X, pag. 349-383. Notisi per altro che lo Schuppe non può dirsi un avversario della "causalità giuridica" cui anzi egli cerca di dare un fondamento diverso da quello esposto dallo Zitelmann.

[21] Cfr. infatti: Wendt, *op. loc. cit.*; Dernburg, *System*, cit., pag. 135; Bekker, *op. loc. cit.*; Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Aufangstermin*, I, Marburg, 1888, pag. 155 (sul quale v. oltre); Manigk, *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften f. d. Rechtsgeschäfte*, (*Stud. Z. Erläut. d. bürg. Rechts, V*) Breslau, 1901, pag. 4-13; *Über Rechtswirkungen und juristiche Tatsachen*, in *Jhering's Jahrbücher*, vol. 49 (1905) pag. 461 e seg.; Radbruch, *Der Handlungsbegriff*, etc., Berlin, 1903, pag. 40; Schulze, *Tatbestand und Rechtsfolge*, Berlin, 1909, pag. 78 seg.; Henle, *Lehrbuch*, cit., pag. 32-33; *Das Anwendungsgeb. d. Anfechtbark. weg. Drohung*, (*Festschrift f. E. Zitelmann z. s. 60. Geburtst.* Zw. Abth., V) pag. 31-32; Picard, *Le droit pur*, Paris, 1908, pag. 156 seg.; Brugi, op. cit., pag. 103; Cicala, *Rapporto giuridico, diritto subbiettivo e pretesa,* Torino, 1909, pag. 29-30 (con una distinzione tra "causa prossima" – la fattispecie – e "causa remota" – la norma); Levi, *Fatti e rapporti giuridici*, in *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, 1924, pag. 107. Betti, *Istituz. di dir. rom.,* cit., pag. 233.

[22] V. infatti Zitelmann, op. cit., pag. 280 seg.; Binder, *Philosophie des Rechts*, Berlin, 1923 in nota a pag. 903; Manigk, opp. citt., *passim*; e i cenni del Fuchs, *Fatto e conseg. giur.* cit., loc. cit., pag. 48 a proposito della teoria del Bechmann sulla c. d. intenzione empirica.

strettamente collegata alla concezione della scienza del diritto come «Zweckwissenschaft» sostenuta da questo autore. Il rapporto tra la situazione di fatto e la conseguenza di diritto, sarebbe, secondo lo Stammler, un rapporto di mezzo a fine[23] .

7. Una diversa soluzione è propugnata dalla cosiddetta tendenza logicista. Scartata la concezione psicologistica, scartata la concezione causalista come anche quella teleologica testé accennata, si assume dai sostenitori di questa tendenza che la questione del rapporto tra la fattispecie e conseguenza giuridica debba essere guardata da un punto di vista essenzialmente logico: si avrebbe perciò un rapporto tra «ragione» o fondamento (*Grund*) e conseguenza (*Folge*)[24].

Una quinta ed ultima teoria accennata dal Kelsen e ripresa con qualche modificazione dal civilista austriaco Wolff, accetta la concezione della norma come giudizio ipotetico, ma per venire ad una conclusione diametralmente opposta a quella dello Zitelmann e dei seguaci di questo. Ambedue partono dal concetto che il mondo del diritto non sia il mondo del «Sein» dell'essere, ma appartenga a quello del «Sollen» del dover essere: il nesso, perciò, tra la fattispecie e la conseguenza giuridica non sarebbe di carattere logico, né teleologico e tanto meno di carattere causale o psicologico: si tratterebbe di una correlazione di carattere esclusivamente giuridico, intelligibile solamente in termini di «dover essere» cioè in linea meramente deontologica[25] .

[23] Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2ª ed., Halle a. d. S., 1923, pag. 179 seg. 197 seg. (che va messo in relazione con ciò ch'egli dice a pag. 124-125 sul concetto di fondamento e di rapporto giuridico).

[24] Accennata in una brevissima nota dal Bierling (si ricordi per altro quanto è stato riferito nella nota 1 a pag. 347 *Zur Kritik*, cit., pag. 275, senza che il problema sia stato ripreso nell'opera successiva del B., ossia la *Juristiche Prinzipienlehre*, è stata sostenuta successivamente da: Hölder, *Pandekten*, cit., pag. 172-4; Klingmüller, *Der Begriff des Rechtsgrundes*, (*Stud. z. Erl. d. bürg. R. VI*) Breslau, 1901, pag. 2 seg.; e specialmente dal Binder, *Philosophie des Rechts*, cit., pag. 903 seg. Anche il Beling, in *Kritische Vierteljahresschrift*, etc., 1923, pag. 334 parla di un "nesso logico" ma senza ulteriori chiarimenti. Poco chiaro il Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, pag. 38-42, salvo che nella critica alla concezione dello Zitelmann. Sulle orme del Binder (come riferisce il Fuchs, *Logische Studien* cit., loc. cit.), Philipsborn, *Begriff und Anwendungsfälle der Rückwirkung*, in *Grüchot's Beitr.*, 1920, pag. 10 seg.

[25] Cfr. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, pag. 47 seg. (inesattamente ricordato dal Fuchs come un sostenitore della teoria logicista); Wolff, *Grundriss d. österr. bürg. Rechts*, Wien u. Leipzig, 1923, pag. 1-2. Tanto il K. che il W. cercano di definire questo

8. Delle su esposte teorie, una, e precisamente quella dello Stammler, non ha bisogno di lunga confutazione, per ciò stesso che, partendo da essa, si dovrebbe concepire il rapporto tra una fattispecie delittuosa e la conseguenza giuridica penale come un rapporto di mezzo a fine.

Non meno insostenibili sono le tre teorie del nesso psicologico di motivazione, del nesso causale, e del nesso logico di ragione a conseguenza. Chi tenga presente la teorica schopenhaueriana della «quadruplice radice del principio di ragion sufficiente» non ha difficoltà a ravvisare nella prima teoria il principio di ragion sufficiente applicato al dominio del volere; nella seconda, al «divenire» nella terza al conoscere[26].

Vedremo tra poco quanto a proposito possa invocarsi il principio di ragion sufficiente nel problema in esame. Pel momento, sarà opportuno osservare come la teoria del nesso psicologico di motivazione porti l'indagine su un campo che non è quello propriamente giuridico, ma nel campo psicologico, e, possiam aggiungere, empirico, quasi che il concetto di conseguenza giuridica non avesse altro fondamento che in quello della volontà empiricamente intesa; laddove è chiaro che il concetto di conseguenza giuridica debba esser determinato in base al concetto del diritto, ed è per lo meno indimostrato che i problemi giuridici debbano esser trattati come problemi esclusivamente, o anche prevalentemente psicologici. Dire che il verificarsi di un «caso» costituisca la ragion sufficiente ossia il motivo determinante il volere del giudice a stabilire se un obbligo venga a gravare o meno su un soggetto, è troppo, o più esattamente, è estraneo al procedimento di applicazione della norma; è troppo poco quando veramente si voglia «ficcar lo viso in fondo» in quel problema che la funzione del giudice e dell'interprete è chiamata a risolvere.

9. Un esame critico più approfondito merita indubbiamente la teoria del nesso di causalità, anche perché la quasi costante abitudine di chiamare «effetti giuridici» le conseguenze che la norma ricollega al verificarsi di certi fatti porta pressoché inconsapevolmente – com'ebbe ad osservare già lo Schlossmann – il nostro pensiero a prospettarsi un nesso di causalità tra quei fatti e le relative conseguenze giuridiche.

speciale nesso tra la fattispecie e la c. g.: il primo tira ancora una volta in ballo il concetto di "Zurechnung", il secondo lo chiama "Gesetzmässigkeit".

[26] V. Schopenhauer, *Sulla quadruplice radice del principio di ragion sufficiente* (trad. ital. Kuhn-Amendola, Lanciano, 1912), 16-45. Cfr. su questo punto le osservazioni dello Schulze, *op. cit.*, pag. 78-79 testo e note.

È da osservare, in primo luogo, che il principio di causalità si fonda sull'idea della successione necessaria nella molteplicità: il che vuol dire spazio e tempo. Si potrebbe aggiungere, anzi, che la causalità, o meglio, la connessione causale, è il modo in cui deve manifestarsi l'idea del divenire nella considerazione naturalistica del mondo (non per nulla, infatti, lo Schopenhauer aveva cercato di assidere la connessione causale sul principio di ragion sufficiente guardato nella «radice» del «Werden»): il pensiero, che è sempre libertà, nel senso cioè che trae sempre da sé il proprio contenuto, anche quando costruisce una realtà che sembra avvolgerlo e limitarlo da ogni parte, non può non proiettare il proprio divenire in tale realtà[27]: ed ecco allora sorgere la «mala infinità» della serie, anzi, delle molteplici serie causali. Mancando quindi la «nota» nella successione nel tempo, è impossibile concepire il rapporto in parola come un rapporto di causa ad effetto[28].

L'inapplicabilità, poi, del criterio causale è dimostrata dalla osservazione,

[27] Egregiamente ha osservato il Del Vecchio, *Il concetto della natura e il principio del diritto*, 2ª ed., Bologna, 1922, pag. 54: «La stessa legge della causalità è *posta* ed emanata dalla coscienza, è intrinseca al soggetto che modella secondo essa in un certo senso le *sue* esperienze, le *sue* operazioni».

[28] Il concetto sostenuto nel testo ha qualche avversario nel campo della gnoseologia: v. sulla questione Pastore, *Il problema della causalità*, II, Torino, 1921, pag. 61-64 e le sue giuste osservazioni contro la tesi del Meyerson. Tra i sostenitori della concezione criticata, solo lo Zitelmann ha avvertito le difficoltà in cui si veniva ad urtare: ci si può obiettare, egli dice (*op. cit.*, pag. 221) che la causalità presuppone la connessione causale tra due avvenimenti; ora l'occupazione avviene nel tempo, non così la conseguenza giuridica. Bisogna osservare, egli risponde, che il destarsi (Wachrufen) della norma è un avvenimento, che pur non essendo di natura corporea, prende un determinato punto nel tempo: «vor der Occupation war die Norm nicht in Kraft, jetzt ist sie es; es hat sich also zwischen den Vorher und dem Jetzt, d. h. zeitlich, eine Aenderung vollzogen: ob ich diese Aenderung als Lebendigwerden oder als Entstehung eines Rechtes bezeichne, macht dabei garnichts». Quindi, (pag. 222) «wen die Norm durch bestimmte Tatsachen wachgerufen wird, so müssen diese Tatsachen die Ursachen des Wachwerdens sein». Il sofisma è assai evidente perché, anche identificando – il che sarebbe tutt'altro che inesatto il c. d. Lebendigwerden o «Wachrufen» della norma con la conseguenza giuridica, non basta dire che «prima» la norma dormisse ed «ora» sarebbe desta, se codesto «destarsi» è simultaneo al verificarsi della fattispecie. Del resto, come potrebbe spiegarsi la c. d. retroattività della norma, che sulla base della concezione causalista, dovrebbe apparire come una reversione temporale, ossia una priorità cronologica dell'effetto sulla causa, che è quanto dire un vero e proprio assurdo? E dov'è il «prima» e l'«adesso» nel caso della norma che viene a regolare situazioni ad essa preesistenti, onde la norma è immediatamente «in Kraft»? Tra gli altri sostenitori della tesi criticata, lo Schulze (*op. cit.*, pag. 82, nota) si limita a chiamare «irrtumliche Annahme» la tesi sostenuta anche dallo Schopenhauer, ossia la inconcepibilità della connessione causale senza successione temporale; e lo Henle afferma, con la più grande sicurezza: «Das zeitliche Verhältniss von Ursache und Wirkung muss auch in Rahmen der rechtsweltlichen Auffassung von den Rechtswirkungen massgebend bleiben (*Anwendungsgebiet d. Anfecht.*, etc., cit., pag. 32).

che, se la fattispecie fosse veramente la causa della conseguenza giuridica, ad identità di fattispecie dovrebbe corrispondere identità di conseguenza giuridica: laddove ognuno sa che alle medesime fattispecie un sistema di norme giuridiche ricollega conseguenze giuridiche diverse e talvolta perfettamente opposte a quelle che ve ne ricollega un altro.

Né si obbietti che la diversità delle conseguenze, ferma restando l'efficienza causale della fattispecie, dipenda dalla norma, perché allora si dovrà ammettere che la norma costituisca un elemento insopprimibile del processo causale, sopratutto quando si affermi che le norme giuridiche, a differenza delle c.d. leggi naturali abbiano un valore, anzi una forza «costitutiva»[29].

È chiaro, però, che anche ricorrendo alla norma per dare una maggiore verosimiglianza alla tesi che combattiamo, resta insuperabile l'obiezione sopra esposta: è impossibile parlare di causalità quando manchi l'estremo della successione nel tempo e questa, anzi, debba essere esclusa *per definitionem*. Ma è decisiva, a parer nostro, un'ultima obiezione: è assurdo parlare di connessione causale tra un «fatto» o una serie di «fatti» e qualcosa che, nella relazione in esame, ben lungi dall'atteggiarsi come un fatto, si pone in un ordine di valutazioni, o qualificazioni che si dica, dell'attività umana. Che cosa è, infatti la c.d. conseguenza giuridica se non una qualificazione

[29] V. infatti: Zitelmann, *op. cit.*, pag. 206-7; Manigk, *Das Anwendungeb. d. Vorschr. f. d. Rechtsgeschäfte*, cit. pag. 5; Radbruch, *op. loc. cit.* – Ad una conclusione simile a quella indicata nel testo era quasi pervenuto l'Enneccerus, *Rechtsgeschäft*, etc., cit., pag. 153, secondo il quale non sarebbe logico distinguere tra le diverse condizioni che danno luogo al sorgere dell'effetto giuridico (ed in ciò finiva con l'accedere, forse inconsapevolmente, alla nota teorica dello Stuart Mill, *Système de Logique*, trad. franc., Paris, 1909, I, pag. 375 seg.) e che, perciò, la norma e la fattispecie dovrebbero essere considerate unitamente come «causa» dell'effetto giuridico. Subito dopo, però, l'Enneccerus cambiava rotta affermando che non sarebbe vietato dalla logica parlare ora della legge ed ora della fattispecie come causa della conseguenza giuridica, perché «der Begriff der Ursache verschiebt nach dem Standpunkt des Fragenden» (concetto ripreso dal v. Tuhr, *op. cit.*, pag. 4: ciò può anche essere esatto, ma è evidentemente inapplicabile alla questione in esame) sicché «es ist eine Frage nicht der Logik sondern der Geschichte (?) ob ein bestimmtes Recht bei seinen Rechtsgeschäften vorwiegend das Gesetz oder den Wille als Ursachebetrachtet». Il Kohler, (*op. cit.*, pag. 486) a proposito delle azioni (contegni come elementi di fattispecie ed anche come *genus proximum* delle dichiarazioni di volontà) afferma che «die Rechtshandlung ist ein Element der Erzeugung der Rechtsfolgen, nicht mehr» –. Tra i Francesi, mentre il Picard, (*op. loc. cit.*) vede nel «fait jurigène» la causa esclusiva della conseguenza giuridica, il Duguit ha sempre, direi quasi accanitamente, negato che l'atto giuridico possa in qualsiasi modo considerarsi come causa della c. g.: e, pur senza occuparsi *ex professo* del dibattito che siam venuti esaminando, ma che egli mostra di non ignorare, afferma che solo nella norma deve essere ravvisata la causa dell'effetto giuridico (cfr. da ultimo il suo *Traité de droit constitutionnel*, 2ª ed., Paris, 1921, pag. 240 seg.).

dell'attività di un soggetto (giuridico)? La causalità è ammissibile tra due fatti, cioè tra due elementi appartenenti ad un medesimo ordine di fenomeni, non tra due entità che risultano *prima facie* irriducibili ad unico *genus proximum*. Si vede benissimo, allora, come non sia possibile parlare di una semplice analogia[30]; poiché, non solo non si rinviene più la *meccanicità* con cui l'intelletto astratto si prospetta la realizzazione del nesso causale (nel tempo e nello spazio), ma diviene impossibile, altresì, parlare di una

[30] Parlare di analogia, del resto non è certo chiarire la visione della realtà giuridica, ma intorbidarla. Lo Zitelmann, infatti, accenna «ad eine von Menschen, ganz nach Analogie der natürlichen, geschaffne eigne juristische Kausalität» (op. cit., pag. 21). Anche il v. Tuhr, (op. cit., pag. 5) mette avanti una «auf dem Willen des Gesetzes beruhende Kausalität» che, come la c. d. causalità naturale sarebbe, in ultima linea, «in der Beschaffenheit des menschlichen Denkens begründet». Il che forse è il *non plus ultra* per un giurista, ma non chiarisce affatto la questione. Poche e vaghe proposizioni dedica a codesta presunta analogia tra causalità morale e causalità giuridica il Kohler (*op. cit.*, pag. 21). Il Radbruch, rende ancor più oscura l'analogia osservando: «Ein Kausalverhältniss zwischen Tatbestand und Rechtsfolge wird vom Rechtssatze nicht als ein verwirkliches, sondern als ein zu verwirklichendes ausgesprochen. Der Gesetzgeber erzählt nicht dass dieser Tatbestand diese Rechtswirkung zur Folge habe, sondern er verheisst, dass er, der Gesetzgeber, dafür sorgen werde, oder befiehlt dass der Untertan dafür sorgen solle, dass dieser Tatbestand diese Rechtswirkung zur Folge habe» (*op. cit.*, pag. 40: lo Zitelmann, del resto, *op. cit.*, pag. 222, aveva già accennato a questo elemento deontologico, dicendo che «jeder einzelne Rechtsnorm behauptet ein Kausalverbindung zwischen gewisse Tatsachen und ein Sollen im Sinne eines Verpflichtetseins einer Person»). Lo Schulze, infine, crede di aver risoluto il problema affermando che la causalità giuridica «steht auf eigene Füsse» e che bisogna «ihr Wesen unabhängig vom dem der Naturkausalität zu erkennen» (op. cit., pag. 91); il che come vedremo meglio in seguito, è incompatibile con quanto lo stesso Schulze scrive poche righe prima, e cioè che le conseguenze giuridiche «lassen sich nur aus den Rechtsregeln selbst mittels eines Syllogismus ableiten». Giustamente perciò il Cesarini Sforza (op. cit., pag. 169, nota) osserva che in tal modo causalità giuridica e causalità naturale avrebbero di comune poco più che il nome.
In realtà, la concezione causale del rapporto tra fattispecie e conseguenza giuridica si comprende pienamente nello Zitelmann, per l'influsso di quel metodo storico naturalistico propugnato dallo Jhering (si ricordino le pagine di questo in *Geist des röm. Rechts* etc. I, pag. 25-58 e II, pag. 11, pag. 317-372, nonché nel programma con cui iniziava la pubblicazione dei suoi *Jahrbücher f. d. Dogmatik* etc.) cui il forte ingegno dello Z. non si sottrasse del tutto. Cfr. del resto, quanto dice lo stesso Zitelmann a pag. 203, nota 157 della cit. opera, in cui egli avverte di non occuparsi di quei «corpi giuridici» escogitati dallo Jhering, perciò questi sarebbero «astrazioni» ma dei «concreti» diritti soggettivi, i quali non sarebbero paragonabili alle «cose» ma verrebbero pensati sotto la categoria dell'oggetto (Gegenstandskategorie). Lo Zitelmann, però non dice affatto che cosa sia codesta "Gegenstandskategorie", (cfr. altresì le critiche dello Schuppe, *op. loc. cit.*) e sopratutto non si accorge di navigare in piena astrazione, né più né meno che lo Jhering. Contro l'applicabilità del concetto di causa nel campo etico v. specialmente Del Vecchio, *L'etica evoluzionista*, in *Riv. Ital. di sociologia*, 1903, fasc. V-VI, pag. 8 dell'estr.

continuità nella stessa serie di «fenomeni»[31].

10. Il vizio, però, che mina alle basi questo dibattito è nettamente visibile nelle teorie logiciste che parlano della fattispecie come «Erkenntnisgrund» della conseguenza giuridica, invocando la relazione di ragione a conseguenza. Dato il carattere delle nostre ricerche, potrebbe sembrare che l'unica concezione adottabile sia proprio quella sostenuta dalla tendenza logicista: i cui sostenitori, invece, non si sono accorti di una verità assai elementare e cioè della impossibilità di invocare il principio di ragion sufficiente quando si ammetta, nello stesso tempo, che la conseguenza giuridica scaturisca dalla norma in virtù di un procedimento schiettamente sillogistico. È a tutti noto, infatti, come la determinazione della conseguenza giuridica non sia altro che la conclusione di un sillogismo avente come premessa maggiore la norma e come «medio» o premessa minore la fattispecie[32]: ora, se tutto ciò è vero, non è chi non veda l'impossibilità di invocare il principio di ragion sufficiente per il semplice motivo che la fattispecie, allora, è un elemento necessario, si, ma in sé e per sé del tutto insufficiente per il sorgere della conseguenza giuridica. Da Leibniz in poi, del resto, i cultori di logica hanno sempre avvertito la impossibilità di far coesistere il procedimento deduttivo col principio di ragion sufficiente[33].

Ma vi è ancora qualche altra osservazione da fare.

Non sarebbe legittimo, in sede di critica gnoseologica della Giurisprudenza (ed è superfluo avvertire che le questioni gnoseologiche non vanno mescolale e confuse con i problemi di costruzione dogmatica) prescindere da quella che è la posizione fondamentale e caratteristica della logica giuridica, ossia dal c.d. punto di vista formale[34]. Ora, dal punto di vista formale, fattispecie e conseguenza giuridica sono quel che sono in virtù esclusiva della norma: è dunque impossibile proporsi di definire la

[31] Con la questione in esame non va confusa (come fa lo Stammler, *Theorie*, cit., pag. 179 e seg.; e un po' anche il Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pag. 49) la questione del nesso tra colpa e danno e con la relativa teoria della «causalità adeguata».

[32] Solo il Manigk, *Über die Tatsachen*, etc., vorrebbe collocare la fattispecie al posto della norma, cioè come premessa maggiore, e viceversa.

[33] E ciò a prescindere dalle critiche che si sono rivolte al principio di ragion sufficiente relativamente alla sua posizione nella logica formale. Cfr. Gentile, *Logica*, I, Pisa, Spoerri, 1918, pag. 187 e seg.

[34] Per la nozione del c. d. punto di vista formale mi permetto di rinviare il lettore al mio cit. studio *Il concetto del diritto e la «pluralità degli ord. giur.»* pag. 29 *[qui a pag. 158, n.d.c.]*.

natura del rapporto tra la fattispecie e la conseguenza giuridica ponendo nell'ombra la norma.

Sotto questo profilo cadono anche i tentativi del Kelsen e del Wolff, per quanto questi due studiosi (ed in particolar modo il Kelsen, del tutto coerente in ciò col proprio formalismo) abbiano avvertito la impossibilità di assegnare alla fattispecie un valore autonomo e indipendente dalla norma[35]: sicché, parlare di «Zurechnung» o di « Gesetzmässigkeit» quando si sia ben compreso che la fattispecie si ricollega alla conseguenza giuridica non per virtù propria ed intrinseca, ma unicamente ed esclusivamente in virtù della norma, appare subito fuor di luogo.

11. È necessario, quindi, spostare il problema, nel senso di eliminare radicalmente il presupposto che la fattispecie possa avere una propria forza produttiva della conseguenza giuridica. Sicché, ove si voglia a tutti i costi parlare di un «nesso» tra fattispecie e conseguenza giuridica, non si può far altro che identificare tal nesso col rapporto che lega la premessa minore e la conclusione nel sillogismo.

Non è chi non veda, però, giunti a questo punto, come il problema e la soluzione che abbiamo prospettato siano perfettamente diversi dal problema e dalle soluzioni che abbiamo esposto in precedenza. E allora sorge spontanea la domanda: quale importanza speculativa potrà avere un dibattito svoltosi su un problema che non può essere un vero problema?

Una risposta nettamente scettica circa il significato speculativo di un dibattito siffatto parrebbe inevitabile. Pure, a guardar bene, attraverso proposizioni dovute a giuristi e non a filosofi, non è troppo difficile accorgersi – eccezione fatta per le teorie del Kelsen e del Wolff – dello sforzo inconsapevole di colmare l'*hiatus* che la logica immanente all'esperienza giuridica è condotta a scavare tra il fatto e il valore, ora tentando di sollevare il fatto all'altezza del valore, ora cercando di abbassare il valore al livello del fatto. «Valore» è appunto la conseguenza giuridica, ossia una qualificazione *sui generis* della condotta umana.

[35] Questo concetto, in fondo, era stato intuito perfettamente dal Windscheid, *op. loc. cit.*, e § 68, n. l.

12. Né si obietti che, trattandosi di una scienza naturalistica come la Giurisprudenza, il concetto di valore diventi logicamente improponibile, dato che ogni scienza naturalistica è *per definitionem* scienza di *fatti*. Noi potremo anche limitarci a ricordare la falange di autorevolissimi scrittori[36] che nella qualificazione giuridica hanno ravvisato una vera e propria forma di valutazione; ma non crediamo superfluo ribadire l'assunto con qualche osservazione. In realtà, è l'oggetto stesso della qualificazione giuridica che rende di carattere valutativo la qualificazione medesima: la condotta degli uomini. La considerazione naturalistica dell'azione non riesce ad eliminare l'elemento valutativo.

Valutazione astratta, ben s'intende, appunto perché fondata su una concezione astratta dell'azione, e la cui massima espressione è nel concetto di «obbligo» inteso come «necessità» di assumere un contegno conforme a quello prescritto in maniera *tipica* dalla norma. La norma è precisamente *criterio di valutazione in termini di regolarità*[37]: regolarità che si pone non come un *quid* che è, ma come un *quid* che *deve essere*. Solo in tal guisa la norma si distingue nettamente dal concetto di classe (quale può essere formulato, p. es., dalla scienza giuridica o dalla scienza economica): tolto, infatti, l'elemento della *necessità pratica*, la norma non è più, logicamente, tale, ma una mera costruzione intellettualistica, la rappresentazione (astratta) di una uniformità di contegni[38].

Ma tale dover essere[39], tale necessità, non è reale come momento della

[36] V. per tutti Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, 2ª ed., Bologna, 1912, pag. 44; Levi, *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico*, Genova, 1914, pag. 145 seg.; Donati, *Sul principio di equità*, Perugia, 1913, pag. 14.

[37] Questo concetto, a mio modesto parere, elimina la disputa tra la concezione imperativistica della norma giuridica e quella sostenuta dallo Zitelmann (in seguito ricredutosi: cfr. *Internationales Privatrecht*, Leipzig, 1897, I, nota a pag. 42 e seg.) e successivamente, sebbene con un significato del tutto diverso, dal Kelsen, che vede nella norma un giudizio ipotetico. Cfr. più oltre, n. 16 *[n.d.c. corrispondente al n. 17]*.

[38] Con ciò si spiega perché qualche studioso come p. es., il Cesarini Sforza, *Il conc. del dir. e la Giurispr. integrale*. cit., pag. 23 e *passim* abbia cercato di ravvisare nelle norme giuridiche il carattere di concetti scientifici in embrione. In realtà, non bisogna dimenticare che la relazione assoluta di teoria e di *praxis* si trasforma nella considerazione naturalistica della realtà, in una distinzione relativa: il valore logico (intellettualistico) delle norme non esclude la possibilità di assegnare alle medesime – sempre dal punto di vista intellettualistico – un valore "pratico". Cfr. i miei *Contributi*, cit. pag. 148 *[qui a pag. 124, n.d.c.]*.

[39] Su questo punto sembra che debba essersi d'accordo col Kelsen che in tutti i suoi scritti ha insistito sulla distinzione – o più esattamente sulla opposizione – di "Sollen" e "Sein" che altro non è, in fondo, se non la distinzione tra elemento formale ed elemento materiale del diritto (v. infatti il n. seguente nel testo). Il mio dissenso col Kelsen è precisamente in ciò: per il K. tale opposizione ha un valore trascendentale, mentre io ritengo che il Sollen

coscienza: è una necessità intellettualisticamente concepita, perché non s'identifica con la libertà ed anzi si oppone nettamente a questa. Siamo, dunque, fuori del valore concreto, ossia del valore morale. La necessità di cui parla il giurista è sempre necessità postulata, possiam dire, *ab extra*, appunto perché non aderisce – ci si passi l'espressione – ad un problema schiettamente individuale, ossia ad un problema morale, data la genericità e l'astrattezza della situazione di fatto cui è subordinato quello che lo Zitelmann chiamava il «Wachrufen» della norma, ossia il trapasso della necessità da virtuale ad effettuale. La situazione di fatto che dovrebbe, per continuare la metafora, operare il destarsi della norma, non è la situazione reale, storicamente data, che, in quanto tale, è irriproducibile e non è copia di alcun modello prestabilito: essa non può riprodurre la situazione di fatto cui è subordinata la forza necessitante della norma, se non a patto di perdere la propria realtà storica e di lasciarsi ridurre, mediante un procedimento astrattivo, ad «esempio», a «caso» del tipo di situazione fissato dalla norma: sicché, col perdere la propria palpitante individualità e trasformarsi in astratta particolarità, fuoriesce totalmente dal mondo morale. E da questo fuoriesce, per logica necessità, il valore giuridico, la cui espressione massima, come abbiamo avvertito, è data dal concetto dell'obbligo o *dovere legale*[40].

kelseniano sia un dover essere empirico, ed appunto perché tale, suscettibile di essere accolto nella scienza del diritto. Lo stesso Kelsen parla più volte del dover essere giuridico come un dover essere eteronomo: il che basta per chiarire quale e quanta differenza vi sia col Sollen concreto, nel senso kantiano. L'errore, a parer mio fondamentale, del Kelsen, consiste nell'avere scambiato la scienza del diritto per una "Geisteswissenschaft" cui fosse applicabile il dualismo di Sollen e Sein della filosofia tedesca dei valori ed in particolar modo nel significato propugnato della scuola di Marburgo con a capo il Cohen. Con ciò sono ben lontano dal negare le benemerenze del K. per ciò che riguarda la posizione dei principi del formalismo giuridico: ma mi sembra fuor di dubbio che a risultati pressoché identici possa pervenirsi per altre vie, evitando sopratutto di mettere sullo stesso piano l'indagine filosofica e la costruzione scientifica. Non è privo di significato, del resto, il fatto che nella scuola viennese di diritto pubblico si faccia sentire sovente l'esigenza di dare una base "filosofica" alla "Giurisprudenza normativa" del Kelsen (esigenza che è divenuta un vero e proprio *leit-motiv* della *Zeilschrift f. öff. Recht* che è appunto la rivista della scuola).

[40] Circa la priorità del concetto di obbligo su quello di "diritto soggettivo" v. specialmente Kelsen, *Hauptprobleme*, etc. Tübingen, 1911, pag. 312: principio già affermato nettamente, come il K. ricorda, da A. Hold Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, Jena, 1903, pag. 94 e in certo qual modo anche dallo Jellinek, *System d. subjekt. öff. Rechte*, Leipzig, 1887, pag. 196: importa osservare, per altro, come ad un simile risultato si sia pervenuti ugualmente attraverso le discussioni sulla concezione del rapporto tra fattispecie e conseguenza giuridica: si ricordi, infatti la proposizione dello Zitelmann ricordata nella nota 27 nonché quella del Radbruch riportata nella stessa nota. V. a. Schulze op. cit., pag. 42, 43 e 46. Che l'obbligo costituisca la "conseguenza giuridica" per eccellenza (vedremo in altro studio

Non è chi non sappia, infatti come un obbligo giuridico possa sussistere a completa insaputa dell'obbligato; come sia possibile parlare di un obbligo giuridico eseguito senza averne avuto la consapevolezza; come sia possibile, infine, l'adempimento di un obbligo imposto da una norma giuridica senza alcuna partecipazione del proprio *me profondo*, senza intima adesione, cioè, alla lettera e allo spirito della norma.

Tutto ciò non è certamente una escogitazione dei giuristi, ma la logica conseguenza dell'astratta posizione della norma rispetto all'azione: posizione da cui non si può prescindere, senza annullare, col formalismo che le è insito, il criterio fondamentale della qualificazione giuridica.

13. Una identica impossibilità logica s'incontrerebbe qualora volesse cancellarsi la distinzione tra fatto e valore: i tentativi di superare questa distinzione – rappresentati precisamente dalle teorie che han cercato di ravvisare nel fatto la «ragion sufficiente» della conseguenza giuridica, ossia del valore – debbono considerarsi come del tutto falliti. In verità, la *relazione assoluta*, ossia l'identità dialettica dei due termini, è attingibile solo nel concreto, vale a dire nella critica consapevolezza dell'identità del pensiero e del reale[41]. Nella posizione gnoseologica in cui si organizza l'esperienza giuridica – esperienza creatrice, non passiva spettatrice della realtà del diritto – il fatto resterà sempre distinto dal valore.

Potremmo dire anche qui che il fatto sia distinto *per definitionem* dal valore, non solo e non tanto per quella distinzione di cui non potrebbero fare a meno i più modesti causidici – *quaestio facti* e *quaestio iuris* – ma

come debba concepirsi il rapporto tra l'obbligo e il c. d. diritto soggettivo) risulta evidente dalla osservazione fatta nel testo: senza la posizione (astratta) del dover essere, la norma è identica ad un concetto di classe. Non vi è bisogno, quindi, di scomodare la normatività razionale per confonderla con la normatività empirica e mettere allo stesso livello, come fa il Kelsen, la Giurisprudenza con l'Etica e la grammatica. Come affermazione più recente della priorità del concetto di obbligo giuridico, v. Ascarelli, in *Arch. giur.*, 1929, fasc. 2, pag. 188. Si badi, per altro, che la tesi della priorità del concetto di obbligo su quello del c. d. diritto soggettivo, sebbene non esplicitamente formulata in questi termini, è assai più antica di quel che non si pensi. Non credo però che si tratti di una "vecchia dottrina" le cui logiche applicazioni in tema di determinazione del concetto giuridico di proprietà, diano luogo ad "una costruzione fantastica, perfettamente oziosa e destituita di qualsiasi importanza pratica" come afferma il Betti, *op. cit.* pag. 87.

[41] Cfr. per la critica della filosofia dei valori e del dualismo del "Sollen" e del "Sein" Croce, *Sui giudizi di valore*, in *Saggio sullo Hegel*, etc., Bari, 1913 pag. 407-21; Gentile, *Il formalismo assoluto*, in *La riforma della dialettica hegeliana*, Messina, 1913, pag. 168 seg.; De Ruggiero, *La filosofia contemporanea*, Bari, 1920, vol. I, pag. 78 seg.

anche e sopratutto perché tale e non altro è il significato della distinzione, in cui è proprio la chiave di volta della logica giuridica: la distinzione cioè l'*elemento formale* e l'*elemento materiale* del diritto: altro è la norma e le qualificazioni giuridiche che da essa discendono, altro è l'insieme dei *presupposti* o *condizioni* cui la norma medesima subordina la propria applicabilità; altro, in termini più poveri, è la regola, altro l'addentellato, il *support* della regola.

È necessario, però, mettere nel dovuto rilievo come la relazione assoluta di fatto e valore si converta, nella scienza giuridica in una *distinzione relativa* tra elemento formale ed elemento materiale. Distinzione relativa perché ciò che sotto un certo aspetto partecipa della natura del fatto ossia dell'elemento materiale, può essere trasformato in criterio di valutazione; e, viceversa ciò che da un certo punto di vista partecipa della natura dell'elemento formale, ossia del valore, può precipitare, da un altro, al livello del fatto.

Si pensi, p. es., alla teorica della consuetudine come «fonte» di norme giuridiche. È universalmente ammesso che uno dei modi più salienti con cui si manifesti la norma giuridica sia appunto la ripetizione di una certa guisa di contegno. Orbene: fino a quando la consuetudine non potrà dirsi formata, i contegni, che, per servirci di una metafora, rappresentano gli strati di questa formazione, resteranno un *quid facti*: e solo per mezzo di una finzione si potrà dire che la norma esistesse fin dal momento in cui si iniziava la ripetizione del contegno. Ma qui non è chi non si accorga del brusco trapasso dal fatto al valore, dal contegno alla regola di contegni: e sotto questo profilo la veneranda dottrina della *opinio iuris et necessitatis* ha tutta l'aria di un espediente destinato a rendere men brusco il trapasso.

Per converso, nel caso in cui la norma di un sistema venga «presupposta» dalla norma di un altro sistema giuridico che vi ricollega certe speciali conseguenze nella propria orbita di applicazione (come p. es., le norme statuali presupposte dal diritto internazionale) dato il carattere *esclusivo* della giuridicità di un sistema, la prima norma diventa un elemento di fatto rispetto alla seconda[42]. Analogamente, quando si abbia una «norma

[42] Si veda, per questo concetto il mio cit. studio *Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Capo III. Recedo, però, dalla opinione ivi espressa, e cioè che ogni rinvio debba ritenersi recettizio, essendo ormai convinto che il concetto della presupposizione sia il più idoneo nella costruzione della teoria dei rapporti tra due sistemi di norme; e con ciò mi accosto a quanto dice il Romano, nelle magistrali pagine dell'*Ordinamento giuridico*, mantenendo immutato, per altro, l'avviso che dei due sistemi uno debba sempre precipitare al livello di semplice "fatto" rispetto all'altro.

in bianco»[43] le disposizioni che vengono di volta in volta a riempirla, non sono norme giuridiche autonome, non appartengono all'elemento formale, ma all'elemento materiale; le conseguenze giuridiche hanno il loro *titolo* nella norma in bianco anche quando il contenuto di tali conseguenze, ossia qualificazioni giuridiche, venga determinato dalla disposizione e non dalla norma. Si è qui, in una posizione formalmente analoga a quella del contratto rispetto alla legge: il contratto determina il contenuto dei poteri e degli obblighi assunti dalle parti, ma il titolo, o se si preferisce un'altra espressione, la fonte di tali poteri ed obblighi, è sempre nella norma che rende giuridicamente valido il contratto[44]. Malgrado, quindi, la loro riconducibilità sotto lo schema della norma, le disposizioni che integrano il contenuto della norma in bianco non sono più criteri di valutazione, ma presupposti di fatto per questa[45].

Non di rado, infine, una norma assume come presupposto di fatto per certe conseguenze, una situazione giuridica (ossia un complesso di conseguenze giuridiche già realizzatesi) o una interdipendenza di situazioni giuridiche, connesse con altri elementi di schietto carattere materiale esplicitamente o implicitamente determinate (un certo contegno del soggetto o dei soggetti, il decorso di un certo periodo di tempo, il verificarsi la necessità o la opportunità di risolvere una particolare situazione di fatto, etc.); anche in questi casi l'elemento formale si abbassa al livello dell'elemento materiale: la valutazione preesistente diventa un presupposto di fatto per il sorgere di conseguenze giuridiche, cioè di nuove valutazioni. Ma la distinzione tra fatto e valore rimane sempre, ed è ineliminabile, perché senza il fatto il valore non si particolarizza mai nelle singole valutazioni:

[43] Di "norma in bianco" può parlarsi non solo a proposito di certe leggi penali (cfr. Binding, *Die Normen*, cit., I, pag. 161 seg.) ma anche e specialmente quando una norma attribuisca efficacia obbligatoria alle distinzioni che saranno emanate da certi soggetti o da certi "organi di un soggetto". A meno che, s'intende, una norma che determini una competenza ad emanare disposizioni normative non dia a queste un valore di «fonte» identico al proprio: in questo caso non si può parlare più di norma in bianco, appunto perché tali norme si sono completamente «obbiettivate» e non possono più precipitare al livello di «presupposti di fatto».

[44] Mi sembra, perciò, che siano rimasti assai lontani dal punto di vista formale tutti coloro (Ehrlich, Carnelutti etc.) che ammettono in certi tipi di fatti giuridici, e segnatamente nei contratti, una virtù ed una efficacia autonoma nella determinazione delle conseguenze giuridiche. Addurre, come argomento decisivo, la circostanza che contratti nulli e contratti illeciti vengano eseguiti, è lo stesso che affermare la liceità di fatti previsti dal Codice Penale, sol perché siano rimasti impuniti.

[45] V. su questo punto le osservazioni del Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, IV, pag. 23 nota.

il fatto *media* il valore, perché, senza il fatto, il valore resterebbe allo stato di mera virtualità: il che spiega certe proposizioni dovute a giuristi, che nel prodursi delle conseguenze giuridiche vedono le «modificazioni del mondo giuridico», la «dinamica» del diritto; e simili espressioni.

14. Con queste osservazioni, per altro, se si è riusciti a chiarire la funzione, o meglio, la posizione ideale del «fatto» nella logica immanente all'esperienza giuridica, non si è ancora dimostrato se ed in che senso il momento del «fatto» debba dirsi razionalmente necessario: se sia concepibile, in termini più semplici, una norma giuridica il cui vigore non sia subordinato al verificarsi di una situazione di fatto. Ad una conclusione, positiva o negativa che sia, su questo punto, non è possibile pervenire in via empirica, mettendo insieme cioè un numero anche grandissimo di esperienze particolari od esempi (perché ciò sarebbe sempre un *quid* finito e limitato) bensì in via deduttiva; tutto dipende, insomma, dalla portata effettiva che si dia al concetto di norma di condotta. Ora, poiché questo concetto, a parer nostro, non può sorgere che nella considerazione naturalistica dell'azione – di quella considerazione che è caratteristica del «senso comune» ossia di ciò che può definirsi come la «materia prima» delle varie scienze, vuoi naturalistiche, vuoi matematiche – ove si tenga presente la impossibilità, in tale posizione di pensiero, di concepire rigorosamente l'individuale come universalità particolarizzata, ossia come l'unico concreto, ne viene di conseguenza l'astrattezza della norma di condotta: astrattezza che esprime contemporaneamente, non solo la c.d. esteriorità della norma, ma anche la sua *generalità*. Generalità che non è un carattere di alcune norme, ma una vera e propria «nota» dal concetto di norma di condotta: questa deve necessariamente contemplare una uniformità di contegni, ossia un *tipo* di condotta, sia quando la norma sembri riferirsi ad una molteplicità di soggetti le cui attività interferiscano tra loro, sia quando essa sembri riferirsi ad un soggetto considerato, per dir così, isolatamente: *ciò che corrisponde alla nota della «generalità»* non è la molteplicità, di soggetti, ma la tipicità di *un numero indefinito di contegni*.

Si comprende benissimo dopo ciò, che, infiniti essendo i tipi formulabili di contegno, infinito sarà il numero delle norme di condotta. Nessuna norma di condotta, finché sia veramente tale, potrà dirsi universale, perché l'universalità è nettamente incompatibile con questa infinita molteplicità che si risolve nell'astratta particolarità di ciascuna norma e di ciascun tipo di condotta.

Questa assenza di universalità in ogni norma di condotta è la ragione fondamentale della necessità del «fatto» come *presupposto* per l'obbligatorietà della norma. L'universalità della norma, infatti, implicherebbe il suo «vigere» in ogni e qualsiasi situazione della vita: la generalità, invece, significa essenzialmente che ogni norma può trovare applicazione in *alcune* situazioni e che nessuna può vigere in *tutte*. Esplicitamente o implicitamente, direttamente o indirettamente, quindi, ogni norma non può non riferirsi ad un tipo di condizioni di fatto, il verificarsi delle quali la renderà veramente norma, ossia obbligatoria[46].

15. Sotto questo profilo, la *contingenza* della norma, rivelata dal c.d. carattere della generalità, si può anche definire come una vera e propria *condizionalità*. Non può esservi norma di condotta che non sia condizionata, che non si riferisca cioè ad un tipo di condizioni di fatto come presupposto per la propria obbligatorietà. Per dirla in termini familiari ai cultori dell'Etica, ogni proposizione normativa non è *formale*, ma *formalistica*[47]. Una norma che non resti nel campo della generalità, ma che sia veramente, concretamente universale, non è più *una* norma, ma *la* norma, cioè la legge morale, che non ammette, com'è facile vedere, la compagnia di altri universali. Ed è proprio qui, se ben si osserva, l'intimo significato del «fatto» come presupposto necessario per il «vigere» delle norme di condotta; da queste, come abbiamo dimostrato altrove, le norme giuridiche si distinguono non in base ad elementi di carattere storico, ma unicamente e semplicemente in una *posizione logica*, in quanto, cioè, si considerino come uniche ed esclusive regolatrici di una o più attività pratiche.

Si badi, per altro, che l'espressione «condizionalità» ha qui un significato speculativo tutto proprio che non può essere trasferito *sic et simpliciter* in sede empirica per combattere la distinzione tra norme condizionate e norme incondizionate[48]. Distinzione fondamentalmente classificatoria e

[46] Ecco perché non mi sembra sufficiente la deduzione meramente logico-formale del concetto di fattispecie tentata dallo Schulze, *Tatbestand und Rechtsfolge*, cit., pag. 35 e seg. spec. pag. 46-47.

[47] Cfr. Croce, *Filosofia della pratica*, Bari, 1909, pag. 297 seg., specialmente pag. 306.

[48] Contro l'Jhering, *Zweck, in Recht*, I, Leipzig, 1897 pag. 350, lo Zitelmann, *op. cit.*, e il Bierling, *Zur Kritik*, cit., pag. 294, sostenitori del concetto che ogni norma giuridica sia una norma condizionata, si vedano: Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, cit., pag. 96, e nota 2; Merkel, *Elemente der Allgemeine Rechtslehre*, in *Ges. Abhandl. a. d. Geb. d. A. R. u. d. Strafrechts*, Zw. Hälfte, Strassburg, 1899, pag. 580; più reciso tra tutti, Binding, *Die Normen*, cit. I, pag. 124-126. Implicitamente sembrano accettare la prima veduta

che presuppone alla propria volta una distinzione tra situazioni di fatto che si presentano, per dir così, ad intermittenza; e situazioni di fatto che, relativamente alla natura dell'elemento materiale regolato da un sistema di norme, possono dirsi permanenti: sicché, mentre nelle prime l'obbligatorietà di ciascuna norma ha delle soluzioni di continuità, nelle seconde l'obbligatorietà è continua. Si tratta, quindi di una distinzione interna a certi sistemi di norme e che non può avere alcuna pretesa speculativa, perché non ci dice ancora nulla circa l'intimo significato del «fatto» nell'esperienza giuridica. E non si pensi che qui ci si trovi di fronte a *due verità*, una filosofica, l'altra scientifica, perché non si tratta di un problema che ammetta due soluzioni, bensì di due problemi perfettamente distinti. Distinti, e nel tempo stesso uniti, non solo nella consapevolezza della distinzione, ma anche perché la soluzione data al problema speculativo contiene implicitamente la determinazione del senso e dei limiti entro cui è valida la verità affermata in sede empirica[49].

16. La razionale necessità che la norma debba «aderire» ad un tipo di condizioni di fatto, l'indefettibilità, in altri termini, di un *quid facti* come condizione *sine qua non* perché la norma trapassi dalla virtualità all'effettualità – virtualità ed effettualità, si badi, di carattere meramente logico, non già storico – potrebbe anche esprimersi come una *subordinazione della norma al fatto*.

Ma ecco, allora, profilarsi un contrasto, a prima vista insolubile, tra questo concetto e quanto vien predicato, dal punto di vista formale, della norma, ossia l'arbitrio illimitato di questa nella determinazione dei

il Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pag. 50, 51 e lo Schulze, *op. loc. ult. cit*. In un significato del tutto diverso, parla di condizionalità della norma il Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911, (*Studi econ. Giur. dell'Univ. di Cagliari*), III pag. 73. Dal punto di vista empirico, come si osserva nel testo, questa distinzione è perfettamente legittima. Si badi per altro, che certe norme proibitive possono dirsi incondizionate sino ad un certo punto: gli obblighi, p. es., di non uccidere o di non rubare possono considerarsi come effettuati fino a che sussista la materiale possibilità del fatto vietato: talvolta, poi, possono sopravvenire circostanze cui una norma ricollega la conseguenza giuridica di esimere dall'obbligo imposto da una di tali norme proibitive: si pensi alla legittima difesa e allo stato di necessità per l'omicidio.

[49] È chiaro infatti che qualificare come permanente una certa situazione di fatto *relativamente* all'indole dell'elemento materiale di un sistema di norme non significa affatto dire ch'essa sia eterna. In questa consapevolezza dei limiti e del valore della costruzione naturalistica si attua l'unità in senso trascendentale – altro che il "quanto più sia possibile" di uno scrittore troppo frettoloso! – della filosofia e della scienza del diritto.

presupposti per la propria applicabilità[50]: ciò che suona, in definitiva come una *subordinazione del fatto alla norma*.

L'antinomia, però, è solo apparente: nessuna antinomia reale può sorgere tra le proposizioni del formalismo giuridico – che è quanto dire una posizione logico-astratta – e le soluzioni dei problemi speculativi che sorgono dalla esigenza di mostrare il passaggio dal concreto all'astratto, ossia di chiarire la genesi ideale del formalismo giuridico medesimo. È necessario, quindi, badare attentamente al reale significato delle due proposizioni in apparente contrasto.

Quando si accenna, dal punto di vista formale, all'arbitrio che ha la norma nel determinare i presupposti della propria applicabilità, si dice sostanzialmente che non vi sono fatti (tipi) aventi in sé medesimi la capacità di imporsi alla norma, nel senso cioè di poter determinare da soli, in maniera univoca, una certa conseguenza giuridica; si dice insomma che il medesimo tipo di condizioni di fatto può essere valutato diversamente da due norme[51]. Dal punto di vista formale, infatti, è perfettamente legittimo sorvolare sulla *necessità storica* che ha indotto il *legis lator* ad apprezzare certe condizioni di fatto in un senso anziché in un altro e a ricollegarvi certe conseguenze giuridiche al posto di altre ugualmente possibili: ed allora, nella determinazione dei presupposti di fatto che rendono obbligatorio un contegno, la norma deve apparire dotata di una illimitata libertà di scelta e di apprezzamento.

Ma, com'è facile vedere, tale arbitrio della norma si riferisce solo al contenuto, possiamo dire alla *modalità* dei presupposti di fatto, non alla presenza di questi, perché essi sono resi indefettibili dalla *struttura logica* della norma. Ecco perché, come abbiamo detto, l'antinomia non sussiste: e quella funzione mediatrice del fatto, cui si è accennato poco sopra, ci spiega l'atteggiamento caratteristico della logica giuridica che è sempre costretta a sdoppiare continuamente il fatto dalla qualificazione dei contegni, e a *ricondurre* ogni qualificazione ad una norma, non immediatamente, ma sempre attraverso la posizione di un *quid facti*, anche se questo sia costituito

[50] Per una limpida affermazione di questo principio v. Condorelli, "*Ignorantia iuris*", Catania, 1926, pag. 30 e le osservazioni, tendenti a farne un'applicazione più rigorosa, nel mio studio *Sul fondamento del principio "ignorantia iuris non excusat"*, in *Riv. int. di filos. del diritto*, VIII, 1928, fasc. III *[qui a pag. 177 e segg., n.d.c.]*.

[51] Appunto per questo, come ho cercato di dimostrare, nel cit. studio *Sul fondamento*, etc., la conoscenza o l'ignoranza della norma violata hanno solo quel valore che è determinato dalla norma stessa; quando una norma non fa sorgere certe conseguenze giuridiche in caso di ignoranza o di errore ciò vuol dire che la conoscenza della norma è un presupposto di fatto indispensabile perché quelle conseguenze giuridiche possano aver luogo.

da una norma (ben s'intende, da una norma cui non venga riconosciuto carattere giuridico originario) o da preesistenti qualificazioni giuridiche di una o più attività. Ciò, del resto, si vedrà meglio in un altro studio, in cui ci occuperemo particolarmente delle figure di qualificazione giuridica.

17. La distinzione testé accennata tra norme condizionate e norme incondizionate richiama, infine, la disputa tra i sostenitori della concezione della norma come giudizio ipotetico e i seguaci della c.d. teoria imperativistica. Disputa che dal punto di vista critico-gnoseologico deve dirsi impostata tutt'altro che felicemente, per la commistione di diversi criteri che in essa si rivela. In ogni modo, crediamo opportuno osservare che la concezione della norma come giudizio ipotetico è vera solo e fin quando le si dia la seguente portata: il *contenuto dispositivo* di una norma *può* sempre sussumersi sotto la forma logica generale del giudizio ipotetico – prescindendo, s'intende, da ogni critica, in sede di logica trascendentale, al concetto stesso di giudizio ipotetico. Se si va oltre, si finisce col trascurare completamente quell'aspetto di «dover essere» che è condizione *sine qua non* perché possa parlarsi di norma di condotta[52]. D'altra parte, finché la concezione della norma come imperativo non voglia significare altro che la priorità della figura dell'obbligo sulle altre figure di qualificazione giuridica, essa è verissima: ma essa fuoriesce completamente dal punto di vista formale, sia quando vuol portare l'attenzione su un elemento psicologico che può anche mancare (si pensi al caso della norma ignorata dal soggetto su cui grava l'obbligo da essa determinato; e a parte le insormontabili difficoltà cui si va incontro nella teoria dei soggetti di diritto), sia quando vuol mettere in campo l'elemento della *fonte* della norma, perché questo è del tutto irrilevante dal punto di vista formale.

Se ben si osserva, perciò, entro i limiti in cui ciascuna delle due concezioni deve riconoscersi esatta non si può parlare di contrasto: poiché ogni norma non può non riferirsi ad un certo tipo di condizioni di fatto, questa costituirà l'*ipotesi* – in senso lato[53] – cui vien subordinata l'obbligatorietà della norma: e se l'imperatività si identifica, come deve identificarsi, con la priorità dell'obbligo cessa anche la semplice apparenza del contrasto[54].

[52] Si ricordi quanto è stato detto al n. 12.

[53] In questo senso si può sempre trovare una "parte ipotetica", (così Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, IV, cit., pag. 23) in ogni norma.

[54] Non aggiungo bibliografia sull'argomento che è abbastanza noto.

18. Riassumiamo e concludiamo. Ribadito il criterio della impossibilità di attribuire al «fatto» – nell'ambito di quello che costituisce il «punto di vista» specifico e caratteristico della Giurisprudenza, ossia il «punto di vista formale» – una efficacia autonoma (indipendente, cioè, dalla norma) nella determinazione della conseguenza giuridica; chiarito l'errore implicito nelle dottrine che vorrebbero ravvisare nel fatto[55] la «ragion sufficiente» della conseguenza giuridica, errore consistente nel tentativo di agguagliare nella medesima serie fenomenica il fatto e il valore giuridico, ci siamo sforzati a dimostrare come la distinzione tra fatto e valore non possa essere superata finché si rimanga in quella posizione naturalistica in cui sorge la qualificazione giuridica. Tale distinzione, però, è da intendersi come una distinzione essenzialmente relativa (né altrimenti potrebbe presentarsi nell'ambito empirico la *relazione assoluta* del valore e del fatto) tra elemento formale ed elemento materiale[56], perché ciò che sotto un certo aspetto si presenta come partecipe dell'elemento formale, può presentarsi, sotto un altro, come elemento materiale o parte integrante di questo: e viceversa[57].

Dopo ciò abbiamo cercato di chiarire quale sia la funzione del fatto, o meglio la sua posizione ideale come momento della logica giuridica: ed

[55] Ho preferito adoperare, sopratutto nelle osservazioni di carattere speculativo, l'espressione "fatto" anziché quella, strettamente tecnico-giuridica, "fattispecie". È da notare, del resto, che di fattispecie in senso proprio e rigoroso può parlarsi solo quando i presupposti di fatto per l'obbligatorietà della norma siano determinati positivamente in maniera tipica: mentre non se ne può parlare quando il sorgere dell'obbligo sia subordinato alla semplice possibilità di fatto del contegno vietato o imposto.

[56] Nell'esprimere la mia gratitudine all'Ascoli che in alcune pagine del suo brillante saggio *L'interpretazione delle leggi*, Roma, 1928, ha voluto occuparsi benevolmente dei miei modesti studi, debbo osservargli che la relatività della distinzione tra fatto e valore, se spiega il trapasso del fatto a norma – come nella consuetudine – e viceversa, non autorizza, anche a tener presente la conformità che possa ravvisarsi tra una situazione di fatto e la parte ipotetica di una norma, a parlare del caso singolo come di una norma che si ponga di fronte alla norma da cui sia "previsto".

[57] Con la relatività della distinzione tra elemento formale ed elemento materiale non è da confondere il duplice profilo in cui può presentarsi ogni contegno nell'ambito della qualificazione giuridica (v. nota a pag. 399 *[qui nt. 12 a pag. 193, n.d.c.]*) e cioè il profilo formale in cui è oggetto di qualificazione giuridica (contegno doveroso, contegno autorizzato o lecito che si dica, contegno illecito) e il profilo materiale in cui si presenta come un presupposto di fatto per l'applicazione di una norma, indipendentemente dalla qualificazione ch'esso abbia avuto o meno: ogni negozio giuridico, p. es., è manifestazione di attività giuridicamente qualificata, ma le conseguenze cui esso dà luogo sono indipendenti dalla circostanza che l'atto con cui si è manifestata detta volontà sia stato un atto doveroso o semplicemente lecito: ciò che viene in considerazione è, fondamentalmente, il *fatto* della manifestazione di volontà (a meno che, s'intende, una norma dichiari privo di efficacia un negozio in cui si sostanzia la manifestazione di un'attività illecita: ma su ciò torneremo in altro studio).

abbiamo parlato di una «funzione mediatrice» del fatto, mediatrice cioè del trapasso dall'astratta e generica statuizione della norma alla particolare figura di qualificazione giuridica di uno o più contegni. Proprio qui si fa manifesta una caratteristica salientissima del formalismo giuridico: ogni figura di qualificazione giuridica non viene *ricondotta*[58] al fatto ma ad una norma: non immediatamente, ma attraverso la posizione di un *tertium quid* il quale non è altro che lo schema del fatto, schema in cui viene compreso tutto ciò che la norma abbia assunto come presupposto per la propria applicabilità (quindi, anche una norma o qualificazioni giuridiche già effettuatesi). Con ciò si comprende meglio, se non c'inganniamo, perché non sia logicamente possibile giustapporre la norma al fatto e considerare tale giustapposizione come «causa» della conseguenza giuridica: la relazione costitutiva di ogni figura di qualificazione giuridica ha uno schema costante: i due elementi che la compongono, l'elemento formale e l'elemento materiale (la norma, cioè ed il fatto) mantengono inalterata la propria fisionomia nella detta relazione e non possono, perciò, giustapporsi.

Si è cercato, infine, di giustificare la necessità razionale del momento del «fatto» e della sua funzione in base ad una nota del concetto di norma di condotta, ossia alla c.d. generalità (intesa come la tipicità di un numero

[58] Ricondotta: nel senso cioè che il *titolo* o, in termini meno rigorosi, ma più espressivi, la *fonte* della particolare figura di qualificazione giuridica è costituito dalla norma, non dal "fatto". Questo si dovrebbe tener presente tutte le volte in cui si parla di un "fondamento giuridico" di un istituto, distinguendo sempre il lato formale dal lato materiale, Un determinato tipo di situazioni di fatto è "fondamento" di un istituto (ossia di una o più situazioni giuridiche) solo dal punto di vista materiale: formalmente, il fondamento dell'istituto è sempre nella norma da cui scaturiscono le qualificazioni che caratterizzano la situazione o le situazioni giuridiche. Non adopero l'espressione "rapporti giuridici" perché credo di poter dimostrare a suo tempo che il concetto di rapporto giuridico non ha quel valore che oggi da più parti si tende ad attribuirgli: per il momento basterà osservare, che la *correlazione eventuale* tra due figure di qualificazione giuridica non è immediata, ma si verifica sempre attraverso la norma. Un obbligo o un potere, non hanno il loro fondamento immediato nel potere o nell'obbligo cui si contrappongono, bensì nella norma da cui scaturiscono tutti. Con ciò, per altro, non intendo aderire alla concezione del rapporto giuridico come relazione di un soggetto col sistema di norme giuridiche (Cicala, Kelsen, etc.).
La parola "ricondotta" potrebbe far pensare alla "Zurechnung" del Kelsen: ma è necessario far osservare che qui non è il caso di pensare ad un *riferimento* (*o imputazione*) bensì ad un nesso puramente logico, che dallo stesso punto di vista intellettualistico, non viene proiettato in una realtà "fenomenica". Di imputazione in senso proprio può parlarsi solo a proposito della relazione tra un determinato fatto e un determinato soggetto: e bisogna guardarsi dall'abusare di questo concetto, perché non sempre, quando dal verificarsi di un certo fatto la legge fa dipendere il sorgere di un obbligo per un soggetto, può dirsi *a priori* che la legge imputi quel fatto al soggetto.

indefinito di contegni, non come pluralità di soggetti cui la norma si rivolga); meglio ancora, alla mancanza di universalità – e da ciò quel senso di *contingenza* che ci dà ogni proposizione giuridica – di ogni norma di condotta in quanto tale. Concetto, questo, che se non c'inganniamo, contribuisce ad illuminare meglio il problema del rapporto tra il c.d. mondo del diritto e la vita etica[59].

Ma sopratutto crediamo di aver dimostrato come ed in che senso una dottrina giuridica possa essere considerata speculativamente, e come tale considerazione speculativa, lungi dall'incamminarsi per le vie dell'astrazione generalizzatrice, riesca a sceverare rigorosamente gli elementi logici dagli elementi storici di cui si nutre – se così è lecito esprimerci – l'esperienza giuridica. La distinzione tra gli elementi logici e gli elementi storici della qualificazione giuridica, non si raggiunge mai sul terreno della generalizzazione – ed ecco l'errore fondamentale delle «teorie generali del diritto»[60] – ma solo sul terreno della filosofia[61].

[59] Concetto, del resto, implicito in tutta l'Etica kantiana, e che costituisce, a ben guardare, uno dei motivi più profondi della *Filosofia della pratica* del Croce. Ciò, in definitiva, riconferma l'impossibilità di parlare di norme etiche: su cui v. Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, cit., conclusione.

[60] Ogni ulteriore generalizzazione che si faccia in base ai concetti principali delle singole discipline giuridiche, tende certamente ad operare una riduzione dell'elemento storico e una maggiore accentuazione dell'elemento logico: senonché, dal punto di vista intellettualistico, è impossibile porre un limite esatto alle generalizzazioni e sopratutto giustificare razionalmente tale limite. Ecco perché ritengo che le varie teorie generali del diritto finiranno col far sentire più vivo il bisogno delle indagini critico-gnoseologiche. Mi si permetta di osservare, a tal proposito, che il disaccordo tra le varie teorie generali del diritto venute alla luce sino ad oggi non è minore, anzi è assai più evidente, di quello che è sembrato esistere tra le varie concezioni filosofico-giuridiche. E di questo, presto o tardi, tutti coloro che svalutano la filosofia per la teoria generale del diritto, dovranno accorgersi...

[61] Questo saggio era stato già composto ed impaginato quando è apparso, sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* 1929, fasc. VI, l'interessante studio del Tedeschi, *Volontà privata autonoma*. Per conto nostro, non avremmo difficoltà a riconoscere che la volontà privata possa dar luogo ad un sistema di norme giuridiche, a patto, però, che si prescinda nel modo più completo dalla sua *rilevanza* nei confronti del sistema giuridico statuale. Quando, invece, si consideri questo come sistema di norme giuridiche originarie, la volontà privata non può essere che un elemento di situazioni di fatto, avente solo quel valore giuridico che dalle norme statuali vien ad essa conferita. L'importante è che si tenga sempre ben distinto il punto di vista formale dalla considerazione storica: solo in tal modo mi sembra possibile – come dice bene l'egregio A. – "comprendere appieno l'esperienza giuridica".

8.
LA POSITIVITÀ DEL DIRITTO E IL VALORE PRATICO DELLA NORMA DI CONDOTTA

1. La tesi sostenuta in uno studio pubblicato quattro anni or sono[1] relativamente al modo d'impostare e risolvere il problema della determinazione del concetto del diritto, è, crediamo, suscettibile di ulteriori chiarimenti a proposito di un criterio che, per l'influsso della scuola storica e del positivismo dominanti nel secolo scorso, è divenuta oggi un «punto fermo» se non un dogma, per la maggior parte dei giuristi e per alcuni cultori della filosofia giuridica contemporanei: alludiamo precisamente alla c.d. positività del diritto.

Il predicato «positivo» aggiunto alla parola «diritto» è sembrato, peraltro, a qualche scrittore, un vero pleonasmo[2]: pure, non ne è stato...

---

* Pubblicato in *Studi filosofico-giuridici dedicati a G. Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento (1904-1929)*, I, Modena 1930, pp. 43-53.

[1] *Il concetto del diritto e la «pluralità degli ordinamenti giuridici»*, Catania, 1926.

[2] Cfr. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, pag. 49. Anche il Baumgarten, *Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode*, I, Tübingen, 1920, pag. 172, dice che «Der Ausspruch positives Recht ist pleonastisch», ma ciò perché il diritto naturale o razionale sarebbe norma per il legislatore. In tal modo, però, ci si riporta ad una concezione del diritto naturale e dei suoi rapporti col diritto positivo, sostanzialmente abbandonata dalle dottrine moderne (ricorderò per tutti il Del Vecchio). È, si può dire, il concetto espresso da S. Agostino nel *De vera religione*, c. 31: «Conditor legum temporalium, si vir bonus est, legem aeternam consulit, ut secundum eius immutabiles regulas quid sit pro tempore iubendum vetandumque discernat»: concetto che sarà sviluppato da S. Isidoro e da S. Tommaso e che Suarez ripeterà fino alla sazietà nel *De legibus ac Deo legislatore*, negando recisameme non solo l'obbligatorietà, ma persino il nome di legge (ammettendolo solo «per quamdam analogiam») ad ogni precetto disforme dalla *lex naturalis*. Suarez, però, richiedeva, a questo proposito, la certezza morale circa l'ingiustizia della legge: in mancanza di tale certezza, «praesumendum est pro legislatore, tum quia habet altius ius (rispetto al *subditus*) et illud possidet» (op. cit., I, 9, 9: notisi il probabilismo che sfocia qui nella dottrina del possesso). E lo stesso Thomasius, che pur non ha risparmiato frecciate contro gli Scolastici, ammette che sotto un certo aspetto «ius naturae sit norma iuris positivi», aggiungendo che «contra ius naturae stricte dictum, quod prohibet laesionem aliorum nihil plane potest efficaciter disponere ius positivum, quod iure obligare possit subditum» (*Fundamenta iuris naturae et gentium*, 4.ª ed. Halae et Lipsiae, 1718, I, 5, § 53).

sconsigliato l'uso, a titolo, oseremmo dire, di profilassi ideale contro il giusnaturalismo. Ma ben a ragione, pensiamo, si è obiettato che il trincerarsi dietro il dogma della positività non apporti alcun argomento valido contro il diritto naturale[3]. Comunque, c'interessa avvertire qui che l'analisi critico-gnoseologica del significato intimo e dei presupposti logici di questo preteso carattere del diritto non tocca necessariamente il problema del diritto naturale.

2. Ci sia consentito, anzitutto, di esporre brevemente le ragioni del nostro reciso dissenso dall'opinione tradizionale, limpidamente espressa dalla classica dottrina dei «caratteri differenziali» delle norme giuridiche. Secondo questa dottrina, la giuridicità sarebbe una peculiarità intrinseca di alcuni gruppi di norme di condotta, peculiarità determinata da elementi che in sostanza avrebbero carattere storico. Viceversa, noi pensiamo che se la Giurisprudenza è una scienza naturalistica, non è possibile assumere che la legge fondamentale di questa, ossia il concetto del diritto, abbia un contenuto storico. Chi dice storia, dice dominio dell'individuale: e la scienza naturalistica non sa che cosa farsi dell'individuale – pur ricevendo da questo lo stimolo, per così dire, al proprio cammino[4] – quando non possa assumerlo come «esempio» «particolare» rispetto ad una «legge», ossia ad uno schema stabilito in precedenza, oppure quando non possa, mediante il procedimento astrattivo che è caratteristica di essa, sollevarlo a «legge», a schema, su cui verrà a modellarsi una serie infinita di altri *possibili particolari*[5]. La presenza di un elemento storico nel concetto del diritto sarebbe perciò una via continuamente aperta ad una ulteriore generalizzazione, col risultato di far precipitare il concetto del diritto al livello di un semplice particolare astratto, privo di qualsiasi individualità e autonomia logica. Ora, non bisogna dimenticare che la funzione essenziale della legge fondamentale di una scienza naturalistica è precisamente quella

[3] Cfr. Del Vecchio, *Sulla positività come carattere del diritto*, Modena, 1911, pag. 11.

[4] Anche la scienza, in altri termini, sorge dalla percezione: l'individuale, però, non ha in essa valore in sé e per sé – come nella storia – ma solo in quanto *obiectum* di quella *interpretazione* che è caratteristica della scienza: interpretazione che consiste appunto nella sussunzione dell'individuale in uno schema prestabilito (e con ciò la trasformazione di esso in particolare astratto) o nel sollevarlo all'altezza di uno schema o «classe» «o legge» che voglia dirsi.

[5] Del concetto scientifico si può benissimo adottare la definizione del Del Vecchio: «centro logico potenziale di un numero indefinito di esperienze» (*I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905, pag. 119).

di determinare il criterio generale di qualificazione dei fatti che vengono assunti come «oggetto» d'indagine della scienza medesima; e perché questa possa considerarsi come una scienza autonoma, è indispensabile che il criterio di qualificazione sia del tutto *sui generis*. Senonché, la mancanza di ogni autonomia logica nel concetto del diritto, prospettato come *species* di un *genus* più ampio, significherebbe, né più né meno, l'impossibilità di concepire la Giurisprudenza come scienza autonoma. Se il concetto del diritto, infatti, è riducibile ad uno schema più ampio, in cui stia come semplice *species*, ugualmente riducibile ad un criterio più ampio sarà il criterio di qualificazione determinato da esso concetto. In altri termini, se si prende il concetto del diritto come lo *schema di certi possibili avvenimenti storici*, di tutto potremo parlare fuorché della legge fondamentale di una scienza naturalistica; e ciò perché il contenuto di questo concetto lascerebbe aperto l'adito ad ulteriori generalizzazioni, perfettamente legittime, che impedirebbero al concetto medesimo di determinare e circoscrivere l'àmbito di una scienza naturalistica vera e propria.

3. È impossibile, quindi, a stretto rigore di logica, parlare di elementi che abbiano la funzione di determinare in via storica la giuridicità di alcuni gruppi di norme di condotta. Tale giuridicità è determinata, invece, da una *posizione logica*[6] o più esattamente logico-intellettualistica: intendendo, anzitutto, il concetto di norma di condotta come la forma logica generale di un rapporto tra norma e attività pratica come regola e regolato[7]. La differenza tra le norme giuridiche e le altre norme di condotta consiste, allora, non più in elementi di carattere storico, ma in ciò che le prime vengono assunte come *esclusivi* criteri di regolarità di una o più attività pratiche. In altri termini, noi riteniamo che nessuna norma possa dirsi giuridica se considerata come un *possibile criterio direttivo della condotta*, e quindi nella sua storica coesistenza con altre norme di diverso

[6] Su questo punto – salvo la diversità delle premesse gnoseologiche – credo di seguire la via tracciata dal Del Vecchio in molti suoi scritti sul problema del concetto del diritto, e più nettamente che in ogni altro, nella prolusione bolognese *Sulla positività come carattere del diritto*, cit., pag. 18: «I fatti o la serie dei fatti che rendono *positiva* una determinazione giuridica, non la rendono insieme *giuridica*; poiché questa proprietà non è storica, ma puramente logica...». Dissento invece dal Del Vecchio nel dare al criterio della «bilateralità» il valore di carattere differenziale delle norme giuridiche. V. il mio studio sopra citato, pag. 20.

[7] Da ciò che si vede quanto poco storicistica sia l'impostazione data dallo Stammler al problema del rapporto tra diritto ed economia. Ma su questo punto tornerò in altro studio.

contenuto o di diversa origine, e con elementi qualificabili anche essi come possibili criteri direttivi della condotta: e che tutte le norme possano dirsi giuridiche quando vengano considerate, in relazione ad una o più attività pratiche come esclusivi criteri di *regolarità* – uniformità astrattamente deontologica[8] – di queste. La migliore riprova di questo concetto è data dalle forme o figure di qualificazione giuridica: solo assumendo una norma come esclusivo criterio di regolarità è possibile qualificare le manifestazioni di uno o più attività pratiche – *i contegni* – come contegni obbligatori, facoltativi o illeciti. Nessun fatto, o più esattamente, nessun avvenimento ha interesse per il giurista, quando questi non possa rinvenirvi i *presupposti materiali* per la qualificazione di uno o più contegni secondo le forme o figure su dette[9].

4. Da questo punto di vista va esaminata, quindi, la questione relativa alla validità logica e al significato della «positività» del diritto. Questa si ricollega a due presupposti: il primo, che in un certo senso deve dirsi mediato o indiretto, è nel principio che la giuridicità della norma dipenda dalla natura della «fonte», il secondo, nel concetto di *auctoritas*.

Sul primo punto si è già osservato altrove[10], che la relazione costitutiva della giuridicità implica *eo ipso* che si debba prescindere nel modo più completo da ciò che rappresenta la fonte della norma, ossia dall'ente, storico o meno, da cui la norma sia stata emanata e di cui essa sia manifestazione. La natura o qualità della fonte della norma non interviene assolutamente nella posizione del rapporto meramente obiettivo tra norma e attività pratica come regola (esclusiva) e regolato: le figure di qualificazione giuridica non hanno alcuna relazione logica con una speciale natura di fonte di norme di condotta. È chiaro, perciò, che il criterio della fonte si rivela del tutto estraneo alla genesi logica della qualificazione giuridica.

Una maggiore attenzione merita invece il concetto di *auctoritas*, che

[8] Senza l'elemento del «dover essere» la norma non si distingue più da un qualsiasi concetto di classe. Si badi però che tale «dover essere» come «necessità pratica» non è concreto, non è, in altri termini, reale come momento della coscienza, ma affermato puramente e semplicemente *ab extra*. Non bisogna dimenticare, insomma, quella «esteriorità» che non è carattere di alcune norme ma vero e proprio elemento costitutivo del concetto di norma di condotta. È assolutamente inesatto, quindi mettere sullo stesso livello il «Sollen» giuridico col «Sollen» etico come fa il Kelsen.

[9] Cfr. su ciò il mio studio, *Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica* (*Annali dell'Università di Macerata*, vol. V, pag. 393 e seg. *[qui a pag. 189 e segg., n.d.c.]*).

[10] *Il concetto del diritto e la pluralità*, etc. cit., pag. 22 seg *[qui a pag. 154 e segg., n.d.c.]*.

rappresenta sostanzialmente il criterio in base a cui si è cercato e si cerca di giustificare teoreticamente la tradizione dottrinale che ravvisa nelle norme statuali le norme giuridiche per eccellenza – sebbene, per la via aperta all'ulteriore generalizzazione dall'elemento storico della statualità, lo stesso criterio sia stato adottato per sostenere che le norme statuali non costituiscano l'unico tipo pensabile di norme giuridiche, e che tale qualità debba estendersi anche alle norme di altri «gruppi sociali» in qualsiasi modo organizzati e per ciò dotate di un potere «sovrano» nell'àmbito del gruppo stesso. Noi riteniamo, invece, che la giuridicità delle norme statuali sussista solo sulla base del concetto già detto, in quanto, cioè, esse vengano assunte come criteri esclusivi di regolarità di una o più attività pratiche[11]. Giova chiarire anzi, a questo proposito, che la *scelta* di un determinato complesso di norme di condotta come termine della relazione costitutiva della giuridicità, è dovuta all'*interesse* che può offrire il complesso medesimo sotto l'aspetto storico – ecco perché è assai difficile che un giurista si accinga all'interpretazione e alla sistemazione dogmatica delle norme vigenti in una società di criminali, o, per ricorrere al caso inverso, in un'associazione d'individui dediti alla sollevazione materiale e spirituale del prossimo – senza che ciò tolga alla detta relazione il carattere di una vera e propria astrazione.

In realtà, in tanto è possibile sostenere che la nozione dell'*auctoritas*[12], costituisca un elemento, una «nota» del concetto del diritto, in quanto si riesca a dimostrare che senza di essa il criterio di qualificazione giuridica sia ancora monco ed incompleto. Ora, posta la questione in tali termini, non è difficile rendersi conto che la nozione dell'*auctoritas* per un verso riesce logicamente superflua, ossia logicamente non necessaria, mentre per un altro dà luogo a difficoltà insormontabili. Se la *auctoritas* infatti, si concepisce incorporata, per così dire, nella norma, si è perfettamente al punto di prima, perché ciò non altera lo schema della relazione tra la norma e l'attività pratica come regola (esclusiva) a regolato: e a nulla varrebbe sostenere che una siffatta peculiarità sia caratteristica di alcuni

[11] Quando, perciò, non siano considerate come criteri esclusivi di regolarità, le norme statuali non sono più norme giuridiche: chi accetti questo principio non può più parlare di uno «spaccato» della realtà giuridica e di «strati» di questa con relativa priorità dello «strato» composto «dai rapporti giuridici che le leggi statuali regolano direttamente», come fa il Cesarini Sforza nel suo recente studio *Il diritto dei privati, in Riv. ital. per le scienze giuridiche*, 1929, fasc. I-II, pag. 18-19 dell'estr.

[12] Va ricordato, anche da chi non accetti le premesse dell'autore, il libro assai meditato e ricco di *pathos* del Capograssi, *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi*, Lanciano, Carabba, 1921.

gruppi di norme e non di altre, e che solo alle prime debba riconoscersi la qualità di norme giuridiche, se poi la qualificazione giuridica resta sempre fondata sulla detta relazione. Né le cose migliorano se si concepisce l'*auctoritas* come entità distinta e separata dalla norma: poiché, quando codesta entità abbia dispiegata tutta la propria funzione nella *posizione* della norma, non si comprende più che cosa le resti da fare, ed in che senso ed in che modo entri nella relazione costitutiva della giuridicità: l'*auctoritas*, in questa ipotesi, si identificherebbe senz'altro con la «fonte» della norma e le obiezioni rivolte contro il criterio che la giuridicità della norma dipenda dalla natura della «fonte» varrebbero qui pienamente. Se, viceversa, si vuol sostenere che l'*auctoritas*, non solamente ponga la norma, ma esplichi ancora qualche altra attività che interferisca con l'attività o le attività regolate dalla norma, non si riesce a vedere quale nuova figura di qualificazione sorga per queste ultime dalla detta interferenza. Parlare di una attività o funzione di «comando» è oltremodo pericoloso per la tesi che combattiamo, perché, o tale funzione s'identifica con l'attività legiferatrice e allora torniamo nuovamente al punto d prima; oppure codesto comando – che non potrebbe esplicarsi nella forma generica della norma, perché allora si avrebbe un conflitto tra due norme, una delle quali dovrebbe essere posta subito nel nulla – pone dei criteri direttivi per la condotta dei *subditi* in contrasto con il contenuto dispositivo di norme preesistenti, e allora, mentre la qualificazione giuridica dei contegni rimane formalmente quel che era, si ha un problema storico di fronte al quale è assurdo parlare di «regolarità» e di giuridicità.

Non resterebbe altro scampo, quindi che attribuire all'*auctoritas* la funzione di attuare o far attuare la norma mediante la c.d. coazione. Ma qui le difficoltà di ordine concettuale, anziché diminuire, aumentano. In primo luogo non è ben chiaro in che senso e in che modo la c.d. coazione possa attuare una norma: quando si cerca di ravvisare la «coazione» nell'intervento dell'ufficiale giudiziario o del gendarme, si dimentica spesso che tale intervento, mentre non «attua» le norme eventualmente già violate, ma solo quelle che impongono all'uno o all'altro di intervenire, non rende giuridiche di punto in bianco norme che non lo sarebbero ancora: a meno che non si voglia sostenere l'insostenibile, e cioè che l'ufficiale giudiziario o il gendarme svolgano un «contegno» insuscettibile di giuridica qualificazione.

5. Sotto tutti gli aspetti fin qui esaminati, perciò, il concetto di *auctoritas* si rivela del tutto estraneo, o, per adoperare un'espressione più rigorosa, logicamente non necessario alla determinazione del criterio di qualificazione giuridica. Ma le critiche avanzate fin qui, oltre ad essere un po' ovvie – per quanto ci sembri piuttosto difficile scrollare il punto su cui esse si fondano, ossia sulla particolare fisionomia delle figure di qualificazione giuridica – sarebbero incomplete se venisse trascurato l'intimo significato di questi concetti *auctoritas*, di positività e di coazione. Intimo significato che si ricollega ad un presupposto salientissimo della classica teoria dei caratteri differenziali del diritto, ossia al criterio che la differenza tra le norme giuridiche e le altre norme di condotta debba consistere anche nel diverso grado di *intensità*, in quanto *motivi* della condotta, tra le prime e le seconde. Si dice spesso, infatti, che le norme giuridiche siano «irrefragabilmente obbligatorie», che la loro attuazione riposi specialmente sulla c.d. coazione psicologica, ossia sul timore (se non addirittura sulla paura) dei «mali» che possono colpire chi le vìoli: e così via. Espressioni, queste, di spiccato sapore psicologico, e che, portate sul terreno della determinazione del concetto del diritto, finirebbero con l'instaurarvi il dominio dei «su per giù» e dei «press'a poco», perché affidano la discriminazione delle norme giuridiche dalle altre norme di condotta a criteri tutt'altro che rigorosi: non è chi non veda, infatti, l'impossibilità di stabilire, sia in generale, sia in particolare, fino a qual punto l'osservanza della norma sia dovuta al timore dell'*auctoritas* e dei guai di cui questa vien ritenuta dispensiera, o ad altri motivi. Senonché, tali considerazioni sono nettamente estranee alla natura della qualificazione giuridica: questa, infatti, prescinde – fino a quando non venga imposto da una norma – dal valore psicologico e dall'intensità con cui la norma si presenti nell'intimo della coscienza individuale, al punto da non dare alcuna importanza al fatto che un soggetto abbia avuto consapevolezza della norma osservata o violata: in ciò, del resto, è uno degli aspetti più importanti del formalismo giuridico e il segno più evidente dell'astrattezza della posizione gnoseologica in cui esso sorge. Lo stesso concetto di «obbligatorietà», poi, non dev'essere guardato con criteri psicologici e in genere extra-giuridici – se ci si vuol rendere conto dell'esperienza giuridica – bensì nell'unico significato ch'esso ha dal punto di vista formale, ossia nell'àmbito della considerazione giuridica. Dal punto di vista formale obbligatorietà della norma significa semplicemente che la norma medesima è fonte di obblighi: salva la distinzione tra l'obbligatorietà meramente virtuale, e l'obbligatorietà effettuale, quando, cioè, si siano verificati i presupposti «di fatto» o «materiali» per l'applicazione della

norma: applicazione che implica sempre in via primaria un obbligo[13].

6. Ed eccoci finalmente al concetto su cui poggia il criterio della «positività», sia nel suo aspetto – non sapremmo trovare altra espressione – positivo, sia nel suo aspetto negativo e polemico: l'*attuabilità* della norma. Qui il problema si profila con un interesse schiettamente speculativo, perché si tratta di vedere se ed in che senso la norma si attui con e nell'azione: quale sia, in altri termini, il *valore pratico* della norma.

Diciamo subito che se non si distingue nettamente la concezione della azione quale può esser valida nell'àmbito di una scienza naturalistica come la Giurisprudenza, e il concetto speculativo e concreto dell'azione, si rischia sempre di battere una via di mezzo tra la psicologia empirica e la filosofia, col risultato di intorbidare l'esatta posizione del problema filosofico del diritto in uno dei suoi due aspetti fondamentali.

Si ricordi, a questo proposito, quanto si è osservato poco fa: la qualificazione giuridica prescinde dall'intensità con cui la norma si sia presentata nell'intimo della coscienza individuale sino al punto da non dare rilievo alla consapevolezza o meno che un soggetto abbia avuto della norma violata o osservata.

Ma ciò soprattutto perché l'azione, nella scienza giuridica, non è altro che un «fatto» già inserito o che può inserirsi in una molteplicità di fatti, naturalisticamente concepiti: un «contegno» o una possibilità di contegno, ora assunto come oggetto, ora come presupposto di qualificazione in termini di obbligatorietà, liceità o illiceità: e che, a rigore, non «attua» la norma ma la «osserva» o la «viola», a seconda che il contegno sia «conforme» o «difforme» al tipo determinato dalla norma medesima. Il concetto di «attuazione» implica un passaggio dalla virtualità all'effettualità: viceversa, proprio dal punto di vista naturalistico la norma rimane quel che era e di attuazione può parlarsi solo dal punto di vista logico – quando cioè

[13] Questo punto merita di essere meglio approfondito. Cfr. intanto il mio cit. studio *Il significato e la funzione*, etc., n. 13 e la bibliografia ivi citata. Trattasi, del resto, di un criterio tutt'altro che recente: v. p. es., (sulle orme di S. Tommaso, *Summa Theologica*, 1ª 2ª, qu. 90, art 1), Suarez, *De legibus*, cit., I, 1, 7; I, 14-15 *passim*; III, 20, 4; in termini, possiam dire più moderni, Thomasius, *Fundamenta iuris naturae et gentium*, cit., I, 5, § 10: «obligatio omnis fluit ex norma agendi tamquam effectus primario (Suarez aveva parlato di «effectus naturalis» e di «effectus quasi formalis» della legge) ab eo intentus, qui normam praescribit. Ius est effectus secondarius qui indirecto intenditur, quatenus est correlatum obligationis et quatenus aliquando lege humana de novo introducitur». Thomasius, però, ammetteva qualche eccezione: cfr., I, 5, § 26.

la norma funga da premessa maggiore di un sillogismo che ha il termine medio nella «fattispecie» e la conclusione nella «conseguenza» o «effetto giuridico» ossia nella qualificazione giuridica di uno o più contegni[14] – ma non già dal punto di vista pratico. Vero è che non è infrequente sentir parlare dai giuristi e particolarmente dai processualisti, di una «attuazione del diritto obbiettivo» assunta come finalità di altro «diritto obbiettivo»: si badi, però, che questa e simili espressioni racchiudono un vero e proprio traslato di indole teleologica – s'identifica l'attuazione della norma col conseguimento degli scopi – in quanto la norma non viene considerata più come criterio di regolarità, ma come «mezzo»: abbandonando cioè il punto di vista formale e considerando alcune norme da un punto di vista teleologico[15].

Dal punto di vista specifico della Giurisprudenza, ossia dal punto di vista formale, è chiaro perciò come sia improprio parlare di attuazione della norma. Verremo a conclusioni diverse abbandonando l'astrattezza della posizione naturalistica della scienza giuridica e intendendo l'azione non più come mero fatto ma come lo stesso *farsi* della personalità?

7. Ma in che senso l'azione potrebbe realizzare o attuare, che si dica, la norma, ossia un *praeceptum* meramente generico?

Appunto perché generica, e quindi astratta, la norma non può esser mai realizzata dall'azione concretamente intesa. L'infinito non adegua il finito, ma lo sorpassa: agire significa realizzare la propria personalità, risolvere un problema individualissimo e l'azione, in tanto può esser considerata come *riproduzione* di un *tipo* preesistente, in quanto venga depauperata della sua caratteristica fondamentale, ossia della sua – assoluta – *originalità*[16]. In realtà, nessun problema può essere identico al mio problema attuale, nessuna mia azione può essere identica ad azioni di altri

[14] Mi permetto rinviare ancora una volta al mio cit. studio *Il significato e la funzione del* «fatto», etc., *passim* spec. n 16.

[15] Sulla diversità tra la considerazione giuridico-formale e la considerazione teleologica ha insistito assai efficacemente, com'è noto, il Kelsen in quasi tutti i suoi scritti. A conclusioni press'a poco identiche è pervenuto, movendo da premesse gnoseologiche del tutto differenti, lo scrivente in *Contributi ad una critica gnosologica della Giurisprudenza*, I, Roma, 1925, capo VI, ma le osservazioni ivi contenute debbono essere ulteriormente approfondite. Sugl'inconvenienti di certe considerazioni finalistiche si leggono con profitto le acute osservazioni del Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1912, pag. 140 seg.

[16] Se ne può leggere una bellissima e suggestiva dimostrazione nelle pagine del Blondel, *L'Action*, trad. ital. I, Firenze, 1921, pag. 160 e seg.

o ad altre mie azioni: laddove tutti i «contegni» conformi ad una norma debbono apparire – nella posizione intellettualistica – identici tra loro (di una identità senza differenze, ossia astratta), così come sono identici tra loro i contegni disformi: ogni omicidio, dal punto di vista formalistico proprio del giurista, è identico a tanti altri, perché ogni considerazione sulla individualità e quindi sulla irriproducibilità del problema morale, della situazione storica in cui l'atto è venuto alla luce, esula completamente dall'àmbito del formalismo giuridico: in questo non si può e non si deve far altro che *astrarre* dalla concreta situazione di fatto tutti quegli elementi che nel loro complesso diano la «fattispecie» prevista dalla norma.

L'azione, dunque, non attua la norma[17], ma la personalità: la mera generalità, in quanto tale, è irrealizzabile, perché dal generale all'individuale non vi è passaggio. *Dopo* – s'intende un «dopo» ideale, non cronologico – quando l'azione sarà considerata come «fatto» – e qui, ripetiamolo ancora una volta, non si vuol contestare la legittimità di tale considerazione, a patto di non menticarne i limiti – si procederà ad esaminare se vi sia stata conformità o meno alla norma.

Tuttavia, è anche chiaro che se nessuna azione può essere concepita come pura e semplice realizzazione di una norma, questa non può non avere un certo valore pratico: deve pur essere, cioè, «qualche cosa» nel processo dell'azione.

8. Per intendere a rigore codesto valore pratico della norma di condotta, è necessario rifarsi al principio fondamentale della concezione speculativa da cui muovono tutte le nostre precedenti osservazioni: in altri termini al concetto dello Spirito come Libertà. Questo concetto significa l'assoluta soggettività del reale, nel senso cioè che lo Spirito trae sempre da sé medesimo e non da una realtà trascendente il proprio contenuto: da ciò la concezione dell'atto spirituale come sintesi *a priori* – sintesi, appunto, di forma e di contenuto, in cui la forma non riceve *ab extra* il contenuto, ma si pone ponendo questo, e perciò relazione assoluta dei due termini – in cui si compendia il criterio basilare dell'immanentismo moderno. La conoscenza implica quindi una vera e propria creazione del reale: a questo momento – inscindibile dal momento conoscitivo – corrisponde il concetto dell'azione come sintesi di libertà e di necessità. La libertà non esclude, infatti, la necessità, purché questa venga concepita come il limite

[17] Cfr. Croce, *Filosofia della pratica*, Bari, 1909, pag. 227; Ascoli, *L'interpretazione delle leggi*, Roma, 1928, pag. 61; e i miei *Contributi*, cit., pag. 147 *[qui a pag. 123 e seg., n.d.c.]*.

immanente *ab intra* della libertà medesima: se la necessità – la c.d. realtà esteriore – costituisse un limite opposto all'azione, questa non potrebbe mai esser libertà. Ma la libertà senza la necessità non avrebbe senso, come non avrebbe mai senso una soluzione senza problema.

Ciò posto, si vede subito a che cosa si riduca il valore pratico della norma di condotta. Essa non può esser altro che un elemento della situazione concreta in cui si agisce, di quella necessità di cui l'azione ha bisogno per potersi affermare come libertà, di quel problema che l'azione è volta a risolvere: e in quanto tale, elemento che viene sempre negato nella sintesi sempre nuova dell'azione[18]. «Negato» – si badi – vuol dire qui «risoluto» perché una diversa interpretazione finirebbe con l'introdurre nuovamente il formalismo legalistico, ossia quell'astratto che non può pretendere di sostituire il concreto; risoluto nella sintesi sempre nuova dell'azione, vuoi quando ci si proponga di osservare, vuoi quando ci si proponga di violare una qualsiasi norma, perché in ogni caso ciò che si afferma nell'azione è sempre la personalità. Quest'ultima, del resto, è osservazione ormai vecchia, già espressa nella proposizione che «ciascuno osserva le leggi a modo proprio», ossia in maniera individuale; e lo stesso deve dirsi, ed è ancor più evidente, a proposito della violazione della norma.

Dalla norma – *di qualsiasi norma* – insomma, rispetto all'azione concretamente intesa, deve ripetersi quel ch'è stato detto della «tecnica»[19] rispetto all'opera d'arte: quali si siano i criteri tecnici seguiti o trascurati, essi vengono sempre risoluti e fusi nella creazione artistica; quale si sia la norma osservata o violata, questa vien sempre risoluta, come ogni altro elemento della situazione di fatto in cui si agisce, nella sintesi creatrice dell'azione. Anzi, alla stessa guisa che sarebbe ingenuo non supporre nell'artista altra preoccupazione all'infuori di quella strettamente tecnica – se così fosse, l'arte sarebbe già bell'e ita – si naviga sempre nel campo dell'irreale tutte le volte in cui, seguendo inconsapevolmente certo atteggiamento mentale dei giuristi, si lascia intravedere la possibilità che il contenuto dispositivo della norma venga ad identificarsi col contenuto di coscienza immanente all'azione, riducendo così, arbitrariamente, ad un elemento che in fondo conserva sempre il marchio dell'astrattezza, gli infiniti motivi di cui si alimenta il processo dell'azione stessa. Ecco perché, pur non dicendo cosa inesatta, non si approfondisce a dovere la soluzione del problema che abbiamo trattato, quando si parla di una «soggettivazione» del «volere

[18] Cfr. Croce, *Politica* «*in nuce*», in *Critica*, 1924, pag. 132.

[19] Non è qui il luogo di esaminare accuratamente come merita il bel libro del Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911, interessante anche e sopratutto perché porta alle estreme conseguenze la considerazione teleologica del diritto.

obbiettivo» della norma, o per accennare ad una nota teoria, quando si parla di una risoluzione del «voluto» nel volere.

9. Questo sembra a noi l'unico modo di considerare «storicisticamente» la norma di condotta – a parte, s'intende, il suo eventuale valore di azione concreta di un *legis lator*: sotto questo aspetto ci sembra abbastanza chiara l'impossibilità di far coincidere, e per di più con la pretesa di restare nel campo della storia, la giuridicità di un gruppo di norme con un certo *grado di valore pratico* – tale è in definitiva il significato della teoria dei caratteri differenziali del diritto – perché questo è identico per tutte le norme di condotta e non sopporta gradazioni di sorta, almeno fino a quando si voglia restare nell'àmbito del concreto.

Il difetto principale delle teorie che accolgono il criterio della positività del diritto – intesa come positività storica – non consiste tanto nell'astrattezza, quanto nell'essere inficiate da una specie di transazione tra l'astrattezza – necessaria – del formalismo giuridico e la concretezza della storia, tra la psicologia empirica e la filosofia: transazione rivelata dai presupposti cui si ricollega il criterio della positività, e cioè la considerazione della fonte (che serve indubbiamente a determinare l'individualità storica di un gruppo di norme), la presenza e l'ausilio dell'*auctoritas*, oppure della «coazione» materiale o psicologica e via dicendo. Queste ed altre simili concezioni costituiscono, in sostanza, altrettanti tentativi di dare una giustificazione, storica e razionale ad un tempo, alla *scelta* di alcuni gruppi di norme da considerare *sub specie iuris* a preferenza di altri: scelta che implica, appunto, la considerazione di tali norme come criteri esclusivi di regolarità rispetto ad una o più attività pratiche. Ora, per quanto una simile considerazione si risolva sostanzialmente in un vero e proprio *postulato*, non è detto che ciò sia insuscettibile di una qualsiasi giustificazione: e a parte quella che costituisce propriamente l'oggetto del problema della genesi logico-metafisica del formalismo legalistico, è da osservare qui che il motivo di tale scelta non va cercato nei criteri pseudo-storici della positività, dell'*auctoritas* ed altri consimili, bensì nell'*interesse* – storico – che un certo gruppo di norme offre all'attenzione scientifica del giurista. E la positività di un complesso di norme può essere identificata con la giuridicità delle medesime, a patto che non venga intesa come positività storica, bensì come quella «esclusività» di cui abbiamo parlato. In questo senso si comprende meglio perché molti giuristi abbiano creduto di trovare nel criterio della positività la trincea da opporre alle possibili invasioni

del giusnaturalismo: ma con ciò non sono veramente entrati – come si è ritenuto – in un ordine di considerazioni schiettamente storicista, perché la c.d. giuridicità positiva di una o più norme di condotta presuppone un «punto di vista» fondamentalmente *astorico*: il che non può e non dev'essere confuso con quella *antistoricità*[20] di cui parlano alcune dottrine moderne nei confronti del giusnaturalismo.

[20] Sotto questo profilo ho dovuto abbandonare alcune idee sostenute in un mio articolo di otto anni or sono, *La razionalità del diritto e il giusnaturalismo* etc., in *Giornale critico della filosofia italiana*, 1922, fasc. II.

9.
SULLA COSIDDETTA COATTIVITÀ DELLE NORME GIURIDICHE

A Nino Levi

1. Le critiche finora rivolte a quello che può chiamarsi come uno dei più... fortunati «caratteri differenziali» delle norme giuridiche[1], ossia

---

* Pubblicato in *Archivio penale*, 1953, pp. 1-16.

** Le richieste che quasi quotidianamente pervengono, da giuristi e studiosi in genere italiani e stranieri, di consultare questo studio, davvero profondo e definitivo, pubblicato nel 1932 a Milano e da tempo esaurito, hanno determinato questa rivista a chiedere all'insigne Autore l'autorizzazione a ripubblicarlo. Del consenso dato siamo molto grati al Cammarata, che ci consente di appagare l'ansia degli studiosi e di rivolgere un affettuoso accorato pensiero alla memoria di Nino Levi, cui lo studio era ed è dedicato.

[1] Qui si prescinde da alcune critiche puramente negative, come p. es. quella del Croce, accennata nella *Riduzione della Filosofia del diritto alla Filosofia dell'Economia* e riprodotta nella «*Filosofia della pratica»;* con ciò si badi, non vogliamo negarne l'efficacia, che è stata grandissima su tutta la dottrina posteriore.
Ed omettiamo oltresì di aggiungere una bibliografia completa sull'argomento che è troppo conosciuto (una cospicua bibliografia, sebbene viziata dal difetto di mettere insieme sullo stesso livello giuristi e filosofi, è offerta dallo Esposito, *Lineamenti di una dottrina di diritto,* Fabriano, 1930, note a pag. 58 e segg.). Com'è noto, il primo a mettere in rilievo la c.d. forza coattiva delle leggi è stato Aristotele nel libro X dell'«Etica»; lo sviluppo dato da S. Tommaso influì sulla dottrina posteriore e specialmente sugli scrittori della Controriforma, in particolar modo Suarez e Molina; ai quali bisogna anche guardare se ci si vuol rendere conto della genesi della notissima impostazione thomasiana del problema dei caratteri differenziali del diritto, ad onta che il Thomasius, nel proemio ai *Fundamenta iuris naturae et gentium,* Halae et Lipsiae, 1705, esalti il Pufendorff e dica male degli Scolastici, dei quali lo urta perfin l'erudizione, al punto di chiamare i loro continui riferimenti agli autori precedenti come «ornamenta locorum communium»! Ma se si osserva attentamente, il capo IV ed il capo V dell'opera ricordata risentono assai dalla impostazione data dal Suarez, nel *De legibus* al problema delle differenze tra *lex e consilium:* è del S., forse, la prima critica a S. Tommaso, perché questi avrebbe dato una nozione della legge tale da potervi includere anche il consiglio, mentre per Suarez, come più tardi per Thomasius, la caratteristica della legge rispetto al consiglio è proprio in ciò che la prima genera un obbligo. (*De legibus,* I, I, 1, e 7). Ciò dovrebbe render cauti prima di affermare che in massima parte Kant sia stato un seguace del Thomasius nel campo della filosofia del diritto; né bisogna lasciarsi fuorviare troppo da quanto dice Kant

alla pretesa nota della «coazione» o coattività che si dica, non dànno, in fondo, al fatto della «forza» impiegata a sostegno delle norme, una interpretazione diversa da quella data dalle dottrine che riconoscono in esso la manifestazione più saliente, o almeno una delle più salienti della «giuridicità»[2]. Tali critiche – notissime, e che sarebbero, perciò, del tutto superfluo ricordare – assumono invece che il mondo giuridico presenti, per così dire, delle larghe zone in cui non ha e non potrebbe avere ingresso la coazione; ma con ciò si apre la via ad una discussione interminabile, perché, posto in tali termini il problema, è facile replicare che tali zone sfornite del requisito della coattività non facciano parte del mondo giuridico: donde accuse di petizione di principio che possono benissimo essere ritorte, e così all'infinito.

Come già si ebbe occasione di osservare altra volta, partendo dai due criteri della «fonte» e della coattività, si arriva quasi sempre a identificare le norme giuridiche con le norme statuali. Il procedimento di astrazione generalizzatrice che sbocca nella concezione opposta, ossia in quella che identifica le norme giuridiche con le norme «sociali», e più esattamente, di organizzazione sociale[3], è costretto a sopprimere la nota della coattività, oppure a dare di questa sua nozione più ampia, come p. es. ha fatto il Romano (coerentemente alla concezione del diritto come organizzazione istituzionale), col suo concetto di «garanzia»[4]; il che, per altro, importa

in un'opera composta quando era ormai sul declino, ossia i *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* tralasciando la *Critica della ragion pratica* e i richiami fatti da Kant stesso a questa sua opera. Circa la coattività, abbiamo chiarito altrove (*Contributi ad una critica gnoseologica della Giurisprudenza*, I, Roma, 1925), la differenza notevolissima che intercede tra la concezione kantiana e quella thomasiana: altro è «l'ostacolo fatto alla libertà» di cui parla Kant, altro il *dolor sensibilis* di cui parla Thomasius.

Per una esposizione riassuntiva delle varie critiche rivolte contro la «nota» della coattività come elemento della definizione del diritto, v. Del Vecchio, *Lezioni di Filosofia del diritto,* Città di Castello, 1930, pag. 196 e segg.

[2] Una interpretazione particolare è stata tentata dal Del Vecchio, *Il concetto del diritto,* Bologna, 1912, pag. 110 e segg.: nonché dal Cesarini Sforza, *Lezioni di teoria generale del diritto,* Padova, 1930 (2ª ediz.), pag. 54 segg. Non sembra esatto, però, ridurre la c.d. coattività alla «possibilità che un soggetto venga impedito nella sua trasgressione» offrendosene così una nozione (a parte ogni discussione sul valore filosofico del concetto di «impedimento») per un verso troppo stretta e per un altro troppo larga: lo stesso D. V., del resto, ha abbandonato in gran parte nelle *Lezioni* cit. la formula su riprodotta. Circa l'opinione del Cesarini Sforza, v. oltre. Per una concezione della «coattività» come «forza ideale», v. Maggiore, *Breviario di filos. del dir.,* Palermo, 1921, cap. III. Ma con ciò si trascende l'àmbito naturalistico in cui è sorta la teoria in esame.

[3] *Contributi,* cit., pag. 83 e 146-7.

[4] *L'ordinamento giuridico,* Pisa, 23. L'espressione era stata adoperata anche dallo Jellinek, ma in un senso diverso.

già una interpretazione del c.d. fatto coattivo, alquanto diversa da quella tradizionale.

2. Non è di oggi il nostro dissenso dalla dottrina dei caratteri differenziali del diritto, e da quello che ne è la legittima e diretta filiazione, ossia il dibattito tra concezione statuale e concezione sociale[5].

Riteniamo opportuno, perciò, esprimere qualche modesta osservazione specifica sui singoli caratteri differenziali assunti come «note» del concetto del diritto, limitandoci, in queste pagine, a quello della coazione: contro il quale avevamo accennato già altrove una prima obiezione di carattere puramente logico. Prendiamo, infatti, due casi «tipici» di manifestazione del c.d. fatto coattivo: il gendarme che conduce in prigione il condannato e l'ufficiale giudiziario che procede alla «esecuzione forzata» sui beni del debitore. Se la coazione, o, come si vuole da altri, la semplice possibilità della medesima, costituisse un elemento determinante la giuridicità della norma, ci si troverebbe immediatamente in grande imbarazzo nel concepire la rilevanza giuridica del contegno del gendarme e dell'ufficiale giudiziario; poiché, se si vuol essere logici, bisogna arrivare alla conclusione che quei contegni e le norme che li impongono siano al di fuori e al di sopra di ogni qualificazione giuridica. È una riduzione all'assurdo, contro la quale si può replicare solo adottando il criterio indicato dal Kelsen, riducendo cioè, il contenuto delle norme giuridiche alla volontà di «strafen» e di «exequiren»; ciò che importa la riduzione del mondo giuridico – ci si consenta il paragone – ad una specie di scena in cui agisca un sol personaggio – lo Stato – mentre i *subditi* sembrano un coro lontano ed invisibile: il che, col buon permesso dell'insigne professore di Colonia, non è affatto necessario, perché lo vanifica più di quanto meriti, alla giustificazione di quel formalismo esattamente ritenuto come aspetto saliente e fondamentale dell'esperienza giuridica[6].

[5] *Contributi,* cit., pag. 147 *[qui a pag. 123 e seg., n.d.c.]* e in altri saggi. Contrario alla ricerca dei «caratteri differenziali» sembra anche il Perticone, *La concezione speculativa dell'attività giuridica, in* «*Riv. int. di. fil. del dir.*», 1932, III, pag. 339.

[6] *Hauptprobleme,* etc. Tübingen, 1911, *passim* e specialmente pag. 205 e seg., ma la premessa del K., «nur im Falle der Rechtswidrigkeit kommt die Rechtsordnung in Funktion», (pag. 53), e la conseguenza cui egli perviene (pag. 249-51), riprendendo una espressione del Binding, quella cioè di considerare i *subditi*, come «mögliche Rechtsverletzer», oltre ad autorizzare – senza con ciò mancare di deferenza all'illustre scrittore – il paragone accennato nel testo, fanno vedere chiaramente la insostenibilità della posizione kelseniana: ridurre le conseguenze giuridiche alla pena o alla «esecuzione», come «Tätigkeiten» (pag. 205) dello

3. Ma la critica testé accennata è puramente negativa: ed è vecchia osservazione che, per confutare e superare un errore, sia indispensabile mostrarne la genesi. Il che ci obbliga a vedere se la interpretazione dei fatti su cui è stata costruita la teoria, ponendosi sullo stesso terreno dell'esperienza giuridica in cui essa è sorta, sia corretta: e solo allora potremo dire di aver conseguito la mèta.

Orbene, si potrebbe ricordare, anzitutto (*mutatis mutandis),* la nota osservazione dello Hegel[7]: includere nel concetto del diritto la nota della coazione, significa intendere il diritto in una conseguenza che ha luogo soltanto per la via traversa del torto. Se ben si osserva, infatti, anche le dottrine che più recisamente insistono sulla nota della coazione pongono implicitamente, quale nozione logicamente antecedente a quest'ultima, quella di illiceità. E allora bisogna chiedersi se veramente la coazione distrugga l'illiceità, perché solo in tale ipotesi sarebbe possibile giustificare l'importanza di questo preteso carattere differenziale nella definizione del concetto del diritto.

Basta porre in questi termini il problema, per vedere subito quale sia il difetto fondamentale della teoria in esame. La coazione o coattività che si dica, sorge logicamente dopo l'illecito; ma lo lascia qual è, né introduce una figura di qualificazione di contegni diversa da quella dell'obbligatorietà o della facoltà. E non appena si cerchi di giustificare il rilievo dato a questo preteso carattere, osservando come, per mezzo della coazione, si raggiungono le finalità ostacolate dall'illecito, ecco saltar fuori ilvero significato e la vera genesi della dottrina criticata: *l'intrusione di un punto di vista teleologico nella determinazione del criterio fondamentale della qualificazione giuridica*[8].

Stato, sì che non si possa parlare di conseguenze giuridiche se non in relazione agli atti illeciti, è un deformare e rattrappire il formalismo giuridico. E ciò a parte l'inconveniente di aver dovuto tracciare una differenza radicale (sì da rendere assai problematica la riduzione al *genus proximum*) tra la soggettività giuridica dello Stato e quella dei *subditi, nonché* tra gli obblighi e i poteri del primo in confronto a quelli dei secondi.

[7] *Grundlinien,* par. 94, Zus.

[8] Anche in altri autori, e specialmente nei fondatori dell'*Allgemeine Rechtslehre,* contrari a considerare la coattività come carattere differenziale del diritto, nel tempo stesso che cercavano di elaborare scientemente le nozioni di sanzione e di coazione di una serie di classificazioni oggi in parte dimenticate, il significato teleologico della concezione in esame è implicitamente ma chiaramente messo in luce, V. Thon, *Rechtsnorm u. subjectives Recht,* Weimar, 1878, pag. 1-70, *passim,* spec. pag. 42; Bierling, *Juristische Prinzipienlehre,* III, Tübingen, 1905, pag. 362 e seg. Tra i nostri cultori di filosofia del diritto, v. Levi, *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico,* Genova, 1914, pag. 374. Coerente con la propria concezione, strettamente teleologica, del diritto (sviluppata in *Fondazione*

Una riprova *ad oculos* di quel che affermiamo è data dal fatto che, quanto più si accenna al valore teleologico del diritto, tanto più si è costretti a far leva sulla nota della coattività: basta ricordare per tutti lo *Zweck im Recht* di R. Jhering (si rammenti la distinzione jheringhiana tra coazione propulsiva e coazione compulsiva) e *Il diritto come norma tecnica*

della scienza del diritto, Padova, 1929, *passim*, spec., pag. 64) è il Donati, *Il principio del rispetto alla legge,* etc., Roma, 1929, cap. I. Circa il fondamento gnoseologico della distinzione tra considerazione formale e considerazione teleologica, ci permettiamo di ricordare i cit. *Contributi ad una critica gnoseologica,* etc., capo V, pag. 105-109 *[qui a pag. 99-101, n.d.c.]*.

Alla critica esposta nel testo non si sottrae lo stesso Kelsen che, più recisamente di ogni altro, ha insistito sulla necessità di non confondere la considerazione formale con quella finalistica. Vero è che il Kelsen sembra, a prima vista salvare la coerenza, sia col ridurre ogni conseguenza giuridica a «Strafe» o a «Execution», sia sopratutto col ricondurre lo scopo della norma alla «Veranlassung zu einer bestimmten Verhalten»: ma se ben si guarda, quando il Kelsen a pag. 205 degli *Hauptprobleme* afferma esplicitamente «Die Sanktion die der Rechtssatz gerade mit Rücksicht auf seinen Zweck, die Rechtssubjekte (abgesehen vom Straate, selbst) zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen enthalten muss, und die erfahrungsgemass in Strafe oder Execution besteht...» (pag. 205), dopo aver premesso che proprio la sanzione distinguerebbe la norma giuridica della «sanktionlose Sittengesetz», introduce nuovamente un criterio teleologico, perché, ammesso che lo scopo delle norme giuridiche possa identificarsi nell'impulso ad assumere un determinato contegno, non si comprende come tale scopo possa esulare dalle altre norme: e allora è chiaro che le norme giuridiche, appunto perché assistite dalla c.d. sanzione, sarebbero le più idonee a conseguire uno scopo siffatto. La verità è che il formalismo del Kelsen si fonda più sui principi della scuola di Marburgo che su una interpretazione diretta della esperienza giuridica: mentre il formalismo di cui qui si discute, ha come proprio punto di partenza il concetto della norma come *criterio di regolarità astrattamente deontologico.* Rileviamo, a questo proposito come il Cesarini-Sforza, che, tra le non poche sue benemerenze nel campo degli studi filosofico-giuridici, ha anche quella di aver messo chiaramente in luce il valore del concetto della «regolarità» per l'interpretazione della esperienza giuridica, (cfr. *Il concetto del diritto* e *la Giurisprudenza integrale,* Milano 1913, *passim*), nelle sue recenti *Lezioni,* cit. pag. 54 e seg., finisce con l'introdurre nuovamente il criterio teleologico al posto del criterio formale, concependo l'illecito come un «turbamento» della regolarità e la coazione come un rimedio a tale turbamento. Com'è detto esplicitamente nel testo, l'illiceità (n. 7 e 8) costituisce una qualificazione puramente formale che si esaurisce in sé stessa: la situazione di fatto determinata dall'atto illecito, invece, in quanto considerata da una norma che vi ricollega delle conseguenze giuridiche, determina una nuova «regolarità»: le nozioni di turbamento e di rimedio sono incompatibili col significato esclusivamente formale della regolarità. Badisi, comunque, che qui si è tenuta presente la c.d. coazione materiale: circa la c.d. coazione psicologica non abbiamo creduto necessario ripetere quanto si è avuto occasione di osservare in altri studi, ossia nei cit. *Contributi,* pag. 119 *[qui a pag. 105 e seg., n.d.c.]*, e specialmente nell'articolo *La positività del diritto e il valore pratico della norma di condotta.,* in *Studi filosofico-giuridici* per G. Del Vecchio, Modena, 1930, pag. 6 dell'estr.

del Ravà. Il che non è di poco rilievo: perché fra teleologismo e formalismo, nell'interpretazione della esperienza giuridica, non vi è possibilità logica di conciliazione – nel senso, cioè, che i due punti di vista possano coesistere sul medesimo piano logico. Altro è parlare di conformità o difformità di un contegno rispetto ad una norma, qualificando il contegno medesimo come obbligatorio, o come facoltativo, o come illecito, altro è parlare di una norma o di un contegno come mezzi più o meno adeguati al conseguimento di uno scopo. Ora, qualificare come norme giuridiche quelle che siano assistite dall'impiego della forza, significa che solo le norme più idonee al conseguimento dei fini cui sono rivolte debbano dirsi norme giuridiche. Dove è evidentissima la concezione della norma come mezzo e non come regola di contegni. E allora bisogna decidersi: *o formalismo o teoleologismo. Optare per quest'ultimo è possibile solo a patto di negare radicalmente l'autonomia logica del criterio di qualificazione giuridica,* e ridurlo ad una sottospecie della considerazione *politica.* La coerenza sarebbe salva, ma resterebbe da superare un altro e ancor più grave ostacolo: dimostrare come dalla posizione di un rapporto tra azione e risultato come mezzo a scopo possa venir fuori quella qualificazione dei contegni in termini di obbligo, potere ed illecito: chiarire, cioè, come sul terreno di una considerazione teleologica possa germogliare il formalismo dell'esperienza giuridica. Dimostrazione che, osiamo presumere, non potrà mai essere data[9].

4. Con ciò, si badi, non si vuol contestare minimamente la validità logica di una considerazione delle norme di condotta come mezzi per il conseguimento di scopi: qui si vuole soltanto mettere in rilievo la impossibilità di far coesistere sul medesimo piano due ordini di considerazioni, quello meramente legalistico e quello teleologico (che si potrebbe anche chiamare *economico-politico).* Come in quest'ultimo tutto

[9] Non sarebbe sufficiente, infatti, replicare che per mezzo della imposizione di obblighi si miri al conseguimento di certi scopi: resta sempre da dedurre il concetto di obbligo come necessità obiettiva di assumere un contegno conforme alla norma: ed abbiamo detto obiettiva, perché non è da confondersi con la consapevolezza di tale necessità, potendosi benissimo osservare o trasgredire un obbligo giuridico pur ignorando di essere obbligati. Questo, ci sembra, dovrebbero tener presente coloro che (come p. e. Perticone, *La concezione speculativa dell'attività giuridica,* cit., e specialmente il Capograssi, *Studi nell'esperienza giuridica,* Roma, 1932, *passim*) parlano della possibilità di «attuare» la norma o legge che si dica, epperò di una «concretezza» della legge e dell'azione che, nel campo dell'esperienza giuridica propriamente detta, ci sembra una ipostasi.

il mondo giuridico può profilarsi sotto il punto di vista determinato dalla posizione di un rapporto tra azione e risultato come mezzo a scopo, così, dal punto di vista legalistico, ogni considerazione teleologica assume l'aspetto di «contenuto», rispetto all'elemento preponderante, ossia al c.d. elemento formale. Con maggior precisione, si può e si deve dire che, nell'ambito della pura considerazione giuridica ogni considerazione d'indole teleologica non può costituire che un «giudizio di fatto». Ciò si può vedere assai chiaramente nel caso delle norme che impongono esplicitamente l'obbligo, in circostanze di fatto permanenti o transitorie, di conseguire certi scopi, e talvolta si limitino ad imporre genericamente l'uso dei mezzi più opportuni, talvolta invece specifichino i mezzi da impiegare. Dal punto di vista formale, la valutazione circa l'idoneità dei mezzi adoperati, circa l'effettivo conseguimento, o meno, degli scopi prestabiliti, non è altro che l'accertamento delle condizioni di fatto che costituiscono il presupposto per la qualificazione dei contegni verificatisi come adempimento di obblighi, come esercizio di poteri o come atti illeciti. Anche nel caso, quindi, che il contenuto dispositivo di una norma riveli esplicitamente la posizione di un rapporto tra azione e risultato come mezzo a scopo, la considerazione teleologica che ne segue non si pone sul medesimo livello della considerazione formale, ma si pone, per così dire, in seconda linea, come presupposto di fatto rispetto a quest'ultima[10].

5. Non è qui il luogo di esaminare, uno per uno, tutti i problemi la cui esatta soluzione è ostacolata appunto dalla considerazione teleologica introdotta surrettiziamente in luogo di quella puramente formale: sarà bene, invece, limitare l'indagine ad una breve analisi circa l'indole di quelle nozioni cui si ricollega strettamente la dottrina della «coattività» testé criticata. Non è superfluo, per altro, premettere che si tratta di ricerche di logica giuridica condotte (perché non sorgano equivoci) con piena coscienza dell'astrattezza inerente a siffatta posizione gnoseologica.

Escluso, come ci sembra di aver dimostrato, che i «fatti» in cui si

[10] Quando, per es., una norma adotti il criterio della c.d. causalità adeguata al fine di stabilire l'imputabilità di un evento al contegno di un soggetto, è necessario ricorrere ad una considerazione teleologica: ma ciò fa parte della c.d. indagine di merito, presupposto logico indispensabile per la determinazione delle conseguenze giuridiche. Analogamente quando la norma parla di «mezzi idonei» etc. Il chiarimento esposto nel testo ci sembra di una certa importanza per un esatto apprezzamento di certe norme (basti pensare alla legislazione sovietica) in cui la preponderanza data all'elemento dello scopo sembra sconvolgere la tradizionale concezione della norma giuridica.

ravvisano manifestazioni della c.d. forza coattiva, siano elementi che si aggiungano dal di fuori alle norme, determinandone la giuridicità, non è dubbio che tali manifestazioni si svolgono interamente nell'orbita del criterio di qualificazione giuridica e siano a questo subordinate.

Ciò posto, è necessario richiamare rapidamente lo schema fondamentale di quella che può definirsi come la «dinamica» delle figure di qualificazione giuridica. Ogni conseguenza giuridica – cioè il sorgere o venir meno di una figura di qualificazione giuridica – ha un duplice fondamento: la norma da una parte, la situazione di fatto dall'altra. Senza il concorso simultaneo di questi due elementi non si ha conseguenza giuridica: può darsi solo il caso in cui una norma o una situazione giuridica già realizzata fungano da presupposto di fatto rispetto ad una norma diversa e diano così luogo a nuove conseguenze. Non è possibile, perciò, in linea di pura logica giuridica, ricollegare direttamente una conseguenza giuridica ad un'altra: fonte della nuova conseguenza sarà sempre una norma, attraverso la funzione (mediatrice) di «situazione di fatto» disimpegnata dalla prima[11].

È chiaro allora, come, riconosciuto il valore teleologico di quelle che vengono reputate come manifestazioni della coattività, tali manifestazioni, ossia tale impiego di mezzi relativi a certi scopi, si trasforma, nel mondo giuridico, nella predisposizione, da parte delle norme, di certe conseguenze giuridiche al verificarsi di certe situazioni di fatto.

Se tutto ciò che abbiamo detto è esatto, se ne possono dedurre alcuni corollari che ci sembrano di una certa importanza per una corretta ricostruzione della logica propria del formalismo giuridico.

6. 1) Non ci sembra esatta, in primo luogo, la teoria assai diffusa tra criminalisti, che ravvisa nella norma giuridica un duplice elemento: il c.d. precetto, ossia la imposizione di un obbligo (comando o divieto) e la «sanzione», concepita come la minaccia di un «male» da irrogare a

[11] Ci permettiamo di rinviare allo studio su *Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica,* in «*Annali della R. Università di Macerata*», vol. V, dove sono delineate le giustificazioni logiche di quanto si dice nel testo. La relatività della distinzione tra fatto e valore e quindi la possibilità (accennata già dal Bierling, *Juristiche Prinzipienlehre,* IV, pag. 23 seg.) che una norma o una figura di qualificazione giuridica fungano da presupposto di fatto è stata accolta dal Levi (N.), «*Il Codice Pen. illustr.*», Milano, S.E.L., 1932, pag. 64; e più precisamente dal Gregori, *I reati di truffa* e *di insolvenza,* etc., Bologna 1932 (nel vol. *Studi teorico-pratici sulla nuova legislaz. pen. it.,* pag. 137; in gran parte anche dal Delitala, *Il «fatto» nella teoria generale del reato,* Padova, 1930, pag. 199.

chi trasgredisce il precetto[12]. Si tratta di una concezione a base teleologica e psicologico-empirica, assolutamente incompatibile col punto di vista formale. La forma non è altro che il precetto stesso, in cui si possono distinguere una parte ipotetica (la determinazione generica di una certa situazione di fatto) e una parte dispositiva, cioè la determinazione delle conseguenze giuridiche che si ricollegano alla situazione di fatto ipotizzata. La «sanzione» non si può identificare che con il contenuto della conseguenza giuridica: parlare di «male», di «mezzo per assicurare la tutela di un bene o di un interesse» significa fuoruscire nettamente dal punto di vista formale e porsi da un punto di vista teleologico e psicologico-empirico. Punto di vista che, come abbiamo osservato, ha bene un diritto di cittadinanza ideale nello studio delle cose umane, ma che nell'ambito della Giurisprudenza non può essere sostituito radicalmente a quello puramente formale. Ora, la determinazione del concetto di norma giuridica dev'essere fatta, prima di tutto, dal punto di vista formale: le «esplicazioni» teleologiche e psicologiche, in quanto attengono al contenuto (ed hanno, come indubbiamente hanno, una importanza di primo ordine in sede di interpretazione propriamente detta) debbano essere collocate, per dir così, in seconda linea.

Talvolta, per altro, si scambia con la sanzione la norma che assume come ipotesi di fatto la violazione dell'obbligo imposto da un'altra norma. È questo un equivoco, dovuto alla confusione tra norma e disposizione di legge (articoli, paragrafi) potendo benissimo una disposizione contenere più di una norma e, viceversa, potendo una norma risultare dalla combinazione di più disposizioni. Ciò che determina la sussistenza della norma è la specificazione della situazione di fatto e delle relative conseguenze giuridiche[13].

[12] V. p. es. Rocco, *L'oggetto del reato, etc*. Torino, 1913, pag. 67 seg. e la bibliografia ivi citata. Un rappresentante tipico della concezione psico-teleologica della coattività e della sanzione è Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, Jena, 1903, *passim*, spec. pag. 80 e seg.

[13] La specificazione della situazione di fatto (tipo) si ottiene quasi sempre attingendo a molteplici disposizioni che contengono, per così dire, i vari elementi o frammenti corrispondenti a quelli della situazione di fatto che si deve determinare per la applicazione delle conseguenze giuridiche. Ciò, per altro, non avviene quando una conseguenza giuridica sia ricollegata alla situazione di fatto determinata dalla infrazione di un obbligo di astenersi da un certo contegno e quest'obbligo abbia alla propria volta come presupposto la semplice possibilità obiettiva del contegno vietato: si ricordi, p. e. la disposizione relativa all'omicidio contenente due norme: una che proibisce l'uccisione, l'altra che assume come presupposto di fatto l'avvenuta uccisione e vi ricollega una conseguenza giuridica di contenuto penale.

7. 2) È arbitrario subordinare l'esistenza di un obbligo giuridico alla predeterminazione di una «sanzione» intesa nel modo sopra criticato[14]. L'obbligo risulta puramente e semplicemente dalla determinazione fattane dalla norma: la sua trasgressione dà luogo alla qualificazione di illiceità del contegno, qualificazione che costituisce l'unica conseguenza giuridica diretta ed immediata della trasgressione. Vedremo tra breve come si sviluppi questo concetto: per il momento, ci preme mettere in luce come questa concezione riveli in maniera addirittura macroscopica la intrusione dal punto di vista teleologico in quello formale, di cui si è parlato precedentemente. È evidente, infatti, che ove la trasgressione non sia seguita da «reazione», da un rimedio insomma, per conseguire lo scopo cui tendeva l'imposizione dell'obbligo, o per eliminare l'ostacolo frappostovi dalla trasgressione, la norma, teleologicamente parlando, dovrà dirsi poco efficace: ma altro è l'inadeguatezza teleologica della norma, altro il suo aspetto di criterio (esclusivo) di regolarità. Dal punto di vista formale, l'obbligo sussiste pienamente, quando risulti *la necessità,* per un soggetto, di assumere, in seguito al verificarsi dei presupposti stabiliti dalla norma, un determinato contegno.

Dopo di che, è forse superfluo aggiungere che è inammissibile la concessione di un «diritto sanzionatorio» ossia di un gruppo di norme che costituiscano le sanzioni di altre. A parte che una mera determinazione di conseguenze giuridiche non ricollegata ad una situazione di fatto riesce addirittura impensabile, è da osservare qui la solita confusione tra la considerazione finalistica e quella formale. Ben può darsi, infatti, che certe norme appariscano come mezzi più efficaci per il conseguimento di scopi già perseguiti da altre norme: ma ciò è irrilevante dal punto di vista formale. Qui si tratta di vedere se conseguenze giuridiche diverse siano ricollegate agli stessi presupposti di fatto, oppure a presupposti diversi: nel primo caso ci si trova di fronte ad una sola norma, nel secondo di fronte a due norme perfettamente distinte tra loro. Tutte le volte che si è creduto ravvisare, nelle norme penali, la sanzione di altre norme giuridiche, non si è sufficientemente posto attenzione al fatto che, allorquando le prime

[14] Questa teoria, implicita si può dire, in tutti coloro che pongono come carattere essenziale del diritto la coazione, è stata spinta fino alle ultime conseguenze dal Brunetti, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913, secondo il quale non si potrebbe parlare di obbligo giuridico vero e proprio ove la trasgressione non fosse seguita da una pena. Il ragionamento del Brunetti, essere la norma giuridica sfornita di sanzione penale un *illogismo*, è, col permesso dell'egregio scrittore, il più illogico di tutti dal punto di vista formale: è logicissimo se al punto di vista formale si sostituisca quello teleologico. Sul concetto di obbligo si tenga presente l'osservazione contenuta nella nota 9.

assumono, come fattispecie, trasgressioni di obblighi imposti dalle altre, la situazione di fatto cui è subordinato l'obbligo imposto dalla norma penale è diversa dalla situazione di fatto cui si ricollegava l'obbligo trasgredito: il contegno «violatore» costituisce un elemento di fatto che diversifica la prima dalla seconda. Ma, anche nel caso in cui lo stesso contegno sembra dar luogo a due conseguenze giuridiche diverse, occorrerà esaminare attentamente se veramente si tratti della violazione di un solo obbligo o di due: l'obbligo, ad es., di «non recare danno» è, formalmente, del tutto distinto da quello di «non uccidere». Si hanno cioè due norme perfettamente autonome, nessuna delle quali, in linea strettamente formale, potrà definirsi come «sanzionatoria» rispetto all'altra[15].

8. 3) Da quanto si è accennato prima, risulta implicitamente, ma necessariamente, che nessun vincolo logico intercede tra la qualificazione

[15] La concezione del diritto penale come diritto «sanzionatorio» rispetto agli altri rami del diritto statuale era stata, come ben osserva il Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, cit., nota a pag. 60-61, affacciata (in un significato essenzialmente storico-politico) dall'Hobbes, dal Bentham e dal Rousseau. Il primo a formularla come una nozione di «dottrina generale del diritto», oltre che di dogmatica del diritto penale è stato, come si sa, il Binding, *Die Normen und ihre Ubertretung*, Leipzig, 1922 (4 Aufl.: la prima edizione è del 1872) e *Hundbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885, p. 115 seg. Questa concezione è stata ripresa, sotto un profilo diverso, dal Grispigni; v. il suo recentissimo *Corso di dir. pen.*, Padova, 1932, pag. 263 e seg., in cui riassume la propria teoria, apportandovi nuovi argomenti e difendendosi dalle critiche rivoltegli. Il Grispigni, però, fa una pura questione di «sociologia» e di dommatica, ond'è che i suoi argomenti debbono essere vagliati in tale sede, senza perdere di vista un sol istante le norme positive. In linea puramente formale, come crediamo di aver dimostrato nel testo, il problema va posto diversamente e risoluto nel senso che non bisogna accontentarsi dell'analogia tra la fattispecie o tra il contenuto degli obblighi c.d. primari: occorre che vi sia identità, ossia convertibilità reciproca, prima di dire che una norma sia la semplice ripetizione di un'altra: comunque, la «sanzionarietà» non ha significato dal punto di vista puramente formale. Nello stesso ordine d'idee del Grispigni sembra essere il Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padova, p. 57 e seg. che però non ammette la «doppia antigiuridicità» del fatto penale su cui insiste (e, date le premesse, è perfettamente coerente) il Grispigni.
Un ragionamento diverso, nel definire il dir. pen. come diritto sanzionatorio fa il Maggiore «*Principii di diritto penale*», Bologna, 1932, pag. 25-26. La questione, torniamo a dire, non incide che indirettamente sulla teoria del formalismo giuridico. Quando si afferma come il Grispigni, *Corso*, cit., pag. 295: «Il diritto penale considerato nei confronti di tutto l'ordinamento giuridico presenta il carattere sanzionatorio o complementare, nel senso che la funzione specifica di esso consiste nell'apprestare un'ulteriore e più efficace sanzione oltre quelle stabilite dagli altri rami di diritto», non è più possibile dubitare del carattere meramente teleologico della dottrina in esame.

di illiceità e le nozioni di «sanzione» o di «mezzi di coercizione». La qualificazione di illiceità si esaurisce, per così dire, in sé stessa. Che, generalmente, la trasgressione di un obbligo incontri una «reazione», ossia l'intervento di altri soggetti o l'imposizione di un nuovo obbligo sul trasgressore, è cosa indiscutibile; ma, a parte i casi tutt'altro che rari di violazioni di obbligo contro le quali non è stabilita una reazione (si ricordino, p. e. i c.d. casi di non punibilità ad onta della sussistenza obiettiva dello illecito) è da osservare *che la conseguenza giuridica, avente per contenuto la c.d. sanzione, si ricollega al fatto,* non alla qualificazione di illiceità del contegno[16]. Giova qui ricordare che la distinzione fondamentale tra «atti» e «fatti» giuridici è giustificata da ciò che i primi sono oggetto e non presupposto di qualificazioni giuridiche, mentre i secondi sono soltanto presupposto: ciò vuol dire che l'atto, in quanto venga a costituire presupposto di qualificazioni giuridiche, appare in veste di fatto. Sotto questo punto di vista bisogna dire che non vi sono fatti, ma soltanto atti, leciti o illeciti[17].

È chiaro, perciò, che in relazione al concetto di illecito da una parte, di «sanzioni» e di «mezzi di coercizione» dall'altro, bisogna tenere nettamente distinto il profilo formale da quello teleologico: il nesso che, da quest'ultimo punto di vista, ricollega il primo (quanto sia considerato come elemento generatore del «danno» e in generale, come ostacolo opposto al conseguimento di uno scopo) alle nozioni di sanzione o di mezzi di coercizione, scompare nettamente dal punto di vista formale.

Una riprova di quanto si è detto fin qui, ossia del significato puramente teleologico dei concetti di sanzione e di mezzi di coercizione, si può avere in un modo di esprimersi assai comune, ossia nella definizione della c.d. nullità degli atti giuridici come una sanzione[18].

---

[16] È una questione che oltrepassa nettamente i limiti della dommatica quella relativa al valore del concetto di illiceità nel diritto penale. Su essa, v. Delitala, *Il «fatto»*, cit., cap. I. Insiste invece nel ricollegare l'inadempimento dell'obbligo alla sanzione, e ciò da un punto di vista che vorrebbe essere puramente formale, la Schreier, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts,* Leipzig u. Wien, 1924, pag. 71.

[17] V. pressoché esplicitamente in questo senso, Condorelli, *La responsabilità senza colpa,* Catania, 1924, pag. 32. Giustamente, poi, il C. tende a staccare la nozione di illecito da quella di sanzione, ma gli argomenti di cui si serve ondeggiano ancora tra il punto di vista teleologico, e quello psicologico. E tra i penalisti, v. Delitala, *Il «fatto»*, cit., pag. 28. È da sperare che la terminologia, o più esattamente, la distinzione «atto-fatto» non venga interpretata in senso speculativo, trattandosi di nozioni che sorgono su una base schiettamente intellettualistica; la «filosofia», qui, consiste appunto nella consapevolezza del significato intellettualistico di tali nozioni, e nella giustificazione della loro necessità.

[18] Pur escludendosi ormai che la «difformità» in base a cui si verifica l'annullamento sia

Indubbiamente, l'annullamento dell'atto, in quanto serve a paralizzare il conseguimento di scopi non ammessi dalla norma, richiama alla mente la funzione della sanzione come mezzo rivolto a conseguire scopi ostacolati dal contegno contrario alla norma, a paralizzare il verificarsi dei risultati di tale contegno. Formalmente la cosa è ben diversa; l'annullamento, in quanto consiste nella negazione di conseguenze giuridiche ad una «manifestazione di volontà», ha come fondamento immediato una vera e propria «fictio»[19], considerandosi l'atto come non avvenuto e quindi ignorato nel mondo giuridico (relativamente, s'intende, alle conseguenze giuridiche cui l'atto, come fatto, era predisposto): mentre le sanzioni sono semplicemente tipi di contenuto di conseguenze giuridiche (imposizioni di nuovi obblighi o perdita di poteri) riferite al soggetto cui è imputata la trasgressione; i c.d. mezzi di coercizione sono invece tipi di contenuto di conseguenze giuridiche riferite a soggetti diversi da quello cui viene imputato il contegno illecito (si ricordino gli esempi da cui abbiamo preso le mosse, in cui si tratta di veri e propri obblighi di agire in un certo modo: obblighi che, però non hanno sempre, come presupposto di fatto, soltanto il contegno illecito di un soggetto diverso, ma altri elementi[20] che, perciò, rendono più complessa la situazione cui è subordinato il loro sorgere).

9. Riassumendo e concludendo, crediamo di aver dimostrato come il preteso carattere della coattività non costituisca in alcun modo una «nota» del concetto del diritto, non essendo possibile far coesistere il punto di vista formale (criterio dell'azione come azione esclusivamente *sub lege)* col punto di vista teleologico (criterio dell'azione come azione *ad finem).*

Altro è – ripetiamolo ancora una volta – considerare la norma come criterio di *regolarità,* altro considerarla come mezzo rivolto al conseguimento di uno o più scopi. I due punti di vista non possono giustapporsi – come pretende implicitamente l'opinione criticata – possono solo conciliarsi attraverso la subordinazione del primo al secondo, o viceversa.

In realtà, l'opinione criticata rivela assai chiaramente il vizio di origine della dottrina dei caratteri differenziali del diritto: quello cioè di essere stata elaborata, nella supposizione di poter pervenire alla determinazione del concetto del diritto, mediante un procedimento di astrazione

sinonimo di illiceità. V. per tutti, Levi, *Saggi di teoria del diritto,* Bologna, 1924, III, *passim.*

[19] Si potrebbe parlare di una finzione negativa. Ma su ciò torneremo altrove.

[20] P. es., l'esistenza di un «titolo esecutivo».

generalizzatrice, con l'occhio rivolto ad alcuni gruppi di norme, la cui giuridicità era ammessa senza discussione, ma solo a titolo di postulato. E con ciò si è determinato un circolo vizioso da cui non si esce, e che, anzi, si complica sempre più con l'intervento di ulteriori generalizzazioni.

La conseguenza immediata di quel che si è detto, è che le nozioni di «sanzione» e di «mezzi di coercizione» non possono essere annoverate tra le nozioni puramente formali della Giurisprudenza. Altro è la teoria critica del formalismo giuridico, altro è la dommatica di questo o di quel gruppo di norme giuridiche. In linea di dommatica, poiché questa non è altro che la elaborazione scientifico-naturalistica del contenuto di norme assunte come criteri esclusivi di regolarità rispetto ad una o più attività pratiche, è perfettamente legittimo parlare di sanzioni e di mezzi di coercizione, purché si intendano come contenuto di quelle conseguenze giuridiche che vengono ricollegate dalle norme ai fatti determinati da atti illeciti; I principi della dommatica, infatti, si riferiscono sempre al contenuto dispositivo delle norme, dalla cui interpretazione essi procedono: essi, cioè non hanno un vero e proprio valore formale (altro è lo schematismo dei concetti di classe, altro il formalismo giuridico). Né, in fondo, i giuristi hanno considerato le sanzioni in maniera diversa: bisogna sempre guardare più a quel ch'essi fanno realmente, sopratutto nella soluzione dei problemi particolari, e non lasciarsi fuorviare da quelle riflessioni cui si abbandonano quando vogliono giustificare certe costruzioni, soprattutto quando... rischiano con maggiore o minore consapevolezza di varcare i limiti loro imposti dalle norme prese in esame.

È forse superfluo aggiungere, dopo ciò, che, attraverso la rielaborazione critica del formalismo giuridico non si pretende assolutamente di riformare *ab imis* la Giurisprudenza, ma si tenta soltanto di rendere esplicito ciò ch'è implicito nel pensiero dei giuristi: alcuni dei quali hanno ormai compreso che per rendersi consapevoli della logica immanente alla esperienza ch'essi realizzano, la via dell'astrazione generalizzatrice li allontana sempre più dalla mèta: mèta che si raggiunge solo in via schiettamente speculativa, epperò *opus infinitum*[21].

[21] La tesi dello Schreier, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts,* cit., mirante ad includere il concetto di «sanzione» tra le nozioni puramente formali della giurisprudenza, non può, perciò, ritenersi esatta. Ad ulteriore riprova della tesi qui sostenuta, relativamente alla mancanza di un nesso – sempre, s'intende, dal punto di vista formale – tra l'illecito e la sanzione, si possono ricordare i casi in cui il «risarcimento dei danni» – considerato come la tipica sanzione civile – viene ricollegato dalla legge a fatti esplicitamente considerati come atti leciti: v. p. es., l'art. 452 Cod. civ. it. del 1865.
Non vorremmo, per altro, che il tentativo di offrire una rigorosa elaborazione del formalismo

giuridico (rigorosa anche e sopratutto perché condotta con perfetta consapevolezza del suo valore intellettualistico), venisse interpretato come una riduzione della filosofia del diritto alla teoria del formalismo giuridico, o, per altro verso, come il tentativo di... applicare una campana pneumatica (in cui morirebbero... per asfissia!) ai problemi della Giurisprudenza. Il formalismo non esaurisce l'esperienza giuridica, ma senza il formalismo una interpretazione speculativa dell'esperienza giuridica deve riuscire, per necessità, monca ed unilaterale. In secondo luogo, ci preme mettere in rilievo che la distinzione sopra abbozzata tra la dogmatica e la teoria del formalismo giuridico vuol indicare il limite oltre il quale il procedimento di astrazione generalizzatrice proprio della dommatica deve arrestarsi: l'elemento puramente logico della esperienza giuridica non si attinge sulla base di tale procedimento, ma sulla base di una critica gnoseologica, ossia in linea speculativa: è, possiamo dire, problema di consapevolezza dei limiti tra il concreto e l'astratto, e come tale, irrisolubile finché si resti fermi sullo stesso terreno dell'astrazione.

Resti dunque ben chiaro che le nozioni puramente formali della Giurisprudenza non possono essere elaborate col solito compromesso tra la storia e lo schematismo dell'astrazione generalizzatrice così come viene realizzato dalla dommatica; questo è il significato fondamentale delle nostre osservazioni, rivolte altresì a tenere nei loro confini, non soltanto la dogmatica, ma lo stesso formalismo giuridico, le cui invasioni, nel campo della prima, possono riuscire ancor più dannose che non le invasioni della dogmatica nell'ambito del formalismo medesimo: questo, p. es., ci sembra uno dei difetti della concezione kelseniana che vuol ridurre la Giurisprudenza ad una «Geometrie der Rechtserscheinungen». Sottrarre l'elemento teleologico e sopratutto l'elemento storico (anche se questo, poi, venga deformato dallo schematismo naturalistico) dal campo della dommatica, più che una impresa difficile, ci sembra addirittura impossibile. Le «teorie generali» che vogliono sciogliersi da ogni legame con un determinato complesso di norme giuridiche, senza voler entrare nel campo speculativo, sono un *quid* necessariamente ibrido e il più delle volte costituiscono solo una serie di premesse con cui si cerca di giustificare certe costruzioni che il c.d. diritto positivo suffraga in maniera assai scarsa.

10.
STUDI SUL PROBLEMA DEL DIRITTO NATURALE
I.
Il diritto naturale come specie del genere diritto

I.

1. In una concezione della filosofia del diritto come critica gnoseologica dell'esperienza giuridica, può sembrare, a prima vista, che il problema del diritto naturale debba essere eliso *a priori*: ma in realtà non è così, a meno che – equivoco in cui si cade talvolta per una improvvida economia di attenzione e di ragionamento – non si definisca come elisione di un problema la dimostrazione che il problema medesimo debba venire impostato diversamente.

Dal giorno in cui si cominciarono ad affacciare dei dubbi sull'ammissibilità di un diritto naturale, si può dire che il problema sia stato impostato come ricerca diretta a stabilire se la positività fosse un carattere essenziale, una condizione logicamente indefettibile, perché potesse parlarsi di diritto in senso proprio e rigoroso. E la questione ebbe ad aggirarsi sostanzialmente sul valore dell'attuazione della norma, discutendosi se una norma, insuscettibile, per determinate contingenze storiche, di ricevere attuazione «pratica» potesse meritare il nome di norma giuridica. Con ciò si veniva a risolvere una incognita per mezzo di un'altra incognita, perché non si poneva in discussione il significato di attuazione o attuabilità della norma, che si dava per dimostrato o, per meglio dire, che si riteneva di una immediata evidenza.

Sì è cercato di sostenere, invece, dallo scrivente, come il concetto di attuazione «pratica» della norma rappresenti, in linea speculativa, quanto di meno preciso e di meno rigoroso si possa immaginare; e che il significato di quella «positività», divenuta oggi una specie di dogma per la maggior parte dei giuristi contemporanei, lungi dal corrispondere, nella logica immanente all'esperienza giuridica, alla c. d. attuabilità o ad altre peculiarità di carattere storico, di un complesso di norme di condotta, sia semplicemente un aspetto di quella *posizione logica*, che sola rende

* *Studi sul problema del diritto naturale*, Catania 1936.

possibile l'esperienza giuridica in senso proprio, consistente nell'assumere una norma o un complesso di norme come *criteri esclusivi di regolarità* in relazione ad una o più attività pratiche[1].

2. Posizione logico-intellettualistica, che, mantenuta nei propri limiti, non si rivela antistorica, ma essenzialmente *astorica*. Vero è che, con l'insistere sul criterio della positività del diritto, la maggior parte della Giurisprudenza moderna non ha tanto inteso esprimere il punto di vista da cui scaturisce il criterio fondamentale della qualificazione giuridica, quanto accentuare un motivo polemico contro il giusnaturalismo, ritenendo, in sostanza, che tale polemica rispondesse ad un principio di assoluto rispetto e di perfetta «aderenza alla realtà storica»: mentre il miglior modo di rispettare la storia, per i cultori di una scienza naturalistica come la Giurisprudenza, non può consistere che nella critica consapevolezza della radicale diversità che intercede tra l'indagine puramente storiografica e il procedimento astrattivo delle scienze naturalistiche. Ma ciò non deve fare grande meraviglia, data la posizione ingenuamente realistica da cui si prendevano spesso le mosse.

Ridotto il significato intimo della positività del diritto, dall'originario tono e sapore storicistico, ad una posizione logico-intellettualistica – il significato fondamentale di *esclusività* –; battuta in breccia la tradizionale teoria che identifica tutto il diritto con i sistemi di norme statuali, e messo in luce il carattere astorico e formalistico di ogni «giuridicità positiva», l'impostazione del problema del diritto naturale deve necessariamente acquistare una fisionomia diversa da quella che aveva sotto il dominio di quei tradizionali criteri.

Si può dire, anzitutto, che, data la impossibilità di prescindere, in sede di critica gnoseologica della Giurisprudenza, da quell'unico senso che può avere l'espressione «norma giuridica» nell'ambito della scienza giuridica, ogni diritto «positivo» non può più essere opposto senz'altro al diritto «naturale» come la storia all'antistoria. Tale opposizione può essere ripresentata in un ordine di idee del tutto diverso, quando, cioè, si abbandonino quei presupposti che stanno alla base del concetto della «giuridicità positiva» nell'ambito della scienza giuridica e si guardi storicamente la norma, sia come eventuale azione di un *legis lator*, sia in quanto elemento di quella necessità di cui ha bisogno il processo spirituale dell'azione per potersi affermare come Libertà.

[1] Specialmente nello studio su *La positività del diritto e il valore pratico della norma in condotta*, Modena, 1930 *[qui a pag. 219 e segg., n.d.c.]*.

In secondo luogo, però, bisogna riconoscere apertamente e senza ipocrisie come una simile concezione della positività del diritto confermi e giustifichi la radicale improponibilità di ogni tentativo mirante a far valere, nell'ambito delle indagini giuridiche, delle «costruzioni dogmatiche» – *che presuppongono, logicamente, esaurito il procedimento d'interpretazione delle norme* «*positive*» – criteri e disposizioni desunti da norme che non facciano parte del complesso sulla cui base si compie l'indagine e la costruzione: il che significa, in definitiva, una barriera formalmente insuperabile per ogni criterio più o meno esplicitamente giusnaturalistico. Si badi per altro che a simile conclusione si è pervenuti anche da parte di autorevoli sostenitori del giusnaturalismo.

3. Con ciò per altro, il problema del diritto naturale non si può dire nemmeno sfiorato, nel senso che, una volta dimostrata la validità logica di un diritto naturale come «specie» del genere diritto, si potrebbe senza scandolo per la logica, parlare di una «positività» del diritto naturale medesimo. Il problema, infatti, è qui: vedere se sia ammissibile un criterio assoluto di valutazione, applicabile a qualsiasi complesso di norme postulabili come norme giuridiche, e che rappresenti, nel contempo, una specie del genere diritto, qualcosa cioè che abbia in sé i caratteri formali della giuridicità ma con un contenuto eterno ed immutabile.

Basta porre il problema in questi termini per vedere quanto sia infido, in linea speculativa, parlare di un criterio assoluto, eterno ed immutabile, ma che appartenga al contempo ad un *genus* la cui autonomia concettuale sorge e non può sorgere che nell'ambito intellettualistico. Di una cosa, infatti, si può essere tranquilli: e cioè che, eliminati i presupposti di carattere intellettualistico che sorreggono il concetto del diritto, e trasferito questo in un campo diverso da quello in cui viene alla luce, di tutto si potrà parlare, tranne che di diritto in senso proprio e rigoroso. Si tolga la distinzione – *relativa* – in cui l'intellettualismo proietta, diremmo quasi capovolta, la *relazione assoluta* di teoria e di *praxis*, di pensiero e di azione: si tolga, in altri termini, la distinzione tra attività teoretica ed attività pratica: si tolga, infine, l'opposizione logica tra legge e fine: eliminati questi presupposti, di tutto si potrà parlare tranne che di diritto in senso proprio e rigoroso. Come potrebbe accadere diversamente, del resto, quando si ammette che vi sia una scienza del diritto, la quale sarebbe tutto tranne che una scienza, ove non si fondasse sul presupposto – non criticamente elaborato, s'intende – della realtà come mero oggetto?

4. E non solo. A parte la difficoltà di dare una vera e propria soluzione speculativa ad un problema che verte sulla validità di una distinzione di *species* in seno ad un genere, ammessa per un momento l'ipotesi di un diritto naturale come specie del genere diritto, resterebbe poi da spiegare in che senso e in che modo una specie possa disimpegnare, nell'ambito di un genere, le funzioni di criterio valutativo, di ideale di perfezione, di «dover essere» rispetto a tutte le altre specie. Se si ammette che ciascuna specie adegui perfettamente i caratteri formali che determinano il genere, la perfezione di una specie, il suo valore, cioè, di «dover essere» rispetto a tutte le altre possibili specie dovrà essere cercato nel suo *contenuto*: ma il guaio è che un «dover essere», un ideale di perfezione, un criterio di valutazione che sia solo contenuto e non anche «forma» è impensabile. Di perfezione, allora, potrà parlarsi – per restare nell'ambito dei generi e delle specie – solo dal *punto di vista* determinato da un genere del tutto diverso da quello cui appartiene *l'obiectum* della valutazione. Il che significa che anche ad accogliere l'esigenza di un criterio di valutazione, di un dover essere che rimanga ben distinto dalla forma logica del diritto, tale criterio di valutazione non potrà mai essere determinato da una specie del genere diritto.

II.

5. A migliore riprova del nostro assunto, sarà opportuno prendere in attento esame lo sforzo più notevole che sia stato compiuto in questi ultimi tempi per dare una solida base alla concezione di un diritto naturale che sia criterio di valutazione assoluto di ogni possibile «diritto positivo» e al contempo adegui perfettamente i caratteri formali della giuridicità; e precisamente la teoria svolta con grande calore dal Del Vecchio.

Il Del Vecchio ha avuto certamente buon giuoco nell'osservare, contro le negazioni più o meno pseudo-storicistiche del diritto naturale, fondate sulla pretesa attuazione o attuabilità storica del diritto «positivo», (concetto da noi confutato nel saggio sopra ricordato), che, a rigor di logica, una massima giuridica non attuata, non è per nulla meno giuridica di un'altra che sia stata attuata. Il suo pensiero, per altro, è passato attraverso due fasi che a prima vista possono anche sembrare identiche, mentre in realtà, se identica è la conclusione, il ragionamento è notevolmente diverso. Nella prima fase del suo pensiero, il Del Vecchio, era partito dal principio che una cosa fosse il concetto ed un'altra l'ideale del diritto, aveva posto una radicale separazione tra nozione logica e criterio deontologico

del diritto, che finiva in sostanza col risolversi in una distinzione relativa tra fatto e valore. «Per una sua proprietà puramente formale», egli aveva osservato, «il diritto si pone nella categoria dei valori». (*Conc. del dir.* pag. 44). Ma non ogni diritto resta sempre ed in ogni caso un valore. Stabilito che... il *fatto* non è per sé stesso autorevole di fronte al diritto, anzi gli è subordinato per sua natura, ci si apre l'adito a un'osservazione importante. Il diritto positivo, in quanto tale, è pur esso un fatto; la statuizione delle norme giuridiche per legge o anche per consuetudine avviene per opera degli uomini. Quindi è che anche il diritto positivo è sottoponibile ad un criterio giuridico: o, per dir la cosa più esattamente, alla ragione è sempre possibile di istituire sul diritto positivo un giudizio analogo a quello che il diritto medesimo istituisce sopra le azioni in genere. Le norme vigenti non sono *necessariamente giuste*; il problema della giustizia si presenta anche rispetto ad esse, che, per il fatto di essere vigenti, non sono assolutamente *giustificate* (*Ibid*., pag. 51).

Questo significa, come già abbiamo osservato, che la distinzione tra fatto e valore non è, qui, *relazione assoluta*, ma una distinzione relativa: ciò che appare come valore da un certo punto di vista, precipita al livello di fatto da un altro; nel che è ancora una conferma del terreno intellettualistico sul quale è impostata la discussione. Ma vi è anche la conferma che in tal modo, l'appartenenza del criterio valutativo al genere diritto comincia ad apparire assai problematica, in quanto alcune specie, per essere valutate da un'altra, debbono precipitare al livello di fatti e perdere quella ch'era una loro caratteristica in quanto specie del genere, e cioè la loro qualità di criteri di valutazione. Fin da questo momento, quindi si potrebbe opporre il dilemma: o la qualità di criterio di valutazione è essenziale, o meglio, costituisce una nota indefettibile del concetto del diritto, e allora è chiaro che, tutte le volte in cui una specie perde tale qualità, essa fuoriesca dal genere: la sola possibilità di una simile *deminutio* determina una imperfezione, non dal punto di vista deontologico, ma principalmente dal punto di vista logico. Oppure, la qualità di criterio valutativo è una nota secondaria e non essenziale del concetto del diritto, che può essere perciò pensato indipendentemente da tale qualità, e allora quella pretesa specie che dovrebbe fungere da criterio valutativo, fuoriesce logicamente dal genere: in tanto essa potrà avere una propria autonomia concettuale – che non può mancarle se criterio logico e criterio deontologico sono perfettamente distinti – in quanto venga assunta non come una *species* sopraordinata e pur tuttavia identica alle altre, bensì come un criterio assolutamente *sui generis*.

6. È questo il difetto logico iniziale che il Del Vecchio ha conservato, pur con i più notevoli sforzi per correggerlo, nella successiva elaborazione del proprio giusnaturalismo. Nel determinare il concetto della natura come principio (valutativo) del diritto, distinti due significati diversi della parola natura, uno fisico ed un altro, invece, metafisico, egli si esprime così nei riguardi del secondo: «La natura di alcunché è, in questo senso, il tipo o il segno della sua perfezione, ciò che ogni individuo o caso particolare *ha da essere* per corrispondere all'intenzione finale della sua specie». (*Il conc. della natura e il princ. del diritto*, 2ª ed. pag. 53). La specie che costituisce il criterio di perfezione del diritto si chiama diritto naturale perché fondata sulla natura – nel senso metafisico – dell'uomo: Come *condizione obiettiva dell'Etica*, (né altrimenti potrebbe annunciarsi un diritto) v'ha una prerogativa inviolabile della persona, una pretensione valida ed esperibile universalmente da ognuno verso ogni altro; e v'ha pure, per questa stessa universalità della pretensione, l'obbligazione correlativa in ciascuno di rispettare quel limite, oltre il quale sarebbe legittima e giustificata l'opposizione dell'altra parte. In questo inscindibile nesso, in questa correlazione essenzialmente bilaterale e *transubbiettiva* si rivela precisamente il carattere peculiare della determinazione giuridica. Il diritto ha pertanto il suo principio nella natura o essenza dell'uomo, così come la morale; ma si distingue da questa, e costituisce una forma specifica di valutazione e determinazione dell'operare, per l'*oggettività del rapporto* nel quale esso pone e consacra il carattere assoluto della persona. La possibilità, naturalmente propria dell'uomo, di rifarsi all'ordine soprasensibile, attingendo alla sua coscienza di ente assoluto la ragione delle sue deliberazioni, possibilità nella quale abbiamo riconosciuto la base dell'Etica in generale, acquista un significato specificamente *giuridico*, da che si assume quale criterio e cardine delle relazioni di convivenza. In questo senso si pone allora la massima che ogni uomo può, solo perché tale, pretendere di non essere costretto ad accettare con altri un rapporto che non dipenda anche dalla sua determinazione: può pretendere di non essere trattato da alcuno come se fosse soltanto un mezzo o un elemento del mondo sensibile; può esigere che sia rispettato da tutti come tenuto egli stesso a rispettare l'imperativo: non estendere l'arbitrio tuo sino ad imporlo ad altri, non voler a te sottomettere chi, per sua natura è soggetto solo a se stesso. Secondo questo principio, o idea limite, di un diritto proprio universalmente della persona, insito in essa e non esauribile mai in alcun rapporto concreto di convivenza, voglion essere misurati e costituiti tutti i rapporti sociali, così che ognuno di essi, qualunque ne sia la specie

particolare, rechi in sé l'impronta di quel diritto, supponga e implichi il riconoscimento di quella suprema *virtualità* dell'essere autonomo, rappresentandone in fatto un esercizio o una funzione (*Ibid*. pag. 84-85).

Tutto questo[2] «vale come criterio per estimare il *grado specifico di verità* delle proposizioni giuridiche (siano o no positive) cioè la *giustizia del loro intrinseco contenuto* (questa sottolineatura è nostra): fermo restando in ogni caso il carattere formale della *giuridicità* il quale fa sì ch'esse siano considerabili a questa stregua» (pag. 162-163). Tale, perciò è il criterio deontologico del diritto: e si commette un grave errore quando «si imputa a un diritto che vuole essenzialmente come criterio sopra i fenomeni, di non apparire come dato dell'esperienza», quando «si nega *a priori*, implicitamente, la qualità di diritto a ciò che non ha effettuazione storica, supponendo così a guisa di postulato appunto quello che si intende dimostrare».

In altri termini, il diritto naturale è quello che accoglie il principio del rispetto assoluto della personalità umana: qui sarebbe il criterio di valutazione di ogni diritto positivo.

Senonché, a parte la difficoltà di assegnare allo stesso genere una specie che presenta, rispetto alle altre, una non lieve inversione logica interna (mentre nel c.d. diritto positivo, la pretesa e l'obbligo procedono dalla norma, qui la pretesa e l'obbligo precedono in un certo senso la norma) è da osservare che, siccome l'applicazione del criterio deontologico porta ai predicati «giusto» e «ingiusto», ove s'identifichi il diritto naturale con la giustizia, bisognerà ammettere che la giustizia sia una specie del genere diritto: il che porta alla grave conseguenza di non poter parlare più *in linea assoluta*, di un diritto ingiusto, perché una simile antitesi tra due specie dello stesso genere sarebbe una intima ed insanabile contradizione. Oppure s'identifica la giustizia col contenuto del diritto naturale: ma in tal caso, mentre è chiaro che non una *species*, ma il contenuto di questa – cosa, come si vede, ben diversa – è il criterio di valutazione delle altre resta poi a chiarire come un dover essere che si chiami giustizia sia semplice contenuto e non forma, se è vero che si tratta di un criterio valutativo assoluto: perché se si tratta di qualcosa che può apparire ora come forma ed ora come contenuto, l'assolutezza del criterio di valutazione si elide automaticamente, dato che ci si viene a trovare nel campo del relativo.

[2] Che è di evidente e quasi letterale ispirazione kantiana.

7. Alcune di queste difficoltà non possono certamente essere sfuggite al Del Vecchio: tanto vero, che, nella più recente fase del suo pensiero, egli ha cercato di battere una strada alquanto diversa pur arrivando a conclusioni pressoché identiche.

Notevole è, anzitutto, il tentativo di concepire la nozione logico-formale e il criterio deontologico del diritto non più come due nozioni del tutto indipendenti l'una dall'altra, bensì come legate insieme da una «identità di radice» (*La Giustizia*, pag. 60). Codesta identità di radice sarebbe precisamente un momento della coscienza, l'idea dell'*alterità*, ossia della *posizione obiettiva* dell'io: v'ha una forma specifica della coscienza per la quale il soggetto si contrappone oggettivamente ad altri, e riconosce sé come appartenente ad un ordine di relazioni con altri; o, se così ci è lecito esprimerci, v'ha *una coscienza di sé in forma obiettiva, in cui la subiettività si proietta in una coordinazione*» (*ibid.*, pag. 45). Nella posizione obiettiva della subiettività e nella coordinazione intersubiettiva che ne consegue, sarebbe da ravvisare l'essenza della giustizia (*ibid.*, pag. 46): da questo punto di vista, la nozione formale della giustizia è tutt'uno col concetto del diritto, dal Del Vecchio già definito altrove come «la coordinazione delle azioni possibili tra più soggetti secondo un criterio etico che la determina, escludendone l'impedimento». La nozione della giustizia, colta e definita precisamente nei suoi elementi costitutivi deve, «per la sua natura formale ossia universale» comprendere «tutti i possibili casi dell'esperienza giuridica, rimanendo una ed immutabile (*adiafora*) in confronto del suo molteplice e mutevole contenuto» (*ibid.*, pag. 58). Secondo questa direttiva può e deve costruirsi una *teoria pura della giuridicità* nella quale le nozioni formali del rapporto giuridico, del diritto in senso subiettivo, etc., e le altre logicamente connesse, debbon trovare un'adeguata deduzione ed esplicazione in un ordine sistematico (pag. 60).

Ma, continua il Del Vecchio, «da ciò che questa ricerca è razionalmente legittima, non segue per altro che essa sia la sola possibile; non segue, in ispecie, che il nostro spirito si appaghi di riconoscere gli elementi comuni di ogni possibile esperienza giuridica, e sia incapace di stabilire tra i vari dati, secondo un proprio principio, una graduazione e una gerarchia di valori. Se ben guardiamo, un tale principio è, anzi, implicito in quella stessa vocazione del nostro essere, che si annuncia in noi, quale motivo di conoscenza e insieme di azione, quale idea e sentimento ad un tempo. Quello stesso fondamentale motivo della coscienza (il superamento dell'individualità, l'atteggiamento transubiettivo e metegoistico, la proiezione dell'io sotto la specie dell'altro), costituisce anche il fulcro di un'esigenza assoluta, che

in quella forma può essere più o meno avverata, ma che conserva tuttavia il suo valor di esigenza e di criterio ideale, oltre ogni empirico avverarsi: e che ha pure, per eccellenza, il nome di giustizia» (pag. 60). L'elemento di trascendenza che la nozione della giustizia porta con sé, non si risolve, insomma soltanto nell'universalità della forma logica, ma vale anche a costituire «il criterio d'ultima istanza e il paradigma ideale rispetto ad ogni suo possibile contenuto» (pag. 61). Questo criterio e paradigma ideale della giustizia non può consistere in altro che nel riconoscimento integrale della personalità di ciascuno, riguardata obbiettivamente (e cioè fuori del soggetto medesimo) nel suo carattere intelligibile vale a dire come entità assoluta ed autonoma. Un tal riconoscimento, appunto per la sua natura obiettiva (o *transubiettiva*) implica sempre un superamento della coscienza particolare o «egoistica»; poiché solo nella sfera più elevata (trascendentale) della coscienza è possibile l'*equazione ideale* tra il *sé* e *l'altro*» (pag. 61).

Anche secondo il concetto formale della giustizia, continua il Del Vecchio, «vi ha necessariamente un riconoscimento reciproco di più soggetti: ogni proposizione giuridica implica una relazione intersubiettiva (*sub specie alteritatis*). Ma, mentre la nozione formale ammette nel proprio àmbito una innumerevole serie di gradi ed una infinita varietà di figure di tale specie, anche stravaganti e contrastanti tra loro... il criterio ideale della giustizia si traduce in un'esigenza categoricamente determinata, che non si appaga di una relazione intersubiettiva qualsiasi, fondata sopra un riconoscimento anche parziale, difettoso o aberrante, sottoposto cioè a limitazioni e devozioni empiriche e contingenti; bensì impone il riconoscimento uguale e perfetto, secondo la pura ragione, della qualità di persona, *in sé come in tutti gli altri*, e per tutte le possibili interferenze tra più soggetti (pag. 62).

Lo sforzo, come abbiamo già detto, è veramente notevole: ma si sono corretti i difetti fondamentali della posizione? A nostro modesto avviso, tali difetti sono stati aggravati.

Non ci vuol molto a convincersi che quella giustizia formale (o, se vuolsi, formalistica) in cui il Del Vecchio fa consistere il diritto, è una cosa assolutamente diversa da quella giustizia sostanziale, di cui nelle ultime pagine egli parla con tanto calore. La prima presuppone, sì, la molteplicità dei soggetti, ma come molteplicità spaziale e temporale: è oggettività, è realtà esteriore, non è quella realtà intima al soggetto concreto in cui ha luogo la seconda; la prima può essere degradata a mero fatto, la seconda non può esserlo mai. Sono due entità concettuali del tutto eterogenee. Né si parli della «nota comune» della bilateralità perché – prescindendo da ogni critica al c. d. carattere della bilateralità che ci sembra un grosso

equivoco regalato dai giuristi alla filosofia del diritto – la bilateralità del c. d. rapporto giuridico non ha nulla da vedere – essendone, nella migliore ipotesi, una proiezione capovolta – con quella «equazione ideale tra sé e l'altro» che avrebbe luogo «nella sfera trascendentale della coscienza». La prima è il diritto in senso proprio e rigoroso, la seconda è il Bene, ossia la Moralità.

Che cosa potrebbe significare, infatti, in termini di diritto, quel superamento della coscienza particolare o «egoistica» se la giustizia assoluta di cui parla il D. V. fosse veramente specie del genere diritto (diciamo sempre «genere» perché un universale che non sia l'universale, e che se ne stia in compagnia di altri universali, è proprio quello che la vecchia logica formale chiamava genere)? Il D. V. molto abilmente non parla di altruismo: ma un «metegoismo» che non sia altruismo è un po' difficile a concepirsi come qualcosa che possa distinguersi da un principio etico – di quell'Etica, però, che giustamente è stata detta Etica materiale – o, per essere più chiari (data la tendenza ad accomunare morale e diritto sotto questa denominazione), – principio morale in senso vero e proprio.

III.

8. Ecco perché, come abbiamo detto, il criterio valutativo del diritto, tutto potrà costituire tranne che una specie del genere diritto: concetto del resto tutt'altro che nuovo, ma che certamente valeva la pena di riaffermare contro una concezione speculativamente agguerrita del diritto naturale come quella del Del Vecchio.

E non si dica che una simile negazione del diritto naturale costituisca una supina adorazione del fatto o il culto aprioristico della storia: e che si voglia con questo rinunciare ad opporre un qualsivoglia ideale a ciò che il diritto presenti di iniquo e d'irrazionale. Tutt'altro.

Notisi, in primo luogo, che ad una supina adorazione del fatto e al preteso culto aprioristico della storia si perverrebbe certamente qualora si negasse la legittimità di ogni *critica* delle cosidette norme giuridiche positive. In realtà, anche a prescindere dalle critiche che, in sostanza, partono da una considerazione astrattamente teleologica delle norme – ossia concependole come mezzi e quindi esaminandole nella loro attitudine di conseguire certi scopi – l'idea della *critica etica* del diritto non solo non può essere chiamata illegittima, ma deve dirsi addirittura una vera e propria esigenza della ragione.

Il concetto che qui si vuol sostenere non è la negazione di ogni

criterio deontologico in generale: è la negazione di uno specifico criterio deontologico del diritto, che, per il fatto stesso di applicarsi su un astratto – in quanto diritto in senso proprio e rigoroso – non potrebbe esser altro che una chimera. *Non vi sono molti problemi deontologici, ma un sol problema deontologico, il problema cioè del* Dovere, della Moralità, problema veramente speculativo perché universale – e di una universalità che non è mera generalità.

Ciò significa soprattutto che il problema del diritto naturale non dev'essere impostato come ricerca di un ipotetico genere che serva da modello ad ogni sistema di norme postulabile come sistema di norme giuridiche: sarebbe lo stesso che porre, più che una «mèta» – come si dice talvolta con elegante eufemismo – un vero e proprio termine alla storia. Con questo, che non è di poco rilievo, e cioè che il giorno in cui si assumesse realizzato il presunto modello, sarebbe esaurita ogni possibilità di critica; press'a poco come il rivoluzionario che, instaurato l'ordinamento creduto, nel fervore della lotta, la panacea di tutti i mali dell'umanità, diventa un fanatico adoratore del fatto compiuto e digrigna i denti contro chi vorrebbe mettere in discussione la bontà del suo ordinamento.

In realtà, ciò che vi è di veramente razionale non è il diritto positivo *ut sic* o il diritto naturale: la razionalità è solamente nella *critica*. La razionalità non è nell'avvenimento storico in quanto tale, o nel criterio che gli si contrappone: la vera, la profonda razionalità è appunto nella critica che non è mera esaltazione o mera denigrazione, ma la discussione serena dei problemi che la realtà storica impone, con la consapevole intenzione di non servire una causa particolare, ma la causa stessa dell'universale. E se per «diritto naturale» s'intende la critica della legge, in questo senso – ma in questo senso soltanto – si può parlare di eternità del diritto naturale.

11.
LIMITI TRA FORMALISMO E DOMMATICA NELLE FIGURE DI QUALIFICAZIONE GIURIDICA

PREFAZIONE

Le osservazioni contenute in questo saggio non hanno la pretesa di sviscerare gli argomenti toccati: mi auguro, però, che possano costituire una base di discussione. So bene che indagini come queste rischiano di apparire "troppo filosofiche" ai giuristi e troppo viziate da empirismo ad alcuni filosofi del diritto: il che non è certamente una consolazione per chi si sia proposto di eliminare dal campo della filosofia giuridica le mescolanze «a dosi variabili» di filosofia e di dommatica!

Un simile intento importa, e in maniera che non esito a dire inderogabile, che il cultore della filosofia del diritto, si sia posto in grado di sentire come giurista i problemi delle discipline giuridiche: altrimenti si fa del vuoto dilettantismo, e si dà l'impressione del cieco nato che discuta di colori. Di questa sensibilità – se non è una mia illusione – io sono debitore, prima di tutto agli studi iniziati – sono ormai vent'anni – nell'Università di Pisa.

Al Prof. Santi Romano, che con angelica pazienza sopportò le esuberanze dello studente allora troppo corrivo all'ipercritica, educandone la mente al ragionamento giuridico, sono dedicate queste pagine, modesto segno di profonda devozione e di gratitudine imperitura

A. E. C.

---

* *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, Catania, 1936.

CAPO I
Il formalismo giuridico e i problemi della teoria generale del diritto

1. Le presenti indagini si ricollegano a quelle già svolte in alcuni saggi su diversi argomenti, ma vertenti tutti sulle nozioni fondamentali del formalismo giuridico[1]. A tal riguardo, per evitare qualche equivoco sull'indole di indagini siffatte, non saranno inopportuni alcuni chiarimenti preliminari.

L'analisi del formalismo giuridico sembra coincidere in tutto con alcuni problemi di quella teoria generale del diritto che, se non è riuscita certamente ad effettuare il programma affidatole dai suoi primi corifei, quello cioè di soppiantare la "metafisica" filosofia del diritto – in questi ultimi tempi, anzi, la tendenza a riassorbire la teoria generale su detta nell'orbita della filosofia del diritto si è notevolmente accentuata[2] – ha reso più acuto il bisogno da cui, in sostanza, era venuta alla luce: l'esigenza, cioè, di alcune nozioni in cui l'elemento logico del sapere giuridico apparisse scevro da qualsiasi elemento di carattere storico. E, insodisfatti di quanto avesse ed abbia potuto dare la filosofia del diritto a tal riguardo, non sono mancati i giuristi che hanno creduto di poter procedere all'attuazione del còmpito, dichiarando di non volersi occupare e preoccupare di questioni e nozioni filosofiche, ed assegnando a tali loro ricerche un carattere "scientifico".

---

[1] *Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici,* Catania, 1926; *Sul fondamento del principio «ignorantia juris non excusat»* in *Riv. int. di filos. del diritto,* 1928, pag. 327 e seg. *Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica,* Tolentino 1929; *Sulla c.d. coattività delle norme giuridiche,* Milano 1932 *[qui tutte pubblicate, n.d.c.]*.

[2] Per le più recenti discussioni del problema, in Italia, (ma v. a. Ravà, *Per una dottrina gen. del diritto,* Roma, 1911: Di Carlo, *Teoria pura e teoria empirica del diritto,* Palermo 1912; Levi [Ales.], *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico,* Bologna, 1920, Cap. I.) cfr. Falchi, *La teoria del diritto nel sistema della filosofia giuridica,* Cagliari, 1926, *passim,* spec. pag. 87 e segg.; Cicala, *Per la teoria generale del diritto,* in *Riv. int. di filos. del dir.,* 1926, pag. 37 e seg.; Cesarini Sforza, *Lezioni di teoria generale del diritto,* (2a ed.) Bologna 1930, pag. 1-15; Donati, *Fondazione della Scienza del diritto,* Padova, 1931, pag. 79 e e seg.; Levi, *Istituzioni di teoria generale del diritto,* Padova, 1934, 1, pag. 36-55 (dove la t. g. del diritto è identificata con la critica della dommatica).
Limito al minimo le annotazioni bibliografiche, trattandosi di questioni note e vessate; la stessa avvertenza debbo fare anche per la parte che si riferisce alla teoria del rapporto e delle figure di qualificazione giuridica, la cui bibliografia completa richiederebbe ormai un volume a parte.

Che, muovendoci su questo terreno, si possano offrire delle interessanti ricostruzioni dommatiche del contenuto dispositivo di uno o più sistemi di norme giuridiche, non è certamente da contestare: è da contestare, invece, e nella maniera più recisa, che l'astrazione generalizzatrice possa da sola attingere il limite tra elementi logici ed elementi storici del sapere giuridico.

Qui è bene intendersi con chiarezza: sarebbe assurdo voler contestare ai giuristi la legittimità della loro tendenza ad appagarsi di ricostruzioni di "alta dommatica": è il loro diritto. Quando, però, alle nozioni elaborate solo in base all'astrazione generalizzatrice, che impoverisce l'elemento storico, ma che non può sapere mai se esso sia o no veramente scomparso, si voglia dare il significato e la funzione di "costanti invariabili" dell'esperienza giuridica, è da rispondere chiaro e tondo che non si tratta più, allora, di un problema dommatico, ma di una questione gnoseologica, cioè speculativa: e che non basta, in tal caso, aver presenti alla memoria un gran numero di nozioni giuridiche e di statuizioni legali per stabilire con precisione il punto in cui cessi la variabilità storica e ci si trovi in presenza di una costante sottraentesi ad ogni variazione. Qui l'astrazione generalizzatrice non può dirci nulla: e, se può essere efficace una metafora mutuata alla meccanica, deve osservarsi che l'astrazione generalizzatrice è un movimento centrifugo, mentre l'indagine critico gnoseologica costituisce rispetto a tale astrazione, un movimento centripeto. Detto in termini ancora più chiari, le c.d. costanti invariabili, se esistono, debbono essere tutte quante determinate nel criterio medesimo con il quale si determina la qualificazione fondamentale dei "fatti investiti" del predicato della giuridicità: occorre dunque puntare sul centro, e perciò sull'analisi di tale criterio, invece che aggirarsi per la periferia, generalizzando e ricostruendo dalle costruzioni e classificazioni di cui quei "fatti" hanno offerto il materiale.

2. Ma sulle c.d. questioni di metodo è pericoloso indugiare, perché esse fanno dimenticare quasi sempre quanto di interesse e di inconfondibile *forma mentis* individuale animi ogni ricerca, vuoi scientifica, vuoi filosofica. È meglio inoltrarsi subito nella questione di merito. E se di una enunciazione che abbia un certo sapore metodologico non si voglia esonerare lo scrivente, tale enunciazione può essere offerta da una metafora attinta al dominio delle discipline giuridiche: si tratta, può dirsi, di un'*actio finium regundorum* tra la dommatica e il formalismo giuridico.

Posto così il problema, ogni discussione, diretta a dimostrare l'indole speculativa di queste indagini, diventa superflua: come è quasi superfluo

aggiungere che la teoria generale del diritto può ritenersi storicamente un elemento "rivelatore" dell'esigenza che cerca appagamento nelle dette indagini: e che non vi è bisogno di dimostrare, quindi, come la teoria generale del diritto, posta a cavallo, per così dire, tra la scienza giuridica e la filosofia del diritto, in una posizione analoga a quella avuta per molti anni dalla c.d. enciclopedia giuridica[3], e perciò obbligata a soverchiare in generalità la scienza giuridica, e a farsi soverchiare in universalità dalla filosofia, rischierebbe di consolidare e di legittimare quei sincretismi gnoseologici dei quali è composta in buona parte la storia della nostra disciplina[4].

3. L'interesse che sta alla base di una siffatta – per continuare la metafora – *actio finium regundorum* è, dunque, schiettamente speculativo: e sotto un tal profilo l'utilità, ossia, per essere più esatti, l'importanza di una esatta rappresentazione dei punti oltre i quali cessa la validità delle costruzioni dommatiche, e che possono risolversi in punti di consapevole orientamento per i giuristi, è un semplice riflesso secondario che non incide assolutamente sulla verità delle nozioni cui si approdi. Ciò vuol dire, però, che il riconoscimento della necessità, e quindi della validità,

[3] Sull'argomento, v. Falchi, *La teoria del diritto nel sistema della filosofia giur.,* cit. pag. 163 e seg. Ma non è senza interesse ricordare (oltre quanto ricorda ben a proposito, il F. nella nota a pag. 104) che il Merkel compose una – ancor oggi consultata – *Juristische Enzyclopädie* (7'ed., Berlin, 1920) la cui parte introduttiva s'intitola appunto: *Allgemeine Rechtslehre.*

[4] Questa obiezione non può essere certamente rivolta a coloro che come p. es. il Levi, *opp. citt*., *passim*, concepiscono la teoria generale del diritto come critica gnoseologica della «conoscenza dommatica del diritto» (io direi senz'altro: della Giurisprudenza). Credo doveroso ricordare qui la chiarezza e la instancabilità del Levi, (a cominciare dal 1914 con i suoi *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico*) nell'assegnare alla filosofia del diritto una funzione di critica gnoseologica del pensiero giuridico (su ciò v. a. Cesarini Sforza, *Problemi dominanti dell'odierna filosofia del diritto*, in *Riv. int. di filos. del dir*., 1932, fasc. II, pag. 188 e seg.). D'altra parte debbo confessare con uguale franchezza che negli sviluppi offerti dal Levi nelle sue cit. *Istituzioni* mi sembra di vedere un'*alta dommatica* sovrapposta ad una critica gnoseologica: molti fra i problemi affrontati dal Levi sono schietti problemi di diritto positivo, suscettibili di soluzioni diverse a seconda dei vari sistemi normativi. Una tendenza analoga, pur con una propria personalità, mostra il Giacomazzi nei suoi – del resto pregevoli – *Problemi fondamentali del diritto*, Palermo, 1935; dove, se non m'inganno, l'interesse speculativo si lascia soverchiare più di una volta da quello per le costruzioni dommatiche; da ciò un distacco netto fra problemi puramente filosofici e problemi di «diritto positivo», che non è certo un male, perché evita molte confusioni, ma d'altra parte lascia intravedere un accostamento estrinseco di problemi d'indole diversa.

di tali nozioni, implica *eo ipso* il superamento della scienza giuridica: alla quale (ciò potrebbe sembrare un paradosso, ma non lo è) queste nozioni non possono dirsi indispensabili, non perché i suoi cultori siano nella impossibilità di comprenderle e di adoperarle, ma per il semplice motivo che inconsapevolmente, i giuristi le hanno sempre posseduto ed "applicato" non appena si è cominciato a ragionare *sub specie iuris*.

Se col solito procedimento dell'astrazione generalizzatrice, la Giurisprudenza ha cercato invano (e i filosofi che hanno cercato di venirle in aiuto, infilato il medesimo viottolo, non potevano far meglio) di stabilire con esattezza la propria legge fondamentale, ossia il criterio delimitante l'àmbito delle sue costruzioni, senza che ciò ne arrestasse il divenire: alla stesso modo, nessun vero intralcio le è venuto dalla mancata consapevolezza esplicita delle nozioni del formalismo giuridico: perché tale consapevolezza ha valore e significato critico-gnoseologico, mentre la scienza giuridica sorge e si sviluppa sul "dato" (in realtà costruendolo incessantemente), sicché, non appena questo venga in discussione, è inevitabile che si debba trascendere la mera posizione scientifica. Un riconoscimento come questo può sembrare, per lo meno, strano da parte di un cultore della filosofia del diritto, appunto perché invece di diagnosticare gravi malanni per la scienza giuridica e promettere rimedi d'infallibile efficacia terapeutica, non esita a dichiarare che le pretese deficienze nozionali della Giurisprudenza non esistono che come problemi speculativi da risolvere in sede speculativa.

E con ciò, si badi bene, non s'intende accusare di cerretanismo – tutt'altro! – studiosi la cui probità mentale non può venire assolutamente in discussione e nei quali, invece, è chiaramente visibile un impulso addirittura generoso: generoso, perché in sostanza, specialmente dai contemporanei, si è cercato di venire in soccorso a quei giuristi che invocavano l'elaborazione di "nozioni generali" onde meglio orientarsi tra le difficoltà suscitate da alcuni problemi d'indole dommatica. Ma così, scambiando tali sollecitazioni per malattie o deficienze della scienza giuridica, si è involontariamente dimenticato quanto influisca, anche nelle indagini scientifiche, il *temperamento*, inconfondibile e irriproducibile, dei singoli studiosi dai quali sembravano o sembrano provenire le invocazioni di soccorso: diciamo "sembravano" perché in effetti nessun giurista si è mai rifiutato di risolvere una questione dommatica rinviandone la soluzione al momento in cui sarebbe pervenuto in possesso delle auspicate nozioni generali; e quasi tutti, in definitiva, hanno praticamente negato alla filosofia del diritto (mi si consenta il paragone) l'esclusiva nella fornitura di tali nozioni.

4. Dunque – potrà obiettarsi – le deficienze lamentate dagli stessi giuristi non sarebbero altro che il frutto di una illusione in cui i giuristi medesimi avrebbero inconsapevolmente tentato di trascinare i cultori della filosofia del diritto?

Anche a tal riguardo è necessario essere espliciti. Non bisogna dimenticare, anzitutto, che le deficienze lamentate in sede di "parte generale" di questa o di quella disciplina giuridica non sono nate da un vero e proprio bisogno speculativo, ma da esigenze puramente contingenti: si trattava e si tratta di ben altro che di nostalgiche invocazioni a quella che è stata storicamente la madre di tutte le scienze, ossia alla filosofia. In secondo luogo, solo quando si ammetta che tra la filosofia e le scienze interceda una semplice differenza nel grado di astrattezza (concezione che oggi va perdendo sempre più terreno) può seriamente e con tutta coerenza sostenersi che la filosofia, in veste di filosofia del diritto, debba venire in soccorso, elaborando, direi quasi su ricetta, nozioni atte a cavar dall'imbroglio i giuristi nelle loro costruzioni dommatiche: ma, chi abbia superato un tal criterio, dovrà pur convenire che la filosofia, se vorrà evitare ogni sincretismo gnoseologico, dovrà guardarsi dall'intervenire nel merito di problemi sorti su un terreno che non è, logicamente, quello dei suoi problemi: e che è una illusione pensare che si possano far tacere alcune discussioni, trapiantandole dal terreno scientifico in quello speculativo. A quell'impulso che non si è esitato a definire come generoso, si accompagna talvolta la convinzione, e stavo per dire la fede, che un giorno possano cessare i dissensi e le discussioni tra gli scienziati e che la filosofia debba prendersi senz'altro sulle spalle una sì grande missione: quel giorno, le scienze che non fossero più travagliate dai dissensi e dalle discussioni sarebbero scienze senza problemi, semplici documenti, cioè, di una fatica giunta al termine, e quindi tutto fuorché scienze vive e reali.

Ciò non significa assolutamente, per altro, che filosofia e scienze siano condannate a procedere a guisa di parallele, e quindi a non incontrarsi mai: si vuol dire soltanto che la filosofia non può agire *ab extra* sulle scienze offrendo loro formule da applicare (come possono fare, invece, sebbene entro certi limiti, le matematiche rispetto ad alcune scienze naturalistiche), perché una filosofia siffatta sarebbe solo la consacrazione di un ibridismo gnoseologico di assai discutibile efficacia e chiarezza. La filosofia, (come ogni altro elemento vivo e concreto di cultura) non può agire che *ab intra* – e sempre come filosofia determinata – in quanto cioè diventi fattore di formazione della *personalità* dei singoli studiosi: ma i problemi scientifici, se veri problemi, non hanno altro terreno di soluzione che quello in cui sono nati.

5. Ciò, in altre parole, vuol dire che l'unico vero soccorso che la filosofia possa dare agli scienziati in genere e ai giuristi in ispecie è sempre l'antico ed immortale: *in te ipsum redi*; sempreché, s'intende, si tratti d'interesse speculativo e non di contingenti esigenze di dommatica.

A tutto questo, però, sembra che debba farsi un'eccezione: ed un'eccezione che minaccia di inficiare alle basi il ragionamento fin qui svolto. Il concetto del diritto, si obbietterà, sopratutto se inteso come "legge fondamentale della Giurisprudenza" è problema che deve interessare i giuristi non meno dei filosofi del diritto: ed è anche indiscutibile che l'idea di un duplice concetto del diritto, uno valido in sede speculativa, l'altro a tutto uso e consumo dei giuristi, non resista alla critica più superficiale. E allora?

La difficoltà può sembrare a prima vista insormontabile. Ma la verità è che le questioni di rito, in filosofia, sono inscindibili dalle questioni di merito. Si può essere assolutamente certi, anzitutto, che le discussioni sul concetto del diritto con le quali si iniziano le trattazioni moderne di quasi tutte le discipline giuridiche e nelle quali alcune opinioni filosofiche vengono accettate o respinte, vertano propriamente... sul concetto del diritto? La domanda non è assurda come può sembrare: essere il concetto in parola il criterio di qualificazione che investe, per adoperare una espressione familiare agli scienziati e più consona alla loro posizione gnoseologica, un "settore della realtà" del predicato della giuridicità, dovrebbe implicare necessariamente l'immanenza di codesto criterio e quindi la tacita o esplicita riaffermazione di esso in tutte le proposizioni in cui tale predicato disimpegna, per così dire, il proprio ruolo. Ma basta guardare attentamente quel che si verifica non appena i giuristi si addentrano nel vivo dei problemi specifici delle loro discipline, per vedere come la opinione propugnata *in capite libri* sul concetto del diritto sia stata messa da parte: e che il pensiero del giurista si ricollega senza difficoltà di sorta ad un complesso di elaborazioni dottrinarie affacciatesi in epoche in cui era già molto se venivano premesse quelle famose proposizioni con cui si inizia il primo libro del Digesto: e non solo a queste, ma a concezioni che risalgono ai giuristi vissuti prima della codificazione giustinianea. Ciò è indizio che le costruzioni dei giuristi moderni non sono dominate da quelle definizioni che si leggono nelle prime pagine dei trattati, ma da un criterio immanente, delineatosi col sorgere stesso del pensiero giuridico.

Né ciò si verifica soltanto presso i giuristi. È ormai vecchia l'osservazione che la Fisica si è sviluppata senza una rigorosa elaborazione concettuale del concetto di "materia" e che le stesse matematiche non deducono certamente i loro teoremi da una rigorosa definizione del concetto di "quantità" e di

"numero". Si può dunque dire che nelle scienze il criterio di qualificazione, pur essendo alla base del sistema[5], è *presupposto*[6]: ed è presupposto, perché lo scienziato parte sempre dal "dato" di cui presuppone la realtà come qualcosa che non abbia alcun bisogno di dimostrazione. Sicché, mettere in luce il criterio di qualificazione che è immanente in tutte le proposizioni in cui si "articola" ogni sistemazione ed ogni discussione dei problemi di una scienza, vuol dire, in sostanza, dissolvere il dato in quanto tale, e ridurlo ad una determinazione di pensiero che è stata adottata ed applicata senza una precisa, esplicita consapevolezza, ma senza che ciò abbia ostacolato lo sviluppo storico dei problemi e delle loro soluzioni.

Ciò riconferma la tesi che il problema del concetto del diritto, in quanto problema speculativo, non possa risolversi col procedimento logico che devono adoperare i giuristi, ossia con l'astrazione generalizzatrice; se i giuristi hanno accettato di buon grado ed hanno innestato sul tronco delle loro costruzioni un procedimento che ben si confaceva con l'indole di tali costruzioni, è segno indiscutibile che quel procedimento non può avere validità speculativa. Il dato non si dissolve mediante una classificazione: e il consuetudinario catalogo di "caratteri differenziali" non è che la classificazione sviluppantesi in un *genus proximum* al quale viene affidata la funzione di rappresentare un dato sulla cui realtà non si discute. Non solo il problema speculativo, in siffatta posizione, è ancora al di là da venire; ma il criterio di qualificazione rimane sempre allo stato di presupposto.

6. Ho dimostrato altrove che la dottrina dei caratteri differenziali del diritto nasce da un procedimento di astrazione generalizzatrice che ha assunto come punto di partenza un tipo di sistemi di norme la cui giuridicità è stata ammessa a titolo di postulato. Ora, in questa posizione, è ovvio

[5] Del sistema, cioè, in cui tende ad organizzarsi ciascuna scienza: in questo senso si dice che il criterio di qualificazione costituisce la legge fondamentale di una scienza: appunto perché determina l'uniformità di tutti i fatti che vengono assunti come «oggetto» d'indagine.

[6] Ha già osservato il Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905, pag. 17: «La scienza del diritto potè formarsi in ogni sua parte *presupponendo* la conoscenza intuitiva e generica del suo oggetto»: ora, l'espressione «intuitiva», si presta a molteplici interpretazioni e, accoppiata a «generica» sembra dover significare approssimativa e «su per giù»; comunque, a prescindere da ogni questione *de verborum significatione*, un rilievo siffatto avrebbe dovuto condurre alla determinazione del concetto del diritto attraverso una critica gnoseologica del pensiero giuridico; e la critica (pag. 132) della «generalizzazione dell'esperienza giuridica» avrebbe dovuto liquidare la teoria dei caratteri differenziali, dalla quale la – giustamente – condannata generalizzazione traspare nitidamente.

che allargando o restringendo lo schema non si risolve mai il problema.... che è stato dato come già risoluto: e il problema si avvia alla soluzione soltanto quando ci si chieda – almeno – in che cosa consista propriamente la giuridicità postulata nel gruppo di norme che ha fornito il punto di partenza alla generalizzazione. Da questo punto di vista è evidente che aggiungere o sottrarre uno o più caratteri differenziali alla lista tradizionale, significa lasciare sempre insoluto il problema fondamentale: problema che è tale, intendiamoci bene, solo nell'àmbito speculativo e che al giurista non può interessare se non in quanto voglia rendersi consapevole dell'atteggiamento di pensiero *implicito* in ciò che ha assunto come "dato". Ma è indiscutibile che in tal modo il giurista trascende completamente l'àmbito della Giurisprudenza, per ciò stesso che, accingendosi a vagliare criticamente ciò che ha presupposto come una realtà sulla cui esistenza sia escluso ogni dubbio, ha fatto venir meno la piattaforma dell'atteggiamento scientifico.

Ma allora – si chiederà – da che cosa nasce l'attaccamento dei giuristi – della quasi totalità, se non proprio di tutti[7] – per la dottrina dei caratteri differenziali? Si tratta proprio di un ragionamento campato in aria?

Un siffatto attaccamento, senza che si possa parlare di ragionamento campato in aria, nasce, come vedremo, dall'influsso del vero concetto del diritto, ossia da quello che i giuristi hanno sempre "applicato" senza mai preoccuparsi di definirlo: che è precisamente il rapporto istituito tra una norma o un gruppo di norme e un contegno o una serie di contegni, vuoi effettuali, vuoi semplicemente eventuali: rapporto in cui il primo termine è assunto – nettamente quanto, spesso, inconsapevolmente – come *criterio esclusivo di regolarità* di fronte al secondo.

In siffatta posizione di pensiero, è chiaro come si sia messo completamente da parte quello che, senza bisogno di lunga riflessione, appare l'unico modo di considerare storicamente ogni norma ed ogni legislazione: ossia come elementi concreti di situazioni e di avvenimenti individualmente determinati ed irriducibili a tipi. In siffatta posizione, ancora, si prescinde dalla concomitanza effettiva di più norme in tali situazioni ed avvenimenti; si prescinde infine da ogni valutazione circa l'utilità, la bontà intrinseca, l'efficacia politica e via dicendo, della norma assunta come criterio esclusivo[8]. Così, la situazione reale in cui l'individuo

[7] Non di tutti, ripeto. Sintomatica è p. es., la diffidenza che traspare, al riguardo, dalle prime battute de *L'ordinamento giuridico* di S. Romano.

[8] All'obiezione, perciò, rivoltami dal Cesarini-Sforza (al quale sono assai grato dell'attenzione di cui ha onorato alcune mie idee) in *Oggettività ed astrattezza dell'esperienza giuridica*, [*Riv. ital. per le scienze giuridiche*, 1934, pag. 39 dell'estratto], che «appartiene appunto alla natura della norma, di qualunque norma, di essere unica regolatrice delle attività cui si riferisce», credo di potere osservare che se questa sua proposizione dovesse prendersi alla lettera,

opera, passa in secondo piano e non entra, per così dire, in giuoco, se non in quanto corrisponda, come l'esempio al tipo, alla ipotesi formulata dalla norma: intenzioni, motivi, scopi dell'individuo vengono in considerazione solo in quanto costituiscano elementi della situazione tipizzata nella norma.

Ora, in realtà, che cosa fanno i giuristi, quando... fanno i giuristi? Non assumono forse un determinato gruppo di norme come criteri di valutazione in termini di esclusiva regolarità di una serie più o meno complessa di situazioni e di contegni, in quanto riducibili, come l'esempio al tipo, alle ipotesi formulate dalle norme stesse? Se si toglie l'esclusività postulata nei riguardi di tali norme, si torna automaticamente ad una considerazione delle norme stesse che implica *eo ipso* la elisione di ogni funzione valutativa: le norme tornano ad essere quelle che sono in quanto realtà storica, ossia elementi coesistenti con altri in situazioni ed avvenimenti individualmente determinati: la subordinazione di tutti questi altri elementi, e quindi delle situazioni e degli avvenimenti, alle norme stesse, sparisce di colpo: la considerazione *sub specie iuris* è sfumata. Che cosa rimane, infatti, di

verrebbe esclusa *eo ipso* la possibilità della considerazione storica di ogni norma; se, dunque, la considerazione storica è ineliminabile, e in questa, com'è indiscutibile, non si possono chiudere gli occhi sulla compresenza di molteplici gruppi di norme, e, al contempo, sulla circostanza che ciascuna di esse determina un regolamento proprio di contegni e situazioni regolati anche dalle altre, non si può dire più che la considerazione della norma come criterio unico ed esclusivo di regolarità sia un mero *genus proximum* che debba integrarsi con una *differentia specifica*, perché possa pervenirsi al criterio fondamentale della qualificazione giuridica; quasi, del resto, che una qualsiasi *differentia specifica*, (che, se di ordine storico approderebbe ad un compromesso simile a quello che si riscontra nelle classificazioni della dogmatica) alteri in qualche modo la *forma* della qualificazione giuridica, ossia, come vedremo fra breve, le figure dell'obbligo, dell'illecito e del potere. Cfr. in quest'ordine di idee, Passerin d'Entrèves, *Il negozio giuridico*, Torino, 1934, pag. 32-34, 58-59 e nota; Balladore Pallieri, *Le dottrine di H. Kelsen e il problema dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale*, estr. dalla *Riv. di dir. internazionale*, 1935, fasc. 1-2. pag. 11. Che ogni «ordinamento», ossia ogni sistema di norme assunte come originariamente giuridiche fosse esclusivo, era stato già intuito da alcuni giuristi, ma come conseguenza, e non come ragione della loro giuridicità (ecco perché non ho ricordato, nello studio su *Il concetto del diritto e la pluralità degli o. g.*, cit., il Kelsen: del resto, il concetto della norma che è giuridica solo in quanto norma esclusiva, è la critica perentoria del «monismo» kelseniano, in base al quale, com'è noto, si dovrebbe parlare di una «superiorità» o «supremazia» del diritto internazionale sul diritto statuale: cfr. su ciò, Balladore Pallieri, *op. cit.*, *passim*); ne conviene in parte, del resto, anche il Cesarini-Sforza, *Volontà privata ed autonomia*, in *Riv. int. di filos. del diritto*, 1930, pag. 125, ma non si può dire (col Cesarini-Sforza, *op. loc. ult. cit.*) che l'esclusività sia «l'aspetto che l'unicità dell'ordinamento statuale assume dal di fuori» perché se si toglie l'esclusività non rimane altro che la qualificazione storica dell'ordinamento (p. es. statuale) e la sua concomitanza con innumerevoli altri gruppi di norme; sicché la giuridicità dell'ordinamento normativo viene radicalmente elisa *eo ipso*. V. specialmente la critica del Passerin d'Entrèves, *op. cit.*, nota a pag. 52-60.

"giuridico" quando la norma venga, per dir così, ricollocata nella posizione da cui era stata tolta? Ogni giurista che rifletta un poco su quel che fa, non appena gli si presenti un "caso", non ha difficoltà ad accorgersi che la sussunzione del "fatto" nella fattispecie legale presuppone che la norma, non sia posta più sullo stesso livello dell'avvenimento (ciò che è inevitabile se si guardi alla realtà storica della norma che non è diversa da quella dell'avvenimento medesimo) ma in una situazione di preminenza rispetto ad esso. Che è, appunto il criterio fondamentale della qualificazione giuridica, lo strumento (se si vuole un paragone) che il giurista, in quanto tale, non può mai abbandonare: appunto per ciò, esso vive nella fatica del giurista meglio che in qualsiasi definizione da premettersi o meno alle trattazioni di carattere sistematico di una qualsiasi disciplina giuridica. Quando – per continuare la metafora – il giurista vorrà rendersi conto di quel che fa, dovrà lasciarsi cader di mano lo strumento, e farlo oggetto di riflessione: dovrà, cioè, si voglia o non si voglia, mettere una pausa alla propria attività di giurista.

7. Ciò posto, basta ricordare la genesi storica della dottrina dei caratteri differenziali del diritto, per accorgersi dell'equivoco che ne costituisce la base: scambiata la subordinazione logica dell'avvenimento[9] alla norma con il rapporto di subordinazione *politica* degl'individui al potere dal quale venivano emanate norme abitualmente considerate come norme giuridiche (alcune: non tutte, come è chiaro non appena si pensi alle norme consuetudinarie) era inevitabile che a fondamento e giustificazione della posizione logica in cui vengono collocate tali norme dovesse porsi il criterio della subordinazione politica[10].

Il risultato, quindi non poteva essere diverso: le norme che oggi chiamiamo norme statuali dovevano costituire il modello concettuale di ogni norma giuridica: e con ciò veniva escluso che norme irriducibili ad un modello siffatto potessero considerarsi come norme giuridiche. Naturalmente, la determinazione concettuale del diritto ottenuta in base a siffatto criterio non poteva contenere altro che una "notazione" di

[9] Adopero l'espressione «avvenimento» per indicare la preminenza della norma tanto sui contegni quanto sulle situazioni di fatto.

[10] Da ciò la distinzione tra *consilium* e *imperium* che si premetteva spesso alla definizione della legge. Notisi che, in fondo, sono state perfettamente coerenti con questa concezione, tutte quelle teorie che hanno presupposto alla «realtà storica» del diritto un ethos «amorfo e indifferenziato dal quale si sarebbero staccate le varie norme in condotta.

alcuni aspetti del diritto statuale: era perciò inevitabile che l'astrazione generalizzatrice, esercitandosi su tali "note" dovesse trovarle – dimentica del punto di partenza – suscettibili di diversa interpretazione, e che l'estensione di una tra queste note finisse poi col cospirare contro l'esistenza e la validità logica di un'altra: e così il diritto statuale, inizialmente genere unico, è sembrato a molti una specie del genere prossimo norme giuridiche. Il che, sia detto di passaggio, basta per mostrare con quanta legittimità possa trasferirsi in sede speculativa il non ancor sopito dibattito tra concezione "statuale" e concezione "sociale" del diritto[11].

Ora, che il rapporto di subordinazione politica dia luogo ad un criterio logicamente ben diverso da quello che è costitutivo della qualificazione giuridica, si può mostrare a luce meridiana – anche a prescindere dalla unilateralità sopra accennata, ossia dalla impossibilità di ricondurre direttamente al medesimo schema le norme consuetudinarie. È agevole osservare, infatti, che, mentre la subordinazione logica dello avvenimento alla norma importa l'*identità* di tutti i contegni conformi al tipo di condotta delineato nella norma, identità che implica la *disindividualizzazione* di ciascun contegno, una siffatta conseguenza è del tutto estranea al criterio della relazione tra sovrano e sudditi, perché l'obbedienza che ciascuno di questi presti o meno alla volontà del primo non implica che la norma in cui tale volontà si sia manifestata e consolidata cessi di essere un elemento della situazione concreta in cui ognuno agisce; e meno ancora mette in dubbio che il contegno di ciascuno sia inconfondibile con quello degli altri[12]. Peggio, poi, se l'espressione "politica" venga intesa in senso stretto e la norma venga assunta come mezzo adoperato dal *princeps* o *legis lator*

[11] Non mi sembra che questa possa dirsi una «soluzione negativa» (così Crisafulli, *Sulla teoria della norma giuridica*, Roma, 1935, pag. 68) dopo aver dimostrato – e su questo punto attendo tranquillamente il critico che mi dimostri l'errore – l'assenza di un nesso logico inderogabile tra la qualificazione giuridica da un lato e i concetti di «Stato» e di «società» comunque intesi, dall'altro.

[12] Ciò, del resto, non è sfuggito ad alcuni giuristi come p. es. lo Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* trad. it. I, Milano, 1921, pag. 90 e seg. Questa mi sembra la risposta da darsi ad alcune concezioni (come p. es., quella avanzata dal Condorelli, *Diritto e autorità*, Modena, 1930, pagina 13 e seg.) che, pur avendo constatato l'insufficienza della dottrina dei caratteri differenziali tentano di salvarne il nucleo ricorrendo al criterio dell'*auctoritas*. Ecco perché sono nel più completo disaccordo con le idee esposte dal Perticone, *La concezione speculativa dell'attività giuridica*, I e II, Roma, 1933-1936, il quale identifica la *subjectio* normativa col rapporto di subordinazione politica ma in sostanza nega la prima per affermare il secondo. In questa guisa, però, la filosofia del diritto diventa un capitolo della scienza politica, perché l'indagine sull'elemento funzionale dell'organizzazione statuale non può approdare ad altro che a ciò.

per il conseguimento di finalità determinate: perché in questo caso alla valutazione in termini di conformità o difformità, ossia di regolarità, si sostituisce *eo ipso* una valutazione a contenuto utilitario: dovendosi valutare, in tale ipotesi, ciascun contegno in relazione allo scopo, rispetto al quale l'osservanza della norma sarebbe un mezzo, anziché in relazione al tipo di condotta. La *subjectio* normativa elide la considerazione teleologica dei contegni in quanto questa possa costituire la base logica di qualificazioni aspiranti a porsi sul medesimo livello delle figure di qualificazione giuridica: ciò che è una conseguenza inevitabile della trasformazione, o più esattamente, di quella inversione del punto di vista puramente storico che si opera mentalmente col sollevare una norma a criterio di valutazione.

La verità, dunque, è che ogni riferimento a pretesi caratteri differenziali tra norme giuridiche ed altre norme di condotta nasce nel giurista moderno dal bisogno di giustificare *perché* tutte le norme di cui egli si occupa siano assunte come criteri esclusivi di regolarità: ciò che è inevitabile, fino a che non si faccia strada il sospetto che proprio in siffatta assunzione sia la genesi della qualificazione delle norme medesime come norme giuridiche. I cosidetti caratteri differenziali, perciò, non risolvono il problema della determinazione del concetto del diritto: tanto meno, quindi, possono valere come soluzione del problema propriamente speculativo del diritto, del problema cioè, relativo alla genesi ideale di quella posizione di pensiero mediante la quale si dà vita alla qualificazione *sub specie iuris*.

8. Se ciò è esatto, l'assunto che le nozioni del formalismo giuridico abbiano, prima di tutto una importanza ed un significato che ai giuristi possono offrire un vero interesse solo in quanto essi intendano rendersi consapevoli di ciò su cui si fonda la loro attività scientifica, il che è quanto dire una importanza ed un significato di ordine speculativo e non di carattere scientifico – un tale assunto, ripeto, non può e non deve recare sorpresa.

Come risulta implicitamente da quanto si è detto in merito al concetto del diritto, nessun dubbio è possibile sollevare sulla tesi che le nozioni del formalismo giuridico costituiscono una vera e propria analisi del concetto del diritto, in quanto questo s'identifica col principio fondamentale del formalismo in parola[13].

Le presenti indagini hanno precipuamente come tema le "figure di

[13] Questo criterio è stato intravisto benissimo dal Ravà, *Per una dottrina*, cit., pag. 11, in riferimento, però, alla dottrina generale del diritto da lui vagheggiata.

qualificazione giuridica" ossia la determinazione concettuale, dal punto di vista formale, dell'obbligo, dell'illecito e del potere giuridico. Non è questo il primo tentativo in sede di critica gnoseologica della Giurisprudenza: né d'altra parte, quel che si è detto fin qui significa che tutto il lavoro compiuto dai giuristi su questi problemi debba considerarsi come fatica sprecata: tutt'altro! Si tratta soltanto di tener presente che la definizione delle figure di qualificazione giuridica dal punto di vista formale, importa precisamente la eliminazione del riferimento ad elementi che, viceversa, sono di essenziale importanza dal punto di vista dogmatico: ciò, d'altra parte, non significa che vi siano due verità sulla medesima nozione, ma che, come già si è avuto agio di constatare a proposito del concetto del diritto, queste nozioni sono già "presupposte" e quindi implicitamente affermate nelle elaborazioni dei giuristi. Si tratta appunto di mettere in luce questi presupposti logici, ferma restando la riserva posta *in capite libri*, e cioè che le costruzioni dommatiche debbono restarsene attaccate al loro *quia*, anzi ai vari *quia* e non pretendere di varcare i limiti costituiti da ciò che si suol chiamare "diritto positivo". Tanto meglio se chiarimenti siffatti potranno rendere più agevole il cammino ai giuristi: ma – non sarà male ribadire ancora una volta l'assunto – la ragione di queste indagini non è nel desiderio (o, peggio, nella pretesa) di porgere lumi ai giuristi e, meno che mai, di far loro la concorrenza (mi si consenta l'espressione) sul terreno di alcuni problemi della scienza giuridica.

CAPO II
L'inversione del punto di vista psicologico/empirico nel punto di vista formale

9. La tesi sostenuta in merito alla determinazione del concetto del diritto poggia su un duplice fondamento: anzitutto, sul principio, cui non può essere dato congedo fin quando si rimanga nell'àmbito dell'idealismo, del valore di *esperienza creatrice* dell'attività scientifica[14]: principio che non consente di trasferire in sede speculativa l'atteggiamento (perfettamente legittimo e spiegabile nel giurista, ma che, come si è dimostrato, non permetterà mai la risoluzione del dato) che si è assunto nella determinazione concettuale del diritto, come "*adaequatio*" di una realtà posta "di fronte" (mi si consenta la metafora spaziale) alla Giurisprudenza, e quindi del tutto irriducibile a questa[15]. In secondo luogo, sulla impossibilità di giustificare logicamente la genesi delle figure di qualificazioni giuridiche ricorrendo ad uno schema diverso da quello del rapporto tra norma e attività come regola esclusiva a regolato[16]. Ciò significa che ogni ulteriore specificazione in seno ad uno schema siffatto dovrà necessariamente risolversi in una classificazione di norme *postulabili* come norme giuridiche. In altri termini, se per giustificare la genesi logica delle figure di qualificazione giuridica è indispensabile ricorrere allo schema del rapporto tra norma e attività come regola esclusiva a regolato, ogni ulteriore o diversa determinazione o non aggiunge nulla di sostanziale alla soluzione del problema, o la devìa del tutto.

Non è superfluo aggiungere che l'importanza del secondo argomento -· alla dimostrazione del quale sono dedicate le pagine che seguiranno - deve

[14] Questo criterio non dice nulla a favore dell'opinione che ravvisa una «funzione creatrice di diritto obbiettivo» nella Giurisprudenza: ciò per evitare ogni equivoco sulla portata strettamente critica dell'espressione.

[15] Anche nel Croce e nel Gentile, se non m'inganno, il criterio che il diritto di cui parlano i giuristi sia qualcosa d'irriducibile alla scienza giuridica non può dirsi eliminato del tutto: ma non credo che una concezione rigorosamente immanentista dell'esperienza giuridica possa pervenire ad una conclusione diversa dalla mia.

[16] La formula sembra coincidere quasi del tutto (meno il criterio dell'esclusività) con quella, notissima, dello Stammler: mi permetto far osservare, però che la concezione da me difesa è nettamente antiteleologica (assai più che quella del Kelsen) come del resto si vedrà nei capitoli seguenti, mentre per lo Stammler è addirittura un assioma che la scienza giuridica sia una «Zweckwissenschaft»: v. p. es., *Theorie der Rechtswissenschaft*, Zw. Aufl., Halle, 1923, pag. 34 e segg. e pag. 74.

necessariamente sfuggire sin quando si continuerà a ravvisare nel diritto la realtà... dirimpettaia (questa parola farebbe inorridire uno stilista: ma qui, forse, può essere efficace) alla Giurisprudenza. Ma dall'uno e dall'altro argomento si può dedurre, altresì, una conclusione che servirà forse a chiarire alcune osservazioni esposte nel capitolo precedente: la conclusione, cioè, che il dubbio affiorato, si può dire, fin dall'affacciarsi delle tendenze idealiste nel campo della filosofia giuridica, circa l'indole scientifica o filosofica del concetto del diritto[17], debba cedere ad una impostazione speculativamente più rigorosa del problema filosofico del diritto: critica, questa, che colpisce anche lo scrivente, in altri saggi reciso assertore[18] del carattere "scientifico" del concetto in parola. La verità, infatti, è che non ha senso parlare di concetto scientifico o filosofico – a parte la questione se "un" concetto che sia tale tra molti altri, epperò necessariamente particolare, possa dirsi filosofico – quando si tratta di dissolvere, riducendolo ad una posizione di pensiero, il " dato" che sta alla base di una scienza di "cose umane": anche se, come si cercherà di dimostrare, tale posizione di pensiero si riveli in definitiva, la stessa posizione in cui sorgono le scienze, il problema rimane sempre d'indole schiettamente speculativa, sicché la frase "concetto scientifico" può avere tutt'al più un valore polemico, ma nulla può ancora dirci sul merito della soluzione. Solo a patto di trascurare la dommatica si può sostenere che la Giurisprudenza venga sviluppandosi come una logica deduzione di concetti dalla "legge fondamentale" costituita dal concetto del diritto: senonché, trascurare la dommatica nell'analisi critico-gnoseologica del pensiero giuridico, è possibile quanto non occuparsi della massa dei tessuti in un trattato di anatomia umana.

[17] Il problema s'impose, come una logica conseguenza del movimento di idee scaturito dalla rivoluzione (tale essa appare a trent'anni di distanza) suscitata nel campo filosofico giuridico dal Croce con la sua memoria sulla *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* (ristampata con una introduzione di A. Attisani, Napoli, 1926 e rifusa del tutto nella III Sez. della *Filosofia della pratica*); e chi, nolente o volente, ebbe a risentire il fàscino di quella critica dovè necessariamente proporselo: alcuni (come p. es. il Miceli) pur non accettando le vedute del Croce conclusero per l'inconcepibilità della filosofia del diritto, data l'impossibilità di un concetto filosofico del diritto; altri, come il Cesarini-Sforza, *Il concetto del diritto e la Giurisprudenza integrale*, Milano 1913, *passim*, fondarono le loro ricerche sul carattere scientifico del concetto del diritto limitandosi ad accennare ad una filosofia che si può fare «a proposito» del diritto (*op. cit.*, pag. 11: posizione virtualmente superata dal Cesarini-Sforza nelle due cit. memorie sui *Problemi dominanti dell'odierna filosofia giuridica in Ital*ia, e su *Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica*).

[18] Sia nei *Contributi ad una critica gnoseologica della Giurisprudenza*, Roma, 1925, pag. 93 *[qui a pag. 91, n.d.c.]*, che nel cit. studio *Il conc. del diritto e la plural. degli ord. giur.*, Capo 1 e *passim*; e implicitamente anche negli scritti successivi. Ciò per l'influsso esercitato sul mio pensiero dall'opera del Cesarini-Sforza.

10. È necessario, perciò mostrare la inscindibilità del nesso tra la posizione della norma come criterio esclusivo di regolarità e le figure di qualificazione giuridica – le parti essenziali, per tornare sulla metafora già usata, dello strumento indispensabile al giurista.

Gioverà anzitutto fermare l'attenzione sul concetto di "condotta" come attività distinta dalla conoscenza. Prescindendo da ogni rilievo sulla relatività di questa distinzione, è da osservare ch'essa costituisce una posizione necessaria dell'intelletto[19], ossia della rappresentazione episodica e acritica di ogni realtà come oggetto presupposto al pensiero: e, come tale, non va confusa con una qualsiasi concezione speculativa che intenda distinguere rigorosamente pensiero da volontà; pur essendo chiaro, d'altra parte, come la distinzione dell'intelletto costituisca il punto di partenza di ogni dottrina filosofica sul rapporto tra teoria e pratica, quale che sia, poi, la tesi sostenuta per la soluzione del problema. Nello sdoppiare (che è, in verità, uno sdoppiarsi) l'esperienza dalla riflessione sull'esperienza medesima, l'intelletto si trova obbligato (per una ragione che è impossibile qui esporre e sviluppare con la dovuta ampiezza[20]), a tener distinto il *permanere* della realtà in quanto oggetto di conoscenza, intesa come contemplazione, ossia estrinseca adeguazione, dal *variare* della realtà medesima per opera del soggetto. Ma poiché la detta riflessione dell'intelletto è obbligata, poi, a distinguere codesto variare dalle variazioni che si verificano per opera di energie insite nella stessa realtà in quanto "natura" ossia *toto coelo* irriducibile al soggetto, le è indispensabile supporre nel soggetto, affinché le variazioni della realtà possano essere attribuite a questo, e non alle energie intrinseche alla natura, *una possibilità d'iniziativa* dominata da una *scelta* che *dirigga* l'iniziativa medesima in un senso anziché in un altro. In ciò è la genesi del concetto di volontà, il cui significato sostanziale, prima e al di quà di ogni elaborazione filosofica che la distacchi dall'attività pensante concretamente intesa, o la identifichi con questa senza residuo, è appunto quello di "organo della scelta": ed è appunto qui il punto di partenza di tutte le discussioni filosofiche sul problema della libertà: problema che non è tale per la riflessione dell'intelletto, alla quale la scelta deve apparire anch'essa un dato, indispensabile per distinguere la variazione della realtà che si può attribuire al soggetto, dalla variazione

[19] Per la deduzione di questo concetto dell'intelletto (che si ricollega del resto all'idealismo post-kantiano e collima, ma con una portata più ampia col «Logo astratto» dell'attualismo gentiliano) sono costretto a rinviare il lettore alla introduzione del mio saggio *Sul fondamento delle «valutazioni pratiche» dell'intelletto*, Catania, 1936, pag. 29-32 e al seguito, di prossima pubblicazione.

[20] V. nota precedente.

determinatasi "meccanicamente", per opera delle energie insite nella realtà stessa in quanto natura. Solo quando la riflessione dell'intelletto si fermi – ed è impossibile che non debba fermarvisi – sulla contrapposizione tra questi due ordini di variazione, sorge *eo ipso* un problema – che non è "un" problema tra molti, ma il problema filosofico – ch'essa non può risolvere senza trascendersi.

Altro, insomma, è la scelta, che la riflessione dell'intelletto deve presupporre nell'attribuire ad un soggetto una variazione della realtà, qualcosa cioè, che non si sarebbe verificato senza l'intervento del soggetto medesimo, altro il problema se la libertà sia effettuale o sia, invece, il frutto di una illusione: la mera riflessione dell'intelletto non oltrepassa, col rappresentarsi la scelta, la posizione, o meglio, la presupposizione della realtà al soggetto, poiché per essa rimane sempre un dato che gli uomini "agiscano" scegliendo tra diverse direzioni possibili della loro iniziativa: determinismo, libero arbitrio, libertà d'indifferenza, e via dicendo, sono interpretazioni speculative che non possono essere confuse, anche se viziate da quel difetto che nell'idealismo moderno si chiama "immediatezza" con l'immediatezza insanabile, quanto necessaria, della riflessione dell'intelletto.

11. Premesso che con ciò il problema filosofico del diritto è appena impostato, ma non ancora risoluto – i brevi cenni or ora esposti ne mostrano, per altro, la inscindibilità del problema filosofico fondamentale – è opportuno chiarire il significato che sulla base di quanto si è osservato, viene ad assumere, in termini, si può dire, di *senso comune,* il concetto della norma di condotta in quanto criterio esclusivo di regolarità. Qui infatti, si delinea nettamente la differenza tra la mera considerazione psicologico-empirica e il punto di vista formale.

Non bisogna dimenticare, anzitutto, la *obbiettività* del rapporto tra la norma e l'attività che le viene subordinata: tale obbiettività implica appunto che la norma venga in considerazione indipendentemente da ogni riferimento, tanto alla "fonte" cui sia storicamente da ricondursi, quanto alla consapevolezza che possa effettivamente averne il soggetto la cui attività venga ad esserle subordinata. In secondo luogo, è da tener presente il criterio cui si è già accennato, circa la tipicità dell'ipotesi *de facto* cui viene ad essere subordinato il *vigere* della norma, il suo esser collocata, in altri termini, in quella posizione di preminenza rispetto all'avvenimento storico che rende effettuale la regolarità da essa delineata virtualmente.

Ciò posto, si può chiarire in breve l'inversione che si opera mentalmente

col costituirsi dal punto di vista formale, rispetto alla considerazione psicologico-empirica. Dal punto di vista formale, infatti, la norma, non è più uno dei tanti elementi con cui la volontà faccia, per dir così, i conti, nel "determinarsi"; non è più, cioè, un possibile motivo, ossia una *materia* di scelta, perché non è più elemento della concreta situazione che il soggetto sia per variare, ma un criterio che subordina a sé alcuni elementi di quella, insieme all'attività del soggetto medesimo. E poiché ogni scelta implica, volta per volta, esclusione[21], si comprende benissimo perché la norma, da semplice elemento della necessità presupposta al soggetto, divenga (quando venga assunta come criterio esclusivo di regolarità) necessità che non è *materia* ma *forma* di scelta: e in quanto tale, *direzione tipica dell'iniziativa*. Così, da un lato ci si spiega perché una tendenza spontanea del pensiero ci porti a ravvisare in ogni norma un atto di volontà: la volontà, infatti, deve apparire alla riflessione dell'intelletto come un *quid* costante (e in questo senso, quindi, "forma") nel succedersi delle scelte: mentre, d'altro lato, ci si spiega perché solo allo schema del rapporto tra norma ed attività come regola esclusiva a regolato possano ricondursi le figure di qualificazione giuridica: obbligo, illecito e potere, o possibile che si dica, sono appunto gli schemi del *necessario*, dell'*arbitrario* e del *possibile* in relazione ad una norma assunta come criterio esclusivo di regolarità. Riferimento inderogabile, perché senza di esso non solo si perde di vista il nesso originario tra le figure di qualificazione, ma le stesse espressioni di necessario arbitrario e possibile non hanno più alcun significato, per ciò stesso che possono averne molti.

Sotto il profilo testé abbozzato si può dire, perciò, che la giuridicità della norma sia condizionata alla inversione del punto di vista psicologico-empirico, oltre che alla elisione di ogni considerazione d'ordine storico o teleologico; la norma, infatti, da elemento concomitante con altri (e quindi, eventualmente, con altre norme) nell'orientare l'iniziativa, diventa limite *a quo* e direzione tipica dell'iniziativa medesima, epperò, come si è detto, non materia, ma forma – postulata, s'intende, come necessaria – di scelta. Certamente, se si ritiene, col senso comune, la considerazione empiricamente psicologica, come qualcosa di "naturale" non è dubbio che l'inversione operantesi con il costituirsi del punto di vista formale debba ritenersi come alcunché di "artificiale": comunque, tra i due punti di vista, ogni tentativo di combinazione si risolve in una contaminazione che rende inesplicabile il fondamento logico delle figure di qualificazione giuridica e ne snatura la nozione strettamente formale in un sincretismo buono solo a

[21] Non credo necessaria una spiegazione a parte per illustrare il concetto che ogni scelta determina una direzione dell'iniziativa escludente ogni altra direzione possibile.

creare dei problemi insolubili[22]. Non bisogna dimenticare, in altri termini, quella che si è chiamata "obbiettività" del rapporto costitutivo della qualificazione giuridica. Ad ulteriore conferma di questa tesi, si possano ricordare le difficoltà insormontabili cui ha dato luogo l'intrusione della considerazione psicologica nella considerazione puramente formalistica, non appena si è avvertita la necessità di spiegare l'applicabilità delle conseguenze giuridiche, determinate da una norma, anche contro chi non l'abbia conosciuta o abbia errato circa il significato di essa. Per risolvere queste difficoltà, si è dovuto riconoscere (a parte, s'intende, ogni riflessione circa la opportunità politica del principio "*ignorantia iuris non excusat*", problema del tutto diverso) che la giuridicità della norma è del tutto indipendente dalla sua eventuale funzione di motivo della volontà, e che l'ignoranza come la conoscenza della norma sono elementi di fatto la cui efficacia è in tutto e per tutto subordinata a quanto venga disposto dalla norma medesima[23].

[22] La confusione tra il punto di vista psicologico-empirico e quello formale è alla base della concezione imperativistica, cui si deve quel problema tipicamente insolubile (ossia falso problema) dei c.d. destinatari invalidi delle norme giuridiche. Cfr. in quest'ordine d'idee, Pekelis, *Il diritto come volontà costante*, Padova, 1931, pag. 145-6. In realtà, anche lo stesso problema della «forza obbligatoria della legge» che è stato il caval di battaglia di non pochi scrittori (ricorderò per tutti il Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Gotha, I, 1877, il quale, com'è noto, poggia la propria concezione del diritto sul criterio inequivocabilmente psicologico dell'*Anerkennung*) nasce dalla confusione sopra rilevata. Ma anche oggi giuristi di valore cercano d'insegnare che l'obbligo non sarebbe altro che «il riflesso psicologico del comando» (così Carnelutti, *Lezioni di dir. proc. civ.* I, Padova, 1926, pag. 36: il che val quanto dire che l'obbligo giuridico debba essere considerato come una emozione): e la confusione è divenuta *communis opinio* presso quei giuristi, in particolar modo presso i criminalisti, che parlano di «coazione psicologica» o di «efficacia intimidatoria», non a titolo di esplicazione d'indole materiale, ma assumendola come un elemento di fondamentale importanza dal punto di vista formale, senza accorgersi, spesso, del controsenso che si delinea tutte le volte in cui la coazione o intimidazione non si sia verificata. È da osservare, del resto, che l'elemento psicologico-empirico si insinua spesso nella dottrina dei caratteri differenziali del diritto (basti ricordare la definizione thomasiana della *vis cogendi*), e, in sostanza, una delle ragioni che spiegano il ricorso dei giuristi a tale dottrina è anche nel criterio che le norme giuridiche posseggano una efficacia psicologica comparativamente superiore a quella di altri gruppi di norme di condotta, o almeno di alcuni: il che apre una via ai «su per giù» e ai «press'a poco» con i quali non pochi giuristi e filosofi del diritto pretendono di «descrivere» la realtà giuridica.

[23] Cfr. per tutti, oltre Pekelis, *op. cit.*, pag. 147 e segg., Esposito, *La conoscenza della legge nel diritto e nella morale*, in *Riv. int. di filos. del diritto*, 1935, pag. 407 segg. Contro il Condorelli, *Ignorantia iuris*, Catania, 1926, e il Carnelutti, *Ignorantia iuris*, in *Riv. di dir. proc. civ*. 1926, I, pag. 307 e seg., i quali tendono a distinguere tra applicabilità ed obbligatorietà della norma ignorata, è da osservare che, dal punto di vista formale, obbligatorietà ed applicabilità si possono distinguere tutt'al più come la specie dal genere. Lo stesso

Ora, è evidente che tutto ciò si regge a patto di congedare completamente la considerazione psicologica e di rappresentarsi il rapporto tra norma e attività come un rapporto del tutto oggettivo.

Per essere ancora più chiari, tutte le volte in cui si parla di "regolare" o "disciplinare" (il che, in sostanza significa anche "dirigere"[24]) una o più attività, altro è intendere le norme come motivi della volontà (restando, s'intende, nell'ambito del senso comune), per cui queste, in fondo, sono elementi concomitanti nelle varie situazioni in cui operano le attività regolate; altro intenderle *sub specie iuris*, ossia come criteri esclusivi di regolarità, perché in questo caso esse non vengono assunte come semplici motivi della volontà, ma come schemi o modelli ai quali ragguagliare le attività e le situazioni in cui queste operano o a cui danno luogo. Nella prima ipotesi, la norma è un fatto insieme a molti altri; nel secondo è un criterio di valutazione, sia pure contingente, e meglio che "astratto", *astraente* da tutto ciò che costituisce l'individualità, irriducibile a tipo, di ogni manifestazione di attività. Non si tratta, quindi, di "negare la realtà" dimenticando l'efficienza psicologica delle innumerevoli norme di condotta con cui "facciamo i conti" nell'esperienza quotidiana: si tratta semplicemente di mettere in rilievo che la valutazione *sub specie iuris* ha una propria fisionomia logica che non consente di essere confusa con la considerazione psicologica, né con quella storica o politica, e, in genere, teleologica.

12. Sotto questo profilo, si spiega e si giustifica meglio quanto si è sostenuto nelle pagine precedenti, cioè che alcune nozioni fondamentali del sapere giuridico sono "presupposte" dai giuristi – e si potrebbe dire, altresì, "sottintese" – sicché non è un paradosso affermare che le nozioni puramente formali delle figure di qualificazione giuridica non possono costituire veri e propri problemi per la dommatica: e che, perciò, ogni elaborazione dommatica, che sia veramente tale, delle figure di qualificazione giuridica, deve inevitabilmente (quando non ripeta puramente e semplicemente la loro nozione formale) sbagliare bersaglio. Vedremo a suo tempo, infatti, che le costruzioni dommatiche *intorno*

Carnelutti, il quale auspica la formulazione di un concetto dell'obbligo in cui si prescinda dalla conoscenza effettiva della norma, non ha che congedare definitivamente la piattaforma psicologico-empirica e teleologica della sua concezione del diritto.

[24] Sull'etimologia (e specialmente sulla storia dell'uso) della parola «diritto» cfr. l'interessantissimo saggio del Cesarini-Sforza, «Ius» e «directum», Bologna 1930, *passim* e la bibliografia ivi cit.

ai concetti di obbligo, illecito e potere giuridico o diritto soggettivo, in quanto si fondano sulla generalizzazione di elementi offerti dal contenuto dispositivo di questo o di quel gruppo di norme (e debbono, perciò, approdare ad una o più "classi") presuppongono sempre la nozione formale di tali figure e si riferiscano ad elementi che rimangono, logicamente, dominati da questa. È verissimo che alcuni giuristi dei tempi nostri, anche dopo aver pronunziato il rituale atto di fede nel positivismo giuridico, dopo aver premesso e promesso, cioè, di non voler varcare i limiti segnati dal diritto positivo, dimenticano premessa e giuramento e, inforcato il destriero della generalizzazione, galoppano a briglia sciolta in campi che la dommatica, ossia la generalizzazione, non potrebbe varcare: il che, però, si risolve in un danno, non tanto per il formalismo, quanto per la dommatica stessa, e suscita le giuste reazioni di coloro che, di fronte ai pericoli di una confusione d'idee, preferiscono richiudersi nella ben munita torre di quella dommatica che è racchiusa *in nuce* nelle stesse disposizioni legislative. Con ciò, si badi, non intendo enunciare un "canone metodologico" perché sarebbe assurdo voler chiudere gli occhi sulle infinite, ma significative, sfumature di *forma mentis* individuale tra i singoli giuristi: il "casista" o "esegeta" del resto, non è meno dommatico del dommatico "spinto", né questo è meno giurista di quello, perché il "particolare" cui il casista vuol attenersi è sempre un particolare generico, e il "generale", cui il dommatico spinto vuol arrivare, non varca i limiti della generalità intellettualistica che è sempre particolare, si può dire, *per definitionem*.

Si vedrà tra breve il danno che deriva alla stessa dommatica dalla sovrapposizione di criteri ottenuti attraverso la generalizzazione alle nozioni puramente formali delle figure di qualificazione giuridica. Qui, ad ulteriore chiarimento di quanto si è osservato in precedenza sul concetto della norma in quanto norma giuridica, non sarà superfluo ribadire il criterio che la elisione, dal punto di vista formale inderogabile, della nozione di volontà, dal concetto di norma giuridica, non va oltre i limiti del formalismo; e che è perfettamente legittimo perciò parlare di volontà, e d'intendere una norma come un atto di volontà, in sede d'interpretazione. Tra l'interpretazione e la dommatica, infatti, non intercede una differenza qualitativa, ma soltanto di grado, perché la generalità della "previsione" normativa è l'embrione dal quale viene sviluppandosi ogni dommatica. Ma dalla dommatica al punto di vista formale non è consentito, logicamente, passare attraverso il ponte della generalizzazione, perché la dommatica si riferisce ai "fatti" e il formalismo alla loro qualificazione: il formalismo, quindi, sta alla base della dommatica, ma non si fonde e tanto meno si confonde con essa. Ecco perché è vano affidarsi alla generalizzazione dommatica, con l'intento o

nella speranza di attingere la piena consapevolezza del formalismo giuridico.

Ciò significa, d'altra parte, che l'analisi del formalismo giuridico non può esaurire una interpretazione speculativa dell'esperienza giuridica: fermarsi all'indagine critico-gnoseologica sul formalismo significa vedere esattamente una metà del problema e, in un certo senso, la meno interessante sia nei riguardi dei giuristi, sia da un punto di vista storicistico, perché assolutamente inidonea a spiegare, da sola, lo sviluppo storico della Giurisprudenza[25].

[25] Occorre cioè che l'analisi critico-gnoseologica si fermi (ciò che non è stato fatto finora in sede rigorosamente speculativa, perché quasi sempre la discussione è scivolata su problemi di diritto condendo e su considerazioni d'indole sociologica) sul punto più delicato della c.d. tecnica giuridica, ossia sull'attività interpretativa *stricto sensu*. L'analisi critico-gnoseologica del formalismo – sia detto una volta per tutte – non può esaurire la critica speculativa dell'esperienza giuridica, perché è costretta a mettere in luce il *sovrapporsi* della qualificazione giuridica all'elemento storico che sta alla base: finché ci si ferma al formalismo, con la sua essenziale astoricità, non si riesce a vedere come questo riesca a vivere sopra un *humus* eterogeneo. Tutto ciò è stato sentito finora in maniera vaga e imprecisa: da ciò i tentativi di correggere la rigidità astorica della considerazione formale con... innesti d'ordine psicologico e – come vedremo tra non molto – teleologico. Per me, l'errore è proprio qui: il vero valore del formalismo legalistico non si può vedere compiutamente sicché esso non venga *consapevolmente* – mi si consenta la frase – *scarnificato*. Da ciò il mio dissenso dall'indirizzo cui a prima vista possono sembrare vicine le mie modeste idee ossia a quello del Kelsen e della sua scuola, sopratutto perché il Kelsen e i suoi seguaci si sono preoccupati dell'*actio finium regundorum* tra la Giurisprudenza e le altre «scienze sociali» (la metafora dell'a. f. r. è stata adoperata proprio dal Kelsen, in *Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen, 1911, pag. 4) partendo, però, da una completa identificazione tra formalismo e dommatica, che a me sembra assolutamente insostenibile. Ond'è che tutte le reazioni, in questi ultimi tempi assai violente, contro il formalismo sostituito alla dommatica, sono in fondo perfettamente giustificate, perché la dommatica, dovendo attenersi sistematicamente al contenuto dispositivo di norme storicamente date, deve necessariamente nutrirsi – se mi è consentita la metafora – di considerazioni storiche, politiche, economiche, psicologiche e via dicendo (e queste non possono essere sostituite dai filosofemi di una qualsiasi tendenza speculativa) incapsulate – mi si consenta quest'altro traslato – entro gli schemi nei quali si articola il formalismo giuridico: schemi che sono stati sempre adoperati inconsapevolmente e dei quali nessun filosofo, storicista o sociologizzante, potrebbe disfarsi il giorno in cui dovesse discutere, con conoscenza di causa, una qualsiasi questione di «diritto positivo» (perché tra i critici del formalismo giuridico non è mancato qualche improvvisatore che non aveva visto, dei codici e dei libri dei giuristi, altro che la rilegatura). Ora, se non si tiene ben distinto il formalismo dalla dommatica, è del tutto inutile partire, lancia in resta, contro i sincretismi: solo la confusione tra formalismo e dommatica può spiegare, p. es., l'identificazione di Stato e diritto; e il teleologismo, cacciato dalla porta, rientra per la finestra: come può vedersi in maniera inequivocabile nello stesso Kelsen e nei suoi seguaci, quando parlano di sanzione e di coazione come elementi formali del diritto (ho già dimostrato ciò nel cit. studio *Sulla c.d. coattività delle norme giuridiche, passim*) e quando fanno leva sul concetto della «reazione contro l'illecito» che è, tra i criteri teleologici in base ai quali si è

Resti comunque ben chiaro, perciò, che la nozione formale delle figure di qualificazione giuridica non può essere confusa con le classificazioni dommatiche (e tanto meno può essere sostituita da queste) che si sviluppano *sulla base* di tale nozione: cosi, p. es., come l'indagine sul significato del "fatto" nella logica del formalismo giuridico non va confuso con una qualsiasi classificazione di fatti giuridici. Ma dev'essere anche ben chiaro che il *perché* di queste classificazioni non può essere spiegato finché si rimanga nell'ambito della dommatica.

13. A complemento di queste osservazioni, gioverà sgombrare preliminarmente il terreno dalla tendenza (accentuatasi sempre più in questi ultimi tempi), a considerare il concetto di "rapporto giuridico" come la piattaforma logica delle figure di qualificazione giuridica. Tendenza, questa, che si spiega con la indebita estensione del procedimento astrattivo della dommatica alle nozioni formali della Giurisprudenza, ma in particolar modo con l'influsso esercitato dal più fortunato, oltre che... celebre, tra i caratteri differenziali delle norme giuridiche: la c.d. bilateralità.

A tal proposito, è da ricordare qui quella specie di endosmosi lentamente effettuatasi, fin dai primi del secolo scorso, tra la dottrina dei caratteri differenziali del diritto e la parte generale del diritto privato. La nota della bilateralità, come si vede *primo ictu oculi*, è una generalizzazione dello schema dell'obbligazione a contenuto patrimoniale: la teoria del rapporto giuridico, che ha il più noto e più limpido, tra i primi espositori, nel Savigny[26], risente certamente l'influsso delle dottrine filosofico-giuridiche fiorite nel secolo XVIII (oltre che della vecchia pandettistica germanica a cui deve indubbiamente ricollegarsi la Scuola storica[27] dei giuristi tedeschi) ed offre il destro, in seguito, per suffragare la nota della bilateralità nella dottrina dei caratteri differenziali; mentre la stessa bilateralità, alla propria volta, viene a suffragare, dandole una base – apparentemente – logica, nel campo delle nozioni formali della Giurisprudenza, la teoria del rapporto giuridico. È anche vero, per altro, che la nozione di rapporto giuridico non può dirsi ancora pacifica[28]: ma, sia in quella che può dirsi la *communis*

cercato d'interpretare l'esperienza giuridica, uno dei più genuini.

[26] Cfr. Savigny, *Sistema del dir. rom. attuale*, trad. Scialoja, § 52.

[27] V. in proposito lo studio dello Schwarz, *Zur Entstehung d. mod. Pandektensystem*, in *Zeitsch. f. Sav. Stift*. (R. A.) vol. 42, pag. 578 e segg.

[28] Cfr. Cicala, *Il rapporto giuridico*, 2. ed. Firenze, 1934, pag. 15 e segg., e la rassegna critica di molte concezioni del rapporto giuridico. Ho l'impressione, però, che la concezione

opinio (almeno per ciò che si riferisce alla formula definitoria), sia nelle concezioni che se ne distaccano, è agevole rinvenire due punti ben fermi. Il primo consiste nell'affermazione che ad ogni obbligo debba corrispondere un "diritto soggettivo" e viceversa: il secondo nella tesi che non possa parlarsi di norme giuridiche senza parlare di una molteplicità di soggetti. Riservandomi di esaminare attentamente a suo tempo il primo punto, non sarà male esporre qualche breve riflessione sul secondo.

Ravvisare nella riflessione dell'intelletto (secondo quanto si è accennato nei paragrafi precedenti) il terreno ideale in cui nasce la qualificazione giuridica, significa riconoscere senz'altro che quest'ultima debba ricollegarsi, in definitiva, all'intuizione della realtà come molteplicità di soggetti e di oggetti.

Tra la molteplicità di soggetti e la qualificazione giuridica, quindi, non può dirsi che sussista un'antinomia diretta o indiretta: tutto sta nel vedere, però, quale relazione o connessione interceda tra i due concetti. Chi vuol ravvisare nella molteplicità dei soggetti, una "nota" indefettibile del concetto del diritto (questo, in fondo, affermano quasi tutte le dottrine che parlano di "socialità" del diritto: dove si vede come la socialità sia il risultato di una generalizzazione che ha allargato lo schema, inizialmente ristretto e condizionato da altre "note", della bilateralità), deve pur convenire che la relazione instaurata tra una norma, o un gruppo di norme, e una molteplicità di soggetti, non altera minimamente lo schema del rapporto costitutivo della qualificazione giuridica: essere molti i *subjecti*, non esclude affatto che la *subjectio* si risolva analiticamente nel rapporto tra ciascun soggetto e la norma. Se ciò, come mi sembra, è inoppugnabile, è perfettamente fuor di luogo, e del tutto irrilevante nei riguardi del punto di vista formale, far leva sulla rappresentazione delle "relazioni sociali" o sulla interferenza delle attività subordinate alla norma, perché è chiaro, allora, che non il complesso delle relazioni tra i soggetti o l'interferenza delle attività costituisce l'*objectum* del regolamento giuridico, ma il contegno dei singoli soggetti: le relazioni tra i quali non possono essere altro che elementi di fatto; e come tali, esse relazioni o interferenze non hanno, per adoperare una metafora giuridica, diritto di cittadinanza nell'àmbito delle

del C. si riferisca alla relazione costitutiva della qualificazione giuridica, e in questo senso non elimini del tutto la teoria tradizionale del rapporto giuridico. Dalla *communis opinio* si allontana, ampliandola notevolmente, il Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pag. 84 e seguenti. Degna di rilievo è la concezione abbozzata dal Merkel, *Juristische Enzyclopädie*, cit., pag. 107, il quale ravvisa nel r. g. la conseguenza giuridica della relazione sociale: ma tutto sta nel vedere se, anche dal punto di vista formale, possa parlarsi di interferenza tra le figure di qualificazione giuridica.

nozioni strettamente formali della Giurisprudenza. Altro, infatti, è dire che le norme regolino rapporti tra più soggetti, altro affermare che le norme regolino attività in rapporto tra loro: perché è evidente che in questo caso le relazioni o interferenze di attività non costituiscono più la *substantia* dell'oggetto della qualificazione, bensì – per adoperare la terminologia scolastica – soltanto un *accidens* di esso oggetto. Cade così uno dei pilastri su cui poggia la teoria del rapporto giuridico, e, per conseguenza, anche la nota della bilateralità. È del tutto superfluo, quindi, mettere in rilievo l'ingenuità di talune deduzioni, sedicenti idealiste al cento per cento, di questo preteso carattere del diritto; deduzioni che applicate, poi, al problema morale, fanno pensare alla sostituzione di un conto di ragioneria ad un teorema del calcolo infinitesimale...

CAPO III
La nozione formale delle figure di qualificazione giuridica.

14. Dalle premesse risulta, credo abbastanza chiaramente, come le figure di qualificazione giuridica siano precisamente i "modi" nei quali si *articola* la regolarità determinata dalla norma. Le dette figure, com'è noto, sorgono o si estinguono nella conclusione di un sillogismo che ha per premessa la norma e per medio una certa situazione di fatto.

Si è già osservato altrove come i tre termini del sillogismo – norma, situazione di fatto, conseguenza giuridica – in virtù del quale una norma viene applicata, siano logicamente ben distinti tra loro; e come questa distinzione debba intendersi quale distinzione essenzialmente relativa, potendo, volta a volta, una norma o una figura di qualificazione giuridica precipitare ad elemento di fatto di fronte ad una diversa norma e ad una diversa conseguenza giuridica o, viceversa, potendo un *quid facti* (come p. es., nella ripetizione di contegni assunti come identici, *id est* nella consuetudine) trasformarsi in norma[29]. Qui giova insistere principalmente

[29] Per la giustificazione di questi concetti, debbo rinviare al mio studio *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*: ivi si trova accennata l'inversione logica che si opera nel rappresentarci la consuetudine come norma (pag. 31 dell'estr.). Per non complicare la trattazione, omisi allora deliberatamente di discutere la notissima tesi dello Jellinek sulla «forza normativa del fatto» (*Allg. Staatslehre*, trad. cit., I, pag. 612 e segg.). Non mi par dubbio che altro sono i motivi storici dell'inversione (francamente, non mi pare il caso d'invocare la formula haeckeliana dell'ontogenesi che rispecchia la filogenesi, come fa lo Jellinek, *op. cit.*, pag. 613) altro il suo fondamento logico. La posizione assunta dallo J. mi sembra viziata alla base dalla considerazione psicologica che lo costringe a restare al di là del punto di vista formale: ciò che è evidentissimo, non appena si tenga presente che per lo J. la caratteristica del diritto consisterebbe nella sua validità: ma la validità della norma non sarebbe altro che «la capacità di agire come motivo per determinare la volontà» (*op. cit.*, pag. 606). In realtà, l'inversione del punto di vista psicologico (per cui, come si è cercato di dimostrare nel capitolo precedente, la norma diviene «forma necessaria di scelta») è il lato soggettivo della inversione che si opera dal punto di vista storico, trasformando l'avvenimento come fatto in criterio di valutazione (cfr. Capo I, n. 6). Sicché, la rappresentazione della consuetudine come norma è, per dir così, un episodio di quella trasformazione del fatto in valore che dà luogo al punto di vista formale. Fondare (come fa lo J. *op. cit.*, pag. 607 e segg.) l'inversione oggettiva ricorrendo all'elemento psicologico, lascia insoluto il problema, perché, come si è visto, anche l'elemento psicologico subisce una trasformazione radicale: sicché non vi è bisogno di ricorrere alla concezione empirio-associazionista della «linea di minore resistenza», (di cui non mi convince più la brillantissima parafrasi idealistica dell'Ascoli, *L'interpretazione delle leggi*, Roma, 1928, pag. 70) né tanto meno di riferire sempre ed in ogni caso la consuetudine all'*auctoritas*: il «dato» dell'esperienza giuri-

sulla relatività della distinzione tra fatto e conseguenza giuridica: sopratutto al fine di mettere in luce la diversità tra due aspetti ugualmente importanti di quello che si può definire, con una metafora, come il "dinamismo" delle figure di qualificazione giuridica.

Bisogna tener presente, cioè, che se in virtù della relatività della distinzione tra fatto e conseguenza giuridica ci si spiega come qualificazioni giuridiche in atto, si riducano esse ad una pura e semplice figura (obbligo o potere) o ad un complesso di qualificazioni – e si può parlare a tal riguardo di "situazioni giuridiche", o, come altrimenti è stato proposto, ripigliando una tradizionale terminologia, *status*[30] – precipitino ad elementi di fatto quando vengano assunte come *presupposto* di nuove e diverse qualificazioni giuridiche; questo criterio non va confuso con l'altro, derivante dal duplice profilo che la condotta dei *subjecti* presenta in relazione alla norma. Un determinato contegno, cioè, può venire in considerazione, ora come *atto giuridicamente qualificato* (contegno dovuto, o illecito, o facoltativo), ora come elemento di fatto che coincida, o ne costituisca parte integrante, con una "fattispecie legale". Ogni figura di qualificazione giuridica si esaurisce, logicamente, in sé stessa: nessuna ha in sé l'efficacia di dar luogo, per dir così, automaticamente, a nuove conseguenze giuridiche. Sicché, l'ipotesi in cui determinate conseguenze giuridiche sorgano sulla base di preesistenti qualificazioni giuridiche in atto, non va confusa con quella in cui una norma assuma come presupposto di conseguenze giuridiche un contegno, non in quanto atto giuridicamente qualificato, ma in quanto fatto: in questa ipotesi non si ha più (come nella prima) il precitare di un elemento d'indole formale ad elemento di fatto, perché ciò che funge da presupposto

dica, quello cioè su cui si fonda la Giurisprudenza si dissolve e risolve solo nell'àmbito del problema filosofico fondamentale; psicologia o considerazione storico-politica non possono dare che l'*idem per idem*, perché si sviluppano sul medesimo piano dell'esperienza giuridica, ossia la riflessione dell'intelletto.

[30] Cfr. Levi, *Istituzioni*, cit. vol. II, pag. 15 e segg. Dissento, però dal L. nell'intendere le situazioni giuridiche come presupposti di rapporti giuridici. Come esempio di quanto si è accennato nel testo, si possono addurre gl'innumerevoli casi in cui degli obblighi sorgono unicamente ed esclusivamente in relazione a situazioni giuridiche ben definite: si ricordino gli obblighi che gravano sul proprietario di un fondo *ut sic*, senza che l'attività di quest'ultimo abbia contribuito minimamente al sorgere di questi obblighi: dal punto di vista del diritto privato, servitù, oneri reali, obbligazioni *ob rem*, etc., dal punto di vista del diritto amministrativo e fiscale, contributi di miglioria imposte e tasse etc. Ad ulteriore chiarimento, credo opportuno aggiungere che le nuove conseguenze giuridiche determinate dal precipitare delle qualificazioni in atto ad elementi di fatto, si riferiscono al soggetto delle prime: e che la qualificazione d'illiceità, per una peculiarità che sarà messa in luce a suo tempo, non può precipitare isolatamente ad elemento di fatto.

non è l'atto in quanto giuridicamente qualificato, ma una situazione di fatto costituita in tutto o parzialmente dal contegno: a tale situazione perciò, e non alla preesistente qualificazione giuridica, esauritasi in se stessa, la norma ricollega le conseguenze giuridiche[31].

Ora, poiché in indagini siffatte è indispensabile che non avvengano equivoci sul significato delle parole, è bene avvertire – dopo aver premesso che ogni presupposto (od elemento del presupposto) di conseguenze giuridiche è sempre *situazione* (od elemento della situazione) *di fatto*, e dopo aver distinto i due profili che la condotta od attività pratica dei *subjecti* presenta di fronte alla norma – che per *oggetto* di una figura di qualificazione giuridica intendo il contegno qualificato come obbligatorio, illecito o facoltativo (possibile); e per *contenuto*, la situazione di fatto instaurata o conservata attraverso il contegno. In questo senso, si può dire che la

[31] La terminologia tradizionale che parla di «fatti giuridici» come genere prossimo di varie specie, tra cui gli atti e i negozi giuridici, è del tutto ineccepibile: bisogna forse intendere il concetto con maggiore rigore, perché, come si vede dalla classe dei c.d. atti illeciti, s'insinua spesso il criterio che i contegni possano costituire presupposto di conseguenze giuridiche unicamente in ragione della loro qualificazione: mentre tali conseguenze hanno luogo esclusivamente in virtù di quella che alcuni penalisti tedeschi chiamano *Tatbestandsmässigkeit*. Ecco perché mi sembra assai discutibile introdurre nella analisi del reato l'estremo della c.d. antigiuridicità: ma su questo problema (sul quale v. Delitala, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, *passim*: Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, pag. 23 segg.) non posso qui dilungarmi. D'altro lato, mi sembra del tutto aberrante la tendenza (su cui v. Esposito, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Fabriano, 1930, pag. 185-7 e note) che vuol vedere nei negozi giuridici delle vere e proprie norme giuridiche, sicché (riferendoci, s'intende, al diritto statuale) l'attività negoziale dei privati diventa una specie di organo di legislazione delegata: concezione, questa, compatibile soltanto con quella «Stufenbau der Rechtsordnung (di ciò non sembra essersi accorto l'Esposito in *La validità delle leggi*, Padova, 1934, che critica la *St*., ma conduce alle estreme conseguenze il criterio fondamentale in essa implicito, che non si possa distinguere, cioè, tra norme e fatti ad aspetto normativo) che a me sembra radicalmente errata dal punto di vista formale, perché cancella la relatività della distinzione tra fatto e valore giuridico. Dalla circostanza che alcuni contegni rivelino il paradigma delle conseguenze giuridiche di cui la norma li abbia riconosciuto presupposti tipici (tale è una delle caratteristiche delle c.d. manifestazioni di volontà) non segue assolutamente che le conseguenze giuridiche scaturiscano «immediatamente» dalla volontà del privato. Questo non è un problema dommatico, ma un problema di teoria critica del formalismo giuridico: ma, anche in sede dommatica, la tesi combattuta arriva a conseguenze addirittura stupefacenti, perché dovrebbe logicamente concludere che p. es., l'art. 1218 Cod. Civ. ital. sia, almeno per la prima parte, del tutto superfluo. La verità è che i negozi non hanno altra funzione che quella di determinare l'*oggetto* ed il *contenuto* di conseguenze giuridiche: ma la fonte di queste è sempre nella norma che riconosce efficacia giuridica ai negozi. Per una lucida ed energica riaffermazione del criterio che la c.d. volontà del privato sia sempre ed in ogni caso un *quid facti* (nel dir. statuale) cfr. Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, pag. 57.

situazione-contenuto sia correlativa alla situazione-presupposto: e come la prima, unitamente o meno al contegno che l'ha posto in essere, sempreché rappresenti il verificarsi dell'ipotesi contenuta in una diversa norma, si trasformi, alla propria volta, in situazione – presupposto. Avvertenza che non può certamente ritenersi superflua, trattandosi di argomenti in cui possono avvenire trasposizioni di significato, con inevitabile danno per la chiarezza e, oserei dire, per la indispensabile "linearità" del ragionamento. È ovvio, infatti, che se una figura di qualificazione giuridica s'intende come "forma", il contegno investitone dovrà definirsi come "contenuto" e, viceversa, dovrà dirsi "oggetto" la situazione di fatto instaurata o conservata mediante il contegno. Ecco perché si è parlato di "figure" e non di "forme" di qualificazione giuridica.

Ciò posto, è opportuno ricordare la tesi avanzata nelle pagine precedenti: che la dommatica, cioè, non può sovrapporre una costruzione qualsiasi delle figure di qualificazione giuridica alla nozione puramente formale di queste, dato che tale nozione scaturisce direttamente dal criterio fondamentale che determina la qualificazione medesima: per quanti sforzi si facciano, la nozione formale rimane sempre alla base di ogni proposizione giuridica, sicché l'unico risultato tangibile di una indebita estensione della costruzione dommatica alla determinazione concettuale delle figure di qualificazione giuridica non può essere altro che una confusione di idee – come del resto si potrà vedere tra poco. Il vero "campo di osservazione" della dommatica – per adoperare una frase cònsona al linguaggio scientifico – è dato dalle situazioni-presupposto, dall'oggetto e dalle situazioni-contenuto delle figure di qualificazione giuridica: ciò che viene classificato, insomma, non è l'elemento formale che rimane al di là di ogni classificazione (come rimane al di là di ogni classificazione quello che si può chiamare il "ritmo" sillogistico dell'applicazione delle norme), ma l'elemento materiale – presupposto, oggetto e contenuto. Altro, insomma è la forma giuridica – che non viene determinata da ragioni di carattere storico, psicologico, teleologico e via dicendo, ma dalla posizione di esclusività che si attribuisce ad una norma o complesso di norme; altro è la materia, che viene individuata mediante l'interpretazione e l'analisi del contenuto dispositivo delle singole norme. Tale contenuto offre, volta per volta, gli elementi sui quali si esercita il lavoro di ricostruzione, ossia di generalizzazione e classificazione proprio della dommatica. Lavoro che, in un certo senso, è preparato già in parte del contenuto dispositivo delle norme, la cui parte ipotetica si fonda sempre su tipi o classi: questo spiega perché, non appena si prescinda dal deontologismo (cui si accennerà tra

breve), il contenuto dispositivo di una norma possa offrire l'aspetto di una proposizione scientifica[32].

15. L'enunciazione della tesi che la figura dell'obbligo giuridico si presenti con un carattere di priorità e di poziorità logica sulle altre figure di qualificazione è tutt'altro che nuova: se in questi ultimi tempi la tesi su detta ha ricevuto nuovo impulso dalla dommatica del diritto pubblico moderno, che più di una volta si è trovata di fronte ad obblighi cui non corrispondeva alcuna "pretesa"[33] – sebbene non ne sia stata tratta la conseguenza, logicamente inderogabile, di abbandonare la concezione dominante del rapporto giuridico[34] – il principio si può definire addirittura classico e di fondamentale importanza nella storia del concetto di legge[35].

In verità, nel concetto della norma come norma giuridica solo in quanto criterio esclusivo di regolarità, e perciò forma *necessaria* della scelta, secondo quel che si è cercato di mettere in luce nelle pagine precedenti, è già implicito il criterio che l'obbligo sia la figura di qualificazione giuridica preponderante sulle altre: tanto sulla qualificazione d'illiceità, quanto su quella della possibilità – o potere che si dica. Ed è questa la ragione per cui l'uniformità o regolarità di situazioni e di contegni, contenuta in una norma giuridica, non si pone sul medesimo piano ideale delle regolarità od uniformità dei "fenomeni", o "rapporti tra fenomeni", comprese in

[32] Cfr. su ciò Cesarini- Sforza, *Il conc. del dir. e la Giurispr. integrale*, cit., pag. 55 e segg. Allo stesso A. rimando per la questione dei c.d. concetti giuridici e l'esame delle varie concezioni (Brütt, Radbruch, Eltzbacher, etc.) che qui non è possibile esaminare.

[33] V. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pag. 85 (il quale ricorda, in nota, osservazioni in senso analogo del Cicu e del Carnelutti) e la sua conclusione contraria alla dominante concezione del rapporto giuridico.

[34] Ricorderò tra i molti il Kelsen, che, dopo aver accolto (elidendone giustamente del tutto il significato psicologico di cui è permeata) l'affermazione di A. Hold Von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, Jena, 1903, pag. 83 segg. spec. pag. 94, essere cioè il concetto di obbligo il «punto centrale del sistema giuridico», accede poi alla concezione tradizionale del rapporto giuridico, intendendolo però come «rapporto tra due fatti, dei quali l'uno consiste in un comportamento stabilito come dovere giuridico e l'altro in un diverso comportamento stabilito come autorizzazione» (*La dottrina pura del diritto*, trad. R. Treves, in *Arch. giur*., 1933, pag. 28 dell'estr.). Tra i nostri giuristi ricorderò il Ferrara, *Trattato di dir. civile italiano*, Roma, 1920, pag. 303, dove parla appunto del primato logico del concetto di obbligo, dopo essere partito dalla concezione tradizionale del rapporto giuridico (pag. 296-7).

[35] Ho già ricordato altrove (*La positività del diritto e il «valore pratico» delle norme di condotta*, Modena, 1930) come una delle più nette formulazioni di questo criterio si trovi (sulle orme di S. Tommaso) in Suarez.

una legge scientifica, ma si contrappone a queste ultime come regolarità o uniformità *deontologica*. Da ciò il deontologismo che costituisce il "senso fondamentale" della qualificazione giuridica, e, propriamente, ciò che la solleva a "valutazione": deontologismo in cui viene a riflettersi unilateralmente, ed in questo senso astrattamente, il deontologismo concreto del valore morale, il quale non può fermarsi alla conformità estrinseca, né, per conseguenza, appagarsi di schemi in cui l'assoluta individualità dell'operare deve inevitabilmente deformarsi e mutilarsi.

In linea strettamente formale, può dirsi che si ha un obbligo giuridico tutte le volte in cui una norma qualifichi un contegno come *necessario* rispetto ad una certa situazione di fatto: quest'ultima, dunque, è il presupposto *materiale* dell'obbligo, come la norma ne è il presupposto formale. In una nozione siffatta, è già implicito il criterio che la qualificazione di obbligatorietà abbia il proprio *punto di riferimento* nella situazione di fatto che determina il *vigore effettuale* della norma (ciò ha intuito bene il Kelsen): e non, quindi, in un soggetto diverso dall'obbligato – come sostiene, invece, la dominante concezione del rapporto giuridico.

Se si tien conto, perciò, di questa nozione formale dell'obbligo, non può dirsi esagerata la tesi sostenuta *in capite libri*, e cioè ch'essa nozione è stata sempre presupposta, o meglio *sottintesa*: l'analisi critico-gnoseologica non ha fatto qui che rendere esplicito ciò ch'è stato sempre implicitamente affermato. In fondo, finché non si è verificata una indebita estensione della dommatica alle figure di qualificazione giuridica, il significato delle espressioni "obbligo" o "dovere legale", "limitazione" e via dicendo, si è sempre aggirato sul criterio della *necessitas* posto in luce dal pensiero giuridico romano nella definizione dell'obbligazione a contenuto patrimoniale. È anche vero, però, che non di rado si è insinuata nel significato della necessarietà una sfumatura di ordine psicologico, per ciò stesso che la mancata consapevolezza della inversione compiutasi anche dal punto di vista psicologico con l'assumere la norma come criterio esclusivo di regolarità, ha, più o meno chiaramente, fatto ravvisare nell'obbligo una diminuzione di libertà in senso psicologico: il che, d'altro lato, non ha impedito il determinarsi di sfumature di significato in senso opposto, oggettivo, invece che soggettivo, nel senso cioè di "limitazione di libertà di azione". Da ciò le tendenze, da una parte, ad includere nella nozione dell'obbligo gli elementi, diciam così, corroboranti la diminuzione di libertà in senso psicologico (sanzione come "minaccia di un male"[36] etc.); e dall'altra, a ridurre la nozione dell'obbligo ad alcunché di negativo, il che,

[36] V. p. es., H. v. Ferneck, *op. cit.*, pag. 80; Carnelutti, *Lezioni*, cit., pag. 37.

come vedremo più tardi, non è altro che la generalizzazione di un aspetto della correlazione tra *oggetto* e contenuto dell'obbligo.

16. Salvo ad esaminare più tardi la confusione ingenerata da alcune invasioni della dommatica che hanno scambiato le *conseguenze* (ristrette a determinati gruppi di norme comprese nell'ambito di complessi normativi la cui giuridicità era stata, come sempre, postulata) della inosservanza di alcuni obblighi con *la ragione* degli obblighi medesimi, o addirittura della loro qualità di obblighi giuridici, si può stabilire, come logico corollario di quanto si è detto fin qui, la qualificazione di un contegno come obbligatorio dev'essere rivelata, anzitutto, dal significato della norma: la necessarietà del contegno, in altri termini, non può esser data che dal senso specifico del contenuto dispositivo della norma.

L'espressione "necessarietà" non è stata adoperata a caso, innumerevoli essendo le disposizioni contenute nei sistemi di norme tradizionalmente considerate come norme giuridiche, e non soltanto moderni (basta ricordare la *lex perfecta* del diritto romano) in cui si determinano le condizioni indispensabili (e in questo senso necessarie) per il sorgere o lo estinguersi di certe conseguenze giuridiche: tutte le volte in cui tali condizioni siano costituite da un contegno o da speciali modalità di un tipo di contegno (relative a qualità del soggetto o a peculiari "formalità") e il contegno, o non si verifichi, o sia disforme dalle modalità richieste dalla norma, non si ha l'antitesi della necessarietà, ossia l'arbitra rietà – non si ha, cioè, una condotta illecita – ma una *impossibilità* giuridica[37]. In questa ipotesi, la condotta del soggetto non viene in esame in quanto oggetto di giuridica qualificazione, ma in quanto *fatto*: ed ove la disformità alle condizioni fissate dalla norma costituisca ostacolo insormontabile al sorgere o all'estinguersi di certe conseguenze giuridiche, l'attività disforme viene considerata *tamquam non esset*: il che si risolve in una *finzione negativa*, conseguenza logica del principio della *subordinazione del fatto alla*

[37] Sull'argomento sono ormai classiche le pagine dello Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. ital., Milano, 1912, pag. 52; v. a. Levi, *Lecito, illecito, non tutelato*, in *Saggi*, cit., pag. 129 segg. Non mi sembra, però che la formula «non tutelato» cui ricorre il Levi possa essere sostituita all'espressione «impossibile» – anche se la lingua italiana non si avvantaggi delle distinzioni di significato tra *können, dürfen* e *mögen* di cui si avvantaggia la lingua tedesca – perché oltre i casi in cui l'impossibilità giuridica colpisce un atto facoltativo sono da ricordare anche quelli (sui quali v. oltre nel testo) in cui l'atto, lungi dall'essere facoltativo, era obbligatorio (basti ricordare, p. es., le nullità del processo penale – se non tutte, la maggior parte).

norma, ossia del principio che solo la norma conferisce efficienza giuridica ai presupposti della propria applicabilità, e che nessun fatto, perciò, possiede l'intrinseca virtù d'imporre alla norma la determinazione, o meno, di conseguenze giuridiche. L'annullamento dei c.d. atti giuridici non è dunque qualificazione di contegni, ma negazione di efficienza giuridica a contegni considerati non quali manifestazioni di attività giuridicamente qualificate, ma come elementi di fatto[38].

La necessità, come indispensabilità o inderogabilità di certi presupposti di fatto per il sorgere o estinguersi di figure di qualificazioni giuridiche, non va confusa, in altri termini, con la necessarietà di un contegno rispetto ad una situazione di fatto: questa è la figura fondamentale della qualificazione giuridica, quella non dà luogo, *ut sic*, a qualificazioni: né l'impossibile costituisce una figura di qualificazione cui si possa dar posto accanto alle altre. In secondo luogo, poi, mentre è affermata la realtà giuridica del contegno contrario all'obbligo, tale realtà è negata all'impossibile: ecco perché si è parlato di finzione negativa.

17. Tutto ciò si vede ancor meglio non appena si fermi l'attenzione sulla figura dell'illiceità – ché, del resto, può dirsi ormai pacifica la irriducibilità della nozione dello impossibile a quella dell'illecito. Qui d'altronde, comincia a scorgersi chiaramente la "poziorità" della figura dell'obbligo sulle altre. Mentre la qualificazione di obbligatorietà di un contegno, siasi esso verificato, sia ancora da verificarsi, può essere chiamata "autosufficiente", ogni qualificazione di illiceità non significa elisione, ma riaffermazione della qualificazione di obbligatorietà. I giuristi sanno benissimo che il verificarsi di un contegno da qualificarsi illecito secondo una certa norma non implica *eo ipso* l'estinzione dell'obbligo non adempiuto, potendo darsi benissimo il caso che la situazione-contenuto dell'illecito non abbia distrutto l'efficacia della situazione-presupposto che è la stessa, sia per l'obbligo, che per l'illecito – mentre l'antitesi si verifica rispetto all'oggetto e alla situazione-contenuto. In questi casi, un adempimento successivo al verificarsi dell'illiceità può anche elidere la situazione-contenuto di questa: comunque, poiché queste ipotesi riguardano la dommatica e non la teoria critica del formalismo giuridico, è da rilevare che, sempre ed in ogni caso, la qualificazione di illiceità importa riaffermazione della qualificazione

[38] Non si può definire ciò come «irrilevanza» (Jellinek, *op. cit.*, pag. 53) se non riferendoci al *fatto*: ma gli atti che danno vita a questo non possono dirsi irrilevanti giuridicamente, perché sono sempre qualificati come possibili o come illeciti.

di obbligatorietà, indipendentemente dalla circostanza se l'obbligo possa ancora essere osservato o meno.

Ciò val quanto dire che la qualificazione d'illiceità, pur esaurendosi in se stessa, come le altre figure, non può considerarsi come indipendente rispetto alla qualifica di obbligatorietà: sicché è da escludere ch'essa possa precipitare ad elemento di fatto e quindi a situazione od elemento di situazione-presupposto di conseguenze giuridiche riferibili al soggetto comportatosi illecitamente[39]: ciò che può precipitare al livello di situazione-presupposto è precisamente l'oggetto, insieme o meno al contenuto della qualificazione, ossia il contegno unitamente o meno alla situazione di fatto instaurata o conservata mediante il contegno medesimo; sempreché, s'intende, vengano ipotizzati come elementi di fatto per il sorgere di nuove conseguenze giuridiche (riferite al soggetto versante *in re illicita* o ad altri soggetti) da una norma diversa da quella che ha determinato la qualificazione d'illiceità. Una qualificazione d'illiceità, in altri termini, è logicamente subordinata ad una preesistente qualificazione di obbligatorietà che viene perciò ad essere riaffermata: ciò che del resto può dirsi implicito nella riduzione della qualificazione d'illiceità allo schema dell'arbitrario secondo una norma: l'arbitrarietà non è che il riconoscimento *a contrario* della necessarietà.

Ora, il punto più delicato della distinzione tra illecito ed impossibile è precisamente nella concomitanza dell'uno e dell'altro. Tutte le volte, cioè, in cui sia obbligatorio un contegno avente per contenuto una situazione di fatto costituente il presupposto di alcune conseguenze giuridiche la mancata osservanza dell'obbligo importa, normalmente, il mancato prodursi delle conseguenze giuridiche. Sembrerebbe, qui, che illecito ed impossibile debbano coincidere: ma, dal punto di vista formale, non è così, perché altro è la illiceità del contegno, altro la sua inefficacia a determinare quelle conseguenze giuridiche. La norma, in altri termini, scinde nettamente la qualificazione del contegno dalla efficacia di questo rispetto a certe conseguenze giuridiche: la qualificazione del contegno come illecito, non esclude ch'esso possa, da un lato, costituire la situazione presupposto di conseguenze giuridiche determinate (si pensi, p. es., alle conseguenze giuridiche che possono ricadere sul magistrato o sul pubblico ufficiale in genere che non abbia osservato, nell'emanare un atto alcune formalità cui egli era tenuto) mentre, dall'altro lato, in quanto presupposto tipico di altre conseguenze giuridiche, l'attività svolta in modo da non realizzare le condizioni richieste dalla norma per il sorgere di quelle conseguenze viene

[39] V. nota a pag. 47.

considerata "nulla", ossia *come se* non fosse avvenuta. Si sa, d'altra parte, che nulla toglie *a priori* che una norma possa considerare un contegno come efficiente a produrre conseguenze giuridiche, malgrado, che proprio in relazione a tali conseguenze la norma abbia determinato un obbligo di astenersi da quel tipo di contegno: in questi casi può darsi benissimo che, pur con la qualificazione del contegno come illecito, le conseguenze giuridiche si producano ugualmente[40]. Ciò conferma che la qualificazione dei contegni è del tutto indipendente dalla loro efficacia a costituire validi presupposti di conseguenze giuridiche.

18. Riassumendo brevemente quanto si è osservato a proposito dell'obbligo e dell'illecito, si può dire che essi hanno identità di presupposto e antitesi di oggetto e di contenuto; e che il secondo rimane logicamente subordinato al primo, in quanto la qualificazione d'illiceità è la riaffermazione *a contrario* di una qualificazione di obbligatorietà. Rimane da esaminare, adesso, la terza figura di qualificazione giuridica, ossia la "possibilità".

Nella dominante concezione del rapporto giuridico come schema fondamentale delle connessioni logiche tra le figure di qualificazione giuridica, fa capolino, di solito, il criterio che il potere o possibile debba ritenersi il *recto* di quel *verso* costituito dall'obbligo. Criterio dal quale traspare chiaramente la generalizzazione delle obbligazioni a contenuto patrimoniale: ossia una costruzione dommatica sollevata al livello di nozione formale della Giurisprudenza. In verità, il rovescio dell'obbligo è l'illecito: non il possibile o potere che rimane una figura d'indole *complementare* rispetto a quella dell'obbligo, perché la necessarietà non implica *esclusione*, ma *inclusione* della possibilità giuridica: ciò che conferma ancora una volta il primato logico dell'obbligo sulle due altre figure di qualificazione. La necessarietà del contegno non è in antitesi, in altri termini, con la possibilità: la prima contiene già in sé la seconda ed è appunto per ciò che ogni contegno obbligatorio, o contegno "dovuto" si definisce come "lecito" al pari di ogni contegno meramente facoltativo (ma tutto questo non significa che possa parlarsi, dal punto di vista formale, di un "diritto di adempiere il dovere").

Ciò premesso, è opportuno richiamare brevemente il punto di partenza di queste indagini: se la norma è norma giuridica in quanto criterio esclusivo di regolarità e quindi forma necessaria della scelta, il che implica

[40] Oltre l'ipotesi classica della *lex minus quam perfecta* (ricordata anche dallo Jellinek, *op. cit.*, pag. 54), viene spesso e giustamente ricordato il caso previsto dall'art. 128 Cod. Civ. ital.

il suo "ruolo" di limite della possibilità d'iniziativa nei *subjecti* alla norma medesima, il possibile in senso giuridico è precisamente ciò che *residua* dalla limitazione. E fin qui non si vede come possano essere sorte le difficoltà che s'incontrano nella determinazione dei concetti di lecito, potere giuridico, diritto soggettivo: difficoltà la cui genesi è appunto nell'influsso della nota della bilateralità e nella teoria del rapporto giuridico, dove è implicito il criterio che il possibile sia non tanto il residuo della limitazione determinata dall'obbligo, quanto il *riflesso* dell'obbligo di un altro soggetto[41]. Fin che si vede, in altri termini, nella mera liceità di un contegno, il riflesso dell'obbligo riferito ad un soggetto diverso dall'autorizzato, o facultizzato che si dica, ci si troverà sempre alle prese con costruzioni dommatiche allargate e stirate da ogni parte, ma assolutamente incapaci a sostituirsi alla nozione formale delle figure di qualificazione giuridica. L'errore nasce, infatti, dall'aver trasferito in sede, per dir così, di elemento formale, una considerazione ineccepibile in sede di dommatica, ma che non può andare oltre i limiti di questa; la dommatica, nel parlare di obbligo o di diritto di un soggetto "verso" o "contro" un altro soggetto, non pregiudica la nozione formale dell'obbligo o del potere (e queste rimangono, come si è detto, sottintese), perché in realtà si riferisce alla situazione-presupposto o alla situazione-contenuto dell'obbligo o, del potere. Formalmente, infatti, la qualificazione di un contegno è del tutto distinta dalla "direzione" o punto di riferimento materiale del contegno medesimo: la dommatica, che deve lavorare sulle situazioni-presupposto, sull'oggetto e sulle situazioni contenuto delle figure di qualificazione giuridica, deve dare il massimo rilievo a queste considerazioni, sicché, quando si crede di poter arrivare alle nozioni formali della Giurisprudenza attraverso l'astrazione generalizzatrice che prolunga il procedimento logico della dommatica, si finisce col riportare in sede di teoria critica del formalismo, nozioni del tutto estranee all'indole di questo. Ora, dal punto di vista formale, l'obbligo, l'illecito e il potere o possibile, riferiti ad un soggetto, non sono "verso" o "contro" un altro soggetto: la facoltà o possibilità di un soggetto di assumere un certo contegno non è un riflesso dell'obbligo, riferito ad un altro soggetto, di comportarsi in guisa corrispondente, perché l'interferenza non sussiste tra

[41] Di questo preconcetto sono stato vittima anch'io, e quel ch'è peggio, ne ho abbozzato una deduzione speculativa (in *Contributi ad una critica gnoseologica della Giurisprudenza*, I, Roma, 1925, pag. 114 *[qui a pag. 102, n.d.c.]*). Altri, al contrario sostengono che gli obblighi siano il riflesso dei diritti: v. p. es., Esposito, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, cit., pag. 54 e la dottrina ivi citata: ma, francamente, non mi sembra che la «realtà della vita», invocata dall'Esposito, possa suffragare una simile tesi, neanche se la portata della tesi si restringa solo ad alcuni diritti.

le figure di qualificazione, ognuna delle quali ha come punto di riferimento una certa situazione di fatto e non la qualificazione, in quanto tale (in quanto cioè non sia precipitata ad elemento di fatto) riferita ad un altro soggetto: l'interferenza, come corrispondenza o coincidenza tra due o più attività giuridicamente qualificate inerisce all'elemento materiale, ossia al presupposto, all'oggetto e al contenuto delle figure di qualificazione.

Su ciò, del resto, si avrà agio di tornare brevemente tra poco: per il momento, è opportuno rilevare che la *vexata quaestio* relativa all'ammissibilità o meno di contegni giuridicamente indifferenti, cioè insuscettibili di qualificazione giuridica, non può essere impostata sulle basi tradizionali e cioè *in abstracto*, ma dev'essere guardata, volta per volta, in relazione ad un complesso di norme assunte come criteri esclusivi di regolarità[42]. In astratto si può dire soltanto questo: che non si possono, cioè, determinare *a priori* tipi di contegno radicalmente insuscettibili di una qualificazione *sub specie iuris*[43]. Quello che è "adiaforo" in relazione ad un certo complesso di norme giuridiche, può essere minutamente regolato da un altro complesso di norme, che, se assunte come criteri esclusivi di regolarità, saranno norme giuridiche, escludendo *eo ipso* la giuridicità delle prime: ed in tale ipotesi, ciò che appariva adiaforo potrà avere una giuridica qualificazione, anche se questa non consista nell'obbligatorietà.

Anche a proposito del possibile, in fondo, è da ripetere l'osservazione fatta nei riguardi dell'obbligo: bisogna non dimenticare, cioè, che dal punto di vista formale il *senso* della norma si presuppone come già determinato. Se ogni norma, in quanto criterio esclusivo di regolarità e quindi norma giuridica vien sollevata da fatto a valore, e da materia a forma necessaria di scelta, e quindi a limite *a quo* della possibilità d'iniziativa, la sfera entro la quale viene circoscritta la limitazione dell'iniziativa non può essere stabilita che in base all'accertamento del senso delle norme. Si sa benissimo, p. es., che vi sono stati e vi sono dei complessi di norme la cui origine religiosa, non esclude ch'esse possano essere *pertractatae sub specie iuris*[44], cioè assunte come criteri esclusivi di regolarità: ora, il senso

[42] La letteratura, sull'argomento, può dirsi addirittura imponente: v. un saggio in Esposito, *Lineamenti*, cit., pag. 55 e note 27 e 28. Per una corretta – nelle sue linee fondamentali – impostazione del problema v. le osservazioni del Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pag. 124-5.

[43] Dissento perciò dal Levi, *Lecito, illecito, non tutelato*, cit. pag. 134, perché dalla esatta premessa che nessun contegno possa dirsi insuscettibile di giuridica qualificazione, non discende affatto la conseguenza che ogni contegno non possa non avere, in relazione a qualsiasi gruppo di norme, una qualificazione giuridica.

[44] Mi riferisco principalmente alla religione ebraica e a quella maomettana. Cfr. nel senso

fondamentale di queste norme è l'intento di disciplinare, di "dirigere" *ab initio usque ad finem* l'attività dell'individuo, sicché non vi è momento o aspetto dell'attività di questo in cui venga meno la sua *subjectio* alla norma: cercare qui il giuridicamente (o – che è lo stesso – legalmente) adiàforo, è impresa contro cui osta appunto il senso fondamentale delle norme in parola, perché ciò varrebbe quanto interrompere, almeno per un momento, la *subjectio* dell'individuo alla norma. Ciò, naturalmente, impone uno sforzo di astrazione generalizzatrice, perché ogni contegno possa essere ricondotto allo schema di ciò che residua da una limitazione della possibilità d'iniziativa: sforzo, del resto, non dissimile da quello che si fa, p. es., nel ricondurre ogni contegno che non sia in antitesi con l'oggetto di un obbligo di "non facere" ad osservanza dell'obbligo medesimo.

La questione è stata fatta principalmente nei riguardi dei sistemi statuali moderni: ed anche a proposito di questi, nessun criterio di massima può essere enunciato *a priori*: parlare di tendenze a disciplinare ogni possibilità d'iniziativa, sottoponendo i *subjecti* a limitazioni in tutti i rami immaginabili di attività, significa mantenersi nell'àmbito dei "su per giù" e dei "press'a poco". Dal punto di vista formale, si può dire soltanto che il possibile, come residuo di limitazione, è sempre relativo ad una situazione di fatto che sia direttamente o indirettamente ipotizzata da una norma: di fronte a situazioni di fatto che non rientrino in alcun modo nelle ipotesi normative, si deve parlare soltanto di una possibilità *de facto*, che, per ciò che si riferisce all'attività del *subjectus*, è priva di giuridica qualificazione[45]: ma ciò non esclude, d'altra parte, che quest'attività possa costituire la situazione-presupposto dell'obbligo di un altro o di altri soggetti: in questo caso, però, è evidente come ci si trovi di fronte ad un presupposto di obblighi giuridici, ossia ad un *quid facti*, non ad una qualificazione giuridica dell'attività che costituisce tale presupposto[46].

che l'indole religiosa della norma non escluda ch'essa possa essere considerata come norma giuridica, Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, rist. Bologna, 1912 nota a pag. 62. Ma non si può dire che le stesse norme possano considerarsi, come norme morali se l'azione da esse comandata venga «riguardata nell'ordine di un soggetto» (evidentemente inteso come soggetto empirico) ed apparisca «eticamente necessaria» (pag. 62 testo).

[45] Cfr. su ciò Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pag. 125, 181, 187 segg.

[46] Su ciò tornerò tra breve, a proposito della libertà in senso giuridico. Resti comunque ben chiaro che altro è l'ipotesi in cui l'attività costituisce la situazione-presupposto di un obbligo a contenuto negativo, e altro quella in cui, non l'attività, ma la situazione-contenuto di un contegno giuridicamente qualificato viene considerata come situazione-presupposto di conseguenze giuridiche riferite, sia al soggetto agente, sia ad altri soggetti.

19. Altro, dunque, è dire che non è concepibile un qualsiasi tipo di contegno insuscettibile di disciplina normativa, altro è il voler trovare ad ogni costo la qualificazione di un contegno rispetto a qualsiasi gruppo di norme assunte come criteri esclusivi di regolarità. Che la direzione o limitazione *a quo* della possibilità d'iniziativa sia qualcosa di logicamente limitato, perché in fondo implica sempre la relazione tra un "discreto" – la norma – ed un " continuo" – l'attività di un soggetto – è fuori discussione: ma che il "residuo" sia sempre formalmente qualificato è questione che non si può sollevare *in abstracto*, e che bisogna risolvere volta per volta in relazione ad un determinato sistema di norme assunte come giuridiche: per alcuni sistemi, come abbiamo accennato, si può risolvere positivamente; per altri si deve certamente risolvere con una risposta negativa.

Si può osservare, del resto, che la stessa soggettività o personalità giuridica, non sempre coincide *in toto* con la personalità od individualità in senso empirico (quella individualità "fisica" cui tien fermo lo sguardo il senso comune): soggettività o personalità giuridica significa, come si sa, "punto di riferimento di attività giuridicamente qualificabile" e sotto questo punto di vista, com'è noto ed arcinoto, vi è solo differenza di "substrato" e perfetta identità formale, tra "persone fisiche" e "persone giuridiche". Sicché, tutte le volte in cui l'individuo – in senso empirico – svolge la propria attività in relazione a situazioni di fatto che non rientrano in alcuna tra le ipotesi contemplate da un certo complesso di norme assunte come norme giuridiche, egli non agisce come soggetto giuridico[47]: il che non vuol dire, come potrebbe forse pensare qualche erede della mentalità dell'indimenticabile Don Ferrante del capolavoro manzoniano, che l'individuo, non essendo più, o non essendo ancora soggetto, divenga "oggetto". Senza limitazione *a quo* o direzione tipica dell'iniziativa, non si ha qualificazione giuridica, sicché il principio: ciò che non sia giuridicamente vietato o imposto deve ritenersi giuridicamente permesso, non può essere sollevato all'altezza di nozione formale del pensiero giuridico, perché rispetto ad alcuni complessi di norme postulabili come norme giuridiche, vi sono esplicazioni di attività che non sono certamente obbligatorie, ma che con altrettanta certezza non possono dirsi autorizzate, ossia formalmente possibili.

Stabilito, perciò, che è perfettamente concepibile, di fronte ad un determinato complesso di norme giuridiche una folla di contegni possibili

[47] Credo che questo criterio, puramente formale, abbia però una qualche importanza per comprendere meglio le sfumature e le gradazioni che la storia giuridica mostra in tema di personalità e di capacità giuridica. La personalità giuridica coincide sempre con l'attività giuridicamente qualificata: quando non si abbia questa coincidenza, si ha un *quid facti*.

materialiter, in quanto, cioè, il significato delle norme indichi che quei contegni non sono autorizzati ma ignorati – il che presuppone che il significato delle norme sia stato accertato come tale da non consentire la riduzione (attraverso il procedimento di astrazione indispensabile alla c.d. attività di sussunzione) di qualsiasi situazione di fatto ad esemplare, sia pure imperfetto ed incompleto, delle situazioni direttamente o indirettamente[48] ipotizzate dalle norme medesime – ci si può rendere conto del significato e del valore delle classificazioni dommatiche che sembrano avere per oggetto figure di qualificazione giuridiche. Ciò potrebbe dare l'impressione di un conflitto inconciliabile con la tesi enunciata a suo tempo: essere cioè la nozione formale delle figure di qualificazione giuridica al limite di ogni classificazione d'indole dommatica; ma il conflitto non sussiste, perché la dommatica non classifica figure di qualificazione, e in particolar modo poteri, o facoltà che si dica, in relazione alla nozione formale, bensì in relazione alle loro situazioni-presupposto e alle loro situazioni-contenuto Sotto questo profilo, ci si può spiegare perché la dommatica moderna dia talvolta l'impressione di avere relegato nel museo delle antichità quel concetto di «facultas agendi» che ha servito benissimo il pensiero giuridico per tanti secoli (ma in realtà neanche la dommatica moderna lo abbandona, perché lo sottintente): la nozione di facoltà, possibilità, potere, (espressioni che dal punto di vista formale sono equivalenti) essendo al limite delle classificazioni, non costituisce un tipo dommaticamente apprezzabile, ma solo il genere prossimo di una serie di tipi. Il tipizzamento, perciò, delle molteplici *facultates* avviene sulla base di considerazioni attinenti all'elemento materiale.

20. Da questo punto di vista, è facile spiegarsi l'enorme importanza che la dommatica deve attribuire alla distinzione tra "potere giuridico" e "diritto soggettivo"[49]: distinzione fondata appunto sulla considerazione

[48] Indirettamente, s'intende, rispetto a quella che potrebbe dirsi l'interpretazione immediata ed a sistematica del contenuto-dispositivo della norma. In altri termini, i limiti oltre i quali cessa del tutto la *subjectio* (sì che il possibile non è più il residuo formale delle limitazioni) non possono essere stabiliti che attraverso l'interpretazione della norma: interpretazione che è sempre dominata da uno «spirito» coerente all'indole e alla funzione storica delle norme. Ma su ciò mi riservo di tornare in altro studio.

[49] Anche qui la letteratura è enorme e non mi pare che sia il caso di appesantire ulteriormente la trattazione. Le più recenti discussioni del problema sono in Pugliatti, *Esecuzione*, cit., pag. 23-86, e Cicala, *Il rapporto giurid.*, cit., pag. 473 segg. L'espressione «diritto potestativo» mi sembra pleonastica.

della situazione-contenuto delle *facultates*. Attraverso le divergenze e le sfumature di opinioni, il significato di tale distinzione è, infatti questo: poteri giuridici sono le facoltà in cui la situazione di fatto instaurata viene ipotizzata come situazione-presupposto di conseguenze giuridiche riferibili, prima che al soggetto facultato, ad altri soggetti[50]; diritti soggettivi, invece, sono le facoltà il cui contenuto coincide senza residuo con il contenuto dell'obbligo riferito ad un altro o ad altri soggetti, mentre, al contempo, la facoltà stessa viene a costituire (v. n. 14) elemento del presupposto dell'obbligo[51]: la situazione di fatto che *può* essere instaurata o conservata da parte di un soggetto coincide *in toto* con la situazione di fatto che *deve* essere instaurata o conservata da un altro o da altri soggetti. La c.d. pretesa che, generalizzando dal solito schema dell'obbligazione a contenuto patrimoniale, si è voluta considerare come il contrassegno del diritto soggettivo in senso stretto, non è che una proiezione, per così

[50] Da questo punto di vista si può dire che la concezione dominante sul criterio distintivo tra diritto privato e diritto pubblico esprima, sia pure imperfettamente, il criterio che, mentre vi sono norme che non attribuiscono ad un soggetto la possibilità di porre in essere validi presupposti per il sorgere di obblighi in altri soggetti, più di quanto questi non possano fare in confronto del primo: ve ne sono altre che attribuiscono tale possibilità ad alcuni soggetti, escludendone altri: questi, perciò, sono in condizione d'inferiorità rispetto ai primi. Cfr. per un criterio analogo, Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., pag. 48-9. Bisogna indagare volta per volta, però, se il soggetto investito del c.d. *imperium* non esplichi un'attività qualificata come obbligatoria, anziché semplicemente possibile; e bisogna sopratutto tener presente che non basta una disposizione generica per costituire una norma giuridica vera e propria: la teoria della struttura a gradi, pur partendo dalla distinzione tra norma, fatto e conseguenza giuridica, finisce col cancellarla, attribuendo agli atti amministrativi, alle sentenze e ai negozi giuridici il valore di norme, mentre essi costituiscono presupposti di fatto per il sorgere di conseguenze giuridiche: il fatto può assumere benissimo l'aspetto di una norma, senza, perciò, essere norma giuridica in senso proprio.

[51] Né questa è la sola ipotesi in cui la facoltà precipita al livello di elemento di fatto: ciò si verifica, p. es., anche nel c.d. trasferimento dei diritti, quando la sussistenza del diritto nell'alienante sia un presupposto indispensabile perché possa parlarsi di trasferimento e non di acquisto originario. Noto di passaggio che la distinzione fra trasferimento e acquisto originario non va oltre il campo della dommatica, perché dal punto di vista formale non si può parlare di trasferimento di una figura di qualificazione da un soggetto ad un altro, ognuna sorgendo sempre sulla base di una situazione di fatto ipotizzata da una norma. La dommatica, appunto perché ha sempre di mira le situazioni-presupposto e le situazioni-contenuto delle figure di qualificazione giuridica non può far a meno di distinguere, anzitutto, tra i vari tipi di situazioni-presupposto, per cui l'*insula in flumine nata* o la *inventio rei derelictae* non possono identificarsi pienamente col negozio traslativo: e d'altra parte, mira evidentemente al contenuto della qualificazione quando parla dello «stesso» diritto: perché evidentemente ciò che rimane identica (nel trasf.) è la situazione di fatto che può essere instaurata o conservata. Sull'argomento cfr. Pugliatti, *Esecuzione forzata*, cit., pag. 102 segg. e la dottrina ivi ricordata.

dire, della considerazione psicologico-empirica sostituita al punto di vista formale[52]: ma quand'anche si costruisca uno speciale tipo di rapporto tra oggetto e contenuto di alcune facoltà, battezzandolo come "pretendere" o "esigere" (perché non vi è altro modo d'impostare il problema elidendo ogni sottinteso di ordine psicologico-empirico) bisognerà poi riconoscere che, specialmente nel diritto pubblico moderno, vi è una folla di obblighi di "pretendere" od "esigere" che non trasformano certamente l'obbligo in potere, perché, mentre il mancato pretendere od esigere, riferito alla facoltà, è un modo di esplicarsi della facoltà medesima, il mancato pretendere od esigere, configurato in relazione agli obblighi suddetti, costituisce un contegno illecito. Né, meno ancora, è sostenibile, in queste ipotesi, una coincidenza di facoltà ed obbligo nello stesso soggetto[53], perché, se è vero che la nozione del possibile è inclusa in quella del necessario (dal punto di vista formale), è ugualmente indubitabile che la qualificazione di obbligatorietà è *assorbente* rispetto a quella di possibilità: obbligo e potere non coesistono sul medesimo livello perché l'obbligo supera e risolve in sé il potere: e ciò si badi, anche quando la norma abbia rimesso in certa misura all'obbligato l'apprezzamento di alcuni elementi costitutivi della situazione-presupposto, oppure abbia lasciato un "margine" più o meno ampio di scelta tra diversi comportamenti[54] compatibili con la situazione

[52] Ciò a prescindere dall'altra difficoltà, ossia, che in fondo il concetto della pretesa presuppone l'avvenuta «violazione»: che è sempre il solito modo, per dirla con Hegel, di guardare il diritto per la via traversa del torto. Né credo che la difficoltà si possa girare distinguendo una pretesa astratta da una pretesa concreta, come sostiene il Cicala, *Il rapporto giuridico*, cit., pag. 143 segg.

[53] Di ciò, del resto, si sono accorti non pochi scrittori: cfr. per tutti Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi* (in Orlando, *Trattato di diritto amm. ital*. vol. I) pag. 195-6; v. a. Ferrara, *Trattato*, cit., 304, il quale, però, accoglie il criterio della duplicazione criticato nel testo (pag. 305).

[54] Questa mi sembra la spiegazione logica del c.d. potere discrezionale che non avrebbe senso se riferito alla figura del possibile, la «discrezionalità» essendo inerente ad ogni possibilità. Sull'argomento, cfr. da ult. Levi, *Attività lecita e attività discrezionale amministrativa*, (Estratto dagli *Studi in onore di Federico Cammeo*) Padova, 1932. Ma non concordo col L. nel considerare la c.d. attività discrezionale come attività meramente lecita: in questo caso la espressione «discrezionale» sarebbe del tutto pleonastica rispetto a «potere» e in realtà, buona parte della dottrina giuspubblicistica si è orientata verso la concezione del potere discrezionale come attività inerente all'osservanza di obblighi, salvo magari a parlare di funzioni (così, p. es., Romano, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933. pag. 74) per evitare la doppia qualificazione di obbligatorio e facoltativo nello stesso contegno. Comunque, le due ipotesi accennate nel testo credo rimangano logicamente ben distinte: altro sono i casi in cui la norma considera come obbligatorio un contegno, pur lasciando all'obbligato l'apprezzamento di alcuni elementi cui viene subordinato il sorgere dell'obbligo, altro

di fatto che debba essere instaurata o conservata. Né, infine, la difficoltà può essere girata sdoppiando la qualificazione del contegno, asserendo, cioè, che un contegno apparisca come obbligatorio in relazione ad un soggetto e facoltativo rispetto ad un altro, perché, a parte i casi in cui riesce impossibile trovare il soggetto rispetto al quale il contegno debba apparire come obbligatorio, tutto quello che si è detto fin qui è ostacolo insormontabile all'accoglimento di una simile tesi: l'obbligo, dal punto di vista formale, (e lo stesso deve dirsi della facoltà) non è "verso" un altro soggetto, né una qualificazione può mai essere il riflesso di un'altra. Direzioni, riferimenti e "riflessi" delle figure di qualificazione giuridica, sono elementi estranei all'indole del punto di vista formale, appunto perché sono intrinseci all'elemento materiale – presupposto, oggetto e contenuto.

Analogamente a quanto si è osservato a proposito della distinzione cui è stata costretta a ricorrere la dommatica moderna tra potere giuridico e diritto soggettivo (distinzione che sottintende, superfluo dirlo, la nozione del possibile), si può ricordare che la distinzione tra diritti soggettivi ed "interessi" impostasi ai cultori del diritto amministrativo, trae sempre la propria origine dalla considerazione dell'elemento materiale: perché non occorre molto acume per vedere come la detta distinzione, pur essendo sorta sulla base del criterio fondamentale cui s'informa la teoria del rapporto giuridico, abbia messo in luce una eccezione di non lieve

quelli in cui, pur essendo ben determinati i presupposti di fatto, vi sia un margine di scelta rispetto alla situazione da instaurare o da conservare (non mi sentirei del tutto tranquillo, però, identificando la prima ipotesi con la c.d. discrezionalità pura e la seconda con la c.d. discrezionalità tecnica): logicamente distinte, ma non escludentisi a vicenda, perché, mentre la prima può implicare a volte la seconda, questa esclude *per definitionem* la prima. In altri termini, sembra a me che dal punto di vista formale, la discrezionalità presupponga sempre ed in ogni caso un obbligo: l'atto esercitato discrezionalmente rimane sempre un «atto dovuto». Se, da un punto di vista storico o politico, la possibilità di apprezzamento delle condizioni di fatto ipotizzate per il sorgere di un'attività obbligatoria può dare la impressione che quest'attività debba qualificarsi come meramente lecita, ossia rimessa all'iniziativa del soggetto, non credo che si possa trasferire *sic et simpliciter* questo criterio nell'àmbito strettamente formale. Non si dimentichi che, mentre l'inattività è legittimata dal potere, anche se non ne costituisca esercizio in senso stretto, l'obbligo di esercitare una certa attività implica la qualificazione d'illiceità in caso di inattività. In altri termini, se l'esecuzione di un obbligo si comporta in pratica *come* l'esercizio di un diritto, non bisogna scambiare quest'apparenza con la qualificazione strettamente formale. Per conto mio, sarei propenso ad esprimere con un paragone la differenza tra gli obblighi cui sia inerente la discrezionalità e gli obblighi dai quali sia esclusa ogni discrezionalità: essi, direi, hanno tutti l'aspetto circolare, ma alcuni sono anelli, altri sono discoidi compatti. Qui, naturalmente, debbo ricordare quanto ho osservato al principio del num. 16, ossia che è sempre decisivo il senso specifico del contenuto dispositivo della norma, perché si possa parlare di obbligo.

importanza rispetto a tale criterio. Si è cominciato, anzitutto, con l'incrinare il principio del necessario parallelismo tra diritto ed obbligo, ammettendo che gl'interessi non si comportino come diritti di fronte ad alcuni obblighi, nel senso, cioè che l'iniziativa del soggetto dell'interesse non abbia quella efficacia decisiva che avrebbe la c.d. pretesa nei riguardi dell'obbligo: il che, del resto, è tutt'uno col riconoscere la concepibilità di obblighi senza diritti che vi corrispondano. Ma in realtà, nella distinzione tra diritto ed interesse, si è messa in luce una peculiarità del contenuto di alcune facoltà, che incidono nel contenuto di alcuni obblighi, senza che l'incidenza possa dirsi totale coincidenza, sopratutto quando la situazione-contenuto dell'obbligo sia incommensurabile, per così dire, rispetto alla situazione-contenuto della facoltà, essendo la seconda una parte o frammento della prima. Ma si è altresì messo implicitamente in luce che non sempre la facoltà di un soggetto precipita ad elemento del presupposto dell'obbligo riferito ad un altro soggetto[55]: ciò che è stato intuìto, ma in relazione all'elemento materiale, quando si è detto che in simile ipotesi l'obbligo di un soggetto (lo Stato od altro "ente pubblico") non deve considerarsi come obbligo "verso" il soggetto dell'interesse: proposizione, questa, la cui premessa è incompatibile col punto di vista formale. Comunque, anche in questa distinzione rimane sempre sottinteso il genere prossimo "possibilità", o facoltà che si dica; il criterio distintivo è dato dal modo in cui alcune norme hanno disposto in merito all'atteggiarsi del contenuto di alcune facoltà in relazione al presupposto o al contenuto di alcuni obblighi.

21. Cade, così, tutto il fondamento dello schema tradizionale del rapporto giuridico[56]: le ipotesi cui si è rapidamente accennato costituiscono

[55] Una gradazione nella c.d. tutela degl'interessi e problema di stretta competenza della dommatica: mi sembra indubbio, però, che qualche volta si scambi per una figura di qualificazione giuridica la pura e semplice utilità che lo svolgimento di un'attività obbligatoria, considerata nel suo contenuto può avere per altri soggetti, diversi dall'obbligato: in queste ipotesi, l'interesse non rientra certamente nello schema del possibile, ma è un *quid facti* che potrà avere rilievo nella costruzione della situazione-presupposto o della situazione-contenuto dell'obbligo. Sul concetto di tutela dell'interesse come esplicazione teleologica delle figure di qualificazione giuridica, v. Capo IV.

[56] Questo non significa certamente che non debba parlarsi, nell'àmbito della dommatica, di rapporti giuridici, ma che si debba evitare d'intenderli come interferenze di diritti e di obblighi, e sopratutto che debba sempre escludersi la concepibilità di una figura di qualificazione giuridica riferita ad un soggetto come il riflesso di qualificazione giuridiche riferite ad altri. È da osservare poi, che in alcune discipline giuridiche il concetto di rapporto giuri-

la riprova della inadeguatezza di ogni costruzione dommatica rispetto al problema della determinazione concettuale delle figure di qualificazione giuridica. Né, d'altra parte, è da ritenere che il vario atteggiarsi del contenuto e dei presupposti delle figure in parola sia identico per tutti i sistemi di norme postulabili come norme giuridiche, essendo indefettibile soltanto il verificarsi delle tre figure di qualificazione: l'obbligo, l'illecito e il possibile.

Una speciale attenzione merita, per altro, quanto si è accennato a proposito dell'attività di un soggetto come presupposto di obblighi riferiti ad altri soggetti. Questo è, infatti, il punto in cui sembra innegabile il riflesso della qualificazione riferita ad un soggetto: ed è appunto per ciò che si è cercato, da alcuni, di ricondurre al concetto di *libertà* ogni facoltà o possibilità, ravvisando nella prima la *substantia* delle seconde. Ma la verità, dal punto di vista formale, è che non si possono confondere, né le distinzioni hanno sempre il significato di reciproca esclusione tra le ipotesi, i vari modi in cui una norma può considerare una figura di qualificazione, il suo oggetto, o il suo contenuto, relativamente al presupposto della figura di qualificazione riferita ad un soggetto diverso. Da questo punto di vista, se si vuol parlare di libertà, non bisogna dimenticare che la stessa attività conforme ad un obbligo può costituire, come l'attività puramente

dico è addirittura inapplicabile: p. es., nel diritto penale per ciò che si riferisce alla dommatica delle singole fattispecie di reato, ed anche nella stessa «parte generale» da cui vanno certamente eliminati e il c.d. diritto all'obbedienza nelle norme penali (doppione concettuale, come ebbe ad osservare il Carnelutti, delle singole norme penali) e il non meno infelice «diritto subbiettivo di punire» che, viceversa, almeno per alcuni sistemi moderni, non è diritto, ma obbligo. Vedansi, del resto, le osservazioni del Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pag. 86, circa l'applicabilità del concetto di rapporto giuridico. Osservo, infine, che l'espressione «rapporto tra fatti» adoperata dal Kelsen (*Diritto pubblico e privato*, in *Riv. int. di filos. del dir*., 1924, pag. 344) è troppo generica per indicare con precisione i *collegamenti* stabiliti dalle norme giuridiche tra il presupposto, l'oggetto e il contenuto di una figura di qualificazione giuridica e il presupposto, l'oggetto e il contenuto di un'altra. Accanto alle ipotesi cui si è accennato nel testo, bisogna ricordare, p. es., i casi in cui due obblighi hanno il medesimo presupposto, ma differente contenuto – quando cioè la situazione di fatto che determina il sorgere degli obblighi è la stessa per tutti, ma il contenuto dell'obbligo di un soggetto non è identico al contenuto dell'obbligo di un altro, per quanto, dal punto di vista materiale, queste attività possano esser concorrenti ad unico risultato: si pensi ad una fattispecie delittuosa, da cui sorga l'obbligo del funzionario di polizia di procedere all'arresto del colpevole, e l'obbligo del funzionario del pubblico ministero di iniziare l'esercizio dell'azione penale; i casi in cui l'obbligo di un soggetto costituisce il presupposto o elemento del presupposto di un altro; e via dicendo. La serie dei collegamenti o nessi, istituiti dalle norme tra l'elemento materiale di una figura di qualificazione e l'elemento materiale di un'altra, non può essere dominata, insomma, dalla formula «rapporto giuridico» se questa s'intenda come «riscontro» fra un diritto ed un obbligo.

facoltativa, e perfino un'attività illecita, la situazione-presupposto di obblighi aventi contenuto negativo[57]: nel senso, cioè, che quell'attività costituisce, rispetto ad altri soggetti, una situazione di fatto da conservare. Ma è anche e sopratutto evidente, che impostato così il problema, bisogna sempre fare i conti con tutte le norme del sistema, perché non è detto che quest'obbligo abbia identica estensione per tutti i *subjecti* al sistema medesimo[58] né ch'esso non possa restringersi o venir meno addirittura, per tutti, o per alcuni, col verificarsi di certi elementi di fatto[59]. Sicché, anche qui non vale invocare il principio "ciò che non sia giuridicamente vietato o imposto deve dirsi permesso", evidentemente inadeguato rispetto alla complessità del problema; né, meno che mai, ipotizzare una qualificazione consistente nel "riflesso generale" degli obblighi a contenuto negativo riferiti ad altri soggetti. Il criterio della non contraddizione tra le disposizioni di un complesso normativo non si può intendere nel senso che la qualificazione del contegno di un soggetto implichi *eo ipso* una corrispondente qualificazione del contegno di un altro o degli altri *subjecti* al sistema: quando le norme determinano obblighi a contenuto negativo[60], secondo l'ipotesi cui si è accennato, l'attività degli altri *subjecti* può venire in considerazione come elemento di *fatto* prima che come attività giuridicamente qualificata. In questo senso, perciò, la libertà non costituisce la sostanza delle qualificazioni secondo lo schema della possibilità, né tanto meno una speciale figura di qualificazione giuridica[61]. Anche, qui, del resto,

[57] Questo, naturalmente, non toglie che in alcuni sistemi di norme possano esservi obblighi a contenuto negativo aventi come presupposto determinate facoltà conferite ad altri soggetti: qui si vuol dire che, in linea puramente logica, nulla toglie che il presupposto dell'obbligo possa consistere nell'attività come puro fatto, indipendentemente dalla sua qualificazione: perché altrimenti bisognerebbe parlare di altrettanti diritti di libertà tutte le volte in cui il presupposto dell'obbligo a contenuto negativo sia costituito dalla qualificazione di possibilità del contegno di un altro soggetto. Questa tesi, salvo alcune divergenze, riproduce le incisive osservazioni del Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pag. 184 segg. V. a. *Corso di diritto costituzionale*, cit., pag. 76.

[58] Per considerare soltanto il diritto statuale, l'obbligo in parola è assai meno esteso, in linea di massima, nei pubblici ufficiali preposti alla tutela dell'ordine pubblico.

[59] Si pensi, p. es., alla c.d. flagranza di reato.

[60] Ad ulteriore chiarimento di quanto si è osservato nelle pagine precedenti sulla nozione di obbligo, credo opportuno aggiungere che la «positività» o «negatività» del contenuto va stabilita dopo la sussunzione del contegno nell'ipotesi normativa: ciò ha una particolare importanza specialmente per l'illiceità, quando uno stesso contegno costituisca inosservanza di due obblighi: si pensi, p. es., al «rifiuto di atti legalmente dovuti» che è inosservanza di un obbligo a contenuto positivo, e al contempo, inosservanza di un obbligo a contenuto negativo (*neminem laedere*).

[61] Superfluo aggiungere che, per quanto si riferisce al problema filosofico del diritto, non

è evidentissima la trasposizione di criteri attinenti all'elemento materiale nell'àmbito del punto di vista formale: riprova, questa, delle confusioni che può ingenerare la dommatica nella teoria critica del formalismo giuridico.

Tutte le altre distinzioni che si fanno tra le varie facoltà (e che possono differire da sistema a sistema di norme giuridiche), si fondano sempre sulla considerazione del presupposto o del contenuto di siffatte qualificazioni. Così, p. es. ai poteri giuridici possono contrapporsi le facoltà il cui contenuto importi conseguenze giuridiche che vengano riferite (da una norma) al soggetto investito della facoltà stessa prima che ad altri soggetti (spesso queste facoltà vengono ricollegate direttamente alla c.d. capacità giuridica, ma in realtà presuppongono altri elementi di fatto oltre questa): si possono, ancora, contrapporre ai diritti soggettivi le facoltà che hanno un presupposto di fatto nei diritti soggettivi medesimi, dei quali vengono talvolta, com'è noto, concepiti a guisa d'irradiazioni; si possono altresì distinguere da tutti gli altri poteri giuridici quelli che sorgono avendo come presupposto di fatto, da un lato l'esistenza di un diritto soggettivo, dall'altro l'instaurazione, mediante il contegno illecito di un altro soggetto, di una situazione di dì fatto incompatibile con la situazione-contenuto del diritto, senza che ciò implichi *eo ipso* l'estinzione di questo; estinzione che si verifica quando il contenuto dell'illecito abbia fatto venir meno un presupposto di fatto essenziale al diritto medesimo, e che costituisce alla propria volta un presupposto di un nuovo e diverso diritto: distinzioni e classificazioni, che a seconda delle norme *pertractatae sub specie iuris* potranno avere una maggiore o minore importanza dommatica, appunto perché vengono sempre elaborate con riferimento all'elemento materiale.

Dev'essere ben chiaro, perciò, che il formalismo giuridico non può entrare in conflitto con la dommatica sul terreno delle distinzioni e classificazioni costruite sulla base del presupposto o del contenuto di figure di qualificazione: il conflitto sorge nella *interpretazione razionale* di queste classificazioni, quando, perdendosi di vista il "ritmo sillogistico" della norma, del fatto e della conseguenza giuridica, da un lato, della relatività della distinzione fra questi tre termini, e degli eventuali trapassi dell'oggetto e del contenuto di una figura di qualificazione a presupposto od elemento del presupposto di fatto di un'altra figura, dall'altro, si cominci a parlare di riflessi e d'interferenze tra diritti e obblighi; e peggio ancora, quando si cerchi di giustificare "filosoficamente" (ma il conflitto non è più, allora con la dommatica) l'introduzione di criteri desunti dalle generalizzazioni dommatiche nell'àmbito delle nozioni fondamentali del sapere giuridico:

saprei più sostenere l'antitesi libertà-necessità cui avevo ridotto lo schema della qualificazione giuridica, nei cit. *Contributi*, pag. 87 *[qui a pag. 88 e seg., n.d.c.]*.

trasposizioni che sono ben lontane dall'essere innocue, perché determinano, poi, equivoci notevoli nel campo della filosofia. Quante distinzioni tra morale e diritto non sono state tracciate, infatti, tenendo fisso lo sguardo allo schema delle obbligazioni e contenuto patrimoniale?

CAPO IV
L'elemento materiale delle figure di qualificazione giuridica; considerazione causale e considerazione teleologica.

22. La distinzione tra "azioni" ed "omissioni" ha una grande importanza nella dommatica di varie discipline giuridiche: essa infatti si riferisce all'oggetto delle figure di qualificazione. Dal punto di vista formale, come ormai è pacifico, azioni ed omissioni costituiscono le due specie del genere prossimo "contegni": la distinzione però, viene abitualmente fondata su una distinzione di modalità nel contenuto dispositivo della norma, che viene per lo più inteso come "comando": l'azione corrisponderebbe, se conforme, alla "imposizione" (o comando in senso positivo), l'omissione al "divieto".

In linea strettamente formale, non vi è alcun bisogno di ricorrere ad un simile criterio, sopratutto perché nelle espressioni "comando" e "divieto" s'insinua quel significato psicologico-empirico, caratteristico della c.d. concezione imperativistica. Formalmente, i concetti di azione e di omissione esprimono la correlazione tra l'oggetto e il contenuto della qualificazione: nel senso, cioè, che azione è ogni contegno che instauri, omissione ogni contegno che conservi (non àlteri) una certa situazione di fatto.

Sotto questo profilo, si può dire che la contrapposizione tra azione ed omissione ha un significato essenzialmente "normativo": dal punto di vista del senso comune, *omnis determinatio est negatio*, e non è concepibile azione che non costituisca l'omissione di tutte le altre azioni possibili. Sicché, mentre da questo punto di vista l'omissione è un che d'irreale, nessun dubbio è possibile sollevare sulla realtà dell'omissione dal punto di vista formale. L'omissione ha, si potrebbe dire, una "realtà normativa", perché il suo fondamento deve rinvenirsi nella posizione della norma come direzione tipica e limite *a quo* dell'iniziativa; sicché, anche ciò che dal punto di vista ontologico, caratteristico del senso comune, può sembrare inattività, può apparire come attività dal punto di vista formale, quando venga considerato in relazione ad una norma[62].

[62] Qui non può venire in discussione, evidentemente, il problema circa il c.d. elemento psichico dell'omissione. Cfr. su ciò Condorelli, *La responsabilità senza colpa*, Catania, 1924, pag. 11 segg.; Antolisei, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, pag. 15-18 e la bibl. ivi cit. Che di omissione non possa parlarsi se non presupponendo una norma cui ragguagliare il contegno è stato visto benissimo dal Maggiore, *Principi di diritto penale*, I,

Anche qui, però, si rende manifesta la poziorità della figura dell'obbligo (e del suo rovescio) sulla figura del potere. Mentre, infatti, relativamente all'obbligo, la riduzione di un contegno sotto lo schema dell'azione o dell'omissione è di capitale importanza, lo stesso non può dirsi nei riguardi del potere che, considerato nel suo oggetto, è sempre potere di agire o di omettere: sicché, mentre nel primo caso si passa da una qualificazione di obbligatorietà ad una qualificazione di illiceità, nel secondo, la qualificazione di possibilità non subisce alcuna alterazione. L'omissione di fronte all'obbligo d'instaurare, l'azione di fronte all'obbligo di conservare una certa situazione di fatto, sono contegni illeciti: l'agire o l'omettere di fronte ad un potere sono contegni leciti, sono estrinsecazioni di un'attività che rimane sempre qualificata come possibile.

Questo, s'intende, se ci si ferma a considerare la relazione tra oggetto e contenuto della qualificazione: se, invece, vengono in considerazione il solo oggetto o il solo contenuto, o l'uno insieme all'altro, in quanto presupposti o elementi del presupposto di nuove qualificazioni giuridiche, cessa la priorità dell'obbligo, perché qui ci si trova di fronte ad elementi di fatto che la norma è assolutamente arbitra, nell'assumerli come condizioni della propria applicabilità, di rendere efficaci in un senso anziché in un altro, rispetto a determinate conseguenze giuridiche.

La correlazione tra situazione-presupposto e situazione-contenuto è opera del contegno, consista esso in un'azione o in una omissione. Si badi però, che tale correlazione non coincide sempre ed in ogni caso con una "variazione" o "innovazione" nella realtà empiricamente concepita; né, d'altra parte, il contegno giuridicamente qualificato implica sempre una modificazione della situazione presupposto nella situazione-contenuto. Tale modificazione avviene ogni qualvolta la situazione instaurata o conservata si presenti del tutto diversa dalla situazione-presupposto, non pochi essendo i casi, invece, in cui un contegno riproduce nella situazione-contenuto la situazione-presupposto. Ciò si verifica specialmente negli

Bologna, 1932, pag. 165; e dal Grispigni, *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. ital. di diritto penale*, 1934, pag. 22 segg. dell'estr. Né mi convince l'opinione contraria dell'Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, pag. 204, nota, il quale argomenta: «Se io sono *abituato* (sottolineo l'espressione) a ricevere ogni settimana una lettera da un mio fratello, ed una settimana la *consueta* lettera non mi perviene, non dico, forse, che egli «ha omesso» di scrivermi? «Ma ciò ribadisce che in tanto si può parlare, anche nel campo extra-giuridico, di omissione, in quanto si suppone una «normalità» (abituato, consueta), ossia un *tipo* cui ragguagliare la condotta. Nel campo giuridico, l'uniformità non è più «ontologica» ma deontologica. Chiamo «ontologico» il punto di vista del senso comune in quanto si rappresenta una oggettività *in re*, secondo quel che si è premesso nei primi paragrafi del Capo II.

obblighi a contenuto negativo – che vengono osservati, cioè, mediante una omissione: ma non in tutti, perché può darsi anche che la conservazione si riferisca solo ad alcuni elementi della situazione-presupposto; negl'illeciti che *omittendo perficiuntur*; ed infine nelle facoltà o poteri, tutte le volte in cui il contegno qualificato come possibile non modifichi alcuni elementi della situazione-presupposto o addirittura li sopprima[63].

È da tener presente, in altri termini, che, dal punto di vista formale, il contegno giuridicamente qualificato non ha sempre ed in ogni caso, immediato riscontro con una variazione della realtà secondo il criterio ontologico, sicché, quando si adotti quest'ultimo, dimenticando il divario che intercede tra esso e il punto di vista formale, possono sorgere problemi insolubili; e sopratutto si può perdere completamente di vista la esatta qualificazione giuridica di alcuni contegni. Molti atti della vita quotidiana che sembrano puramente facoltativi o addirittura privi di qualsiasi qualificazione giuridica, costituiscono, se messi in confronto con alcune norme, osservanza di obblighi, anche se il soggetto non abbia il più lontano sospetto circa l'esistenza di norme che lo obblighino ad agire nel modo in cui egli agisce spontaneamente[64]. Ciò si verifica quando l'elemento specifico della situazione-presupposto di un obbligo a contenuto negativo sia costituito dalla semplice effettuabilità del contegno obbligatorio: e gli esempi più numerosi si possono rinvenire nel campo del diritto penale. La quasi totalità dei dubbi affacciati sulla realtà dell'omissione è sorta proprio in questo campo, dove l'omissione conforme ad un obbligo si presenta come un che di *atipico* e non può, per logica necessità, integrare la situazione-presupposto di conseguenze giuridiche d'ordine penale[65].

Una correlazione tra due situazioni-presupposto di conseguenze giuridiche è raffigurabile quando una di esse sia costituita in tutto dall'oggetto e dalla situazione – contenuto dell'altra: in tema, però, di contegni illeciti non può essere trascurata l'eventualità che l'inosservanza di

[63] Si ricordi, p. es. la distruzione (lecita) della cosa propria. Tralascio qui di occuparmi di questioni di carattere dommatico, come p. es., se alcuni atti costituiscano esercizio di poteri specifici o manifestazioni della c.d. capacità giuridica.

[64] Richiamo qui l'attenzione su quanto è stato osservato in tema di *ignorantia iures*: cfr. *retro*, pag. 35. V., del resto, Kelsen, *Hauptprobleme*, etc., Tübingen, 1911, pag. 337-8.

[65] Il carattere permanente – nel senso di «non-episodicità» – di alcune situazioni-presupposto di obblighi a contenuto negativo, impedisce, in altri termini, che si scorga l'osservanza di un obbligo in alcuni contegni: l'esempio classico è nel *neminem laedere*. Bisogna tener presente che altro è considerare una condotta sotto il punto di vista storico, ed altro sussumerla in una ipotesi normativa. Oltre i penalisti che hanno messo in dubbio la realtà dell'omissione, è da ricordare un cultore della filosofia del diritto, il Radbruch, *Der Handlungsbegriff*, etc., Berlin, 1903, pag. 140 segg.

un obbligo venga ipotizzata come situazione-presupposto di conseguenze giuridiche riferite a soggetti diversi da quello comportatosi illecitamente, prima che a questo: sicché, in tale ipotesi, la situazione-presupposto delle conseguenze giuridiche riferite al soggetto comportatosi illecitamente non è più, semplicemente, l'oggetto e il contenuto dell'illiceità, ma viene ad essere costituita, altresì, dal contegno conforme alle qualificazioni riferite agli altri soggetti[66].

23. Nell'analisi delle situazioni-presupposto e delle situazioni-contenuto rientra indubbiamente la considerazione del risultato o dei risultati di un contegno, quando ciò sia reso indispensabile (dalla norma) per l'accertamento delle condizioni *de facto* in base alle quali si può affermare la sussistenza di un obbligo, di un illecito o di una possibilità giuridica. Va da sé che non sempre questa indagine è necessaria: essendo perfettamente concepibile che un determinato tipo di contegno venga ipotizzato da una norma come situazione-presupposto di certe conseguenze giuridiche, indipendentemente da ogni considerazione relativa alle c.d. ripercussioni pratiche della condotta. La considerazione del o dei risultati ha i propri limiti nella norma, perché si tratta di verificare l'eventuale riscontro tra l'avvenimento concreto e la situazione di fatto, presupposto o contenuto di una figura di qualificazione giuridica: così come ogni indagine sull'elemento psicologico del contegno qualificato è sempre limitata alla ricostruzione del fatto costituito in tutto o in parte al contegno.

Due ordini fondamentali di considerazione del risultato intervengono nell'analisi delle situazioni-presupposto e delle situazioni contenuto: il punto di vista causale e il punto di vista teleologico. Rispetto alla qualificazione, sia il primo come il secondo hanno indole di considerazioni *de facto*; il che per altro, è ben lontano dal significare ch'essi non abbiano significato ed importanza di carattere scientifico per il giurista, perché è la norma stessa che ne rende indispensabile l'intervento nella sussunzione

[66] L'obbligo di scontare una condanna (a contenuto positivo se si tratti p. es., di condanna a pena pecuniaria, a contenuto negativo se si tratti di pena restrittiva della libertà personale) ha come presupposto oltre che il contegno corrispondente alla fattispecie di un reato, un complesso di contegni di altri soggetti culminanti in un «atto» (la sentenza): sicché, dire che la pena sia la conseguenza giuridica del reato, non è inesatto, ma incompleto. Del tutto improprio mi sembra parlare di un obbligo di subire la pena: ma non è neanche esatto parlare di «soggezione» (Carnelutti) argomentando dalla inesistenza di un obbligo di costituirsi alle autorità competenti per essere puniti: vi è certamente un obbligo di «non resistere» agli agenti nella forza pubblica ed un obbligo di «non evadere».

dell'avvenimento concreto nell'ipotesi normativa, tutte le volte in cui questa contempli nessi causali o rapporti di mezzo a scopo che debbano, perciò, essere accertati.

La considerazione dell'attività umana come "fenomeno naturale" o "fatto fisico" ha il proprio fondamento nella medesima posizione gnoseologica in cui nasce la qualificazione giuridica, ossia nella riflessione dell'intelletto: e non è certo possibile, nel corso delle presenti ricerche, mostrare compiutamente la razionalità di questo atteggiamento del pensiero. Basterà solo osservare che le difficoltà che s'incontrano nel campo giuridico sulla formulazione di un criterio generale che consenta di stabilire con precisione fino a che punto una certa modificazione del reale presupposto al soggetto possa "imputarsi" al soggetto medesimo, nascono appunto dalla equiparazione tra l'attività e una energia o forza naturale, equiparazione che l'intelletto compie, ma non riesce a condurre alle ultime conseguenze. Rappresentarsi, infatti, l'attività umana come qualcosa che si inserisca nella infinita e multivoca rete delle connessioni causali e attribuire al suo intervento o al suo non intervento, la capacità di dar luogo ad una catena di "eventi" o d'impedirla, significa instaurare un dualismo, a prima vista inconciliabile, con quel punto di vista ontologico che il senso comune adotta nei riguardi dell'attività pratica; perché un tal punto di vista esige che l'azione sia una mediazione determinata tra una situazione iniziale e una situazione terminale – ed appunto per ciò la scelta, o direzione dell'iniziativa si concepisce come avente un "contenuto" che non è altro se non la rappresentazione della situazione terminale in cui deve culminare la mediazione: lo scopo – mentre, quando l'azione venga sommersa, per così dire, nella corrente impetuosa e procedente *ad infinitum* delle commessioni causali, viene a mancare la possibilità di ogni determinazione, che è *conditio sine qua non* perché si possa attribuire una certa variazione del reale al soggetto. Sicché, quello stesso senso comune che ha gettato un contegno nel *mare magnum* dei fenomeni naturali, è poi costretto, per continuare la metafora, a ripescarlo, e ad operare una cesura nella serie delle variazioni causali che avrebbero il loro punto di partenza nel contegno medesimo.

Difficoltà, questa, che si ripresenta al giurista, e in maniera ancor più grave, quanto il punto di partenza delle connessioni causali sia costituito da una omissione, ossia da ciò che, considerato sotto il profilo ontologico, non è attività, ma inattività: qui il giurista deve vedere se e fino a qual punto l'intervento del soggetto avrebbe potuto deviare il corso diciam così, naturale, delle concatenazioni causali sboccate in quell'evento – o risultato che si dica – integrante la situazione-presupposto o la situazione-contenuto

di una figura di qualificazione giuridica[67].

Non è qui il caso di esaminare le varie teorie con cui si è cercato di risolvere il problema dei riferimenti causali nell'àmbito del diritto: basterà semplicemente mettere in rilievo che la peculiarità del problema è nell'antinomia da cui sorge: da un lato, cioè, si considera la condotta umana come un fatto naturale: dall'altro si vuol tenere distinto a tutti i costi questo da tutti gli altri fatti concomitanti, con i quali viene logicamente posto sul medesimo livello, in modo che un determinato avvenimento possa essere considerato come risultato della condotta, e non come inevitabile conseguenza di fenomeni in senso naturalistico. Si ammette, in altri termini, che l'attività umana possa inserirsi nel divenire dei c.d. fenomeni naturali, ma nello stesso tempo, si richiede ch'essa, per dir così, si "convogli" in essi, senza esserne travolta, perché altrimenti non si potrebbe mai stabilire una equazione tra la condotta e un certo evento in cui sia ravvisabile la, sia pure provvisoria, conseguenza di una concatenazione di fatti, integrante la situazione-presupposto o la situazione-contenuto di una figura di qualificazione giuridica. Appunto per ciò è stato giustamente posto come limite dei riferimenti causali il criterio che un risultato, o evento che si dica, può essere imputato ad un soggetto fino a quando l'efficienza della sua condotta non sia stata travolta dall'intervento di elementi che non avrebbero potuto essere dominati in alcun modo[68]. Un siffatto "dominio"

[67] Il celebre problema relativo alla c.d. causalità dell'omissione nei delitti commissivi mediante omissione (sul quale, com'è stato argutamente osservato dall'Antolisei, si sono versati fiumi d'inchiostro) non poteva risolversi fino a che non si poneva attenzione all'obbligo di «impedire», di cui l'omissione costituisce inosservanza. Cfr. per tutti, Antolisei, *Il rapporto di causalità*, etc., *cit., loc. cit.*, dove ricorda, in gran parte aderendo, la tesi del Maggiore e del Grispigni (*opp. locc. citt.*).

[68] Questo, in sostanza, mi sembra il criterio proposto dall'Antolisei, *Il rapporto*, cit., pag. 179 segg., spec. pag. 188-214: la sua soluzione rivela benissimo l'antinomia illustrata nel testo. L'A., però, accentua in modo particolare un elemento (l'intervento di fattori eccezionali che escluderebbe il nesso causale e quindi l'imputazione) che ricorda moltissimo, se tale elemento venga messo in relazione con l'elemento soggettivo del reato, il classico criterio della prevedibilità (strano destino di alcune teorie: pensare che il criterio della causalità fu proposto, nei delitti colposi, proprio per defenestrare il criterio della prevedibilità!). Ora a me sembra che il criterio del fattore eccezionale o eccezionalissimo assunto come criterio-limite non esprima compiutamente quello che l'A. ha visto bene: dato il presupposto implicito nel senso comune quando parla di nesso causale tra una condotta e un avvenimento (che la condotta s'inserisca in qualche modo nella serie dei nessi c.d. fenomenici, purché non sia travolta): l'eccezionalità significa in fondo anormalità. Ora la rarità del fattore determinante l'evento è una delle ragioni della «indominabilità», ma non coincide logicamente con questa: lo stesso A. nega giustamente che «la linea di demarcazione tra ciò che può essere dominato dall'uomo e ciò che sfugge al controllo dello

importa inevitabilmente, un riferimento anche all'elemento soggettivo del contegno, ossia alle rappresentazioni del soggetto: solo così si spiega perché ogni indagine sul nesso causale venga subordinata anche ad elementi d'indole psicologico-empirica, a seconda cioè che il nesso tra la condotta e il risultato sia stato dominato dall'intenzione (dolo) o meno (colpa).

24. Tanto la considerazione causale, quanto quella teleologica, presuppongono che, volta per volta, si specifichi chiaramente il punto di vista in base al quale s'intende parlare di risultato o evento che si dica, essendo possibile, sia nel primo come nel secondo ordine di considerazioni, una molteplicità di punti di vista, in relazione ai quali un certo avvenimento è suscettibile di apparire, ora come risultato, ora come fase transitoria di concatenazioni causali o teleologiche. Tutto ciò viene talvolta dimenticato dai giuristi i quali parlano, p. es., di danno e di pericolo, senza badare alla relatività della distinzione, per cui, ciò che è danno sotto un certo profilo può essere pericolo sotto un altro e viceversa: donde una serie di confusioni e di polemiche che un po' di buon senso potrebbe evitare. Ciò deve dirsi specialmente nei riguardi del concetto di evento, perché è chiaro che sotto un certo punto di vista, quando si consideri, p. es., la c.d. ripercussione psico-sociale o psicologico-ambientale di un contegno integrante una fattispecie criminosa, non si può parlare di evento, nel senso prevalentemente meccanico in cui se ne parla da un altro punto di vista, né il danno (che può essere costituito dallo stesso pericolo della ripercussione) può considerarsi alla stessa stregua del danno che viene in considerazione sotto un profilo diverso – p. es., quello economico[69]. Buona parte di ciò,

stesso coincida con la linea di separazione tra il normale e l'anormale» (*op. cit*. pag. 189). Sicché, in definitiva, si può dire che l'imputazione del risultato alla condotta richiede o un inserirsi della condotta medesima in una serie di concatenazioni causali, purché queste non siano state di tale entità da annullarne l'efficienza *relativamente* a quel determinato risultato, o la mancata deviazione di una serie di concatenazioni, sempreché la deviazione non potesse venire travolta, e quindi annullata, da forze più efficienti. In tutto ciò, per altro, non bisogna dimenticare che i criteri *de facto* valgono, in linea di diritto positivo, quel che è consentito dalle norme che li prendono in considerazione nel determinare i presupposti della propria applicabilità (il che non toglie che anche i legislatori possano commettere errori praticamente pericolosi e... talvolta dannosi per il maggior consumo di carta stampata cui danno luogo!); in secondo luogo, la correlazione che viene richiesta dalle norme tra elemento oggettivo ed elemento psicologico; infine, che la determinazione negativa nel criterio limite è imposta dall'antinomia da cui nasce il problema.

[69] Si sanno, p. es., le difficoltà cui ha dato luogo il nuovo Cod. Penale italiano nel parlare di «evento», facendone una nota indefettibile di tutti i reati (e salvo ad incrinare il principio

in fondo, era stato perfettamente intuito dai grandi criminalisti del secolo scorso, anche se veniva espresso imperfettamente con una distinzione tra le varie "forze" del reato; distinzione che la Giurisprudenza moderna non poteva accogliere integralmente, avendo scrollato l'impalcatura giusnaturalistica su cui erano state erette quelle dottrine.

Il rilievo che la considerazione causale e quella teleologica si pongano sul medesimo livello, in quanto considerazioni attinenti all'elemento materiale, e la circostanza che talvolta essi possano collimare – quando, cioè, quello che è apparso come risultato da un punto di vista causale corrisponda al contenuto della scelta concreta del soggetto cui il risultato venga riferito, ossia con lo scopo del soggetto medesimo – tutto ciò non può essere interpretato in linea speculativa con una completa identificazione tra causa e scopo, tra considerazione causale e considerazione teleologica; sopratutto quando si voglia sostenere che dalla considerazione teleologica esuli ogni aspetto deontologico. Ciò che è vero dal punto di vista legalistico, ossia che la considerazione teleologica costituisce, nell'àmbito della Giurisprudenza, una considerazione *de facto*, non dev'essere poi esteso a problemi diversi; perché allora è da replicare che, in realtà, il deontologismo della qualificazione giuridica non è altro se non una proiezione parziale e mutilata del concreto deontologismo etico: e che, sopratutto quando si voglia restare nell'orbita delle correnti di pensiero procedenti dall'opera del grande pensatore di Königsberg, non bisogna dimenticare come il "dover essere" kantiano implichi una sintesi di norma e di scopo, ossia di legge e di fine. Sicché, quando, in luogo del rapporto tra norma e attività come regola esclusiva a regolato, si assuma il rapporto tra attività e risultato come mezzo a scopo, si ha un criterio di valutazione parallelo al criterio legalistico, ma radicalmente diverso e sopratutto inidoneo a surrogarlo, come questo è inidoneo a surrogare il primo: si ha cioè la valutazione politica *lato sensu*, in

come si vede, p. es., confrontando lo art. 40 con l'art 56). Alcuni scrittori hanno sostenuto che nei c.d. reati senza evento, l'azione od omissione coincida con l'evento (v. p. es. Levi, in *Il Cod. Pen. illustrato*, Milano, S. E. L., 1932, pag. 177; contro, Antolisei, *Il rapporto*, cit., pag. 8-9 in nota: osservo di passaggio che il non essere mai sorti dubbi sul nesso causale in tema di tentativo, non significa il detto nesso debba considerarsi inesistente: i dubbi non sorgono perché il ragguaglio tra la condotta e il *minus* che si è verificato rispetto al contenuto dell'intenzione, elimina quelle difficoltà che sorgono quando si debba prendere in considerazione quel *plus*, o meglio, quell'intero che è l'evento tipico, e il riferimento all'intenzione non sia più sufficiente); la verità è che, logicamente, il risultato è elemento della situazione-contenuto di una figura di qualificazione, ma non ne esaurisce la nozione: quando la situazione-contenuto, insieme all'oggetto, precipiti a situazione-presupposto di altre conseguenze giuridiche (p. es., d'ordine penale) essa si comporta allo stesso modo, sia che includa un risultato, (secondo, non lo si dimentichi, un certo punto di vista) sia che lo escluda.

cui tutto il c.d. mondo giuridico, precipita ad elemento di fatto; a materia, cioè, che dev'essere *signata* dal criterio valutativo d'indole teleologica. Il diritto di ottenere una certa prestazione e l'obbligo di attuarla, qualificazioni, e perciò valutazioni di contegni dal punto di vista formale, guardati dal punto di vista economico sono due fatti, o meglio due aspetti di un fatto inerente a quell'*obiectum* particolare della scienza economica che si designa come "fenomeno della circolazione". Criterio teleologico e criterio formale non possono, perciò, coesistere in una condizione di parità: l'uno deve, volta per volta, subordinarsi all'altro[70].

25. Quest'ultimo punto merita una certa attenzione, perché una conseguenza inevitabile del procedimento di astrazione generalizzatrice che prende le mosse dalla dommatica per elaborare le nozioni fondamentali della Giurisprudenza, è proprio la inconscia sostituzione di criteri del tutto diversi da quelli che stanno alla base di ogni ragionamento giuridico. Ho già mostrato[71] come uno dei pretesi caratteri delle norme giuridiche, la c.d. coazione o coattività, possa avere validità logica solo a patto di cancellare del tutto il formalismo della qualificazione giuridica; dato, infatti, che sanzioni, mezzi coercitivi e via dicendo, sorgono logicamente come conseguenze dell'illecito, esse non possono consistere che in "succedanei", rivolti cioè ad ovviare il mancato conseguimento degli scopi che si sarebbero conseguiti con l'osservanza degli obblighi: il che presuppone necessariamente che il concetto di norma (e quindi di obbligo) debba esser compreso in un concetto più ampio di "mezzo", con la inevitabile conseguenza che la giuridicità di un gruppo di norme viene a coincidere, senza residuo, con la maggiore idoneità di queste – rispetto ad altri gruppi di norme – a conseguire gli scopi cui siano rivolte: ragionamento, questo, d'indole inconfondibilmente teleologica, e che non può assolutamente coesistere col punto di vista formale, del quale, inoltre, non riesce minimamente a spiegare la genesi. È da notare, però, che per l'inevitabile riflettersi dei criteri desunti da generalizzazioni, sugli elementi che ne hanno fornito, per

[70] Tutto ciò va osservato contro il Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., pag. 57 segg. Restringere il «dover essere» alla considerazione normativa e, nello stesso tempo, considerare autonomia ed eteronomia come due specie dello stesso genere, significa indulgere alla concezione normativa dell'Etica e in ogni modo allontanarsi completamente dall'insegnamento kantiano. Contro la tesi kelseniana della impossibilità di distinguere causa da scopo, v. a. Stammler, *Wirtschaft und Recht*, etc., 4. ed., Berlin u. Leipzig, 1921, pag. 362 e spec. pag. 662.

[71] *Sulla c.d. coattività delle norme giuridiche*, cit., pag. 8-10 *[qui a pag. 238-240, n.d.c.]*.

dir così, il materiale, l'influsso della pretesa nota della coattività si è fatto sentire proprio sul terreno da cui era stato, in gran parte, tratto: ossia sulla dottrina delle obbligazioni patrimoniali. E si è avuto così il contraccolpo della invasione della dommatica nel formalismo, con la formulazione di alcune teorie che, per il loro significato, investono le nozioni fondamentali del sapere giuridico; nozioni che, come si è già dimostrato, non possono essere formulate mediante la generalizzazione propria della dommatica.

Il difetto capitale delle moderne dottrine sorte in antitesi alla classica concezione delle obbligazioni[72] a contenuto patrimoniale, è, infatti, lo stesso difetto che sta alla base della teoria dei caratteri differenziali delle norme giuridiche quando vuol includere nel nòvero di tali caratteri la c.d. coattività: quello, cioè, di vedere l'obbligo attraverso il contenuto delle conseguenze giuridiche dell'illecito. Ora, altro è formulare il criterio dommatico che l'inadempimento di obblighi a contenuto patrimoniale dia luogo ad una serie di situazioni-presupposto di qualificazioni giuridiche, il *contenuto* delle quali si risolve in una serie di mezzi più o meno idonei al conseguimento dell'utilità economica che, per effetto del contegno illecito, è venuta o può venir meno[73]; altro identificare le molteplici situazioni-

[72] Mi riferisco alle note concezioni (collimanti tra loro nel rigettare la limpida concezione tradizionale) del Brunetti, del Carnelutti, del Rocco (Alfr.), che tendono a spostare il centro di gravità dell'obbligazione dall'obbligo del debitore ad altri elementi, ora distruggendo, p. es, il concetto di obbligo giuridico (Brunetti), ora puntando sull'azione del creditore contro il debitore insolvente, ora facendo perno sulle garanzie che la legge offre al creditore nel caso d'inadempimento, etc. La notissima tesi del Binder che annulla radicalmente il concetto di obbligo per sostituirlo con quello di responsabilità, mi sembra così assurda da non meritare alcuna critica.

[73] Sicché la c.d. obbligazione naturale ha di comune con l'obbligazione a contenuto patrimoniale niente più che il nome. Essa si risolve in una *exceptio* contro l'azione di ripetizione d'indebito: il *solvens* non è *obbligato*, ma *autorizzato* al pagamento, (in quanto sappia di potersene astenere) sicché il presupposto di fatto del mancato obbligo agisce come legittimazione del pagamento, differenziando cosi l'obbligazione naturale dalla donazione. L'obbligazione naturale ha, però, la... responsabilità di aver tenuto in vita quella distinzione tra debito e responsabilità che è ineccepibile finché s'intenda come distinzione tra due obblighi a diverso contenuto, ma che non autorizza a creare quella ibrida figura di qualificazione giuridica che sarebbe la c.d. soggezione, nella quale non è difficile scorgere il riflesso di una serie di obblighi a contenuto negativo: chiudendo gli occhi sull'elemento formale costituito da questi obblighi, è logico che non si debba veder altro che la soggezione. Ben diverso è il discorso se s'intenda per soggezione la situazione giuridica (non quindi una figura speciale di qualificazione) costituita da un complesso di obblighi: quando, cioè, s'intenda dare rilievo al contenuto di questi obblighi, differenziandolo dal contenuto dell'obbligo fondamentale la cui inosservanza costituisce un presupposto di fatto della procedura esecutiva, ossia dalla prestazione in senso stretto. Sull'argomento, v. Carnelutti, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni* (*Studi di dir. proc. in onore di O. Chiovenda*, Padova,

presupposto e le correlative situazioni-contenuto delle conseguenze giuridiche susseguentisi al *fatto* dell'inadempimento, risolvendole in un concetto vago e generico di "sanzione" e quel ch'è peggio, scorgere in quest'ultima il sintomo della giuridicità dell'obbligo.

Tutto ciò rassomiglia come due gocce d'acqua al ragionamento di un biologo che, dalla presenza, in parecchie classi di vertebrati, degli organi della masticazione, inferisca essere la masticazione una *conditio sine qua non* di vita per ogni organismo. Né più né meno. Coloro che ragionano nel modo su descritto e affermano senza ombra di dubbio che solo la predisposizione della c.d. sanzione renda giuridico l'obbligo[74], non si accorgono che se ciò

1927, pag. 225 segg., spec. pag. 308 e segg.; Betti, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in *Studi nelle scienze giur. e sociali* pubbl. dall'Università di Pavia, vol. V, pag. 97 segg., spec. pag. 143, pag. 305 segg. e note, con copiosa bibliografia.

[74] In questo equivoco cade anche il Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., pagina 207 e 434-5 quando distingue tra gli obblighi dello Stato e gli obblighi dei *subditi*: teoria insostenibile ed artificiosissima, perché mentre da un lato esclude esplicitamente la concepibilità di un illecito da parte dello Stato (ecco la sovrapposizione di un errato formalismo alla dommatica: altro che «Rechtspositivismus»!) si regge dall'altro sul principio della «reazione contro l'illecito» che è un criterio di origine dommatica sovrapposto al formalismo. Tra i giuristi italiani è da ricordare specialmente il Carnelutti, al quale va riconosciuto il merito di esporre nella forma più brillante il teleologismo di origine dommatica identificato senz'altro con la logica giuridica. Ecco p. es. quanto scrive il Carnelutti, *Diritto e processo*, etc., cit. pag. 231 in nota): Ciò che attribuisce carattere giuridico al precetto, e, correlativamente, al dovere, è appunto la sanzione e, correlativamente, la responsabilità: ma non per questo si può sostenere che il dovere sia «giuridicamente un nulla», come insiste a fare il Binder e concentrare tutta l'essenza del diritto nella responsabilità. In questa è senza dubbio la sorgente della giuridicità; ma da questa la giuridicità si proietta (*lucus a non lucendo*, mi permetto di osservare) sul dovere; pertanto, se, da un verso, il precetto preesiste alla sanzione e come tale è un nulla giuridico, dall'altro, quando vi si aggiunge la sanzione (ossia la conseguenza del *fatto* costituito dall'inosservanza) *diventa* (questo corsivo non è mio) «giuridico». Dopo di che non vi è da meravigliarsi se il Carnelutti arrivi a sostenere che l'obbligo del debitore sia *meno obbligo* (pagina 241: il corsivo non è mio) di quello del terzo verso il titolare del diritto reale. Ora, finché si vuol dire che, in linea teleologica, ossia riferendoci al *contenuto* delle figure di qualificazione giuridica, certe finalità si raggiungono in alcune situazioni più agevolmente che in altre, nulla da osservare: ma quando si vuol determinare una nozione di obbligo sovrapponendola a quella che, volenti o nolenti, campeggia in ogni ragionamento giuridico, è da rilevare subito che se tali debbono essere i frutti di quella «teoria generale» che sta tanto a cuore al Carnelutti, e non al C. solamente, è meglio tornare alla modesta esegesi che, non foss'altro, ha il pregio di non far dire alle norme quello che le norme non possono dire. Se alcune norme ipotizzano un contegno (già qualificato implicitamente o esplicitamente illecito) unitamente o meno alla situazione-contenuto di esso, come situazione-presupposto di conseguenze giuridiche, è del tutto arbitrario inferirne che ogni illecito debba dar luogo, *ut sic*, a conseguenze giuridiche, e arrivare, poi, all'assurda tesi che la c.d. sanzione determini la giuridicità dell'obbligo: se un obbligo non è «sanzionato» lo scopo che si voleva conseguire dal *legis lator* avrà certamente minori probabilità di esser conseguito: ma le minori probabilità

fosse esatto, la sanzione non solo renderebbe giuridico l'obbligo, ma anche il presupposto di fatto cui è condizionato il sorgere dell'obbligo: mentre nessuno di essi oserebbe includere nella nozione di fatto giuridico l'elemento della sanzione. In secondo luogo, condizionando la giuridicità dell'obbligo alla predisposizione del rimedio al contenuto dell'inadempimento, deve ammettersi che, dal punto di vista formale, tale rimedio *non* costituisca il contenuto di altri obblighi giuridici: perché in caso positivo bisognerà spostare il punto di emergenza della giuridicità al succedaneo materiale predisposto per l'infrazione di questi ultimi obblighi, e così di seguito, fino a trovarsi inchiodati dal dilemma: o sanzioni, mezzi di coercizione e, insomma, tutti i succedanei al contenuto dell'illecito costituiscono fenomeni "jurigeni" e allora debbono dirsi pregiuridici, e quindi insuscettibili di giuridico regolamento: o ci si trova di fronte, invece, ad una serie di situazioni di fatto e di conseguenze giuridiche, e quindi di fenomeni giuridici veri e propri, e allora il criterio di subordinare l'esistenza e la giuridicità dell'obbligo alla predisposizione della sanzione si rivela una generalizzazione affrettata e del tutto inconsapevole dell'angolo visuale entro il quale doveva essere contenuta[75]. La giuridicità dell'obbligo, o deriva dalla giuridicità postulata nella norma con l'assumere questa come criterio esclusivo di regolarità, o non sorge affatto: meno che mai può essere determinata dall'indole di succedaneo pratico o materiale del contenuto delle conseguenze legali dell'inadempimento, ossia delle conseguenze giuridiche che hanno il loro presupposto di fatto, o situazione-presupposto che si dica, nell'oggetto e nella situazione-contenuto della qualificazione d'illiceità. Basta considerare, del resto, che, anche quando non ci si fosse mai imbattuti in obblighi "sforniti di sanzione" (per... informazioni, rivolgersi ai giuspubblicisti!) il ragionamento non cambierebbe affatto, e che le più logiche applicazioni del criterio sopra criticato hanno concluso tranquillamente che il debitore sia libero di scegliere tra l'adempimento dell'obbligo e la soggezione alla procedura che la legge pone a disposizione del creditore insodisfatto, *id est*, che non pagando un debito non si assume un comportamento illecito; basta ciò, ripeto, per rendersi esatto conto dell'assurdità di queste teorie che, tra l'altro, non trovano fondamento di sorta – almeno per ora – in alcuna legislazione, e nascono quasi sempre da un equivoco che non sarebbe sorto senza la celeberrima nota della coattività[76].

e la inefficienza pratica non possono mai essere confuse con la nozione formale dell'obbligo.

[75] In sostanza, è sempre la vecchia obiezione: che non si supera certamente con i cerotti della distinzione tra virtualità ed effettualità, o parlando p. es., del diritto internazionale come «diritto in formazione» o «*in fieri*».

[76] L'equivoco, infatti, presso alcuni scrittori, ha una chiara origine nella soppressione

26. Un altro punto in cui la considerazione teleologica tende a porsi sul medesimo livello della considerazione formale emerge dalla dominante opinione che ravvisa una funzione di "tutela d'interessi" nelle norme giuridiche: opinione che non si esaurisce nell'affermazione, meramente generica e priva di conseguenze, di un criterio nettamente teleologico, ma che, com'è noto, ha esercitato un influsso notevolissimo sulla dommatica di alcune discipline giuridiche[77] e sopratutto, è stata la piattaforma sulla quale si è tentato, da parecchi decenni in qua, di costruire dommaticamente la nozione delle figure di qualificazione giuridica. Tutto quanto si è detto fin qui è la critica perentoria di simili tentativi; mi sia consentito, quindi, di esporre alcune osservazioni in merito al criterio della funzione tutrice d'interessi che, per quasi unanime consenso della Giurisprudenza moderna, si attribuisce alle norme giuridiche.

Non è dubbio, anzitutto, che i sostenitori dell'opinione in esame si riferiscano principalmente al diritto statuale moderno, in cui la consuetudine, salvo rare eccezioni, disimpegna il ruolo di fonte sussidiaria e i cui limiti di validità sono circoscritti dal diritto legiferato: perché è assai difficile che idee simili possano sorgere di fronte ad un diritto esclusivamente o fondamentalmente consuetudinario. Comunque, anche a tener presente il diritto statuale moderno, è ovvio che solo se si considerano le norme come il risultato della attività di un *legis lator* è possibile parlare di una funzione di tutela d'interessi: ma è anche ovvio che, considerando le norme in tal guisa, esse non sono ancora, logicamente, norme giuridiche, ma fatti, o se vuolsi, avvenimenti storicamente o politicamente rilevanti.

Ciò vuol dire: la funzione, se di una funzione vuol parlarsi in senso proprio e non per traslati, delle norme di condotta, in quanto tali, non può essere altro che il "regolamento", la "disciplina" o "direzione" di una o più

dell'arresto per debiti: ma questa misura, nella quale è sembrato di vedere la quintessenza della coazione, (a parte ogni riflessione sulla sua opportunità relativamente allo scopo frustrato dall'inadempimento) non era certamente ciò che faceva diventare obbligo l'obbligo del debitore. Con siffatto ragionamento si dovrebbe sostenere, p. es., che le obbligazioni assunte dai commercianti diventino obblighi giuridici... dopo il fallimento! Né credo necessario soffermarmi sulla figura del «dovere libero» (Sohm, Brunetti, e relativamente alle obbligazioni aventi per oggetto un «fare», Carnelutti, *Diritto e processo*, etc., cit. pag. 249), perché il «se vuoi» può riferirsi ad una facoltà: diversamente l'obbligo si trasforma in un potere giuridico *sui generis*, il potere, cioè, di provocare, con l'inadempienza, la domanda giudiziaria del creditore e l'azione esecutiva sui propri (eventualmente inesistenti) beni.

[77] M'ingannerò: ma non credo che il concetto della «tutela di beni ed interessi giuridici», possa costituire la piattaforma del diritto penale, come sostiene l'indirizzo detto «tecnico-giuridico», oggi dominante in Italia, sebbene di schietta origine jheringhiana. A questo argomento spero di poter dedicare prossimamente uno studio.

attività; la tutela degl'interessi, se ci si vuol riferire al diritto statuale, non è la funzione delle norme in quanto norme giuridiche, ma la *ragion politica* della legiferazione. Ora, che le intenzioni, e quindi le finalità effettivamente accertabili del *legis lator*, in quanto abbiano trovato espressione ed attuazione nelle norme, debbano esser tenute presenti dalla dommatica, sopratutto quando si tratta di ricostruire la *ratio legis*, differenziandola dall'*occasio legis*, è indiscutibile; ma tutto questo non dice nulla, assolutamente nulla, a favore dell'equivoco tra i moventi dell'attività dei legiferatori e il criterio puramente formale della qualificazione giuridica. *L'esplicazione teleologica*, perfettamente valida, anzi indispensabile, nell'analisi delle situazioni-presupposto e delle situazioni-contenuto delle figure di qualificazione giuridica, dev'essere contenuta nei limiti della dommatica: quando pretende di oltrepassare i cancelli della dommatica e di sostituirsi alle nozioni fondamentali, alle c.d. costanti invariabili del sapere giuridico, non può recare che confusioni. Che, nell'àmbito dell'esperienza giuridica, non sia concepibile attività, vuoi di legiferatori, vuoi di *subjecti*, priva di motivi, e quindi senza finalità, è indubitabile, ma è ugualmente indubitabile che la qualificazione giuridica sia una valutazione in termini di regolarità. I motivi dei *subjecti*, i loro scopi, i loro interessi, sono elementi di fatto, costituenti, se vuolsi un paragone, il tessuto connettivo delle situazioni-presupposto e delle situazioni-contenuto delle figure di qualificazione giuridica: ma tutto ciò rimane logicamente inconfondibile con la disciplina o direzione (obbiettiva) dell'attività dei *subjecti* medesimi.

È obbiezione insuperabile, del resto, che se il criterio di qualificazione giuridica dovesse ridursi ad una sottospecie del criterio teleologico[78], bisognerebbe ridurre la valutazione normativa nell'àmbito della considerazione utilitaria: non parlare più, cioè, di obblighi, illeciti e poteri, ma di opportunità, indispensabilità, dannosità, e via dicendo. D'altra parte,

[78] Ad una concezione parzialmente antiteleologica perviene, partendo dal presupposto della «statualità» del diritto, il Falchi, *La teoria del diritto*, etc., cit., pag. 51 e segg. Sul problema v. a. Treves, *Il metodo teleologico*, etc., (estr. dalla *Rivista internaz. di fil. del dir.*), 1933 e la bibliografia ivi cit., specialmente tedesca. Il Carnelutti teorizza esplicitamente il proprio teleogismo, di fronte al quale quello dello Jhering impallidisce, assumendo (*Lezioni*, cit., pag. 3) che la nozione fondamentale del diritto sia quella di «interesse»: vale a dire, la considerazione giuridica non differisce più da quella economica, sopratutto quando, analizzando il concetto di interesse, vengano fuori le nozioni di «bene», «bisogno», e via dicendo. Precisa consapevolezza della differenza tra valutazione giuridica e valutazione economica mostra di possedere invece, l'Ascarelli, *La moneta*, Padova, 1928, pag. 43. Tutte queste ragioni mi sembrano sufficienti per motivare il mio radicale dissenso dalla tesi sostenuta in uno dei saggi più brillanti e più significativi della nostra letteratura filosofico-giuridica: alludo al libro del Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911.

una volta infilato, in sede di dommatica, il viottolo della tutela degl'interessi, non è molto facile individuare con precisione quali siano gl'interessi tutelati con esclusione di altri; perché il concetto d'interesse, nel senso in cui questa espressione viene adoperata abitualmente nell'àmbito della Giurisprudenza, presuppone lo schema del rapporto di mezzo a scopo, del quale è, in fondo, un aspetto; è impossibile, quindi, che non si riproduca quel che avviene quando la considerazione del rapporto tra mezzo e scopo non dia luogo ad una valutazione d'indole esclusiva, perché allora è sempre legittimo interpolare tra il mezzo e lo scopo tutta una catena di scopi-mezzi, con un alone – mi si permetta la parola – di scopi concomitanti; il che importa una folla d'interessi, che si possono dire tutelati, così numerosa e così complessa, da far dubitare seriamente che il concetto di tutela d'interessi possa disimpegnare una efficace funzione esplicativa[79].

27. Dopo ciò, è superfluo dedicare una lunga critica ai tentativi di costruzione dommatica dell'obbligo, dell'illecito, del potere e del diritto soggettivo, fondati sul criterio della tutela d'interessi. Fino a che queste elaborazioni non pretendono di varcare l'àmbito di alcune discipline giuridiche, in quanto si riferiscono alle situazioni-presupposto o alle situazioni-contenuto di figure di qualificazioni giuridiche determinate da un gruppo più o meno numeroso di norme, nessuna critica può esser mossa dal punto di vista formale, perché in questo caso è addirittura ovvio come le nozioni formali rimangano sottintese, e le costruzioni dommatiche si riferiscano all'elemento materiale. Se, viceversa, queste costruzioni vengono avanzate con la pretesa di definire nozioni fondamentali del sapere giuridico, si deve obiettare semplicemente che il criterio teleologico non può mai surrogarsi al punto di vista formale: rappresentarsi, p. es., l'obbligo come il mezzo per la tutela di certi interessi e il diritto soggettivo come il prodotto di questa tutela, significa esprimere a che cosa "servano praticamente" l'uno e l'altro, ma non certo definirli: un equivoco press'a poco simile a quello in cui s'incorrerebbe dicendo che un fucile è l'uccisione di esseri viventi. Qui,

[79] La c.d. attuazione del diritto obbiettivo non può essere intesa, perciò, a stretto rigore, che come osservanza degli obblighi nascenti dalle norme: che ciò implichi la sodisfazione dei c.d. interessi tutelati è un riflesso del tutto secondario, che viene in considerazione solo quando si guardi all'elemento materiale. Anche la c.d. realizzazione dei diritti soggettivi non può essere intesa che come realizzazione della situazione-contenuto di essi diritti: dal punto di vista formale è una metafora. L'interessante è che non si confonda un criterio di indole dommatica con un criterio d'indole formale.

naturalmente, si prescinde dalle difficoltà nascenti dalla molteplicità dei punti di vista che si possono delineare sulla base del criterio teleologico, al quale si aggiunge, talvolta esplicitamente, talvolta ad insaputa degli stessi sostenitori della concezione combattuta, il criterio psicologico-empirico: si ricordi, p. es., la cosidetta teoria della "combinazione" tra interesse e volontà nella definizione del diritto soggettivo; e, ancora, sempre in relazione al diritto soggettivo, quel concetto di "signoria della volontà" in cui è evidente lo scambio, dovuto all'insinuarsi del criterio psicologico, tra *auctoritas* e *autorizzazione*.

A chi, infastidito da questa critica, affermasse di non vedere alcuna "utilità" nelle nozioni formali del sapere giuridico, ai fini della dommatica, la risposta è stata data anticipatamente fin dalle prime pagine di questo saggio. Ma si potrebbe aggiungere, per altro: dal fatto che, respirando, non ci preoccupiamo di conoscere la composizione dell'aria respirata, si può forse dedurre che l'analisi chimica dell'atmosfera non debba esser fatta? E cosa è, in fondo, il formalismo legalistico se non l'atmosfera ideale in cui vive l'esperienza giuridica?

Il significato di queste succinte osservazioni, che non hanno, superfluo dirlo, la più lontana pretesa di esaurire il tema, va oltre però, (se non m'inganno), l'indagine sui limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica. Se, da un lato, si è cercato di offrire una riprova del criterio immanentista che nega la concepibilità di una esperienza puramente recettiva, si è cercato (implicitamente, ma con piena consapevolezza), dall'altro, di ribadire l'impossibilità di una impostazione in termini legalistici del problema morale. La posizione del rapporto tra norma e attività come regola e regolato, ha una propria logica interna, che è identica ed invariabile, quale si sia l'origine della norma: e solo se si prendano per oro di coppella le generalizzazioni dommatiche dei giuristi, si può impostare il problema morale ricorrendo ad una classificazione di norme; il che significa scambiare l'empirico per il trascendentale, il contingente per l'eterno, il particolare per l'universale.

L'antitesi kantiana tra legalità e moralità è il nucleo prezioso che non può essere dimenticato da una qualsiasi concezione speculativa aspirante a chiamarsi idealista. Diversamente, la casistica, con tutte le conseguenze ch'essa implica, e che costituiscono una delle più significative esperienze per il pensiero europeo, deve inevitabilmente soppiantare ogni concezione veramente idealista del problema morale.osa "servano praticamente" l'uno e l'altro, ma non certo definirli: un equivoco press'a poco simile a quello in cui s'incorrerebbe dicendo che un fucile è l'uccisione di esseri viventi. Qui, naturalmente, si prescinde dalle difficoltà nascenti dalla molteplicità dei

punti di vista che si possono delineare sulla base del criterio teleologico, al quale si aggiunge, talvolta esplicitamente, talvolta ad insaputa degli stessi sostenitori della concezione combattuta, il criterio psicologico-empirico: si ricordi, p. es., la cosidetta teoria della "combinazione" tra interesse e volontà nella definizione del diritto soggettivo; e, ancora, sempre in relazione al diritto soggettivo, quel concetto di "signoria della volontà" in cui è evidente lo scambio, dovuto all'insinuarsi del criterio psicologico, tra *auctoritas* e *autorizzazione*.

A chi, infastidito da questa critica, affermasse di non vedere alcuna "utilità" nelle nozioni formali del sapere giuridico, ai fini della dommatica, la risposta è stata data anticipatamente fin dalle prime pagine di questo saggio. Ma si potrebbe aggiungere, per altro: dal fatto che, respirando, non ci preoccupiamo di conoscere la composizione dell'aria respirata, si può forse dedurre che l'analisi chimica dell'atmosfera non debba esser fatta? E cosa è, in fondo, il formalismo legalistico se non l'atmosfera ideale in cui vive l'esperienza giuridica?

Il significato di queste succinte osservazioni, che non hanno, superfluo dirlo, la più lontana pretesa di esaurire il tema, va oltre però, (se non m'inganno), l'indagine sui limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica. Se, da un lato, si è cercato di offrire una riprova del criterio immanentista che nega la concepibilità di una esperienza puramente recettiva, si è cercato (implicitamente, ma con piena consapevolezza), dall'altro, di ribadire l'impossibilità di una impostazione in termini legalistici del problema morale. La posizione del rapporto tra norma e attività come regola e regolato, ha una propria logica interna, che è identica ed invariabile, quale si sia l'origine della norma: e solo se si prendano per oro di coppella le generalizzazioni dommatiche dei giuristi, si può impostare il problema morale ricorrendo ad una classificazione di norme; il che significa scambiare l'empirico per il trascendentale, il contingente per l'eterno, il particolare per l'universale.

L'antitesi kantiana tra legalità e moralità è il nucleo prezioso che non può essere dimenticato da una qualsiasi concezione speculativa aspirante a chiamarsi idealista. Diversamente, la casistica, con tutte le conseguenze ch'essa implica, e che costituiscono una delle più significative esperienze per il pensiero europeo, deve inevitabilmente soppiantare ogni concezione veramente idealista del problema morale.

12.

GIUSNATURALISMO E «CRITICA DELLE LEGGI» IN RAPPORTO ALLA DISTINZIONE TRA GIUSTIZIA ED EQUITÀ

1. In una concezione della filosofia del diritto come critica gnoseologica dell'esperienza giuridica, può sembrare, a prima vista, che il problema del diritto naturale debba essere eliso *a priori*; ma in realtà non è così, a meno che – equivoco in cui si cade talvolta per una improvvida economia di attenzione e di ragionamento – non si definisca come elisione di un problema la dimostrazione che il problema medesimo debba venire impostato diversamente.

Dal giorno in cui si cominciarono ad affacciare dei dubbi sull'ammissibilità di un diritto naturale, si può dire che il problema sia stato impostato come ricerca diretta a stabilire se la positività fosse un carattere essenziale, una condizione logicamente indefettibile, perché potesse parlarsi di diritto in senso proprio e rigoroso. E la questione ebbe ad aggirarsi sostanzialmente sul valore dell'attuazione della norma, discutendosi se una norma, insuscettibile, per determinate contingenze storiche, di ricevere attuazione «pratica» potesse meritare il nome di norma giuridica. Con ciò si veniva a risolvere una incognita per mezzo di un'altra incognita, perché non si poneva in discussione il significato di attuazione o attuabilità della norma, che si dava per dimostrato o, per meglio dire, che si riteneva di una immediata evidenza.

Si è cercato di sostenere, invece, dallo scrivente, come il concetto di attuazione «pratica» della norma rappresenti, in linea speculativa, quanto di meno preciso e di meno rigoroso si possa immaginare; e che il significato di quella «positività», divenuta oggi una specie di dogma per la maggior parte dei giuristi contemporanei, lungi dal corrispondere, nella logica immanente all'esperienza giuridica, alla c.d. attuabilità, o ad altre peculiarità di carattere storico, di un complesso di norme di condotta, sia semplicemente un aspetto di quella *posizione logica*, che sola rende possibile l'esperienza giuridica in senso proprio, consistente nell'assumere una norma o un complesso di norme come *criteri esclusivi di regolarità* in relazione ad una o più attività pratiche[1].

---

[*] Pubblicato in *Bollettino dell'Istituto di Filosofia del Diritto della Regia Università di Roma*, Roma, 1941, pp. 1-17.

[1] Specialmente nello studio su *La positività del diritto e il valore pratico della norma di condotta*, Modena, 1930 *[qui a pag. 219 e segg., n.d.c.]*.

2. Posizione logico-intellettualistica, che, mantenuta nei propri limiti, non si rivela antistorica, ma essenzialmente *astorica*. Vero è che, con l'insistere sul criterio della positività del diritto, la maggior parte della Giurisprudenza moderna non ha tanto inteso esprimere il punto di vista da cui scaturisce il criterio fondamentale della qualificazione giuridica, quanto accentuare un motivo polemico contro il giusnaturalismo, ritenendo, in sostanza, che tale polemica rispondesse ad un principio di assoluto rispetto e di perfetta «aderenza alla realtà storica»: mentre il miglior modo di rispettare la storia, per i cultori di una scienza naturalistica come la Giurisprudenza, non può consistere che nella critica consapevolezza della radicale diversità che intercede tra l'indagine puramente storiografica e il procedimento astrattivo delle scienze naturalistiche.

Ridotto il significato intimo della positività del diritto, dall'originario tono e sapore storicistico, ad una posizione logico-intellettualistica – il significato fondamentale di *esclusività* –; battuta in breccia la tradizionale teoria che identifica tutto il diritto con i sistemi di norme statuali, e messo in luce il carattere astorico e formalistico di ogni «giuridicità positiva», l'impostazione del problema del diritto naturale deve necessariamente acquistare una fisionomia diversa da quella che aveva sotto il dominio di quei tradizionali criteri.

Si può dire, anzitutto, che, data la impossibilità di prescindere, in sede di critica gnoseologica della Giurisprudenza, da quell'unico senso che può avere l'espressione «norma giuridica» nell'ambito della scienza giuridica, ogni diritto «positivo» non può più essere opposto senz'altro al diritto «naturale» come la storia all'antistoria. Tale opposizione può essere ripresentata in un ordine di idee del tutto diverso, quando, cioè, si abbandonino quei presupposti che stanno alla base del concetto della «giuridicità positiva» nell'ambito della scienza giuridica e si guardi storicamente la norma, sia come azione di un *legis lator*, sia come elemento di quella necessità di cui ha bisogno il processo spirituale dell'azione per potersi affermare come Libertà.

In secondo luogo, però, bisogna riconoscere apertamente e senza ipocrisie come una simile concezione della positività del diritto confermi e giustifichi la radicale improponibilità di ogni tentativo mirante a far valere, nell'ambito delle indagini giuridiche, delle «costruzioni dogmatiche» – *che presuppongono, logicamente, esaurito il procedimento d'interpretazione delle norme «positive»* – criteri e disposizioni desunti da norme che non facciano parte del complesso sulla cui base si compie l'indagine e la costruzione: il che significa, in definitiva, una barriera formalmente insuperabile per ogni criterio più o meno esplicitamente giusnaturalistico. Si badi per altro che

a simile conclusione si è pervenuti anche da parte di autorevoli sostenitori del giusnaturalismo.

3. Con ciò, per altro, il problema del diritto naturale non si può dire nemmeno sfiorato, nel senso che, una volta dimostrata la validità logica di un diritto naturale come «specie» del genere diritto, si potrebbe, senza scandalo per la logica, parlare di una «positività» del diritto naturale medesimo. Il problema, infatti, è qui: vedere se sia ammissibile un criterio assoluto di valutazione, applicabile a qualsiasi complesso di norme postulabili come norme giuridiche, e che rappresenti, nel contempo, una specie del genere diritto, qualcosa cioè che abbia in sé i caratteri formali della giuridicità ma con un contenuto eterno ed immutabile.

Basta porre il problema in questi termini per vedere quanto sia infido, in linea speculativa, parlare di un criterio assoluto, eterno ed immutabile, ma che appartenga al contempo ad un *genus* la cui autonomia concettuale sorge e non può sorgere che nell'ambito intellettualistico. Di una cosa, infatti, si può essere tranquilli: e cioè che, eliminati i presupposti di carattere intellettualistico che sorreggono il concetto del diritto, e trasferito questo in un campo diverso da quello in cui viene alla luce, di tutto si potrà parlare, tranne che di diritto in senso proprio e rigoroso. Si tolga la distinzione – *relativa* – in cui l'intelletto proietta, diremmo quasi capovolta, la *relazione assoluta* di teoria e di prassi, di pensiero e di azione: si tolga, in altri termini, la distinzione tra attività teoretica ed attività pratica: si tolga, infine, l'opposizione logica tra legge e fine: eliminati questi presupposti, si è già fuori dal campo dell'esperienza giuridica.

Come potrebbe accadere diversamente, del resto, quando si ammette che vi sia una scienza del diritto, la quale sarebbe tutto tranne che una scienza, ove non si fondasse sul presupposto – non criticamente elaborato, s'intende – della realtà come mero oggetto?

4. E non solo. A parte la difficoltà di dare una vera e propria soluzione speculativa ad un problema che verte sulla validità di una distinzione di *species* in seno ad un genere, ammessa per un momento l'ipotesi di un diritto naturale come specie del genere diritto, resterebbe poi a spiegare in che senso e in che modo una specie possa disimpegnare, nell'ambito di un genere, le funzioni di criterio valutativo, di ideale di perfezione, di «dover essere» rispetto a tutte le altre specie. Se si ammette che ciascuna specie

adegui perfettamente i caratteri formali che determinano il genere, la perfezione di una specie, il suo valore, cioè, di «dover essere» rispetto a tutte le altre possibili specie dovrà essere cercato nel suo *contenuto*: ma il guaio è che un «dover essere», un ideale di perfezione, un criterio di valutazione che sia solo contenuto e non anche «forma» è impensabile. Di perfezione, allora, potrà, parlarsi – per restare nell'ambito dei generi e delle specie – solo dal *punto di vista* determinato da un genere del tutto diverso da quello cui appartiene l'*obiectum* della valutazione. Il che significa che anche ad accogliere l'esigenza di un criterio di valutazione, di un dover essere che rimanga ben distinto dalla forma logica del diritto, tale criterio di valutazione non potrà mai essere determinato da una specie del genere diritto.

5. A migliore riprova del nostro assunto, sarà opportuno prendere in attento esame lo sforzo più notevole che sia stato compiuto in questi ultimi tempi per dare una solida base alla concezione di un diritto naturale che sia criterio di valutazione assoluto di ogni possibile «diritto positivo» e al contempo adegui perfettamente i caratteri formali della giuridicità; e precisamente nella teoria svolta con grande calore dal Del Vecchio.

Il Del Vecchio ha avuto certamente buon giuoco nell'osservare, contro le negazioni più o meno pseudo-storicistiche del diritto naturale, fondate sulla pretesa attuazione o attuabilità storica del diritto «positivo», (concetto da noi confutato nel saggio sopra ricordato), che, a rigor di logica, una massima giuridica non attuata non è per nulla meno giuridica di un'altra che sia stata attuata. Il suo pensiero, per altro, è passato attraverso due fasi che a prima vista possono anche sembrare identiche, mentre in realtà, se identica è la conclusione, il ragionamento è notevolmente diverso. Nella prima fase del suo pensiero, il Del Vecchio era partito dal principio che una cosa fosse il concetto ed un'altra l'ideale del diritto, aveva posto una radicale separazione tra nozione logica e criterio deontologico del diritto, che finiva in sostanza col risolversi in una distinzione relativa tra fatto e valore. «Per una sua proprietà puramente formale», egli aveva osservato, «il diritto si pone nella categoria dei valori». (*Concetto del diritto*, p. 44). Ma non ogni diritto resta sempre ed in ogni caso un valore. «Stabilito che... il *fatto* non è per sé stesso autorevole di fronte al diritto, anzi gli è subordinato per sua natura, ci si apre l'adito a un'osservazione importante. Il diritto positivo, in quanto tale, è pur esso un fatto; la statuizione delle norme giuridiche per legge o anche per consuetudine avviene per opera degli uomini. Quindi è che anche il diritto positivo è sottoponibile ad un

criterio giuridico: o, per dir la cosa più esattamente, alla ragione è sempre possibile di istituire sul diritto positivo un giudizio analogo a quello che il diritto medesimo istituisce sopra le azioni in genere. Le norme vigenti non sono *necessariamente giuste*; il problema della giustizia si presenta anche rispetto ad esse, che, per il fatto di essere vigenti, non sono assolutamente *giustificate*» (*Ibid*., p. 51).

Questo significa, come già abbiamo osservato, che la distinzione tra fatto e valore non è, qui, *relazione assoluta*, ma una distinzione relativa: ciò che appare come valore da un certo punto di vista, precipita al livello di fatto da un altro; nel che è ancora una conferma del terreno intellettualistico sul quale è impostata la discussione. Ma si conferma altresì che, in tal modo, l'appartenenza del criterio valutativo al genere diritto comincia ad apparire assai problematica, in quanto alcune specie, per essere valutate da un'altra, debbono precipitare al livello di fatti e perdere quella ch'era una loro caratteristica in quanto specie del genere, e cioè la loro qualità di criteri di valutazione. Fin da questo momento, quindi, si potrebbe opporre il dilemma: o la qualità di criterio di valutazione è essenziale, o meglio, costituisce una nota indefettibile del concetto del diritto, e allora è chiaro che, tutte le volte in cui una specie perde tale qualità, essa fuoriesca dal genere: la sola possibilità di una simile *deminutio* determina una imperfezione, non dal punto di vista deontologico, ma principalmente dal punto di vista logico. Oppure, la qualità di criterio valutativo è una nota secondaria e non essenziale del concetto del diritto, che può essere perciò pensato indipendentemente da tale qualità, e allora quella pretesa specie che dovrebbe fungere da criterio valutativo, fuoriesce logicamente dal genere: in tanto essa potrà avere una propria autonomia concettuale – che non può mancarle se criterio logico e criterio deontologico sono perfettamente distinti – in quanto venga assunta non come una *species* sopraordinata e pur tuttavia identica alle altre, bensì come un criterio assolutamente *sui generis*.

6. È questo il difetto logico iniziale che il Del Vecchio ha conservato, pur con i più notevoli sforzi per correggerlo, nella successiva elaborazione del proprio giusnaturalismo. Nel determinare il concetto della natura come principio (valutativo) del diritto, distinti due significati diversi della parola natura, uno fisico ed un altro, invece, metafisico, egli si esprime così nei riguardi del secondo: «La natura di alcunché è, in questo senso, il tipo o il segno della sua perfezione, ciò che ogni individuo o

caso particolare *ha da essere* per corrispondere all'intenzione finale della sua specie» (*Il concetto della natura e il principio del diritto*[2], p. 53). La specie che costituisce il criterio di perfezione del diritto si chiama diritto naturale perché fondata sulla natura – nel senso metafisico – dell'uomo: «Come *condizione obiettiva dell'Etica*» (né altrimenti potrebbe annunciarsi un diritto), v'ha una prerogativa inviolabile della persona, una pretensione valida ed esperibile universalmente da ognuno verso ogni altro; e v'ha pure, per questa stessa universalità della pretensione, l'obbligazione correlativa in ciascuno di rispettare quel limite, oltre il quale sarebbe legittima e giustificata l'opposizione dell'altra parte. In questo inscindibile nesso, in questa correlazione essenzialmente bilaterale e *transubbiettiva* si rivela precisamente il carattere peculiare della determinazione giuridica. Il diritto ha pertanto il suo principio nella natura o essenza dell'uomo, così come la morale; ma si distingue da questa, e costituisce una forma specifica di valutazione e determinazione dell'operare, per l'*oggettività del rapporto* nel quale esso pone e consacra il carattere assoluto della persona. La possibilità, naturalmente propria dell'uomo, di rifarsi all'ordine soprasensibile, attingendo alla sua coscienza di ente assoluto la ragione delle sue deliberazioni, possibilità nella quale abbiamo riconosciuto la base dell'Etica in generale, acquista un significato specificamente *giuridico*, da che si assume quale criterio e cardine delle relazioni di convivenza. In questo senso si pone allora la massima che ogni uomo può, solo perché tale, pretendere di non essere costretto ed accettare con altri un rapporto che non dipenda anche dalla sua determinazione: può pretendere di non essere trattato da alcuno come se fosse soltanto un mezzo o un elemento del mondo sensibile; può esigere che sia rispettato da tutti come tenuto egli stesso a rispettare l'imperativo: non estendere l'arbitrio tuo sino ad imporlo ad altri, non voler a te sottomettere chi, per sua natura, è soggetto solo a se stesso. Secondo questo principio, o idea limite, di un diritto proprio universalmente della persona, insito in essa e non esauribile mai in alcun rapporto concreto di convivenza, voglion essere misurati e costituiti tutti i rapporti sociali, così che ognuno di essi, qualunque ne sia la specie particolare, rechi in sé l'impronta di quel diritto, supponga e implichi il riconoscimento di quella suprema *virtualità* dell'essere autonomo, rappresentandone in fatto un esercizio o una funzione» (*Ibid.* p. 84-85).

Tutto questo[2] «vale come criterio per estimare il *grado specifico di verità* delle proposizioni giuridiche (siano o no positive) cioè la *giustizia del loro intrinseco contenuto* (questa sottolineatura è nostra): fermo restando in

[2] Che è di evidente e quasi letterale ispirazione kantiana.

ogni caso il carattere formale della *giuridicità* il quale fa si ch'esse siano considerabili a questa stregua» (p. 162-163). Tale, perciò, è il criterio deontologico del diritto: e si commette un grave errore quando «si imputa a un diritto che vuole essenzialmente valere come criterio sopra i fenomeni, di non apparire come dato dell'esperienza», quando «si nega *a priori*, implicitamente, la qualità di diritto a ciò che non ha effettuazione storica, supponendo così a guisa di postulato appunto quello che si intende dimostrare».

In altri termini, il diritto naturale è quello che accoglie il principio del rispetto assoluto della personalità umana: qui sarebbe il criterio di valutazione di ogni diritto positivo. Senonché, a parte la difficoltà di assegnare allo stesso genere una specie che presenta, rispetto alle altre, una non lieve inversione logica interna (mentre nel c.d. diritto positivo, pretesa e obbligo procedono dalla norma, qui la pretesa e l'obbligo precedono in un certo senso la norma), è da osservare che, siccome l'applicazione del criterio deontologico porta ai predicati «giusto» e «ingiusto», ove s'identifichi il diritto naturale con la giustizia, bisognerà ammettere che la giustizia sia una specie del genere diritto: il che porta alla grave conseguenza di non poter parlare più *in linea assoluta*, di un diritto ingiusto, perché una simile antitesi tra due specie dello stesso genere sarebbe una intima ed insanabile contradizione. Oppure s'identifica la giustizia col contenuto del diritto naturale: ma in tal caso, mentre è chiaro che non una *species*, ma il contenuto di questa – cosa, come si vede, ben diversa – è il criterio di valutazione delle altre, resta poi a chiarire come un dover essere che si chiami giustizia sia semplice contenuto e non forma, se è vero che si tratta di un criterio valutativo assoluto: perché se si tratta di qualcosa che può apparire ora come forma ed ora come contenuto, l'assolutezza del criterio di valutazione si elide automaticamente e ci si viene a trovare nel campo del relativo.

7. Alcune di queste difficoltà non possono certamente essere sfuggite al Del Vecchio: tanto vero, che, in una più recente fase del suo pensiero, egli ha cercato di battere una strada alquanto diversa pur arrivando a conclusioni pressoché identiche.

Notevole è, anzitutto, il tentativo di concepire la nozione logico-formale e il criterio deontologico del diritto non più come due nozioni del tutto indipendenti l'una dall'altra, bensì come legate insieme da una «identità di radice» (*La Giustizia*, p. 60). Codesta identità di radice sarebbe

precisamente un momento della coscienza, l'idea dell'*alterità*, ossia della *posizione obiettiva* dell'io: «v'ha una forma specifica della coscienza per la quale il soggetto si contrappone oggettivamente ad altri, e riconosce sé come appartenente ad un ordine di relazioni con altri; o, se così ci è lecito esprimerci, v'ha una *coscienza di sé in forma obiettiva, in cui la subiettività si proietta in una coordinazione*» (*ibid.*, p. 45). Nella posizione obiettiva della subiettività e nella coordinazione intersubiettiva che ne consegue, sarebbe da ravvisare l'essenza della giustizia (*ibid.*, p. 46): da questo punto di vista, la nozione formale della giustizia è tutt'uno col concetto del diritto, dal Del Vecchio già definito altrove come «la coordinazione delle azioni possibili tra più soggetti secondo un criterio etico che le determina, escludendone l'impedimento». La nozione della giustizia, colta e definita precisamente nei suoi elementi costitutivi, deve, «per la sua natura formale ossia universale», comprendere «tutti i possibili casi della esperienza giuridica, rimanendo una ed immutabile (*adiafora*) in confronto del suo molteplice e mutevole contenuto» (*ibid.*, p. 58). Secondo questa direttiva può e deve costruirsi una *teoria pura della giuridicità* nella quale le nozioni formali del rapporto giuridico, del diritto in senso subiettivo, etc., e le altre logicamente connesse, debbono trovare un'adeguata deduzione ed esplicazione in un ordine sistematico (p. 60).

Ma, continua il Del Vecchio, «da ciò che questa ricerca è razionalmente legittima, non segue per altro che essa sia la sola possibile; non segue, in ispecie, che il nostro spirito si appaghi di riconoscere gli elementi comuni di ogni possibile esperienza giuridica, e sia incapace di stabilire tra i vari dati, secondo un proprio principio, una graduazione e una gerarchia di valori. Se ben guardiamo, un tale principio è, anzi, implicito in quella stessa vocazione del nostro essere, che si annuncia in noi, quale motivo di conoscenza e insieme di azione, quale idea e sentimento ad un tempo. Quello stesso fondamentale motivo della coscienza (il superamento dell'individualità, l'atteggiamento transubiettivo e metegoistico, la proiezione dell'io sotto la specie dell'altro) costituisce anche il fulcro di un'esigenza assoluta, che in quella forma può essere più o meno avverata, ma che conserva tuttavia il suo valor di esigenza e di criterio ideale, oltre ogni empirico avverarsi: e che ha pure, per eccellenza, il nome di giustizia» (p. 60). L'elemento. di trascendenza che la nozione della giustizia porta con sé, non si risolve, insomma, soltanto nell'universalità della forma logica, ma vale anche a costituire «il criterio d'ultima istanza e il paradigma ideale rispetto ad ogni suo possibile contenuto» (p. 61). Questo criterio e paradigma ideale della giustizia non può consistere in altro che nel riconoscimento integrale della personalità di ciascuno, riguardata obbiettivamente (e cioè fuori del

soggetto medesimo) nel suo carattere intelligibile, vale a dire come entità assoluta ed autonoma. «Un tal riconoscimento, appunto per la sua natura obiettiva (*o transubiettiva*) implica sempre un superamento della coscienza particolare o «egoistica»; poiché solo nella sfera più elevata (trascendentale) della coscienza è possibile l'*equazione ideale* tra il *sé* e *l'altro*» (p. 61).

Anche secondo il concetto formale della giustizia, continua il Del Vecchio, «vi ha necessariamente un riconoscimento reciproco di più soggetti: ogni proposizione giuridica implica una relazione intersubiettiva (*sub specie alteritatis*). Ma, mentre la nozione formale ammette nel proprio àmbito una innumerevole serie di gradi ed una infinita varietà di figure di tale specie, anche stravaganti e contrastanti tra loro... il criterio ideale della giustizia si traduce in un'esigenza categoricamente determinata, che non si appaga di una relazione intersubiettiva qualsiasi, fondata sopra un riconoscimento anche parziale, difettoso o aberrante, sottoposto cioè a limitazioni e deviazioni empiriche e contingenti; bensì impone il riconoscimento uguale e perfetto, secondo la pura ragione, della qualità di persona, *in sé come in tutti gli altri*, e per tutte le possibili interferenze tra più soggetti» (p. 62).

Lo sforzo, come abbiamo già detto, è veramente notevole: ma si sono corretti i difetti fondamentali della posizione? A nostro modesto avviso, tali difetti sono stati aggravati.

Non ci vuol molto a convincersi che quella giustizia formale (o, se vuolsi, formalistica) in cui il Del Vecchio fa consistere il diritto, è una cosa assolutamente diversa da quella giustizia sostanziale, di cui nelle ultime pagine egli parla con tanto calore. La prima presuppone, sì, la molteplicità dei soggetti, ma come molteplicità spaziale e temporale: è oggettività, è realtà esteriore, non è quella realtà intima al soggetto concreto in cui ha luogo la seconda; la prima può essere degradata a mero fatto, la seconda non può esserlo mai. Sono due entità concettuali del tutto eterogenee. Né si parli della «nota comune» della bilateralità, perché – prescindendo da ogni critica al c.d. carattere della bilateralità che ci sembra un grosso equivoco regalato dai giuristi alla filosofia del diritto –, la bilateralità del c.d. rapporto giuridico non ha nulla da vedere – essendone, nella migliore ipotesi, una proiezione capovolta – con quella «equazione ideale tra sé e l'altro» che avrebbe luogo «nella sfera trascendentale della coscienza». La prima è il diritto in senso proprio e rigoroso, la seconda è il Bene, ossia la Moralità.

Che cosa potrebbe significare, infatti, in termini di diritto, quel superamento della coscienza particolare o «egoistica» se la giustizia assoluta di cui parla il Del Vecchio fosse veramente una specie del genere diritto

(diciamo sempre «genere» perché un universale che non sia l'universale, e che se ne stia in compagnia di altri universali, è proprio quello che la vecchia logica formale chiamava genere)? Il Del Vecchio, abilmente, non parla di altruismo: ma un «metegoismo» che non sia altruismo è un po' difficile a concepirsi come qualcosa che si distingua da un principio etico – di quell'Etica, però, che giustamente è stata chiamata Etica materiale – o, per essere più chiari (data la tendenza ad accomunare morale e diritto sotto questa denominazione) da un principio morale in senso stretto.

8. Ma queste obiezioni, radicali e perentorie quanto si voglia contro l'ammissibilità di un diritto naturale specie del genere diritto, non valgono certamente a sradicare o quanto meno a scalfire l'esigenza spirituale da cui ha sempre tratto alimento – e lo trarrà sempre – la tendenza al giusnaturalismo. Rendersi conto pienamente di questa esigenza: questo è necessario, e non a volta a volta ripetere le solite accuse di antistoricismo o difendersi dalle accuse di «adorazione del fatto compiuto», «culto supino e aprioristico della storia» e simili obiezioni più o meno destituite di fondamento.

Qual è dunque l'esigenza spirituale che sta alle basi delle tendenze giusnaturalistiche, e più visibile nelle moderne che nelle antiche? Si può rispondere con poche parole: la critica delle leggi, intesa non come un atteggiamento di ribellione, ma come il vaglio cui la coscienza non può non sottoporre ogni precetto che si presenti come alcunché «voluto» da altri, ma non ancora da noi.

Non è superfluo avvertire che qui si è in un campo del tutto diverso da quello dell'esperienza giuridica propriamente detta, ossia al di qua di quel formalismo legalistico che, istituito il rapporto tra norme e attività come regola e regolato, non si preoccupa più di altro che della conformità del contegno rispetto alla norma.

Non si tratta più, o meglio, non si tratta ancora (perché l'astratto segue e non precede il concreto) di ragguagliare il modello di condotta alla c.d. fattispecie concreta: bisogna considerare le leggi nel momento in cui si pongono davanti alla coscienza come concreti elementi delle concrete situazioni storiche in cui dobbiamo agire: e allora si vede subito come ciò che si è chiamato critica delle leggi non sia altro che un puro e semplice corollario di quella libertà spirituale che sola può dare effettivo valore all'adesione o alla ribellione.

L'idea della responsabilità è strettamente connessa all'idea della libertà: senza questa è impossibile parlar di quella. Il vaglio, cui la coscienza sottopo-

ne leggi norme precetti, è la condizione indispensabile perché si possa parlare di responsabilità, sia di fronte all'adesione come di fronte alla ribellione.

In questo senso, la critica delle leggi è veramente un atteggiamento eterno dello Spirito umano: e se l'espressione «diritto naturale» non volesse significare altro che questo, potremmo benissimo parlare, senza rischio d'incorrere nell'antistoricismo, di «eternità» del diritto naturale.

9. La critica delle leggi – che non vuol dire, sarà bene ripeterlo ancora una volta, ribellione virtuale o effettuale alle leggi – non può evidentemente che appuntarsi sul loro contenuto: e poiché ciascuna norma o legge che si dica deve necessariamente contenere una «massima» (non si dimentichi che il momento preso qui in considerazione è precisamente quello dell'appercezione della norma come un elemento, sì, della situazione di fatto in cui deve svilupparsi l'azione, ma un elemento che, se mi si consente la frase, «parla» direttamente alla coscienza), ora è la massima che viene in discussione, ora l'estensione della massima stessa. È ben raro, per altro, che quando venga posta in discussione la massima non venga in discussione anche la *fonte* della norma: sicché, tutte le volte che si ravvisi questa fonte nell'*auctoritas*, è inevitabile che la critica sbocchi nel problema del rapporto tra autorità e libertà, ossia in quello che è il massimo problema della Politica. Da questo punto di vista si comprende benissimo perché la maggior parte delle dottrine che per tanto tempo sono state ritenute come il *corpus* delle storie della filosofia del diritto vengano oggi, e non a torto, rivendicate dalla Storia delle dottrine politiche (basti pensare alla c.d. Scuola del diritto naturale del XVII e XVIII secolo[3]).

Cercherò adesso d'illustrare brevemente come la critica di quella che ho chiamato «estensione» della massima sia precisamente il terreno sul quale sorgono quei concetti di giustizia e di equità che hanno affaticato il pensiero moderno forse più che l'antico; e come, in fondo, la funzione di questi criteri sia più critica che veramente «costruttiva». Sarà anche opportuno, frattanto, distinguere tra la critica che appunta sulla massima in quanto questa tocchi immediatamente, per così dire, la coscienza individuale e il senso della personalità; e quella critica che si pone da un punto di vista puramente teleologico (o, si potrebbe dire, economico *lato sensu*), quando cioè le norme vengano considerate come «mezzi» rivolti al

[3] Sull'argomento, v. le giuste osservazioni del De Mattei, *Sul metodo, contenuto e scopo di una storia delle dottrine politiche*, in *Arch. di Studi, Corporativi*, 1938, II, p. 200 e segg. spec. p. 211.

conseguimento di certi scopi, e si risolve perciò nel vagliare l'attitudine o meno delle norme stesse al conseguimento di tali scopi.

10. Se è vero che il pensiero moderno, nella riflessione sul problema morale, è andato assai oltre quel concetto di giustizia che fu la più alta parola di un'Etica sotto tanti aspetti certamente rispettabile come l'Etica greca (e non è qui il caso di accennare alle critiche rivolte a un tal concetto), è ugualmente vero che il senso comune di tutte le epoche non sembra essere mai riuscito a superarlo. Non a caso e non a torto, infatti, si è parlato sempre di un «senso della giustizia» comune al dotto e all'uomo incolto; ed è comunque significativo che lo si sia concepito spesso come «innato» alla coscienza umana: anche se può concedersi come dimostrato e trionfalmente dimostrato che il concetto di giustizia non possa esaurire la complessità del problema morale, non si può certamente considerare come inesistente o fittizia quella coscienza comune che a quel concetto è rimasta così fortemente abbarbicata.

Bisogna tener presente anzitutto il significato fondamentale attribuito quasi costantemente (una riserva, che non è qui il caso di sviluppare, è da farsi per la concezione platonica) all'idea della giustizia, ossia il criterio dell'*uguaglianza*: uguaglianza, si noti, tra gl'individui (e l'individualità è impensabile senza il convergere dell'identità e della differenza); il che significa, in definitiva, che alla base di questo criterio è sempre il presupposto schiettamente intellettualista dell'identità ottenuta attraverso la elisione di certe differenze. Tanto vero ciò, che accanto al concetto di giustizia è sorto quello di equità come «giustizia del singolo caso» ossia rivalutazione di certe differenze in relazione a determinate identità. Siamo, dunque, nel dominio dell'intelletto – e si dica pure «ragione discorsiva», *Verstand* nel senso hegeliano o addirittura «senso comune» – ossia in quella fase dell'attività pensante che scinde il divenire, unità dell'identità e della differenza, e pone l'una accanto all'altra in una guisa che potrebbe definirsi con una metafora mutuata alla meccanica, ossia in una posizione di «equilibrio indifferente».

11. Ciò posto, non è difficile vedere come la critica del contenuto delle leggi, sotto il profilo della «estensione» della massima, porti direttamente ai riferimenti alla giustizia o all'equità. Ogni precetto generico, per la

stessa generalità o genericità che si dica, implica *eo ipso* la *uniformità*, ossia l'uguaglianza, di tutta una serie di situazioni che in realtà sono sempre individuali, ciascuna, cioè, identica soltanto a sé medesima e differente da tutte le altre: sicché la sussunzione di ciascuna nell'orbita di efficacia del precetto è ottenuta attraverso una elisione di differenze che è una riduzione all'identità. Ma il momento della differenza non viene mai eliminato dal campo delle leggi, perché la loro stessa molteplicità introduce nuovamente le differenze: che non sono, però, differenze reali, ma *differenze tipiche*.

È chiaro, allora, il conflitto virtuale che viene a delinearsi tra la realtà e l'astrazione, tra la percezione, si potrebbe dire, dell'individuale e la sua riduzione ad esempio di tipo prestabilito, riduzione cui, d'altra parte, l'intelletto, per la sua stessa costituzione, non può sottrarsi. Ed il conflitto scoppia e la legge vien detta ingiusta quando abbia sacrificato uguaglianze sentite dalla coscienza (sacrificio, quindi, dell'identità alla differenza); e vien detta iniqua allorché si verifichi l'opposto di quanto detto or ora: quando, cioè, le differenze vengano sopraffatte dall'identità. Ma al solito, anche nel caso in cui s'invochi l'equità, non si fuoriesce dal campo normativo perché le differenze non sono concrete, ma tipiche: alla norma, all'identità o uniformità che si dica, l'intelletto deve sempre tornare.

Questo, se non m'inganno, è il fondamento gnoseologico della distinzione tra giustizia ed equità: ed ecco perché si è parlato di una funzione critica, prima che costruttiva, di questi concetti. Non so se anche questa volta si dirà che queste osservazioni rivelano un «estremismo logico» che a prima vista potrà essere ritenuto poco consono a problemi tradizionalmente considerati come problemi di Etica. Ma l'Etica, se è, prima di tutto, filosofia, non può divorziare dal più rigoroso logicismo, almeno fino a quando questo non vada a sboccare proprio in errori di logica.

Ma, a parte ciò, sarà forse interessante esaminare come e quanto spesso, nel più rigoroso ossequio alla legge, s'introduca una critica ispirata ora alla giustizia ora all'equità, ed una critica che non rimane mero soliloquio o mera protesta platonica del giurista. Ecco un altro motivo per tentare una revisione, sotto il profilo critico-gnoseologico, della c.d. tecnica interpretativa.

13.
INTERVENTO ALLA TAVOLA ROTONDA SUL POSITIVISMO GIURIDICO

Mi permetto di osservare che la discussione, nel modo in cui si è svolta finora, non è stata condotta sul piano speculativo, ma su quello sociologico. E poiché la sociologia si risolve immancabilmente in una descrittiva di fatti che si dicono storici, ma che in realtà sono fatti tipizzati sulla base di «punti di vista» diversi e non sempre, anzi assai raramente conciliabili o quantomeno suscettibili di integrarsi, i dissensi che sono affiorati in questa giornata e che ad un certo punto mi hanno dato l'impressione di assistere ad un epicedio del positivismo giuridico, erano e sono inevitabili; e non dissensi di lieve entità, ma, a momenti, impossibilità di intendersi reciprocamente.

Psico-sociologico, infatti, è uno dei punti di vista che stanno alla base del c.d. positivismo giuridico: quello della maggiore o minore efficienza, diciam così, motivatrice, di certe norme al confronto di altre: ma ciò sottintende il criterio che la conformità di un comportamento ad una norma si spieghi solo con la sollecitazione psicologica esercitata dalla norma, sicché tale comportamento costituirebbe l'attuazione della norma stessa. Ma questo criterio, in sede filosofica, è insostenibile (ed è insostenibile, oserei aggiungere, in sede di buon senso) perché i motivi di un comportamento che si presenti conforme ad una norma non sono enumerabili, ed è arbitrario ridurlo ad uno solo, che per altro può anche mancare del tutto. Partendo, quindi, da un siffatto criterio, si navigherà nel mare dei «supergiù» e dei «press'a poco» assunti a fondamento della c.d. validità, condizionata o meno dalla cosiddetta effettività, e l'una e l'altra mescolate in dosi variabili per stabilire la «positività» di una norma o di un complesso di norme. Positività non certo in senso rigorosamente storico, ma appunto, sociologico, poiché ogni norma di cui si accerti la realtà storica non è meno «positiva» di altre cui si attribuisca una particolare e diversa efficienza psicologica. L'osservazione, a mio modesto avviso, decisiva, del Croce, essere ogni regola o norma un elemento della situazione reale in

* Pubblicato in *Tavola rotonda sul Positivismo giuridico (Pavia 2 maggio 1966)*, in *Quaderni della Rivista* «*Il politico*», n. 4, Milano, 1967, pp. 87-88.

cui l'individuo opera, epperò destinata a risolversi nella sintesi sempre nuova dell'azione, quasi un pezzo di quel combustibile che si bruci alla sua fiamma – e questa osservazione, purtroppo, è rimasta ignorata – tronca alla radice, sul piano speculativo, tutte le discussioni pro e contro la «statualità» o la «socialità» delle norme giuridiche: si fondi, perciò, sull'una o sull'altra «positività» si resterà sempre sul piano di una descrittiva che può chiamarsi soltanto sociologia, non storiografico-giuridica, e meno che mai filosofica.

Anche un altro punto di vista affiora non di rado nelle discussioni sul positivismo giuridico: è quello che chiamerei "strumentalistico" meglio che "teleologico", richiamato implicitamente o esplicitamente allorché si cerca di far leva sulla c.d. coazione o coercibilità che si dica. È perfettamente legittimo considerare una norma o un complesso di norme come «strumenti» volti a conseguire certi risultati: ma anche su questo terreno, indubbiamente cònsono all'indole delle costruzioni sociologiche, il cammino è piuttosto infido, perché le finalità che si possono assegnare alle norme, p. es., a quelle «statuali», raramente presentano un carattere di univocità: basti pensare al divario tra finalità del *legis lator* e finalità dei *subiecti*.

La questione, ovviamente, cambia d'aspetto se la positività della norma s'intende come «esclusività» avente per fondamento una scelta. È questa la strada che ho cominciato a battere or sono quarant'anni, anche se oggi mi sembra più esatto parlare di una scelta che si fa volta per volta, in relazione al singolo «caso», anziché di scelta di un complesso di norme. Giurista antico e giurista moderno, giurista continentale e giurista angolo-sassone, giurista teorico e giurista pratico hanno in comune, infatti, un terreno che è quello dei «casi»: una «dogmatica» che risulti incapace di risolvere singoli «casi» rimane sostanzialmente tagliata fuori dal sapere giuridico vero e proprio. Ora proprio con il criterio della scelta si è in grado di chiarire, se è vero, come mi sembra vero, che l'essenziale di ogni «caso» – a parte il c.d. conflitto di interessi che talvolta appare tirato addirittura per i capelli – si può riassumere nella formula «come doversi comportare», si è in grado di chiarire, ripeto, la genesi, diciam così mentale, di quel «dover essere del comportamento» in cui è il significato preciso di ciò che chiamiamo «obbligo» o «dovere» in senso legalistico. Ma su questa stessa via – e qui aderisco a quanto ha osservato Bruno Leoni sulla necessità che giuristi ed economisti comincino a conoscersi meglio – si potrà chiarire il senso economicistico della scelta: poiché, in fondo, anche per l'economista, e poi in modo addirittura macroscopico per il politico, ogni concreto problema, presupposto di ogni e qualsiasi descrittiva, si riassume sempre nella formula del «come doversi comportare».

14.
SULLA CONCEPIBILITÀ DI UN NESSO LOGICO TRA «ILLECITO» E «SANZIONE»

«Nell'epoca che consideriamo, la teoria della coattività in senso stretto languisce sotto le dure critiche che non le consentiranno di sollevarsi neanche in seguito»… «la coazione cessa di essere un correlato immediato della giuridicità»... «Per ora, l'idea della coazione di fatto come crisma di giuridicità appare abbandonata e l'idea della coazione-sanzione come carattere del fenomeno giuridico non pare abbastanza precisata per servire ai bisogni della scienza». Queste proposizioni non sono di un filosofo del diritto, ma di un fine ed accorto giurista[1]; ed io vorrei aggiungere qualche ulteriore osservazione alle conclusioni esposte or sono sette lustri[2] in un breve saggio che non è rimasto del tutto senza sèguito nell'àmbito della filosofia giuridica e della giurisprudenza[3].

In primo luogo, e a prescindere dall'orientamento alquanto diverso[4] da quello cui m'ispiravo allora (ma sempre, ben inteso, nell'àmbito dell'idealismo immanentista), credo di dover modificare i termini del dilemma: o formalismo o teleologismo, in cui avevo compendiato le mie osservazioni sul tema; nel senso che oggi ritengo più esatto contrapporre «deontologismo legalistico» a «strumentalismo». Ciò per la ragione che accanto al formalismo giuridico ritengo – sempre, però, sul piano del «senso comu-

---

* Pubblicato in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, vol. 1, Milano 1967, pp. 101-109.

[1] Così Sacco, *Coazione e coercibilità*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, 221 e conclusione a 223.

[2] *Sulla c.d. coattività delle norme giuridiche*, Milano, 1932, rist. in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 321-344 *[e anche in questo volume, n.d.c.]*.

[3] V. specialmente Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, 25 in nota. Riconosce in parte l'esattezza della critica esposta nel citato mio saggio, il Mercadante, *Dovere giuridico* (nozione filosofica), in *Enciclopedia del diritto*, XIV, 73-74 in nota.

[4] In quanto non si ferma alla constatazione della cosiddetta astrattezza del «deontologismo», ma identifica in essa il punto di partenza del problema filosofico del diritto.

ne»[5] – perfettamente concepibile un formalismo teleologico: inteso deontologicamente, che cosa è, infatti, il celebre «principio del minimo mezzo» se non un criterio formale[6] quanto, se non ancor più spontaneo e diffuso, il principio deontologico della conformità del comportamento alla regola? Ritengo, quindi, più esatto parlare di «strumentalismo» perché, come credo di aver dimostrato a suo tempo, «coazione» e «sanzioni» non elidono l'illiceità del comportamento, ma si presentano come «rimedi» agli inconvenienti, che derivino o possano derivare da tale comportamento: l'espressione qui adottata in luogo di «teleologismo» è suggerita dalla diffusa tendenza contemporanea a considerare leggi emanate, o di cui si auspichi l'emanazione, come «strumenti» per conseguire certi «risultati», ossia certe situazioni di fatto che si pongano in essere attraverso il comportamento conforme alle leggi stesse. Con ciò non intendo affermare che la considerazione strumentalistica della regola, alla quale è ragionevolmente corrivo il giurista, debba ritenersi un trascurabile *accidens*: s'intende negare soltanto che tale considerazione possa ritenersi capace di spiegare, in una interpretazione speculativa (le «teorie generali» sono un'altra cosa) del sapere e dell'esperienza giuridica, la genesi, diciamo pure, «mentale», della valutazione giuridica, in quanto atteggiamento assiologico del «senso comune».

Né a diversa conclusione è possibile pervenire puntando sulla concomitanza di «coazione materiale» e «coazione psicologica». Un maggiore rilievo acquista la seconda, anche quando si cerchi di far leva sulla prima, allorché si parta dalla concezione «imperativistica» che sussume le regole nello schema del «comando»[7]. Fondare l'obbligo immediatamente sul comando è ammissibile ad un sol patto: che l'obbligo si concepisca come una sollecitazione psicologica («il riflesso psicologico del comando» diceva il Carnelutti): ma questa sollecitazione non consegue indefettibilmente al comando, al massimo è un *quod plerumque accidit* e, sollevato a «nota» essenziale del concetto di valutazione giuridica, si aggirerebbe fatalmente

[5] Ossia del pensiero che intuisce sullo sfondo del molteplice spazio-temporale, presupposto a se stesso, i «dati» su cui vengono fondate quelle storiche sistemazioni nozionali che si chiamano scienze *stricto sensu*.

[6] Acutissimo il rilievo del Capograssi, *Analisi dell'esperienza comune*, Roma, 1930, 97 (ed ora in *Opere*, II, 105) allorché parla di «una specie di formalismo, il formalismo edonistico, per cui il problema dell'azione deve risolversi col cercare di massimizzare l'utilità e minimizzare il costo». Ma qui è il nucleo concettuale della valutazione politica (in senso proprio) del comportamento, e della valutazione economica, che ne costituisce la specificazione dal punto di vista quantitativo. Non sarebbe improprio parlare di valutazione *teleonomica*.

[7] Da cui sorge l'insolubile – perché inesistente, come ha dimostrato il Romano, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 133-134 – problema dei «destinatari» delle norme.

nell'orbita dei «su per giù» e dei «press'a poco»[8] In ogni modo, la coazione psicologica rimane, insieme alla sorella, a quel livello che oggi si usa chiamare, con una brutta parola, «fattualità»: e allora sorge la difficoltà, insormontabile date le premesse, di trovare un «ponte» attraverso il quale il «fatto» si converte in valutazione. In realtà, punto di vista strumentalistico e punto di vista psicologico, variamente mescolati, e frequentemente, se non sempre, accompagnati da rilevazioni statistiche, concorrono a formare il caratteristico *humus* della sociologia. E genuinamente sociologiche sono, nella loro quasi totalità, le argomentazioni, ora autoqualificantisi filosofiche, ora «scientifiche», nella non del tutto sopita (figlia legittima della classificatrice dottrina dei «caratteri differenziali») disputa circa la statualità» o la «socialità» del diritto. L'indole sociologica delle ragioni addotte a favore della prima tesi non è meno evidente di quella delle ragioni addotte a favore della seconda: basti rileggere quelle addotte dal Kelsen per sostenere, oltre che la statualità, la convertibilità dei termini diritto e Stato; ed in cui, premessi i raffronti, rituali nella sociologia, tra comunità primitive e comunità evolute, con i pedissequi richiami alla vendetta, il diritto vien fatto consistere in una «speciale tecnica sociale» che organizza l'uso della forza per conseguire la «pace sociale» nella comunità.[9] Se non si tiene presente una siffatta premessa (che... più sociologica non potrebbe essere) non si comprende l'origine della stranissima tesi secondo cui «una regola non è giuridica perché la sua efficacia è assicurata dalla sanzione: una regola è una regola giuridica perché dispone una sanzione»[10]. Questa è la nuda trasposizione in termini che vengono qualificati «scientifici», anzi propri di una «scienza pura», dell'assunto sociologico: al quale si cerca invano di dare una verniciatura filosofica tirando in ballo il «*Sollen*» di kantiana memoria (*sed quantum mutatus ab illo!*), ma riservandolo,

[8] In quest'orbita, giustificabile forse solo sociologicamente con la c.d legge dei grandi numeri si aggira anche il Bobbio, *Teoria della norma giuridica* (lez. lit.), Torino, 207, nell'osservare che «quando si parla di sanzione organizzata come elemento costitutivo del diritto, ci si riferisce non alle norme singole, ma *all'ordinamento normativo preso nel suo complesso*, ragion per cui il dire che la sanzione organizzata contraddistingue l'ordinamento giuridico da ogni altro tipo di ordinamento, non implica che *tutte* le norme di quel sistema siano sanzionate, ma soltanto che lo siano *la maggior parte*» (la sottolineatura non è mia). In altri termini, un criterio statistico: un discorso, cioè, che potrà esser valido, forse, per la sociologia: come del resto è di sapore schiettamente sociologico quella «risposta alla violazione» (un tempo si parlava di «reazione sociale») con la caratteristica di essere «istituzionalizzata» (ossia regolata da norme), cui il Bobbio riconduce la sanzione.

[9] V. per esempio, Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di Sergio Cotta e Giuseppino Treves, Milano, 15 e 22.

[10] Kelsen, *op. cit.*, 411.

come genuino obbligo giuridico e in barba alla sua «trascendentalità», al cosiddetto organo dello Stato che «deve applicare la sanzione». Mancando quest'ultima, si ha un «materiale irrilevante»[11]: il *subditus* non ha un vero obbligo di comportarsi secondo la statuizione normativa: basta che egli assuma un comportamento contrario a quello che costituisce la condizione per l'intervento della sanzione, il comportamento cioè che «evita» la sanzione. La lotta, non tanto contro il senso comune, quanto contro il buon senso comincia a delinearsi apertamente, e a nulla vale asserire che qui si tratta di «scienza pura», come se a questa possa pervenirsi solo entrando in conflitto col buon senso: a nessuna persona mediocremente dotata di quest'ultimo passerebbe per la mente di affermare, per esempio, che il comportamento di un gentiluomo verso una signora sia corretto quando si agisca in modo... da evitare uno schiaffo! Ma, con l'ostinazione del Kelsen nei tentativi di travestire con parole del linguaggio giuridico un sociologismo di vecchio stampo, si arriva a questo capovolgimento: la illiceità del comportamento del *subditus* che sarebbe la condizione della conseguenza giuridica qualificata come sanzione, si fa risalire ad una norma «secondaria»: sicché la condizione che, logicamente, precede ciò che è condizionato, viene posposta a questo.

Ma questo evidente controsenso si rivela, per altro verso, la conseguenza logica di una premessa sulla quale il Kelsen ha costruito – con materiali attinti un po' ad una corrente filosofica ferma ad una assai discutibile interpretazione del formalismo etico kantiano, e in buona parte all'orientamento dommatico della giuspubblicistica – una impalcatura che regge fin che si dia per buona la identificazione (priva di significato al di fuori di un certo indirizzo sociologico piuttosto antiquato) del diritto con una specifica tecnica sociale dell'impiego della forza rivolto ad ottenere la pace all'interno del gruppo: anzi, *tout court,* «un certo ordinamento (o una certa organizzazione) della forza»[12]. Tutte le preoccupazioni kelseniane di stabilire una rigorosa distinzione tra «metodo giuridico» e «metodo sociologico», affidandola al «*Sollen*» riferito, poi, in prima linea al comportamento del cosiddetto organo dello Stato[13], hanno, oserei dire, qualcosa di «freudiano» quasi una inconscia reazione al «richiamo

[11] Kelsen, *lc. ult. cit.*

[12] Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, trad. Losano, Torino, 1966, 243. E premette: «… il rapporto tra validità ed efficacia viene a coincidere con quello, molto più corrente, di diritto e potere (*Macht*)». Dove è chiaro che «potere» non è ancora o non è più nozione giuridica, ma, appunto, sociologica.

[13] Che per ciò stesso, perde ogni carattere di «trascendentalità» e si converte in un groviglio di criteri eterogenei.

della (sociologica) foresta». Ma, una volta messa da parte la sociologia, l'impalcatura è destinata a cadere irreparabilmente: e se questa dottrina è riuscita ad *épater* per tanto tempo, ciò si deve al fascino che esercita il vessillo della «scienza pura». Norma fondamentale e «struttura a gradi» dell'ordinamento giuridico, subordinazione della validità all'efficacia, possono sembrare cervellotiche escogitazioni, mentre non sono altro che sviluppi logici di un criterio che non è filosofico, che si pone chiaramente ancora al di qua della giurisprudenza, e che forse è «scientifico» solo in sede genuinamente sociologica.

Ma vi è di più. L'assunto sociologico convertito in «principio della conoscenza giuridica» – un criterio epistemologico, quindi! – diventa, addirittura automaticamente, un canone, anzi il canone pregiudiziale che condiziona l'interpretazione della norma. Il Kelsen, infatti, non esita a dichiarare «non idoneo il materiale giuridico che è stato creato secondo la norma fondamentale (la costituzione)», anzi, «non-diritto e giuridicamente irrilevante» se «non si conforma alla norma fondamentale della regola positiva di diritto dalla quale un determinato atto coercitivo è associato a determinate condizioni»; verdetto capitale, insomma per «tutti quei materiali che vengono designati *lex imperfecta,* regole che, sebbene si presentino nella forma giuridica della legge formale, del regolamento, ecc., non possono venire in relazione diretta o indiretta con un atto di coercizione». Forse per non suscitare la veneranda tradizionale obiezione, il Kelsen non ha «postulato» la norma obbligante almeno un «organo dello Stato» a non far mancare mai la sanzione! Ma ciò significa ammettere la possibilità di un conflitto tra il contenuto dispositivo della norma e il «principio della conoscenza giuridica» conflitto che vedrebbe sempre soccombente il primo. Ed allora, per quanto inequivocabile sia la dizione del testo legislativo, per quanto non possa sussistere il benché minimo dubbio che la norma abbia inteso obbligare un soggetto ad assumere, o non, un determinato comportamento, ove manchi la sanzione, la norma è da considerare, senza misericordia, *tamquam non esset*: sarà stata «prodotta» con tutti i crismi della legalità costituzionale, ma non vi è rimedio, la norma è nata morta, e non ha più senso parlare di quel comportamento come lecito o illecito: è «irrilevante», e basta! Si può immaginare l'imbarazzo dell'esegeta che veda sfuggirsi, ombra vana fuor che nell'aspetto, la «positività» della norma...

Ora, se la concezione kelseniana è insostenibile, diviene insostenibile anche ogni idea di connessione immediata e necessaria tra illecito e sanzione. Connessione che, dal punto di vista (deontologico-)formale

nascente dalla posizione di «esclusività»[14] con cui la regola si presenta come norma, non sussiste; e che torna ad affacciarsi, nelle teorie che intendono collegare a tutti i costi giuridicità e «coattività» o «sanzionatorietà», per la confusione tra la valutazione vera e propria, e la rilevanza del comportamento. Ora, un conto è la valutazione del comportamento, come raffronto ad un modello deontologico: ed un conto è la rilevanza dello stesso comportamento in quanto «fatto» che «corrisponda», perché tipologicamente identico, alla fattispecie o ad un elemento di questa, quale presupposto – rispetto ad una norma diversa – di «conseguenze giuridiche». Essere, quindi, un comportamento, oggetto di valutazione da parte di una norma, non implica necessariamente ch'esso sia sempre un presupposto per la cosiddetta applicazione di una norma diversa, ossia per il sorgere di altre conseguenze giuridiche[15]. Queste possono, com'è noto, venire riferite tanto al soggetto che abbia agito in conformità o in difformità alla norma, quanto ad altri soggetti. Tipizzare e classificare i «contenuti» delle

[14] Che il giurista, quali che siano le sue opinioni in tema di «statualità» o «socialità» del diritto, assuma come «esclusiva» la norma relativa al «caso», particolare o tipico, *de quo agitur*, non mi sembra possibile dubitare: ma tale esclusività non deriva, e non può derivare da altro, fuorché da una scelta. Senza il riferimento a questa (poiché scelta significa preferenza, e al contempo, esclusione), non avrebbe senso parlare della norma come criterio di «valutazione» e di deontologismo. Ma non basta ricondurre ogni valutazione di comportamento ad una scelta: occorre anche approfondire – e questo è essenziale per l'interpretazione speculativa – quale sia l'indole di una scelta siffatta, che non coincide, ovviamente, con la scelta effettiva di un comportamento. Problema che non avevo – lo confesso – intravisto, allorché, or sono quarantun anni in *Il concetto del diritto e la «pluralità degli ordinamenti giuridici»* (1926), ora ristampato in *Formalismo e sapere giuridico*, 214, avevo collegato scelta ed esclusività.
L'esclusività potrà anche apparire «postulata», per ciò che la scelta della regola «vale» indipendentemente dalle ragioni o «motivi» su cui è fondata: e sotto questo aspetto il classico catalogo dei «caratteri differenziali» si spiega come un tentativo di tipizzare i motivi di tale scelta.

[15] Di «fatti giuridicamente rilevanti» aveva parlato il Cesarini Sforza, però quali «presupposti» degli «atti giuridici» (*Note per una teoria generale degli atti giuridici*, in *Annali delle Università toscane*, XLVII, fascicolo 6, p. 3, estratto *a*). Ma a «fatto giuridicamente rilevante» riduceva, poi l'atto illecito, a differenza dell'atto lecito, in quanto il primo non rientrerebbe nella categoria degli atti giuridici, perché «antigiuridico»: un ragionamento, come si vede, poco convincente, perché conduce alla conclusione che il presupposto dell'atto illecito sarebbe identico a questo. Senza contare che, a rigore, gli «atti» possono dirsi «validi» o «invalidi» e solo i comportamenti sono «leciti» o «illeciti».
In un significato del tutto particolare, il Falzea, nella sua finissima elaborazione della *Efficacia giuridica* (in *Enciclopedia del diritto*, XIV, 432 s.) parla di «rilevanza», riferendola – in sede, com'egli dice, «metodologica» o «teorico-generale» – alla norma, in quanto elemento parziale del «sistema»; ed alla fattispecie – in sede dogmatica – in quanto ancora incompleta («alla fattispecie totale corrisponde l'efficacia giuridica, mentre alla fattispecie parziale è legata la rilevanza giuridica»). In altri termini, la rilevanza sarebbe l'efficacia ancora *in itinere*.

conseguenze giuridiche collegate alla situazione di fatto posta in essere con un comportamento, quale che sia la valutazione di quest'ultimo, è perfettamente consono all'indole della dommatica: ma a patto di non dimenticare che si tratta di «contenuti», inevitabilmente molteplici, per cui nessun tipo può essere sollevato a criterio determinante la «forma» della valutazione giuridica. Né vi è dubbio che sanzioni e «mezzi di coercizione» non siano altro che «contenuti» di conseguenze giuridiche, tipizzati sotto il profilo psicologico e strumentalistico, e, più frequentemente, in varie guise combinati: per nulla, quindi, condizioni costantemente indefettibili per la qualificazione di obbligatorietà di un comportamento. «Illecito», dunque, significa soltanto valutazione negativa, che non implica necessariamente, ripeto, la rilevanza del comportamento così valutato – anzi ne rimane del tutto distinta – in relazione ad una norma diversa; e perciò la illiceità, come valutazione, si esaurisce in se stessa. La pretesa connessione logica tra illecito e sanzione è il risultato di una generalizzazione mal condotta, e in definitiva, arbitraria.

15.
FORMALISMO GIURIDICO

1. *Ambiguità delle espressioni «forma» e «formalismo»*

Non è esagerato affermare che la conclusione delle indagini svolte recentemente da egregi studiosi[1] sui significati dell'espressione «formalismo giuridico» sia riassumibile in questa breve proposizione: è condannato all'insuccesso ogni tentativo di stabilire quale sia il significato «proprio» (cioè rigorosamente univoco), tra i molti in cui è stata usata l'espressione in esame, sì che gli altri debbano ritenersi, in varie guise, semplici «traslati». Su questa base, è ovvio come divenga inconcepibile la posizione di un ben individuato problema – e non importa, per il momento, se «filosofico» o «scientifico». Né a migliori risultati approderebbe un confronto con l'eventuale o effettiva diversità dei significati in cui le parole «forma» e «formale» (dalle quali deriva «formalismo») sono state e sono usate in campi diversi; come, per esempio, la storia della filosofia o la critica letteraria o delle arti figurative, anche se possano trovarsi qua e là concordanze o parziali divergenze.

Pur tuttavia, un'attenta riflessione sui vari temi – concernenti, com'è noto, alcune concezioni «filosofiche» o «scientifiche» del diritto e della

---

* Voce *dell'Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968.

[1] Cfr. gli scritti del Bobbio, *Sul formalismo giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 977 ss., ora in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, 79-100; dell'Orestano, *Formalismo giuridico*, in *Enc. it.*, 3a appendice, t. 1, 1961, 658-660; e del Tarello, *Formalismo*, in *Nss. D.I.*, VII, 1961, 571 ss. (amplissima bibliografia in Orestano e Tarello). Il Tarello ha ricapitolato bene in massima parte le osservazioni del Bobbio e dell'Orestano, oltre che le proprie, «avendo messo in evidenza la diversità di significati che il termine formalismo assume a seconda che esso venga riferito all'ordinamento, all'uomo di legge, al concetto di diritto, alla scienza del diritto e all'interpretazione del diritto...». Né del tutto a torto il Tarello omette di occuparsi della cosiddetta concezione legalistica della giustizia, che non può definirsi «formalismo etico» (non avendo alcun punto di contatto con il «classico» formalismo etico kantiano) ma neanche «formalismo giuridico»; risolvendosi sostanzialmente in una giustificazione dell'assolutismo, andrebbe annoverata, se mai, tra le cosiddette ideologie politiche. Sul formalismo non si possono trascurare le vivide osservazioni del De Stefano, *Il problema del diritto non naturale*, Milano, 1955, nel capitolo *Diritto e forma*, 101-128.

giustizia, l'indole della Giurisprudenza e delle «teorie generali del diritto», tendenze interpretative, caratteristiche di certi «rami» del «diritto positivo» e di singoli «istituti», e perfino un peculiare atteggiamento mentale – a proposito dei quali si è parlato e si parla di formalismo giuridico, non tarda molto a porre in evidenza il riferimento, ora esplicito e in primo piano, ora implicito e (per continuare nel paragone) nello sfondo, ai modelli di comportamento che le leggi «statuiscono» collegandoli a certe condizioni di tempo e di luogo[2], il cui verificarsi rende «applicabili» le leggi medesime.

2. *La «forma» come riduzione di differenze ad una identità*

Alla «statuizione» del modello di comportamento si ricollega quel formalismo che traspare nitidamente dal significato delle parole «conforme» e «difforme» riferite al singolo comportamento, a seconda che esso si accordi o non ad una legge; e che non è meno evidente in quel requisito della «uniformità» dei comportamenti che si pone, dai giuristi, come *condicio sine qua non* perché possa parlarsi di consuetudine. Ma uniformità e conformità di più elementi ad un modello implicano, anzitutto, l'identità, ben inteso limitata, di ciascuno di essi al modello, e per ciò stesso tra loro, mentre, singolarmente presi, si presentano differenti l'uno dall'altro. La riduzione delle differenze tra vari elementi ad una identità tra essi, come identità relativa e parziale, determina una «forma» con un suo «contenuto» (senza il quale si dirà «vuota», mera parvenza).

Il significato di «modello», però, è lo stesso di «schema», «classe», «tipo», «genere» (e l'elenco non è completo): e la pluralità inesauribile dei modelli, degli schemi, delle classi, dei tipi, dei generi, ecc., coincide interamente con l'inesauribile pluralità dei «concetti» nel pensiero comune (o «senso comune» che si dica), la definizione dei quali, come si insegna da secoli, *fit per genus proximum et per differentiam specificam*; daccapo, quindi, identità e differenza, ossia quelli che possono chiamarsi i cardini della logica del senso comune[3], detta, appunto, «formale»: quello stesso senso o pensiero

[2] Condizioni di tempo e di luogo: cioè «situazioni di fatto» che rendano «esperibile», prima di tutto, il comportamento corrispondente a quello «statuito». Si ricordi il principio: *ad impossibilia nemo tenetur* che è valido anche quando il comportamento a cui un soggetto è «tenuto» consiste in una «omissione».

[3] Questa è la conclusione cui si perviene (a parte altre e più decisive ragioni che risulteranno dallo sviluppo dell'argomento) accogliendo la tesi del Gentile, *Sistema di logica come teoria del conoscere*, I, Firenze, 1940, 184-185, che nel principio del «terzo escluso»

comune che rimane «al di qua» (sia consentita la metafora spaziale) di ogni filosofia propriamente detta, e che oggi si considera – con una unanimità, o quasi, del tutto rara – come l'autentico *humus* su cui affondano le loro radici le varie «scienze», storiche sistemazioni nozionali, dette, a ragione, particolari. E, per ciò che riguarda una di queste, la Giurisprudenza, si spiega perché il «contenuto dispositivo» di leggi possa convertirsi in «concetti di classe», e viceversa[4].

3. *Il «senso comune» in una concezione rigorosamente immanentista*

Questa concezione del senso comune[5] come pensiero acritico, da non confondere, perciò, a modesto avviso di chi scrive, con una qualsiasi filosofia, prende le mosse da una corrente speculativa, l'idealismo «attuale» di Giovanni Gentile (una dottrina divenuta notevolmente ostica a certa pigrizia mentale contemporanea, proclive ai discorsi non troppo impegnativi su un terreno che non è più quello della scienza, ma non è ancora quello della filosofia); da cui diverge, per altro, su alcune tesi, negando, anzitutto, la concepibilità di due o più «forme assolute dello Spirito» non potendosi ammettere coerentemente altra «forma assoluta» che non sia il pensiero in atto (per dirla col Gentile, «atto in atto»)[6]. Del

ravvisa quella che potrebbe dirsi la «saldatura» del principio d'identità col principio di non contraddizione.

[4] In questo tema sono ancora in gran parte attuali le pagine del Cesarini-Sforza, *Il concetto del diritto e la Giurisprudenza integrale*, Milano, 1913, *passim*, e specialmente 110 ss.

[5] Preferisco usare l'espressione «senso comune» (anche se questo può far pensare alla nota concezione del Reid) invece che «intelletto» o «coscienza immediata» non essendo possibile, qui, allungare l'esposizione della tesi con i richiami – quanto meno – alle notissime posizioni kantiane e, specialmente, hegeliane. Anche per questo si è preferito parlare di «determinazioni» anziché di «rappresentazioni». Contro la concepibilità del senso comune, in sede speculativa, è da ricordare il Caramella, *Senso comune*, in *Ricerche filosofiche*, 1932, I, 1-22.

[6] L'attualismo ha particolarmente insistito sulla logica inammissibilità di limiti *ab aeterno*, condizionanti il pensiero: un'attenta riflessione, infatti, non tarda a rivelare come tali limiti vengano posti dal pensiero in se stesso, poiché, se fossero veramente irriducibili al pensiero, non potrebbero essere pensati e conosciuti (si ricordi l'assurdità della kantiana «cosa in sé»). Un limite del tutto estrinseco al pensiero porrebbe inevitabilmente una specie di «diaframma» tra «verità» e «realtà» da rendere approssimativa e in fondo illusoria quella certezza senza cui nulla è possibile affermare o negare: il dubbio stesso – vedi Cartesio – ha come inderogabile presupposto la certezza. Il Gentile (*op. cit.*, II, 46 ss.) non ha esitato a definire «formalismo assoluto» la propria concezione; (v. anche Id., *Teoria generale dello Spirito*, Firenze, 1944, 232): l'atto del pensiero è forma assoluta e sostanziale (perché costi-

senso comune può ben dirsi ch'esso è «adiaforo» sia rispetto all'immanenza che alla trascendenza come «concezioni del mondo» perché di quella molteplicità di elementi coesistenti e succedentisi senza principio e senza fine, perciò «data» come oggettività indeterminata – presupposta dal senso comune – sono possibili solo determinazioni sempre e insuperabilmente parziali, in quanto poste dal pensiero di un soggetto che estraniandosi dal molteplice di cui è anch'esso elemento limitato nello spazio e nel tempo, non può che adeguarsi frammentariamente a tale oggettività. Ma questo, che è un atteggiamento del pensiero, non costituisce *ut sic* una «presa di posizione» a livello, sia consentita la metafora, speculativo, non suggerisce, in altre parole, un criterio d'interpretazione *sub specie aeternitatis* della realtà nella sua totalità a preferenza di un altro; nella sua frammentarietà non può mirare all'assoluto ma solo affisarsi nel relativo. Né le scienze, le varie sistemazioni nozionali, cioè, in cui il senso comune tende storicamente ad «ordinare» – ma non solo in queste, e senza confini fissabili rigidamente una volta per sempre – quel che viene via via determinando nell'indeterminatezza del molteplice, possono essere colpite dalle accuse di «empirismo» o di «dogmatismo» che da posizioni idealistiche si muovono facilmente a concezioni naturalistiche o comunque dualistiche, in quanto queste ultime, pur senza riuscire una vera dimostrazione critica della realtà del molteplice come mera «oggettività» – che si riduce ad un «postulato» – tendono ad attingere un principio universale: mentre le scienze rimangono sempre «nel particolare».

tutiva) della realtà. Forma sostanziale che il Gentile chiama «autoctisi», ossia libertà, quale relazione originaria che si pone coattualmente ai propri termini – il pensante ed il pensato – incondizionatamente, e generando in sé un contenuto eternamente nuovo, si realizza come esperienza pura nella individualità del conoscere, attività creativa. Da questa concezione lo scrivente si allontana in parte: non tanto per l'importanza capitale assegnata al senso comune (che in certo qual modo riecheggia il «logo astratto» del Gentile), quanto per la semplice definizione del divenire, nel Gentile ancora legata alla dottrina hegeliana «sintesi di essere e non essere»; mentre, se è esatto che la forma (assoluta) genera eternamente in sé un contenuto sempre nuovo, il divenire non può definirsi che come coattualità dell'identità e della differenza. Non si tratta soltanto di un dissenso sulla formula definitoria, ma di un criterio che permette di abbandonare le discussioni sulla «dialettica dei distinti» e su quella degli «opposti»: e di congedare definitivamente ogni concezione (idealistica) della filosofia come sistema chiuso di categorie, diverse e comunque distinguibili tra loro, quale che sia il nesso che se ne escogiti: si chiamino o no «attività» quali «forme spirituali», ciascuna di tali categorie si presenta come identità tra differenze, ma identità differenti l'una dall'altra, e perciò senza vera universalità, perché questa non è suscettibile di... condominio.

4. *Aporia fondamentale del senso comune, e conseguente «diadismo» di soggettività ed oggettività, di identità e differenza*

Questo atteggiamento del pensiero – che certamente non può dirsi episodico, perché nasce eternamente, ed eternamente si risolve, nell'atto stesso del pensiero – come l'immedesimarsi, per un verso, del soggetto con l'oggettività indeterminata del molteplice, in quanto elemento particolare di essa, e, per altro verso, l'estraniarsene, volta per volta, nel determinarla, adeguandola alla propria particolarità, rivela, per ciò stesso, una intrinseca aporia[7]. Omettendo qui deliberatamente qualsiasi approfondimento in merito alle crisi del pensiero che hanno la loro origine in tale aporia (crisi che hanno il loro sbocco nel sorgere dei problemi filosofici, e così dell'arte come della religione, ma appunto per ciò arte religione e filosofia non possono definirsi «forme assolute dello Spirito»), è da rilevare la correlazione diàdica che viene a delinearsi così tra soggettività ed oggettività (diadismo che non è da confondersi con qualsiasi «dualismo» di significato propriamente speculativo) come distinzione relativa fra due termini che, pur implicandosi a vicenda, rimangono insuscettibili di radicale unificazione, meno che mai riducendo uno dei due termini all'altro, perché, elidendone uno, si annulla anche l'altro, ciascuno assumendo la propria posizione solo nel riferimento all'altro. L'ipotesi di una totale «inseità» o «aseità», e quindi della irrelatività tra i due termini, travalica comunque l'àmbito del senso comune.

Ma ugualmente relativa è la distinzione, nascente dall'aporia su rilevata, tra identità e differenza, a cui è stata già ricondotta la relazione tra «forma» e «contenuto». Si è già avuto cura di sottolineare come le determinazioni del senso comune nell'indeterminatezza del molteplice siano sempre parziali, lasciando immancabilmente un residuo inattinto; ed ogni particolare elemento che venga determinato nella sua singolarità, risultando *eo ipso* differente da ogni altro elemento determinato o determinabile, è posto come identico a se stesso. Singolarità che può divenire sinonimo di «individualità», e la cui autoidentità significa riferimento alla differenza da ogni altro elemento del molteplice. È esclusa perciò la possibilità di considerare l'una e l'altra come irrelative.

[7] Aporia che sorge col mediarsi dell'universalità del pensiero nella particolarità dei propri termini, come processo costitutivo dell'individualità dell'esperienza: infinito particolarizzarsi di differenze, in cui è la radice del molteplice immanente all'atto. Un riflesso, più poetico che filosofico, di questa aporia, meglio che nella celebre conclusione della *Critica della ragion pratica*, è stato espresso inarrivabilmente nelle parole del Pascal (*Oeuvres complètes*, 1157): «*Par l'espace, l'univers me comprend et m'engloutit comme un point; par la pensée, je le comprends*».

Singolarità e parzialità non vengono meno, però, nelle determinazioni unitarie di plurimità di elementi («frammenti», cioè, del molteplice) cui si pervenga astraendo da una o più differenze tra tali elementi in guisa da renderli (parzialmente) identici: identità che è etero-identità in quanto gli elementi «compresi» ossia «contenuti» in ogni determinazione unitaria sono resi identici tra loro solo in relazione a questa, e unificati in essa, ciascuno conservando la propria singolarità; ma che è anche auto-identità, emergente dalla differenza da ogni altra determinazione unitaria. L'inesauribilità delle «forme» – «tipi», «schemi», «classi», ecc. – come *generalia* fondati sull'astrazione dalle differenze con cui il senso comune unifica infinite plurimità, non unifica la molteplicità, perché questa, nella sua indeterminatezza, non è unificabile con l'astrarre progressivamente da differenze: differenze che non possono elidersi del tutto, in un tentativo di pervenire ad una determinazione «omnicomprensiva», perché col venir meno di ogni differenza, viene meno la possibilità di qualsiasi determinazione: l'essere indeterminatissimo (di hegeliana memoria) ha il piccolo difetto dell'assoluta impensabilità. In altre parole: l'astrazione generalizzatrice, ossia il procedimento tradizionalmente chiamato «induzione» incontra un limite invalicabile nella ineliminabilità totale delle differenze: un limite che preclude l'accesso alla determinazione unitaria che dovrebbe «comprendere» tutto il molteplice. L'astrazione generalizzatrice, singolarizzando nella determinazione unitaria plurimità, ossia serie di elementi, lascia sempre un residuo indeterminato di molteplicità.

5. *Sintesi «a posteriori» ed analisi «a priori», sapere ed esperienza*

Ma l'astrazione generalizzatrice non si esercita soltanto nel raffronto tra più elementi, in guisa che la determinazione unitaria si presenti come un *posterius* rispetto alla determinazione di essi nella loro singolarità – ciò che si definisce tradizionalmente «sintesi», come unificazione (formale) *a posteriori* –: essa si esercita altresì sull'oggetto della determinazione, sia essa singolare o unitaria (singolarizzante) separando in esso uno o più «estremi» («note») che vengono assunti come costanti rispetto ad un altro o ad altri che vengono assunti come variabili; ma «costanza» e «variabilità» non significano altro che identità e differenza, sicché, la «nota» costante o l'insieme delle «note» costanti costituisce una determinazione unitaria, posta però come un *prior* rispetto agli elementi sussumibili in essa: questo

è l'aspetto analitico *a priori* delle determinazioni unitarie, come il rovescio della «sinteticità» *a posteriori*. Ma sia sotto l'aspetto sintetico che sotto quello analitico, le determinazioni unitarie che stabiliscono l'identità tipologica, classificatoria, tra diversi elementi del molteplice, «formalmente», così, unificati, hanno come punto inderogabile di riferimento la determinazione di tali elementi nella loro singolarità. L'inderogabilità di tale riferimento si presenta, nell'àmbito delle classificazioni sistematiche con cui si costituiscono le scienze, come diadismo di «sapere» e di «esperienza», in una distinzione relativa, cioè, tra «generale» e «particolare»[8] e della cui relatività i cultori di tali scienze – ma non solo essi – raramente si rendono conto, allorché assegnano all'esperienza la funzione e la posizione di «condizione» del sapere. Ma una più attenta riflessione (si ricordi il notissimo aforisma kantiano: vuoti i «concetti» senza le «intuizioni», cieche queste senza i primi) non tarda a convincere come nessuno dei due termini possa presentarsi, fosse pure per un istante, quale *tabula rasa* nei confronti dell'altro: ciò che è provato, altresì, dalle cosiddette ipotesi di lavoro, preliminari alla ricerca, a cui si ricorre quasi per lanciare un ponte tra sapere ed esperienza: un ponte illusorio, se sapere ed esperienza si trovassero veramente nel rapporto di condizionato e condizione, senza la possibilità del reciproco convertirsi dell'uno nell'altra.

6. *Atteggiamento classificatorio ed atteggiamento storiografico: giustificazione delle «scienze di cose umane». Il confluire del formalismo delle leggi nel formalismo delle «costruzioni» (classificazioni) della Giurisprudenza*

L'indole classificatoria delle scienze esclude che tra esse possano annoverarsi le inesauribili storiografie volte a determinare, (mai, però, esaustivamente) nella loro singolarità, «avvenimenti» nel tempo e nello spazio – elementi, cioè, del molteplice indeterminato – che hanno per protagonisti gli uomini: ciò che sul piano del senso comune costituisce la storia, distinta, ma *relative*, come oggettività dalla soggettività, dalle storiografie. Esula da queste il formalismo che è proprio delle scienze[9]

[8] Che è quanto dire tra «forma» e «contenuto» ossia identità e differenza.

[9] Una trattazione a parte meriterebbe il «formalismo» delle scienze matematiche che ha dato luogo a molte discussioni, trattandosi di un formalismo assai più complesso di quello delle scienze classificatorie su base qualitativa: è nota, in alcune tra queste, la possibilità di ridurre elementi classificati o classificabili in senso qualitativo a schemi quantitativi, sotto il profilo della loro «coesistenza» (spazio) e della loro «successività» (tempo): ma è anche

mentre l'auto-identità che inerisce anche alle determinazioni unitarie, giustifica la possibilità, per le scienze, *humanum opus*, di essere oggetto di storiografia. Ma come oggetto di storiografia – in ciò è la riprova della relatività della distinzione – possono presentarsi le stesse storiografie.

La singolarità come «individualità storica» – può dirsi ormai pacifico – trae il proprio preciso significato dall'esser posta come irreiterabile e irriproducibile, perciò atipica. Né ciò inficia la storicità delle singole scienze, allo stesso modo che non esclude la possibilità della conversione della singolarità storica nella particolarità tipologica degli elementi sussumibili in una determinazione unitaria, data la relatività della distinzione tra determinazioni singolari e determinazioni unitarie ossia tra differenza e identità, per il senso comune: ma una siffatta conversione è inevitabilmente parziale e perciò non può obliterare, sino al punto di non lasciarne alcuna traccia, la singolarità storica originaria: che pur confinata, per così dire, al margine residuo che l'astrazione generalizzatrice può progressivamente ridurre, senza però riuscire a eliderlo del tutto, è sempre in grado di provocare crisi modificatrici dell'ordine delle classificazioni. Crisi che talvolta, ponendo in dubbio la validità stessa dell'astrazione generalizzatrice, inducono a tentativi di «evasione» dall'àmbito delle determinazioni formali, e di «reazioni al formalismo»[10]; tentativi, per altro,

nota la relatività della distinzione tra spazio e tempo, ciascuno posto di volta in volta come «costante» rispetto all'altro, assunto come «variabile indipendente» in totale reciprocità.

[10] Non mettono affatto in crisi il formalismo quelle correnti che, antesignano Rudolph von Jhering, si auto-qualificano «antiformalistiche», credendo (è la parola) che il concettualismo tradizionale di certe sistemazioni nozionali del sapere giuridico possa essere sostituito da qualcosa di meno «concettualistico». Ciò va detto a proposito della cosiddetta giurisprudenza degli interessi con o senza l'appendice del «diritto libero»: v. in proposito Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it. a cura di Ventura, Milano, 1966, 58 ss. Né si può chiamare «reazione al formalismo» la concezione del Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1937 (ora in *Opere*, II, Milano, 1959, 443), dove si afferma che «con la sicurezza del suo istinto (?) la scienza rimuove da sé ogni formalismo ed ogni distinzione che non fa che rompere l'unità del reale (?) e fa cadere la ricerca sul pieno del comando», perché questa proposizione è solo una (forse troppo) coperta allusione critica al formalismo del Kelsen, e presa a sé, non si concilierebbe col formalismo teorizzato – anche se su una base psicologica, quale «l'obbedienza al comando» – dal Capograssi: formalismo che riappare sotto il simbolismo della «volontà obiettiva», della «volontà subiettiva» (le leggi, cioè, e i comportamenti) e della «connessione indissolubile» tra l'una e l'altra, connessione affidata in parte al venerando «carattere differenziale» chiamato coazione, o coattività che si dica: si tratta di un abilissimo tentativo di evasione da tradizionali definizioni del «concetto del diritto» quale forma logica, sintetica *a posteriori* e analitica *a priori*; ciò che il Capograssi riconosce, allorché dopo aver affermato che con questo «concetto», risultante dalle tre «note» su accennate, nel quale «si contiene una specie di profonda sintesi una profonda intuizione e un profondo giudizio» (p. 470) e che la scienza giuridica «nel suo

improponibili, finché sussiste un problema di unificazione di plurimità di elementi. Questa è la riserva fondamentale con cui va intesa la spiegazione, che è giustificazione, delle scienze classificatorie di «cose storiche»: tra le quali si pone in prima linea quella sistemazione, o serie di sistemazioni, sempre *in itinere*, di nozioni classificatorie che è la Giurisprudenza, nel cui formalismo confluisce, salvo a rifluirne, il formalismo delle leggi, l'uno e l'altro connessi all'inesauribile molteplicità dei «casi». Nata, quindi, dai «casi» la Giurisprudenza viene sviluppandosi senza svincolarsi da questi, perché ad essi ritorna immancabilmente, anche quando non si presenti più di primo acchito come «casistica» e venga chiamata «dommatica»: la differenza, posto che sia concepibile una linea divisoria fra l'una e l'altra, è relativa soltanto al grado di generalizzazione, non è quindi di qualità.

7. *I «casi» come «problemi umani» e i «riflessi diceosinici della legalità» nella interpretazione e nell'applicazione delle leggi: la giustizia e l'equità.*

Ma i «casi» comunque tipizzati e classificati, non possono perdere la loro realtà storica di problemi umani, come problemi individuali di comportamento: tra la soluzione del caso come problema di «legalità» e la soluzione del problema individuale non potrà mai eliminarsi uno scarto, non foss'altro perché la situazione ipotizzata dalla legge non può coincidere interamente con la situazione storica in cui sorge il caso, sicché la soluzione di quest'ultimo, esaurendosi nella sua sussunzione in un paradigma normativo che lo rende identico ad altri e differente da altri, oppure assumendolo come un tipo sul quale potranno modellarsene altri,

concreto essere se stessa, resiste, per definizione, per essenza, a ogni formalismo», conclude tuttavia che lo stesso «concetto» «chiude il lavoro della scienza, ma anche lo apre» (p. 476). Ma com'è possibile che il formalismo esuli da questo «aprire» che è un «chiudere» e viceversa? D'altra parte, bisogna anche rendersi conto della coerente diffidenza, di scrittori profondamente cattolici verso ogni formalismo di sospetta o dichiarata, prossima o remota, origine idealistica: così si spiega la posizione assunta, per esempio dal Bettiol, *Diritto penale*, Padova, 1966, 58 e specialmente (sulla rilevanza della *ignorantia iuris*) 431 ss. Non è facile, invece, rendersi conto dei criteri che ispirano l'affermazione del Satta, *Il formalismo nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 1144: «Il formalismo comincia dove il diritto finisce»: ciò che ha tutta l'aria di una *boutade*, specialmente quando poche righe dopo si dice che il formalismo sia «un'autentica componente dello spirito umano», ma anche una «scimmia» dell'esperienza. È ovvio come le leggi processuali elidano (parzialmente) nell'identità del «rito» le differenze stabilite tra i «casi» dal cosiddetto diritto sostanziale: differenze, però, tipologiche.

sarà inevitabilmente una soluzione – quando lo sia – soltanto parziale del problema umano. Da ciò le continue incrinature – sia consentito il paragone – nell'apparato normativo, e che presto o tardi si riflettono nel sistema delle classificazioni scientifiche. Questa «imperfezione» intrinseca alle leggi (quanto intrinseco è ad esse il formalismo) è all'origine – come del resto è risaputo – del cosiddetto problema delle lacune; ed è anche all'origine delle critiche perpetuamente insorgenti nei riguardi dell'estensione del contenuto dispositivo di certe leggi, per ciò stesso che le leggi nella loro molteplicità, mentre «livellano» nell'identità paradigmatica serie indefinite di situazioni (e di comportamenti) differenti, le rendono al contempo differenti da altre serie livellate nella stessa guisa.

Livellamento: patente traslato in luogo di uguaglianza, sinonimo tradizionale di giustizia. Ma ciò non involge una concezione «legalistica» della giustizia, bensì richiama l'attenzione su quelli che possono definirsi aspetti diceosinici della legalità; con cui si spiegano le accuse di «ingiustizia» e di «iniquità» che vengono rivolte ad una legge, a seconda che abbia «uguagliato» troppo poco, o che, invece, abbia uguagliato troppo. E non è del tutto superfluo osservare che simili accuse possono essere formulate anche sulla base di una concezione «strumentalistica» che, nel rilevare la inadeguatezza o la scarsa adeguatezza di una legge a conseguire (attraverso i comportamenti ad essa conformi) un certo scopo del *legis lator* o del soggetto *agens*, mettono in discussione il principio in base al quale sono state stabilite le identità e le differenze. Accuse tutte, che, senza evaderne, attestano il formalismo intrinseco alle leggi, abbiano o meno la loro conclusione nell'invocazione di una nuova legge «più razionale» o nel contrapporvi l'autorità di una *lex aeterna* invalidante la legge che abbia manomesso la giustizia o l'equità.

Ma più interessanti di tali invocazioni sono, sotto il profilo epistemologico, le tendenze, quasi sempre inconsapevoli, ad ovviare agli inevitabili difetti delle leggi attraverso certe «cautele» escogitate da giuristi sul terreno dell'interpretazione e dell'applicazione delle leggi: «cautele» che non si esauriscono nel generico richiamo alla superiorità dello «spirito» di fronte alla «lettera» della legge, ma che si spiegano con la presunzione della ragionevolezza a cui s'ispirerebbe la decisione del *legis lator*, quasi una guida per evitare che la navicella della legge s'infranga su Scilla o su Cariddi, sullo scoglio, cioè, dell'ingiustizia, o su quello dell'iniquità. Sono, in fondo, i criteri con cui si cerca di giustificare la preferenza data al significato di una espressione del testo legislativo al confronto di un altro significato che non debba preliminarmente escludersi, perché in via di ipotesi ugualmente

ammissibile. È una presunzione che gli stessi giuristi chiamerebbero *iuris tantum* ma che rimane tuttavia sottintesa nelle distinzioni, per esempio, tra «interpretazione lata» e «interpretazione stretta» (che secondo alcuni non coinciderebbe interamente con quella tra «interpretazione estensiva» e «interpretazione restrittiva»), nonché nei «brocardi» tramandatisi di generazione in generazione, schemi di argomentazione che ancor oggi, ad onta di certe esplicite ripulse, fanno capolino, qua e là, negli scritti dei giuristi.

Non può ritenersi, a rigore, criterio d'interpretazione, perché la presuppone compiuta, l'applicazione per analogia di una legge ad un «caso non previsto»: dove «previsione» significa propriamente identità tipologica della «fattispecie legale» e del «fatto» costitutivo del «caso». Il problema che l'analogia è diretta a risolvere non consiste in una «lacuna» da «colmare», quanto nel dubbio sulla prevalenza dell'identità o della differenza tra gli «estremi» di un «caso» che si assume già «regolato» e quelli del «caso» da regolare. La cosiddetta simiglianza esprime il concorrere, in quest'ultimo, di estremi tipologicamente identici e di estremi tipologicamente differenti rispetto al «caso regolato», donde, appunto, il dubbio che, risolto col ritenere prevalente l'identità, darà luogo all'applicazione «per analogia»: e risolto col ritenere prevalente la differenza, costituisce il cosiddetto *argumentum a contrario* con cui si esclude l'applicabilità della legge *de qua*. Né si dice qualcosa di diverso quando si parla del ricorso ad un «principio generale», ossia ad una generalizzazione che implica necessariamente elisione di differenze. In ogni modo, l'analogia non «colma una lacuna», a meno che non si chiami «lacuna» il difetto di certezza, né può essere confusa, in linea di logica, con la cosiddetta interpretazione estensiva, perché questa non fa che rivelare l'identità imperfettamente espressa nel testo della legge; nell'ammettere come nell'escludere l'applicazione per analogia si cerca, non sempre consapevolmente, di correggere l'ingiustizia o l'iniquità della legge accettandone implicitamente il formalismo, con quella riserva che si è chiamata «presunzione di ragionevolezza» del *legis lator*. L'ermeneutica, con il suo «tecnicismo», non disdegna affatto di porsi al servizio della giustizia e dell'equità, due aspirazioni a cui il senso comune non può restare sordo, non foss'altro perché emergenti sul suo stesso terreno.

8. *La legalità come «fatto» e le sue «esplicazioni» psicologiche e strumentalistiche nelle «teorie generali del diritto».*

Ora, l'interesse speculativo suscitato dal tema non si esaurisce col porre in rilievo la reciproca convertibilità del formalismo delle leggi nel formalismo classificatorio della Giurisprudenza, convertibilità fondata sulla considerazione che la conformità o la difformità dei comportamenti alle leggi – in una parola: la legalità – assume l'aspetto di una realtà di fatto di cui i «casi», risolti, costituiscono frammentarie manifestazioni. Un presupposto, questo, che non può dirsi certamente arbitrario, nell'àmbito del senso comune: e finché ci si attenga a tale presupposto, bisogna ricorrere all'astrazione generalizzatrice, anche quando si cerchi di «spiegare» il «fatto» della legalità ricorrendo ora al criterio psicologico – sotto il profilo, cioè, delle leggi come eventuali «moventi» del comportamento – ora ad un criterio che può chiamarsi genericamente «politico» considerando le leggi come «strumenti» più o meno adeguati al conseguimento di risultati corrispondenti o meno agli scopi dei legislatori o dei *subiecti*; oppure combinando nelle più svariate guise questi criteri, come si verifica in quasi tutte le moderne «teorie generali del diritto», tendenti a mettere da parte ogni «metafisica» e ad appagarsi del *quia* «scientifico». Simili tendenze hanno indubbiamente la loro giustificazione storica e teorica sia negli orientamenti culturali dell'epoca, sia, quando giuristi se ne facciano interpreti, nell'esigenza, avvertita secondo il proprio temperamento e la propria formazione mentale, di una «visione panoramica» in cui inserire il «settore» delle proprie indagini; ma anche gli stessi giuristi, una volta che abbiano reciso (se si ammette il paragone) il cordone ombelicale che lega i «casi» alle «costruzioni» della Giurisprudenza, non potranno esimersi dal rischio di inoltrarsi nel *mare magnum* delle «costruzioni» d'indole «sociologica». E queste saranno «formali» come tutte le determinazioni unitarie di plurimità di elementi, in quanto necessariamente classificatorie; ma è chiaro che un simile formalismo risulterà sempre eterogeneo rispetto al formalismo delle leggi e delle «costruzioni» dommatiche della Giurisprudenza, sicché la pretesa di offrire così una «parte generale» o addirittura una «metodologia» di questa resterà priva di fondamento.

9. *La legalità come criterio generale di valutazione e i suoi presupposti: la distinzione tra «teoria» e «pratica» e la concezione del comportamento nel senso comune. La «libertà» come «iniziativa» e «scelta».*

Pacifico che la legalità si presenti al senso comune come un «fatto» o molteplicità di «fatti», è ugualmente indubbio che la legalità venga intesa altresì come criterio generale (specificantesi «caso per caso») di valutazione del comportamento: né si tratta della giustapposizione di due ordini diversi di considerazione, quasi un parallelismo tra due «punti di vista» eterogenei, ma di un diadismo, ossia di una distinzione relativa tra «fatto» e valutazione.

Di fronte ai vari significati in cui viene usata la parola «valutazione», occorre precisare anzitutto che per «valutazione del comportamento» qui s'intende il giudizio che ha per «soggetto» un comportamento e per «predicato» un modo (ovviamente «formale» in quanto tipico) di doversi comportare, ossia, per usare l'espressione più frequente, un «dover essere» relativo al primo. Un simile paradigma deontologico richiede un breve cenno di quel che il senso comune sottintende nella nozione del comportamento.

Questo sottinteso è nel diadismo di «teoria» e «pratica», due «punti di vista», correlativi e conseguenti al diadismo della identità e della differenza, da cui il senso comune considera l'attività del soggetto estraniantesi dal molteplice: a seconda, cioè, che quest'ultimo rimanga inalterato nella sua oggettività comunque e sempre parzialmente determinata: «permanenza», quindi, come identità – la teoria; o che, invece, il molteplice stesso si presenti modificato, per opera del soggetto – «variazione», ossia differenza, la pratica. Sulla relatività della distinzione tra teoria e pratica non occorre qui dilungarsi: la riprova più evidente è nella conversione di enunciazioni di pensiero in «atteggiamenti pratici» e viceversa, così frequente nel senso comune, per il suo eterno trascorrere dall'identità alla differenza e da questa a quella[11].

Il comportamento si presenta al senso comune come il mediatore del trapasso da una situazione iniziale ad una situazione successiva nel molteplice spazio-temporale, dove la prima è modificata in alcuni suoi elementi, e

[11] Il Croce, *La storia come pensiero e come azione*, Bari, 1938, 27 ss., si appella anche al senso comune per giustificare la distinzione tra «attività teoretica» e «attività pratica» come «forme», ossia «categorie» in senso trascendentale. Ma come potrebbe il senso comune, con le sue distinzioni relative, offrire la dimostrazione di una tesi rigorosamente speculativa senza convertirsi in autentica filosofia? Non si esagera affermando che il senso comune sia in gran parte il *deus absconditus* della filosofia crociana: e ciò spiega come questa abbia potuto e possa ancora «far presa» nella cultura contemporanea.

perciò parzialmente conservata in altri elementi della seconda. Forse non è superfluo rilevare la contingenza del termine *a quo* e del termine *ad quem*, indefinitamente variabili nel loro rapporto: ma perché il comportamento non venga posto sul medesimo livello di un «avvenimento» il cui punto di partenza (o «cominciamento») sia nell'oggettività stessa del molteplice, nulla più, cioè, che la «causa» di un «effetto» in quel «mondo» che vien chiamato «natura», distinto – come sempre diadicamente – dal «mondo che è stato fatto dagli uomini», ossia dalla «storia», è inderogabile, per il senso comune, postulare, insieme alla «causalità», inerente all'oggettività del molteplice (nel suo divenire spazio-temporale) la libertà del soggetto che si estrania da questo e lo modifica: due postulati correlativi che il senso comune non può certamente dimostrare razionalmente, nella sua equidistanza da ogni filosofia vera e propria.

Mondo della storia, che è quanto dire mondo delle alternative, senza le quali la libertà del soggetto non avrebbe senso: ma alternative – elementi costitutivi dell'individualissimo problema «personale» – che condizionano l'attività stessa del soggetto, definibile propriamente come iniziativa, e che, però, la disperderebbero, annullandola, in una equivoca pluralità di direzioni, senza la scelta: preferenza ed esclusione, cioè, che limitano «regolandola» univocamente l'iniziativa (e in questo senso può dirsi che la scelta ne costituisca la «legge») con l'elezione di uno scopo del comportamento, ponendo così un rapporto di necessarietà tra il comportamento – il «mezzo» per eccellenza – e lo scopo. «Necessarietà» che, per le ragioni su esposte, è inconfondibile con la «necessità» del rapporto tra «causa» ed «effetto» da cui esula *per definitionem* ogni alternatività. Ma dall'implicito e non sempre consapevole raffronto tra le alternative, per cui una tra queste viene preferita attraverso la elezione dello scopo, emerge quella che può chiamarsi «valutatività» della scelta, libertà necessitante[12]; ed è forse lapalissiano aggiungere che i «valori» oggi così frequentemente evocati (e non sempre a proposito) anche in campi diversi dalla filosofia, hanno, meglio che il loro fondamento, la loro condizione d'intelligibilità, nel postulato della libertà.

[12] Non si è parlato di «volontà», perché questa, ad avviso di chi scrive, costituisce – nell'àmbito del senso comune – l'aspetto psicologico della scelta, ed è all'origine degli innumerevoli tentativi, anche in sede speculativa, di porre il problema della definizione del diritto in termini di «interiorità» e di «esteriorità»: metafore d'indole spaziale che non possono certamente chiarire la genesi delle valutazioni del comportamento. Partendo dalla volontà, non ci si può imbattere che nelle «sollecitazioni psicologiche», negli «impulsi» e nelle «inibizioni», nelle «intenzioni» ecc. restando perciò al livello dei «fatti» dai quali non si scorge la via per arrivare logicamente alle valutazioni.

10. *Il «dover essere» come fondamento della valutazione del comportamento: scelte effettive e scelte «programmatiche». La valutazione «nomotelica» e il criterio dello «scopo ortonomico».*

Ma se la «valutatività» della scelta effettiva, personale, in rapporto alle alternative costituenti il problema attuale (un'attualità che è nel tempo) del soggetto che si estrania dal molteplice, conferisce al comportamento una «necessarietà» relativa allo scopo eletto, ossia un «dover essere» intrinsecamente connesso alla realtà, come «essere», del comportamento stesso, è chiaro che una legge possa assurgere a criterio di valutazione di comportamenti solo sulla base di un «dover essere» posto con una scelta, diversa, però, dalla scelta effettiva. Diversa, in quanto non interviene per risolvere l'individualissimo problema attuale di un soggetto, e può, quindi, esser compiuta da chicchessia, e nei confronti di chicchessia, sì che potrebbe dirsi «impersonale», e insieme, programmatica, perché, esulando dal «presente» costituito dalla flagranza temporale del comportamento, non può riferirsi che al «passato» di questo o al suo «futuro»: il «dover essere», perciò, si afferma in un «si doveva» o in un «si dovrà». Ma d'altra parte, se una scelta senza alternative è inconcepibile, sotto quale profilo si può parlare di «alternatività» in riferimento alle leggi?

Distinte in ogni *lex humana* – come del resto è pacifico – una parte ipotizzante, la definizione, cioè, esplicita o implicita, delle «circostanze» di tempo e di luogo, quali presupposti «di fatto», collegata alla parte «dispositiva», ossia alla statuizione, il modello di comportamento determinato in questa si presenta (se è vero che in ogni comportamento si manifesta una scelta) come un modello di scelta tra due opposte esperibilità di comportamento, condizionate dal verificarsi delle circostanze ipotizzate. Se chiamiamo «fattispecie» l'insieme di tali circostanze, è giocoforza arrivare alla conclusione che ogni fattispecie è suscettibile di almeno due – indubbiamente alternative – statuizioni; la «prelazione», in ciascuna di queste, di un modo tipico di comportarsi implica, logicamente, la esclusione del modo opposto, senza obliterarne l'eventualità. In mancanza di questa alternatività, risoluta programmaticamente in ogni legge, non si spiegherebbe come possa parlarsi di «conformità» e, insieme, di «difformità» – ossia, come si vedrà meglio più tardi, di «lecito» e di «illecito». Senonché, essere la fattispecie, per così dire, aperta ad almeno due opposte statuizioni non implica pregiudizialmente ch'essa sia «chiusa» ad altre che «dispongano» diversamente: sicché la sussunzione delle circostanze da cui sorge il «caso» nella fattispecie ipotizzata da una legge rivela subito la scelta

che si è compiuta tra tutte le statuizioni ricollegabili (e perciò alternative) alla medesima fattispecie[13].

L'impersonalità (oltre che l'indole chiaramente «programmatica») di questa scelta consente di spiegare come la legalità non si esaurisca nella semplice identità tipologica del comportamento al modello determinato nella statuizione – sul piano, cioè, del «fatto» – e si presenti altresì, sempre in vista di singoli «casi», quale valutazione di comportamenti[14]. Ciò perché con la scelta in parola si elegge a scopo primario di almeno un soggetto la conformità del suo comportamento alla statuizione prelata; scopo primario (ossia «prevalente») nel senso che ad esso viene subordinato ogni scopo particolare, personale, del soggetto medesimo. Sorge così la «necessarietà» del comportamento, cioè il suo «dover essere» rispetto a quello che può definirsi scopo ortonomico; instaurare o non una certa «situazione oggettiva» secondo il «tenore» della statuizione: per ciò l'obbligo significa «necessarietà del comportamento adeguato allo scopo ortonomico»: limite,

[13] Sorge così la «esclusività» della statuizione prelata: da non confondersi, per altro, con l'esclusività implicitamente «postulata» in un complesso di leggi comunque esistenti storicamente, e intesa, in sostanza, come sinonimo di «giuridicità positiva». L'esclusività intesa in tal senso esprime una individuazione di «fonti» sulla base logico-formale dell'identità, della non contraddizione e del terzo escluso: nell'appartenenza al complesso può ravvisarsi una ragione, ossia un motivo della scelta della statuizione con cui si risolve il «caso» e si schiude la via alla valutazione del comportamento. Anche lo scrivente, ha parlato, or sono parecchi anni, di una scelta tra complessi («sistemi», «ordinamenti») di «norme», implicante l'esclusività del gruppo di leggi prescelto: ma questa esclusività rimane sempre sul piano logico, senza significato valutativo. Ciò soprattutto perché legalità come «fatto» e legalità come valutazione di comportamenti non si presentavano nel diadismo prospettato ora nel testo. D'altro lato, l'esclusività posta ancora sul piano logico, mirava a scalzare alle basi la tradizionale tendenza classificatrice che ricollega la «giuridicità» ad uno o più dei celebri «caratteri differenziali» («bilateralità», «coattività», «socialità», ecc.). Contro questa tendenza, come anche contro gli orientamenti sostanzialmente sociologici che insistono sulla «positività» in un significato non sempre antigiusnaturalistico, ci sia consentito ricordare la tesi sostenuta (sulle orme del Croce e del Gentile) nel saggio su *La positività del diritto e il valore «pratico» della norma di condotta*, (ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 295-317 *[e anche in questo volume, n.d.c.]*): l'equivalersi, cioè, di ogni e qualsiasi «norma» che si ponga come elemento della situazione storica in cui sorge l'individualissimo problema che la scelta effettiva risolve sempre *ex novo*.

[14] Ciò diventa palese nella tradizionale dottrina della consuetudine come «fonte originaria». La «ripetizione uniforme e costante di un comportamento» – ovviamente relativa a determinate circostanze di tempo e di luogo – non oltrepassa *ut sic* l'area del «fatto»: che però è convertibile in una legge solo quando la «conformità all'uso» sia assunta come un modello di scelta in alternativa ad un altro o ad altri modelli di scelta relativi a quelle stesse circostanze: con la risoluzione di tale alternatività sorge la statuizione che in sé non ha bisogno di un'altra su cui fondare l'obbligatorietà del comportamento. Così si spiega anche il significato della *opinio iuris et necessitatis*.

questo, della variabilità degli scopi particolari del soggetto obbligato, e la cui indole formale non ha bisogno di ulteriori chiarimenti. La valutazione di comportamenti in rapporto allo scopo ortonomico, i cui termini sono la liceità e la illiceità, si può chiamare, quindi, valutazione nomotelica[15].

11. *«Liceità» ed «illiceità» come termini della valutazione nomotelica e connessione tra «possibilità» e «necessarietà» nella nozione dell'obbligo: elisione logica delle cosiddette leggi permissive e distinzione tra «valutazione» e «rilevanza» del comportamento.*

La giustificazione più elementare, potrebbe dirsi lessicale, della parola «lecito» come definizione del termine positivo della valutazione nomotelica, ossia della valutazione *sub specie iuris*, è in ciò che il comportamento in contrasto con lo scopo ortonomico viene sempre denominato «illecito». «Liceità», quindi, significa adeguatezza (e si dica anche «coerenza», «accordo») del comportamento allo scopo ortonomico: qualificazione, cioè, assiologica. Pur tuttavia, la parola «lecito» è esposta al rischio di essere intesa come sinonimo di «permesso»; un equivoco da eliminare senza indugio, perché il «permesso» si ricollega ad un profilo psicologico della

[15] Si sottolinea con ciò l'integrazione teleologica del giudizio sulla legalità del comportamento, perché un «dover essere» da cui esuli totalmente ogni sottinteso teleologico (e salvo che lo si identifichi arbitrariamente, senza residuo, con una sollecitazione psicologica) rimane privo di vero significato valutativo. Ma proprio questo principio è sfuggito a chi scrive (cfr. Cammarata, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, 1936, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, cit., 345 ss. *[e anche in questo volume, n.d.c.]*) pur avendo affermato esplicitamente che il «deontologismo» costituisca il «senso fondamentale» della qualificazione giuridica; sicché il passaggio dalla «regolarità» come «fatto» alla «valutazione in termini di regolarità» non era veramente giustificato, anche perché il significato di siffatta «regolarità» non andava oltre l'identità tipologica. Anche per un eminente giurista, come il Perassi (*Introduzione alle scienze giuridiche*, Napoli, 1953) valutazione e «qualificazione giuridica» non hanno diverso significato, senza però ricollegare la prima allo schema del «dover essere». Quest'ultimo costituisce, invece, un pilastro della notissima dottrina del Kelsen il cui formalismo potrebbe dirsi, eufemisticamente, «composito», convergendo in esso un criterio strumentalistico – l'assicurazione dell'ordine e della «pace sociale» – la ormai celebre «*Grundnorm*» e il «dover essere» come «categoria»... «di carattere puramente formale» che sarebbe «nel senso della filosofia kantiana, gnoseologicamente trascendentale, non metafisicamente trascendente», come si esprime il Kelsen, in *La dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di Treves, Torino, 1952, 42: dove è chiara la commistione di punti di vista eterogenei. Ma non vi è alcun bisogno di scomodare la filosofia kantiana per espungere ogni sottinteso psicologico dal «dover essere». Né, viceversa, il riferimento ad uno scopo significa necessariamente l'intervento della considerazione psicologica.

legalità come «fatto», e precisamente alla riduzione della legge a «comando» (od «ordine») suscitante una «sollecitazione psicologica» (come «impulso» o «inibizione») con cui si identificherebbe, senza residuo, l'obbligo. Ma è chiaro come tale sollecitazione psicologica sia nulla di più che un *quod plerumque accidit* nella considerazione della legalità come «fatto», qualcosa cioè di approssimativo che può acquistare rilievo in sede sociologica, e fonte di problemi insolubili per molti giuristi (*ignorantia iuris*, obblighi degli «incapaci», ecc.). Sicché nel «permesso», a ben riflettervi, sono commisti il «margine» residuato, per dir così, dalle imposizioni e dai divieti, un discontinuo venir meno della sollecitazione psicologica, e, insieme, lo schema di una non ben precisata «possibilità» carente di una connessione o correlazione alla «necessarietà» costitutiva dell'obbligo.

Ora, nella stessa nozione della liceità come adeguatezza del comportamento allo scopo ortonomico è implicita una connessione tra «possibilità» e «necessarietà» su cui, sia pur brevemente, gioverà soffermarsi. È da osservare preliminarmente: se non è contestabile che nell'obbligo sia la «ragion d'essere» – la «causa finale» si direbbe nel linguaggio aristotelico – della statuizione, è ugualmente fuor di dubbio come l'obbligatorietà del comportamento non sorga o si dissolva quando manchi o venga a mancare la possibilità «di fatto» del comportamento medesimo. Questa connessione tra «possibilità» e «necessarietà» assume però un significato e un aspetto diverso allorché si fermi l'attenzione sulla fondamentale distinzione degli obblighi in «commissivi» ed «omissivi» («positivi» e «negativi»). In questa distinzione si rispecchiano, separati, i due lati del comportamento, dei quali si è già parlato, ossia la modificazione e la conservazione di elementi della situazione iniziale nella situazione successiva posta in essere con il comportamento: separati dalla statuizione nella commissività e nella omissività del comportamento obbligatorio, ma non radicalmente, perché l'obbligo commissivo – l'obbligo cioè di instaurare una certa situazione «oggettiva» – può presentare una implicazione negativa, come obbligo di non porre in essere una situazione che renda inesperibile il comportamento conforme al primo. Senonché, commissivo od omissivo, l'obbligo non può essere, rispettivamente, «eseguito» («adempiuto») od «osservato» senza un comportamento effettivo, ossia, senza una scelta effettiva: ciò che implica, per un verso, la possibilità, per il soggetto obbligato, di conseguire uno scopo proprio nella situazione corrispondente allo scopo ortonomico; e per un altro, la possibilità di adeguare il proprio comportamento allo scopo ortonomico in modi diversi. Ciò è evidentissimo nell'obbligo negativo, nei riguardi del quale, esclusa l'instaurazione di una certa situazione, tutte le

altre diverse da questa, vengono poste in essere con un comportamento «lecito». Liceità che diviene «polivalente» quando lo stesso comportamento «osservi» simultaneamente più di un obbligo omissivo (condizioni decisive di tutti gli obblighi omissivi sono le circostanze che rendono esperibile il comportamento illecito); e tale «polivalenza» finisce spesso col... far passare inosservata l'osservanza dei singoli obblighi. Non meno evidente, però è la possibilità di eseguire l'obbligo commissivo in modi diversi adeguati allo scopo ortonomico: basti pensare ai cosiddetti poteri discrezionali di cui parlano i giuspubblicisti, in cui è l'esempio addirittura macroscopico di tale possibilità.

Questi i due profili della connessione tra «possibilità» e «necessarietà» (non «categorie» nel senso kantiano o comunque «trascendentali» ma schemi del senso comune) nella valutazione nomotelica, ossia in termini di «liceità» ed «illiceità» del comportamento.

Nella «possibilità», determinata in una statuizione, di conseguire uno scopo proprio nella situazione corrispondente allo scopo ortonomico, ma attribuita, implicitamente o esplicitamente, ad un soggetto diverso dall'obbligato, è la «nota» essenziale del «diritto soggettivo»: possibilità che non è connessa, ma semplicemente «correlata» *ab extrinseco* alla «necessarietà» costituita dall'obbligo altrui. Una correlazione sempre eventuale, anche se frequentissima, ma non immancabile; né tale che l'estinguersi del «diritto soggettivo» involga *eo ipso* l'estinguersi dell'obbligo, mentre, invece, l'estinguersi dell'obbligo correlativo implica l'estinguersi del «diritto soggettivo». Sicché il comportamento con cui si «eserciti» il «diritto soggettivo» diretto a conseguire uno scopo con il concorso, indefettibile, commissivo od omissivo, del soggetto obbligato a porre in essere o a lasciare inalterata la «situazione oggettiva» in cui tale scopo possa conseguirsi, non è sussumibile a rigore nel predicato della «liceità», salvo che il comportamento in parola si verifichi nelle stesse circostanze ipotizzate per il sorgere di un obbligo omissivo e venga considerato come osservanza di questo.

Dalla valutazione rimane distinta la rilevanza di un comportamento, allorché, indipendentemente dalla sua qualificabilità come lecito o illecito, questo venga ipotizzato quale elemento costitutivo di fattispecie: una distinzione relativa che non coincide con la distinzione tra la legalità come «fatto» e la legalità come criterio di valutazione, perché ha un significato diverso, in quanto chiarisce, tra l'altro, l'equivoco delle cosiddette leggi permissive. Se la statuizione ha la propria ragion d'essere nella determinazione dell'obbligo, è ovvio come una legge che si esaurisca nel «permettere» che si

assuma un certo comportamento, rappresenti un vero controsenso perché «permette», ossia rende equipossibile anche il comportamento opposto: l'alternatività irrisolta esclude la concepibilità di una statuizione, e la legge, come tale, si riduce a mera parvenza. Pur tuttavia, la possibilità dei due opposti comportamenti, qualora si presenti come una situazione che non debba essere modificata, o in ogni modo come elemento di una fattispecie, involge la «rilevanza» dei due opposti comportamenti relativamente ad un obbligo o ad obblighi dello stesso soggetto del «permesso» o di altri: ma è indiscutibile che ove manchi un simile collegamento con la statuizione di un'altra – effettiva – legge, la semplice «permissività» si auto-elide.

Nello schema della «rilevanza» sono perfettamente sussumibili, infine, la «validità» e la «invalidità» dei cosiddetti atti quali elementi di fattispecie posti in essere dal comportamento di un soggetto per il sorgere o l'estinguersi di un obbligo proprio o altrui. Tali «atti» non possono, a rigore, qualificarsi come «leciti» o «illeciti» perché questi predicati valutativi si addicono soltanto ai comportamenti: né la «rilevanza» o la «irrilevanza» (a parte la questione se quest'ultima coincide con la «nullità») di un «atto» può considerarsi come una conseguenza immediata e costante della «liceità» o «illiceità» del comportamento che l'abbia posto in essere.

12. *La valutazione «teleonomica» del comportamento e il «chiasma assiologico» del senso comune.*

La nomotelica, però, col suo formalismo, ispirato al criterio dello scopo ortonomico, non costituisce il solo paradigma valutativo del «modo di comportarsi» per il senso comune; è indispensabile, quindi, volgere l'attenzione, se pur brevissimamente, a quella valutazione che si può chiamare, genericamente politica, e che ha nell'economia il suo aspetto quantitativo (senza che con questo perda la propria indole qualitativa) ma che meglio si definisce teleonomica: perché muove dalla scelta (ovviamente programmatica) di un ordine, in una prospettiva di scopi conseguibili in circostanze di tempo e di spazio determinate, da un soggetto (si tratti dello stesso soggetto optante o di altri); un ordine che si stabilisce con la prelazione di uno scopo, perciò «prevalente», rispetto al quale viene subordinato il conseguimento degli altri, sia che questi si pongano in concomitanza al primo, sia che si pongano come indifferenti o comunque inattuali. Questa scelta implica la comparazione tra i modi possibili di

comportarsi, in quelle date circostanze relativamente alla misura in cui ciascun modo si presenti adeguato al conseguimento dello scopo «prelato», in coordinazione, o meno, alla concomitanza degli altri scopi: si delinea così, attraverso tale comparazione, un ordine di convenienza tra i vari modi di comportarsi in quanto «mezzi» necessari in rapporto all'ordine prescelto tra gli scopi. È ovvio, allora, come il modo meglio adeguato si presenti quale un *prior*, la cui «necessarietà» costituisce il «dover essere», alla stregua del quale si giudica il comportamento effettivo che «sia stato» o «sarà» assunto. Ma un «dover essere» che, inversamente a quel che si è rilevato nella nomotelica, non appare fondato sulla statuizione di una legge, e si pone, invece, come unica legge del comportamento: quella ben nota «legge del massimo risultato col minimo mezzo» a cui si richiamano continuamente gli economisti[16] – e non soltanto questi; espressione in termini di «massimo» e di «minimo», ma non in senso meramente quantitativo, con cui si cerca di definire la norma ortotelica.

L'ordinalità (o «scalarità») sottintesa in questa norma conferisce un significato peculiare alla «conformità» del comportamento ad essa, in quanto non può dirsi improprio parlare di una «maggiore» e di una «minore» conformità, in relazione al «grado» di adeguatezza (o «idoneità» che si dica) del comportamento allo scopo.

Qui è certamente capovolto il formalismo proprio della nomotelica: ma un siffatto capovolgimento non significa elisione radicale di qualsiasi formalismo: la norma ortotelica, oltre che porsi come criterio deontologico, è «formale», perché riduce ad identità tipologica tutti i comportamenti più adeguati ad uno scopo, secondo l'ordine prescelto tra scopi diversi.

Nel chiasma assiologico che viene a delinearsi così, per il senso comune, tra nomotelica e teleonomica, non si può trascurare la relatività della distinzione tra «fatto» e valutazione; sicché, quando lo stesso

[16] Si può osservare *per incidens* che la «scala dei bisogni», di cui parlano gli economisti, traduce in termini schiettamente psicologici la scelta programmatica dell'ordine tra gli scopi, aprendo la via all'inserirsi del riferimento quantitativo nella valutazione (che, concernendo il comportamento, è sempre qualitativa) esplicitamente affermato con il criterio della «scarsità» dei «mezzi»: ma il «mezzo» per eccellenza è in ogni caso il comportamento a cui non si addicono certamente i predicati della scarsità e dell'abbondanza.
Il «simbolismo matematico» come «semantica» rivolta ad esprimere determinazioni quantitative non implica identificazione del «calcolo edonistico» col calcolo matematico (o più esattamente, forse, «aritmetico»), perché il primo consiste essenzialmente nella comparazione tra i modi di comportarsi convenienti per il conseguimento dello scopo secondo l'ordine prescelto: in questa comparazione interviene anche un criterio quantitativo (e in questo intervento è il *quid proprium* che distingue – come la specie dal genere – l'economica dalla teleonomica).

comportamento venga valutato secondo l'uno e secondo l'altro criterio, non vi è parallelismo, ma subordinazione vicendevole tra le due valutazioni, perché il giudizio conclusivo secondo l'uno si pone come una «constatazione di fatto» rispetto all'altro, e viceversa: e ciò a prescindere dalla eventualità non infrequente che la «liceità» mal si accordi alla «convenienza» e questa alla prima. Ma una analisi completa dei rapporti tra le due valutazioni oltrepasserebbe i limiti di questa succinta esposizione[17]. A conclusione della quale si può tuttavia aggiungere, in primo luogo, che le due valutazioni si presentano come due inderogabili corollari del postulato della libertà nell'àmbito del senso comune; e in secondo luogo, che nel mettere allo scoperto le radici del legalismo e dell'utilitarismo, la relatività insuperabile delle due valutazioni ne denuncia ancora una volta l'insostenibilità in una concezione idealista dell'Etica[18].

[17] In un confronto *ab extrinseco* tra le due valutazioni, la teleonomica, col muovere dalla scelta di un ordine in una pluralità, sia pur virtuale, di scopi, si presenta con una «corpolenza» – per dirla col Vico – che può anche essere scambiata per autentica «concretezza», accentuandosi così la cosiddetta astrattezza della nomotelica, il cui «orizzonte» appare ristretto al trapasso dalla situazione iniziale alla situazione successiva posta in essere col comportamento – commissività ed omissività dell'obbligo e limitazione, attraverso lo scopo ortonomico, della variabilità degli scopi personali del soggetto obbligato: sicché, il formalismo della legalità può apparire sinonimo di «rivestimento esteriore» privo in sé di un proprio specifico «contenuto». Da ciò è breve il passo a considerare gran parte delle leggi come «sovrastrutture» essenzialmente strumentali rispetto alla politica e all'economia. Una spiegazione, per altro non completa, di queste tendenze può forse trovarsi nella estrema facilità con cui le valutazioni teleonomiche si traducono in «moventi» della scelta effettiva, per cui il loro «peso» psicologico oltrepassa di gran lunga quello delle valutazioni nomoteliche; ma al riguardo non può dimenticarsi che ogni comportamento effettivo perde la propria individualità storica quando venga ridotto a semplice «riproduzione» o «applicazione esemplare» di un qualsiasi modello di legalità o di convenienza.

[18] Avendo tentato qui di spiegare brevemente la genesi del formalismo assiologico nel senso comune, si è omesso di fare un cenno, anche soltanto bibliografico, a dottrine come, per esempio, la filosofia dei valori e la cosiddetta logica deontica: il lettore esperto potrà constatare agevolmente le differenze della posizione e nella soluzione del problema.

16.
PRESENTAZIONE DEGLI SCRITTI «SUL DIRITTO E SULLO STATO» DI ORAZIO CONDORELLI

I

Aver preso l'iniziativa per la ristampa degli scritti di Orazio Condorelli, oltre che l'omaggio alla memoria di un Uomo che per oltre quarant'anni ne fu membro autorevolissimo – per le eccelse doti d'ingegno che ben reggevano il confronto con le altissime qualità morali – costituisce una benemerenza della Facoltà giuridica catanese nei riguardi degli studi filosofico-giuridici italiani; e ad essa io sono grato per l'onore conferitomi di sottolineare brevemente il significato e l'importanza di questa ristampa.

Non sarà superfluo premettere che il mio sodalizio con Orazio Condorelli cominciò negli ultimi mesi del 1915. Egli era già «anziano», ossia studente del terzo anno della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania, io «matricola»: la simpatia fu immediata, direi quasi istintiva, e si convertì rapidamente in una profonda, fraterna amicizia, che affrontò indenne il collaudo di non facili prove, e rimase saldissima anche negli anni dell'inevitabile agonismo nel noviziato accademico. E queste righe non hanno la più lontana pretese di offrire una «prefazione» o «presentazione», prima di tutto perché i saggi qui ristampati non ne hanno alcun bisogno; ma anche perché non ho potuto rileggere tante pagine, soprattutto dei primi saggi (che non mancarono di risonanza al loro apparire, anche se l'Autore, nemico per costituzione mentale di ogni esibizionismo, non si curò di distribuirli a dritta e a manca, secondo certo ben noto costume), senza essere sopraffatto, ogni volta, dalla folla dei ricordi; non solo quelli della nostra giovinezza ormai così lontana e delle tante ore gaie trascorse insieme ad amici carissimi, parte dei quali, purtroppo, scomparsa; e il ricordo delle lunghissime, sempre pacate e cordiali, discussioni, protrattesi non per mesi, ma per anni, attraverso cui si stabilì una *concordia discors* in tutto il campo della nostra disciplina, a partire dalla stessa concezione della filosofia del diritto come critica gnoseologica della Giurisprudenza, a singoli «nostri» problemi; e infine, vivacissimo, il ricordo della comune

* Pubblicato in O. Condorelli, *Scritti sul diritto e sullo Stato*, Milano 1970.

partecipazione alle lezioni ed esercitazioni (sempre presenti ed attivi valorosi coetanei come Nino Papaldo e Adelchi Attisani) tenute, nell'Ateneo catanese, da una singolare figura di studioso e di docente, rimasto per noi modello insuperato di onestà mentale e di eccezionale dirittura civica, oltre che accademica: Alessandro Levi. Alla cui memoria, come a quella di Giuseppe Maggiore, perché ci furono affettuosamente e operosamente vicini nelle difficoltà dell'ingresso in carriera, non poche volte l'Estinto ed io rivolgemmo un pensiero di profonda ammirata riconoscenza. Un pensiero che mi è sembrato doveroso qui rievocare.

II

Tra i giovani che si affacciarono nel campo degli studi filosofico-giuridici, nel primo dopoguerra, Orazio Condorelli emerse rapidamente per l'ingegno singolare (pur autodidatta) mostrato nella felice scelta dei temi – affrontati dopo una scrupolosa preparazione storica, filosofica e giuridica. Il primo, in ordine di tempo, dei saggi da Lui pubblicati (tra il 1923 e il 1924) *Per la storia del nome "Stato (Il nome "Stato" in Machiavelli*) ebbe un'accoglienza assai favorevole anche e specialmente dai cultori della Storia delle dottrine politiche e dai giuspubblicisti; ed è ancor oggi frequentemente citato. Ma è nel secondo, *La responsabilità senza colpa* (stampato in pochi esemplari a spese dell'Autore nel 1924) che si delinea nettamente la personalità del Nostro: la Sua schietta vocazione speculativa, le cui segrete sorgenti erano in un forte, sincero sentimento religioso, si era perfezionata nel periodo in cui era al culmine la parabola dell'idealismo crociano e dell'attualismo gentiliano: dell'uno e dell'altro egli subì una certa suggestione, non però, totale: ed in sostanza egli non aderì mai all'immanentismo. La Sua presa di posizione sul problema della conoscenza oscillò, oserei dire, tra Berkeley e Kant, con qualche rara sfumatura di idealismo post-kantiano; e basta ricordare, al riguardo, un pensatore come Rosmini. Ma, alla vocazione su accennata, si accompagna una diretta e profonda esperienza dei problemi del diritto pubblico e del diritto privato.

Ebbene, ciò che distingue la personalità di studioso del Nostro, magnificamente attestato nel libro in parola, è il perfetto equilibrio tra l'atteggiamento mentale di chi si è nutrito della filosofia, e quello del giurista: di un giurista perfettamente padrone delle risorse della c.d. dommatica (per cui egli poteva essere considerato *par inter pares* e non semplice ospite, sia pur benevolmente tollerato, in un consesso di "tecnici"), resosi consapevole che procedendo lungo la via dell'astrazione generalizzatrice che alimenta le

«costruzioni» dommatiche si poteva arrivare solo ad un «come» valido forse per una delle molte teorie generali del diritto, ma non mettere in luce quel «perché» richiesto dall'indole stessa del tema, dato che ogni responsabilità giuridica non cessa di essere responsabilità umana: un «perché», quindi, non poteva non essere inserito in una visione totale della vita, ossia in una vera e propria concezione filosofica. Donde l'originalità della soluzione che non consisteva in una pura e semplice applicazione *ab extrinseco* di concetti filosofici a dottrine giuridiche, ossia di una specie di «transfigurazione» di queste, secondo una tendenza ancor oggi non del tutto superata.

Ora, con ciò, Orazio Condorelli si poneva in grado di dare una risposta aderente all'esigenza, avanzata alcuni anni prima dal Croce, critico spietato della letteratura filosofico-giuridica del tempo in cui scriveva, oltre che del periodo della sua formazione mentale («un po' di filosofia, mescolata con alquanta storia e molte chiacchiere sulle condizioni sociali presenti e il diritto condendo»): l'esigenza, cioè, che ogni studioso di «cose umane» – si rivolgeva anzitutto ai giuristi e agli economisti – si decidesse una buona volta «a farsi consapevole e disciplinato filosofo». E questa fu appunto una nota saliente del temperamento speculativo del Nostro, poiché in Lui l'atteggiamento filosofico non soverchiò quello del giurista, ma l'uno e l'altro si composero in un equilibrio veramente non comune e degno di essere ricordato: specialmente oggi in cui si assiste continuamente a fughe verso il campo della sociologia giuridica o verso «teorie generali» ispirate superficialmente a concezioni sedicenti filosofiche piuttosto ingenue, talvolta dimentiche o ignare perfino della *Critica della Ragion pura* – e non parliamo della scarsa o nulla dimestichezza con i codici e le leggi.

III

Né meno lucidi e penetranti gli altri saggi, pur brevi (perché Orazio Condorelli non fu molto corrivo a far gemere i torchi) quali *Ignorantia juris*, *Diritto ed Autorità*, *Ex facto oritur jus* in cui la lucida critica consapevolezza della differenza tra la *forma mentis* del giurista e la posizione propriamente speculativa Gli consentì di affrontare temi del più alto interesse filosofico-giuridico – specialmente gli ultimi due ricordati, e rivolti a dare una risposta personale alla ineludibile domanda: *quid ius*? Ma il contributo recato con *Ignorantia iuris*, non è pregevole soltanto per la critica perentoria delle correnti imperativistiche; e quella distinzione tra obbligatorietà ed applicabilità della norma metteva in chiara luce – per primo agli occhi dello scrivente – la diversità, che è di grandissima importanza, tra il profilo

psicologico dell'obbligo, quando, cioè, la norma venga considerata come "motivo" se non addirittura "movente" della condotta (*lex… secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur*, per usare le parole di S. Tommaso), e d'altro lato, il profilo che può dirsi «obiettivo» del rapporto tra norma e attività c.d. pratica, sulla base del quale vengono qualificati giuridicamente i comportamenti. Chi scrive ha cercato di battere sino in fondo questa seconda strada; e forse con qualche successo, se oggi si parla di «figure di qualificazione giuridica» con riferimento implicito e esplicito ad alcune sue tesi spesso assegnate…d'ufficio alla «teoria generale del diritto».

Diritto ed Autorità ed *Ex facto oritur jus* non sono soltanto un epicedio della classica dottrina dei «caratteri differenziali» del diritto, ancor oggi non del tutto abbandonata da alcuni giuristi nelle introduzioni alle loro trattazioni sistematiche e in molte «teorie generali del diritto», a costo, però, di offrire visioni più che altro sociologiche, «accantonate», per altro, allorché, entrandosi *in medias res*, vengono affrontate le questioni puramente «tecniche» delle «costruzioni» relative alle infinite serie di «casi» (perché la dommatica, partendo da questi, ad essi immancabilmente è costretta a tornare).

Ma, sia nell'uno che nell'altro saggio, con l'insistere sullo «interiorizzarsi» tanto della *societas hominum* quanto della norma, col respingere recisamente la tradizionale distinzione tra «norme autonome» e «norme eteronome», e soprattutto col ricorso, breve ma esplicito, alla «accettazione» su cui sarebbe fondata quella che il Nostro chiama «autoritatività» della norma giuridica, veniva nuovamente ripreso un concetto (sfuggito a tanti scrittori, non escluso lo scrivente, rimasto troppo attaccato ad un criterio meramente logicistico, ma oggi ricredutosi) veramente fondamentale, ossia l'indissolubile connessione tra legge e libertà. Il riconoscimento, insomma, della libertà come presupposto inderogabile di ogni valutazione della condotta umana, sia che questa venga considerata in relazione ad una legge, sia ad uno scopo: purché, mi sia consentito di aggiungere, la libertà non venga intesa come un *quid* negativo, il residuo di una limitazione della causalità (com'è rimasto in Kant), bensì come iniziativa e scelta, di cui ha parlato il Nostro per fondarvi l'*auctoritas* implicita di ogni norma che si presenti come tale alla coscienza individuale. Ed è curioso come di una «accettazione» determinante la «giuridicità» delle norme si sia parlato molti anni più tardi, per bocca di studiosi stranieri, ai quali non si può far colpa di aver ignorato quanto era stato scritto, tanto tempo prima, in Italia.

IV

Meno perspicuo e convincente, lo confesso, mi sembra l'articolo su *Il diritto fondamentale*. Né saprei aderire a quanto è sostenuto nei due scritti relativi all'equità, anche se il secondo rimane sempre pregevole per l'accuratissima informazione e la finezza di alcune osservazioni, perché non mi convince l'identificazione del principio di giustizia con quello di equità e infine con quello ch'Egli chiama «principio etico». Lunghe riflessioni mi hanno condotto ad impostare tali problemi in maniera diversa da quella abituale, pervenendo alla conclusione che giustizia, equità, e diritto naturale siano, in definitiva, aspetti della «critica della legge» ossia di un insopprimibile – e perciò eterno – atteggiamento della coscienza umana. Ma mi sia consentito di rilevare, a mo' di conclusione di questo brevissimo *excursus*, che la predilezione mostrata dal Nostro in questi e in qualche altro scritto posteriore, rispecchia la Sua preoccupazione per ciò che oserei chiamare: l'onestà nella vita della realtà giuridica. Rispecchia cioè il fondo dell'animo di un Uomo che fu, come ho detto in altra, mesta occasione, gran galantuomo e un gran cuore.

17.
ANNOTAZIONI SU KELSEN

A proposito della esclusività riescono sommamente interessanti le osservazioni del Romano in una nota aggiunta (95-*bis*) alla seconda edizione de *L'ordinamento giuridico* (pag. 146 della seconda rist.): «Che in un dato ordinamento giuridico originario le norme di un secondo ordinamento non possano aver valore se non in base a norme del primo, è esatto, ma, secondo noi, è inesatto ritenere che ogni ordinamento consideri giuridiche soltanto le sue norme e irrilevanti le altre in quanto tali: ciò è non soltanto arbitrario, ma in contrasto con la realtà. Il principio che ogni ordinamento è sempre esclusivo, deve intendersi nel senso che esso *può*, non che *debba necessariamente* negare il valore giuridico di ogni altro». Giustissimo: ma questa possibilità di «ignorare» norme appartenenti a complessi diversi, significa che queste ultime sono ignorate come criteri di valutazione e rimangono semplici elementi di «fatto» finché non abbia luogo un riferimento ad esse, si chiami «rinvio», o «richiamo», o «presupposizione» tale riferimento. È questo il punto in cui si delinea chiaramente il divario, tutt'altro che trascurabile, tra il primo e il secondo capitolo dell'opera. Nel primo capitolo, è regolarmente sfuggita, a tutti coloro che hanno aderito alla identificazione totale tra la nozione del diritto e quella di «istituzione» come organizzazione sociale, la estrema fragilità del ragionamento con cui, dall'aperto riconoscimento dell'origine schiettamente sociologica del concetto di istituzione, identificata con «ogni ente o corpo sociale», («per quanto immateriale, la sua individualità dev'essere esteriore e visibile»; «manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo»; «ente chiuso che può venire in considerazione in sé e per sé», anche se «può trovarsi in correlazione con altri enti, con altre istituzioni, in modo che, *d'altro punto di vista*, faccia parte più o meno integrante di esse»), si passa alla riaffermazione della tesi enunciata nelle pagine precedenti: «ogni ordinamento giuridico è una istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione tra i due concetti è necessaria ed assoluta». È sfuggito cioè che il Romano dopo aver ammesso l'indole sociologica, sia della nozione di istituzione come di quella della

* Pubblicato in *Storia e politica*, 4/1973, pp. 493-506 (postumo).

organizzazione sociale, ha poi tentato di «tradurre» queste nozioni nell'àmbito del sapere giuridico affidandosi all'equazione: organizzazione = ordinamento. Ordinamento – questo è il punto culminante della tesi del Romano – che sarebbe sempre e necessariamente giuridico, perché «scopo caratteristico del diritto è per l'appunto quello della organizzazione sociale». Ma questa tesi era stata avanzata proprio ed esclusivamente sul presupposto della concezione normativa, sicché, accantonata quest'ultima come relativa ad un aspetto secondario e derivato del diritto, si arriva alla conclusione, per lo meno strana: diritto = scopo del diritto. In realtà, l'impresa di dimostrare che l'elemento regola debba considerarsi complementare e, per dir così, *superveniens* (tale è il significato della tesi del Romano) nella concezione del diritto, non poteva nascere che dalla trasposizione, su un terreno sociologico, della totalità delle situazioni giuridiche fondate su un complesso di regole esclusive. A stretto rigore, infatti, ordinamento giuridico significa proprio questo; che a ciò tenesse l'occhio il Romano è dimostrato dal suo appellarsi «alla generale esperienza, o meglio, al significato che spontaneamente richiama l'espressione ordinamento giuridico», a qualcosa «di più vivo e di più animato» che non l'immagine di quelle fila di volumi che son le raccolte ufficiali delle leggi e dei decreti»; «in primo luogo la complessa e varia organizzazione dello Stato... i numerosi meccanismi ed ingranaggi i collegamenti di autorità e di forza che producono, modificano, applicano, garantiscono le norme giuridiche, ma non si identificano con esse... una entità che si muove, in parte secondo le norme, ma soprattutto muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime che ivi rappresentano piuttosto l'oggetto o anche il mezzo della sua attività che non un elemento della sua struttura»: il che risponde ad una posizione schiettamente sociologica: e non si comprende come questo punto di vista sociologico possa assurgere a criterio di interpretazione storica del diritto, come ritiene, p. es., il Calasso, *Medioevo del diritto*, Milano, 1954, pag. 27. Sicché «l'ordine sociale» la cui idea, secondo il Romano dovrebbe essere contenuta nel concetto del diritto, non poteva non essere diversa dall'ordine in senso giuridico, inconcepibile senza la figura dell'obbligo, inconcepibile alla propria volta quest'ultimo, senza l'esclusività della regola.

Merito vero e grandissimo del Romano, aver messo in evidenza la relatività delle valutazioni giuridiche (relatività che, come si è osservato, costituisce l'altra faccia del formalismo) condizionate costantemente da un punto di vista variabile *in infinitum*, per cui l'istituzione, «ente chiuso e a se stante» si ripresenta come «parte» o «presupposto», rilevante o irrilevante rispetto ad un altro che lo comprende in sé o a sé lo subordina: in tutte le

ipotesi che il Romano passa in rassegna nel secondo capitolo, la sociologica pluralità degli ordinamenti scompare e si presenta di volta in volta un «punto di vista» esclusivo che non può esser costituito da altro fuorché da – almeno – una norma; anzi, quanto più s'insiste sul criterio che ogni istituzione sia già qualcosa di «organizzato», tanto più la norma appare come il vero *deus ex machina* di ogni «chiusura» e di ogni «apertura» di ogni sporadico frantumarsi, di ogni isolamento e di ogni correlazione: e ciò per la ovvia ed inoppugnabile ragione che, tanto il complicarsi, quanto il semplificarsi dell'organizzazione è impensabile senza l'elemento regola, organizzazione non significando altro che coordinazione e subordinazione, ossia *delimitazione di competenze*: e che una delimitazione di competenze, proprio nel senso in cui questa nozione può essere intesa nell'àmbito del sapere giuridico, possa aver luogo senza una regola esclusiva, non solo non è stato dimostrato, ma è del tutto indimostrabile.

Basta leggere attentamente tutto il secondo capitolo de *L'ordinamento giuridico* per constatare che la «pluralità» degli ordinamenti giuridici ha soltanto un significato polemico contro la concezione statualista del diritto, ma che in realtà quell'elemento normativo dichiarato «meno esteso e secondario» da includersi nella nozione dell'istituzione, finisce col tornare in prima linea al momento di stabilire la «rilevanza» tra due o più ordinamenti, una volta escluso che debba intendersi per rilevanza giuridica «l'importanza di fatto che un ordinamento può avere per un altro» o «l'uniformità materiale tra più ordinamenti»: basta esaminare accuratamente tutte le ipotesi di rilevanza cui accenna il Romano per convincersi che non le istituzioni in quanto organizzate, ma le regole organizzatrici sono i punti di riferimento necessari per parlare di subordinazione, diretta o indiretta, di «presupposizione», di limitazioni di contenuto o di efficacia, di inclusione, trasfusione, incorporazione, etc. Né poteva avvenire diversamente: perché in definitiva, al momento di qualificare un comportamento come obbligatorio, illecito, lecito o impossibile, (che è il momento cui non si può, inevitabilmente non arrivare, in qualsiasi modo si prospettino le relazioni tra due o più «istituzioni», il momento, oserei dire, in cui tutti i nodi vengono al pettine), bisogna prendere l'ordinamento singolo «in sé per sé», come dice il Romano, ossia come esclusivo e, appunto per ciò, «giuridico», quando si passi ad un altro ordinamento, coincidano o divergano le qualificazioni, bisognerà rassegnarsi a trattare il primo come un *quid facti* e il secondo come esclusivo; e l'esclusività, che ha un significato ben preciso quando sia riferita all'elemento normativo, non ne ha più alcuno quando la si voglia riferire al mero «fatto» dell'organizzazione o del «corpo

sociale: che cosa, se non una regola di comportamento, può «chiudere» una organizzazione o «aprirla» verso un'altra o altre?

Non è da meravigliarsi tuttavia se la concezione del Romano sia apparsa come un'ancora di salvezza a molti giuristi, soprattutto perché ha offerto il modo di liberarsi dalla concezione rigidamente statualista del diritto che era indubbiamente di ostacolo nell'affermare la «giuridicità» di norme che non potevano essere ricondotte alla c.d. volontà dello Stato, divenuta qualcosa di mitico e suscettibile di molteplici significati divergenti. In realtà, la concezione statualista aveva preso ormai tutto l'aspetto di criterio sociologico e non poteva non riuscire ben accetta una dottrina che la combattesse su questo terreno. Superfluo, perciò, ripetere ancora una volta che dalla sociologia, o meglio dalle molteplici e svariate sociologie, non si passa senza un salto all'atteggiamento assiologico che la *forma mentis* tipica del giurista assume spontaneamente e che, proprio per tale spontaneità e immediatezza, finisce col restare totalmente inavvertito di fronte al fascino della «visione panoramica» a base descrittivo-nazionale, cui i giuristi moderni non riescono a sottrarsi: è un lusso ch'essi possono concedersi tranquillamente, perché in definitiva, quali si siano i dissensi... panoramici, i giuristi s'intendono sempre sul modo di porre e risolvere i problemi (impropriamente definiti «tecnici») di «diritto positivo».

È sorprendente invece l'ingenuità speculativa di cui hanno dato irrefutabile prova alcuni cultori della filosofia del diritto: quando per esempio si è da taluni sentito parlare di «monismo» quale fondamento di un mostruoso groviglio di sociologia e di formalismo e dire, tra i tanti e grossolani tentativi di sociologizzare la filosofia, che Kant era un «genio filosofico appoggiato dalla scienza (!), ma che non sarebbe riuscito a spingere la «distruzione della metafisica» sino alle sue estreme conclusioni, perché «di carattere egli non era probabilmente (!) un vero lottatore (!!) ma piuttosto disposto a risolvere i conflitti mediante compromesso» (!!!) (pag. 452). È veramente sorprendente il candore con cui il Kelsen si è battuto per distinguere la scienza giuridica dalla sociologia, anzi da una non ben definita sociologia giuridica, senza il più lontano sospetto che, taglione, tecnica sociale o statale della forza, intervento dello Stato contro l'illecito per «raggiungere lo stato sociale desiderato», principio di effettività etc. siano nient'altro che criteri sociologici, e non della miglior qualità; che il c.d. ordinamento coercitivo è un «tipo» sociologico e solo con un salto mortale sul terreno della più elementare logica lo si può trasformare in *Rechtsordnung* espressione che dovrebbe servire indifferentemente a definire sia lo Stato che il diritto; che il tentativo di attribuire un primato

al diritto internazionale sui diritti statuali si rivela subito quale espediente sociologico sotto cui si nasconde un, sia pure rispettabile, motivo politico, assai assomigliante – per lo meno – alle tanto combattute ideologie. Gli sforzi del Piovani, *Sul significato del principio di effettività*, Milano, 1953, *passim*, per «storicizzare» la sociologica «efficacia» kelseniana, malgrado il singolare acume e la serietà dei propositi dello scrittore, non sono riusciti affatto nel loro intento, perché la «generale osservanza in cui si compendia la c.d. effettività, non è un criterio storico o storicistico, ma un criterio di frequenza statistica: e finché si rimane su questo terreno, l'osservazione che «niente è più assurdo del concetto kelseniano di un'effettività che dipende soltanto dall'efficacia attiva, ma che tuttavia riceve la sua legittimità dall'ordinamento internazionale» perché «l'ordinamento statale è l'ordinamento per antonomasia, il più completo, il migliore», mentre l'ordinamento internazionale sarebbe quello «dall'efficacia più labile e più discutibile» (pag. 73), finisce col combattere il Kelsen proprio sul terreno sociologico, non certamente su un piano storico o speculativo. Certamente il Kelsen non potrebbe rispondere che il diritto internazionale poco o nulla abbia da invidiare al diritto statuale, dato che nulla può essere più «effettivo» di un diritto fondamentalmente consuetudinario – e tale è per il Kelsen il diritto internazionale – perché finirebbe con l'essere costretto ad ammettere che il principio di effettività, lungi dall'essere la *Grundnorm* per eccellenza, non potrebbe essere altro che una norma consuetudinaria: il che rivelerebbe l'assurdo di una generale osservanza che renderebbe valida un'altra generale osservanza. L'equivoco da cui è nata la concezione del Kelsen sfociata poi in un sociologismo, tanto più evidente quanto più inconsapevole, si può forse rinvenire nella prima parte degli *Hauptprobleme* (1911), dove, polemizzando contro lo Stammler ed invocando l'autorità di due indirizzi non propriamente affini, come quello del Wundt e quello del Sigwart (la filosofia dei valori, come il Kelsen stesso riconobbe nella seconda edizione dell'opera, gli era rimasta praticamente ignota), rapporto causale e rapporto di mezzo a scopo, ricondotti al celebre «principio di ragion sufficiente», vengono collocati sul medesimo livello: il che tradisce il determinismo fondamentale al quale sta di fronte un *Sollen* di cui non si riesce a comprendere la genesi: un *Sollen* semplicemente «constatato» nell'Etica, nella Giurisprudenza e nella Grammatica (e ciò rivela l'identità inconsapevolmente stabilita tra la conformità alla regola in senso morfologico e la conformità in senso assiologico) del quale si dà alcuna giustificazione. Ma è curioso che in un punto il Kelsen abbia sfiorato, per dir così la nota giusta e l'abbia scartata con un ragionamento semplicistico

che vale la pena di riferire: «Indem die Norm ein Sollen statuiert, etwas als gesollt binstellty, «setzt sie einem Zweck», macht sie das Gesollte zum Zweck. Weist das nicht auf eine Identität von Norm (Sollen) und Zweck hin? Keineswegs. Was bedeutet aber dann: «die Norm setzt einen Zweck? In dieser überaus irrefuhrenden Vorstellung der einen «Zwecksetzenden» Norm liegt im Grunde ein arger Anthroporphismus!» (*Hauptprobleme*, pag. 66). Il modo stesso in cui si pone la domanda, se la norma sia identica allo scopo, rivela l'equivoco.

In questo punto, la differenza e la divergenza fra le dottrine tradizionali, dominate sostanzialmente dal criterio psicologico, e la prospettiva assiologica, diviene chiarissima e radicale. Finché nell'obbligo si scorga soltanto il riflesso o l'effetto di un «ordine» come comando o divieto di una «volontà sovrana» e «autoritaria», o comunque si definisca altrimenti, è logico che il lecito s'identifichi col «permesso», «lasciato», ossia sottratto alla sollecitazione psicologica attribuita alla regola o alle «comminatorie» predisposte (però da un'altra regola!) contro la violazione della prima; oppure, vedendosi nell'obbligo una pura e semplice «limitazione» dell'attività di un soggetto, la liceità s'identifica col «residuo» di attività esente dalla limitazione, qualcosa cioè di accessorio. In questa che, a parte le molteplici sfumature e variazioni non essenziali, è la *communis opinio*, la liceità viene giustapposta, è accanto alla doverosità: in siffatta contiguità, per altro, il lecito è suscettibile di ampliarsi fino a sfumare nell'indifferente, e vano riesce ogni tentativo di stabilire una distinzione rigorosa tra l'uno e l'altro. Non si può omettere, però, un altro profilo sotto il quale viene prospettata la liceità, allorché essa è collegata come «facoltà» o «potestà», all'obbligo di un'altra, quale riflesso di questo e viceversa. Su questa fase si cerca frequentemente di configurare il «diritto soggettivo» definito da alcuni come «liceità qualificata».

Dal punto di vista assiologico, il problema si pone diversamente: e prima di tutto, non va perduto di vista il principio che ogni valutazione ortonomica, ossia giuridica, presuppone l'accertamento che si sia verificata, o ne dia probabilità il verificarsene, una situazione obiettiva tipicamente identica a quella ipotizzata dalla regola prelata. Questo riferimento alla situazione iniziale è inderogabile, è la *conditio sine qua non* perché abbia senso la valutazione; essendo inconcepibile, infatti, un obbligo che non sia commissivo od omissivo, solo il riferimento alla situazione iniziale, in quanto venga modificato o meno nella situazione successiva posta in essere col comportamento valutando, consente il ragguaglio di quest'ultimo al «metro» costituito dallo scopo ortonomico.

Ciò premesso, si può affermare senz'altro che liceità significa optabilità di un modo di comportarsi nella «osservanza» di un obbligo a contenuto omissivo, o nello «adempimento» (od «esecuzione» che si dica) di un obbligo a contenuto commissivo – il primo abitualmente denominato «obbligo negativo», il secondo «obbligo positivo».

Né la distinzione tra «osservanza» ed «esecuzione» (o «adempimento») può dirsi verbalistica: sono le due specificazioni del genere prossimo «conformità alla prescrizione». È ovvio il rilievo che, rispetto all'obbligo negativo, sia impossibile rappresentarsi un comportamento tipico ad esso corrispondente (il che conferma quanto si è già osservato, essere la conformità in senso assiologico alla regola qualcosa che trascende l'identità puramente tipologica), anche se la tipicità potrebbe essere colta al rovescio, come segno comune, cioè, di tutti i comportamenti che non instaurino la situazione che non deve essere instaurata. Ora, è semplicemente lapalissiano che l'obbligo di «astenersi da un certo comportamento» non significa assenza di comportamento, perché allora mancherebbe il presupposto di ogni valutazione: ma non lo è meno il rilievo che l'elemento indefettibile, anzi decisivo, di ogni situazione iniziale cui venga collegato un obbligo soltanto «osservabile», sia costituito dalla possibilità specifica del comportamento illecito. In relazione a tale possibilità (e sempreché, ben inteso, si siano verificate anche le altre circostanze che eventualmente siano state ipotizzate come elementi costitutivi della situazione iniziale) tutti i comportamenti che non pongano in essere la situazione contraria allo scopo ortonomico si presentano con un aspetto di alternatività, sì che l'osservanza dell'obbligo imposto, appare, sul punto di vista assiologico, determinato da una realtà. È chiaro quindi che «lecito» e «doveroso» siano qui costantemente concomitanti, anzi coincidano. Né questa apparente reduplicazione della «modalità» può sorprendere, perché, se è vero che ogni obbligo ha per contenuto un certo «modo di comportarsi», non si può dimenticare la relatività della distinzione tra «che» e «come» del comportamento; non sussiste, perciò alcuna preclusione logica all'assumere il «come» nella posizione del «che» e riferire poi questo ad un altro «come».

Non è qui il luogo di esaminare dettagliatamente l'influsso esercitato dalla teoria «istituzionalistica» introdottasi in certo qual modo *ex abrupto* nelle dispute «metodologiche» che si sono riaccese tra i cultori della storiografia giuridica sotto lo stimolo della nota concezione crociana della filosofia come «metodologia della storiografia». L'impressione che se ne ricava è che queste prese di posizione metodologica ricordano fin troppo gli *introibo* dei giuristi, accomunandosi con questi nella determinazione

«teorico-generale» del «concetto del diritto», e finiscono talvolta con l'approdare a schemi sociologici scambiati per criteri speculativi, quando non cerchino di saltare a pié pari (assai difficile, se non addirittura impossibile quando facciano difetto i documenti) sull'indagine storica vera e propria, sostituendovi la sociologica pluralità degli ordinamenti giuridici. Una vigorosa reazione a queste tendenze in Volterra, *Sui mores della familia romana*, in *Atti Acc. Naz. dei Lincei*, serie VIII, vol. IV, fasc. 11-12, (1949), pag. 516 e seg.: esattissimo un rilievo contenuto nell'ultimo periodo della nota a pag. 518-20 e nel quale, a modesto avviso di chi scrive, è l'avvio più sicuro ad una rigorosa concezione della storiografia giuridica: ma questo problema dovrà essere affrontato altrove. Il V. mette l'accento su un criterio che sfugge assai spesso ai cultori della storiografia giuridica (per cui si trovano continuamente in grande imbarazzo quando cercano di differenziare in qualche modo la «storia del diritto» da quella che il Croce definì «storia etico-politica» ed impedire la... fagocitazione della prima da parte della seconda) quando parla della necessità di «conoscere... il pensiero dei giuristi del tempo» rispetto agli istituti di cui si afferma l'indole giuridica. Proprio così: il pensiero dei giuristi del tempo sui problemi particolari di ciò che si qualifica come diritto storicamente esistito è il punto di riferimento ineliminabile per salvaguardare il *quid proprium* della storiografia giuridica, la sua ragion d'essere rispetto alla c.d. storia generale. Egregiamente il Capograssi ha scritto (*Il problema della scienza del diritto*, cit., pag. 209-10) «si può dire che la storia della scienza» (del sapere giuridico, cioè) «è uno dei più sicuri e precisi mezzi che lo storico abbia di cogliere la vera individualità di un'epoca storica del diritto. Solo la scienza considerata nel suo complesso dà allo storico la testimonianza di quello che era il clima e l'orizzonte di un'epoca storica del diritto»; «per cogliere l'integralità dell'esperienza, e cioè per cogliere l'esperienza nel significato giuridico che assumeva nella coscienza di chi la viveva, la storia non ha altro mezzo che la scienza», «le altre fonti danno allo storico i testi e gli usi della vita, ma solo la scienza dà allo storico il significato complessivo e totale che tutti questi elementi avevano come elementi dell'esperienza giuridica»;... «in questo senso può dirsi che la storia della scienza è la più tipica ed espressiva storia dell'esperienza giuridica». Ma su questo punto occorrerà tornare *ex professo* in altro studio.

Partendo, invece, dalla posizione assiologica della regola come norma, ci si rende conto, eliminando ogni sincretismo sociologico, come la descrittiva assumente quale proprio «oggetto» la relazione tra una molteplicità di soggetti e una molteplicità di norme denominata di solito

«ordine» ed ancor più frequentemente «ordinamento giuridico» (fondato, ovviamente, sulla esclusività del complesso normativo stabilita dalla scelta assionomica), aderisca e, per così dire, si saldi, alla valutazione, o meno, in termini di legalità o illegalità, e alla rilevanza della situazione risultante dal comportamento, comunque valutato o non, senza alterarne unicamente il senso e i termini.

Se si tiene presente, infatti, la correlazione istituita dalla norma tra situazione iniziale e situazione risultante dal comportamento, è chiaro come la coesistenza o compresenza di altri soggetti, il loro comportamento (comunque valutato o non) e perfino la possibilità obiettiva del loro comportamento in quanto entrino a far parte, come elementi del «fatto» costitutivo della situazione iniziale presupposta dalla norma rispetto al singolo soggetto, implichi alla propria volta una correlazione tra la situazione risultante dal comportamento di quest'ultimo e quelle effettivamente o virtualmente risultanti dal comportamento effettivo o eventuale dell'altro o degli altri soggetti. Questa seconda correlazione si può ben definire complementarità, perché non è altro che un riflesso della complementarità degli scopi già rilevata a proposito della nozione di comportamento; poiché la situazione risultante dal comportamento è la situazione in cui il soggetto consegue o meno il proprio scopo, è altrettanto chiara la complementarietà tra le situazioni effettivamente o virtualmente risultanti dai comportamenti dei singoli soggetti ogni qual volta il conseguimento di uno scopo da parte di un soggetto implichi il concorso, totale o parziale, commissivo od omissivo, diretto o indiretto, obbligatorio o lecito, del comportamento di un altro o di altri.

Ispirandosi ad una concezione strumentalistica delle norme giuridiche, la Giurisprudenza moderna concernente il diritto statuale tende a rappresentarsi tale complementarietà tra le situazioni risultanti dai comportamenti di più soggetti, valutati o meno da più norme, come dominata dal criterio della «tutela dell'interesse» sottolineando, con estrema frequenza non tanto la complementarietà (che ne costituisce il logico presupposto) quanto l'agonismo (o, se si preferisce, antagonismo) tra tali interessi, quasi che, il conseguimento di uno scopo da parte di un soggetto implichi necessariamente e costantemente un conflitto con altri: il che, ad un certo punto, diventa una vera *fable convenue*. In verità, trattandosi delle situazioni corrispondenti al conseguimento immediato o mediato di scopi, sarebbe assurdo respingere aprioristicamente la legittimità di un punto di vista schiettamente strumentalistico, ma il guaio (sia consentita la parola) è che l'interesse viene inteso in molteplici significati, non sempre

e non del tutto accordabili tra loro; a volte, per esempio, è inteso come tendenza, desiderio, aspirazione conseguimento di un «bene» ossia di un mezzo atto a «soddisfare un bisogno», che è quanto dire utilità, a volte come un apprezzamento della attitudine del mezzo a tale soddisfazione, a volte come la situazione obiettiva in cui si consegue lo scopo, a volte come vera e propria fattispecie, a volte, infine come una particolare posizione giuridica del soggetto ora distinta da quella abitualmente denominata diritto soggettivo, ora identificata addirittura con questo; e non sono rare le combinazioni e le commistioni tra questi significati cui non aggiunge chiarezza la distinzione tra «tutela obiettiva» e «tutela subiettiva» dell'interesse, a volte coincidente con l'idea di una «misura» della tutela, a volte differente. Sorvolando su queste ed altre incertezze cui dà luogo tanto la nozione dell'interesse quanto quella della sua tutela da cui nascono contrasti in sede di «teoria generale» (aventi talvolta ripercussioni in sede di applicazione di specifiche norme) alimentati dai dissensi *de verborum significatione*, si può chiedere se realmente questa nozione della tutela dell'interesse sia veramente inderogabile (tanto più che non se ne sente il bisogno in certe sistemazioni nozionali, come, per esempio, nel diritto canonico per il sapere giuridico). Senza riconoscere la razionalità di ciò che è storicamente avvenuto – poiché è indubbio che l'impulso ad impostare certi problemi in questo modo è venuto dalla notissima teoria dello Jhering sul diritto soggettivo – si può osservare che le molteplici classificazioni, a volte semplici, a volte estremamente complesse, di quelle che sono state chiamate «situazioni giuridiche soggettive» partono, in definitiva, dalla complementarietà (dalla quale nasce e con la quale si spiega l'antagonismo) delle situazioni che risultano dai comportamenti con cui i soggetti conseguono o meno i propri scopi; e che la distinzione e classificazione delle varie posizioni corrispettive dei soggetti, fondate su tale complementarietà, possono farsi benissimo (sempre che non sorgano equivoci sul significato di certe espressioni...), tenendo presente il modo e il grado, ossia la misura in cui le situazioni stesse sono complementari tra loro; nonché il punto di riferimento immancabile di ogni «conseguenza giuridica, ossia l'obbligo: punto di riferimento, del resto, al quale la stessa teoria della tutela dell'interesse finisce sempre col far capo.

Sarebbe estraneo all'indole di queste osservazioni entrare nel merito dei dibattiti, divenuti sempre più frequenti ed appassionati in questi ultimi anni, sulle nozioni del diritto soggettivo, del potere, etc. Qui importava soprattutto mettere in luce il continuo calarsi e riemergerne – dell'elemento descrittivo nell'elemento assiologico: è proprio questo, infatti, il processo

di unificazione e di identificazione di scienza ed esperienza giuridica, che si sviluppa nella posizione dell'intelletto, ma che l'intelletto stesso non riesce a cogliere, perché il suo dualismo acritico lo conduce soltanto a trascorrere da una distinzione relativa ad un'altra.

Superfluo, forse, aggiungere che questo modo d'impostare il problema della interpretazione speculativa dell'esperienza (e della scienza) giuridica non ha alcun intento polemico verso i giuristi. L'immediatezza (che non va identificata *sic et simpliciter* con quella che si suol chiamare «spontaneità») dell'atteggiamento assiologico dell'intelletto spiega a sufficienza perché essi «cerchino ancora una definizione del loro concetto del diritto» per dirla con la celebre proposizione kantiana: la tendenza alla descrittiva nozionale prende in essi il sopravvento, ed è per questo che dalla descrittiva di tanti «fatti» essi ritengono di potere ricavare, col procedimento di astrazione generalizzatrice, la nozione di quel «fatto», posto come genere prossimo e fondamento logico di tutti gli altri, in cui consisterebbe il diritto; ed è per questo che ritengono di potersi appagare combinando in infinite guise aspetti psicologici ed aspetti teleologico-strumentali, ricorrenti continuamente nei «fatti» descritti o classificati. Qui si è cercato di dimostrare l'equivoco in cui s'incorre sul terreno speculativo, e soprattutto in una filosofia come l'idealismo dell'immanenza assoluta, trasferendovi di peso il problema e i criteri per risolverlo così come sono stati affacciati dai giuristi. Il problema era, ed è, un altro: bisognava identificare il postulato implicito in tutte le storiche sistemazioni nozionali del sapere giuridico, identificazione resa possibile soltanto dal significato assiologico dell'obbligo; messa in luce l'indole assiologica di tale postulato, ecco profilarsi il problema della interpretazione speculativa dell'esperienza giuridica, come aspetto del problema concernente la genesi dell'atteggiamento assiologico dell'intelletto, sfociante necessariamente nel problema fondamentale di una filosofia che professi esplicitamente un rigoroso anti-intellettualismo.

Senonché, detto questo, si è detto altresì che l'unità e l'identità di scienza ed esperienza giuridica costituisce solo l'impostazione del problema della loro interpretazione speculativa: l'unica impostazione coerente ad un assoluto immanentismo, che, proprio per la posizione anti-intellettualistica assunta, deve sempre «fare i conti» con l'intelletto e spiegarne perciò anche l'atteggiamento assiologico.

Tuttavia, poiché porre un problema nei suoi termini precisi significa essere in grado di risolverlo, non è difficile, almeno a grandi linee, prospettare l'*iter* che conduce alla sua soluzione.

Le scelte di cui si è parlato relativamente alla teleonomica e alla

nomotelica sono scelte programmatiche (e tale carattere è rivelato dalla presenza, nell'una e nell'altra, dell'elemento regola) che l'intelletto, nel suo eterno oscillare tra subiettività ed obiettività, oppone alla scelta, effettiva, quella cioè che gli garantisce l'individualità storica del comportamento e che, appunto per ciò, non coincide né s'identifica con la pura e semplice riproduzione di una scelta programmatica. La valutazione del singolo comportamento riferito alla norma ortotelica o allo scopo ortonomico presuppone appunto la riduzione dell'individualità alla tipicità: ma ciò significa che il momento dell'individualità non può mancare, anche se questa è suscettibile secondo quanto si è già osservato, di essere sussunta in un tipo, o di essere sollevata a tipo di altri particolari ridotti anch'essi alla identità. E poiché l'intelletto pone un rapporto tra scelta e alternative, tale che l'una non ha senso senza le altre, un nesso indissolubile per cui l'una cade nel vuoto senza le altre e queste si annullano vicendevolmente senza quella, è chiaro come le alternative oggetto delle scelte programmatiche siano programmatiche anch'esse.

Orbene: non era certo una novità affermare che la distinzione tra natura e storia discende dal dualismo acritico dell'intelletto: questa distinzione (relativa: come tutte) va interpretata principalmente come la distinzione tra una realtà senza alternative – né altro significa il meccanismo causale – e una realtà si realizza tra alternative: ed è questo il significato di quella libertà che l'intelletto postula quale principio costitutivo di quel mondo che gli risulta essere «certamente stato fatto dagli uomini». Sicché la necessarietà di cui si è parlato relativamente alle valutazioni teleonomiche e nomoteliche non può essere altro che necessarietà opzionale: né altrimenti potrebbe definirsi il valore, che l'intelletto oppone al comportamento come fatto. Diviene allora evidente come il postulato su cui si fonda il sapere, identificantesi ed unificantesi con l'esperienza giuridica, per ciò stesso che è inconcepibile senza una scelta – la scelta assionomica –, appare piuttosto un corollario del postulato della libertà.

Bibliografia degli scritti

a cura di Marilì Cammarata

Recensione a B. Donati, *Il rispetto della legge dinanzi al principio d'autorità, in Giornale Critico della filosofia italiana*, 1920/3, pp. 322-324

Recensione a A. Levi, *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, in *Giornale Critico della filosofia italiana*, 1920/3, pp. 352-354

La razionalità del diritto e il giusnaturalismo nella filosofia dell'immanenza assoluta, in *Giornale Critico della filosofia italiana*, 1922/2, pp. 163-172

Recensione a C. Caristia, *Contributo alla dottrina intorno alla natura e al fondamento del Governo parlamentare*, in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, II/1922, pp. 1-5

Recensione al Festgabe für Dr. Jur. H. c. Otto Liebmann, (estratto da "Rivista internazionale di Filosofia del Diritto", II/1922, pp. 5-7)

Su le tendenze antifilosofiche della Giurisprudenza moderna in Italia, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1922/4, pp. 234-258

Recensione a G. Del Vecchio, *Il concetto di natura e il principio del diritto*, in *Giornale Critico della filosofia italiana*, 1923/3, pp. 188-198

Diritto e Stato. Relazione tra i due concetti, Roma 1924 (bozze a stampa di *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*)

Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza, Roma 1925

Qualificazione giuridica e scienza del diritto, Catania 1926

Il concetto del diritto e la «pluralità degli ordinamenti giuridici», Catania 1926

Immanentismo e Filosofia del diritto, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1926/1, pp. 234-258

Sul fondamento del principio «ignorantia juris non excusat», in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1928/3, pp. 327-338

Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica, in Annali della R. Università di Macerata 1929, pp. 393-431

La positività del diritto e il valore pratico della norma di condotta, in *Studi filosofico-giuridici* dedicati a G. Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento (1904-1929), I, Modena 1930, pp. 43-53

Sulla cosiddetta coattività delle norme giuridiche, Milano 1932, pp. 20, ripubblicato in *Archivio Penale*, I-II/1953, pp. 3-16

Studi sul problema del diritto naturale, Catania 1936

Sul fondamento delle «valutazioni pratiche» dell'intelletto, Catania 1936

Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica, Catania 1936

Giusnaturalismo e «critica delle leggi» in rapporto alla distinzione tra giustizia ed equità, estratto da *Bollettino dell'Istituto di Filosofia del Diritto della Regia Università di Roma*, Roma 1941, pp. 1-17

All'Italia la sovranità su Trieste, in *Il Foro Italiano*, n. 73/1-2,1950, pp. 3-12

La sovranità italiana sul territorio di Trieste, in *Il Foro Padano*, n. 4/1951, pp. 3-8

Le sentenze triestine in corte di Cassazione, in *Il Foro Italiano*, n. 74/5-6,1951, pp. 3-8

La sovranità italiana su Trieste, in *Rassegna Italiana*, n. 315/1951, pp. 3-11

La posizione giuridico-politica della Venezia Giulia occupata a sei anni dall'entrata in vigore del Trattato di pace, Trieste 1953 (raccolti in fascicolo tre articoli scritti per il *Giornale di Trieste* del 15, 16 e 18 settembre 1953)

Aspetti di diritto internazionale e problemi di diritto interno nella situazione attuale di Trieste, in *Temi* n. 5/1955, pp. 3-12

Gli istriani rimasti nella zona B sono sempre cittadini italiani, in "Accademia di studi economici e sociali 'Cenacolo triestino'", s.d.

Aspetti di diritto internazionale e problemi di diritto interno nella situazione attuale di Trieste, in Temi n. 5/1955, pp. 3-12

Legislazione e giurisdizione nell'ex Zona "A", estratto da "Atti del III Congresso Nazionale giuridico forense, Trieste 1955, pp. 5-17. Ripubblicato in *Il Foro Italiano* 78/1955, pp. 3-14

Ai cittadini italiani di Trieste non si addice neppure la Corte costituzionale, in *Il Foro Italiano*, 79/1956, pp. 3-5

Giuseppe Capograssi (necrologio), in *Temi*, 2/1956

*Intervento alla Tavola Rotonda sul positivismo giuridic*o, in *Il politico*, Pavia, XXXI/1966, pp. 2

Ricordo di Remo Pannain (necrologio), in *Temi*, 2/1967

Sulla concepibilità di un nesso logico tra «illecito» e «sanzione», in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, Milano 1967, vol. 1, pp. 101-109

Formalismo giuridico, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano 1968

Ricordo di Orazio Condorelli (necrologio), in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, 1969, pp. 2

Presentazione, in S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano 1969, pp. V-VI

Presentazione, in O. Condorelli, *Scritti sul diritto e sullo Stato*, Giuffrè, Milano 1970, pp. V-X

Annotazioni su Kelsen, in *Storia e politica*, 4/1973, pp. 493-506 (postumo)

La pubblicazione raccoglie i saggi di filosofia del diritto di Angelo Ermanno Cammarata, fra gli esponenti di spicco della corrente del formalismo giuridico, con lo scopo di recuperare alcune pubblicazioni divenute oramai di difficile reperibilità e di mostrare la perdurante attualità del suo pensiero.

ANGELO ERMANNO CAMMARATA (1899 - 1971) è stato un filosofo neoidealista, allievo di Giovanni Gentile. È stato uno dei maggiori esponenti del formalismo giuridico italiano, che sviluppa in contrapposizione a quello kelseniano. Nel suo formalismo, il diritto è inteso come forma logica, criterio esclusivo di regolarità dei comportamenti; e carattere relativo è riconosciuto alla distinzione tra fatto e valore, posto che l'elemento assiologico non può non connotare il concetto stesso di diritto. Dopo aver conseguito la laurea in Giurisprudenza presso l'Università di Pisa, dove conobbe Giovanni Gentile, ha insegnato filosofia del diritto nelle Università di Messina, Trieste, Napoli e Roma. Fu anche Rettore dell'Università di Trieste (1946-1952), ove si distinse quale strenuo sostenitore della perdurante sovranità italiana sulle zone ricomprese dal Trattato di pace del 1947 nel Territorio libero di Trieste. Tra i suoi scritti si ricordano *Contributi ad una critica gnoseologica della Giurisprudenza* (1925), confluito, assieme ad altre opere, nella raccolta *Formalismo e Sapere giuridico* (1963), e la voce *Formalismo giuridico* (1968), apparsa nell'*Enciclopedia del diritto*.

FRANCO MODUGNO è Professore emerito di Diritto costituzionale presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza" e Giudice della Corte costituzionale.

LEONARDO PACE è Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli studi "Roma Tre".

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI