

I Filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre

Atti del Convegno Internazionale
Roma, 21 e 22 ottobre 2014

a cura di
Gianpaolo Bartoli



Collana Convegni 37

DIRITTO, POLITICA, ECONOMIA

I Filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre

Atti del Convegno Internazionale
Roma, 21 e 22 ottobre 2014

a cura di
Gianpaolo Bartoli



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

2017

Copyright © 2017

Sapienza Università Editrice

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it

editrice.sapienza@uniroma1.it

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

ISBN 978-88-9377-028-6

DOI 10.13133/978-88-9377-028-6

Pubblicato a luglio 2017



Quest'opera è distribuita con licenza Creative Commons 3.0
diffusa in modalità *open access*.

Distribuita su piattaforma digitale da:

digiLab Centro interdipartimentale di ricerca e servizi
Settore Publishing Digitale

In copertina: Istituto di Filosofia del Diritto della Facoltà di Giurisprudenza – Sapienza Università di Roma.
Foto di Raffaele Scalamandrè.

Indice

Prefazione	
<i>Gianpaolo Bartoli</i>	IX
INTRODUZIONE AI LAVORI	
1. Relazione introduttiva	
<i>Cesare Imbriani</i>	3
2. Teorie giuridiche e codificazione penale	
<i>Giorgio Spangher</i>	5
I SESSIONE	
3. Giorgio Del Vecchio, filosofo del diritto tra le due Guerre	
<i>Luisa Avitabile</i>	13
4. Diritto e socialità nell'idealismo di Giorgio Del Vecchio. Il problema del concreto	
<i>Andrea Bixio</i>	43
5. L'ombra di Banquo: il fantasma della libertà nella giuspubblicistica del primo decennio fascista	
<i>Mario Caravale</i>	65
6. Widar Cesarini Sforza alla 'Sapienza'	
<i>Gaetano Carcaterra</i>	109

7. Santi Romano nella teoria generale del diritto <i>Augusto Cerri</i>	123
8. I diritti umani nel pensiero economico-sociale e normativo. Alcune riflessioni di sintesi a partire dal confronto tra Croce e Del Vecchio <i>Cesare Imbriani</i>	131
9. Le trasformazioni del settore giuridico, politico ed economico alla 'Sapienza' tra le due Guerre <i>Fulco Lanchester</i>	139
10. Sul pensiero di Angelo Ermanno Cammarata e Carlo Esposito <i>Franco Modugno</i>	145
11. I diritti morali e la Conferenza di Roma del 1928 per la revisione della Convenzione di Berna <i>Laura Moscati</i>	219
12. Il contributo del giovane Crisafulli al dibattito sui principi generali del diritto <i>Cesare Pinelli</i>	239
13. I principi generali del diritto. Del Vecchio, Husserl e Gadamer, una riflessione <i>Bruno Romano</i>	251
II SESSIONE	
14. La molteplicità degli ordinamenti giuridici nella riflessione di Giuseppe Capograssi <i>Daniele M. Cananzi</i>	275
15. L'applicazione delle leggi antiebraiche nella Facoltà di Giurisprudenza della R. Università degli Studi di Roma (con peculiare riguardo al caso di Giorgio Del Vecchio) <i>Fabio Franceschi</i>	291

16. La enseñanza universitaria del Derecho en el primer franquismo (1939-1950) <i>Gutmaro Gómez Bravo</i>	317
17. Esperienza e soggettività nella riflessione giuridica di Giuseppe Capograssi <i>Tito Marci</i>	355
18. La <i>Rivista internazionale di Filosofia del diritto</i> . Teoria giuridica e scienze sociali <i>Pio Marconi</i>	405
19. La Universidad nacionalcatólica y la reacción antimoderna <i>Luis E. Otero Carvajal</i>	435
20. Una <i>Sociological Jurisprudence</i> oltre la tecnica del diritto. <i>Justice according to law</i> <i>Giovanna Petrocco</i>	461
21. La forma del tempo. Prospetti di modernismo giuridico <i>Roberto Righi</i>	481
22. Il contributo di Giorgio Del Vecchio al problema del fondamento della giustizia penale e alla sua umanizzazione. Il riscontro latino-americano <i>Abelardo Rivera Llano</i>	495
23. Certezza del diritto e relatività dei concetti giuridici: il carteggio tra Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo tra le due Guerre <i>Beatrice Serra</i>	503
III SESSIONE	
24. Il diritto tra idea e fenomeno: il 'caso' Widar Cesarini Sforza <i>Gianpaolo Bartoli</i>	531
25. Felice Battaglia e la <i>Rivista internazionale di Filosofia del diritto</i> <i>Carla Faralli</i>	573

26. La ricezione di Giorgio Del Vecchio in Brasile tra le due Guerre <i>Beatrice Leucadito</i>	583
27. Filosofia e diritto penale negli anni '30. Il dibattito nella <i>Rivista internazionale di Filosofia del diritto</i> <i>Gilda Losito</i>	605
28. Julius Binder e la filosofia del diritto italiana: il carteggio con Giorgio Del Vecchio <i>Andrea Mastropietro</i>	617
29. Teoria generale delle norme e filosofia della giustizia. Kelsen e Perticone. <i>Ciro Palumbo</i>	627
30. Riflessioni su Emilio Betti filosofo e costituzionalista, suo malgrado <i>Giovanna Razzano</i>	641
31. Spunti dal dibattito giuspubblicistico sulla <i>Rivista internazionale di Filosofia del diritto</i> (1940-1943) <i>Irene Sigismondi</i>	661
32. Il concetto di Dittatura nelle pagine della <i>Rivista internazionale di Filosofia del diritto</i> : Gerhard Leibholz e Sergio Panunzio <i>Antonio Siniscalchi</i>	671
33. Ugo Spirito: diritto ed economia nella filosofia come ricerca <i>Laura Zavatta</i>	679
L'ARCHIVIO 'GIORGIO DEL VECCHIO'	
34. L'Archivio 'Giorgio Del Vecchio' <i>Laura Cappelli</i>	707
35. L'Archivio 'Giorgio Del Vecchio' e il progetto Archivi <i>on line</i> <i>Giuseppe Filippetta</i>	717

Prefazione

Il Convegno di cui vengono ora presentati gli *Atti* ha rivolto l'attenzione alla cultura giusfilosofica italiana, anche nei suoi rapporti con quella internazionale (tedesca, spagnola e latino-americana soprattutto), che ebbe come fucina, negli anni compresi tra i due conflitti mondiali, la facoltà di Giurisprudenza della 'Sapienza' di Roma ed in particolare l'Istituto di Filosofia del diritto.

Peraltro, nelle relazioni che seguono non mancano riflessioni sugli itinerari che vedono coinvolti l'Istituto di Filosofia del diritto e la *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto* – fondata nel 1921 e dal 1936 organo ufficiale della Società Italiana di Filosofia del diritto che nello stesso anno, nell'Ateneo romano, avviò i suoi lavori – nei loro rapporti con voci autorevoli della teoria del diritto e dello Stato, della storia delle dottrine politiche, del diritto costituzionale e del diritto ecclesiastico.

Si è recepita così la sollecitazione secondo cui la genesi ed il senso unitario del diritto possono cogliersi, parafrasando Luigi Caiani – nella varietà degli aspetti conoscitivi e teoretici, pratici ed applicativi – solo attraverso la convergenza, l'integrazione e l'interdipendenza delle prospettive della filosofia del diritto, della storia giuridica e della giurisprudenza.

In anni in cui, come già nel 1922 avvertiva Angelo Ermanno Cammarata dalle pagine della *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, si palesa una netta 'tendenza antifilosofica' della moderna giurisprudenza, risultano centrali, tra le altre, figure di studiosi come Giorgio Del Vecchio, fondatore dell'Istituto e della *Rivista*, oltre che Rettore dell'Università di Roma (1925-1927), Giuseppe Capograssi, Widar Cesarini Sforza, Sergio Panunzio, Vezio Crisafulli, Flavio Lopez de Oñate, Felice Battaglia, Carlo Esposito, Giacomo Perticone, Guido Gonella.

Il compito che veniva a delinarsi, come chiarito nel *Programma di direzione della Rivista*, era anche quello di fornire risposte, nella pluralità delle prospettive teoretiche, a quella stessa tendenza, individuando i possibili e specifici contributi della Filosofia del diritto allo studio e alla realtà pratica della giurisprudenza, affinché essa non avesse a consolidarsi in una sterile e vuota scienza del diritto, simile, secondo l'espressione ripresa da Del Vecchio, ad una 'testa senza cervello'.

In tal senso, le relazioni illustrano ed interpretano la dottrina ed il pensiero di quanti ebbero a vivere da protagonisti il tempo della loro opera di giuristi e di filosofi del diritto, nell'epoca politica dominata dal regime fascista, anche con attenzione alle coeve esperienze di altri contesti nazionali. La struttura congressuale, pertanto, può essere letta anche nella direzione di un contributo alla storia dell'Istituto di Filosofia del diritto della 'Sapienza', su cui si innestano molteplici iniziative che, in quel luogo e in quel tempo, diedero vita ad altrettante voci, anche dissidenti rispetto all'ortodossia fascista, attraverso la fondazione di riviste, come, appunto la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*.

In particolare deve considerarsi come, negli anni Venti del secolo scorso, la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma costituisca un punto di riferimento per gli studi giusfilosofici, grazie soprattutto all'attività di Giorgio Del Vecchio, tessitore instancabile di rapporti con studiosi di rilievo internazionale – come Kelsen e Binder ad esempio – di cui è testimonianza nel suo vasto carteggio, oggi confluito nell'Archivio che porta il suo nome, cui pure non si è mancato di riservare attenzione in questi *Atti*.

Dal punto di vista filosofico il pensiero di Del Vecchio si muove sulla linea del criticismo kantiano e, in coerenza con tale presupposto, si pone in una prospettiva distante dalla concezione positivista del diritto. Si consolida l'attenzione per una costruzione dell'esperienza giuridica, possibile per la precedenza gnoseologica di categorie *a priori*; il momento dell'*a priori* giuridico consente a Del Vecchio di stabilire una differenziazione sostanziale tra legalità e giustizia. È la giustizia, infatti, secondo Del Vecchio, a costituire il piano deontologico del diritto, oltre quello formale della sua formulazione legale.

Al di là delle sue riflessioni, la figura di Del Vecchio acquista centralità per l'avvio, nel 1921, delle pubblicazioni della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* – che, seppur concepita alcuni anni prima, aveva visto rinviare la propria fondazione per lo scoppio della Grande Guerra – punto di incontro tra filosofi del diritto e giuristi e connotata,

secondo l'intenzione dei fondatori (oltre a Del Vecchio devono ricordarsi Widar Cesarini Sforza, Antonio Pagano e Roberto Vacca, componenti della prima direzione della *Rivista*), dal presupposto metodologico comune che vede lo spirito umano quale principio di ogni legislazione.

In un tale contesto è importante ricordare alcuni avvenimenti. Nel 1934 viene fondato l'Istituto di Filosofia del diritto presso lo Studio romano, il cui Consiglio direttivo sarà presieduto dal professore ufficiale dell'insegnamento, con il compito di promuovere il perfezionamento e l'approfondimento della Filosofia del diritto e delle discipline correlate (come la Storia delle istituzioni politiche, la Dottrina generale dello Stato, l'Etica, la Sociologia e il Diritto comparato) attraverso la Scuola di perfezionamento – destinata ai laureati in Giurisprudenza, Scienze politiche e Filosofia – e il Seminario, i cui corsi e soprattutto le esercitazioni rappresenteranno una tradizione che nel tempo verrà sempre più a consolidarsi.

Come accennato, nel 1936 vede la luce la Società Italiana di Filosofia del Diritto, presieduta da Del Vecchio, che nello stesso anno celebrerà nell'aula del Senato accademico dell'Università di Roma la sua prima assemblea, che si chiuderà con la nomina dei membri degli organi istituzionali e l'adozione della *Rivista* quale organo della Società. Da ricordare i nomi degli accademici chiamati a reggere le funzioni apicali del sodalizio: Francesco Bernardino Cicala, Felice Battaglia, Giuseppe Capograssi, Benvenuto Donati, Antonio Falchi, Francesco Olgiati, Eugenio Di Carlo, Giacomo Perticone, Flavio Lopez de Oñate, Guido Gonella, Rinaldo Orecchia.

Spiccata l'apertura internazionale della Società, favorita dagli innumerevoli contatti tenuti dallo stesso Del Vecchio – che annovera le maggiori personalità della Filosofia del diritto mondiale – nonché dalla partecipazione all'attività dell'Istituto Internazionale di Filosofia del diritto con sede a Parigi.

L'attività della Società negli anni successivi ruoterà sempre intorno al polo romano: alla 'Sapienza', infatti, si terrà la sua seconda Assemblea, nel 1937, mentre nel 1938, oltre alla consueta riunione del sodalizio, si celebrerà il I Convegno della Società, nel quale si segnalerà la relazione tenuta da Capograssi.

L'allontanamento di Del Vecchio dall'insegnamento universitario, a seguito dell'emanazione delle leggi razziali, comporta sia l'assunzione da parte di Cesarini Sforza della carica di direttore dell'Istituto nonché

della Scuola di perfezionamento, sia la nascita della nuova serie della *Rivista*, la cui direzione viene ora assunta da Amedeo Giannini, Felice Battaglia e Giuseppe Capograssi; nel 1940 viene pubblicato il *Bollettino* dell'Istituto di Filosofia del diritto dell'Università di Roma, contenente informazioni, rassegne di articoli delle più importanti riviste giusfilosofiche del mondo e notizie della Scuola di perfezionamento.

Nonostante la richiesta di sospensione avanzata alla fine del 1938 dal Ministero della Cultura Popolare, nel 1939 prese l'avvio la seconda serie della *Rivista*, grazie, in particolare, all'operosità di Amedeo Giannini. A causa del II Conflitto Mondiale, nel 1943 la *Rivista* dovrà sospendere la pubblicazione, ripresa già nel 1947 con Del Vecchio nuovamente direttore.

In una situazione epocale così complessa come quella in cui ebbe ad operare il mondo culturale sopra tratteggiato, si è cercato di rispondere con le relazioni del Convegno romano all'urgenza di una riflessione non adesiva agli schemi di una presunta cooptazione che il fascismo avrebbe operato nei confronti degli Autori sopra citati, che non cessarono il confronto con i classici del pensiero (Kant ed Hegel, in particolare); occorre allora prendere in considerazione la constatazione di Sergio Cotta, secondo cui tra uomini e idee si innesca, nel periodo considerato, una sorta di paradosso, capace di generare una distinzione netta tra personale adesione al regime e professione di teorie filosofiche con quell'adesione incompatibili. Se è vero, dunque, che molti filosofi del diritto ebbero importanti legami con il regime, appare semplicatorio non assumersi il diretto impegno di lettura di opere che mostrano elementi di discontinuità e, comunque, di indipendenza intellettuale, anche, ad esempio, nei contributi alle elaborazioni concettuali di uno Stato che vuole intendersi 'corporativo'.

Si introduce così ai temi della 'continuità' e della 'trasformazione' all'interno del dibattito giuridico e giusfilosofico, che giustifica una ripresa della riflessione sulla storia di un periodo che, come afferma Paolo Grossi, soltanto per un analista superficiale può essere identificato con il regime fascista e pertanto condannato ad un esilio fatto di dispregio o, ad andar meglio, di silenzio.

È oltre questo silenzio che, attraverso il Convegno e la pubblicazione dei suoi *Atti*, vuole orientarsi la discussione, avendo presente la realtà giuridica che, appena fuori di quegli anni, diede vita alla Costituzione repubblicana. In effetti, non potendosi ritenere che la Carta Costituzionale sia un frutto maturato nel nulla, occorre illuminare gli elementi

che hanno portato ad una elaborazione di principi giuridici così mirabile, certo essenzialmente presenti anche nelle opere degli Autori cui hanno dedicato attenzione i relatori.

In questa prospettiva, risultano essenziali l'opera di Giacomo Periccone, attento alla dimensione storica degli istituti giuridici, pensati come forme non scisse dai contesti in cui hanno avuto la loro genesi, ma anche l'impegno di Widar Cesarini Sforza nel ristabilire il contatto tra l'astrattezza normativa e la socialità temporalmente situata, nonché il concetto di universale concreto da applicare al diritto elaborato da Felice Battaglia.

Anche il tema della certezza giuridica, alla cui analisi, in quegli anni, Flavio Lopez de Oñate dedica riflessioni ormai classiche, deve essere letto, non tanto nel senso di una staticità delle forme giuridiche, ma in quello di costituire una garanzia alla libertà dei rapporti coesistenziali, intesa come compito e ricerca di formazione identitaria, nel risultare un efficace limite all'ingerenza altrui, in particolare di uno Stato che si concepisca non quale espressione socialmente organizzata di una dinamica realtà comunitaria, bensì come totalitario.

Se è vero che, come afferma Pietro Costa, il totalitarismo è una categoria con la quale deve fare i conti chiunque si occupi di storia del Novecento, in tale contesto va ricordata ancora la figura di Giuseppe Capograssi; come osserva Enrico Opocher, Capograssi ha elaborato il suo pensiero prevalentemente tra le due guerre mondiali in concomitanza con l'avvento del totalitarismo. La crisi del pensiero dominante, in particolare del neoidealismo, del resto, solleciterà presto il pensiero filosofico ad intraprendere una riflessione sul diritto più attenta alle questioni concrete dell'esistenza, una 'filosofia dell'esperienza giuridica', che si incarica di interrogarsi sui modi di una giustizia storicamente situata, non assoluta, certo, ma da reperire nella realtà dei rapporti interpersonali. Si assiste, pertanto, ad un superamento di una presunta oggettività giuridica, espressione di una volontà assoluta e quindi impersonale, dove in fondo, con parole di Guido Fassò, i diritti dell'individuo non sono che riflesso dei diritti dello Stato.

Questi esiti della riflessione giusfilosofica maturata alla 'Sapienza' tra le due Guerre – qui appenna accennati ma svolti con intensità nelle relazioni del Convegno, con attenzione anche a figure come Santi Romano, Arturo Carlo Jemolo, Emilio Betti – sembrano ancora non aver esaurito la loro attualità, sollecitando a pensare come nessuna speculazione sul diritto possa essere scissa dalla realtà esistenziale delle donne

e degli uomini, che si svolge in una relazionalità costitutiva, alimentata al desiderio non comprimibile di giustizia.

Oltre che per i Relatori e per quanti hanno preso parte alle due giornate del Convegno, un sentimento di gratitudine è per gli studiosi del Comitato scientifico ed in particolare per Bruno Romano che lo ha presieduto. Si deve poi riconoscenza a Luisa Avitabile e a Pio Marconi che, con il generoso impegno profuso, hanno reso possibili questi nostri lavori e la loro pubblicazione.

Il Convegno si colloca nell'ambito delle Iniziative Universitarie finanziate da Sapienza - Progetti di Ateneo Congressi e Convegni - anno 2014.

Il volume è pubblicato con il contributo dell'Istituto di Filosofia del diritto di Sapienza Università di Roma.

Per la lettura e la correzione si ringraziano Valerio De Felice, Marialuisa Innocenzi, Beatrice Leucadito, Gilda Losito, Davide Nardi, Luca Orsogna, Ciro Palumbo, Giovanna Petrocco, Antonio Siniscalchi, Raffaele Traettino.

Gianpaolo Bartoli

INTRODUZIONE AI LAVORI

1. Relazione introduttiva

Cesare Imbriani*

Vi ringrazio. Vorrei dire alcune cose innanzitutto in relazione allo spirito e alla grande tradizione dell'Istituto di Filosofia del diritto per la significativa presenza culturale costante. Personalmente, seppur *in limine*, tante volte mi sono occupato di problemi attinenti ai temi della storiografia e anche della filosofia. La mia origine napoletana mi ha indotto in queste digressioni. Quando ho dovuto pensare ad un titolo per la mia relazione ne ho pensato uno un po' incosciente, perché corrisponde sicuramente a quel che mi attiene in termini di ricerca. Il titolo è: *I diritti umani nel pensiero economico-sociale e normativo*, partendo da alcune riflessioni di sintesi nel confronto tra Croce e Del Vecchio.

Ad oggi lo avrei invertito probabilmente. Lo dico perché qualche anno fa mi capitò, prima di ricevere il testo "Diritto ed Economia" di Del Vecchio, di incontrare, per la verità, all'inizio, la critica di Croce a Del Vecchio, e poi la critica di Del Vecchio a Croce. È un momento interessante da un punto di vista intellettuale, però spiacevole da ogni punto di vista personale perché i due signori se le danno di santa ragione.

Da parte mia, ho intrapreso, da un po' di tempo, un discorso che riguarda il collegamento tra i grandi problemi della storia del pensiero economico e i diritti dell'uomo. In questo sono stato, non so se facilitato, o in una qualche maniera, colpito sulla via di Damasco, da una mia esperienza di tantissimi anni fa – relativa al mondo anglosassone – in cui entrai in contatto con Hume, con il suo *Trattato sulla natura umana*. Per me fu una grande scoperta che, in una qualche maniera, mi fece

* Direttore del Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici, 'Sapienza' Università di Roma.

ricollocare la logica dell'Illuminismo e anche, se mi consentite, la storia dei diritti dell'uomo che ci raccontiamo nel mondo continentale, in maniera differente da come si presenta nel mondo *british*.

Parlerò proprio di questo. Sono questioni essenziali, a mio avviso, perché rappresentano il fondamento del nostro operare democratico. Tuttavia avrei deciso, con la professoressa Avitabile, di farlo successivamente ad altri interventi – ed in particolar modo successivamente all'intervento della professoressa Avitabile: *Giorgio Del Vecchio, filosofo del diritto* – che logicamente devono precedere quell'accenno che farò io al discorso Del Vecchio-Croce.

Quindi, per ora l'auspicio è che questa Giornata di Studi, così come quella di domani, siano fondanti in termini culturali, come quelle che tante volte l'Istituto di Filosofia del diritto ha regalato alla nostra istituzione.

2. Teorie giuridiche e codificazione penale

Giorgio Spangher*

Siamo qui per una Giornata di Studio, una giornata di riflessione. Purtroppo il Professore Bruno Romano oggi non può essere qui con noi. A lui va un pensiero affettuoso anche per il riconoscimento della sua statura di Maestro che ha insegnato in questa Facoltà dal 1981, periodo significativo in cui è stato presente, segnando la storia della Facoltà e la storia della Filosofia del diritto.

È una giornata molto particolare, una giornata di riflessione su noi stessi e sulla nostra storia.

Devo dire che dobbiamo cercare di evitare di guardare troppo indietro; dobbiamo farlo solo per guardare avanti. Questo credo sia il senso del messaggio di queste giornate, che non devono servire solo a rispolverare i gioielli di famiglia, ma ad aiutarci a costruire un futuro che sia alla stessa altezza di quello che abbiamo costruito nel passato.

Ogni Preside, in questo caso, sarebbe inadeguato, se non per portare soltanto un saluto. Io, come processualpenalista, sono ulteriormente inadeguato a confrontarmi con la Filosofia del diritto e con queste tematiche.

Non è vero che i professori hanno conoscenza di ogni settore scientifico. Ognuno conosce abbastanza bene, se la conosce, la sua materia. Dico abbastanza bene e lo dico con onestà. Quello di oggi è un tema divenuto complesso, divenuto difficile; non è più come una volta. Quindi unisco le due funzioni.

Oggi dovevo anche fare un intervento e naturalmente ho cercato – mi sono stati forniti in realtà, perché non avrei saputo forse trovarli – due contributi particolarmente interessanti tratti dalla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* diretta da Giorgio Del Vecchio.

* Preside della Facoltà di Giurisprudenza, 'Sapienza' Università di Roma.

Io mi occupo di procedura penale, quindi i due contributi attengono al nuovo codice. Di questi, uno è sottoscritto da Enrico Ferri, dell'Università 'La Sapienza' di Roma; l'altro è sottoscritto da Filippo Grispi-gni, per l'Università di Milano.

Questi contributi sono interessanti perché, da un lato, la 'Sapienza' istituì una commissione composta da Ferri, Ascoli, Ruggero e Longhi per dare un parere sul nuovo codice penale che si stava per introdurre e che fu introdotto nel 1930, mentre, dall'altro lato, Filippo Grispi-gni ebbe uguale incarico presso l'Università di Milano, ma fornì il parere lavorando da solo.

È interessante notare che sono due pareri completamente differenti, nel senso che mentre il parere della 'Sapienza' è orientato in termini ideologici – per ideologici intendo dire di supporto a quella che era l'ideologia dell'epoca – il parere di Grispi-gni è un parere molto tecnico sul codice. Quest'ultimo non si occupa di avvalorare il senso culturale della riforma che si va introducendo.

Il parere della 'Sapienza', diciamo le cose per quello che sono, – non facciamo un processo a nessuno, non criticiamo nessuno, leggiamo le carte e vediamo cosa c'è scritto – è tutto orientato nel riconoscere il valore di supporto alla nuova ideologia che si sta affermando, con una motivazione precisa: «si tratta di fare un codice in linea con le scelte del sistema che si sta affermando». Ed è in realtà ciò che avvenne, perché nel '30 ci furono il codice penale ed il codice di procedura penale, nel '42 il codice civile e quello di procedura civile, nonché la legge di riforma dell'ordinamento giudiziario, nel '34 la riforma del processo minorile. Quello che si diceva o si cercava di affermare è che, se c'era un contesto politico che si affermava in quel momento, questo doveva anche tradursi in sistema, cioè doveva realizzare un sistema normativo.

E si ribadisce anche, tra parentesi, dicendo la stessa cosa: «Più particolarmente poi, questo progetto risponde alla necessità, per ogni rivolgimento politico, di difendere e rafforzare il nuovo ordine sociale». Questo è il parere. Onde è che il parere – come in analoghe condizioni storiche nel Codice Napoleone del 1810, successivo alla rivoluzione francese, e all'affermazione dei suoi principi di maggiore libertà e garanzia del sistema processuale, e nel codice penale della Russia, che conteneva un generale aggravamento di penalità e anche di stabilimento della pena di morte – sostanzialmente condivide la scelta culturale del regime.

Grispigni invece si muove su un piano profondamente diverso. Critica, cioè analizza, soltanto i profili tecnici; non si occupa di dare un riconoscimento o di collocare la riforma nella logica del momento storico nel quale stava vivendo. Che cosa emerge contenutisticamente? L'affermazione dello Stato rispetto all'individuo. Questa è la scelta di fondo.

Quando spiego agli studenti il codice di procedura penale dico sempre una cosa: il codice di procedura penale del 1930 iniziava con l'azione penale, cioè col potere punitivo dello Stato; il codice di procedura penale del 1988 inizia con la giurisdizione. Ed è chiaro il motivo per cui inizia con la giurisdizione: perché il pubblico ministero diventa una parte. Non è più l'attore, il titolare della pretesa punitiva dello Stato.

Ma non c'è solo questo, perché, ripeto, le norme di un codice e le norme in generale non vivono fuori dalla realtà. Sono figlie delle scelte politiche e culturali di un paese. Ad esempio, torno al processo penale, la legislazione dell'emergenza è figlia del periodo del terrorismo, cioè è il modo in cui il sistema reagisce al pericolo di aggressione alla sicurezza dello Stato. La legislazione della sicurezza dal 2000 in poi, i pacchetti sicurezza, sono figli delle scelte politiche, dello spostamento politico a destra o a sinistra a seconda dei casi.

Non sono cose disarticolate. Non si può pensare che tutto questo sia avulso dal contesto. Tutto questo sta dentro il sistema.

Non ci rendiamo conto, ma quando andiamo a fare le nostre scelte politiche scegliamo anche in tema di giustizia. Scegliamo il modello di giustizia che vogliamo: più autoritario, meno autoritario, più repressivo, meno repressivo.

Se il paese sente esigenze di sicurezza chiederà alla classe politica di avere delle riforme in senso securitario. Se il momento è molto più tranquillo si potranno avere delle scelte di natura diversa.

E quali sono le scelte che sostanzialmente vengono condivise nell'ambito del codice penale del 1930 dalla commissione Ferri? Innanzitutto l'inasprimento delle pene. Si dice che le pene erano troppo lievi. Come sapete si attuò quella forbice molto ampia che fece in modo di avere, da una parte, pene molto alte, e dall'altra, pene molto lievi. La forbice era veramente molto ampia, consentendo al giudice – ed è la critica di Grispigni – ampi poteri discrezionali.

Quindi, Grispigni è in qualche modo più garantista di quanto non sia la commissione Ferri. Non ne conosco le ragioni ma, evidentemente, culturalmente aveva molta più capacità critica in quel contesto politico.

Entrambe le commissioni valorizzano, di questa riforma del codice, un aspetto: l'istituzione delle misure di sicurezza che sono il frutto della personalizzazione, ovvero della nuova scelta di personalizzare la sanzione.

Il soggetto va valutato nella sua personalità. E naturalmente le misure di sicurezza hanno anche una funzione rieducativa, una funzione di recupero. E questo viene valutato positivamente anche se Grispigni ha un atteggiamento critico, nel senso che l'abbinamento pene-misure di sicurezza rischiava di raddoppiare la sanzione poiché poteva comminarsi la pena e la misura di sicurezza, e, una volta espiata la pena, il soggetto poteva non essere più socialmente pericoloso.

Ed è questo aspetto delle misure di sicurezza nei confronti dei soggetti socialmente pericolosi che viene condiviso per non dare una pena ma una misura di recupero. Tra parentesi, paradossalmente, proprio in quel periodo si introduce il perdono giudiziale per i minorenni, il quale strida con quel sistema giudiziario. Cioè il regime, chiamiamolo per quello che è – non si può usare espressione diversa – introdusse questo strumento del perdono giudiziale nei confronti dei minori, che in sostanza era in consonanza, insieme ad altri elementi, con la necessità che il giudice valutasse la personalità del minore, la capacità di intendere e di volere. Per un altro verso si introducevano le recidive, nonché l'abitualità e quant'altro per gli adulti.

Grispigni nota però che questo fenomeno di innalzamento delle pene è particolarmente grave, perché permette di dare delle sanzioni assolutamente sproporzionate. Sproporzionate anche perché, lo ripeto, il giudice è molto arbitro della determinazione della pena. Ci sono grandi poteri del giudice. Ed è logico che ci sono grandi poteri del giudice. Un sistema autoritario non può agire diversamente. È chiaro che invece, in un sistema di legalità, il giudice ha dei limiti ben fissati dalla legge stessa. Se la legge non impone dei limiti il giudice è sufficientemente arbitro.

E qui c'è il grosso problema tra il libero convincimento del giudice e la subordinazione della legge.

Ripeto, i due pareri sono interessanti, anche perché si dilungano in ampie descrizioni di natura tecnica. Quella di Grispigni molto di più, ma tutto sommato entrambe avviano una elaborazione complessa.

Queste erano le annotazioni dei pareri. Ciò che mi interessa sottolineare è questo aspetto di coassialità che la commissione della 'Sapienza' fa emergere tra sistema politico e sistema della giustizia.

Cioè l'esigenza che il sistema della giustizia sia coassiale al sistema politico, attui cioè il sistema politico.

È noto che rispetto al codice del 1913 di procedura penale considerato liberale, il codice del 1930 è sicuramente un codice di regime.

Fu essenziale l'intervento non tanto della Carta Costituzionale quanto quello della Corte Costituzionale a bonificare il codice. Fu necessario un periodo di grande tranquillità per introdurre il codice Vassalli del 1988. Ma fu poi con l'inasprimento determinato dagli orientamenti culturali che emerse chiaramente il fatto che cultura e processo marciano insieme, democrazia e sistema processuale marciano insieme.

Sistema giudiziario e sistema politico sono coassiali. Vi dirò di più. Democrazia e processo, democrazia e sistema delle sanzioni penali, sono coassiali.

Quando i paesi dell'Est sono entrati in Europa hanno dovuto cambiare il sistema penale. La caduta del regime in Albania, ha determinato un progetto europeo di modifica del sistema giudiziario processuale di cui l'Italia si è fatta portatrice.

I SESSIONE

3. Giorgio Del Vecchio, filosofo del diritto tra le due Guerre

Luisa Avitabile*

3.1.

Giorgio Del Vecchio rimarrà legato sempre alla città di Bologna (26 agosto 1878), sino alla morte avvenuta nel 1970, occupandosi da ultimo anche della storia locale. Il successivo trasferimento a Genova del padre – docente di statistica –, lo porta a laurearsi e a vivere in questa città, dove nel 1902 pubblica su *Il Convito* e sulla *Rivista ligure di scienze lettere ed arti*. Nello stesso periodo si dedica a due saggi scientifici, uno “L’evoluzione della ospitalità”, apparso sulla *Rivista italiana di sociologia*, e l’altro, “Il sentimento giuridico”, sulla *Rivista italiana per le scienze giuridiche*. Insegna Filosofia del diritto nel 1903 presso l’Università di Ferrara e pubblica *Le dichiarazioni dei diritti dell’uomo e del cittadino nella rivoluzione francese*¹. Nel frattempo avvia alcune delle relazioni

* Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici, Sapienza Università di Roma.

¹ Del Vecchio, *La dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino nella rivoluzione francese*. Tra le sue opere: *Il sentimento giuridico*, 1902; “L’etica evolucionista,” 1902; *La dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino nella rivoluzione francese*, 1903; *Diritto e personalità umana*, 1904; *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, 1905; *Su la teoria del contratto sociale*, 1906; *Il concetto del diritto*, 1906; *Il concetto della natura e il principio del diritto*, 1908; *Sull’idea di una scienza del diritto universale comparato*, 1908; *Il fenomeno della guerra e l’idea della pace*, 1909; *Sulla positività come carattere del diritto*, 1911; *Sui principi generali del diritto*, 1921; “Sulla statualità del diritto,” 1929; “Stato e società degli Stati,” 1932; *La crisi della scienza del diritto*, 1933; “La crisi dello Stato,” 1933; “Il problema delle fonti del diritto positivo,” 1934; “Individuo, Stato e corporazione,” 1934; “Etica, diritto e Stato,” 1934; “Diritto ed economia,” 1935; “L’*homo juridicus* e l’insufficienza del diritto come regola della vita,” 1936; “Sulla involuzione nel diritto,” 1938; *Sul fondamento della giustizia penale*, 1945; *Verità e inganno nella morale e nel diritto*, 1945; *Dispute e conclusioni sul diritto naturale*, 1948.

internazionali che caratterizzeranno la sua attività scientifica, frequentando l'Università di Berlino, dove conosce Lasson, Kohler e Paulsen².

Nel 1906 viene chiamato presso l'Università di Sassari e successivamente, nel 1909, in quella di Messina; diventato ordinario, si trasferisce dall'Università di Messina a quella di Bologna e nel 1920 a quella di Roma.

Nel 1905 scrive *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, nel 1906 *Il concetto del diritto* e nel 1908 *Il concetto della natura e il principio del diritto*, raccolte successivamente nell'opera *Presupposti, concetto e principio del diritto* denominata anche *Trilogia* nel 1959, apparsa in America già nel 1914 con il titolo unitario *The formal bases of law*, presso la Boston Book Company e inserita nel 1921 nella *The modern legal philosophy series*.

Presupposti, concetto e principio del diritto sembrerebbe rappresentare il pensiero filosofico-giuridico di Del Vecchio, in esso definisce il diritto come «la coordinazione obiettiva delle azioni possibili tra più soggetti, secondo un principio etico che le determina, escludendone l'impedimento». Gli studi su Kant e le riflessioni in un orizzonte di proiezione universale lo portano ad approfondire e ad avvicinare i neokantiani³, che in Italia vede studiosi come Petrone, Bartolomei e Ravà⁴.

Il suo lavoro, in realtà, si muove tra idealità e prassi del diritto, nella ricerca costante di un'armonia che chiarifichi le distonie; l'ispirazione a Kant lo fa certo assimilare alla Scuola di Marburgo, mentre l'attenzione all'idealismo tedesco, lo porta a criticare, in modo metodico, sia il positivismo filosofico che quello giuridico. Per queste sue convinzioni viene invitato a scrivere nel 1911, su *La Critica* diretta da Benedetto Croce, – che disapproverà in seguito alcune posizioni di Del Vecchio – il lavoro "La comunicabilità del diritto e le idee del Vico".

Accanto all'attività di studioso di Filosofia del diritto emerge quella di studioso di filosofia politica e di osservatore della realtà del tempo come pubblicista⁵.

² Orecchia, *Bibliografia di Giorgio Del Vecchio*, 11.

³ «Il diritto è l'insieme delle condizioni, per le quali l'arbitrio di ognuno può accordarsi con l'arbitrio degli altri secondo una legge universale di libertà», Kant, *La metafisica dei costumi*, 34-35.

⁴ Perticone, "Ricordo di Giorgio Del Vecchio (1878-1970)," 3.

⁵ Nel 1912, sul *Giornale d'Italia*, scrive un articolo sulla guerra libica, dal titolo "La bontà della guerra"; nel 1913 appare su *L'Idea nazionale* – giornale del movimento nazionalista – un articolo "Sulla massoneria" e due anni dopo, nel 1915, "Le ragioni morali della nostra guerra".

Nel 1925 viene nominato rettore dell'Università di Roma e al termine del biennio cura il volume *L'università di Roma*⁶. Sotto il profilo speculativo, la discussione sui temi della giustizia si approfondisce, sino a concretizzarsi in un lavoro dal titolo *La Giustizia*, nato originariamente come testo per l'inaugurazione dell'anno accademico dell'Università di Roma, ma successivamente presentato in una progressiva riflessione dapprima nell'*Annuario* dell'Università (anno accademico 1922-23) e poi, arricchito di ulteriori e più significative questioni, sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* e, nel 1924, come lavoro autonomo, ristampato nel 1946 e nel 1959 e tradotto in diverse lingue⁷.

Per Del Vecchio alla base della giustizia vi è «il riconoscimento eguale 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», coadiuvato da «un originario diritto alla solitudine»⁸, che sottolinea, proprio a partire da quegli anni, la discussione sul diritto alla riservatezza trattato anche in “Diritto, società e solitudine”, nel 1957, sulla rivista *Filosofia*.

Nel 1920-21, anno di inizio del suo insegnamento a Roma, pubblica le *Lezioni di filosofia del diritto*, dapprima come dispense, poi in una stampa (1930) ampliata con i successivi ripensamenti e tradotta in varie lingue, compreso il giapponese⁹.

Sempre del 1921 è la direzione dell'Archivio giuridico che restaura completamente dopo dieci anni di interruzione; fonda la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, diffusa in Italia e all'estero, con una

⁶ Del Vecchio, *L'università di Roma*. Tra le sue attività emergono l'organizzazione del problema edilizio, l'istituzione di una mensa per gli studenti, la gestione rigorosa della contabilità che gli permette di chiudere il bilancio in positivo. Negli anni in cui presta il suo servizio nell'Università di Roma, marca fortemente l'itinerario didattico e organizzativo, sino a fare della Filosofia del diritto un punto di riferimento per gli studiosi stranieri.

⁷ Idem, *La giustizia*, 1924.

⁸ Ibid. (edizione del 1959), 125.

⁹ Orecchia, *Bibliografia di Giorgio Del Vecchio*, 36-48. Alcune opere di Del Vecchio hanno trovato traduzione in francese, spagnolo, portoghese, romeno, tedesco, inglese, olandese, danese, svedese, greco, ungherese, russo, polacco, ceco, serbo, bulgaro e turco.

profonda e significativa apertura a tutte le posizioni¹⁰. Tra i suoi allievi e collaboratori di questi anni Guido Gonella e Giuseppe Capograssi¹¹.

Nel 1933 fonda l'Istituto di Filosofia del diritto; nel 1936 la Società italiana di Filosofia del diritto che presiederà fino al 1938 e successivamente dal 1953.

3.2.

La storia della Filosofia del diritto della 'Sapienza' è un intersecarsi continuo tra l'Istituto di Filosofia del diritto, la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* e la Società italiana di Filosofia del diritto, ascrivibile, come si vede, alla personalità scientifica di Giorgio Del Vecchio a Roma dal 1920 al 1953. La *Rivista* è, allo stesso, tempo organo ufficiale della *Società italiana di Filosofia del diritto*, dell'Istituto di Filosofia del diritto, della *Società filosofica italiana*, denominata successivamente Istituto di Studi filosofici e dell'*Institut international de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*. Nei primi anni della sua fondazione, collaborano Widar Cesarini Sforza, libero docente all'Università di Bologna, Antonio Pagano, libero docente presso l'Università di Roma e Roberto Vacca, un avvocato genovese.

¹⁰ Dal 1921 al 1953 numerosi gli studiosi italiani che collaborano e scrivono sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, tra gli altri: L. Bagolini, A. Banfi, E. Betti, A. E. Cammarata, F. Grispiigni, intensa la presenza di F. Battaglia. Presenti anche G. Maggiore, A. Groppali, P. De Francisci, V. Miceli, S. Panunzio, O. Condorelli, B. Brugi, P. Bonfante, G. Della Volpe, G. Solari, A. Levi, M. Radin, P. Gentile, G. Capograssi, G. Mazzarella, E. Paresce, C. Gray, A. Ravà, C. Curcio, G. Peticone, U. Redanò, R. Mondolfo, B. Petrone, D. Rende, R. De Mattei, W. Cesarini Sforza, B. Brunello, S. Pugliatti, S. Aquilanti, M. Einaudi, A. Rocco, G. Gonella. R. Treves, G. Santonastaso; Emilia Nobile, A. Pastore, A. Banfi, C. Esposito, W. Prosperetti, V. Crisafulli, A. De Cupis, N. Bobbio, D. Rende, V. Viglietti, G. Quadri, T. Carnacini, L. Limentani, G. Calogero, A. Giannini, A. Testa, W. Cesarini Sforza, B. Leoni, G. Mazzarella, E. Opocher, S. Satta, F. Costa, A. Tilgher, A. Plachy, V. E. Orlando, F. Carnelutti, D. Del Bo, G. Fassò, R. Orecchia, E. Betti, A. Testa, G. Quadri, G. Nocera, C. Goretta, R. Treves, L. Bagolini, E. Vidal, A. Gambino, N. Ciarletta, C. A. Jemolo, P. Piovani, P. L. Zampetti, V. Frosini, S. Cotta, A. Pastore, G. Ambrosetti, V. Palazzolo, A. Frati, G. A. Roggerone. Si segnalano i lavori di alcuni di loro: Cammarata, "Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia," 234; Bagolini, "Aspetti della critica dei valori etico-giuridici nel pensiero contemporaneo," 235; Banfi, "Il problema epistemologico nella filosofia del diritto e le teorie neokantiane," 194; Betti, "Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann," 49; Grispiigni, "Parere sul progetto preliminare di un nuovo Codice penale italiano," 225.

¹¹ Gonella sarà suo padrino di battesimo e lo introdurrà al cattolicesimo, nel periodo di maggiore sofferenza, dovuta alla persecuzione per gli effetti delle leggi razziali, gli è vicino anche Rinaldo Orecchia presente attivamente nella *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*.

Del Vecchio rende l'Istituto di Filosofia del diritto di Roma 'Sapienza' – fondato nel 1933¹² –, attraverso la *Rivista*, il centro propulsivo e accogliente della riflessione giuridica europea, nordamericana, sudamericana e in parte asiatica. È sufficiente ricordare, tra gli altri, l'intenso scambio epistolare con E. Beling, G. Bettiol, M. Blondel, W. Bloch, P. Calamandrei, G. Calogero, V. Crisafulli, A. G. Carlyle, P. A. d'Avack, F. Dermstaedter, D. Del Bò, A. J. de Brito, L. M. Della Fuente, A. Del Noce, A. De Viti De Marco, G. Della Volpe, E. Ehrlich, L. Einaudi, C.A. Emge, G. Fassò, E. Fechner, E. Ferri, F. Fuchs, S. Galgano, A. Garrone, A. Gemelli, G. Gifuni, P. Guggenheim, J. P. Herzok, L. Jossierand, H. Kelsen, P. Klein, G. Leibholz, A. Olivetti, M. Ortega y Gasset, C. MacLellan, R. MacMillan, W. Maihofer, G. Majorana, G. Malagodi, E. Modigliani, C. Mortati, S. Palazzolo, G. Radbruch, S. Satta, F. Wiacker, H. Wright, J. Wroblewski, Th. Wurttemberg, ed altri esponenti della cultura francese, nord e sud americana, asiatica e araba che progressivamente apportano il loro contributo alla *Rivista*.

«L'opportunità di una pubblicazione periodica dedicata agli studi filosofici sul diritto e alle dottrine giuridiche, sociali e politiche in generale, è così manifesta, che una dimostrazione giustificativa ne sarebbe superflua», apre con queste parole il primo numero della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*. Non sente di giustificare le motivazioni della genesi di una pubblicazione internazionale che si occupi di questioni giuridiche, sarebbe vano, anzi occasione di superflua meraviglia; propone una germinazione di collaborazioni progressive, in grado di costruire un tessuto polifonico di orientamenti: «vorremmo che questa rivista fosse il punto di incontro di filosofi e giuristi, i quali troppo spesso si ignorano e quasi ostentano una reciproca incomprensione, mentre grande sarebbe da ambo le parti il vantaggio se, abbandonando vieti abiti mentali e diffidenze ingiustificate, si stabilisse tra gli uni e gli altri una certa comunione di lavoro e un attivo scambio d'idee, per ciò che concerne la vita del diritto e i suoi problemi fondamentali». Si innesta qui la concretizzazione di un dialogo tra studiosi di discipline diverse per giungere ad una convergenza sugli *a priori* fondanti.

Non ha peraltro remore Del Vecchio nel sottolineare l'incomprensione tra filosofi e giuristi, auspicando circostanze scientifiche che portino ad una maggiore comunione di prospettive.

¹² Successivamente l'Istituto di Filosofia del diritto è stato diretto da Sergio Cotta. Si ricordano due suoi lavori, riediti dall'Istituto nel 2014: *Prospettive di filosofia del diritto; Itinerari esistenziali del diritto*.

Il che non significa abbandono del proprio orizzonte di studio, ma acquisizione della 'nota comune', che «la coscienza umana non è, rispetto al diritto, solamente recettiva o passiva, ma anche, ed in primo luogo, autrice giudicatrice; di guisa che la nostra attività intorno al diritto non può limitarsi ad una raccolta amorfa di dati estrinseci, o a una ruminazione sterile dei digesti e delle leggi vigenti». È amareggiato dal dover costatare che, a causa della prima guerra mondiale, si è differito l'inizio della pubblicazione che, però porta all'attenzione nuovi problemi del diritto, finalizzati ad un'opera di ricostruzione della vita civile. Dopo una guerra «non solo di armi ma anche di idee», i filosofi e i giuristi hanno il dovere di concretizzare un luogo di discussione, a partire da orientamenti plurimi comprensivi anche delle questioni legate alla differenza tra 'giusto per natura' e 'giusto per legge'¹³.

Nel seguire il suo progetto di un'architettura ampia di riflessione, nel primo numero Del Vecchio accoglie contributi di studiosi delle Università di Parigi, di Chicago e Sofia. Nei numeri successivi riflette, con un primo articolo, sulle moderne concezioni del diritto, ricomponendo la tematizzazione in capo al rapporto tra filosofi e giuristi. Nell'intera annata del 1922 si conferma l'internazionalizzazione del luogo dal quale la *Rivista* promana: R. Pound (dell'Università di Harvard), J. Kal-lab (dell'Università di Brno) sono solo alcuni studiosi che offrono il loro contributo con una riflessione rispettivamente su *La filosofia nel diritto costituzionale americano* e *L'oggetto della scienza giuridica*. Tra gli apporti degli italiani emergono A.E. Cammarata e G. Perticone¹⁴. Del Vecchio scriverà nel 1923 tre contributi che rappresentano la tripartizione essenziale delle riflessioni che confluiranno nell'opera principale *La giustizia*¹⁵.

Tra gli ospiti della *Rivista* non mancano giuristi positivi, in particolare si segnala un primo contributo di Francesco Carnelutti dal titolo "I giuristi e la filosofia":

La filosofia non è, secondo che io penso, un campo; è un'altitudine del sapere. Non vi è una superficie, ma un punto filosofico ... Ma la rifrazione filosofica del diritto non si ottiene soltanto col diritto. Non si trova il valore universale di un fenomeno considerandolo da solo.

¹³ Del Vecchio, "Programma," 1-4.

¹⁴ Ibid. Di Giacomo Perticone è apparso nel 2012 *Lezioni di filosofia del diritto*.

¹⁵ Del Vecchio, "La giustizia," 143 ss., 229 ss. e 418 ss.

Chi opera esclusivamente col diritto può giungere tutt'al più alla teoria generale: non un centimetro al di là. Per salire alla filosofia del diritto bisogna varcare il confine del diritto. Questo vuol dire che il diritto concorre a formare la filosofia insieme con tutti gli altri fenomeni e in questa valutazione filosofica perde la sua individualità¹⁶.

La *Rivista* prosegue il suo corso per approdare al 1924, anno in cui nel primo fascicolo oltre a articoli di F. Battaglia e F. Orestano emergono contributi di E. Beling, J. Binder e H. Kelsen. Nel 1926, sempre sotto la direzione di Giorgio Del Vecchio, con la collaborazione di Antonio Pagano, consigliere di Corte d'appello e Arrigo Salone, Avvocato in Egitto, precisamente ad Alessandria, appaiono studi di Henry Levy-Bruhl, Pietro Bonfante e Rodolfo di Mattei. Tra le sue pagine trovano, negli anni e ripetutamente, ospitalità numerosi studiosi stranieri, come A. Andréadès, A. Baumgarten, E. Beling, J. Perez Beneyto, J. Binder, A.H. Campbell, A. J. Carlyle, F. Darmstaedter, L. Dikoff, W. Eckstein, W. Fuchs, V. Ganef, R. Honig, H. Kelsen, A. Kocourek, G. Leibholz, H. v. Leisen, H. Levy-Bruhl, R. Pound, G. Radbruch, L. Siches Recaséns, G. Renard, K. Tanaka, M. Radin,; E. Luño Peña, E. Galan y Gutierrez; J. Xavier, J. Sedlacek, W. Sauer, G. Cassimatis, S. Rundstein, A. Nicolaeff, J. Lanvias de Azevedo, M. Djuvara, F. Weyr, , G. Renard, A. Pereitatkowicz, G. Leibholz, L. Bladikin, A. Radulescu, C. Buddeberg, F. Lopez de Oñate, G. Moor, C. A. Emge, Z. Torbow, J. P. Galvao de Souza, J. Beneyto Perez, P. Dourado Desmau, F. E. Detejada, R. E. Ascalion, R. Pound, V. Leontovitsch, A. Quintano Ripolles, M. Reale, E. Jarra, L. Legaz y Lacambra, M. Avelino Quintas¹⁷.

¹⁶ Carnelutti, "I giuristi e la filosofia," 186.

¹⁷ Si segnalano gli scritti di Andréadès, "Tipi di politica finanziaria nell'antichità greca," 237; Baumgarten, "Il rapporto del diritto con la morale," 115; Beling, "Il soggetto dell'ordinamento giuridico," 26; Perez Beneyto, "La reazione di Vives di fronte al suo mondo," 481; Binder, "Stato e società nella moderna Filosofia politica," 205; Campbell, "Diritto internazionale e teoria generale del diritto," 188; Carlyle, "Alcuni aspetti della teoria della fonte e dell'autorità della legge nei civilisti e canonisti del quindicesimo secolo," 657; Darmstaedter, "L'esperienza statutale in Fichte e Hegel," 157; Idem, "La promessa e il comando come essenza del diritto," 141; Dikoff, "Il diritto civile dell'avvenire," 153; Eckstein, "Contributi alla teoria del contratto sociale," 477; Fuchs, "Descrizione e spiegazione nella scienza sistematica del diritto," 398; Ganef, "La realtà giuridica secondo gli autori russi," 37 che scriverà anche nel 1922, 205; Honig, "I principi giusnaturalistici dei Sofisti," 577; Kelsen, "Diritto pubblico e privato," 340; Kocourek, "Natura e specie dei rapporti giuridici," 21; Leibholz, "La formazione dei concetti nel diritto pubblico," 269; Leisen, "Montesquieu e le leggi fondamentali," 402; Lévy-Bruhl, "Gli effetti degli atti nulli," 177; Pound, "La Filosofia nel diritto costituzionale americano," 1; Radbruch,

Dall'anno della sua fondazione la Sezione della *Rivista* dedicata a *Note e discussioni* presenta una varietà di orientamenti, dalla nascita fino al secondo dopoguerra, vi scrivono, tra gli altri, G. Ambrosetti, F. Asturi, L. Bagolini, F. Battaglia, J. Binder, N. Bobbio, G. Capograssi, F. Carnelutti, N. Ciarletta, M.S. Giannini, F. Grispigni e A. Groppali, T. Labriola, B. Leoni, A. Levi, E. Opocher, S. Panunzio, E. Paresce, A. Passerin D'Entrèves, G. Perticone, P. Piovani, S. Pugliatti, A. Ravà, R. Treves¹⁸.

Diventano ricorrenti le rubriche per le notizie dell'attivazione di istituti, di fondazioni, dello svolgimento di congressi, di riunioni della Società italiana di Filosofia del diritto, della nascita di riviste, di celebrazioni, di seminari di studio, conferenze, progetti di leggi, di codici, riforme, archivi, risorse per l'università, lavori di accademie, discorsi di personaggi illustri e di uomini delle istituzioni, pubblicazioni.

Un interessante passaggio è la sezione *Sunti delle riviste* che denota i rapporti della *Rivista* con altre prestigiose Riviste internazionali e la reciprocità degli impegni¹⁹.

"Psicologia del sentimento giuridico dei popoli," 241; Recaséns Siches, "Il concetto di diritto subiettivo innanzi alla filosofia giuridica," 473; Renard, "Il diritto, la scienza e l'arte," 153; Tanaka, "Il diritto e la tecnica," 343.

¹⁸ Al magistero di Treves si è formato, frequentando l'Istituto di Filosofia del diritto diretto da Sergio Cotta, Pio Marconi che, emerito di Sociologia del diritto, ha svolto numerosi incarichi istituzionali. Autore, tra l'altro, di *Spazio e sicurezza; Durkheim. Sociologia e politica*.

¹⁹ Rapporti costanti emergono con alcune significative Riviste: *Journal of History of Ideas*, *Journal of comparative Legislation*, *Journal of legal Education*, *Journal of philosophy*, *Journal of political Economy*, *Journal of Politics*, *Journal of public Law*, *Journal of Social Philosophy*, *Journal of International Commission of Jurist*, *Journal of the Society of public*, *Archiv für rechts und sozial Philosophie*, *Archives de philosophie*, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, *Archives de sciences juridiques et sociales*, *Archives federales suisses*, *Archivio di filosofia*, *Review of politics*, *Review of the economic conditions in Italy*, *Revista critica de jurisprudencia*, *Revista cubana de derecho*, *Revista da faculdade de direito (S. Paulo)*, *Revista de derecho español y americano*, *Revista de derecho procesal*, *Revista de derecho y ciencias sociales*, *Revista de derecho y ciencias sociales (Montevideo)*, *Revista de dret comercial*, *Revista de economia politica*, *Revista de economia y estadística*, *Revista de estudios penitenciarios*, *Revista de estudios politicos*, *Revista de estudios politicos*, *Revista de filosofia de la universidad de Costa Rica*, *Revista de historia de las ideas*, *Revista de la facultad de derecho (Madrid)*, *Revista de la facultad de derecho (Venezuela)*, *Revista de la facultad de derecho (Mexico)*, *Revista de la universidad nacional de Cordoba*, *Revista de los tribunales*, *Revista del foro (Lima)*, *Revista filosofica (S. Paulo)*, *Revista general de legislacion y jurisprudencia*, *Revista instituto de derecho comparato (Barcelona)*, *Revista instituto de derecho publico y ciencias sociales*, *Revista juridica (Colombia)*, *Revista juridica de buenos aires*, *Revista juridica de cataluña*, *Revista juridica de la universidad de*

Altro mondo di riflessione diventano le *Note bibliografiche* dove vengono annotate le recensioni su libri italiani e stranieri. Si ricordano quelle di F. Aquilani, A. Asquini, F. Asturi, F. Battaglia, A. E. Cammarata, G. Capograssi, T. A. Castiglia, G. Della Volpe, B. Donati, P. De Francisci, A. Giannini, G. Gonella, F. Grispigni, E. T. Liebmann, A. Levi, F. Lopez de Oñate, S. Panunzio, J. Kraft, G. Del Vecchio, V. Miceli, A. Montel, E. Paresce, G. Perticone, S. Pugliatti, A. Schwientek, G. Solari, G. Tedeschi. Numerosi, negli anni, gli autori – italiani e stranieri – che inviano i loro libri per una recensione sulla *Rivista*.

Nella sfera più immediatamente speculativa, il principio che muove la Filosofia del diritto di Giorgio Del Vecchio è incentrato sulla riflessione kantiana. Non solo i classici vengono frequentati assiduamente, i riferimenti ad Aristotele ne sono una testimonianza; numerose pagine de *La giustizia* sono dedicate alla questione principale rappresentata dall'esperienza dell'alterità. Apertura rilevante viene data anche alla letteratura, tra gli altri posizione peculiare assumono Dante e Manzoni.

tucuman, Revista juridica dominicana, Revista literaria intenacional zenith, Revista mexicana de filosofia, Revista mexicana de sociologia, Revista penal y penitenciaria (Buenos Aires), Revista penal y penitenciaria (Montevideo), Revista portuguesa de filosofia, Revue belge de droit international, Revue critique de droit international prive, Revue d'économie politique, Revue de theologie et de philosophie, Revue de droit constitutionnel et de sciences politiques, Revue de droit international (Geneve), Revue de France, Revue de l'institut de sociologie, Revue de l'ordre souverain et militaire de Malte, Revue de la commission internationale des juristes, Revue de Paris, Revue de science criminelle et de droit penal compare, Revue des droit constitutionnel et des sciences politiques, Revue des sciences philosophiques et theologiques, Revue des sciences politiques, Revue dieconomie politique, Revue française de sciences politique, Revue general de droit international public (Paris), Revue international de philosophie, Revue internationale de droit comparé, Revue internationale de la theorie du droit, Revue internationale de questions politiques, Revue internationale des sciences sociales, Revue internationale francaise de droit des gens, Revue judiciaire, Revue liberale, Revue philosophique de la France et de l'étranger, Revue philosophique de Louvain. Tra gli Istituti: Institut international d'histoire constitutionnelle, Institut international de cooperation intellectuelle, Institut international de cooperation intellectuelle, Institut international de sociologie, Institut international pour l'unification du droit privé, Institut juridique international, Institut royal de science administratives de Roumanie, Institut social roumain, Institute of advanced legal studies, Institute of international education (New York), Instituto brasileiro de filosofia, Instituto de cultura hispanica, Instituto de derecho publico (Chile), Instituto de estudios politicos, Instituto de investigaciones juridicas, Instituto de investigaciones sociales (Mexico), Instituto español de lengua y literatura, Instituto etnico nacional (Buenos Aires), Instituto Francisco de Vitoria, Instituto juridico español, Instituto nacional de estudios juridicos (Madrid), Instituto tecnologico y de estudios superiores de Monterrey, Instituto venezolano italiano de cultura.

Le questioni proposte e affrontate da Giorgio Del Vecchio nelle sue opere assumono sempre come riferimento il rinvio alla tematica dell'universale, affrontato teoreticamente attraverso l'interpretazione dei classici della filosofia. Ne deriva, dunque, un riferimento fecondo a quanti come Platone e Aristotele hanno circoscritto la questione giuridica, inaugurando un profilo ricco di elementi in grado di risignificare costantemente il giusto, motivandolo secondo *a propri*, non semplicemente contingenti, centrali per la qualificazione della giuridicità²⁰. Discutere della legalità per Del Vecchio significa inoltrarsi in un itinerario speculativo, comprensivo di un'autentica operosità teoretica che converge e si irradia dall'Istituto di Filosofia del diritto nella costruzione di un luogo di studio e di ricerca – laboratorio centrale in un momento storico in cui sia in Europa che in America, compresa l'America latina, si discute di questioni giuridiche non semplicemente dettate dalla conformità al binomio legale/non legale, come insegna Radbruch²¹. Nel considerare i suoi scritti, il punto di ancoraggio è dato dall'interrogativo sull'idea di giustizia, intesa non solo come legittimazione di una legalità, dettata dalla opportunità del momento, ma piuttosto come riconoscimento iniziale di un elemento che trascenda la realtà contingente e che costituisca, da un piano diverso, la vita del diritto, con la funzione di coordinare *a priori* tali da imprimere un orientamento all'intero sistema giuridico. Questo procedere è spesso riferito ad autori contemporanei allo stesso Del Vecchio. La sua ispirazione si proietta in un futuro che prefigura un'estensione dei diritti agli animali, l'attivazione di procedure per l'istituzione del diritto alla *privacy*, sino a un'implementazione del concetto di giustizia a statuto universale, seguendo linee che attengono anche ad un concetto di giustizia sociale con contributi morali: «Il diritto è necessario – scriverà in un frammento alla ripresa del suo insegnamento di Filosofia del diritto nel 1948 – ma non è sufficiente. ... il diritto lascia al soggetto una scelta ... il diritto deve essere integrato dalla morale»²².

²⁰ Perticone, "Ricordo di Giorgio Del Vecchio," 4.

²¹ Radbruch, *Gesamtausgabe*.

²² Del Vecchio, "Integrazione morale del diritto (frammento)," 188.

3.3.

Le opere più significative di Del Vecchio possono essere così indicate: *La giustizia* (1922-23); *Sui principi generali del diritto* (1921); *Lezioni di filosofia del diritto* (1930; 13a edizione nel 1957); *La crisi della scienza del diritto* (1933); *Storia della filosofia del diritto* (1950); "Mutabilità ed eternità del diritto" (1954); *Studi sul diritto* (1958); *Parerga* (1961-1967).

Nel primo anno della nascita della *Rivista* scrive un articolo dal titolo "Moderne concezioni del diritto", in cui, pur dedicando un ampio spazio a Santi Romano, ritiene che il concetto di organizzazione o unità sociale vada rivisto alla luce di determinazioni ideali, in cui la giuridicità dell'istituzione non deriva (come sembra allo stesso Santi Romano) «dal mero fatto di essa, dalla esistenza sua, sibbene da ciò che tale esistenza è supposta già come dominata da una regola interna, la quale è appunto il diritto. Regola imperativa ed obbligatoria, bilaterale e intersubiettiva, e fornita insomma di tutti quei caratteri formali, che le analisi filosofiche – specialmente da Thomasio in poi – sono venute via via scoprendo ed elaborando come elementi intrinseci del diritto»²³.

Nello stesso orizzonte speculativo, nel 1923 presenta in modo esteso, sempre sulla *Rivista*, la geografia di ciò che intende per giustizia e per 'elementi del diritto', a partire da un discorso inaugurale dell'anno accademico 1922-1923 all'Università di Roma. L'intervento è diviso in tre parti che troveranno poi convergenza finale in una pubblicazione monografica, *La giustizia*, tradotta in più lingue e capillarmente diffusa nei paesi dell'America Latina, del Nord America e in Europa, come si evince dai numerosi instancabili carteggi presenti nell'Archivio Giorgio Del Vecchio e custoditi presso la Sezione di Filosofia del diritto del Dipartimento di Studi giuridici economici e filosofici.

Alcuni momenti teoretici sono ripresi, nel 1929, in un articolo in cui, criticando Kelsen, scrive "Sulla statualità del diritto" «tutto il diritto sarebbe allora, per definizione, "statuale" questa tesi collima con quella che afferma ... tutto il diritto essere 'positivo'»²⁴. In questa direzione, la critica a Kelsen è sia sotto il profilo logico che qualitativo: «ogni proposizione giuridica, che non sia semplicemente pensata come teorema od ipotesi, ma realmente voluta anche da singoli soggetti, implica un grado iniziale di positività, e cioè una tendenza all'avveramento della

²³ Idem, "Moderne concezioni del diritto," 201.

²⁴ Idem, "Sulla statualità del diritto," 2.

obbligatorietà da essa significata»²⁵, premettendo così che «l'essenza del concetto di diritto nella relazione intersubiettiva o bilaterale, ossia nella coordinazione del contegno di più soggetti, per la quale l'uno di essi può pretendere qualche cosa cui l'altro è obbligato»; e alla stregua di una costruzione dogmatica del diritto, descrive l'ordinamento giuridico come una creazione dello Stato²⁶.

Certamente il centro di irradiazione della volontà è lo Stato, parziale e imperfetto, la cui vita è una 'riaffermazione' e 'reintegrazione' della sua autorità. Se *ubi homo ibi societas* e di conseguenza *ubi societas ibi ius*²⁷, i due canoni si riassumono in quello finale *ubi homo ibi ius*, anche se la storia del diritto è un divenire complicato che certamente Del Vecchio non vede confluire in una *Grundnorm*.

Considerata la critica a Kelsen, la problematicità e l'ambiguità del concetto di appartenenza del cittadino allo Stato, approfondisce la questione argomentando che non vi è analogia tra questa tipologia di appartenenza e quella di un oggetto all'insieme:

uno Stato può esistere anche essendo ben lungi dall'ideale di perfetta armonia e di compatta unità. Può esistere in qualche modo, se le energie accentratrici prevalgono anche di poco su quelle disgregatrici o centrifughe. Ma queste possono essere tali da renderne grama e incerta la vita e paralizzarne l'azione. Uno Stato vive e prospera veramente solo quando, oltre il nesso che dà un'unità formale ai partecipi di uno stesso ordinamento giuridico, vi sia tra essi un legame etico: una profonda identità di voleri, una reale comunione di spiriti, un eguale ardore di fede nella religione civile della Patria²⁸.

In questa prospettiva, la critica a certo formalismo è manifesto in un articolo del 1931, apparso nella rivista *Gerarchia*, in cui discute il concetto di burocrazia. Il rispetto e l'imprescindibilità della forma giuridica non gli impedisce di criticarne la mistificazione, sino alla considerazione che la burocrazia, preesistente alla formazione dello Stato di diritto, è solo una sua componente; a volte, invece, viene messa in discussione e assimilata ad una vera e propria forma di governo, al pari della democrazia dell'aristocrazia o dell'oligarchia, con effetti diversi, seppure rilevanti:

²⁵ Ibid., 18.

²⁶ Ibid., 1.

²⁷ Per una critica, Bellini, "«*Ubi societas ibi societas*», " 44 ss.

²⁸ Del Vecchio, "Sulla statualità del diritto," 21.

Se – scrive – per burocrazia s'intende l'organizzazione politico-amministrativa 'accentrata', e nell'accentramento del potere si ravvisa un irrigidimento formalistico, che toglie agli organi dipendenti ogni efficacia e libertà d'iniziativa, è facile l'osservare che un siffatto irrigidimento poté verificarsi e si verifica ancora sì in monarchie come in repubbliche, anche di tipo assai differente²⁹,

il che non svela l'abnegazione amministrativa ma ne sottolinea «l'ordine di fattori spirituali, che ne costituiscono il presupposto»³⁰.

Proprio in direzione di un'architettura giuridica non regionalizzata, ma con propensione all'universale, nel 1932 Del Vecchio espone la sua tesi su "Stato e società degli stati", considerando che l'assunto della Società universale degli Stati non è ancora diventato una 'realtà positiva'³¹. Richiama così a quella complessa materia della volontà statale:

Il postulato della Società universale degli Stati non è ancora una realtà positiva, ma è già di fatto in corso di attuazione, dove si presenta la problematicità di una società di Stati strutturata secondo la giuridicità: i poteri legislativi, quelli giurisdizionali e quelli della forza pubblica non trovano lo stesso respiro in una struttura sociale così estesa rispetto ad un singolo Stato³².

L'indagine che Del Vecchio propone nel 1933 riguarda le specifiche condizioni di crisi dello Stato moderno, in "La crisi dello Stato"³³ discute della ricorsività della crisi come implicita virtualmente nella stessa complessità del concetto di Stato³⁴, anche di interrogativi speculativi centrali: che cosa è lo Stato? In che modo si manifesta? È storicamente determinato? Coincide con l'organizzazione politica? Archiviando questioni di tipo storicistico, si concentra sul binomio Stato/diritto nella considerazione sostanziale che «ogni individuo è naturalmente una fonte di diritto, e quindi anche uno stato *in nuce*»³⁵. La conclusione a cui arriva è che «lo Stato è tanto più forte e tanto più sano, quanto più è l'espressione della giustizia; poiché esso deve costituire la sintesi

²⁹ Idem, "Burocrazia e servizio della nazione," 3.

³⁰ Ibid., 4.

³¹ Idem, "Stato e società degli stati," 1 e 36.

³² Ibid., 11. Tema trattato per la prima volta nella conferenza tenutasi nello stesso anno, nell'Università di Bucarest.

³³ Idem, "La crisi dello Stato," 684.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid., 689.

armonica di tutte le energie giuridiche, che esistono e si sviluppano naturalmente negli elementi che lo compongono», aggiungendo, in modo critico, che «la libertà non può essere dimenticata, né va lasciata fuori dello Stato, bensì deve essere assunta e potenziata come linfa dello stato medesimo». L'impegno nello Stato è bi-dimensionale: da una parte l'individuo lotta per l'affermazione di se stesso; dall'altro, le componenti e gli aggregati relazionali dello Stato «devono comporsi armonicamente nello Stato, divenendo coefficienti propulsori della sua vita sempre più intensa e sempre più ricca»³⁶.

Ne deriva una critica al giuspositivismo teorizzata esaustivamente nello scritto "Il problema delle fonti del diritto positivo", in cui insiste sui problemi emergenti da un'ermeneutica delle fonti³⁷.

In particolare, «nulla è più dannoso, in specie, che separare assolutamente la filosofia del diritto dalla scienza del diritto»³⁸. Da sempre per Del Vecchio i compartimenti stagni tra filosofi del diritto e giuristi sono dannosi: «ogni vero giurista» ha il dovere di assumere una speculazione, tale da renderlo filosofo, nel senso di studioso che non abdica al suo statuto di interprete. Anche qui, come in altri lavori, la marcatura storicistica non interessa, mentre il nucleo essenziale è costituito dalla giuridicità e dalla giustizia che rappresentano. «Il primo ... la forma logica che comprende tutte le possibili e innumerevoli esperienze giuridiche, costituendone precisamente il concetto-limite; il secondo ... il valore supremo, che designa la più alta verità etica nelle relazioni inter subietive, e cioè l'ideale assoluto della giustizia»³⁹. Solo una formazione a statuto filosofico permette di avvicinarsi alle fonti del diritto, anche in senso tecnico, parte essenziale dell'ordinamento che non va visto come *quid* estrinseco alla convivenza umana. L'interpretazione giurisprudenziale fa sedimentare il concetto di 'fonte', mentre il potere legislativo si alimenta da una base costituita da una testualità giuridica espressione anche di un'estesa volontà sociale a condizione che delimiti una dimensione di azione: «che non si traggano da altre fonti norme contrastanti con le sue proprie, in guisa che sia sempre salva la coerenza e l'unità organica del sistema»⁴⁰,

³⁶ Ibid., 706.

³⁷ Si tratta di una relazione letta nella prima sessione dell'*Istitut international de Philosophie de droit et de Sociologie Juridique* a Parigi il 7 settembre 1933.

³⁸ Idem, "Il problema delle fonti del diritto positivo," 184.

³⁹ Ibid., 187.

⁴⁰ Ibid., 193.

attingendo in momento problematico all'unica fonte integrativa a dire 'la pura ragione giuridica naturale'. Per quanto riguarda i conflitti inerenti l'interpretazione della norma legislativa in sede giurisdizionale è opportuno ovviare ad una rigidità astratta e guardare alla flessibilità e varietà delle relazioni umane. Il giudice diventa allora interprete del legislatore, ma non un adattatore, innesca un processo per cui «un originale e sempre nuovo ripensamento, diventa «quasi una ricreazione, della norma che si tratta di applicare»⁴¹. Emerge un elemento costante, lo 'spirito umano nella sua universale natura'⁴² che conduce a criticare il formalismo e ad affermare la chiarificazione del diritto, come fenomeno umano specifico e interdipendente con le istanze morali, soprattutto nella declinazione della complessità delle procedure. L'astratta rigidità della norma non è adeguamento «alla complessa e fluente varietà dei rapporti umani»⁴³, ma adattamento che, non essendo meccanico, rappresenta un processo creativo riattualizzato⁴⁴. Richiama il giudice alla propria responsabilità nell'esercizio di «un prudente arbitrio» e il legislatore «'a un certo grado di elasticità'». Dalla distinzione tra le varie fonti del diritto, emerge un 'diritto razionale naturale'. In questa direzione, *fonte* in senso specifico per Del Vecchio non significa statuto tecnico delle 'fonti', ma «spirito umano nella sua universale natura»⁴⁵.

La relazione tra l'individuo, lo Stato e i 'corpi intermedi' ridefinita nell'articolo "Individuo, Stato e corporazione"⁴⁶ dove, oltre ad esprimere riconoscimento a filosofi svizzeri come Rousseau, Haller, Bluntschli, Kathrin e Hubner, mostra la problematica interazione tra l'individuo e lo Stato, attraverso il chiarimento del concetto di corporazione. Dopo aver trattato il pensiero di Rousseau, la condizione dell'individuo nello Stato è approfondita passando da tesi estreme come quelle

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid., 198.

⁴³ Ibid., 193.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid., 198. Tra le note e discussioni del fascicolo I della *Rivista* del 1934, compare il ricordo di Alberico Gentili; e nelle note e discussione del terzo fascicolo viene pubblicata la comunicazione letta all'VIII Congresso Nazionale di Filosofia del 1933, con il titolo "Giustizia e Diritto". Sempre nello stesso anno si rintracciano considerazioni significative sulla relazione tra "Individuo, Stato e corporazione" che converge in una discussione che attiene non solo al giurista, ma anche al cittadino; ancora, nella stessa annata della *Rivista*, Del Vecchio approfondisce i concetti di "Etica, diritto e Stato".

⁴⁶ Idem, "Individuo, Stato e corporazione," 573-575, è il contenuto di una conferenza nell'Università di Zurigo (30 aprile 1934).

di Stirner che in *L'unico la sua proprietà* afferma, in maniera radicale, il ruolo di limitazione e di dominio dello Stato nei confronti dell'individuo, fino alla considerazione che l'individuo è in una relazione di inimicizia reciproca con lo Stato. Non trascurava il pensiero di Bakunin nella definizione dello Stato come «istituzione storica transitoria». Numerose le citazioni, alcune discusse altre intese come omaggio, sino alla sottolineatura sapienziale nel saggio di von Humboldt *Sui limiti dell'attività dello Stato*, passando per l'opera di Mill e Spencer. Pur con tutte le riflessioni intense e storiche e la critica ad alcune immagini di Stato e una benevola, quanto ingenua, ammirazione per l'operato di Mussolini, arriva a definire la vocazione giuridica della coscienza come ciò che non si ferma davanti ad uno Stato, davanti ad una corporazione, ma propende all'universale del genere umano, in un rinvio alla morale.

Il tratto più nettamente etico dello Stato e dell'individuo appare manifestamente in "Etica, diritto e stato"⁴⁷. L'approfondimento delle categorie di etica e morale, sposta la prospettiva di osservazione verso il polo etica. Dopo aver fatto alcune osservazioni generali sull'etica come disciplina filosofica, passa ad osservarla come etnografia, parte della scienza della natura, dove per natura si intende quella dell'uomo, vale a dire «tutto ciò che ad esso appartiene»⁴⁸, anche nelle sue più specifiche contraddizioni. Scopo dell'etica è allora orientare le azioni umane, attraverso il posizionamento di una gerarchia: «Nel principio etico ... è implicito un elemento ... l'obbligo del soggetto di riconoscere la subiettività altrui»⁴⁹ che ne ridisegna la relazionalità. Emerge un'architettura di etica 'subiettiva' ed etica 'intersubiettiva': la prima è rappresentata dalla morale, la seconda dal diritto:

Se lo Stato è l'organo del diritto, e precisamente il centro e il soggetto di un sistema giuridico positivo, non v'ha dubbio che esso pure, come il sistema che in lui si impersona, soggiace deontologicamente a quel principio ideale, ossia è sottoposto alle valutazioni fondate su quel criterio. Solo chi rinneghi la validità trascendente dell'etica, e confonda più o meno consapevolmente il fenomeno coll'idea, il fatto con la norma, la forza del diritto, può attribuire ad uno Stato esistente, solo perché esistente, una assoluta ragione e un immanente valore etico⁵⁰.

⁴⁷ Idem, "Etica, diritto e stato," 726.

⁴⁸ Ibid., 729.

⁴⁹ Ibid., 732.

⁵⁰ Ibid., 737-738.

Se l'etica acquista un carattere dominante, l'economia palesa il rischio di una frammentazione dell'etica e di una sua utilizzazione economicistica. Nel contributo "Diritto ed economia"⁵¹, la differenza tra le due dimensioni interpersonali diventa il supporto per affermare il primato del diritto sull'economia⁵². Il concetto *utilità* viene scandagliato attraverso le opere di alcuni studiosi, fino alla definizione della storia umana come metegoistica⁵³. Vengono passate in rassegna le varie tipologie di uomo: *homo oeconomicus*, *homo sexualis*, *homo higienicus*, *homo politicus* sino ad una interdipendenza: «i rapporti economici non sono mai soltanto rapporti economici: essi sono rapporti umani, quindi anche morali e giuridici»⁵⁴.

La prospettiva non auspicabile è che il principio economico diventi il surrogato della regola, causando numerosi equivoci. «Il diritto, come principio universale dell'operare, domina (in coerenza con la morale) tutte le azioni umane e quindi anche quelle che tengono alla soddisfazione dei bisogni all'acquisto dei beni materiali. Esso domina tutti i motivi umani e quindi anche quelli di natura egoistica o utilitaria. Il diritto domina, in una parola, l'Economia»⁵⁵, stabilendo così il primato del diritto sul profitto e sull'utile⁵⁶.

Analogo è lo schema speculativo in *Giandomenico Romagnosi nel primo centenario della sua morte*⁵⁷, dove il concetto di pena e di punizione non rientra nell'"utilità" ma nel "gratuito"⁵⁸. Non trascura – per dovere di celebrazione – la biografia di studioso di Romagnosi, ma collega le sue riflessioni a quelle di Kant, riprendendo alcune questioni della sua *Genesi del diritto penale* pubblicata nel 1791. La pena è una proiezione nel futuro, per cui viene negato il *malum passionis propter malum actionis* ed affermato che la sua legittimità punitiva si basa su una legge universale forgiata da principi che attengono alla 'dignità' dell'uomo

⁵¹ Idem, "Diritto ed economia," 593 ss.

⁵² Si tratta di un intervento ad una conferenza dell'Istituto Nazionale Fascista di Cultura di Roma, il 18 marzo 1935.

⁵³ Ibid., 596.

⁵⁴ Ibid., 593.

⁵⁵ Ibid., 624-625.

⁵⁶ Idem, "Giandomenico Romagnosi nel primo centenario della sua morte," 549. Sebbene il frammento su Romagnosi sia stato considerato di scarsa rilevanza da Del Vecchio, viene comunque inserito nella *Rivista* del 1936, per effetto delle numerose rievocazioni romagnosiane di alcuni studiosi

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Il lessico è di Romano, *Dono del senso e commercio dell'utile*.

e non al suo valore economico. All'opera di Romagnosi si riferiscono personalità del mondo penalistico come Carmignani, Carrara, Ferri e Garofalo, riconoscendo il significativo contributo dato alla scienza del diritto penale⁵⁹ che trova riferimento pragmatico nell'individuo.

Che il diritto positivo non sia in grado autoreferenzialmente di regolare in modo esaustivo la vita umana è ormai chiarificato significativamente nel 1936 quando scrive "L'*homo juridicus* e l'insufficienza del diritto come regola della vita"⁶⁰ dove, pur esaminando le norme tecniche, ne dichiara la loro assoluta insufficienza se non rette da un principio universale.

Del Vecchio elenca alcune modalità di essere *homo juridicus*: quell'uomo che «si mantiene sempre nei limiti del diritto, cioè non viola nessuna norma giuridica»; «l'uomo che esercita al massimo grado tutti i diritti che gli competono non rinunciando a nessuno dei poteri giuridici attribuitigli dalle norme a lui applicabili». Nel rinvio alle *Fondazione della Metafisica dei costumi*, i concetti di norme dispositive e tassative acquistano un *habitus* giuridico solo nella direzione dell'idea di giustizia nella differenza tra norme morali e giuridiche e tecniche.

Il concetto di *homo juridicus* può indicare anche una tipologia umana tesa alla strenua difesa del diritto, ma se viene confinato in un'autoreferenza positivista mostra il suo carattere di insufficienza nel regolare la vita umana. Le regole giuridiche, morali, religiose, possono affermarsi *ad adiuvandum* la corretta e giusta positivizzazione delle regole giuridiche nella società⁶¹.

La natura può dare strumenti che possono convertirsi nelle cosiddette regole tecniche ma in queste, secondo Del Vecchio non vi è nulla di obbligatorio perché per avere un carattere giuridico devono essere assunte come elemento di determinazione in tal senso. L'uomo osservante pedissequo del diritto, tecnico delle norme, non è in grado di esaurire la problematica giuridica che rinvia ad una dimensione diversa da quella immediatamente contingente, una *ratio juris* a statuto universale.

Per questo, nel 1938 scrive alcune pagine sulla comunicabilità del diritto che richiama l'attenzione degli studiosi alla *proprietà* delle norme giuridiche. La comunicabilità del diritto «implica un processo

⁵⁹ Del Vecchio, "Giandomenico Romagnosi nel primo centenario della sua morte".

⁶⁰ Una relazione tenuta all'Università Sorbona nel 1935.

⁶¹ Idem, "L'*homo juridicus* e l'insufficienza del diritto come regola di vita," 132.

di adattamento e di rielaborazione psicologica», perché è essenzialmente un «fatto dello spirito, un ritmo della coscienza»⁶². Sulla base delle riflessioni di Vico, maestro dell'incomunicabilità del diritto, ricorda che la 'categoria' della comunicabilità attiene al diritto positivo mentre il diritto inteso come legge universale non è comunicabile non è dicibile, come mostrerà nel suo magistero Bruno Romano⁶³.

Il rapporto tra morale e diritto, l'architettura giuridica universale, l'insufficienza del diritto positivo ritornano come questioni nel contesto teoretico di *Verità e inganno nella morale e nel diritto*, dove giunge alla conclusione che «l'istruzione per sé sola non basta a indirizzare rettamente il volere: là dove questo è male disposto o dominato dalle passioni, essa può anzi agevolare l'effettuazione di perversi propositi»⁶⁴,

⁶² Idem, "Sulla comunicabilità del diritto," 600.

⁶³ Bruno Romano, allievo di Sergio Cotta; emerito di Filosofia del diritto, nel 1970 ha conseguito l'abilitazione alla libera docenza; dal 1981 è professore ordinario di *Filosofia del diritto* nella Facoltà di Giurisprudenza della 'Sapienza' dove ha tenuto anche il corso di *Antropologia giuridica*; ha insegnato nelle Università di Macerata, Firenze e Roma "Tre"; è stato Direttore dell'*Istituto di Filosofia del diritto e Coordinatore della Sezione*, attualmente denominata Sezione di *Filosofia del diritto e Diritto canonico ed ecclesiastico*. La presenza proficua presso la Facoltà di Giurisprudenza della 'Sapienza' è comprovata, oltre che dalla originale produzione scientifica (oltre 40 opere) e dalla titolarità scientifica di Seminari annuali, anche dall'attivazione dei master *Teoria e prassi delle istituzioni giuridiche* e *Operatore giuridico nella società multiculturale*, che hanno catalizzato l'attenzione sia sulla trasformazione del diritto in una società complessa, globale e multiculturale, sia sulla formazione del giurista. Ha assunto la direzione del master *Diritto dell'informatica e Teoria e tecnica della normazione*; ha responsabilità scientifiche e didattiche che interessano anche istituzioni di paesi stranieri (Francia, Germania, Spagna, Colombia, Brasile, Messico). L'Università di Bogotà gli ha dedicato la Collana di Studi Grandes Juristas Italianos. Direttore della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, ha concorso all'incremento della sua diffusione; ha guidato la formazione di studiosi, attualmente impegnati in prestigiose sedi universitarie. Con insigni colleghi ha dato vita alla Collana *Quaderni di Filosofia del diritto*, che ha poi assunto la denominazione di *Studi di filosofia del diritto*. Ha ideato la fondazione dell'*Accademia internazionale di Filosofia del diritto 'Sapienza'*, tesa a promuovere lo studio dei classici della filosofia e della Filosofia del diritto. È presente nei comitati scientifici di Riviste e Collane di prestigio, è coordinatore del Dottorato di ricerca in *Diritto romano, Teoria degli ordinamenti e Diritto privato del mercato*. Ha tenuto viva la tradizione degli studi sull'interpretazione, patrimonio culturale dell'ex Istituto di Teoria dell'interpretazione della 'Sapienza', sollecitando la fondazione del Laboratorio di Studi di Ermeneutica giuridica, che presiede. Consapevole del prestigio storico dell'insegnamento di Filosofia del diritto in questa Università, ha ideato e inaugurato, con la riedizione degli scritti di Giacomo Perticone, un progetto per la pubblicazione delle opere dei Maestri della Filosofia del diritto della 'Sapienza'; ha introdotto, inoltre, nella Filosofia del diritto, non solo italiana, temi e movenze, strumenti teoretici e termini di confronto che hanno aperto strade nuove tuttora in pieno svolgimento.

⁶⁴ Del Vecchio, "Verità e inganno nella morale e nel diritto," 42.

è presente qui la questione della scelta dell'uomo di fronte alla volontà: il male può diventare ingiusto per volere dell'uomo.

Numerosi sono i contributi con discussioni, note, rinvii ai classici del pensiero apparsi per opera di Del Vecchio sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, con una varietà di argomenti riconducibili però sempre all'argomento principale sull'interrogativo, gli equivoci, le interpretazioni, le differenziazioni del diritto⁶⁵.

Nel 1936 ripropone nella *Rivista* un articolo pubblicato nell'*Enciclopedia italiana*⁶⁶, dove affronta le questioni della pace indica con pacifismo «quella dottrina che intende dimostrare la possibilità e il dovere di abolire definitivamente la guerra, istituendo la pace tra tutti i popoli; nel suo significato pratico, è quel movimento dell'opinione pubblico e quell'organizzazione sociale, che svolge un'azione più o meno direttamente politica allo scopo di propagare tale dottrina e ottenerne l'effettiva attuazione»⁶⁷. Gli esempi di prospettive pacifiste sono citati da Del Vecchio a partire dal profeta Isaia fino a Matteo V, 44. Non restano in secondo piano Plutarco e Alessandro Magno. Nell'ambito letterario un posto centrale lo ha Dante. Rousseau, Kant, e in parte Bentham servono a Del Vecchio per approfondire la questione legata al diritto. Sono elencati i movimenti pacifisti degli Stati Uniti, Inghilterra, Svizzera, mentre sono descritti i congressi pacifisti internazionali. Rammarico di Del Vecchio è che «il pacifismo troppo spesso dimentica le condizioni etiche e giuridiche, alle quali lo stesso ideale è subordinato, e che sole danno alla pace un solo valore». Segue una significativa e ricca bibliografia.

Se il diritto non torna alla pace il rischio è una sua involuzione. L'omaggio ad un maestro del diritto romano come Flaminio Mancaleari, al quale lo scritto "Sulla involuzione nel diritto"⁶⁸ è dedicato, diventa motivo di discutere la struttura del giuridico attraverso il flesso evoluzione/involuzione.

In questo contributo viene rappresentato l'itinerario neokantiano attraverso la discussione del contributo di alcuni studiosi della scuola di Marburgo. Il richiamo ad un ideale di diritto inteso come «complesso sistema di valori, che sono in funzione l'uno dell'altro, tal volta

⁶⁵ Idem, "Integrazione morale del diritto (Frammento)," 188.

⁶⁶ Idem, "Pacifismo," 542.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Idem, "Sulla involuzione nel diritto," 129.

in senso positivo, tal altra anche in senso negativo»⁶⁹ porta Del Vecchio a riflettere sui possibili limiti dell'involuzione del diritto, appellandosi allo spirito umano, fortificato in "Essenza del diritto naturale"⁷⁰. Avvalendosi di studi condotti da Tanaka dell'Università di Tokio, arriva alla conclusione che la distinzione tra diritto e morale non significa necessariamente che le due dimensioni siano tra loro non comunicanti, tant'è che la natura umana, nella sua esternazione di diritto naturale ha un valore puramente etico e deontologico, si può dire che si tratta di un orientamento che conduce sempre alla questione del diritto imperniato nell'intenzionalità dell'uomo e non in un evento naturalisticamente dato. L'idea eterna del diritto va rispettata – secondo Del Vecchio – ma è un'idea spirituale non intessuta di naturalismo⁷¹.

3.4.

Nella sua opera principale *La giustizia*⁷², il giusto è inteso innanzitutto come 'attributo della dignità' nella sua caratteristica e peculiare immagine di *Justitia Dei*, a conforto di questo assunto vi sono le esperienze mitiche della giustizia, perché Del Vecchio comprende che, se numerosi sono i critici del diritto positivo, altrettanto aperte sono le discussioni degli oppositori al concetto di giustizia.

Parlare di giustizia come sinonimo di diritto è quanto meno riduttivo di entrambi i termini. Giustizia non equivale ad affermare «conformità alla legge», perché richiama immediatamente al pensiero che è la legge a doverla considerare come una «conformità a giustizia». Importanti qui le influenze del pensiero di Radbruch, determinate dalla sua frequentazione attraverso il comune interesse per il pensiero kantiano e neokantiano: l'ideale può essere un criterio elevato che «trascende tutte le determinazioni giuridiche positive»⁷³. Si può arrivare a riflettere sul concetto di giustizia come un ideale, reso però concreto, armonico, proporzionale, in questo senso «principio di coordinazione tra esseri subiettivi»⁷⁴.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Idem, "Essenza del diritto naturale," 18.

⁷¹ Idem, *Dispute e conclusioni sul diritto naturale*, 161.

⁷² Idem, *La giustizia* (1959).

⁷³ Ibid., 1.

⁷⁴ Ibid., 2.

Per risignificare la propria *Weltanschauung*, Del Vecchio ha bisogno di un equivalente mitico della giustizia: Omero, Esiodo, che con le loro specificazioni tematiche rinviano ad un significato originario di essa: la prima cognizione di giustizia «accenna sempre prevalentemente al consiglio, la seconda alla sentenza di un giudice»⁷⁵, ma ciò che interessa qui è anche l'intersezione tra l'umano e il divino, la prassi e il mito. L'origine mitica e/o divina della giustizia la rende lontana da ogni possibilità di concretezza. L'armonia del giudizio e l'armonia della legge sembra contrastare con la prassi degli interessi reali. Per questo Del Vecchio richiama alla virtù platonica, per la quale la giustizia è virtù universale; Platone pur di elevare il principio di giustizia a regolatore della vita sociale, compresa quella individuale, respinge ogni teoria che possa assegnare una funzione specifica e – secondo un lessico attuale – funzionale alla giustizia. L'interpretazione della giustizia in Platone come forma etica o deontologica, subordina il *parterre* materiale della giustizia ad un quadro di riferimento teso alla armonia, alla perfezione e alla bellezza. Numerose le opere di Platone riprese, discusse proprio nella dimostrazione che le funzioni delle classi di cittadini che compongono lo Stato sono insufficientemente ricompresi nell'idea di giustizia platonica.

Va da sé che le strettoie del pensiero classico non possono considerare la concezione della giustizia in Aristotele, nella patristica, nella scolastica e nel sistema concettualmente elaborato da Leibniz. L'Aristotele di Del Vecchio mira ad una giustizia come virtù totale, idea accolta anche nel Cristianesimo che però la rimanda all'entità divina, come modello di adempimento di una volontà trascendente ed onnipotente, in cui collima e si armonizza con la sapienza, la bontà e la misericordia⁷⁶.

Ricco l'apparato di note che Del Vecchio dedica a Tertulliano, Tommaso, San Giovanni Crisostomo, Sant'Agostino, Sant'Ambrogio, Lattanzio.

Non manca di analizzare il giuridico secondo la teoria pitagorica, in cui il concetto di giustizia consiste essenzialmente nel contraccambio⁷⁷.

⁷⁵ Ibid., 9.

⁷⁶ Ibid., 22. La dottrina platonica-aristotelica ha una sua influenza nella Scolastica, le cui conseguenze note, e delle quali Del Vecchio è pienamente consapevole, infatti nel 1965, posto di fronte ad una crisi dell'allora Organizzazione delle Nazioni Unite, dichiara che si è imposta una deriva di abdicazione all'idea di uguaglianza

⁷⁷ Ibid., 50.

Le opinioni di Grozio e di Vico vengono centralmente trattate all'interno del volume, con peculiare riferimento al concetto di giustizia particolare.

L'attenzione di Del Vecchio non può prescindere da tutti quegli elementi che fanno parte della logica del diritto: remunerazione, contraccambio, reciprocità, trattamento corrispondente, etc. e che però diventano sostanziali solo se riferite all'ansia di giustizia' come principio di legittimazione.

Particolare trattazione è dedicata alla giustizia penale e civile, così come al moderno diritto alla privacy, centrale per alcuni versi è il divenire della persona, all'insegna del *fiat iustitia, pereat mundus*, dove il perimento si riferisce al *peream ego*.

3.5.

Come si è visto, discutere di Giorgio Del Vecchio come filosofo del diritto significa riferirsi al suo pensiero, comprensivo di un'autentica operosità che converge anche nella fondazione di un luogo di studio e di ricerca – palestra di rinvio costante ai classici del pensiero, come continua ad essere l'Istituto di Filosofia del diritto della 'Sapienza'.

Nel considerare la numerosità dei suoi scritti emerge costantemente il problema fondamentale dell'interrogativo sulla giustizia e non solo la legittimazione di una legalità, seguendo alcune linee che si proiettano in un futuro particolarmente attuale, come quello del riconoscimento dei diritti degli animali, il diritto alla *privacy*, e quelle questioni convergenti verso un concetto di giustizia universale⁷⁸.

Dal 1920 al 1938, il suo interesse si concentra, oltre che sul diritto, anche su problemi di etica e di filosofia politica. Per Del Vecchio «lo Stato, nella sua più alta e perfetta espressione, non può essere altro che la sintesi armonica dei diritti della persona», i presupposti del suo pensiero mal si conciliano con la dottrina totalitaria, anche se le sue simpatie a Mussolini emergono nelle opere del ventennio fascista fino a sfiorare la propaganda politica come si evince dalla raccolta *Saggi intorno allo Stato* del 1935 che però non contengono riflessioni apologetiche, ma affermazioni di filosofia politica,

⁷⁸ Perticone, "Ricordo di Giorgio Del Vecchio," 5.

tanto che viene ripubblicato nel 1958 nel volume *Studi sullo Stato*, con l'aggiunta del saggio "Stato e società degli Stati" che ripropone le questioni discusse nel 1931 all'Accademia di diritto internazionale dell'Aja su *La Société des nations au point de vue de la philosophie du droit international*, pubblicato nel *Recueil des cours*, e il saggio su *Individuo, Stato e corporazione*, una conferenza tenuta il 30 aprile 1934 all'Università di Zurigo.

Di questi anni è una disputa culturale con il neoidealismo italiano, in particolare con Croce e con Gentile.

Proprio su Croce scrive per la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, nel 1936, "Croce e Don Ferrante". Gli atteggiamenti critici – soprattutto nei confronti di Gentile – personalità significativa del tempo e professore nell'Università di Roma, suscitano malumori sulla permanenza di Del Vecchio come rettore, carica che lascia nel novembre 1927, senza abbandonare la vita accademica, infatti diventa Direttore della nuova Scuola di scienze politiche, poi, nel momento in cui questa si trasforma in facoltà, ne viene nominato preside; dal 1930 al 1938 è preside della facoltà di giurisprudenza, dove introduce la figura dell'"assistentato"⁷⁹. Alla fine del 1938, per effetto delle leggi razziali, la *Rivista* viene soppressa dal Ministero della Cultura popolare, con un provvedimento esecutivo⁸⁰. In virtù dell'intervento di Amedeo Giannini, direttore da quel momento insieme a Felice Battaglia e a Giuseppe Capograssi, nel 1939 la *Rivista* inizia una seconda Serie, interrotta poi nel 1943 per la guerra.

È chiaro che negli anni del silenzio maturano in Del Vecchio convinzioni religiose diverse da quelle della sua appartenenza.

⁷⁹ Proprio in quest'anno, Del Vecchio con una comunicazione dal rettorato viene sospeso dal servizio perché "dalla scheda di censimento personale risulta appartenente alla razza ebraica"; per effetto di questa sua appartenenza viene successivamente dispensato dal servizio, in obbedienza alle disposizioni "per la difesa della razza italiana"; la prima conseguenza è la soppressione della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, da lui fondata e diretta dal 1921; il 21 luglio 1940, con un provvedimento del ministero della Educazione nazionale, decade dalla presidenza della Società italiana di Filosofia del diritto, sempre con la stessa motivazione.

⁸⁰ Così recita il provvedimento trasmesso il 18 dicembre 1938 dalla Questura di Roma all'Ufficio di P.S. di Porta Pia: «Il Ministero della Cultura popolare è venuto nella decisione di sopprimere la Rivista internazionale di Filosofia del diritto, diretta dal prof. Giorgio Del Vecchio, di razza ebraica, abitate in via Appennini 52, e che si stampa nella tipografia Poliglotta Cuore di Maria, in via Banchi Vecchi 12. Pregovi di voler diffidare il sunnominato Del Vecchio Giorgio, e la tipografia ove si stampa, a non più stampare e pubblicare tale rivista». Da questo momento la Rivista non verrà più menzionata nella raccolta ufficiale del Consiglio nazionale delle ricerche.

Scrive nel 1941 un articolo sui diritti subiettivi pubblicato su *Azione francescana* e nel 1943 "La parola del S. Padre Pio XII e i giuristi" e "Sul fondamento della giustizia penale" pubblicato nel 1944 su *L'Osservatore romano*, sono gli anni dell'integrazione cattolica.

Solo dopo la liberazione dall'occupazione nazista, viene riammesso all'insegnamento e alla cattedra⁸¹.

Nel 1947 riprende le sue attività. Nel 1958 l'Università di Coimbra gli conferisce la laurea *honoris causa*.

Ridiscute le questioni contenute in un volume curato nel 1936⁸², con le esercitazioni degli studenti degli anni 1926-1935 a cui segue un altro con le esercitazioni degli anni 1935-1953⁸³. Inoltre, nel 1961 viene pubblicato, in suo onore, una raccolta di *Scritti vari di filosofia del diritto* sulla scorta di due volumi pubblicati nel 1929⁸⁴, per i suoi venticinque anni di insegnamento. Gli scritti sono a firma di Kelsen, Binder, Demogue, Sauer, Ravà, Cesarini, Donati, Levi, Maggiore, Pagano.

Riferimenti bibliografici

ANDRÉADÈS, ANDREAS MICHAËL. "Tipi di politica finanziaria nell'antichità greca." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, VII, fasc. 3 (1927).

BAGOLINI, LUIGI. "Aspetti della critica dei valori etico-giuridici nel pensiero contemporaneo." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXVII, fasc. 2 (1950).

BANFI, ANTONIO. "Il problema epistemologico nella filosofia del diritto e le teorie neokantiane." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, VI, fasc. 2 (1926).

BAUMGARTEN, ARTHUR. "Il rapporto del diritto con la morale." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, IV, fasc. 2 (1924).

BELING, ERNST. "Il soggetto dell'ordinamento giuridico." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, IV, fasc. 1 (1924).

BELLINI, PIERO. "Ubi societas ibi societas." Considerazioni critiche sul fortunato adagio "ubi societas ibi ius." In *Giuristi della Sapienza*. A cura di Bruno Romano. Torino: Giappichelli, 2015.

⁸¹ Del Vecchio, *Una nuova persecuzione contro un perseguitato*. Con una lettera del ministro della Pubblica Istruzione Guido De Ruggiero del 4 agosto 1944, ma nello stesso anno viene nuovamente sospeso dal servizio per un procedimento di epurazione a suo carico. Il provvedimento verrà successivamente revocato e Del Vecchio condannato ad un anno di sospensione dall'ufficio e dallo stipendio. Pubblica un volume fuori commercio dal titolo *Una nuova persecuzione contro un perseguitato*.

⁸² Idem, *I problemi della filosofia del diritto nel pensiero dei giovani*.

⁸³ Idem, *Esercitazioni*, raccoglie lavori svolti dagli studenti negli anni 1935-1953.

⁸⁴ Perticone, "Ricordo di Giorgio Del Vecchio," 3.

- BETTI, EMILIO. "Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, V, fasc. 1. (1925).
- BINDER, JULIUS. "Stato e società nella moderna Filosofia politica," *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, IV, fasc. 3 (1924).
- CAMMARATA, ANGELO ERMANN. "Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, II, fasc. 4 (1922).
- CAMPBELL, ALAN H. "Diritto internazionale e teoria generale del diritto," *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXVII, fasc. 2 (1950).
- CARLYLE, ALEXANDER JAMES. "Alcuni aspetti della teoria della fonte e dell'autorità della legge nei civilisti e canonisti del quindicesimo secolo." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XIII, fasc. 6 (1933).
- CARNELUTTI, FRANCESCO. "I giuristi e la filosofia." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, III, fasc. 2 (1923).
- COTTA, SERGIO. *Itinerari esistenziali del diritto*. A cura di Giovanna Petrocco. Torino: Giappichelli, 2014.
- . *Prospettive di filosofia del diritto*. A cura di Beatrice Leucadito. Torino: Giappichelli, 2014.
- DARMSTAEDTER, FRIEDRICH. "L'esperienza statale in Fichte e Hegel." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XVI, fasc. 2, (1936)
- . "La promessa e il comando come essenza del diritto." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXIV, fasc. 2-4 (1947).
- DEL VECCHIO, GIORGIO. *Il sentimento giuridico*. Torino: Fratelli Bocca, 1902.
- . "L'etica evoluzionista." *Rivista Italiana di Sociologia*, VI, fasc. 5-6 (1902).
- . *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nella rivoluzione francese*. Genova: Tipografia della Gioventù, 1903.
- . *Diritto e personalità umana nella storia del pensiero*. Bologna: Tipografia Zamorani e Albertazzi, 1904.
- . *I presupposti filosofici della nozione del diritto*. Bologna: Zanichelli, 1905.
- . *Il concetto del diritto*. Bologna: Zanichelli, 1906.
- . *Su la teoria del contratto sociale*. Bologna: Nicola Zanichelli, 1906.
- . *Il concetto della natura e il principio del diritto*. Milano: Bocca, 1908.
- . *Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato*. Torino: F.lli Bocca, 1908.
- . *Il fenomeno della guerra e l'idea della pace*. Sassari: Tipografia Ditta G. Dessì, 1909.
- . *Sulla positività come carattere del diritto*. Modena: Formiggini, 1911.
- . "Moderne concezioni del diritto." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, I, fasc. 3-4 (1921).
- . "Programma." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, I, fasc. 1 (1921).
- . *Sui principi generali del diritto*. Modena: Società tipografica modenese, 1921.
- . "La giustizia." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, III, fasc. 2 (1923).
- . *La giustizia*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1924.

- *L'università di Roma*. Roma: Stab. poligrafico per l'amministrazione dello Stato, 1927.
- "Sulla statualità del diritto." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, IX, fasc. 1 (1929).
- "Burocrazia e servizio della nazione." *Gerarchia* (1931).
- "Stato e società degli Stati." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XII, fasc. 1 (1932).
- *La crisi della scienza del diritto*. Modena: Società tipografica modenese, 1933.
- "La crisi dello Stato." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XIII, fasc. 6 (1933).
- "Il problema delle fonti del diritto positivo." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XIV, fasc. 2 (1934).
- "Individuo, Stato e corporazione." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XIV, fasc. 4-5 (1934).
- "Etica, diritto e Stato." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XIV, fasc. 6 (1934).
- "Diritto ed economia." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XV, fasc. 6 (1935).
- "Giandomenico Romagnosi nel primo centenario della sua morte." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XVI, fasc. 1 (1936).
- cur. *I problemi della filosofia del diritto nel pensiero dei giovani*. Roma: Società editrice del Foro Italiano, 1936.
- "L'*homo juridicus* e l'insufficienza del diritto come regola della vita." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XVI, fasc. 2 (1936).
- "Pacifismo." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XIV, fasc. 6 (1936).
- "Sulla involuzione nel diritto." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XVIII, fasc. 2, (1938).
- "Sulla comunicabilità del diritto." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XVIII, fasc. 6 (1938).
- *Sul fondamento della giustizia penale*. Roma: Edizioni della Bussola, 1945.
- *Una nuova persecuzione contro un perseguitato*. Roma: Tipografia artigiana, 1945.
- *Verità e inganno nella morale e nel diritto*. Milano: Bocca, 1945.
- *Dispute e conclusioni sul diritto naturale*. Milano: Bocca, 1948.
- "Integrazione morale del diritto (Frammento)." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXV, fasc. 1-2 (1948).
- *Storia della filosofia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1950.
- "Essenza del diritto naturale." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXIX, fasc. 1-2 (1952).
- "Mutabilità ed eternità del diritto." *JUS*, V, fasc. 1 (1954).
- *Le esercitazioni nell'Università di Roma negli anni 1935-1953*, Milano: Giuffrè, 1955.
- *Studi sul diritto*. Milano: Giuffrè, 1958.

- . *La giustizia*. 5. ed. Roma: Editrice Studium, 1959.
- . *Parerga*. Milano: Giuffrè, 1961-1967.
- DIKOFF, LUBOMIR. "Il diritto civile dell'avvenire." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XI, fasc. 2 (1931).
- ECKSTEIN, WALTHER. "Contributi alla teoria del contratto sociale." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XIV, fasc. 4-5 (1934).
- FUCHS, WILHELM. "Descrizione e spiegazione nella scienza sistematica del diritto." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, III, fasc. 4 (1923).
- GANEFF, VÉNÉLIN. "La realtà giuridica secondo gli autori russi." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, I, fasc. 1 (1921).
- GRISPIGNI, FILIPPO. "Parere sul progetto preliminare di un nuovo Codice penale italiano." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, VIII, fasc. 2 (1928).
- HONIG, RICHARD. "I principi giusnaturalistici dei Sofisti." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XVII, fasc. 6 (1937).
- KANT, IMMANUEL. *La metafisica dei costumi*. Roma-Bari: Laterza, 1998.
- KELSEN, HANS. "Diritto pubblico e privato." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, IV, fasc. 4 (1924).
- KOCOUREK, ALBERT. "Natura e specie dei rapporti giuridici." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, I, fasc. 1 (1921).
- LEIBHOLZ, GERHARD. "La formazione dei concetti nel diritto pubblico." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XI, fasc. 3 (1931).
- LEISEN, HERBERT VAN. "Montesquieu e le leggi fondamentali." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, X, fasc. 3 (1930).
- LÉVY-BRUHL, HANS. "Gli effetti degli atti nulli." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, VI, fasc. 2 (1926).
- MARCONI, PIO. *Durkheim. Sociologia e politica*. Napoli: Jovene, 1974.
- . *Spazio e sicurezza. Descrizione di paure urbane*. Torino: Giappichelli, 2004.
- ORECCHIA, RINALDO. *Bibliografia di Giorgio Del Vecchio. Con cenni biografici*. Bologna: Cappelli, 1949.
- PÉREZ BENEYTO, JUAN. "La reazione di Vives di fronte al suo mondo." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXII, fasc. 6 (1942).
- PERTICONE, GIACOMO. "Ricordo di Giorgio Del Vecchio (1878-1970)." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XLVIII, fasc. 1 (1971).
- . *Lezioni di filosofia del diritto*, a cura di Ciro Palumbo. Torino: Giappichelli, 2012.
- POUND, ROSCOE. "La Filosofia nel diritto costituzionale americano." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, II, fasc. 1 (1922).
- RADBRUCH, GUSTAV. "Psicologia del sentimento giuridico dei popoli." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XVIII, fasc. 3 (1938).
- . *Gesamtausgabe*, ed. Arthur Kaufmann, 20 voll. Heidelberg: Muller, 1990.

RECASÉNS SICHES, LUIS. "Il concetto di diritto subiettivo innanzi alla filosofia giuridica." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, VI, fasc. 4 (1926).

RENARD, GEORGES. "Il diritto, la scienza e l'arte." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, V, fasc. 2 (1925).

ROMANO, BRUNO. *Dono del senso e commercio dell'utile*. Torino: Giappichelli, 2008.

TANAKA, KOTARO. "Il diritto e la tecnica." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XVI, fasc. 4-5 (1936).

4. Diritto e socialità nell'idealismo di Giorgio Del Vecchio. Il problema del concreto

*Andrea Bixio**

4.1. L'idealismo kantiano e il problema dell'etica materiale

Ho inteso dare un simile titolo a questa breve riflessione su alcune fra le più rilevanti opere di Giorgio Del Vecchio, per richiamare sinteticamente alla memoria il problema centrale di fronte al quale si è trovato tutto l'idealismo italiano coevo al nostro autore.

Come ricorda Eugenio Garin nelle sue *Cronache di filosofia italiana*, Bertrando Spaventa, pur criticando il positivismo della sua epoca, rilevava come quest'ultimo aveva ben compreso il tema di fondo da affrontare: il problema dell'elaborazione di un pensiero che fosse in grado di interpretare le effettive condizioni d'esistenza di un'epoca¹. Quell'indirizzo di pensiero, però, non era riuscito a portare a compimento il programma intellettuale che si era dato. Di modo che lo Spaventa finiva per dichiarare che quello stesso programma doveva essere ed era stato effettivamente assunto dall'idealismo italiano, il quale si era impegnato nel compito di realizzarlo.

Il positivismo aveva cercato di esprimere una posizione che fosse in grado di evitare il formalismo dell'idealismo kantiano e gli elementi metafisici di quello hegeliano, ma aveva prodotto categorie spesso meta-storiche, le quali alla fine apparivano altrettanto astratte ed incapaci di comprendere gli elementi effettivi che caratterizzavano il farsi di un'epoca. La sfida per l'idealismo era di superare tale astrattismo e lo stesso formalismo presente nella tradizione idealistica.

* Dipartimento di Studi politici, Sapienza Università di Roma.

¹ Garin, *Cronache di filosofia italiana*.

L'idealismo italiano doveva, in altri termini, compiere una riforma dell'idealismo. Quello kantiano doveva recuperare gli elementi materiali dell'etica; quello hegeliano un'autentica identità fra storia e filosofia, fra pensiero concettuale e vicenda storica.

Come è noto, Gentile conseguì il fine ponendo il pensiero non come contrapposto all'agire, ma come esso stesso atto, atto puro, atto in fieri; come un che di costantemente produttivo; elevando a sua volta la storicità agli elementi concettuali che la qualificano come tale e come risultato dell'"attuarsi" in cui si risolveva il pensiero stesso. Egli fondava, così, un modo per lui privilegiato per comprendere un momento fondamentale della produzione della società umana e nello stesso tempo una prospettiva che consentiva di guardare agli elementi realmente determinanti della storicità. Poneva, cioè, quell'identità fra storia e filosofia, fra pensiero e azione che nello stesso tempo qualificava, pur con le dovute differenze, la posizione di Benedetto Croce.

Di fronte alla stessa sfida si veniva a trovare l'idealismo d'origine kantiana. Anche in questo caso ci si sforzò di superare un formalismo incapace di innervare se stesso con gli elementi etici presenti nella e come vicenda storica. Grazie all'elemento etico, infatti, l'esperienza storica poteva essere connessa nuovamente con l'azione critica svolta dalla ragione, essendo l'eticità un elemento costitutivo della stessa storicità.

Come si può constatare, al fondo di questo ampio movimento di pensiero si possono rintracciare delle direzioni comuni, uno stesso intento fondamentale, una medesima esigenza.

E la ragione la si può cogliere, tutta, nel nuovo compito di fronte al quale la ragione stessa ed il pensiero si venivano a trovare.

Il pensiero kantiano era servito ad individuare i parametri logici grazie ai quali poter esercitare un atteggiamento autenticamente critico. Esso si era sviluppato come pensiero conclusivo dell'Illuminismo, ne aveva chiarito il senso ed i presupposti maggiormente rilevanti. Da un lato spiegava in che modo e su quali basi epistemologiche l'Illuminismo era stato legittimato a compiere la sua azione distruttiva del mondo tardo feudale con i suoi privilegi e le sue prevenzioni. (Di qui l'anti-dogmatismo). Dall'altro lato consegnava alle generazioni seguenti un dispositivo razionale utilissimo per mettere alla prova anche le acquisizioni della nuova organizzazione sociale.

Dunque, quel dispositivo non a caso fu, pur in diverso modo, utilizzato a fondo dalla cultura europea.

A mano a mano che lo si utilizzava, però, ci si rendeva conto del fatto che di fronte alle costanti e profonde trasformazioni del nuovo mondo sociale, non bastava assumere solo un atteggiamento critico come dall'esterno. Bisognava anche partecipare alla costruzione delle nuove idee e dei rinnovati principi di convivenza. L'atteggiamento critico doveva essere capace di superare se stesso per far sì che le nuove forme sociali fossero costruite anche e soprattutto con una superiore consapevolezza, in modo da porre al loro fondamento una razionalità autentica.

Il pensiero e la ragione dovevano prendersi in carico anche gli elementi fondanti della società, dovevano abbandonare il formalismo, per assumere una sorta di primato dei contenuti etico-materiali, ovvero dei mattoni della società *in fieri*.

Anche il formalismo era servito come meccanismo per depurare la coscienza e la società dai privilegi e in generale dagli elementi irrazionali. Esso risultava, però, insufficiente nel momento in cui ci si doveva far carico dell'ordinamento dei materiali del processo storico. Esso andava, perciò, assolutamente superato nella direzione di un'etica materiale.

Si sviluppò di conseguenza in Europa un vasto movimento, che lasciò un'impronta profonda ancor oggi emergente, ad esempio, in autori come *Jürgen Habermas*.

Giorgio Del Vecchio va ascritto a questo movimento e, pur attraverso l'ottica della Filosofia del diritto, ha partecipato a quest'opera di ricostruzione del mondo e della società della sua epoca.

4.2. Primato dell'arbitrio o della coordinazione? Il problema del primato della giustizia

Giorgio Del Vecchio ha dato il suo più perspicuo contributo grazie a tre opere particolarmente rilevanti nell'ambito della sua pur vasta produzione: *Il concetto del diritto*, *Il concetto della natura e il principio del diritto* ed il più volte rielaborato lavoro sulla giustizia dal titolo, appunto, *La giustizia*, che qui sarà preso in considerazione nella sua quinta edizione del 1951².

² Del Vecchio, *Il concetto del diritto*; Idem, *Il concetto della natura e il principio del diritto*; Idem, *La giustizia*.

In queste tre opere possiamo veder realizzato il programma che ha come fulcro centrale il superamento dei limiti dell'idealismo a cui lo stesso Del Vecchio aderiva.

Un programma che diviene chiaro, quando si faccia riferimento alla definizione del concetto del diritto contenuta nell'opera omonima. Anzi, si può quasi dire che così come nell'*Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale* di Benedetto Croce è presente in nuce lo svolgimento della sua *Logica come scienza del concetto puro* e della sua *Filosofia della pratica*³, allo stesso modo ne *Il concetto del diritto* Giorgio Del Vecchio delinea il disegno delle altre due opere citate.

Tutto ciò lo comprendiamo, nel momento in cui cerchiamo di cogliere in profondità la sua idea del diritto. È da questo concetto, dunque, che è opportuno iniziare a svolgere questa riflessione, in modo da illustrare quanto è stato detto in apertura: che nelle opere qui prese in considerazione vi è il tentativo di superare una visione astratta del diritto, così da poter giungere ad una nozione che sia in grado di intendere la concreta situazione di un'epoca.

Se mettiamo a confronto la definizione che ne dà Del Vecchio con quella di Kant, contenuta nella *Metafisica dei costumi*⁴, emerge immediatamente la distanza e la diversità dei riferimenti del nostro Autore rispetto a quelle specifiche del grande filosofo.

Kant pone quale elemento primo del diritto l'arbitrio, Del Vecchio la coordinazione. Per il primo il diritto è 'l'insieme delle condizioni per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale della libertà'. Per il secondo è 'la coordinazione obiettiva delle azioni possibili tra più soggetti, secondo un principio etico che le determina, escludendone l'impedimento'.

Per il primo il principio etico si risolve nella libertà, per il secondo quello stesso principio consiste nella giustizia.

Ciò che emerge è uno spostamento da un elemento soggettivo ad uno oggettivo, sia quando si guardi a come si costituiscono le relazioni, sia quando ci si riferisca al principio che deve qualificare queste ultime. Pur appartenendo ad un medesimo filone di pensiero, fra i due autori si manifestano due modi di pensare che sono caratterizzati da una notevole distanza.

³ Croce, *Estetica*; Idem, *Logica*; Idem, *Filosofia della pratica*.

⁴ Kant, *Metafisica dei costumi*.

Qui dobbiamo cercare di spiegare che cosa quello spostamento e questa distanza significhino.

Il riferimento kantiano all'arbitrio ci mette a disposizione una corretta via interpretativa. Il procedere delle relazioni che istituiscono il diritto ha come punto di partenza l'individuo autonomo. Il quale dando luogo ad un rapporto, lo costruisce a partire dalla sua condizione di soggetto particolare. Le condizioni alle quali fa riferimento Kant, sono quelle specifiche che consentono all'individuo autonomo di instaurare una relazione equilibrata fra due arbitri. Si tratta sì di condizioni oggettive precedenti la determinazione del volere del singolo, ma in ogni caso sono solo quelle specifiche che sono atte a garantire una pari possibilità dell'esercizio dell'arbitrio. Esse, cioè, si risolvono nella garanzia accordata alla possibilità di esercitare individualmente l'azione giuridica. Dove per esercizio individuale si deve intendere un agire che sia espressione proprio della particolarità dei singoli soggetti.

In altri termini altro è porre alla base della relazione giuridica delle condizioni idonee a garantire la capacità di esprimere una volontà del tutto autonoma, altro è porre una serie di regole che siano dirette non tanto a garantire quella volontà, ma ad incanalare quella stessa verso modi di espressione che in qualche modo la limitino e la qualifichino secondo principi eteronomi. Nell'uno e nell'altro caso ci si troverà di fronte a condizioni oggettive 'esterne'; esse, però, garantiscono in un caso il primato dell'autonomia del soggetto, nell'altro caso un principio eteronomo che limita quella stessa autonomia.

Le condizioni, di cui parla Kant, privilegiano il momento dell'autonomia. In questo modo il nostro filosofo supera lo schema del diritto di origine feudale dominato dal privilegio, dai vincoli della consuetudine e dal diritto cetuale e assume lo schema del diritto dei commerci e, dal punto di vista della teoria del diritto, quello sinallagmatico tipico delle relazioni contrattuali. Non a caso il diritto è fatto rifluire tutto nell'elemento dell'accordo. Ma, appunto, il diritto, come accordo, è prima di tutto quello contrattuale. È quello nel quale l'accordo, lungi dall'essere presupposto, è il risultato dell'azione individuale autonoma, ovvero dell'arbitrio.

È vero che nella definizione kantiana si fa riferimento non solo agli arbitri, a nozioni di carattere soggettivo, ma, oltre che alle 'condizioni' di cui si è detto, anche ad una norma superiore oggettiva, cioè a quella

legge della libertà, che supera il momento della soggettività, perché posta come un che d'universale. Tuttavia, questo riferimento non altera, ma semmai rafforza il primato dell'elemento soggettivo e quello dello schema contrattuale.

Porre una legge trascendente gli arbitri, certo significa limitare questi ultimi. Ma il limite in questo caso sta nel fatto che quella stessa norma trascendente gli arbitri da un lato limita solo l'arbitrarietà degli arbitri, dall'altro lato impedisce che s'introduca nell'ordinamento qualche altro principio oggettivo che a sua volta limiti non solo quell'arbitrarietà, ma anche la libertà contrattuale specificamente intesa.

Dunque, il riferimento alla legge universale della libertà rafforza e non indebolisce il primato dell'elemento soggettivo ed un'idea di diritto ricalcata sullo schema contrattuale.

Questa la posizione di Kant; una posizione che, come si sarà compreso, riflette una condizione specifica della società del suo tempo ed una problematica che era centrale solo all'interno di essa. Di fronte alla dissoluzione degli antichi assetti sociali, il filosofo cerca di ridefinire il diritto secondo le istanze fondamentali del suo tempo, le quali richiedevano che il diritto stesso si dovesse configurare in modo che fossero garantiti i diritti degli individui, nonché le modalità di azione che fossero in grado di attuarli nel concreto svolgersi della vita economica e sociale. L'affermarsi dell'economia di scambio, in altri termini, richiedeva che il diritto si ridefinisse secondo lo schema fondamentale di quella economia, secondo, cioè, lo schema contrattuale basato sulla nozione di arbitrio.

Affatto diversa è la posizione di Del Vecchio, perché differente è la problematica fondamentale che caratterizza il suo tempo.

Egli abbandona il primato dell'arbitrio, per porre quello della coordinazione obiettiva delle azioni possibili. Naturalmente anche Kant mirava ad una coordinazione. Tuttavia questa poteva essere solo il risultato dell'azione autonoma dei soggetti.

Qui, invece, la coordinazione da risultato possibile diviene condizione costitutiva sia dell'armonia delle azioni, sia delle possibilità che i soggetti hanno di agire giuridicamente.

In altri termini mentre in Kant le condizioni che rendevano possibile il diritto si risolvevano nel porre una garanzia a favore degli arbitri, in Del Vecchio quelle stesse condizioni consistono nel garantire un ordine generale solo nel rispetto del quale gli arbitri possono essere esercitati.

Non a caso il nostro autore parla di azioni possibili, le quali sono quelle predefinite dal principio sovrastante della coordinazione e non quelle dipendenti da un qualsiasi arbitrio dei soggetti.

La distanza fra i due filosofi si definisce ancor meglio, quando si faccia riferimento al principio che funge da regola fondamentale della coordinazione.

Come si è detto, Kant fa, a tal proposito, riferimento alla libertà, mentre Del Vecchio pone il primato di una 'condizione etica'.

Quest'ultima può certo assumere differenti configurazioni concrete a seconda che ci si riferisca ad una piuttosto che ad altra parte dell'ordinamento. Può risolversi in Del Vecchio anche nella stessa libertà richiamata da Kant. Il nostro autore non si oppone affatto all'ideale kantiano. Tuttavia, finisce per ritenere che la stessa libertà, come anche tutti gli altri possibili principi legittimi, trova la sua giustificazione in qualcosa che è maggiormente rilevante. Questo qualcosa è la giustizia.

La libertà, dunque, costituisce un sufficiente principio fondativo del diritto non in se stessa, ma in quanto emanazione del principio di giustizia. E d'altro canto Kant poteva esaltare la libertà, perché costituiva la restaurazione della giustizia contro l'ingiustizia di un antico mondo basato sui privilegi.

Dunque, per Del Vecchio il principio su cui si fonda il diritto alla fine è la giustizia. Questa a sua volta fonda la libertà, ma nello stesso tempo la trascende; non perché essa sia da rifiutare, ma perché essa, se soddisfa le esigenze di una giustizia commutativa, come è quella legata al sistema dei contratti, non è detto che possa rispondere alle esigenze di una giustizia distributiva.

In altre parole non è detto che sia sufficiente affermare che tutti debbano essere liberi; è necessario che la libertà sia possibile esercitarla realmente; si deve, cioè, tener conto della necessità di trattare differenzialmente soggetti che non hanno lo stesso grado di capacità d'esercizio della libertà. E ciò proprio per rendere effettivamente possibile anche la libertà per tutti.

Certo, molti sono i principi concreti che possono consentire di trattare differenzialmente i soggetti al fine di porli su di un piano di sufficiente uguaglianza, ma al fondo tutti questi principi sono legittimi solo se capaci di realizzare nel concreto la giustizia intesa nel suo più alto significato.

Se, dunque, la libertà assicura un'uguaglianza formale, la giustizia, essendo votata a colmare le differenze di condizione che caratterizzano in ogni caso i soggetti, introduce un principio di uguaglianza sostanziale: a soggetti diseguali trattamento diseguale.

Mediante il riferimento alla giustizia viene cioè presa di nuovo in considerazione la reale costituzione degli uomini ed una concezione questa volta (a differenza che nell'antico regime) virtuosa della disuguaglianza, che a sua volta rinvia ad una pluralità di condizioni materiali di vita costitutive della società.

All'*a priori* formale kantiano diviene una necessità aggiungere un nuovo *a priori* sostanziale, quello dell'etica materiale e della giustizia.

Del Vecchio giunge proprio a queste conclusioni per le ragioni qui sopra esposte. L'*a priori* formale va certamente mantenuto; va sicuramente mantenuto il principio della medesima libertà per tutti. Ma ad esso va aggiunto anche un *a priori* materiale, il quale espresso nella sua struttura formale altro non è che il principio della giustizia, il principio che esprime nel modo più alto l'eticità stessa intesa nel suo significato sostanziale.

4.3. Il rapporto fra *a priori* formale e *a priori* materiale

Dunque, Giorgio Del Vecchio cerca di superare il formalismo kantiano mediante un netto riferimento ad un *a priori* materiale. Non si deve pensare però che ciò comporti un abbandono dell'*a priori* formale a vantaggio di quello sostanziale. Egli sa bene, come anche la maggior parte dei filosofi suoi contemporanei legati a Kant, che i due principi vanno tenuti insieme. Che, più in particolare, l'uno non può fare a meno dell'altro, anche se si sa bene che in certi momenti si può creare fra i due una forte tensione ed una rilevante divaricazione.

Per Del Vecchio non vi può essere legge universale della libertà se non sulla base della giustizia, così come non vi può essere giustizia se non sulla base della libertà per tutti.

L'uguaglianza nella libertà proprio in senso formale è necessaria, perché altrimenti senza di essa si conseguirebbe solo una giustizia formale, dal momento che a questa sarebbe estranea proprio l'uguale libertà. A sua volta senza un riferimento alla giustizia sostanziale ci troveremmo di fronte non all'uguaglianza nella libertà intesa in senso sostanziale, ma si potrebbe dire ad una medesima condizione di disuguaglianza rispetto alla libertà e ad un'uguaglianza solo formale.

Fra i due *a priori*, dunque, vi deve essere un perfetto equilibrio; e quando quest'ultimo viene a mancare, non a caso ci si trova di fronte da un lato ad una libertà illiberale, dall'altro lato ad una giustizia ingiusta. Cosa che accade anche di frequente, ma che, però, ci fa comprendere quali correzioni di rotta la società e le istituzioni devono compiere.

Quest'unità dei due principi *a priori* e la stessa dialettica che fra di essi si può sviluppare, consentono a Del Vecchio di stabilire gli elementi costitutivi e direttivi di un ordinamento giuridico all'altezza dei tempi.

Mediante essi, infatti, è possibile ricostruire il concetto del diritto in modo tale che esso tenga conto delle grandi trasformazioni istituzionali che si stavano affermando.

Lo Stato doveva mantenere intatto il suo potere nella produzione del diritto, ma nello stesso tempo non poteva più evitare di legittimare questo suo potere mostrandosi capace di produrre un diritto ed un ordinamento che riflettesse i bisogni materiali della società. Formalmente tutto il diritto doveva scaturire dalla volontà dello Stato, sostanzialmente tutto il diritto doveva trovare la propria legittimazione nella sua capacità di soddisfare i bisogni sociali sostanziali.

L'*a priori* formale costituiva il principio di legittimazione della provenienza del diritto dallo Stato, quello sostanziale rappresentava il principio di legittimazione della capacità dello Stato di porsi al servizio di una società che rivendicava un suo primato.

Il primo continuava a fondare lo Stato nella sua struttura formale, il secondo presiedeva alla strutturazione della sua azione concreta. L'uno era votato a sorreggere lo Stato di diritto, l'altro ad istituire lo Stato sociale.

4.4. Le ragioni storico-sociali del primato dell'*a priori* formale e di quello dell'*a priori* materiale

Questa interpretazione del pensiero di Giorgio Del Vecchio trova conferma nella sua concezione dei rapporti fra diritto e forza, diritto e morale, diritto naturale e diritto positivo.

Mentre nelle prospettive legate allo Stato legale e a quello di diritto si ha una tendenziale riduzione del diritto alla coazione e alla forza, una scissione netta fra diritto e morale, una negazione del diritto naturale ed una assolutizzazione di quello positivo, Giorgio Del Vecchio

sottopone a critica serrata sia una tale riduzione, che la scissione e la negazione a cui si è qui fatto riferimento.

Il diverso atteggiamento del nostro filosofo deriva dalla nozione del diritto già esposta e dalle diverse ed inedite problematiche di fronte alle quali egli si è trovato, che derivano a loro volta dalle trasformazioni dello Stato e della società. Tutto ciò può essere colto nel modo migliore richiamando la nostra attenzione sui legami che intercorrono fra l'assetto statale potremmo dire dell'età liberale e quello che traspare dalle critiche del filosofo.

L'idea che il diritto trovi il suo tratto distintivo nella coazione e alla fine nella forza, è il portato di un evento storico che ha influenzato in profondità le dottrine giuridiche. Questo evento consiste nella centralizzazione della produzione del diritto in capo ad un unico ente sovrano. È l'accentramento della sovranità diffusa del mondo feudale prima in capo ad un unico sovrano e poi in capo ad un unico ente, che ha condotto ad un simile risultato. Infatti, a causa di tale accentramento si è prodotto un fenomeno complesso che si è articolato non solo nella istituzione di un solo organo in grado di produrre le norme, ma soprattutto nella espropriazione delle fonti di cognizione del proprio potere di produzione del diritto. Le università e gli organi giudiziari, preposti alla produzione normativa mediante l'attività cognitiva, furono esautorati di un tale potere, il quale di conseguenza riflù tutto in capo all'organo preposto alla produzione normativa mediante il puro esercizio della volontà.

In altri termini vi fu non solo un accentramento del potere, ma anche una espropriazione di quest'ultimo a scapito della forma di produzione a mezzo di cognizione e conseguentemente a favore della forma di produzione a mezzo di determinazione della volontà.

Questa trasformazione degli assetti statuali ha fatto sì che si pensasse che, essendo emanazione del volere e della sua capacità astrittiva, la norma necessariamente dovesse consistere di quel medesimo elemento, cioè della costrittività. Di qui il convincimento che essa fosse caratterizzata in primo luogo dalla coercibilità e dalla forza.

Le conseguenze di questo tipo di evoluzione sono state il pensare che vi dovesse essere una radicale scissione fra diritto e morale e che bisognasse ridurre tutto il diritto a diritto positivo con esclusione di quello cosiddetto naturale.

Oggi a distanza di tempo da questi eventi è interessante notare come la negazione del diritto naturale fosse un'idea così condivisa da

parte della corrente maggioritaria dei giuristi del periodo, da far dimenticare che quello stesso diritto aveva svolto una funzione importante ed era stato vigente per molti secoli. Non ci si accorgeva, cioè, che avendo avuto una tale fioritura, probabilmente costituiva qualcosa che, seppure poteva essere eliminato nella sua formulazione storica, tuttavia restava un elemento attinente all'essenza stessa del diritto. Su questo punto bisognerà tornare al termine del nostro ragionamento.

Ridotto tutto il diritto ad espressione della volontà e della sua potenza costringitiva, è stato inevitabile scindere nettamente il diritto dalla morale.

Eliminata la produzione mediante cognizione, l'elemento etico, quell'elemento a cui nella cognizione ci si doveva necessariamente riferire al fine di individuare il diritto, non poteva avere più alcun ruolo. Esso doveva, perciò, essere espulso dalla definizione del diritto; doveva essere esterno al diritto; cosicché doveva riguardare non i comportamenti esteriori fra i soggetti, ma quelli interiori e quelli la cui esteriorità era in realtà null'altro che la manifestazione esterna della stessa interiorità. L'elemento etico, in altri termini doveva essere proprio di ciò che è esterno al diritto, ovvero della morale.

Quest'ultima poteva senz'altro influenzare anche i comportamenti esterni, tuttavia non poteva in ogni caso alterare quelli qualificati dal diritto.

Attenzione, anche il diritto a veder bene realizzava una certa eticità, tuttavia questa si risolveva tutta nella pura affermazione della volontà e della sua forza costringitiva. Di modo che, si continuava, non ogni manifestazione di volontà è diritto, ma solo quella che realizzava un rapporto esteriore di tipo universalistico, solo quella che derivava dall'unico soggetto capace di atti universalistici, lo Stato sovrano.

Dunque, l'eticità specifica del diritto prescinde dai contenuti etici per riferirsi solo alla pura manifestazione del volere. Con la conseguenza che l'unica eticità valida giuridicamente è un'eticità formale. Di qui l'idea che l'unico diritto valido sia quello che formalmente deriva dal potere sovrano.

Il formalismo giuridico che ha così fortemente caratterizzato una lunga stagione della cultura giuridica ha le sue radici in questo intreccio relativo alla trasformazione della statualità.

Giorgio Del Vecchio professa una filosofia come quella kantiana che ha fondato filosoficamente proprio questo sistema di concetti. Tuttavia si rende conto del distacco che si stava verificando fra un tale sistema

e una serie complessa di nuove istanze che tendevano a superare le idee che sono state ora esposte. Egli non voleva rinunciare ad alcune acquisizioni importanti del kantismo e della società a cui questo faceva indirettamente riferimento, ma intendeva anche lasciarsi indietro ciò che la storia stava dichiarando oramai obsoleto.

4.5. Il superamento della opposizione fra diritto e morale, fra diritto e forza

Che cosa spingeva Del Vecchio ad un profondo mutamento di prospettiva? Il sistema delineato appena sopra si poteva reggere solo su una particolare equazione. L'accentramento nella produzione del diritto, la scissione fra diritto e morale, la riduzione della validità alla formalità, dell'eticità alla coattività, tutto ciò poteva apparire un sistema ben fondato solo alla condizione che gli arbitri, per riprendere la terminologia kantiana, fossero così autenticamente liberi, che la libertà si potesse risolvere perfettamente nella coordinazione. Solo in questo caso, infatti, quest'ultima non avrebbe potuto limitare la stessa libertà a favore di qualche altro principio sovrastante e diverso. Solo in questo caso l'accentramento si sarebbe potuto risolvere non in una sorta di nuovo dominio sui soggetti, ma nella 'assolutizzazione virtuosa' della costante trasformazione della libertà in coordinazione e viceversa.

Detto più esplicitamente, si sarebbe potuto avere un sistema di scambio perfetto sia sul piano orizzontale del mercato, sia sul piano verticale, dello scambio politico.

In questo caso tutto avrebbe funzionato in modo virtuoso; la giustizia avrebbe potuto coincidere con la libertà e viceversa; la giustizia distributiva con la commutativa.

Questo sistema, appena instaurato era apparso, però, non sufficientemente fondato e ciò aveva condotto ad aspre opposizioni; di modo che gli eredi degli uni e degli altri, della cultura liberale e di quella socialista, si dovettero cimentare in una terribile prova, quella di trovare una soluzione socialmente sostenibile di fronte ai limiti del modello di statualità di origine liberale.

Come si sa, il processo è stato doloroso ed ancora, possiamo dire, non concluso. Giorgio Del Vecchio ha cercato di dare un suo apporto proprio a questo problema interpretando teoreticamente i mutamenti che si andavano verificando sul terreno della storia della società.

In realtà il modello di origine liberale si è potuto reggere fino a che il sistema di scambio sia economico che politico ha sperimentato l'egemonia dei ceti in grado di realizzare quella perfetta conversione fra libertà e coordinazione, ovvero i ceti che potevano effettivamente esercitare la propria autonomia e la propria libertà. Quando questi ceti hanno dovuto prendere atto del fatto che la società è più complessa e che la condizione di libertà non è data, ma va raggiunta costantemente, allora si è dovuto cercare di trovare altre soluzioni progressive.

Ne è derivata una grande divisione, ce lo insegna la storia degli ultimi tre secoli; una divisione fra chi riteneva si dovesse salvare il sistema della statualità liberale pur accettando profondi mutamenti e chi era convinto dovesse quel sistema essere decisamente superato.

Giorgio Del Vecchio può essere annoverato fra i primi e ciò emerge in modo manifesto, dal punto di vista teoretico, là dove cerca di affiancare all'*a priori* formale (il diritto valido è quello che scaturisce dal sovrano secondo le procedure formalmente istituite), un *a priori* che egli definisce assoluto (la giustizia) e che possiamo senz'altro qualificare come espressione di un'etica materiale secondo le indicazioni prevalenti nel kantismo europeo.

Non tutti gli strati della società possiedono autonomia e libertà; dunque, è necessario far ricorso anche ad un'azione che per rendere uguali deve trattare differentemente i vari gruppi sociali in modo da consentirgli una loro condizione libera. Questa azione si fonda, appunto, sul principio della giustizia.

Il riferimento a quest'ultima rende chiaro il significato storico della impresa teoretica di Del Vecchio e spiega nel modo più esaustivo la ragione del suo dualismo.

Se analizziamo attentamente le opere citate in apertura, vediamo che tutto lo sforzo teoretico consiste non nell'abolire i principi della statualità liberale, ma nel reinterpretarli in un'ottica che consenta il loro superamento insieme alla loro conservazione.

Tutto ciò lo possiamo verificare chiarendo il senso del tentativo compiuto da Del Vecchio in ordine al superamento di alcuni principi ancora allora dominanti: di una certa idea dell'accentramento, della scissione del diritto dalla morale, della riduzione del diritto alla forza, della riduzione del diritto alla sua forma.

Il principio della legittimazione liberale dell'accentramento non è abolito. L'accentramento è legittimo, perché a differenza di quello dell'antico regime in null'altro si risolve se non nel fatto che rappresenta

un sistema di 'imposizione' della libertà come criterio fondamentale del coordinamento delle azioni. Esso, dunque, va mantenuto. Tuttavia, qui tornano i concetti appena sopra espressi, può essere un fattore di legittimazione solo se la libertà stessa non viene ridotta a mero criterio di relazione fra i soli liberi; per poter legittimare le azioni della totalità degli individui, deve anche e soprattutto *rendere* liberi coloro che non lo sono. Deve, cioè, svolgere una funzione di giustizia.

Ma allora il primato della libertà va mantenuto se e solo se si fa, appunto, strumento di giustizia condizionando in un certo modo l'accentramento; e solo in questo caso, solo se essa svolge questa funzione (aggiungiamo noi) quel primato è legittimo.

Pur avendo un poco forzato la terminologia di Del Vecchio, questo è il significato che oggi riteniamo si debba attribuire ad una tale teoresi.

Naturalmente anche la giustizia a sua volta si deve convertire nella libertà, dal momento che essa deve essere funzionale alla qualificazione dell'accentramento; il quale non può essere autentico se la giustizia non sia prima di tutto il rendere liberi. Conversione quest'ultima della massima importanza dal momento che nella storia occidentale l'averla sacrificata ha condotto alle più terribili catastrofi sociali.

Una volta compreso l'intreccio fra i due fondamentali *a priori* e la loro funzione nei confronti dell'accentramento, le ragioni del superamento del dualismo fra diritto e morale, fra diritto e forza, fra carattere formale e carattere sostanziale del diritto divengono del tutto chiare.

Che il diritto valido sia quello prodotto secondo una certa forma a prescindere dal suo contenuto, costituisce un principio non rifiutabile; ma non perché da ciò possa derivare anche che sia valida qualsiasi declinazione della forma. Quella proposizione è accettabile solo se l'accentramento e il suo formalismo svolgono la funzione indicata in precedenza; solo se rappresentano un dispositivo di generalizzazione della concezione 'etica' della libertà nel sistema. La validità formale del diritto qui si risolve in un caso specifico di validità sostanziale, quella legata all'elemento etico della libertà intesa come modo di realizzazione della giustizia.

Dunque, in questa ottica è la legittimazione sostanziale che è ragione anche di quella formale e la cosa emerge con ancor più chiarezza, se si tiene presente che la libertà è a sua volta principio valido quando si declini come liberazione, cioè come giustizia nella e per la libertà.

Da questo punto di vista, cioè, la validità formale appare come un caso specifico della validità sostanziale.

Le due cose, certo, non sempre vanno insieme nella vita effettiva del diritto, perché l'accentramento può sempre perdere di vista la vera ragione che lo legittima. Del Vecchio ne è ben consapevole. Tuttavia, un sistema giuridico all'altezza delle istanze del tempo non può non rendersi conto della necessità del superamento della contrapposizione fra legittimazione formale e sostanziale di un ordinamento, della necessaria coniugazione dell'una cosa con l'altra. Le forme di legittimazione devono, cioè, convergere.

Da quanto si è detto si comprenderanno subito le ragioni che spingono il nostro filosofo a superare anche la contrapposizione fra diritto e forza, fra diritto e morale. Tali ragioni sono già emerse nel ragionamento or ora svolto.

Non vi è dubbio che anche per Del Vecchio non si possa confondere fra il diritto e la morale. Ciò non vuol dire, però, che non vi siano nessi profondi fra l'uno e l'altra.

Il motivo è facilmente comprensibile, quando si sia riflettuto su quanto si è ragionato. Certo, il diritto regola i comportamenti esteriori e le condizioni esterne perché ciascuno possa essere tutelato rispetto all'autonomia della dialettica della sua vita interiore; in particolare espropriando il controllo sulle stesse manifestazioni esterne a chi le ha poste in essere e devolvendolo a soggetti altri. Cosa che non è affatto detto che debba fare la morale sia individuale che sociale. Tuttavia la stessa sottrazione del controllo è un fatto che può essere messo in atto solo in quanto esprima esso stesso il valore della giustizia e comunque un principio etico.

Dunque, sia il diritto che la morale si fondano su principi etici, i quali possono coincidere o possono divaricarsi. L'identità di struttura fa dire a Del Vecchio che l'eventuale conflitto non è fra esteriorità ed interiorità, ma fra due differenti principi etici; di modo che la differenza fra diritto e morale in altro non consiste se non nel fatto che in certi casi operino due differenti valori di riferimento.

È pur sempre sul piano etico, in altri termini, su un medesimo piano etico che può prodursi la stessa apparente divaricazione fra il diritto stesso e la morale. Dunque, unità etica e solo possibile conflitto valoriale. Cose analoghe emergono anche nel suo ragionare sul rapporto fra diritto e forza.

Nella legittimazione della statualità liberale si sono confuse due cose: il criterio di legittimazione del diritto dei ceti fondanti il loro potere sulla libertà con questo potere. Sul piano della legittimità la borghesia non poteva non riferirsi ad un elemento etico come fondamento del diritto. Sul piano del fatto avendo imposto quel principio contro i ceti tardo-feudali, ha ritenuto che l'accentramento si giustificasse non, come si è detto più sopra, quale dispositivo di affermazione e generalizzazione della libertà, ma come emanazione del proprio potere di ceto. Ed è stata proprio questa confusione che ha condotto molta parte del positivismo giuridico a ritenere che il valore formale del diritto si risolvesse tutto nel potere egemonico della borghesia e dunque nella forza.

Del Vecchio avverte questo errore e cerca, avendo aperto alla legittimazione sostanziale (la giustizia), di rivalutare il senso etico del diritto in modo da superare la sua riduzione alla forza.

Se abbiamo ben compreso quanto è stato detto, dovrebbe risultare chiaro che il derivare il diritto da un dispositivo accentrato non sta ad indicare che è diritto ciò che mediante quel dispositivo semplicemente si sia 'voluto', ma ciò che si sia voluto in modo qualificato secondo l'etica fondante un certo ordinamento. Dunque, nell'ottica di Del Vecchio, non è la forza il carattere distintivo del diritto, ma la sua qualificazione etica, cosicché la costringibilità del diritto non è differente da quella che in etica appelliamo la forza obbligante del dovere. Di modo che, anche per questo aspetto si torna all'*a priori* di Del Vecchio. Certo, il riferimento alla forza è ineludibile, ma solo nel senso che essa rappresenta l'attuarsi della 'costringibilità' etica sul piano fenomenico e del controllo esterno. Per questo il nostro autore nella definizione del diritto parla dell'esclusione di possibili azioni che l'ordinamento eventualmente vieti. Posizione che è sinteticamente espressa nella definizione stessa del diritto riportata all'inizio di questo ragionamento.

Dunque, anche in questo caso si ha il superamento di un dogma cardinale di un certo positivismo giuridico (quello della riduzione del diritto a forza). E ciò è possibile grazie a quella dimensione etica che intende dar luogo ad un liberalismo aperto alle ragioni della socialità e dei valori degli strati emergenti della società nuova del tempo.

4.6. Il superamento della opposizione fra positività e naturalità.

Quanto è venuto affermando Giorgio Del Vecchio, nel volgere degli anni si è manifestato nel modo più chiaro. Con l'istituzione delle corti costituzionali e delle corti internazionali, con l'introduzione della ragionevolezza come criterio ultimo dell'interpretazione, la produzione del diritto a mezzo della volontà, pur non essendo venuta meno, tuttavia ha perso il suo ruolo esclusivo. Il diritto è apparso sempre più prodotto anche a mezzo di cognizione. Anzi, questo tipo di produzione della norma ha nei sistemi giuridici attuali, un ruolo decisivo, dal momento che è ad esso che viene demandata la definizione ultima del senso di una produzione normativa.

Ma una volta reintrodotta un tale dispositivo di produzione, ci si è trovati di fronte alla inevitabile rivalutazione di elementi materiali di natura etica; una rivalutazione che ha spostato la legittimazione dalle procedure formali e dal primato della volontà a quelle sostanziali, alle procedure cognitive impegnate ad utilizzare non più tanto i giudizi analitici cari ad una certa tradizione positivista, quanto i giudizi sintetici tipici dell'etica.

Del Vecchio, in altri termini, si sforza di interpretare i segni del suo tempo ed in certa misura vi riesce, anche se a causa della sua attitudine specifica difficilmente giunge a cogliere in profondità i limiti di una società al tramonto e gli avvertimenti di quella nuova. Il suo teoreticismo gli impedisce di produrre una proficua sintesi fra l'analisi concettuale e quella storico-sociale.

Lo stesso carattere da un lato perspicuo e dall'altro limitato lo possiamo riscontrare su un'ultima tematica da lui diffusamente studiata, quella relativa al significato del concetto di natura.

Anche in questo caso la nostra interpretazione deve supplire ai limiti che sono stati qui sopra rilevati.

Del Vecchio vuole superare un'ultima importante contrapposizione, quella fra diritto naturale e diritto positivo. Più in particolare intende superare non solo la contrapposizione, ma anche la negazione del primo operata dal positivismo giuridico. Cerca di andare aldilà di tali determinazioni, ma non spiega il perché. Dunque, ancora una volta dovremo supplire ad un certo vuoto del suo pensiero, pur riconoscendo il valore di un fine ragionamento teorico.

Da quanto è stato detto in precedenza, si può già intuire la ragione che lo porta a negare la negazione del diritto naturale ad opera del diritto positivo. Essa è legata al rifiuto di far coincidere tutto il diritto con quello che ha come fonte la sola volontà.

Ora, se non si vuole accettare il primato assoluto di quest'ultima, è necessario rivalutare un diritto che non scaturisca da quella, un diritto che, dunque, non sia essenzialmente artificiale. Ma se bisogna rivalutare l'unico altro possibile diritto contrapposto all'artificialità, allora ci si deve di nuovo riferire in qualche modo alla naturalità.

D'altro canto, nel momento in cui si rivaluta il sistema di produzione a mezzo di cognizione, è inevitabile riferirsi a qualcosa, come appunto la naturalità, che si contrapponga all'idea di un diritto prodotto tutto artificialmente ed arbitrariamente. Come intendere, però, questo elemento della naturalità?

Come si è detto, Del Vecchio si oppone alla negazione del diritto naturale affermata dai positivisti; ma non per rivalutare lo stesso diritto naturale, piuttosto per ricavarne un più corretto riferimento alla natura.

Anche lui in realtà si oppone al naturale inteso come principio cardine di un sistema di diritto separato da quello positivo. Ed è paradossalmente grazie a questa opposizione che può recuperare l'idea che il diritto in fondo sia e debba essere tutto naturale.

L'affermazione di un primato del diritto positivo con la conseguente negazione del naturale, gli avrebbe dissolto la concezione dualistica alla fine fondata sul primato della giustizia.

Infatti, la giustizia, essendo un principio a cui deve sottostare anche il diritto (formale) creato artificialmente, rinvia necessariamente alla naturalità del diritto, anzi di tutto il diritto dal momento che anche l'elemento formale, come è stato spiegato in precedenza, è da intendere nella sua valenza etica sostanziale.

La negazione di un sistema di diritto naturale separato da quello positivo, mentre nei positivisti porta alla affermazione della radicale artificialità del diritto, in Del Vecchio conduce alla estensione della naturalità a tutto il diritto positivo.

Quest'ultimo è naturale nell'ottica del nostro filosofo non tanto, come in certi luoghi dice, perché, essendo manifestazione della realtà fenomenica, è già, per questo, naturale, ma perché è esplicazione di una dimensione etica; cioè di un che di non artificiale.

Non a caso nell'argomentare sulla naturalità del diritto positivo, unico e solo diritto, il ragionamento ruota tutto intorno al concetto di persona, vale a dire alla nozione che costituisce la qualificazione etica 'naturale' dell'essere umano.

Il kantiano Del Vecchio, dunque, da un lato condivide il principio positivista per il quale tutto il diritto è diritto positivo, dall'altro lato si rende conto del fatto che i più recenti sviluppi degli ordinamenti presentavano, soprattutto sul piano del diritto internazionale, delle affinità con quel diritto cosmopolitico di cui aveva parlato Kant e che egli vedeva sorgere con la creazione di istanze giurisdizionali non facenti capo ad una specifica potestà sovrana. Istanze giurisdizionali che alla fine dovevano in qualche modo produrre diritto soprattutto mediante cognizione con gli inevitabili riferimenti a valori di natura etica universalmente condivisi.

Non vi è dubbio che da questo punto di vista Del Vecchio abbia ben compreso l'evoluzione degli ordinamenti contemporanei; i quali se da un lato riaffermavano il primato della positività, dall'altro lato rivalutavano la necessità di un diritto sottratto alle potestà umane. Aveva, perciò, in parte forzato le concezioni delle generazioni appena precedenti avviandosi verso una visione più complessa del fenomeno giuridico.

Egli iniziava un percorso verso il quale faticosamente, anche partendo da altri punti di vista, molti fra i giuristi più avvertiti del suo tempo si stavano avviando. Basti riflettere sull'evoluzione dello stesso nostro positivismo.

Per ragioni di esposizione in questi ragionamenti spesso la posizione di Del Vecchio è stata contrapposta a quella dei positivisti. Ciò non deve, tuttavia, farci dimenticare che anche all'interno del positivismo vi fu un analogo sviluppo. Basti ricordare, sempre a proposito del diritto naturale, la posizione assunta da Roberto Ardigò.

Anche quest'ultimo, nel saggio del 1897 dal titolo "*Sociologia*" contenuto nelle *Opere filosofiche*⁵, ritiene che tutto il diritto venga posto da una autorità e, dunque, sia positivo; ma nello stesso tempo fa derivare la sua validità dalla potenzialità morale del corpo sociale, ponendo più o meno consapevolmente il primato di un principio di etica materiale ed indirettamente la rivalutazione di una produzione del diritto a mezzo di cognizione, inevitabilmente aperta alla rivalutazione della naturalità.

⁵ Ardigò, "*Sociologia*".

Dunque, anch'egli non diversamente da Del Vecchio e nonostante le differenti posizioni filosofiche, afferma, anche se non, ovviamente, un sistema di diritto naturale, una naturalità insuperabile di tutto il diritto, di tutto il diritto positivo.

E ancora; anche l'allievo di Del Vecchio, Guido Gonella, legato al giusnaturalismo della tradizione cattolica, ed autore anch'egli di un volume sul concetto di persona, segue un analogo itinerario pur partendo, come si è detto, da una diversa formazione.

La ripresa del tomismo, infatti, aveva significato per lui, non un ritorno ad un giusnaturalismo fiorito in un mondo sociale oramai definitivamente tramontato, cioè ad un diritto naturale ritagliato sulla società naturale di tipo feudale, ad un sistema di produzione del diritto tipico della società pre-industriale, ma ad una naturalità del diritto alla quale far riferimento quando il momento della produzione artificiale dovesse debordare in maniera tale da trasformare l'artificialità stessa in innaturalità. Pericolo che, come ognuno può costatare, incombe su molte delle società contemporanee.

Giorgio Del Vecchio è stato, dunque, insieme ad altri, anche sotto l'aspetto ora preso in considerazione, buon interprete delle istanze del suo tempo, anche se l'attitudine teoreticistica non gli ha fatto comprendere a fondo i legami del suo pensiero con la effettiva trasformazione della società e dei suoi ordinamenti. Per questo motivo è necessario sviluppare un'ultima riflessione sull'evoluzione attuale del medesimo problema.

La crisi secolare della *Res publica christiana* ha finito per infrangere un tipo di unità giuridica del sistema sociale, quella fondata sulla coerenza fra la *lex divina*, la *lex naturalis* e la *lex humana*; ha condotto all'assorbimento di tutto il diritto nella *lex humana*, unica effettivamente vigente sul piano pubblico, ed ha accreditato a favore della comunità religiosa solo una influenza interiore e sociale, ma appunto non giuridica. Di modo che un sistema di diritto naturale in senso proprio ha cessato di avere rilevanza sul piano generale.

Ma poiché il problema della naturalità del diritto resta qualcosa di non eliminabile, in Del Vecchio come in altri studiosi, lo abbiamo visto riemergere per dar forma e qualificare tutto lo stesso diritto positivo, ovvero paradossalmente tutto il diritto valido.

Questi esiti, pur di grande rilevanza, oggi sembrano, tuttavia, anch'essi attraversati da profonde contraddizioni. Infatti, essi in realtà si fondano su un rapporto di sostanziale coerenza reciproca dovuta

al fatto che, pur attraverso la mediazione dell'Illuminismo, la concezione dei diritti propria dell'antico diritto naturale è sopravvissuta nel diritto moderno. Anzi si può dire che quest'ultimo, nel momento stesso nel quale ha affermato il valore della positività, ha legittimato questa affermazione presentandosi appunto come esso stesso il diritto più naturale; essendo quello dell'età di mezzo qualcosa di inautenticamente tale, legato come era ad antichi e radicati privilegi.

Il diritto positivo, cioè, era da considerarsi certamente come un diritto artificiale; tuttavia, era da considerarsi tale solo nel suo aspetto formale, solo perché fondato sulla volontà di un principe o di uno stato. Dal punto di vista sostanziale si presentava invero in un modo affatto diverso. Si proponeva come veramente ed incontrovertibilmente naturale.

Questa posizione tipica anche di Del Vecchio oggi appare del tutto superata. Di modo che il diritto positivo, il diritto in senso proprio, vive una grave crisi di legittimità.

Ciò che viene messo continuamente in discussione è il suo principio, ovvero l'autentica natura dell'uomo. In cosa consiste quest'ultima, se può essere alterata, trasformata, violata mediante le scoperte della tecnologia? In che cosa può consistere, se la società, di cui è espressione, è fortemente divisa, anche a causa della libertà di movimento dei popoli, fra concezioni del tutto differenti ed incompatibili?

Noi siamo stati abituati a pensare che su uno stesso territorio potesse esistere un solo sistema sociale, un solo diritto. Oggi assistiamo al sorgere di sistemi relativamente deterritorializzati, e viceversa a sistemi territoriali in cui insistono differenti sistemi sociali e differenti principi di legittimazione del diritto. Oggi assistiamo al livello globale ad una lotta non dichiarata fra differenti principi di legittimità degli ordinamenti giuridici. Tutto ciò entro certi limiti rilancia una concezione antica che sembrava assolutamente morta, quella che sosteneva la legittimità di sistemi di diritto personali; i quali nella nostra epoca appaiono non più tanto legati ai ceti, quanto ai portatori di differenti culture.

L'idea della naturalità del diritto positivo, quale abbiamo conosciuta anche in epoca recente, sta subendo, dunque, una profonda crisi; e a causa di questa ci si trova, di nuovo, nella necessità di ricostruire un nucleo di diritto naturale da ritenere valido al di là dei conflitti esistenti fra i diritti positivi; di concordare su qualcosa di relativamente 'oggettivo', senza il quale ci si troverebbe esposti solo alla forza dei diritti in un certo momento ed in una certa situazione dominanti.

Se, invece, tutto ciò non sarà possibile conseguirlo, e crederemo, tuttavia, nella nostra tradizione giuridica, saremo costretti a dimostrare la superiorità del nostro diritto positivo; compito che potremo svolgere felicemente solo se riusciremo a dar luogo ad una nuova concezione della naturalità del diritto capace di fondare la legittimità di quella stessa nostra tradizione.

Riferimenti bibliografici

- ARDIGÒ, ROBERTO. "Sociologia." In Idem. *Opere filosofiche*, vol. IV. Padova: Angelo Draghi Editore, 1908.
- CROCE, BENEDETTO. *Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale* Bari: Laterza, 1902.
- . *Filosofia della pratica*, Bari: Laterza, 1909.
- . *Logica come scienza del concetto puro*. Bari: Laterza, 1909.
- DEL VECCHIO, GIORGIO. *Il concetto del diritto*. Bologna: Zanichelli, 1906.
- . *Il concetto della natura e il principio del diritto*. Torino: Fratelli Bocca, 1908.
- . *La giustizia*. Roma: Studium, 1951.
- GARIN, EUGENIO. *Cronache di filosofia italiana*. Roma-Bari: Laterza, 1975.
- KANT, IMMANUEL. *Metafisica dei costumi*. Roma-Bari: Laterza, 1998.

5. L'ombra di Banquo: il fantasma della libertà nella giuspubblicistica del primo decennio fascista

*Mario Caravale**

5.1. Introduzione

La storia è nota. Nella tragedia shakespeariana *Macbeth*, conquistata la corona scozzese dopo aver assassinato il re Duncan, assolda alcuni sicari per uccidere anche il suo antico compagno d'armi Banquo e il figlio di questo Fleance, al fine di impedire che si compia la profezia secondo cui il trono sarebbe passato alla discendenza di Banquo. I sicari uccidono Banquo, ma Fleance riesce a fuggire. Da quel momento il fantasma di Banquo appare di continuo a Macbeth e lo perseguita costringendolo a vivere in maniera ossessiva il ricordo della sua colpa.

La celebrità del dramma shakespeariano ha avuto la conseguenza di elevare la vicenda del rapporto tra Macbeth e l'ombra di Banquo a emblema della condizione del carnefice che, ossessionato dal senso di colpa, vive l'incubo del ricordo della sua vittima e continuamente su di essa ferma il suo pensiero. Una condizione, questa, che sembra segnare la pubblicistica e la dottrina giuridica fascista a motivo della loro attenzione, quasi compulsiva, al tema della libertà politica. Ridotta sin dall'inizio del governo Mussolini dopo la marcia su Roma e del tutto abolita con le leggi fascistissime del 1925-1926, la libertà risulta essere oggetto di un'intensa trattazione da parte di giuristi, pensatori, pubblicisti schierati con il nuovo regime. Il relevantissimo numero dei loro interventi sul tema in questione sta ad indicare con ogni evidenza come i sostenitori del partito al governo non riuscissero a togliere dalla propria mente il problema della libertà politica: quest'ultima – la vittima – diventò, allora, il centro ossessivo della riflessione dei fascisti, i suoi carnefici.

* Dipartimento di Scienze giuridiche, Sapienza Università di Roma.

Ed è in particolare nel corso degli anni '20 che venne a maturazione una lettura inedita del concetto di libertà legata alla rottura con la tradizione liberale ed all'idea della fondazione da parte del fascismo di un nuovo ordine nel quale l'individuo era assorbito all'interno dell'unità sociale dello Stato sovrano.

La centralità del tema della libertà nel regime è stata evidenziata qualche anno fa da Pier Giorgio Zunino a parere del quale l'ideologia fascista si fondava non soltanto sui concetti di forza e di consenso, ma anche su quello di libertà, rivisitato profondamente rispetto al pensiero liberale e strettamente connesso con la subordinazione dell'individuo all'autorità statale guidata dal regime¹. Nel decennio preso in esame in questa sede, comunque, il tema della libertà politica non risulta ancora monopolizzato dai pensatori fascisti. Anche nel campo avverso si continuò a parlare della libertà politica, con voci che condannavano l'azione del governo e rivendicavano i valori della tradizione liberal-democratica: non si tratta soltanto di esponenti dei partiti antifascisti che denunciavano al mondo occidentale la forma di governo dittatoriale affermatasi in Italia, ma anche di giuristi che la passione politica arricchivano con argomentazioni tecnico-formali. Voci, queste ultime, certamente poco numerose, ma comunque vive e vibranti che continuarono a rivendicare la perdita libertà politica almeno fino all'inizio degli anni '30.

5.2. Le prime letture fasciste

I primi interventi in tema della libertà si collocano all'interno della riflessione sui contenuti dell'ideologia fascista. Alfredo Rocco² nel discorso pronunciato all'Augusteo di Roma il 5 aprile 1924 e intitolato *La formazione della coscienza nazionale dal liberalismo al fascismo*³ dichiarava che:

¹ Zunino, *L'ideologia del fascismo*, 168-179.

² Su Alfredo Rocco (1875-1935) mi limito a ricordare Ungari, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*; E. Gentile, "Alfredo Rocco", 303-336; Idem, *Il mito dello Stato nuovo*, 171-210; Sbriccoli, "Alfredo Rocco", 533-538; E. Gentile, Lanchester, Tarquini, *Alfredo Rocco*; Speciale, "Alfredo Rocco", 559-562; Costa, "Rocco, Alfredo", 1701-1704 e la bibliografia ivi citata.

³ Il testo del discorso in Alfredo Rocco, *Scritti e discorsi politici*. II, 755-770.

il Fascismo ripudia in blocco la concezione liberal-democratica della Società e dello Stato e si oppone al movimento filosofico-politico di origine straniera, che trova la sua espressione nella filosofia della rivoluzione francese. Il Fascismo rovescia i termini di quella concezione ... Esso crede che i cittadini di un determinato Stato non siano fine della azione dello Stato, ma mezzo, perché i fini storici ed immanenti dell'organismo sociale devono prevalere su quello dei singoli che in un determinato momento lo compongono. Il rapporto che liberalismo e democrazia stabiliscono fra società e individuo è rovesciato dal Fascismo. Liberalismo e democrazia fanno della società il mezzo, del singolo il fine. Il Fascismo fa del singolo il mezzo, della società il fine⁴.

Pertanto,

la differenza essenziale che c'è tra la concezione fascista e la concezione liberale della libertà sta in ciò che per il Fascismo la libertà è una concessione dello Stato fatta non nell'interesse dell'individuo, ma nell'interesse dello Stato, a cui preme che l'individuo sia libero perché possa sviluppare al massimo grado le sue facoltà. Nella concezione liberale invece la libertà è un diritto innato dell'individuo, che egli può far valere anche contro lo Stato, e che deve mantenersi intatto anche se danneggia l'interesse dello Stato. E quel che si dice per la libertà politica, vale anche per la libertà economica⁵.

Il discorso di Rocco appare interessante sotto più aspetti. Innanzi tutto il giurista legge l'idea di libertà del liberalismo come esclusivamente ancorata all'impostazione giusnaturalistica, senza tener in alcun conto l'evoluzione conosciuta dalla dottrina giuspubblicistica a partire dalla metà dell'Ottocento. È noto che la dottrina tedesca, una volta teorizzata la personalità giuridica dello Stato con Carl Friedrich von Gerber, aveva negato ogni validità sia alle tesi giusnaturaliste, sia a quelle storicistiche: il diritto per Paul Laband nasce soltanto dalla volontà normativa dello Stato e da questa, di conseguenza, deriva anche la libertà individuale. E Georg Jellinek aveva formulato l'idea che lo Stato si autolimita riconoscendo agli individui diritti pubblici soggettivi. Una complessa e articolata interpretazione, dunque, dei rapporti tra Stato e individuo che vedeva il secondo subordinato al primo, dato che l'ambito ed i contenuti dei suoi diritti di libertà erano

⁴ Ibid., 764 s.

⁵ Ibid., 766.

fatti dipendere in via esclusiva dalla volontà normativa di questo, una volontà che necessariamente maturava tenendo conto degli interessi superiori della collettività. Una tale riflessione si era espressa anche nella discussione sulla natura del *Rechtsstaat*, lo Stato di diritto, e aveva visto impegnati in Italia i massimi esponenti della giuspubblicistica come Vittorio Emanuele Orlando e Santi Romano⁶. Di tutto questo non si rinviene traccia alcuna nel discorso di Rocco: per lui il pensiero liberale era quello del giusnaturalismo di inizio Ottocento e il riconoscimento della sovranità dello Stato e della sua superiorità sull'individuo era merito esclusivo della riflessione dottrina del fascismo. Una tale lettura della libertà liberale non sembra derivare soltanto dal disconoscimento dell'evoluzione conosciuta dal pensiero liberale in merito al rapporto sovranità statale-libertà individuale: essa appare, infatti, direttamente funzionale alla rappresentazione dello Stato liberale come succube dell'egoismo particolarista dell'individuo, come lo Stato che aveva sempre tutelato in via esclusiva il singolo e i suoi diritti naturali e a questi aveva subordinato l'interesse comune della società, con la conseguenza di aprirsi al rischio dell'anarchia. A detta di Rocco, con il fascismo si era finalmente inaugurata l'età in cui la libertà non soltanto derivava agli individui dalla volontà normativa dello Stato – e su questo punto le sue idee coincidevano con quelle formulate dalla giuspubblicistica di fine Ottocento, peraltro, come si diceva, da lui non ricordata –, ma era anche in funzione esclusiva della società, dello Stato e non riservata alla sfera individuale del singolo, come invece la suddetta dottrina aveva sostenuto⁷.

Il discorso di Rocco, dunque, sembra articolarsi su alcuni punti principali: i) l'idea di libertà espressa dal liberalismo all'inizio del secolo XX continuava ancora a coincidere con quella giusnaturalistica del liberalismo del primo Ottocento; ii) di conseguenza lo Stato del liberalismo era subordinato all'egoismo degli individui, succube del predominio dei loro diritti naturali e quindi a rischio di anarchia; iii) la tesi

⁶ La letteratura su questi temi è vastissima. Mi sia consentito limitarmi a richiamare in questa sede quella citata in Troper, "Le concept d'Etat de droit", 51-63; Gherardi e Gozzi, *Saperi della borghesia e storia dei concetti*; Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, rule of law*; Costa e Zolo, *Lo Stato di diritto*; Bingham, *The rule of law*; Lacchè, "Il costituzionalismo liberale", 294-301; Caravale, "La dialettica libertà-autorità", 147-177; Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*.

⁷ Un approfondito studio sull'individualismo giuridico fu pubblicato da Waline, *L'individualisme et le droit*. Nel 2007 ne è stata edita una ristampa, sempre a Parigi, con una attenta Prefazione di Ferdinand Mélin-Soucramanien.

della libertà individuale come diritto derivante dalla superiore volontà normativa dello Stato sovrano, fonte esclusiva dell'ordinamento giuridico, era indicata non già come prodotto dell'evoluzione conosciuta dalla dottrina giuspubblicistica a partire dalla metà dell'Ottocento, ma come contributo specifico dell'ideologia fascista in opposizione al liberalismo; iv) lo Stato concedeva la libertà agli individui non perché conseguissero fini propri, ma perché operassero in funzione dell'interesse generale dello Stato. E su questi punti torneranno costantemente i pensatori fascisti.

È il caso, ad esempio, delle tesi sostenute, sempre nel 1924, da Massimo Rocca (1884-1973), fascista della prima ora, fondatore con Giuseppe Bottai nel 1923 della rivista *Critica fascista*, il quale in quel momento condivideva appieno la linea ufficiale del partito⁸.

La libertà – si chiedeva Rocca – è uno scopo a sé, o un mezzo che serve ad uno scopo superiore, la Patria, e vale solo in quanto gli serve? E quindi, deve la libertà trovare dei limiti morali e pratici nell'interesse della Nazione, anche perché oltre quei limiti la libertà diventa una menzogna, in quanto tende a negare il terreno storico sul quale soltanto una libertà nazionale e individuale può sussistere?

Su questi e altri analoghi quesiti Rocca vorrebbe «avere una risposta chiara e precisa» da «liberali e ... democratici italiani ... d'ogni sfumatura». Dal canto suo egli affermava che «la civiltà moderna ha forma e veste di nazione; che tale nazione per noi è l'Italia; ... che ogni danno per l'Italia è un danno per tutti gli Italiani ... è una diminuzione della sua esistenza, della sua civiltà, della sua libertà, della sua scienza e filosofia, e quindi della civiltà universale». Di conseguenza:

⁸ Su Massimo Rocca (1884-1973) rinvio a De Felice, *Mussolini il rivoluzionario, ad Indicem*; Idem, *Mussolini il fascista, ad Indicem* e a E. Gentile, *Le origini dell'ideologia fascista (1918-1925), ad Indicem*. Su Rocca appare interessante ricordare il giudizio espresso nel 1925 da Prezzolini, *Le fascisme*, 159-162: «Un autre philocatholique est Massimo Rocca. Il vient de l'anarchie et sort des rangs révolutionnaires. C'est le type de l'ouvrier autodidacte, qui, de l'atelier de typographie, est passé au cabinet de l'écrivain. On qualifiera fort exactement sa culture, si on se souvient qu'il a naguère dirigé un petit journal de connaissances vulgaires, *La Scienza per tutti*. Il a été un peu à la remorque de tous les mouvements de la fin du siècle: Bergson, Croce, Sorel. Avec la tendance propre aux autodidactes, qui ont peur qu'on leur rapproche leur faible culture, il sort sans cesse une infinité de lectures, de livres, d'hommes, de philosophes, de théories: mais la substance personnelle est peu abondante. Il voit dans le fascisme un mouvement anti-intellectualisme, qui constitue par là même un frein à l'égard du bolschevisme ... Rocca tend au catholicisme ... mais à un catholicisme compris ... à sa façon, et non à la façon de l'Eglise».

io, Stato, potrò concedere la libertà e stimolarla, in quanto alla Nazione è utile; colpire coloro che la conculcano arbitrariamente per motivi nazionali; difendere il diritto alla critica serena, che pone il Governo a contatto del Paese ... Ma non appena l'abuso unisce il danno concreto al dolo, o anche solo alla colpa, io, Stato, colpisco e devo colpire, chiunque sia il colpito ... lo tolgo dalla circolazione ... E così agendo, io non opprime, compio invece il dovere sacro e assoluto dello Stato, di non attendere soltanto all'ordinaria amministrazione, ma di proteggere e potenziare la coscienza nazionale⁹.

Con uno stile più enfatico, Rocca ripeteva, dunque, gli argomenti che in maniera più diretta abbiamo visto toccati da Alfredo Rocco: la libertà non costituisce un diritto naturale, prestatale, ma deriva dalla concessione dallo Stato; una concessione disposta non perché gli individui perseguano fini egoistici, ma perché contribuiscano con la loro opera al progresso ed al benessere dello Stato in cui la Nazione si incarna.

Sugli stessi temi tornò, sempre nel 1924, Arnaldo Volpicelli¹⁰ con il saggio "Lo Stato fascista", pubblicato nel numero di agosto della *Nuova politica liberale*¹¹. Il suo giudizio sul liberalismo contemporaneo coincideva con quello di Rocco: «lo Stato liberal-rappresentativo» – affermava – «è lo Stato del diritto naturale ed umano ... è lo Stato ... essenzialmente individualistico e giuridico» al quale «sfugge a priori e per natura la vita sociale ed economica nel suo contenuto e nel suo organico dinamismo»¹². Un primo superamento dello Stato liberale era stato promosso dal socialismo, ma tale evoluzione doveva essere conciliata con l'affermazione dell'autorità sovrana dello Stato. «La supremazia, inderogabile necessità dell'epoca nostra è di conciliare e saldare le esigenze sociali ed economiche affermate dal socialismo e l'esigenza statale e politica affermata dal liberalismo», fondando uno Stato che deve essere «liberale, e insieme socialista»¹³. Uno Stato liberale, socialista, nazionalista, radicalmente opposto allo «Stato giuridico-liberale»

⁹ Rocca, *Idee sul fascismo*, 108-111.

¹⁰ Su Arnaldo Volpicelli (1892-1968) si vedano la biografia redatta da Latini per *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, 509-512, quella scritta da Fioravanti per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, 2066 s. e la bibliografia dalle stesse citata.

¹¹ Il saggio fu poi pubblicato nel volume promosso dall'Istituto nazionale fascista di cultura, G. Gentile et al., *Pagine fasciste*, I, *I fondamenti ideali*, 129-153; tale edizione è utilizzata in questa sede per le citazioni.

¹² *Ibid.*, 139.

¹³ *Ibid.*, 142-144.

che è «per essenza anarchico», e quindi, in conclusione, «la negazione dello Stato»¹⁴. Volpicelli condivideva, dunque, l'impostazione fascista e leggeva lo Stato liberale come esclusivamente coincidente con l'impostazione giusnaturalistica; il fascismo invece si era assunto il compito di fondare il nuovo Stato che «è sempre ed essenzialmente Stato-partito. Lo Stato è oggi il Fascismo»¹⁵. Di conseguenza gli obiettivi in funzione dei quali la libertà individuale era stata concessa dallo Stato ai cittadini erano quelli formulati dal fascismo.

Gli argomenti fondamentali della polemica antiliberale che abbiamo indicato negli interventi fin qui esaminati si ritrovano, poi, nella difesa fascista del R.D.L. 13 luglio 1923, n. 3288 sulla stampa che sottoponeva il responsabile di giornale o di altra pubblicazione periodica al riconoscimento del prefetto, riconoscimento che non poteva essere concesso ove il giornale avesse pubblicato «notizie false e tendenziose» che potevano recare «intralcio all'azione diplomatica del Governo» o articoli che istigassero «all'odio di classe o alla disobbedienza alle leggi o agli ordini delle autorità» o commettessero vilipendio alla «patria, Re, Reale Famiglia, Sommo Pontefice, Religione dello Stato, istituzioni e poteri dello Stato»; e puniva con il sequestro della pubblicazione le violazioni di tali norme¹⁶. In difesa del provvedimento si schierarono subito i sostenitori del nuovo governo. E tra i loro interventi appaiono particolarmente significativi quelli di Enrico Corradini e di Camillo Pellizzi. Il primo¹⁷, nell'articolo "Il regolamento della libertà di stampa"¹⁸, dopo aver attaccato con parole violente le critiche mosse dai liberali, elogiava il decreto sulla stampa come «l'inizio del grandioso programma di costruire finalmente le difese dello Stato» formulato dal fascismo.

¹⁴ Ibid., 147.

¹⁵ Ibid., 148.

¹⁶ Per il testo del R.D.L. si veda Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, 344-346. Come sottolinea Cannistraro, *La fabbrica del consenso*, 72, per Mussolini «la stampa doveva ... essere uno strumento dello Stato, rivolto agli interessi della nazione». Sul pensiero di Mussolini in tema di stampa si veda anche Allotti, *La stampa italiana tra fascismo e antifascismo (1922-1948)*, 23 s. Cassese, *Lo Stato fascista*, 49, considera la legge del 1923 la più rilevante tra quelle che colpiscono la libertà di stampa nel periodo fascista.

¹⁷ Su Enrico Corradini (1865-1931) si vedano la biografia redatta da Gaeta per il *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXIX, 342-349, la bibliografia ivi ricordata; Bobbio et al., *La cultura italiana tra '800 e '900 e le origini del nazionalismo* e Gatteschi, *Un uomo contro: Enrico Corradini, letterato e politico*.

¹⁸ In *Gerarchia*, 1924, 397-400.

Dal canto suo Camillo Pellizzi¹⁹ nell'articolo "Della libertà britannica e della licenza italiana"²⁰ mise a confronto la disciplina britannica e quella italiana sulla stampa rilevando che la prima, plasmata da una lunga tradizione, limitava il diritto di espressione per garantire il rispetto della libertà e dell'onore degli altri, mentre in Italia, mancando un'analoga tradizione, il pericolo della violazione dei diritti altrui poteva essere evitato soltanto da una legge che conferisse all'autorità statale il compito di intervenire e di reprimere.

Non mancò già nel 1924 l'intervento di Giovanni Gentile, il grande filosofo neoidealista sul tema della libertà²¹. La sua idea di libertà non si discosta nella sostanza da quella formulata dagli interventi fin qui ricordati: contro i liberali che teorizzavano una libertà egoistica ed individualistica, il fascismo affermava che la libertà è in funzione della società organizzata nello Stato nazionale. Ma se, sotto questo profilo il discorso di Gentile non presenta elementi di originalità, esso risulta interessante sotto un altro aspetto, là dove presenta la lettura fascista della libertà come esito di una tradizione del pensiero italiano che è fatta risalire al Risorgimento. È noto che sull'interpretazione del rapporto tra movimento fascista e storia italiana tra gli intellettuali fascisti si scontravano due interpretazioni: per i più intransigenti il fascismo costituiva un «assoluto cominciamento»²², una radicale rottura con la storia precedente, l'alba di un'era del tutto nuova; per i più moderati, invece, il fascismo non era sorto dal nulla e doveva prendere coscienza del cammino percorso in precedenza dalla nazione italiana²³. Gentile si iscrive a quest'ultima corrente. Nel discorso tenuto nel Teatro Massimo di Palermo il 31 marzo 1924, in occasione delle elezioni generali politiche, dal titolo *Il fascismo e la Sicilia*²⁴, egli faceva risalire l'idea di libertà forgiata dai fascisti a Mazzini: a lui attribuiva l'opposizione al «liberalismo classico» che «colloca la radice della libertà nell'individuo, e contrappone perciò l'individuo allo Stato» e l'affermazione dell'idea per cui:

¹⁹ Su Camillo Pellizzi (1896-1979) si veda Longo, *L'Istituto nazionale fascista di cultura*.

²⁰ In *Gerarchia*, 1924, 401-404.

²¹ La bibliografia su Giovanni Gentile (1875-1944) è, come noto, vastissima. Mi limito a rinviare alla biografia redatta da Sasso per il *Dizionario Biografico degli Italiani*, LIII, 196-212 e alle opere ivi citate. Tra gli studi successivi ricordo Sullam, *Pensiero e azione*; Gregor, *Giovanni Gentile*; Turi, *Giovanni Gentile*; Cavallero, *L'immagine del fascismo in Giovanni Gentile*; Amato, *Per la critica dello Stato*.

²² Di Nucci, *Nel cantiere dello Stato fascista*, 56.

²³ *Ibid.*, 56-58 e Zunino, *L'ideologia del fascismo*, 66-68.

²⁴ Il testo si trova in G. Gentile, "Che cosa è il fascismo", 41-63.

la libertà è sì il supremo fine e la norma di ogni vita umana; ma in quanto l'educazione individuale e sociale la realizza, attuando nel singolo questa volontà comune, che si manifesta come legge, e quindi come Stato. Il quale non è pertanto una sovrastruttura che s'imponga dall'esterno all'attività e iniziativa individuale per assoggettarla ..., anzi è la sua essenza stessa ... Stato e individuo ... son tutt'uno²⁵.

Le medesime tesi Gentile espose nella conferenza tenuta a Firenze nel Salone dei Cinquecento l'8 marzo 1925, dal titolo *Che cosa è il fascismo*²⁶, nella quale prospettò per l'idea fascista di libertà una lunga tradizione di pensiero italiano che faceva risalire addirittura al Rinascimento e proseguire con Vico e con Cuoco, una tradizione che aveva trovato la sua formulazione più attenta in Mazzini. Il fascismo, a suo dire, aveva raccolto questa eredità e l'aveva portata a compimento:

secondo l'insegnamento ... di Mazzini, non è possibile concepire l'individuo in un astratto atomismo che lo Stato poi dovrebbe comporre in una sintesi impossibile. Noi pensiamo che lo Stato sia la stessa personalità dell'individuo, spogliata delle differenze accidentali, sottratta alla preoccupazione astratta degli'interessi particolari ... personalità ... dove l'individuo sente come suo l'interesse generale, e vuole perciò come volontà generale.

Lo Stato, allora, era definito da Gentile come «la grande volontà della nazione» dotato della natura di «Stato etico», radicalmente diverso dallo «Stato agnostico del vecchio liberalismo»²⁷.

Collocata all'interno di uno Stato siffatto, la libertà individuale non poteva avere che il significato già ripetutamente indicato dai teorici del fascismo e che lo stesso Gentile ribadì nella conferenza tenuta all'Università di Bologna il 9 marzo 1925, dal titolo *Libertà e liberalismo*²⁸. La ripetizione dei temi consueti dell'ideologia fascista sulla libertà, insieme con la lettura di questa come legata ad una lunga tradizione culturale italiana, ritroviamo, ancora, nel discorso pronunciato da Alfredo Rocco a Perugia nell'Aula dei Notari del Palazzo dei Priori il 30 agosto 1925,

²⁵ Ibid., 50.

²⁶ Ibid., 9-39 e successivamente nella raccolta *I fondamenti ideali*, 7-53.

²⁷ Idem, *Che cosa è il fascismo*, 36.

²⁸ Anche questa conferenza è pubblicata *ibid.*, 65-94. Sul contributo di Alfredo Rocco e di Giovanni Gentile alla formazione dell'ideologia fascista tra la marcia su Roma e le leggi fascistissime E. Gentile, *Le origini*, 403-405.

dal titolo *La dottrina del fascismo*²⁹: discorso nel quale veniva disegnato un *pantheon* di «antesignani del pensiero fascista» al quale erano ascritti esponenti del pensiero rinascimentale – in particolare Niccolò Machiavelli –, Vico, Cuoco, Mazzini³⁰.

5.3. Dopo le leggi fascistissime

Già prima delle leggi del 1925-1926, dunque, era emersa una chiara visione dello Stato dominato dal partito, nel quadro della quale si collocava un nuovo concetto del diritto di libertà. E che fosse già maturata un'idea dittatoriale di governo appare confermato da Giuseppe Prezzolini³¹ il quale, nel saggio *Le fascisme*³², in cui dava conto delle principali novità introdotte dal governo Mussolini nel periodo compreso tra la marcia su Roma e le elezioni politiche del 1924, parlava già di «régime fasciste» caratterizzato da «une diminution de la liberté politique, et, dans certains cas, de la liberté personnelle»³³. In particolare l'azione del governo aveva avuto i seguenti risultati: «1° liberté de réunion, supprimé ... 2° liberté d'association, limitée ... 3° liberté de la presse, théoriquement existante jusqu'au mois de juillet 1924 ... 4° liberté personnelle, laissé à la bonne volonté des autorités fascistes»³⁴.

E sebbene rilevasse che anche nel periodo precedente l'Italia non aveva conosciuto «la liberté, dans le sens moderne du terme»³⁵, Prezzolini affermava che ormai:

les idées qui y dominant sont: un nationalisme exagéré ... une conception paternaliste de l'Etat appelé à faire, à résoudre, à soutenir ce que

²⁹ Il discorso fu pubblicato nel 1925 in Rocco, *La dottrina del fascismo*, 3-29, e nel 1938 in Idem. *Scritti e discorsi politici*, III, 1093-1115. In questa sede cito l'edizione del 1925.

³⁰ Idem, *La dottrina del fascismo*, 24-28.

³¹ Della vastissima bibliografia su Giuseppe Prezzolini (1882-1982) mi limito a ricordare, insieme con Campanile, *Giuseppe Prezzolini*, alcuni degli studi più recenti: Salek, *Giuseppe Prezzolini*; Benvenuto, *Giuseppe Prezzolini*; Iannone, *Un conservatore atipico*; Sanguiliano, *Giuseppe Prezzolini*.

³² Prezzolini, *Le fascisme*.

³³ Ibid., 237.

³⁴ Ibid., 240 s.

³⁵ Ibid., 240: Prezzolini si chiedeva «si existait la liberté, dans le sens moderne du terme et était comprise en Italie» e concludeva «on ne peut répondre nettement ... par l'affirmative»: un'opinione, questa, opposta a quella dagli intellettuali fascisti fin qui esaminati che vedevano nello Stato liberale il trionfo dell'individualismo a rischio anarchia.

les individus devraient faire et résoudre, et surtout la conviction que l'Etat est la propriété des fascistes ... et que les citoyens italiens se divisent en deux catégories: les nationaux ou fascistes, qui peuvent se permettre tout; les antinationaux ou non fascistes, qui peuvent faire ce qui plaît aux autres³⁶.

Ma nel quadro istituzionale ancora più compromesso in seguito alle leggi fascistissime gli intellettuali vicini al regime non cessarono di parlare di libertà; e lo fecero ripetendo i concetti già esposti negli interventi precedenti. Così, ad esempio, fece Alfredo Rocco nel discorso pronunciato nel Teatro Petruzzelli di Bari il 7 marzo 1926 e intitolato "Genesi storica del fascismo"³⁷ e nel saggio *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, pubblicato a Roma l'anno successivo³⁸, nel quale ripeteva l'accusa nei confronti dello Stato liberale, giudicato «un organismo estraneo alle forze vive ed operanti nel Paese»³⁹, ed al contempo esaltava lo Stato fascista «che realizza al massimo della potenza e della coesione l'organizzazione giuridica della Società», indicata come «un organismo, che ha una sua propria vita e suoi propri fini, che trascendono quelli degli individui, e un proprio valore spirituale e storico»⁴⁰. Idee sostanzialmente riprese da Gentile nel saggio *Origini e dottrina del fascismo*, del 1927, dove affermava che:

l'autorità dello Stato e la libertà dei cittadini è un circolo infrangibile; in cui l'autorità presuppone la libertà e viceversa. Giacché la libertà è solo nello Stato, e lo Stato è autorità; ma lo Stato non è un'astrazione, un ente disceso dal cielo e campato in aria, sopra la testa dei cittadini; è tutt'uno invece con la personalità del singolo, che deve perciò riconoscere e promuovere, sapendo che c'è in quanto si fa essere⁴¹.

Ancora una volta il liberalismo veniva accusato di «contrapporre l'individuo allo Stato e la libertà all'autorità» e di volere «una libertà che sia limite dello Stato»⁴². E ancora una volta si attribuiva al fascismo il merito «di essersi messo coraggiosamente e vigorosamente contro

³⁶ Ibid., 171 s.

³⁷ Il testo del discorso è pubblicato in Rocco. *Scritti e discorsi politici*, III, 1117-1128.

³⁸ Idem, *La trasformazione dello Stato*, 7.

³⁹ Ibid., 12 s.

⁴⁰ Ibid., 16.

⁴¹ G. Gentile, *Origini e dottrina del fascismo*, 52.

⁴² Ibid., 52.

il corrente pregiudizio liberale» e di aver sostituito «il sistema della vera e concreta libertà al sistema della libertà astratta» con la conseguenza che «il nuovo Stato è più liberale dell'antico»⁴³.

I massimi intellettuali fascisti non erano, peraltro, gli unici a parlare di libertà: lo facevano anche altri che, peraltro, ripetevano, senza alcuna originalità, i temi esposti da quelli. È il caso, ad esempio, di Corrado Petrone⁴⁴ autore del saggio *L'essenza dello Stato fascista*, pubblicato, con la prefazione di Giuseppe Bottai, a Roma nel 1927. Anche per Petrone, infatti, il fascismo si legava ad una lunga tradizione di pensiero italiano, risalente a Vico e proseguita con Mazzini; anche per lui nello Stato liberale «la libertà divenne ... sinonimo di sovranità popolare e degenerò logicamente nella licenza», anche per lui «la libertà è ... il potere di agire secondo diritto e ... vi è un ... diritto superiore a ogni diritto particolare e ad ogni libertà individuale: il diritto dello Stato»⁴⁵. Il diritto, per essere più precisi, dello Stato fascista. Più articolato, ma non per questo più originale, appare, poi, il ragionamento di Antonio Pagano⁴⁶,

⁴³ Ibid., 52 s.

⁴⁴ Nato a Montegano, in provincia di Campobasso, l'11 novembre 1898, si laureò in giurisprudenza a Roma. Iscritto al Partito Nazionale Fascista (PNF) nel 1919, nel 1922 divenne presidente del Comitato Olimpico Studentesco Italiano (COSI). Nel novembre 1923 il COSI fu assorbito dall'Unione Nazionale Universitaria (UNU) il cui governo venne assunto da una tetrarchia di cui Petrone fece parte insieme con Giuseppe Bottai, Bindo Riccioni e Spartaco Orazi. Nello stesso anno fu presidente del Comitato italiano ai Campionati mondiali di atletica svoltisi a Parigi e capo della delegazione italiana al Congresso internazionale di Varsavia. Nel maggio 1925 lasciò la direzione dell'UNU e nel 1926 risulta rappresentante del Comitato Olimpico Studentesco Italiano. Nel frattempo era entrato in magistratura: dal 1924 al 1926 fu pretore a Guspini (Cagliari), a Paganica (L'Aquila) e ad Arquata del Tronto (Ascoli Piceno); dal 1926 al 1928 fu sostituto procuratore del Re e giudice presso il tribunale di Roma; dal 1928 al 1930 fu capo divisione al Ministero delle Corporazioni. Dirigente delle Federazioni Nazionali dei Lavoratori della carta e stampa e dell'acqua, gas ed elettricità dal 1930 al 1934 e addetto al Direttorio Nazionale del PNF dal 1934 al 1937, nel 1936 conseguì la libera docenza in Introduzione alla storia e principi di diritto fascista e dallo stesso anno tenne corsi nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma. Membro del Consiglio Nazionale delle Corporazioni, nel 1939 entrò a far parte della Camera dei Fasci e delle Corporazioni per la XXX Legislatura del Regno. Nel 1948 il Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione deliberò la decadenza della sua libera docenza e il Ministero della Pubblica Istruzione accolse la decisione, disponendo detta decadenza con DM 12 agosto 1948. Su di lui Università degli Studi di Roma La Sapienza. Archivio Storico, fasc. AS 4081. Si vedano anche E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo, ad Indicem*; Garzarelli, "Universitari fascisti e rapporti con l'estero," 254; Russi, "Lo sport universitario e il fascismo," 103; S. Gentile, *Le leggi razziali*, 18 n, 20, 21, 22 n, 23; Idem, *La legalità del male, ad Indicem*.

⁴⁵ Petrone, *L'essenza dello Stato fascista*, 51-53.

⁴⁶ Su Antonio Pagano (1874-1930) si veda la biografia redatta da Mura per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, 1483 s.

magistrato e libero docente nell'Università romana di filosofia del diritto. Il suo saggio *Sul fondamento e sui limiti della libertà di manifestazione del pensiero* pubblicato nel 1927⁴⁷ si apriva con la constatazione del grande numero dei recenti interventi in tema di libertà. E dopo aver ricordato che già negli anni della guerra erano stati adottati provvedimenti sensibilmente limitativi della libertà di stampa e di manifestazione del pensiero, rilevava che

il concetto della libertà individuale intesa come condizione prossima o remota, positiva o negativa dello esercizio di una funzione sociale, importa due conseguenze: l'una che tale libertà in quanto bene individuale possa essere sottoposta a limiti in ragione di un bene sociale; l'altra, che solo il bene sociale possa giustificare siffatto limite⁴⁸.

In questo quadro collocava, e legittimava, i provvedimenti liberticidi fascisti, considerati funzionali al superiore bene sociale, per concludere con l'ormai consueto confronto tra il principio liberale e quello fascista di libertà⁴⁹.

Decisamente fedele all'ideologia fascista risulta anche Valerio Campogrande⁵⁰ il quale nel volume *Lineamenti del nuovo diritto costituzionale italiano*, apparso a Torino nel 1927 ripeteva pedissequamente le tesi sulla libertà esposte negli interventi finora esaminati, respingendo l'idea liberale della libertà e legittimando le leggi liberticide fasciste come quelle che erano riuscite a mettere fine alla politica liberale che aveva tollerato «la più sfrenata licenza da parte di giornali e di associazioni sovversive e segrete»⁵¹. Idea liberale di libertà esclusivamente come diritto naturale prestatale, contrapposta allo Stato e quindi come potenziale fonte di anarchia, intervento decisivo del fascismo nel trasformare la libertà in diritto concesso dallo Stato, funzione sociale della libertà individuale: tutti questi temi, ripetuti fin qui costantemente dagli intellettuali fascisti, si ritrovano anche in interventi successivi.

⁴⁷ Pagano, "Sul fondamento," 326-332.

⁴⁸ Ibid., 327.

⁴⁹ Ibid., 331 s.

⁵⁰ Dal fasc. 10212 del fondo *Fascicoli studenti* dell'Archivio storico dell'Alma Mater Studiorum. Università di Bologna risulta che Valerio Campogrande nacque a Livorno e si laureò a Bologna in Giurisprudenza il 6 luglio 1890.

⁵¹ Campogrande, *Lineamenti del nuovo diritto costituzionale italiano*, 109, 111.

Così, ad esempio, nel 1928 Enrico Corradini ribadiva l'assorbimento dell'individualità dei cittadini nell'unità della Nazione paragonando i primi alle cellule del corpo umano⁵². E Giovanni Gentile nello stesso anno ripeteva ancora una volta che:

il Fascismo ... non si oppone al liberalismo come il sistema dell'autorità al sistema della libertà ... Ma è merito del Fascismo quello di essersi messo coraggiosamente e vigorosamente contro il corrente pregiudizio liberale, e aver detto nettamente che di quella libertà non si avvantaggiano né i popoli né gli individui⁵³.

L'insistenza degli intellettuali fascisti sul nuovo concetto di libertà, la ripetizione pedissequa delle medesime idee su detto tema furono colte da studiosi stranieri che cercavano di capire cosa stesse succedendo in Italia. È il caso di Gerhard Leibholz, il quale con il saggio *Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts. Akademische Antrittsvorlesung*, Berlin-Leipzig 1928, manifestava l'interesse di giuristi e politologi tedeschi per le novità istituzionali fasciste. Citando i tanti interventi di Rocco, Rocca, Gentile, Corradini, Leibholz rilevava che:

libertà individuale e uguaglianza ... sono parti integranti del contenuto materiale delle costituzioni basate sul sistema rappresentativo, che il fascismo non conosce più e che sostituisce con i concetti – valutabili solo in riferimento alla comunità – di responsabilità, gerarchia e disciplina. Tuttavia ... il fascismo non ha rinunciato alla difesa dei diritti di libertà garantiti anche dalla costituzione italiana. Al contrario. La libertà fascista deve certo fondarsi solo su una 'concessione' dello Stato che regola l'esercizio della libertà controllando e disciplinando e deve arretrare di fronte al dovere, al servizio del tutto – in ciò la limitazione della libertà trova al tempo stesso la sua giustificazione etica ... In questo senso, anche i commenti ufficiali alle nuove leggi fasciste ... sottolineano che esse non si rivolgono contro i diritti di libertà in sé, ma solo contro il loro supposto abuso. Si vuole superare soltanto la libertà astratta, assoluta⁵⁴.

⁵² Corradini, "L'unità dello Stato e degli individui," 187.

⁵³ G. Gentile, "L'essenza del fascismo," 116.

⁵⁴ Le citazioni sono tratte da Leibholz, *Il diritto costituzionale fascista*, 33. Su Leibholz (1901-1982) e sulla cultura germanica degli anni '20 interessata alle novità istituzionali introdotte dal fascismo in Italia si veda la Postfazione di Scalone, *ibid.*, 129-137. Sul giurista e la sua opera Link, "Leibholz, Gerhard," 117-119; Alessio, *Democrazia e rappresentanza*; Heun, "Leben und Werk verfolgter Juristen", 301-327.

E concludeva: «Sotto il dominio del fascismo è libero in effetti solo l'individuo che accetta i fondamenti dello Stato fascista»⁵⁵, ricordando anche, sempre in base ad alcune delle tante dichiarazioni che abbiamo visto in precedenza, che «la dottrina fascista dello Stato si richiama esclusivamente a uomini di discendenza italiana, come Dante, Machiavelli, Vico e Alfieri, Gioberti e Mazzini, i quali avrebbero prefigurato spiritualmente lo Stato fascista che realizza le loro idee»⁵⁶.

5.4. Libertà individuale e Stato nuovo

Un indirizzo per più aspetti diverso da quello seguito dagli interventi fin qui ricordati era stato, nel frattempo, inaugurato da Sergio Panunzio⁵⁷ con il saggio *Lo Stato fascista* del 1925. Il tema della libertà, infatti, veniva collocato nel quadro della nuova natura che, secondo il giurista, lo Stato aveva assunto con il fascismo: a suo parere il fascismo non si era limitato a rafforzare la potestà sovrana dello Stato liberale, ma questo aveva radicalmente modificato trasformandolo in Stato sindacale⁵⁸. «Il fascismo» – egli dichiarava – «è una dottrina politica, ossia una concezione dello Stato, a fondo ... sociologico»⁵⁹, dato che il fascismo ha fatto proprie le idee del «Sindacalismo, il quale concepisce la società umana distribuita metodicamente in tante organizzazioni o unioni di interessi omogenei o solidali, i Sindacati», insieme con quelle del «Nazionalismo» che esalta «il potere, la potenza dello Stato»⁶⁰. Nello Stato fascista «il Potere Esecutivo ... deve emergere. Bisogna difendere il Governo dalle imboscate parlamentari che sono il vero logorìo del potere esecutivo»⁶¹.

Lo Stato promosso dal fascismo è «lo Stato Sindacale Nazionale», cioè «sintesi di Statismo e di Sindacalismo»⁶², uno Stato in cui «non abbiamo gl'individui singoli, le persone fisiche dei civilisti, ma abbiamo

⁵⁵ Leibholz, *Il diritto costituzionale fascista*, 34.

⁵⁶ Ibid., 40.

⁵⁷ Per un quadro sintetico della vasta bibliografia su Sergio Panunzio (1886-1944) rinvio alla biografia curata da Ippolito per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, 1500-1502. Tra gli studi più recenti mi limito a ricordare Somma, *I giuristi e l'Asse*, ad *Indicem* e Tarquini, *Il Gentile dei fascisti*, ad *Indicem*.

⁵⁸ In proposito Ferrajoli, *La cultura giuridica*, 40 s., 46.

⁵⁹ Panunzio, *Lo Stato fascista*, 51.

⁶⁰ Ibid., 49.

⁶¹ Ibid., 56.

⁶² Ibid., 85.

degli'individui plurali, delle individualità organiche, che sono le persone giuridiche ... abbiamo delle 'pluralità unificate'», e queste ultime «sono giuridicamente i Sindacati». In uno Stato di tale natura, allora, il problema della libertà riguardava non solo i singoli individui, ma anche i sindacati.

Ma se diversa, rispetto agli altri interventi, era l'immagine dello Stato che entrava in dialettica con l'individuo, del tutto uguali erano gli argomenti per la condanna della libertà liberale. Ancora una volta si ripeteva che quest'ultima sosteneva il dominio dell'individuo sullo Stato.

Libertà non vuol dire solo parità fra individuo e individuo e rapporto semplice e unilaterale tra il primo e il secondo, ma sottoposizione degli eguali al superiore e rapporto composto e armonico fra gli individui e lo Stato. Una concezione della libertà diversa da questa non è giuridica, ma antiggiuridica, non è liberale, ma anarchica⁶³.

Ancora una volta la libertà del liberalismo veniva tacciata di anarchia ed era sottolineata la radicale trasformazione conosciuta dalla libertà con l'ideologia fascista nella quale la libertà stessa aveva assunto la sua vera natura grazie alla sua subordinazione alla volontà sovrana dello Stato. In questa ottica, il singolo era libero solo in quanto operava in funzione della volontà dello Stato ed al contempo in quanto rafforzava il sindacato di cui faceva parte, dato che «l'associazione dev'essere una potenziamento, una perfezione ... dell'individuo»⁶⁴; e il sindacato, a sua volta, godeva di uno *status libertatis* in quanto subordinato, al pari del singolo individuo, «a un superiore politico, allo Stato»⁶⁵. I diritti di libertà, dunque, derivavano dallo Stato e non dalla natura e dovevano essere esercitati non per fini personali ed egoistici, bensì in funzione sia del sindacato, sia dello Stato, il quale ultimo interpretava i bisogni collettivi della società e li imponeva con la sua autorità sovrana agli individui e ai sindacati. Uno Stato nazionale che si fondeva con il sindacalismo il quale ultimo «è una concezione etica, una visione morale e pedagogica della vita»⁶⁶: soltanto in questo Stato poteva essere eliminata in modo definitivo la libertà anarchica del liberalismo.

⁶³ Ibid., 90 s.

⁶⁴ Ibid., 164 s.

⁶⁵ Ibid., 91.

⁶⁶ Ibid., 165.

Nel discorso di Panunzio si affacciava, dunque, anche l'idea che il nuovo Stato era di natura etica. Un'idea cui, come si è visto prima, aveva già accennato Gentile nella sua conferenza fiorentina dell'8 marzo 1925, quando aveva affermato che il fascismo riconosceva allo Stato una missione etica, e che si ritrova anche in Campogrande il quale aveva dichiarato che lo Stato «ha come scopo essenziale una missione etica» che «può essere adempiuta soltanto da uno Stato sovrano e forte che abbia veramente l'autorità di dirigere e regolare le attività degli enti e dei privati»⁶⁷. Nell'ambito di un tale Stato, impegnato nel conseguimento della sua missione, la libertà individuale non poteva non risultare decisamente schiacciata. E nel 1927 il tema della missione, o meglio della natura, etica dello Stato quale contributo originale dell'ideologia fascista trovò piena esposizione nel volume *Lo Stato etico* di Ugo Redanò⁶⁸. Nella prima parte del volume Redanò passava in rassegna l'evoluzione storica dell'ordinamento statale insieme con la ricostruzione della dottrina giuridica sullo Stato dal Settecento in poi. Ed in particolare soffermava la sua attenzione sul pensiero di Heinrich von Treitschke «il creatore dell'idea dello Stato-forza», forza che «non è la forza materiale, e nemmeno l'imposizione della prepotenza; essa è pura, originaria forza etica, sottomessa alla legge morale, onde trae origine»⁶⁹. Un'idea etica dello Stato che Redanò ritrovava in una tradizione di pensiero italiano risalente a Vico e incarnata nel Risorgimento soprattutto da Mazzini; idea che aveva ispirato l'unificazione nazionale, ma che poi, quando questa si era realizzata, si era sostanzialmente spenta: «si perdeva il retaggio ideale del nostro Risorgimento, che all'Italia aveva assegnato un'etica e una missione»⁷⁰.

⁶⁷ Campogrande, *Lineamenti*, 131.

⁶⁸ Ugo Redanò (1893-1964) si laureò sia in giurisprudenza sia in lettere e filosofia. Consigliere presso la Camera dei deputati, nel 1927 conseguì la libera docenza in Filosofia teoretica che depositò presso la Facoltà di lettere e filosofia dell'Università di Roma dove tenne corsi liberi. Nel 1932 partecipò al concorso a cattedra di Filosofia del diritto bandito dall'Università di Siena, riportando un buon giudizio. Nell'anno accademico 1940-41 ricevette l'incarico di Psicologia presso la Facoltà romana di lettere e filosofia, incarico che gli fu confermato fino al 1943. Nell'anno accademico 1942-43 ottenne anche l'incarico di Filosofia della storia che conservò fino al 1947. Dall'anno accademico 1947-48 ebbe, nella medesima Facoltà, l'incarico di Pedagogia che tenne fino al 1959, quando gli fu revocato dal Consiglio di Facoltà per questioni riguardanti il contenuto dei suoi corsi. Continuò comunque a tenere, nella stessa Facoltà, corsi liberi di Filosofia teoretica. Su di lui Università degli Studi di Roma La Sapienza. Archivio storico, fasc. AS 4437 e D'Addio, *Giuseppe Capograssi*, 297.

⁶⁹ Redanò, *Lo Stato etico*, 88.

⁷⁰ *Ibid.*, 115.

A differenza dei giuristi e degli intellettuali fin qui esaminati, Reda-
nò ricordava anche l'evoluzione conosciuta dalla giuspubblicistica eu-
ropea a partire dalla seconda metà del secolo XIX, in particolare il con-
tributo della dottrina germanica per la quale faceva i nomi di Gerber,
di Jellinek e di Laband. Da costoro derivava soprattutto l'esaltazione
dello Stato quale «supremo organo volitivo ... che interpreta e realizza
il tesoro delle forze etiche della Nazione»⁷¹. Uno Stato la cui essenza
era costituita dalla libertà: «senza libertà, cioè senza attività autonoma
non c'è Stato, ma agglomerato informe e meccanico di individui e di
forze»⁷². Di qui il problema del rapporto tra la libertà dello Stato sovra-
no e quella del singolo individuo, un rapporto che era stato risolto in
maniera diversa dalle idee liberali, da quelle democratiche e da quelle
del nuovo regime. E qui tornava la consueta critica al liberalismo per il
quale la libertà era «arbitrio, libertà negativa ... una molteplicità innu-
merevole e disordinata di arbitrî, che non arriveranno mai a discipli-
nare se stessi», così che «l'anarchia sarebbe la reale conseguenza di una
rigorosa applicazione del principio liberale»⁷³ e «anarchia è privazione
di libertà»⁷⁴. Nello Stato etico, al contrario, il problema della libertà in-
dividuale si presentava in termini opposti: dato che:

l'essenza dello Stato è la libertà, perché egli gode al di sopra di ogni
altra persona una sovrana capacità di volere, ... la concezione politica
tradizionale della libertà è capovolta: da negativa possibilità di arbitrio
da parte dell'individuo, diventa libero svolgimento di una comune atti-
vità autonoma, che si propone certi fini nel campo sociale, politico, eco-
nomico, culturale, e chiama tutti i suoi componenti nella realizzazione
di questi fini». Lo Stato si impone, allora, come «assertore e creatore di
libertà insieme in se stesso e nei suoi componenti ... primo propulsore
del moto di civiltà nazionale, che in lui trova attiva e consapevole unità.

Lo Stato fissa i fini della nazione con la sua «volontà superiore» e
questi fini diventano altrettanti doveri sia «da parte dello Stato», sia
«da parte dei cittadini, che devono obbedienza assoluta al comando di
questa Persona morale»⁷⁵.

⁷¹ Ibid., 130.

⁷² Ibid., 131.

⁷³ Ibid., 141.

⁷⁴ Ibid., 150.

⁷⁵ Ibid., 150 s.

Nello Stato etico,

il Governo è l'organo proprio a cui spetta il comando di tutte le forze dello Stato, colui che solo può e deve realizzare la volontà della Nazione ... È il Potere esecutivo che vive a continuo contatto con il popolo e ne conosce i bisogni ... È il Governo soltanto che individua la linea di sviluppo conforme ai supremi interessi nazionali ... Soltanto al Governo ... spetta l'interpretazione e la realizzazione della volontà dello Stato ... soltanto a lui spetta realizzare quell'azione che impegna tutta la vita pubblica, cioè la totalità degli interessi del suo paese⁷⁶.

Il modello statale teorizzato e sostanzialmente attuato dal fascismo appariva, dunque, nelle parole di Redanò, il modello ideale dello Stato etico. Uno Stato il quale concedeva ai singoli la libertà individuale attraverso la propria superiore decisione, come aveva detto Jellinek, di operare un'autolimitazione della propria sovranità. Redanò concordava con l'idea dell'autolimitazione, ma precisava che «è vano il tentativo di fissare un limite esterno [alla sovranità statale], da consegnare entro punti definitivi e irremovibili, validi per tutti i tempi e tutti i popoli»; al contrario era lo «*Stato che stabilisce di volta in volta il suo diritto, che è il suo imperativo e la sua legge*» seguendo «passo passo il grado di evoluzione civile e morale del popolo per cui deve valere, servendogli di interprete e di guida»⁷⁷.

L'idea, già presente in tanti degli interventi esaminati in precedenza, della libertà individuale quale funzione della società nazionale ritornava, allora, in Redanò, corredata dall'esplicita indicazione del ruolo esclusivo del governo nel definire gli obiettivi nazionali in vista dei quali la libertà del singolo doveva essere esercitata. Redanò concordava con Jellinek nel leggere il diritto di libertà come derivato dallo Stato che si autolimitava, ma da lui si differenziava perché riteneva che tale diritto fosse concesso non già per riconoscere ai cittadini una sfera individuale e privata, ma, al contrario, per farli operare in funzione degli obiettivi di progresso e di avanzamento dello Stato, obiettivi che il governo aveva il compito di indicare. Il richiamo alla giuspubblicistica tedesca, allora, non sembra contrastare con il tema costantemente ripetuto dagli intellettuali del regime, quello per cui la rottura con la tradizione liberale era merito precipuo ed esclusivo del fascismo. Era stato quest'ultimo, a suo giudizio, ad aver formulato l'idea dell'assorbimento

⁷⁶ Ibid., 175-177.

⁷⁷ Ibid., 274 s.

dell'individuo da parte della società nazionale e quella dello Stato etico, di modo che ai giuspubblicisti tedeschi, se poteva essere legittimamente riconosciuto un posto nella tradizione culturale che con il fascismo era giunta ad originale conclusione, non poteva certamente essere attribuita la gloria di aver spezzato la libertà egoista ed individualista del liberalismo. Nella visione di Redanò, allora, i giuspubblicisti tedeschi finivano per affiancarsi ai pensatori italiani nel grande pantheon dell'ideologia fascista.

Il tema del rapporto tra libertà individuale e Stato etico fu, poi, ripreso da Carlo Alberto Biggini⁷⁸ nel volume *Il fondamento dei limiti all'attività dello Stato* pubblicato a Città di Castello nel 1929. Biggini riconosceva allo Stato «il carattere etico»⁷⁹ poiché «dovendo realizzare le esigenze non solo materiali ma anche morali della società, dovrà conformare la sua attività a tali esigenze, dovrà necessariamente agire entro la legge morale, che la collettività esprime dal suo seno»⁸⁰. Anche Biggini, peraltro, ripeteva le consuete critiche all'individualismo giusnaturalista dell'età liberale per il quale «lo Stato non doveva mai limitare la libertà dei cittadini per uno scopo diverso da quello della loro sicurezza interna ed esterna», ma vi aggiungeva il rifiuto della tesi opposta, quella per cui l'individuo è «mezzo per la realizzazione dei fini della società e dello Stato»⁸¹. Il fascismo, a suo dire, proponeva una linea intermedia:

l'organizzazione sociale, lo Stato, porrà certamente dei limiti alla libertà ed all'attività degli individui; anzi tutti gli individui dovranno essere necessariamente subordinati a tale organizzazione. Subordinazione, però, che non costituirà, in realtà, una diminuzione per l'individuo, ma bensì un aumento di tutti i suoi poteri e di tutte le sue capacità.

E ripetendo affermazioni di Rocco, dichiarava che:

il fascismo crede che un annullamento e una mortificazione della personalità individuale siano da escludersi nello Stato moderno, ma ciò non perché riconosca un diritto nell'individuo alla libertà superiore

⁷⁸ Su Carlo Alberto Biggini (1902-1945) si vedano Somma, *I giuristi e l'Asse, ad Indicem*; E. Gentile, *La legalità del male, ad Indicem* (in particolare 318, nota 229); nonché le biografie redatte rispettivamente da Veneruso per il *Dizionario Biografico degli Italiani*, X, 407-410 e da Mattone per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, 253 s.

⁷⁹ Biggini, *Il fondamento dei limiti all'attività dello Stato*, 128.

⁸⁰ *Ibid.*, 131.

⁸¹ *Ibid.*, 132, 134.

allo Stato, da farsi valere contro lo Stato, ma perché crede che lo sviluppo della personalità umana sia un interesse dello Stato⁸².

La libertà individuale, dunque, era concessa dallo Stato affinché il singolo operasse, con l'impegno della sua volontà, per la realizzazione dei fini sociali definiti dallo Stato.

5.5. Alla fine del decennio

L'idea di una natura radicalmente nuova rispetto al passato che il fascismo avrebbe conferito allo Stato sembra aleggiare anche in altri interventi, nei quali, peraltro, continuarono ad essere ripetute le consuete, ormai tralazie, critiche alla libertà liberale. «Uno dei più gravi problemi che è stato posto in evidenza dal fascismo è indubbiamente quello della libertà» dichiarava, ad esempio, Libero Merlino⁸³. E aggiungeva che i fascisti avevano maturato la più autentica accettazione dei limiti alla libertà individuale, l'accettazione spontanea di detti limiti.

Se la limitazione della propria libertà, in vista delle supreme necessità dello stato, è spontanea, la coercizione sarà non solo meno sentita, ma anche effettivamente minore; se invece non è spontanea essa sarà maggiore e più sentita. È perciò che i fascisti non sentono la coercizione che il regime attuale senza dubbio esercita su tutti gli individui.

Alla luce di queste considerazioni concludeva che «il problema della libertà perciò si riduce puramente e semplicemente a questo, e cioè se la disciplina, che ad ogni modo è pur necessaria, debba all'individuo essere imposta o debba essere invece spontanea»; perciò, a suo parere, «il problema della libertà è un problema esclusivamente pratico e contingente e del tutto relativo»⁸⁴.

La soluzione fascista del rapporto individuo-Stato era esaltata anche da Guido Pighetti⁸⁵ per il quale «avendo tenuto fermo il principio fondamentale che dei due termini Stato e individuo, il primo è preliminarmente vero, in quanto invero il secondo, lo Stato fascista può

⁸² Ibid., 135 s.

⁸³ Merlino, "Fascismo, libertà, fuoriscitismo," 14. Su Libero Merlino (1882-1949) Biagianti, *Sviluppo industriale, ad Indicem*; Sacchetti, *Camicie nere in Valdarno, ad Indicem*; Idem, *Ligniti per la patria, ad Indicem*.

⁸⁴ Merlino, *Fascismo*, 15 s.

⁸⁵ Su Guido Pighetti (1889-1964) Albani, *I mattoidi italiani, ad Indicem*.

considerare con assoluta tranquillità la propria e l'altrui vita»⁸⁶. L'ordinamento corporativo-sindacale voluto dal fascismo aveva realizzato l'incontro tra libertà individuale e sovranità statale: «per ciò che si riferisce alla libera iniziativa e alla proprietà tutti vedono che l'utile incontro non potrà consistere nel soffocarle: la forza corrispondente dello Stato che non può essere se non la corporazione, dato il collegamento strettissimo tra fatto economico e fatto associativo, provvederà a vigilarle»⁸⁷. Anche se focalizzata soprattutto sulla libertà economica, tornava, dunque, in Pighetti la tesi, consueta per l'ideologia fascista, della funzione sociale della libertà individuale, funzione i cui fini erano imposti dallo Stato secondo le scelte del governo.

I soliti temi si rinvergono anche nel pensiero di Emilio Bonaudi⁸⁸ espresso nel volume *Dei limiti della libertà individuale*, del 1930, ancorché inseriti in un contesto giuridico formale che non sempre si trova negli interventi fin qui esaminati. E proprio dalla definizione di questo contesto che prende mosse il discorso del giurista. A suo parere, infatti, «la libertà individuale dovrà ritenersi non già l'esercizio di un diritto, ossia di una facoltà consentita dallo Stato, ma piuttosto l'esplicazione di una potestà o facoltà naturale, che l'uomo possiede indipendentemente da ogni eventuale intervento di un potere superiore»⁸⁹. Nei riguardi di tale facoltà l'ordinamento giuridico dello Stato segue due strade, quella dell'ingerenza o quella dell'indifferenza: di conseguenza «la libertà individuale è circoscritta alla sfera di attività che lo Stato considera indifferente» e il giurista deve limitarsi a «stabilire quali siano ... i caratteri per cui una determinata attività possa ritenersi indifferente o meno»⁹⁰ e quindi «in base all'ordinamento giuridico determinare i principii ai quali il medesimo si conforma nei riguardi della libertà individuale»⁹¹. Da queste premesse si arriva alle consuete conclusioni: «non esistono, a priori, diritti di libertà nei confronti dello Stato», ma i cittadini hanno «il diritto a vedere rispettate quelle libertà che l'ordinamento giuridico ha riconosciuto»⁹². Nell'ordinamento italiano, sottolineava

⁸⁶ Pighetti, *Autorità e libertà*, 130.

⁸⁷ *Ibid.*, 131.

⁸⁸ Su Emilio Bonaudi (1873-1954) si veda la biografia redatta da Fioravanti per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, 285.

⁸⁹ Bonaudi, *Dei limiti della libertà individuale*, 5.

⁹⁰ *Ibid.*, 8 s.

⁹¹ *Ibid.*, 17.

⁹² *Ibid.*

Bonaudi, erano legittimati a definire i limiti alla libertà individuale non soltanto la legge fondamentale dello Statuto e il potere legislativo, ma anche il potere giudiziario e, soprattutto, quello esecutivo: e a quest'ultimo egli riconosceva un'ampia sfera di discrezionalità in quanto interprete delle necessità superiori della società e dello Stato⁹³.

Concetti, questi, che si ritrovano in Biagio Brugi⁹⁴ il quale, trattando dei limiti imposti dallo Stato ai diritti soggettivi ripeteva che «nello Stato fascista l'individuo deve mortificare il proprio regime sentendo il dovere di inquadarsi in una pacifica operosa convivenza», per sentirsi «parte di un consorzio sociale», dei cui fini e della cui utilità lo Stato è naturale interprete⁹⁵. Ne conseguiva che spettava allo Stato stabilire i «limiti del diritto subiettivo come condizioni della sua esistenza sociale», limiti che, in particolare, valevano «anche per la libertà»⁹⁶. E Corrado Petrone, in accordo con Bonaudi, definiva la libertà come «l'azione del cittadino giuridicamente irrilevante di fronte allo Stato; ossia è un'esenzione da costrizioni della legge», ma aggiungeva che non era possibile «elencare le libertà dei cittadini non passibili di costrizioni legali», dato che «in ogni tempo e luogo si avrebbero concezioni diverse o addirittura opposte, poiché il campo di attività dello Stato comprende virtualmente ogni azione, ogni interesse, ogni vita ed anche ogni nazione»⁹⁷. Ma se per libertà si intendono le concessioni disposte dallo Stato a favore dei cittadini «è indubitabile ... che all'individuo non può appartenere una pretesa giuridica all'emanazione di una legge, avente un determinato contenuto»⁹⁸.

5.6. Politici e giuristi antifascisti

Si diceva all'inizio che il tema della libertà non fu certamente monopolio esclusivo dei fascisti: lo trattarono anche, e con grande impegno, anche gli oppositori del nuovo regime, sia uomini politici, sia giuristi. Per quanto riguarda i primi Gigi Damiani, uno dei «personaggi di

⁹³ Ibid., 129.

⁹⁴ Su Biagio Brugi (1855-1934) si vedano Somma, *I giuristi e l'Asse*, 273 e la biografia curata da Masi per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, 342-345.

⁹⁵ Brugi, "I così detti limiti dei diritti subiettivi e lo Stato," 703 s.

⁹⁶ Ibid., 707.

⁹⁷ Petrone, *Stato e diritto*, 99.

⁹⁸ Ibid., 99 s.

maggior spicco dell'anarchismo italiano ed europeo»⁹⁹, pubblicò a Roma nel 1924 il saggio *Il problema della libertà. Riflessioni*, nel quale condannava fascisti e comunisti per aver ucciso, in Italia i primi, in Russia i secondi, la libertà e affermava con forza che soltanto «l'anarchismo è dottrina della libertà: esso traccia a grandi linee, ma con sicurezza, una sistemazione libertaria per l'uomo e per la collettività»¹⁰⁰. E nello stesso anno rivendicava alla propria ideologia politica il monopolio della difesa dei diritti di libertà anche il sindacalista corridoriano Giulio Alimenti, il quale condivideva con Damiani la critica al bolscevismo¹⁰¹, ma da lui si distingueva sulla natura della libertà. Non l'anarchismo, ma il sindacalismo, a suo parere, poteva realizzare la vera libertà: «La libertà, la vera libertà, intesa nel senso buono della parola, può essere realizzata soltanto dal 'gruppo di produzione libertario', cioè dal sindacalismo. Il sindacalismo tende a conciliare e armonizzare la necessità dell'organizzazione colla necessità dell'autonomia e della libertà»¹⁰². Ed aggiungeva che la «libertà intesa in senso sindacalista è l'ideale più sublime, più alto, in continuo ed eterno divenire»¹⁰³. Il sindacalismo libertario di Alimenti è, dunque, agli antipodi del sindacalismo fascista che nello stesso torno di anni era teorizzato, come sappiamo, da Panunzio.

Non mancò nemmeno la voce dei partiti politici in difesa dei diritti di libertà. È il caso, ad esempio, del socialriformista Dino Bonardi che nel 1925 pubblicò a Milano il saggio, prefato da Claudio Treves, *Le fonti della libertà*¹⁰⁴. Bonardi individuava nei principi della Dichiarazione del 1789 le fonti della libertà¹⁰⁵: l'assemblea rivoluzionaria aveva riconosciuto «solennemente i principî contenuti nella *Dichiarazione*, come primitivi, naturali, imprescrittibili: essa ben lungi dall'affermarli o diffonderli, si limitava a *dichiararli*, intendendo in tal modo di asserire solennemente che quei principî esistevano ed erano capaci di tutta la

⁹⁹ Biscione, "Damiani" 334-337. Gigi Damiani nacque nel 1876 e morì nel 1953.

¹⁰⁰ Damiani, *Il problema della libertà*, 27.

¹⁰¹ Alimenti, *L'uomo nuovo sindacalista*, 27.

¹⁰² *Ibid.*, 33.

¹⁰³ *Ibid.*, 51.

¹⁰⁴ Dino Bonardi (1896-1966), giornalista e scrittore, laureato in giurisprudenza, dedicò a Filippo Turati il libro *Le fonti della libertà*, libro che ebbe una certa diffusione. Su di lui Archivio Centrale dello Stato. *Casellario politico centrale*, busta 713, B 13573 e De Francesco, *Mito e storiografia*, 121-124.

¹⁰⁵ Bonardi, *Le fonti della libertà*, 17, cap. I: "I principî dell'89 come fonti della libertà".

loro potenza, *prima ancora* che l'Assemblea li avesse riconosciuti»: essi erano, infatti, «i principî del Diritto Naturale»¹⁰⁶. Le carte costituzionali del periodo liberale avevano definito in termini di diritto positivo detti principi, di modo che il liberalismo costituiva «la premessa tipica di qualunque movimento politico che voglia non rinnegare le tappe luminose del passato, ma procedere da queste verso più illuminati e puri orizzonti»: un traguardo, questo, cui conduceva il socialismo il quale «non rinnega quelli fra i principî della democrazia e del liberalismo che hanno un valore universale, ma anzi li supera perfezionandoli, avvicinandoli cioè all'espressione assoluta nella quale furono formulati» e, di conseguenza, «si trova esso pure in rapporto di relazione, sebbene indiretta, con i principî del 1789»¹⁰⁷.

Bonardi, dunque, offriva una lettura rigidamente giusnaturalistica della libertà che finiva per coincidere con l'interpretazione elaborata dai politologi e dai giuristi fascisti i quali, come sappiamo, attribuivano al liberalismo – e comunque, più in generale, all'antifascismo – una visione esclusivamente giusnaturalistica della libertà. La sua lettura si ritrova nella sostanza anche in Francesco Saverio Nitti¹⁰⁸ il quale nel saggio *La libertà* dichiarava che nella tradizione europea si avevano due diverse «concezioni della libertà: la concezione britannica e la francese»: la prima fondata sulla tradizione, la seconda espressione della ragione¹⁰⁹. Nessuno spazio, dunque, veniva lasciato da Nitti alla concezione dei diritti di libertà, come derivati dalla sovranità legislativa dello Stato, elaborata dalla dottrina germanica nella seconda metà del secolo XIX e accolta in Italia dalla maggior pubblicistica: per lui la vera tradizione europea leggeva la libertà come prestatale, come un diritto insito nell'ordinamento giuridico vigente in virtù della tradizione consuetudinaria o della natura dei cittadini. Era questa la libertà, frutto della fusione tra la concezione inglese e la francese, quella che aveva trionfato

¹⁰⁶ Ibid., 83.

¹⁰⁷ Ibid., 150 s.

¹⁰⁸ Una ricostruzione sintetica della vita di Francesco Saverio Nitti (1868-1953) e dei numerosissimi studi su di lui è offerta dalla biografia scritta da Barone per il *Dizionario Biografico degli Italiani*, LXXVIII, 600-608.

¹⁰⁹ Nitti, *La libertà*, 20. Il saggio riuniva il testo del discorso pronunciato da Nitti il 28 luglio 1925 al British Institute of Foreign Affairs di Londra e quello della conferenza tenuta il 31 luglio dello stesso anno da Nitti a Cambridge dietro invito della Liberal Summer School.

nell'Ottocento¹¹⁰ e che ora era stata eliminata dal fascismo in Italia e dal comunismo in Russia, regimi caratterizzati dalla «avversione comune per le pratiche della libertà e per la democrazia»¹¹¹. In particolare, in Italia «il capo del fascismo ... ha proclamato il più grande disprezzo per il parlamento e il più grande disprezzo per la libertà, che ha definito un cadavere putrefatto»¹¹²: una definizione, quest'ultima, che evidenziava l'assurdità dei tentativi fascisti di proporre una visione della libertà diversa da quella tradizionale. Nitti passava, poi, ad elencare i provvedimenti liberticidi del fascismo: «la Camera dei deputati è stata in realtà abolita ... la libertà di stampa è stata a sua volta abolita con la censura e con i sequestri. Poi è stato necessario abolire di fatto la libertà di riunione e di associazione». Inoltre «il governo ha voluto punire e si è riservato il diritto di punire e di espellere coloro che manifestavano opinioni o avevano attitudini non favorevoli»; e «si è giunti al punto che il governo si chiama nazionale e considera antinazionali coloro che militano in partiti contrari. Si è già arrivati, come nel governo assoluto, a confondere lo stato e la nazione, ma si è arrivati ancora più in là: si confonde il partito con la nazione». E, infine, «al fascismo è stato necessario abolire man mano tutte le libertà comunali, far le leggi per decreto e imporre una disciplina basata non sul consenso ma sulla forza»¹¹³.

E diritti prestatali, o astatali, erano quelli di libertà anche per Luigi Sturzo¹¹⁴.

¹¹⁰ Ibid., 21: «Il secolo decimonono ... è stato il grande secolo della libertà umana, del libero scambio».

¹¹¹ Ibid., 41.

¹¹² Ibid., 43.

¹¹³ Ibid., 43-45. Ai politici antifascisti che condannarono in questi anni la politica liberticida del fascismo si deve aggiungere il giornalista liberaldemocratico Mario Borsa, il quale, comunque, a differenza di quelli fin qui ricordati, concentrò la sua critica sui soli provvedimenti relativi alla stampa. Nel suo volume *La libertà di stampa* Borsa, dopo aver ripercorso la lunga lotta per la conquista della libertà di stampa, leggeva i provvedimenti fascisti come manifestazione di un governo debole, privo del consenso popolare, ed aggiungeva una dura accusa alla stampa e alla borghesia italiana per aver tollerato l'ascesa di Mussolini. In proposito si veda Allotti, *La stampa italiana*, 25-27. Su Mario Borsa (1870-1952) rinvio sia al volume ora citato di Allotti, 25-27, sia alla biografia redatta da Lotti, per il *Dizionario Biografico degli Italiani*, XIII, 108-110.

¹¹⁴ È impossibile tracciare un quadro esaustivo della letteratura su don Luigi Sturzo (1871-1959). Ricordo soltanto De Rosa, *Luigi Sturzo*; Piva e Malgeri, *Vita di Luigi Sturzo*; Fanello Marcucci, *Luigi Sturzo*; D'Addio, *Democrazia e partiti in Luigi Sturzo*; Aa.Vv., *Atti del Convegno su Luigi Sturzo*; Crivellini, *Luigi Sturzo nella cultura politica del '900*; Barbieri, *Alla ricerca della sovranità*; Bonaccorsi, *La laicità nel pensiero politico e giuridico di don Luigi Sturzo*; Fruci, *Diritto e Stato nel pensiero di Luigi Sturzo*; Guccione, *Luigi Sturzo*.

Chi parlò di una libertà dei figlioli di Dio ed elevò l'uomo all'eguaglianza della vita spirituale, fu quel Vangelo di Gesù Cristo, che non conobbe ebrei o gentili, padroni o servi, schiavi o liberi, e che chiamò l'uomo ad adorare Dio in spirito e in verità. Egli solo rivendicò intieramente la personalità umana, base della vera libertà,

scriveva nel saggio *La libertà in Italia*, edito da Pietro Gobetti nel 1925¹¹⁵. Libertà, dunque, come dono di Dio all'uomo, libertà che lo Stato moderno aveva avuto il merito di disciplinare rendendola effettiva:

la conquista dello Stato moderno – affermava – fu quella del regime rappresentativo e democratico, che domanda come esigenza di vita alcune forme di libertà sociali, che ne rendono effettiva la funzione; cioè libertà di stampa, di riunione e di associazione. Questo passo notevole nella vita dei popoli ... toglieva alla libertà sociale la caratteristica di privilegio di classe o di casta o arbitrio di dominanti, e la faceva divenire legge uguale e legge propria¹¹⁶.

Una dichiarazione certamente significativa, questa, con la quale Sturzo esprimeva il suo totale apprezzamento per le istituzioni liberaldemocratiche affermatasi in Europa sin dal secolo precedente ed in particolare in Italia per merito del Risorgimento. L'antica opposizione cattolica al movimento risorgimentale appare in Sturzo ormai del tutto svanita: a quel movimento, al contrario, egli attribuiva il merito di aver dato vita ad un ordinamento dotato degli strumenti capaci di tutelare e di proteggere la libertà naturale dell'uomo. Un riconoscimento tanto convinto da fargli invocare l'inizio di un nuovo Risorgimento per contrastare il regime liberticida fascista: «per noi» – dichiarava – «l'attuale battaglia per la libertà è come un secondo Risorgimento»¹¹⁷. E l'adesione al Risorgimento comportava, necessariamente, quella alle istituzioni statuarie, giudicate garanti della libertà, al punto da trovare incomprensibile la coesistenza delle medesime con i provvedimenti fascisti: «in Italia esistono ancora una Monarchia costituzionale, uno Statuto, un Parlamento. La pretesa rivoluzione non li ha abbattuti, ma vi si è sovrapposta, in una ibrida coesistenza di ragione di Stato e di ragione di parte»¹¹⁸.

¹¹⁵ Sturzo, *La libertà in Italia*, 39. Su Piero Gobetti editore si veda Tranfaglia e Vittoria, *Storia degli editori italiani*, 343-347.

¹¹⁶ Sturzo, *La libertà in Italia*, 39 s.

¹¹⁷ *Ibid.*, 53.

¹¹⁸ *Ibid.*, 31.

E Sturzo ribadì il suo apprezzamento per il movimento liberale del Risorgimento nel saggio *Italia e Fascismo* del 1926, nel quale egli da un canto esaltò il contributo di Gioberti e del neoguelfismo¹¹⁹, dall'altro sottolineò che, nonostante le numerose carenze della classe politica liberale¹²⁰, le istituzioni statutarie avevano avuto il grande merito di aver offerto adeguata tutela ai diritti di libertà: una tutela che il fascismo aveva ora eliminato¹²¹.

La riflessione dei politici antifascisti in tema di libertà sembra, dunque, seguire un'impostazione analoga a quella dei politologi e dei giuristi fascisti che omologavano l'intero pensiero liberale sotto l'etichetta del giusnaturalismo¹²². Una lettura più articolata troviamo, invece, nei giuristi che si conservarono distanti dal regime o a questo addirittura si opposero apertamente. Un'interessante analisi del problema si trova già in uno degli ultimi saggi di Alessandro Bonucci¹²³ il quale, condividendo le conclusioni della dottrina affermatasi in Germania sin dal tardo Ottocento, vedeva nello Stato l'unica fonte del diritto: «è mediante l'imperativo giuridico, la norma giuridica» – affermava – «che lo Stato crea diritti soggettivi, poteri giuridici»¹²⁴. In questo quadro il concetto di libertà, intesa nel senso di «fare tutto quel che si voglia», non poteva che riguardare «quegli atti che restan fuori dal regolamento giuridico, da esso ignorati»¹²⁵; ma una tale libertà non offriva «la gioia di muover sicuri verso il fine che la ragione segnò, di

¹¹⁹ Idem, "Italia e fascismo," 6, 8 s.

¹²⁰ Idem, *La libertà in Italia*, 17 s.

¹²¹ Ibid., 198 s.

¹²² Accanto agli scritti dell'antifascismo politico militante si deve ricordare l'opera di grande impegno civile che proprio negli anni in cui la libertà politica in Italia veniva messa in crisi fu composta da De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*. Obiettivo dell'autore era quello di ricostruire le varie forme assunte dal concetto di libertà nel corso della storia europea, dal Medioevo quando la libertà coincideva con la tutela dei diritti che sostanziano l'ordinamento della comunità, del gruppo, del ceto cui il singolo soggetto apparteneva, al giusnaturalismo moderno, all'Illuminismo, alla Rivoluzione francese e alle forme costituzionali degli Stati liberali del secolo XIX, con particolare attenzione all'analisi di queste ultime. La libertà veniva pertanto intesa come elemento primario della tradizione culturale europea che con il giusnaturalismo e con le forme costituzionali ottocentesche aveva conosciuto definizioni teoriche e positiva tutela giuridica di grande significato. Su Guido De Ruggiero (1888-1848) si veda la biografia redatta da De Felice per il *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXXIX, 248-258.

¹²³ Su Alessandro Bonucci (1883-1925), professore di filosofia del diritto a Camerino, Perugia, Cagliari, Siena e Palermo rinvio alla biografia redatta di Di Carlo per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, 302.

¹²⁴ Bonucci, "Diritto soggettivo e libertà," 37.

¹²⁵ Ibid., 44.

sentirsi fiduciosamente operosi, di spiegare trionfando la nostra più interiore energia»¹²⁶. Perché il soggetto potesse raggiungere «la felicità» che si ottiene «nel conseguimento del fine» era indispensabile che lo Stato intervenisse trasformando, mediante le sue norme, la spontanea libertà in diritto: «per questo lo Stato deve cessar di attentare alla gioia che procede dalla sicura spontaneità individuale. Ed allora la libertà non ne ha più da temere; ché esso può farsi mezzo non più ostacolo a lei»¹²⁷. L'intervento dell'ordinamento sovrano dello Stato era, dunque, insostituibile: «se mancasse la tutela statale» – concludeva Bonucci – la libertà «non si potrebbe che *desiderare*, soltanto»¹²⁸.

Nella tradizione popolare e non nell'autorità sovrana dello Stato collocava, invece, la fonte della libertà Pietro Bonfante¹²⁹ in un saggio in cui metteva a confronto l'esperienza dei Romani e di quella degli Inglesi. «In uno Stato libero» – egli affermava – «la sovranità risiede nei cittadini e lo Stato non si può espandere se non creando una coscienza sempre più alta e ordinamenti sempre nuovi». E confrontando la storia di Inghilterra con quella di Roma egli rilevava «che una ragione etica elevata ha in ultima analisi cementato la fortuna dei due popoli: un sentimento fiero di libertà e sovra ogni altra cosa l'aspirazione unica ad una comunione libera sempre più larga. Come Roma, l'Inghilterra è uno stato dominatore, ma libero»¹³⁰. Secondo Bonfante Roma, a differenza di altre città stato che dopo aver conseguito «una posizione egemonica sulle comunità più prossime ... non fecero che ridurle in sudditanza e spesso in dura sudditanza», aveva «creato ... nell'ordinamento municipale

¹²⁶ Ibid., 45.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid., 45 s.

¹²⁹ Su Pietro Bonfante (1861-1932) si veda la voce di Capogrossi Colognesi per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, 292-295. Si deve ricordare che qualche anno più tardi la tesi dominante in dottrina, per la quale il diritto aveva come sua fonte unica lo Stato sovrano, fu decisamente confutata da Del Vecchio nel saggio "Sulla statualità del diritto". Del Vecchio rilevava, infatti, che i) «il diritto è coevo all'uomo» mentre «lo Stato ... sorge soltanto in virtù di un lungo processo», 9; ii) sono noti «fenomeni che sembrano egualmente attestare la possibilità di un diritto non statale; e cioè tutta una serie di minori ordinamenti giuridici, stabiliti nell'ambito dello Stato, ma indipendenti da esso e persino, in qualche caso, antitetici ad esso», come le antiche corporazioni, 10 s. A suo parere, dunque, si doveva prendere atto che la storia conosceva «organizzazioni collettive preesistenti allo Stato», 18, e che erano attualmente in vigore ordinamenti, come quello della Chiesa e quello internazionale, del tutto estranei alla forma istituzionale dello Stato, 21-23.

¹³⁰ Bonfante, *Libertà inglese e libertà romana*, 453.

e coloniale un decentramento ... felice»¹³¹. E aveva continuato a garantire l'autogoverno locale anche quando alla repubblica era succeduto l'impero: «l'impero» – dichiarava Bonfante – «derivava la sua forza dall'antica repubblica e ne continuava in certo modo la tradizione»¹³². La medesima garanzia della libertà egli ritrovava nella tradizione inglese a partire dalla Magna Carta che aveva imposto il principio per cui «nessuna imposta è valida se il Parlamento non la consente»¹³³ e che aveva anche ispirato l'ordinamento dell'impero britannico caratterizzato dal riconoscimento dell'autogoverno alle nazioni sottomesse, così che le colonie erano state elevate a Stati riuniti nel Commonwealth¹³⁴.

Un'impostazione radicalmente diversa da quella adottata dalla dottrina fascista e da quella antifascista fin qui esaminata si rinviene, poi, nel volume di Francesco Ruffini *Corso di diritto ecclesiastico italiano. La libertà religiosa come diritto pubblico soggettivo*, edito a Torino nel 1924. Sin dal titolo era reso esplicito l'obiettivo dell'autore, quello di esaminare il tema della libertà in generale, e di quella religiosa in particolare, nel quadro della più recente ed accreditata giuspubblicistica tedesca ed italiana. Ruffini riconosceva a Gerber il merito di aver impresso, con il suo volume del 1852 sui diritti pubblici, una svolta radicale alla scienza di diritto pubblico con l'abbandono della lettura giusnaturalistica e l'affermazione dello Stato come fonte unica del diritto¹³⁵. A lui si doveva anche la prima teorizzazione dei diritti pubblici soggettivi, quali diritti concessi dallo Stato ai cittadini nei propri confronti, approfondita, poi, dalla successiva dottrina tedesca la quale in questa categoria aveva finito per «raccolgere svariatissime prerogative e pretese del cittadino» ed al contempo l'aveva distinta da un'altra categoria, quella dei «diritti riflessi (*Reflexrechte*)», vantaggi che il cittadino riceveva dall'esercizio di facoltà spettanti allo Stato, vantaggi che però

¹³¹ Ibid., 454, 456.

¹³² Ibid., 458.

¹³³ Ibid., 459.

¹³⁴ Ibid., 468. L'idea secondo la quale l'Impero britannico garantiva la libertà delle nazioni sottomesse grazie al riconoscimento del loro autogoverno era condivisa da De Ruggiero, *Storia del liberalismo*, 162: «Ma anche nell'imperialismo [britannico] non mancano interni motivi liberali: la libertà, l'autogoverno formano ormai il tradizionale vincolo tra le colonie e la madre patria».

¹³⁵ Ruffini, *Corso di diritto ecclesiastico italiano*, 143: «Un momento decisivo nello svolgimento della scienza del diritto pubblico germanico è segnato dalla apparizione (1852) del libro di uno de' suoi maestri più celebrati, il Gerber, sopra i *Diritti pubblici*».

«non creano in lui [=nel cittadino, cioè] alcun diritto subiettivo verso lo Stato»¹³⁶. A questa seconda categoria, ricordava Ruffini, «il Gerber e la sua scuola relegano i Diritti di libertà»¹³⁷: ed in proposito citava in particolare Laband. Le conclusioni di Gerber e dei suoi discepoli erano state poi sviluppate da Jellinek, il quale aveva concordato sulla derivazione del diritto dalla volontà sovrana dello Stato, aveva letto la definizione dei diritti pubblici soggettivi come sfera di diritti «creata da un atto di autolimitazione dello Stato» e in questa categoria, in antitesi a Gerber e alla sua scuola, aveva compreso i diritti «comunemente designati quali diritti di libertà» che aveva articolato in tre diversi *status*, lo *status libertatis* – «uno stato eminentemente negativo, e consiste essenzialmente nella abrogazione delle restrizioni ch'erano nell'addietro in vigore» (come la censura, le limitazioni della libertà religiosa, la disuguaglianza giuridica) –, lo *status civitatis* – comprendente «i diritti civili» – e lo *status activae civitatis*, concernente i diritti politici¹³⁸. E dopo aver ricordato il successivo intervento della dottrina italiana, Ruffini accoglieva la tesi della derivazione dei diritti di libertà dallo Stato ed esaminava le forme di tutela che l'ordinamento forniva agli stessi. Si trattava di i) «*guarentigie giudiziali*» che, come già sostenuto da Santi Romano¹³⁹, l'ordinamento offriva esclusivamente contro «violazioni dei diritti fondamentali e dei diritti di libertà, commesse ... dal potere esecutivo», non contro delibere del legislativo; ii) «*guarentigie politiche*» consistenti sia nell'inclusione di detti diritti nella carta costituzionale o in una dichiarazione solenne dei diritti, sia nella forza della pubblica opinione, sia infine nel diritto di resistenza¹⁴⁰.

L'analisi di Ruffini, dunque, si svolgeva tutta all'interno dell'indirizzo giuridico-formale da tempo prevalente nella giuspubblicistica tedesca ed italiana: la libertà non veniva, pertanto letta come un diritto prestatale, naturale o fondato sulla tradizione, ma concesso, definito e regolato dallo Stato. Tale natura aveva, a suo vedere, in particolare, la libertà religiosa che egli definiva «un diritto *subiettivo*, e non un semplice effetto riflesso o altro somigliante; e per di più *pubblico* e non

¹³⁶ Ibid., 146 s.

¹³⁷ Ibid., 147.

¹³⁸ Ibid., 151.

¹³⁹ Romano, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, 119-121.

¹⁴⁰ Ruffini, *Corso*, 168-181.

semplicemente privato. Soggiungiamo: diritto *assoluto e positivo*, e non semplicemente *relativo e negativo*»¹⁴¹.

La medesima impostazione si rinviene nell'altra opera, di grande impegno civile e politico, *Diritti di libertà*, pubblicata ancora a Torino, con Piero Gobetti editore, nel 1926, opera particolarmente interessante non soltanto per la dura condanna dei provvedimenti liberticidi fascisti¹⁴², ma anche per la formulazione di una tesi originale sulla natura del concetto di autolimitazione statale proposto dalla dottrina germanica. Ruffini presentava, infatti, i diritti di libertà come concreti diritti positivi derivati dallo Stato: ma mentre i maestri tedeschi, in particolare Jellinek, distinguevano tra un primo momento, quello in cui lo Stato nasceva, ed un secondo momento quello in cui lo Stato decideva di autolimitarsi concedendo diritti pubblici soggettivi ai cittadini, egli affermava che sin dalla sua nascita lo Stato era limitato. «Non esiste ... alcun momento in cui esso non sia limitato, appunto, perché, sin dalla sua origine, esso è un ordinamento; cosicché ogni sua eventuale autolimitazione non può essere, in ogni caso, se non una nuova, successiva, ulteriore limitazione»¹⁴³. Se fossero esistiti solo in virtù di una decisione autolimitante dello Stato, i diritti di libertà avrebbero potuto essere ridotti o addirittura aboliti da una decisione contraria dello stesso Stato che avesse voluto, nella sua assoluta sovranità, modificare in senso restrittivo l'ambito della sua autolimitazione: presentandoli, invece, come elemento connaturato dell'ordinamento statale sin dalla sua origine, si riconosceva loro una solidità oggettiva e una intangibilità strutturale indiscutibile.

Orbene – concludeva Ruffini – i Diritti di libertà hanno fondamento, non in una successiva od ulteriore autolimitazione dello Stato; sì bene in quella originaria, primordiale e, di conseguenza, fatale sua limitazione. Quella dello Stato, vorremmo poter dire, è, per rispetto ai Diritti di libertà dei cittadini, non una limitazione volontaria e da esso acquisita, sì bene una limitazione necessaria e congenita. Di qui l'intangibilità, di qui l'imprescrittibilità di tali Diritti di libertà: finché, si intende, un vero Stato di diritto e, potremmo dire senz'altro, uno Stato sia!¹⁴⁴.

¹⁴¹ Ibid., 196.

¹⁴² Idem, *Diritti di libertà*, 50 s.

¹⁴³ Ibid., 129.

¹⁴⁴ Ibid., 180.

L'ordinamento giuridico di uno Stato di diritto, quindi, secondo Ruffini non poteva esistere senza i diritti di libertà. Parole, queste, di grande afflato civile le quali, al contempo, erano il frutto di un'analisi giuridica rigorosa che, dopo aver messo da parte ogni suggestione giusnaturalistica, era stata condotta nel solco della solida dottrina giuspubblicistica dominante.

Il superamento dell'impostazione giusnaturalistica e l'inquadramento dei diritti di libertà all'interno delle conclusioni della giuspubblicistica prevalente si rinviene anche in Ernesto Orrei, schierato su posizioni politiche ed ideologiche laiche, democratiche e radicali ed esponente di primo piano dell'Unione democratica romana. Orrei era dal 1905 libero docente di diritto costituzionale nell'Università di Roma: il suo impegno antifascista fu particolarmente intenso e straordinariamente duraturo, come attesta il volume di condanna delle leggi razziali italiane da lui pubblicato con il titolo *Intorno alla questione ebraica. Lineamenti di storia e di dottrina* a Roma nel dicembre 1942¹⁴⁵. Un'accorata difesa della forma di governo parlamentare costituisce la

¹⁴⁵ Ernesto Orrei (1873-1950) fu un importante esponente del radicalismo. Libero docente di diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza di Modena, nel 1904 chiese di trasferire la libera docenza nella Facoltà giuridica romana, la quale, dopo un primo rifiuto, accolse la domanda nel febbraio 1905. Eletto nel Consiglio della provincia di Roma nel 1903, nel 1910 divenne vicepresidente dello stesso Consiglio. Interventista, fece parte di comitati di assistenza ai militari. Nel dopoguerra fu eletto nel 1920 presidente del Consiglio della provincia di Roma e nel 1922 fu tra i fondatori del partito della Democrazia sociale; nel novembre 1924 aderì all'Unione nazionale di Giovanni Amendola. Lasciato il suo incarico politico nel 1923, si dedicò alla professione forense e all'insegnamento. Nel gennaio 1937 il ministro dell'Educazione Nazionale Giuseppe Bottai deliberò la decadenza della sua libera docenza: il provvedimento era adottato, come si legge nel decreto ministeriale del 19 gennaio, sulla base del «rapporto del Rettore della R. Università di Roma, dal quale risulta che il dott. Ernesto Orrei, libero docente di diritto costituzionale presso la detta università, non ha impartito alcun corso libero durante il quinquennio dal 1931-1932 al 1935-1936, né ha presentato, nonostante i ripetuti inviti rivoltigli dallo stesso Rettore, alcuna deduzione per giustificare il mancato esercizio dell'insegnamento durante il quinquennio suddetto». Dopo il secondo conflitto mondiale fece parte nel 1946 della consulta legale creata per iniziativa dell'Unione delle Comunità israelitiche italiane con lo scopo di redigere il testo delle norme che dovevano integrare le disposizioni riguardanti l'abrogazione della legislazione razziale. Su di lui Archivio centrale dello Stato, Ministero dell'Interno, DG Pubblica Sicurezza, Div. Affari Generali e Riservati, Ai 1937, busta 35 f, Orrei prof. Ernesto; *Ibid.*, Ministero Pubblica Istruzione, DG Istruzione Superiore, Fascicoli personali docenti, 3° versamento, b. 355, pos. 11 f, Orrei Ernesto; La Sapienza Università di Roma, Archivio storico, AS 186, Orrei Ernesto; Toscano, *L'abrogazione delle leggi razziali in Italia (1943-1987)*, 56; Fabre, *L'elenco, ad Indicem*; Orsina, *Anticlericalismo e democrazia*, 96, 104; Del Signore, *«La Provincia Capitale»*, 70 s.; S. Gentile, *Le leggi razziali*, 37 s., 40-42; *Idem*, *La legalità del male, ad Indicem*.

sostanza di un suo saggio, apparso nel 1925, proprio nel momento, dunque, in cui quella forma di governo si andava sfarinando in Italia sotto i colpi del fascismo. A suo vedere il regime parlamentare era l'unico in grado di offrire adeguate garanzie di tutela ai diritti di libertà, diritti che appartenevano alla natura dell'individuo, alla sua personalità. «Il sistema parlamentare ... fondamentalmente è un sistema giuridico di libertà istituzionali»¹⁴⁶.

Le libertà individuali ... contengono nel loro riconoscimento non solo la guarentigia protettrice della personalità ma ancora la fonte viva di una necessaria più che utile collaborazione della società politica all'attività del regime ... Talchè coartare il diritto della persona porta per ciò stesso a minorare anche un diritto della collettività, a comprimere la pubblica opinione. Così le guarentigie di libertà individuale, per essere intimamente connesse col sistema rappresentativo, debbono avere il massimo riconoscimento e la più precisa protezione giuridica: sono esse la linfa salutare nel corpo politico. Rappresentanza e libertà vanno considerate come congiunte inscindibilmente¹⁴⁷.

L'interpretazione di Orrei, dunque, si differenziava, per alcuni aspetti, da quella di Ruffini: quest'ultimo proponeva una visione unitaria della libertà, quale elemento essenziale e coevo dell'ordinamento giuridico, mentre Orrei operava una distinzione tra la libertà personale e quella giuridica, indicando come fonte del diritto di libertà il solo Stato sovrano, ma affermando al contempo che lo stesso offriva una disciplina positiva ad un elemento essenziale della personalità umana.

Gli stessi concetti trovarono espressione più distesa in una successiva monografia di Orrei, *Il diritto costituzionale e lo Stato giuridico*, pubblicata a Roma, presso l'editrice Athenaeum¹⁴⁸, nel 1927, nella quale il giurista ribadiva che «la libertà giuridica per sé stessa è un attributo essenziale della personalità nel suo affermarsi, in quanto esprime la capacità giuridica dell'individuo medesimo, nella quale appunto la personalità giuridica si traduce e si realizza»¹⁴⁹. E concludeva: «Il diritto di libertà quale diritto subbiiettivo della persona, è riconosciuto tale

¹⁴⁶ Orrei, "Regolamento giuridico del governo parlamentare," 195.

¹⁴⁷ Ibid., 184.

¹⁴⁸ «L'Athenaeum di Roma, che pubblicava prevalentemente opere giuridiche e la 'Rivista di diritto internazionale'» era di proprietà di Cecilio Vallardi, che ne era anche il direttore. Al riguardo Tranfaglia, Vittoria, *Storia degli editori italiani*, 326.

¹⁴⁹ Orrei, *Il diritto costituzionale e lo Stato giuridico*, 509.

e quale deve essere tutelato nel suo esercizio in quanto questo, è ovvio, si mantiene nei limiti istituzionali dello stesso diritto»¹⁵⁰. Dopo questa premessa Orrei passava a condannare le violazioni dei diritti di libertà operate dai provvedimenti fascisti: un attacco deciso e coraggioso al regime autoritario cui seguiva una rinnovata esaltazione del sistema parlamentare che, a detta del giurista, «è il sistema politico che meglio difende il corpo sociale contro ogni insidia di forza ostile»¹⁵¹.

E ancora più straordinaria appare la pubblicazione di un'ulteriore opera di Orrei, un'opera di assoluta condanna del regime, dal titolo *Gli Italiani e la libertà*, edita a Roma nel 1929, per la casa editrice Fratelli Treves¹⁵². Opera, come ha detto di recente Saverio Gentile, «ingiustamente dimenticata»¹⁵³, la quale si segnala non tanto per l'approfondimento del tema teorico dei diritti di libertà, quanto soprattutto per la critica puntuale e rigorosa delle leggi e dei provvedimenti liberticidi del fascismo. Quella di Orrei pare l'unica voce che alla fine degli anni '20 continui a levarsi tra i giuristi contro il regime ormai consolidato. A suo giudizio non erano stati soltanto i provvedimenti sulla stampa, sul diritto di riunione, di associazione, sulla manifestazione del pensiero, sull'insegnamento, sulla stessa persona a eliminare la libertà in Italia; erano state anche, e soprattutto, le riforme istituzionali che avevano imposto la preminenza del potere esecutivo ed eliminato ogni legittima opposizione e ogni forma di dissenso¹⁵⁴. Le riforme istituzionali, dunque, avevano costituito lo strumento necessario per la definitiva eliminazione delle libertà civili e politiche in Italia: «è venuto a stabilirsi nel nostro paese» – proseguiva Orrei – «un ordinamento politico restrittivo sia per la preminenza dell'esecutivo di fronte agli altri poteri dello Stato, tantoché nell'esecutivo stesso si riassume in effetti l'esercizio dell'autorità dello Stato medesimo, sia per l'intervento preventivo dell'esecutivo rispetto ai diritti di libertà»¹⁵⁵. Ma il giurista si augurava che il popolo italiano, riprendendo la via del Risorgimento, restaurasse al più presto le forme istituzionali liberal-democratiche e con queste

¹⁵⁰ Ibid., 511.

¹⁵¹ Ibid., 636.

¹⁵² Presso la quale, peraltro, lavorava il figlio di Giovanni Gentile, Federico: in proposito Tranfaglia e Vittoria, *Storia degli editori italiani*, 265.

¹⁵³ S. Gentile, *Le leggi razziali*, 42.

¹⁵⁴ Orrei, *Gli Italiani e la libertà*, 56 s.

¹⁵⁵ Ibid., 72.

riacquistasse in pieno la libertà, restaurasse, in particolare, la forma di governo parlamentare, unica garanzia, come aveva già detto nei precedenti lavori, dei diritti di libertà¹⁵⁶.

5.7. Conclusioni

Quest'ultima monografia di Orrei dovette godere di una consistente diffusione se l'anno dopo, nel 1930, conosceva, sempre con i Fratelli Treves, una seconda edizione. Essa, comunque, sembra essere l'ultima espressione sul tema della libertà da parte di giuristi antifascisti. Sul versante opposto, invece, politologi, giuristi, politici legati al regime continuarono a parlare di libertà per tutto il decennio successivo in maniera quasi ossessiva; e lo fecero ripetendo senza sostanziali elementi di originalità idee che abbiamo visto segnare il pensiero fascista sin dall'inizio. L'analisi puntuale dei loro interventi esula dagli obiettivi del presente studio. Mi limito, pertanto, a ricordare, come espressione emblematica di questa letteratura, il saggio di Ezio Chichiarelli¹⁵⁷, dal titolo, quanto mai significativo, *Libertà fascista*, pubblicato nel 1938 in *Il giornale di politica e di letteratura*. Chichiarelli continuava a ripetere che per il liberalismo il concetto di libertà era stato sempre segnato dal «carattere individualistico», in virtù della lettura giusnaturalistica della libertà¹⁵⁸ e ad attribuire al fascismo il merito di aver eliminato questa ideologia e di aver risolto il conflitto Stato-individuo aperto dal liberalismo, «il nuovo concetto della libertà, come libertà 'dello Stato e dell'individuo nello Stato' della libertà come attributo dell'uomo

¹⁵⁶ Ibid., 11-113.

¹⁵⁷ Nelle fonti troviamo sia Ezio Chichiarelli, professore di filosofia, studioso di Tocqueville, sia Ezio Chichiarelli, di cui sono note la data e il luogo di nascita (Magliano dei Marsi, prov. L'Aquila, 1911), sia la data di morte, 1981. Quest'ultimo studiò prima a Como, poi a Pavia dove si laureò in Scienze Politiche: docente di filosofia, nel 1941 organizzò a Como un gruppo liberalsocialista, fu per questo motivo arrestato, recluso nel carcere di Bari e sospeso dall'insegnamento. Tornato in libertà, prese parte alla resistenza, aderì al Partito d'Azione e partecipò alla redazione del suo programma politico; allo scioglimento del Partito d'Azione, si iscrisse al Partito comunista italiano. Su di lui Archivio Centrale dello Stato, *Casellario politico centrale*, busta 1299; Istituto di storia contemporanea "Pier Amato Perretta" di Como, *Archivio biografico italiano*, fiche II, 139, 75; Ragghianti, *Disegno della liberazione italiana*, 299; Giannantoni, *L'ombra degli Americani*, 233 n1, 334 n78. È probabile che si tratti della stessa persona; se poi si tratta anche dell'autore del saggio sulla libertà fascista preso in esame in questa sede, si deve ritenere che a una giovanile adesione al fascismo seguì una decisa conversione all'antifascismo.

¹⁵⁸ Chichiarelli, "Libertà fascista," 4 s.

concreto e non di 'quell'astratto fantoccio a cui pensava il liberalismo individualistico'»¹⁵⁹.

Il tema dello Stato etico, infine, venne ripreso da Gastone Silvano Spinetti¹⁶⁰ nel saggio *Fascismo e libertà (verso una nova sintesi)* edito a Padova nel 1940, saggio che appare significativo come testimonianza del perdurare di idee già formulate nel primo decennio del regime. La libertà veniva qui presentata come un dato naturale «costituendo il fine ultimo della nostra esistenza e la più alta aspirazione degli esseri della nostra specie»¹⁶¹, un dato quindi pregiuridico. Ma la libertà naturale non era per Spinetti individualistica ed egoistica: al contrario essa «significa autodomínio»¹⁶². A suo dire:

la libertà si conquista con la consapevolezza e con l'assunzione delle grandi responsabilità per cui ci è data, ecco perché Mussolini – fedele interprete dello spirito del nostro tempo – con ammirevole chiarezza ha affermato che la libertà 'non è un diritto: è un dovere; non è un'elargizione: è una conquista; non è una eguaglianza: è un privilegio'¹⁶³.

Concetti, questi, per più aspetti fumosi che, comunque, si comprendono in quanto messi in collegamento con l'idea dello Stato etico di cui si è vista la teorizzazione sin dagli anni '20.

Lo Stato da noi vagheggiato – affermava infatti Spinetti – è uno Stato 'etico' ... perché dovrà proporsi non soltanto di salvaguardare gli interessi dei singoli e di eliminare i contrasti che possono sorgere tra di loro, ma anche di conseguire l'elevazione morale dei cittadini, al fine

¹⁵⁹ Ibid., 11.

¹⁶⁰ Personaggio complesso fu Gastone Silvano Spinetti. Nato a Roma nel 1908 e laureatosi in giurisprudenza nel 1928, collaborò a vari giornali e nel 1933 fondò la rivista *La Sapienza* che organizzò il I Congresso anti-idealista nel quale intervenne come teorico del pensiero antigentiliano e anticrociano e sostenitore della mistica fascista. Funzionario del Ministero di stampa, svolse l'incarico di addetto stampa del Capo del Governo. Partecipò al conflitto mondiale, fu fatto prigioniero e detenuto in India. Nel dopoguerra conservò l'incarico di addetto stampa della Presidenza del Consiglio e si spostò su posizioni solidaristiche di ispirazione cattolica; nel 1968 si schierò a favore del movimento studentesco: pubblicò, infatti, a Roma nel 1968 *Manuale della protesta dei giovani. Dalla protesta alla denuncia* e nel 1972, sempre a Roma, *Presupposti ideali della contestazione nel mondo*. Su di lui Tarquini, *Il Gentile dei fascisti*, 201-211, 248-250, 361; Parlato, *Fascisti senza Mussolini*, 242, 398; De Giorgi, *Solidarismo e comunitarismo cattolico*.

¹⁶¹ Spinetti, *Fascismo e libertà (verso una nuova sintesi)*, 95.

¹⁶² Ibid., 97.

¹⁶³ Ibid., 96.

di permettere ai migliori di poter godere sempre più quella libertà che è privilegio della loro natura¹⁶⁴.

E ribadiva la profonda differenza tra la natura dello Stato liberale e quella dello Stato fascista:

mentre nella concezione liberale l'individuo assorbe in sé lo Stato ... nella nuova concezione mistica della vita viene eliminato ogni elemento di dissidio tra Stato ed individuo, dato che il fine dell'individuo è rappresentato dalla sua perfezione spirituale e il fine dello Stato è rappresentato dal perfezionamento delle società e dal bene comune¹⁶⁵.

Concetti e argomentazioni, dunque, che continuarono ad essere ripetuti lungo tutti gli anni del regime: il fantasma della libertà uccisa angosciosò per tutto il ventennio gli intellettuali fascisti.

Riferimenti bibliografici

- AA.VV. *Atti del Convegno su Luigi Sturzo. Alle radici del cattolicesimo democratico. Massagno 12 settembre 2009*. Lugano, 2010.
- ALBANI, PAOLO. *I mattoidi italiani*. Macerata: Quodlibet, 2012.
- ALESSIO, MANUELA. *Democrazia e rappresentanza. Gerhard Leibholz nel periodo di Weimar*. Napoli: Vivarium, 2000.
- ALIMENTI, GIULIO. *L'uomo nuovo sindacalista. Dall'autorità alla libertà*. Parma: La Commerciale, 1924.
- ALLOTTI, PIERLUIGI. *La stampa italiana tra fascismo e antifascismo (1922-1948)*. Roma: Carocci, 2012.
- AMATO, ALESSANDRO. "Per la critica dello Stato: filosofia, etica e storia nell'attualismo di Giovanni Gentile." Tesi di dottorato, Università di Padova, 2009.
- AQUARONE, ALBERTO. *L'organizzazione dello Stato totalitario*. Torino: Einaudi, 1974.
- BARBIERI, LUIGI. *Alla ricerca della sovranità. Persona, Chiesa e Stato nel pensiero di Luigi Sturzo*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2011.
- BARONE, GIUSEPPE. "Nitti, Francesco Saverio." In *Dizionario Biografico degli Italiani*, LXXVIII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2013.
- BENVENUTO, BEPPE. *Giuseppe Prezzolini*. Palermo: Sellerio, 2003.
- BIAGIANTI, IVO. *Sviluppo industriale e lotte sociali nel Valdarno Superiore (1860-1922)*. Firenze: Olschki, 1984.

¹⁶⁴ Ibid., 105.

¹⁶⁵ Ibid., 109.

- BIGGINI, CARLO ALBERTO. *Il fondamento dei limiti all'attività dello Stato*. Città di Castello: Il Solco, 1929.
- BINGHAM, TOM. *The rule of law*. London: Allen Lane, 2010.
- BISCIONE, FRANCESCO MARIA. "Damiani, Luigi (Gigi)." In *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXXII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1986.
- BOBBIO, NORBERTO ET AL. *La cultura italiana tra '800 e '900 e le origini del nazionalismo*. Firenze: Olschki, 1981.
- BONACCORSI, ORAZIO. *La laicità nel pensiero politico e giuridico di don Luigi Sturzo. Con una biografia inedita di don Luigi Sturzo*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2011.
- BONARDI, DINO. *Le fonti della libertà*. Milano: Ed. La Giustizia, 1925.
- BONAUDI, EMILIO. *Dei limiti della libertà individuale*. Perugia-Venezia: La Nuova Italia, 1930.
- BONFANTE, PIETRO. "Libertà inglese e libertà romana (1924)." In Idem. *Scritti giuridici vari*, IV, *Studi generali*. Roma: Sampaolesi, 1925.
- BONUCCI, ALESSANDRO. "Diritto soggettivo e libertà." *Archivio giuridico*, 4, VII (1924).
- BORSA, MARIO. *La libertà di stampa*. Milano: Corbaccio, 1925.
- BRUGI, BIAGIO. "I così detti limiti dei diritti subiettivi e lo Stato." *Lo Stato. Rivista di scienze politiche giuridiche ed economiche*, II (1931).
- CAMPANILE, MARINA, cur. *Giuseppe Prezzolini nella formazione della coscienza critica degli Italiani. Atti del Convegno nazionale di studi. Caserta 25-26-27 ottobre 1985*. Napoli: Loffredo, 1987.
- CAMPOGRANDE, VALERIO. *Lineamenti del nuovo diritto costituzionale italiano*. Torino: S. Lattes e C., 1927.
- CANNISTRARO, PHILIP V. *La fabbrica del consenso*. Roma-Bari: Laterza, 1971.
- CAPOGROSSI, COLOGNESI LUIGI. "Bonfante Pietro." In *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Bologna: Il Mulino, 2013.
- CARAVALE, MARIO. "La dialettica libertà-autorità nei costituzionalisti romani di età liberale." In *La Facoltà giuridica romana in età liberale. Prolusioni e discorsi inaugurali*, a cura di Mario Caravale e Francesca Laura Sigismondi. Napoli: Jovene, 2014.
- CASSESE, SABINO. *Lo Stato fascista*. Bologna: Il Mulino, 2010.
- CAVALLERO, HERVÉ A. *L'immagine del fascismo in Giovanni Gentile*. Lecce: Pensa multimedia, 2008.
- CHICHIARELLI, EZIO. "Libertà fascista." *Il giornale di politica e di letteratura*, XIV (1938).
- CORRADINI, ENRICO. "L'unità dello Stato e degli individui." *Gerarchia* (1928).
- COSTA, PIETRO e DANILLO ZOLO, cur. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. Milano: Feltrinelli, 2003;
- COSTA, PIETRO. "Rocco, Alfredo." In *Dizionario biografico dei giuristi italiani*. II. Bologna: Il Mulino, 2013.
- CRIVELLINI, WALTER E. *Luigi Sturzo nella cultura politica del '900*. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2010.

- D'ADDIO, MARIO. *Democrazia e partiti in Luigi Sturzo*. Lungro di Cosenza: Marco, 2009.
- . *Giuseppe Capograssi (1889-1956). Lineamenti di una biografia*. Milano: Giuffrè, 2011.
- DAMIANI, GIGI. *Il problema della libertà. Riflessioni*, Roma: Soc. An. Poligrafica Italiana, 1924.
- DE FELICE, RENZO. *Mussolini il fascista. La conquista del potere. 1921-1925*. Torino: Einaudi, 1966.
- . *Mussolini il rivoluzionario. 1883-1920*. Torino: Einaudi, 1965.
- . "De Ruggiero, Guido." In *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXXIX. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991.
- DE FRANCESCO, ANTONINO. *Mito e storiografia della "grande rivoluzione": la Rivoluzione francese nella cultura politica italiana del '900*. Napoli: Guida, 2006.
- DE GIORGI, FULVIO. "Solidarismo e comunitarismo cattolici." In *Parole-chiave* 1, n. 2 (1993).
- DE ROSA, GABRIELE. *Luigi Sturzo*. Torino: Utet, 1977.
- DE RUGGIERO, GUIDO. *Storia del liberalismo europeo*. Bari: Laterza, 1925.
- DEL SIGNORE, ROBERTO, cur. "*La Provincia Capitale*". *Storia di una Istituzione e dei suoi Presidenti*. Roma: Rotoform, 2005.
- DEL VECCHIO, GIORGIO. *Sulla statualità del diritto*. Milano: Giuffrè, 1958.
- DI CARLO, LEONARDO. "Bonucci, Alessandro." In *Dizionario biografico dei giuristi italiani*. I. Bologna: Il Mulino, 2013.
- DI NUCCI, LORETO. *Nel cantiere dello Stato fascista*. Roma: Carocci, 2008.
- FABRE, GIORGIO. *L'elenco. Censura fascista, editoria e autori ebrei*. Torino: Zamorani, 1998.
- FANELLO MARCUCCI, GABRIELLA. *Luigi Sturzo. Vita e battaglie per la libertà del fondatore del Partito Popolare Italiano*. Milano: Mondadori, 2004.
- FERRAJOLI, LUIGI. *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*. Roma-Bari: Laterza, 1999.
- FIORAVANTI, MARCO. "Emilio Bonaudi (1873-1954)." In *Dizionario biografico dei giuristi italiani*. I. Bologna: Il Mulino, 2013.
- . "Volpicelli, Arnaldo." In *Dizionario biografico dei giuristi italiani*. II. Bologna: Il Mulino, 2013.
- FIORAVANTI, MAURIZIO. *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2014.
- FRUCI, ALESSANDRO. *Diritto e Stato nel pensiero di Luigi Sturzo*. Roma: Nuova Cultura, 2012.
- GAETA, FRANCO. "Enrico Corradini." In *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXIX. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1983.
- GARZARELLI, BENEDETTA. "Universitari fascisti e rapporti con l'estero: le attività dei GUF in campo internazionale (1927-1939)." *Dimensioni e problemi della ricerca storica*, 2 (2000).

- GATTESCHI, RICCARDO. *Un uomo contro: Enrico Corradini, letterato e politico*. Firenze: Lcd, 2003.
- GENTILE, EMILIO ET AL., CUR. *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*. Roma: Carocci, 2010.
- GENTILE, EMILIO. "Alfredo Rocco." In *Uomini e volti del fascismo*, a cura di Ferdinando Cordova. Roma: Bulzoni, 1980.
- . *La via italiana al totalitarismo: Il partito e lo Stato nel regime fascista*. Roma: Carocci, 1995.
- . *Le origini dell'ideologia fascista (1918-1925)*. Bologna: Il Mulino, 1996.
- . *Il mito dello Stato nuovo*. Roma-Bari: Laterza, 1999.
- GENTILE, GIOVANNI ET AL. *Pagine fasciste. I. I fondamenti ideali*. Roma: De Alberti, 1926.
- GENTILE, GIOVANNI. "L'essenza del fascismo." In *La civiltà fascista illustrata nella dottrina e nelle opere*, a cura di Giuseppe Luigi Pomba, Torino: Utet, 1928.
- . *Che cosa è il fascismo. Discorsi e polemiche*. Firenze: Vallecchi, 1925.
- . *Origini e dottrina del fascismo*. 3 ed. Roma: Quaderni dell'Istituto nazionale fascista di cultura, 1934.
- GENTILE, SAVERIO. *Le leggi razziali: scienza giuridica, norme, circolari*. Milano: Educatt, 2010.
- . *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli Ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*. Torino: Giappichelli, 2013.
- GHERARDI, RAFFAELLA e GUSTAVO GOZZI, CUR. *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*. Bologna: Il Mulino, 1995.
- GIANNANTONI, FRANCO. *L'ombra degli Americani sulla Resistenza al confine tra Italia e Svizzera*. Varese: Essezeta-Arterigere, 2007.
- GREGOR, JAMES A. *Giovanni Gentile philosopher of fascism*. New Brunswick: Transaction Publisher, 2004.
- GUCCIONE, EUGENIO. *Luigi Sturzo*. Palermo: Flaccovio, 2010.
- HEUN, WERNER. "Leben und Werk verfolgter Juristen: Gerhard Leibholz (1901-1982)." In *Kontinuitäten und Zäsuren: Rechtswissenschaft und Justiz im "Dritten Reich" und in der Nachkriegszeit*, a cura di Eva Schumann. Göttingen: Wallstein Verlag, 2008.
- HEUSCHLING, LUC. *Etat de droit, Rechtsstaat, rule of law*. Paris: Dalloz, 2002.
- IANNONE, LUIGI. *Un conservatore atipico: Giuseppe Prezzolini intellettuale politicamente scorretto*. Roma: Editoriale Pantheon, 2003.
- IPPOLITO, DARIO. "Sergio Panunzio." In *Dizionario biografico dei giuristi italiani*. II. Bologna: Il Mulino, 2013.
- LACCHÈ, LUIGI. "Il costituzionalismo liberale." In *Enciclopedia Italiana. Ottava Appendice. Il contributo italiano alla storia del pensiero*. I. Diritto. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012.
- LATINI, CARLOTTA. "Volpicelli, Arnaldo." In *Enciclopedia Italiana. Ottava Appendice. Il contributo italiano alla storia del pensiero*. I. Diritto. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012.

- LEIBHOLZ, GERHARD. *Il diritto costituzionale fascista*, a cura di Antonino Scalone. Napoli: Guida, 2007.
- LEVIS SULLAM, SIMON. *Pensiero e azione: Giovanni Gentile e il fascismo tra Mazzini, Vico e Sorel*. Firenze: Olschki, 2002.
- LINK, CHRISTOPH. "Leibholz, Gerhard." In *Neue Deutsche Biographie*, XIV. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.
- LONGO, GISELLA. *L'Istituto nazionale fascista di cultura da Giovanni Gentile a Camillo Pellizzi (1925-1943): gli intellettuali tra partito e regime*. Roma: Pellicani, 2000.
- LOTTI, LUIGI. "Borsa, Mario." In *Dizionario Biografico degli Italiani*, XIII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1971.
- MASI, ANTONIO. "Brugi, Biagio." In *Dizionario biografico dei giuristi italiani*. I. Bologna: Il Mulino, 2013.
- MATTONE, ANTONELLO. "Biggini, Carlo Alberto." per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*. I. Bologna: Il Mulino, 2013.
- MERLINO, LIBERO. "Fascismo, libertà, fuoriscitismo." *Gerarchia*, (1930).
- MURA, ELOISA. "Antonio Pagano." In *Dizionario biografico dei giuristi italiani*. II. Bologna: Il Mulino, 2013.
- NITTI, FRANCESCO SAVERIO. *La libertà*. Torino: Tipografia Accame Carlo, 1926.
- ORREI, ERNESTO. "Regolamento giuridico del governo parlamentare." *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, XVII, fasc. 1 (1925).
 —. *Il diritto costituzionale e lo Stato giuridico*. Roma: Athenaeum, 1927.
 —. *Gli Italiani e la libertà*. Roma: F.lli Treves Dell'ali, 1929.
- ORSINA, GIOVANNI. *Anticlericalismo e democrazia. Storia del partito radicale in Italia e a Roma, 1901-1914*. Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002.
- PAGANO, ANTONIO. "Sul fondamento e sui limiti della libertà di manifestazione del pensiero." *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia. La giustizia amministrativa*, s. 2, XIX (1927).
- PANUNZIO, SERGIO. *Lo Stato fascista*. Bologna: Cappelli, 1925.
- PARLATO, GIUSEPPE. *Fascisti senza Mussolini. Le origini del neofascismo in Italia, 1943-1948*. Bologna: Il Mulino, 2006.
- PETRONI, CORRADO. *L'essenza dello Stato fascista*. Roma: Libreria della Sapienza, 1927.
 —. *Stato e diritto. Analisi storico-progressista*. Roma: Il Nuovo Diritto, 1932.
- PIGHETTI, GUIDO. *Autorità e libertà*. Milano: Istituto editoriale scientifico, 1930.
- PIVA, FRANCESCO e FRANCESCO MALGERI. *Vita di Luigi Sturzo*. Roma: Editrice Mediterranea, 2001.
- PREZZOLINI, GIUSEPPE. *Le fascisme*, traduit par Georges Bourgin. Paris: Bossard, 1925.
- RAGGHIANI, CARLO LUDOVICO. *Disegno della liberazione italiana*. Pisa: Nistri-Lischi, 1962.
- REDANÒ, UGO. *Lo Stato etico*. Firenze: Vallecchi, 1927.
- ROCCA, MASSIMO. *Idee sul fascismo*. Firenze: La Voce, 1924.

- ROCCO, ALFREDO. *La dottrina del fascismo e il suo posto nella storia del pensiero politico*. Milano: Stab. tip. la Periodica Lombarda, 1925.
- . *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*. Roma: "La Voce" Anonima Editrice, 1927.
- . *Scritti e discorsi politici di Alfredo Rocco. II. La lotta contro la reazione antinazionale (1919-1924)*. Milano: Giuffrè, 1938.
- . *Scritti e discorsi politici. III. La formazione dello Stato fascista (1925-1934)*. Milano, Giuffrè, 1938.
- ROMANO, SANTI. *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*. Milano: Soc. ed. Libreria, 1897
- RUFFINI, FRANCESCO. *Corso di diritto ecclesiastico italiano. La libertà religiosa come diritto pubblico subbiettivo*. Torino: Bocca, 1924.
- . *Diritti di libertà*, Torino: Piero Gobetti Editore, 1926.
- RUSSI, LUCIANO. "Lo sport universitario e il fascismo. Un caso di nazionalizzazione colta." In *Sport e fascismo*, a cura di Maria Canella, Sergio Giuntini. Milano: FrancoAngeli, 2009.
- SACCHETTI, GIORGIO. *Camicie nere in Valdarno*. Pisa: Biblioteca Franco Serantini, 1996.
- . *Ligniti per la patria*. Roma: Ediesse, 2002.
- SALEK, ROBERTO. *Giuseppe Prezzolini: una biografia intellettuale*. Firenze: Le Lettere, 2002.
- SANGIULIANO, GENNARO. *Giuseppe Prezzolini: l'anarchico conservatore*. Milano: Ugo Mursia, 2008.
- SASSO, GENNARO. "Giovanni Gentile." In *Dizionario Biografico degli Italiani*, LIII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1999.
- SBRICCOLI, MARIO. "Alfredo Rocco." In *Dizionario del fascismo*. A cura di Victoria de Grazia e Sergio Luzzatto. Torino: Einaudi, 2005.
- SOMMA, ALESSANDRO. *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*. Frankfurt am Main: Klostermann, 2005.
- SPECIALE, GIUSEPPE. "Alfredo Rocco." In *Enciclopedia Italiana. Ottava Appendice. Il contributo italiano alla storia del pensiero. I. Diritto*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012.
- SPINETTI, GASTONE SILVANO. *Fascismo e libertà (verso una nuova sintesi)*. Padova: Cedam, 1940.
- . *Manuale della protesta dei giovani. Dalla protesta alla denuncia*. Roma: Edizioni di Solidarismo, 1968.
- . *Presupposti ideali della contestazione totale del mondo*. Roma: Edizioni di Solidarismo, 1972.
- STURZO, LUIGI. *La libertà in Italia*. Torino. Piero Gobetti Editore, 1925.
- . "Italia e fascismo." In *Opera omnia di Luigi Sturzo*, s. 1, *Opere*, I, Bologna: Zanichelli, 1965.
- TARQUINI, ALESSANDRA. *Il Gentile dei fascisti. Gentiliani e antigentiliani nel regime fascista*. Bologna: Il Mulino, 2009.

- TOSCANO, MARIO. *L'abrogazione delle leggi razziali in Italia (1943-1987)*. Roma: Eredi Bardi, 1988.
- TRANFAGLIA, NICOLA, e ALBERTINA VITTORIA. *Storia degli editori italiani*. Roma-Bari, Laterza, 2007.
- TROPER, MICHEL. "Le concept d'Etat de droit." *Droits. Revue française de théorie juridique*, XV (1992).
- TURI, GABRIELE. *Giovanni Gentile. Una biografia*. Torino: Utet, 2006.
- UNGARI, PAOLO. *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*. Brescia: Morcelliana, 1963.
- VENERUSO, DANILO. "Carlo Alberto Biggini." In *Dizionario Biografico degli Italiani*. X. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1968.
- WALINE, MARCEL. *L'individualisme et le droit*. 2 ed. Prefazione di Ferdinand Mélin-Soucramanien. Paris: Dalloz, 2007. Edizione originale Paris: Domat-Montchrestienne, 1949.
- ZUNINO, PIER GIORGIO. *L'ideologia del fascismo. Miti, credenze e valori nella stabilizzazione del regime*. Bologna: Il Mulino, 2013.

6. Widar Cesarini Sforza alla 'Sapienza'

Gaetano Carcaterra*

6.1. Un ricordo

Mi accorgo di non essere il solo a parlare di Widar Cesarini Sforza. Su di lui, infatti, è previsto almeno un altro intervento, quello del dott. Bartoli, che lo cita esplicitamente. Tuttavia, rispetto al dott. Bartoli e a tutti coloro che sono qui presenti, mi sento privilegiato nel senso che non solo mi spetta di celebrare pubblicamente il magistero di questo filosofo, ma trovo qui l'occasione di ricordare a me stesso il tempo in cui l'ho conosciuto. Di ricordare, perché, allora giovane studente, sono stato allievo di Widar Cesarini Sforza, mi sono laureato con lui e sotto la sua direzione ho preso il diploma di perfezionamento in filosofia del diritto.

Lo ricordo pensatore acuto e di ampia cultura filosofica¹, uomo generoso, profondamente buono, e, virtù alquanto rara nell'Accademia, maestro non dogmatico, poiché ammetteva liberamente allievi dei più diversi orientamenti speculativi e anche politici. Era davvero un *maître à penser*, e quando gli allievi avevano imparato a pensare, che pensassero pure quello che preferivano.

A me fu paternamente maestro, e credo di essere stato il suo ultimo allievo. Più tardi ho incontrato Sergio Cotta del quale ho condiviso alcune tesi nell'ambito dell'etica. Ma nel campo della teoria generale del diritto fu Cesarini Sforza la mia guida, benché poi io abbia tratto ispirazioni anche da altre fonti, in particolare dalla filosofia analitica.

* Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici, Sapienza Università di Roma.

¹ Ne è una testimonianza la sua *Guida allo studio della filosofia del diritto* del 1946, storia riccamente documentata e ragionata dei problemi della filosofia del diritto dall'antichità ai tempi moderni.

Cesarini Sforza aveva notato i miei interessi per la logica e fu lui stesso ad indirizzarmi verso la scuola di Bobbio e di Scarpelli. Nondimeno, spirito aperto, egli continuò ad avermi tra i suoi discepoli.

Questo per quanto riguarda i miei rapporti con lui. Ma è tempo di parlare del suo pensiero. Alcune delle sue idee fondamentali sopravvivono e possono essere ripensate nell'orizzonte dei temi e dei problemi che si discutono nel tempo attuale, giacché, come si sa, la storia è sempre storia contemporanea.

6.2. I problemi del neoidealismo crociano e gentiliano

Al tempo di Cesarini Sforza il problema della filosofia del diritto era il problema stesso del diritto, quale si poneva dopo la filosofia di Benedetto Croce e di Giovanni Gentile, in cui il diritto, come tale, non pareva trovare più posto autonomo fra le categorie dello spirito. Sia per Croce sia per Gentile il diritto è la legge e la legge è volontà astratta, il che significava, dal loro punto di vista, volontà non reale, che meglio si direbbe velleità. Reale sarebbe solo l'esecuzione della legge, che è la volontà concreta del singolo atto concreto, che si compie secondo il criterio dell'utile nella sfera dell'economia per Croce, e secondo il criterio del bene nella sfera della morale per Gentile. Nell'atto dell'esecuzione della legge volizione vera e propria e azione si identificano e scompare la legge come progetto che precede e guida la sua attuazione.

In verità, Croce aveva assimilato le leggi ai programmi che facciamo sempre per orientare la nostra vita, ma poi aveva degradati questi programmi a strumenti generici e meramente preparatori dei quali ci si disfa, come delle impalcature nelle costruzioni edilizie, appena la costruzione venga realizzata.

6.3. I limiti della concezione neoidealistica

Ora, questa concezione urtava contro le evidenze della scienza giuridica e del senso comune. Certo, la legge è generale ed astratta, questo lo sa il giurista e lo sa l'uomo della strada. Ma il giurista e la gente comune sanno anche che l'astrattezza della legge non significa irrealtà. L'attività della legislazione, con tutta la lunga fase di pensiero, di progetti e di discussioni, e spesso anche di lotte, che l'accompagnano è fatto macroscopicamente reale, che appartiene all'esperienza quotidiana e a molti dei momenti più importanti della storia stessa.

È un fatto la cui realtà non può essere cancellata senza produrre gravi lacune nella nostra comprensione della storia umana.

Come ignorare la concreta realtà della legge quando per ottenerla si fanno rivoluzioni, con o senza spargimento di sangue, e per abrogarla si combatte una vivace campagna politica e si scende in piazza a reclamarla? Cancellate la storia del diritto romano con le sue leggi e i suoi istituti; cancellate il pensiero contenuto nel diritto canonico; cancellate nella rivoluzione americana la dichiarazione dei diritti della Virginia o nella rivoluzione francese tutta l'attività legislativa in cui si sono sanciti diritti ormai universali; cancellate l'attività durata due anni del nostro costituente repubblicano; cancellate nei giornali e nei notiziari tutte le informazioni riguardanti l'attività parlamentare e insomma il diritto: avrete mutilato gran parte dei libri di storia e vi sarete preclusa la possibilità di comprendere il perché di molte vicende umane, avrete ridotto i massmedia alla sola cronaca, nera, rosa o sportiva. Perché, come è evidente p.e. nella celebre opera del Carcopino sulla vita quotidiana a Roma all'apogeo dell'impero, il diritto-vita, per usare locuzioni dello stesso Cesarini Sforza², non si comprende senza il diritto-norma.

6.4. Cesarini Sforza: la nuova dialettica dello spirito

Così, a Cesarini Sforza, che fu giurista e anche storico ma soprattutto filosofo, si presentava il problema: *a)* di dimostrare la necessità dell'astrattezza della legge, *b)* di restituire nondimeno realtà ad essa, e *c)* di spiegare come la legge si traduca nel momento altrettanto reale della sua esecuzione.

Anzi, Cesarini Sforza si rese conto che tutto ciò presupponeva un ripensamento della dialettica dello spirito. La dialettica che egli aveva presente e intendeva rinnovare era in particolare quella gentiliana. Così il suo pensiero ha finito per partecipare della complessità del pensiero di Gentile, per cui la comprensione di Cesarini Sforza su questo punto si fa alquanto laboriosa e non posso escludere nella mia interpretazione un certo grado di soggettività, che però mi sembra che valga a cogliere la verità del suo pensiero.

Il punto essenziale è quello che Cesarini Sforza dice processo astrattivo, cioè la inevitabile separazione tra volizione e azione che caratterizza la sua dialettica. Egli la enuncia più volte nelle sue opere,

² Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, 9.

ma alcune pagine di *Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica* chiariscono meglio quella idea. È soprattutto illuminante un passo in cui egli descrive brevemente quello che definisce il momento specifico del processo della volontà, un flash che offre una immagine vivida del modo in cui avviene nella realtà la separazione tra volizione e azione: è il momento, del resto non infrequente nella esperienza quotidiana, in cui la volontà è oscillante, è il momento in cui si vuole fare qualcosa senza ancora, magari per un attimo, risolversi ad agire³. Qui il volere precede ed è nettamente separato dalla sua esecuzione, e ciò che si vuole e si ha in mente è solo il progetto dell'azione, il suo concetto, insomma un tipo astratto di azione. Quando poi questo volere trapassa nell'azione effettiva, si interiorizza e si incorpora nell'azione⁴, diventandone la motivazione interna, il "perché": ho agito così per realizzare quel tipo di azione. Qui si può scorgere il senso dinamico del ripensamento della dialettica dello spirito: la volontà *non* è *immediatamente* azione ma *diventa* azione, e facendosi azione viene a costituirne *l'idea guida*.

6.5. Cesarini Sforza: la dialettica del diritto

Questa, in nuce, è la cellula della dialettica del diritto, nel quale la dilatazione dei tempi, la molteplicità e la diversificazione dei soggetti coinvolti allargano il procedimento dialettico della singola volontà. Come in quello che Cesarini Sforza ha detto processo specifico della volontà, la legge precede sempre, e ora con lungo intervallo, la sua attuazione, e ciò che essa può prevedere è solo un tipo astratto di comportamenti sociali. Inoltre, la legge si incorpora negli innumerevoli atti della sua esecuzione e questa non si esaurisce nella puntuale volontà di compiere quei singoli atti e nient'altro. La legge non è, come nella filosofia di Croce, un programma e una impalcatura provvisoria di cui poi ci si debba disfare.

³ Idem, "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," 52.

⁴ Ibid., 44-45, dove Cesarini Sforza critica la tesi gentiliana secondo cui la legge (il volere voluto) si dissolverebbe nella concretezza dell'azione in atto, e pone invece il problema di come il momento giuridico pur essendo astratto possa interiorizzarsi nell'azione, e quello che egli dice «comportamento» è appunto la sintesi di volizione e azione (ibid., 51). Le considerazioni svolte a cavallo delle pagine 51-52, possono apparire oscure, ma credo che esse dicano semplicemente che agire secondo la norma (agire regolarmente) significa che la volizione astratta, una volta incorporatasi nell'azione, fa tutt'uno con essa, coesiste con l'azione, dentro e non prima né fuori di essa. Cfr. ibid., 34: l'essenziale problema della filosofia del diritto, dice, è «spiegare come il concreto e l'astratto coesistano nell'azione giuridica».

Al contrario: come la volizione astratta calandosi nell'azione ne diventa la ragion d'essere e il perché, così la legge si interiorizza negli atti esecutivi divenendone il consapevole scopo, la coscienza motivante.

Questa è un'idea importante in Cesarini Sforza, ma essa, le sue conseguenze e altre idee essenziali che l'accompagnano sono spesso implicite e sparse, per cui cercherò di raccoglierle e ordinarle in una sequenza che a me pare logica.

6.6. La coscienza imperativa della legge

Ogni comunità giuridica ha fini comuni e una regola, una legge, che essa segue ed esegue. Ma la comunità non sempre ha coscienza dei fini e della imperatività della legge nella sua esecuzione pratica. Questa coscienza si rivela progressivamente nel passaggio dalla istituzione alla organizzazione sociale⁵. La distinzione fra istituzione e organizzazione è molto acuta.

La istituzione, che Cesarini Sforza concepisce in un senso diverso da Santi Romano⁶ e che chiama anche costume, noi potremmo dirla pure abitudine sociale: è il complesso dei comportamenti uniformi attuati per il raggiungimento di fini comuni, sì, ma non sentiti da parte dei componenti un gruppo come vincolanti⁷. P.e., possiamo considerare una istituzione nel senso di Cesarini Sforza (ma l'esempio non è suo⁸) l'uso di celebrare il Natale con l'albero natalizio: addobbare l'albero costituisce un fine per ogni famiglia nell'approssimarsi della festività, ma un fine che, sebbene comune, è soltanto un'abitudine non una norma obbligatoria. Nella istituzione la coscienza della comunanza del fine potrebbe anche mancare, e in genere manca nelle forme primitive della vita sociale. In ogni caso questa presa di coscienza non è indispensabile affinché l'istituzione venga praticata, né la sua pratica è sentita come imperativa e obbligatoria.

Nel passaggio dall'istituzione all'organizzazione il costume pregiudicato si specifica in costume giuridico, perché è con l'organizzazione

⁵ All'istituzione e all'organizzazione Cesarini Sforza dedica l'intero cap. V delle *Lezioni di filosofia del diritto*.

⁶ *Ibid.*, 66-67.

⁷ *Ibid.*, 48 ss.

⁸ È di Alf Ross, che ha distinto gli usi o abitudini dalla consuetudine, *Direttive e norme*, 146.

che nasce il diritto⁹. L'organizzazione è uniformità di comportamenti cooperanti in vista di fini comuni ma interdipendenti e coordinati fra loro¹⁰: i fini interdipendenti e coordinati sono fini collettivi e come tali vengono dai singoli riferiti non più a se stessi ma alla comunità come tale¹¹. Nella scienza giuridica dominante e in molti degli ordinamenti attuali questa volontà collettiva viene personificata e attribuita allo Stato¹². Ma soprattutto va notato che nell'organizzazione emerge un carattere che non si presenta come necessario nel costume e nella semplice istituzione. Nell'organizzazione ciascun soggetto, eseguendo la norma, la assume quale modello di azione e ha coscienza sia della norma sia della sua imperatività¹³: non a caso la forma più elementare di giuridicità è la consuetudine con la sua *opinio iuris vel necessitatis*¹⁴.

L'idea della consapevolezza della norma e della sua imperatività è fondamentale nel pensiero di Cesarini Sforza e acquista un carattere intersoggettivo in corrispondenza con il suo concetto di organizzazione che è interdipendenza delle azioni.

Nell'organizzazione, infatti, essendo le volizioni e le azioni dei soggetti del gruppo interdipendenti, accade non solo che ciascuno abbia coscienza delle norme che segue e ne accetti la imperatività, ma anche che questa imperatività sia collettiva, perciò comune nel senso forte di condivisa. E un segno certo, nota Cesarini Sforza, che in un gruppo si abbia coscienza dell'esistenza di una legge e del suo valore imperativo è dato dal fatto che i membri del gruppo usano normalmente reagire, anche severamente, contro coloro che violino la legge¹⁵. Ebbene, questa coscienza della legge con la sua potenziale carica di reazione alla sua violazione significa semplicemente *generale esigenza della osservanza della legge*. È di qui, mi sembra, che scaturisce una duplice conseguenza che è presente nel pensiero di Cesarini Sforza.

Da un lato, infatti, poiché l'organizzazione è il coordinamento dei comportamenti sociali mediante il coordinamento delle leggi, cioè mediante l'ordinamento giuridico, l'esigenza di osservanza della legge

⁹ Cesarini Sforza, *Lezioni di filosofia del diritto*, 55 e 65-66.

¹⁰ *Ibid.*, 49-50; *Idem*, *Il diritto dei privati*, 28.

¹¹ *Idem*, "Preliminari sul diritto collettivo", 104-105.

¹² *Idem*, *Lezioni di filosofia del diritto*, 69.

¹³ *Ibid.*, 55-56.

¹⁴ *Ibid.*, 58 e 70 ss.

¹⁵ *Ibid.*, 61.

è in realtà esigenza di osservanza dell'intero ordinamento. Perciò come la singola legge incorporandosi nella sua esecuzione, di questa diventa lo scopo cosciente, la coscienza motivante (sopra § 5), così l'insieme delle norme costituisce il motivo primo, dice Cesarini Sforza, e la stessa possibilità di esistere dell'organizzazione o ordinamento¹⁶.

D'altra parte nell'organizzazione, essendo i comportamenti sociali interdipendenti fra loro, avviene che la volontà di uno possa rivolgersi all'azione di un altro, ponendo in essere così un rapporto giuridico di pretesa e obbligo: organizzazione e rapporto giuridico sono strettamente congiunti¹⁷. L'idea del rapporto giuridico è contenuta già nella generale esigenza del rispetto dell'ordinamento giuridico: perchè questa esigenza di rispetto è un imperativo che ciascuno rivolge a se stesso, assumendo con ciò un obbligo per se, e che impone anche agli altri, avanzando così una pretesa verso di essi. E dal rapporto giuridico Cesarini Sforza sviluppa tutta una serie di categorie giuridiche, come l'autorità, la proprietà, il diritto soggettivo, la sanzione, il giudizio, la legalità e la giustizia¹⁸.

Non toccherò altri punti, pure importanti, del suo pensiero. Voglio però mostrare come le sue idee trovino viva risonanza, come ho detto a principio, con temi e problemi che sono attuali nella filosofia e nella teoria generale del diritto, forse più di quanto lo siano stati alla sua epoca, dominata com'era dalla filosofia di Croce e di Gentile. Mi limiterò a considerare due punti nei quali si riassume la concezione giusfilosofica di Cesarini Sforza che fin qui ho cercato di illustrare.

6.7. Le entità astratte

Il primo punto è l'idea della necessità dell'astrattezza della legge nella dialettica dello spirito (v. sopra, § 3). L'idea di entità astratte, si sa, è antichissima, ma è stata riproposta di recente riconoscendo che queste entità assolvono a molte funzioni indispensabili nella coscienza. E fra di esse c'è proprio quella che ha indotto Cesarini Sforza a introdurre l'astratto nella sua dialettica, cioè come insostituibile oggetto

¹⁶ Ibid., 67.

¹⁷ Ibid., 65.

¹⁸ Sono i vari capitoli che seguono il capitolo (VI) della norma giuridica e completano le *Lezioni di filosofia del diritto*.

della volontà quando questa precede l'azione esecutiva, che è il caso della legislazione.

L'intervallo fra volontà e sua esecuzione è stato già notato dalla filosofia e dalla psicologia (F. Brentano, E. Husserl, N. Ach, O. Külpe)¹⁹, che hanno distinto l'atto mentale del pensare, volere ecc., dal suo contenuto o riempimento, il quale in certi casi non è ancora presente alla coscienza che perciò si trova solo in uno stato di tensione verso di esso (ciò accade p.e. quando vogliamo trovare i sinonimi di una data parola o quando cerchiamo di ricordare il nome di una persona).

Ma è soprattutto la logica contemporanea (segnatamente con B. Russell) che ha trovato un posto sistematico per gli astratti, elaborando una scala ascendente di possibili enti, da quelli individuali concreti alle loro proprietà, o predicati, e alle proprietà di proprietà, ai predicati di predicati, di ordine via via superiore, che rappresentano concetti astratti²⁰. Questa gerarchia di tipi di entità approntata dalla logica è venuta incontro alle necessità dello stesso discorso comune, perché spesso abbiamo bisogno di predicare qualcosa degli stessi predicati, e i predicati dei predicati sono appunto concetti astratti: non diciamo soltanto che un certo uomo è laborioso o è saggio ma anche che la laboriosità è un fattore di progresso e che la saggezza è una virtù cardinale²¹.

Ebbene, questi concetti astratti si rivelano necessari anche per poter parlare di una volizione che precede la sua attuazione. Lewis e Langford hanno mostrato che i concetti astratti sono gli oggetti indispensabili della nostra intenzionalità, del nostro credere, volere ecc., nei casi in cui ciò che crediamo o vogliamo non esiste o non esiste ancora oggettivamente. P.e. (e l'esempio quadra perfettamente con il caso della volontà separata dall'azione di Cesarini Sforza) se uno vuole costruire una casa sarebbe assurdo dire che esiste la casa concreta che quello vuole costruire²². Ciò che esiste come oggetto della volontà è solo il progetto, il modello, il concetto della casa, insomma una entità astratta.

¹⁹ Brentano, *La psicologia da un punto di vista empirico. II: La classificazione dei fenomeni psichici*, 38 ss.; Husserl, *Ricerche logiche*, II, 169 (*Quinta ricerca*) e 337-339 (*Sesta ricerca*); Ach, *Über die Willenstätigkeit und das Denken*; Külpe, *Vorlesungen über Psychologie*.

²⁰ È la celebre teoria dei tipi che Bertrand Russell espone nei suoi *Principia Mathematica* del 1903 e riprese nel 1910 insieme a Whitehead: si veda Whitehead e Russell, *Principia Mathematica, Introduction*, cap. II e parte I, sez. A, *9 (la teoria logica dei tipi parla di una gerarchia non di predicati ma di "funzioni").

²¹ Reichenbach, *Elements of Symbolic Logic*, 214-216.

²² Lewis e Langford, *Symbolic Logic*, 219-220.

In generale, abbiamo bisogno degli astratti in tutti i casi in cui parliamo di *oggetti o fatti che attualmente non esistono*. Si prenda il caso del proscioglimento dell'imputato «per non aver commesso il fatto»: è chiaro che sarebbe contraddittorio affermare che il fatto che l'imputato non ha commesso esiste nella realtà concreta. È invece corretto dire che esiste un *tipo astratto* di fatto, quello ascritto all'imputato, che questi non ha posto in essere.

6.8. La coscienza imperativa della legge nella teoria generale del diritto

Tutto ciò costituisce nella psicologia e nella logica una conferma dell'idea di Cesarini Sforza secondo cui la volontà legislativa ha nel suo contenuto concetti astratti. Ma, come si è visto (sopra, § 3), questa volontà non è poi astratta nel senso di Croce e di Gentile, e cioè inesistente, priva di realtà: al contrario, pur avendo un contenuto astratto, essa per se è volontà effettiva e reale che opera come modello motivante dell'azione esecutiva (sopra, §§ 4 e 5). Questa è la seconda idea centrale in Cesarini Sforza che ora trova risonanze nella teoria del diritto dei tempi più vicini a noi. Sotto questo aspetto il suo pensiero può riassumersi in cinque punti essenziali (sopra, § 6):

1. le leggi sono *realtà di fatto*, e in particolare lo è la legge di base dell'ordinamento, in quanto espressione della *coscienza imperativa della collettività*,
2. questa coscienza imperativa *condanna i trasgressori delle leggi* il che implica una *generale esigenza di rispetto* dell'intero diritto,
3. esigenza esprimibile nell'imperativo «si deve osservare l'ordinamento nel suo complesso», imperativo che, esistendo di fatto nella coscienza collettiva, motiva il comportamento degli operatori giuridici, pubblici e privati, che attuano le norme.

È interessante confrontare questi punti con corrispondenti idee della teoria kelseniana e del realismo giuridico postkelseniano di K. Olivecrona, di A. Ross e di H. L. A. Hart, incluso l'imperativo che ha evidentemente una funzione simile a quella della c.d. "norma fondamentale" (che però nei vari autori prende nomi diversi e talvolta non viene nominata).

La concezione del diritto di Kelsen ha tratti che si accostano piuttosto alla concezione del diritto di Croce e di Gentile. La sua norma

fondamentale, che pure dice che si deve obbedire alla costituzione e all'ordinamento nel suo complesso, è solo un presupposto necessario per qualificare giuridicamente gli atti giuridici, ma in sé non ha realtà di fatto: non c'è alcun soggetto che l'abbia realmente voluta, è una volontà immaginaria, arriva a dirla con Kelsen. Ciò che è reale è solo la sua efficacia, cioè l'azione esecutiva dei destinatari²³.

Invece il realismo giuridico ha tratti che si avvicinano molto al modo di pensare il diritto di Cesarini Sforza.

Così, Olivecrona fonda la realtà dell'ordinamento sul sentimento di rispetto e di fedeltà verso la Costituzione, condiviso di fatto dalla maggioranza della popolazione. Esprimendo con parole questo sentimento esso si tradurrebbe precisamente nell'imperativo «si deve rispettare la Costituzione con tutte le norme e gli istituti ad essa conformi», vale a dire si deve rispettare tutto l'ordinamento giuridico. Ed è questo sentimento imperativo che motiva psicologicamente i cittadini nella esecuzione delle leggi e che conferisce autorità al legislatore e alle varie cariche previste nella Costituzione²⁴.

Per Ross i veri destinatari delle leggi non sono i cittadini ma i tribunali, cosicché la realtà effettiva dell'ordinamento dipende in ultima analisi dall'azione esecutiva delle leggi da parte dei giudici. Però Ross precisa che questa azione esecutiva non può essere accertata behavioristicamente come fatto esteriore semplicemente conforme ad una fattispecie legale a prescindere dalla vita interiore del giudice: perché la sentenza è motivata psicologicamente e logicamente dall'idea vincolante della legge, dalla fedeltà che il giudice sente nei confronti della Costituzione, delle sue istituzioni e delle fonti del diritto tradizionalmente riconosciute. Ross compendia bene questo suo punto di vista affermando che un sistema giuridico è l'insieme delle norme effettivamente operanti nella mente del giudice poiché egli le sente come socialmente vincolanti, ed è per questo motivo che le esegue²⁵.

Hart basa la realtà dell'ordinamento giuridico sulla norma fondamentale, più esattamente su quella che egli dice "norma definitiva di riconoscimento", secondo la quale tutto ciò che stabilisce il Parlamento (il potere supremo) vale come diritto, e dalla quale dipende l'ordine

²³ Si vedano, p.e., Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 35-37, 117-118 e 120, e Idem, *Dottrina pura del diritto*, 18-19.

²⁴ Olivecrona, *Il diritto come fatto*; Idem, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, 134-125.

²⁵ Ross, *Diritto e giustizia*, 32-34; Idem, *Direttive e norme*, 162.

gerarchico delle norme valide²⁶. Questa norma di base non è, come invece sosteneva Kelsen, un comando deprecabile senza reale soggetto attivo²⁷; al contrario, è il criterio realmente usato e accettato come prassi concorde da parte dei tribunali, dei funzionari e dei privati per individuare le norme da applicare ai casi concreti: la norma definitiva di riconoscimento esiste come vero e proprio fatto²⁸. Ma essa, con ogni atto della sua esecuzione, per Hart come per Olivecrona e per Ross, è un fatto in cui si congiungono un aspetto esteriore ed un aspetto interiore, costituito dalla consapevole e volontaria accettazione del criterio di riconoscimento delle norme valide come principio che giustifica l'azione giuridica²⁹. Ed è un criterio accettato nel senso forte per cui si reagisce contro e si censura chi non lo rispetti, il che implica l'esigenza che esso sia seguito dalla società nel suo complesso³⁰: concetto che è in evidente corrispondenza specialmente con i punti 2 e 3 indicati sopra come caratteristici del pensiero di Cesarini Sforza.

6.9. Due parole di conclusione

In tutto questo il pensiero di Cesarini Sforza ritrova una inattesa attualità. Si può dire che con queste tre giornate di studio dedicate ai filosofi del diritto che hanno gettato i semi della loro dottrina qui alla 'Sapienza', se ne cercano ancora oggi i frutti. E se Croce cercava ciò che era ancora vivo di Hegel, ben si può dire che anche di Cesarini Sforza si trova oggi ciò che è vivo. Ed è vivo con radici speculative forse più profonde di quelle su cui si basano le teorie psicologiche e logiche e le dottrine generali del diritto alle quali ho assimilato il suo pensiero, perché egli ha spinto lo sguardo fino alla costituzione del soggetto umano nella dialettica dello spirito.

Questa, si può dire, è una riforma della riforma, già tentata dal neoidealismo, della dialettica hegeliana, e rappresenta l'unico modo in cui lo spirito può prima progettarsi e poi realizzarsi, come avviene sempre nei nostri programmi quotidiani e nella intera vicenda del diritto.

²⁶ Hart, *Il concetto del diritto*, 126.

²⁷ *Ibid.*, 133.

²⁸ *Ibid.*, 130.

²⁹ *Ibid.*, 68 e 121. All'aspetto interno e a quello esterno dell'azione accenna anche Cesarini Sforza, *Lezioni di filosofia del diritto*, 41-42.

³⁰ Hart, *Il concetto del diritto*, 137-138.

Riferimenti bibliografici

- ACH, NARZISS. *Über die Willenstätigkeit und das Denken*. Göttingen: Vandenhoeck & Rubprecht, 1905.
- BRENTANO, FRANZ. *La psicologia da un punto di vista empirico*, II. Tradotto da Liliana Albertazzi. Roma-Bari: Laterza, 1997 (*Psychologie vom empirischen Standpunkt*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1874).
- CESARINI SFORZA, WIDAR. *Guida allo studio della filosofia del diritto*. Roma: Edizioni italiane, 1946.
- . *Lezioni di filosofia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1955.
- . "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica." In Idem. *Idee e problemi di filosofia giuridica*. Milano: Giuffrè, 1955. Edizione originale in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (1934).
- . *Il diritto dei privati*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1963. Edizione originale Roma: Sampaolesi, 1929.
- . "Preliminari sul diritto collettivo." In *Il diritto dei privati*, appendice (originariamente *Archivio giuridico*, 1936).
- HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS. *Il concetto del diritto*. Tradotto da Mario Cattaneo. Torino: Einaudi, 1965 (*The Concept of Law*. Oxford: Clarendon, 1961).
- HUSSERL, EDMUND. *Ricerche logiche*, II. Tradotto da Giovanni Piana. Milano: Il Saggiatore, 1968 ("Logische Untersuchungen. II." In *Husserliana. Gesammelte Werke*. XIX. The Hague-Boston-Lancaster: Nijhoff, 1984).
- KELSEN, HANS. *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Tradotto da Sergio Cotta e Giuseppino Treves. Milano: Edizioni di Comunità, 1954 (*General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass.: Harvard university press, 1945).
- . *La dottrina pura del diritto*. Tradotto da Mario G. Losano. Torino: Einaudi, 1966 (*Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien: F. Deutucke, 1960).
- KÜLPE, OSWALD. *Vorlesungen über Psychologie*. 2. ed. Leipzig: Hirzel, 1922.
- LEWIS, CLARENCE IRVING e COOPER HAROLD LANGFORD. *Symbolic Logic*. 2. ed. New York: Dover Publications Inc., 1959. Edizione originale New York; London: Century, 1932.
- OLIVECRONA, KARL. *Il diritto come fatto*. Tradotto da Silvana Castignone. Milano: Giuffrè, 1967 (*Law as Fact*. Copenhagen: Einard Munksgaard; London: Humphrey Milford; Oxford: university press, 1939).
- . *La struttura dell'ordinamento giuridico*. Tradotto da Enrico Pattaro. Milano: Etas Compass, 1972 (*Rättsordningen* Lund: Gleerup, 1966).
- REICHENBACH, HANS. *Elements of Symbolic Logic*. New York: The Macmillan Co., 1947.
- ROSS, ALF. *Diritto e giustizia*. Tradotto da Giacomo Gavazzi. Torino: Einaudi, 1965 (*On Law and Justice*. London: Stevens, 1958).

— . *Direttive e norme*. Tradotto da Mario Jori. Milano: Edizioni di Comunità, 1978 (*Directives and Norms*. London: Routledge and Kegan Paul; New York: Humanities press, 1968).

WHITEHEAD, ALFRED NORTH e BERTRAND RUSSELL F.R.S. *Principia Mathematica*. London: Cambridge University Press, 1967.

7. Santi Romano nella teoria generale del diritto

*Augusto Cerri**

7.1. Premessa

L'attività scientifica di Santi Romano, inizia verso la fine del sec. XIX e si sviluppa fino alla prima metà del sec. XX. Il Suo contributo ha un rilievo eminente negli studi di diritto costituzionale, di diritto internazionale, di diritto pubblico, di diritto amministrativo, di teoria generale del diritto. In ogni settore di cui si è occupato ha lasciato il segno. E questo basta a segnalare l'imponenza della Sua figura di studioso. In questa sede mi occuperò solo dei Suoi studi di teoria generale del diritto.

I tratti umani della Sua persona, altrimenti celati da un riserbo naturale, sono delineati in pagine amichevoli ed affettuose di Vittorio Emanuele Orlando, Suo giovane Maestro. Anche il ricordo di alcuni studiosi che interagirono ampiamente con Romano, come Carlo Esposito e Vezio Crisafulli, trasmessomi in via orale, contribuisce a delineare, in un senso affine a quello di Orlando, una figura schiva e dimessa, che pose sempre al centro dei Suoi interessi quello scientifico. Romano, appunto, credeva nel valore autonomo della ricerca, anche negli studi giuridici pubblicistici quando mai intrecciati con la politica. In un precedente incontro di studio svoltosi sul tema in questa Facoltà, Antonio Cervati ha ricordato la sua vocazione pura di studioso. Norberto Bobbio ha illustrato, in questo contesto, le relazioni varie e complesse, mai assolutamente univoche fra ideologia e teoria scientifica.

Ciò non esclude e non può escludere, ovviamente, una componente ideologica. Romano appartiene ad un'area ideologicamente liberale,

* Facoltà di Giurisprudenza, 'Sapienza' Università di Roma.

come ha segnalato Paolo Ridola, anche se ha diversamente dimensionato alcuni aspetti di questa ideologia nella varie fasi della Sua vita. Ad un certo punto, la realtà delle cose ha imposto alcune scelte, sicuramente sincere, senza peraltro modificare la struttura del Suo pensiero, né la Sua fiducia in una ricerca scientifica il cui valore non si esaurisce nell'ideologia.

La prima edizione del Suo studio fondamentale sugli ordinamenti giuridici è del 1918; la seconda edizione è del 1946. La seconda edizione si limita a tener conto di alcune osservazioni successive, cui replica; ma il testo rimane quasi inalterato. Ciò anche segnala una delle caratteristiche di questo A., quella di pervenire a formulazioni scientificamente rigorose in tempi relativamente rapidi, senza i continui correttivi e ripensamenti che affaticano altri studiosi. Certo, lo studio sugli ordinamenti giuridici è preparato da una serie di altre ricerche sui decreti leggi e sullo stato d'assedio, sulla instaurazione di fatto di un ordinamento giuridico e sulla sua legittimazione, sullo Stato moderno e la sua crisi ed è seguito da un altro studio sulla rivoluzione e sul diritto. In questo vario percorso, peraltro, i concetti fondamentali restano fermi.

Scriva di Kelsen riconoscendone le qualità superiori ma anche mostrando che si tratta, in definitiva, di un filosofo, di uno studioso di teoria generale "prestato" al diritto. Romano è sicuramente un vero giurista ed un giurista fino in fondo. Padroneggia come pochi le categorie filosofiche, ma le adopera con estrema parsimonia e prudenza, forse perché le ritiene non decisive nella soluzione dei problemi che si propone e, forse, anche per non creare inutili e dannose sovrapposizioni rispetto agli studi di Gentile e di Croce. Talvolta, anzi, sembra preoccupato di presidiare i confini della teoria generale dalle "incursioni" dei filosofi: come quando obietta al Croce, che vedeva nella legge una volontà astratta destinata a divenire concreta, solo nell'effettiva attività delle persone umane, orientata da ragioni economiche ed al Gentile, che vedeva nelle legge una volontà astratta (volere voluto) destinata a divenire concreta solo nell'effettiva attività umana orientata da ragioni etiche, che, dunque, il diritto è una realtà concreta di ordine prima ancora di essere una norma e come tale deve essere studiato.

7.2. Istituzionismo e pluralismo giuridico al centro del pensiero di Santi Romano – caratteri propri rispetto ad elaborazioni vicine

Le idee di fondo della teoria generale del Romano sono sostanzialmente due: l'istituzione e il pluralismo giuridico, la pluralità, cioè, di istituzioni che possono coesistere, senza entrare in rotta di collisione. Ciò perché l'una può inserirsi in uno spazio di lecito/permesso lasciato libero dall'altra. Ciò presuppone l'esistenza di "lacune" (in certo senso) nell'ordinamento, di margini di indifferenza, che il nostro A. recisamente afferma. Anche su questo punto il Suo pensiero trova riscontro non solo nel saggio (precedente) sullo Stato moderno e la sua crisi ma anche in uno scritto sulla completezza dell'ordinamento giuridico del 1925. Ovviamente, le istituzioni possono entrare anche in conflitto fra loro (quando l'una varca i limiti del lecito/permesso segnati dall'altra), ma questo è un caso patologico, non fisiologico.

È da dire, ancora, che il pluralismo giuridico non è solo un dato di teoria generale ma anche fattore che rivela le crepe, talvolta semplicisticamente dissimulate, dello Stato liberale. Richiamo, ancora, lo scritto sulla crisi dello Stato moderno (del 1909). A ciò possono essere collegati i suoi scritti di diritto corporativo. È mancato, per inesorabili ragioni di tempo, un suo contributo sul tema nel quadro costituzionale vigente.

Si è osservato (ad es., Bobbio) che istituzionismo e pluralismo non sono collegati in modo assoluto, potendo essere pensato un pluralismo giuridico nell'ambito del normativismo e potendo l'istituzione stessa essere configurata come necessariamente unica. L'osservazione sembrerebbe condivisibile; ma non esclude la coerenza del pensiero romano, essendo a ciò sufficiente che i due concetti non siano (come, in effetti non sono) fra loro incompatibili.

Il concetto di istituzione non è assolutamente nuovo, essendo già, in diversa chiave, emerso nella riflessione di Sinibaldo de' Fieschi (con riferimento alla Chiesa) ed essendo stato sostenuto anche in uno scritto (di poco precedente) di Maurice Hauriou. Rispetto a quest'ultimo A., l'istituzione romaniana appare ormai disancorata in modo più netto da una qualche volontà o finalità soggettiva, appare completamente oggettivata. Il retroterra positivo e storicistico della teoria del Romano dovrebbe anche distinguerla dal retroterra organicistico del pluralismo di von Gierke. Rispetto ad Hauriou ed a von Gierke

l'istituzionalismo del Romano, inoltre, si distingue per il fatto di non limitarsi ad un ruolo puramente descrittivo, assumendo invece risvolti operativi di non trascurabile spessore (come vedremo).

Il rilievo del dato oggettivo separa ancora il pensiero del Romano dal realismo scandinavo (Olivecrona, ma anche Ross, ad es.) che evoca, infine, sempre un fattore psicologico se non proprio una qualche volontà alla radice del fenomeno giuridico. Romano, inoltre, avrebbe rifiutato recisamente lo scetticismo giuridico di Olivecrona, per cui il diritto sarebbe sempre epifenomeno di qualcosa d'altro. Romano afferma la realtà del fenomeno giuridico, nella sua oggettiva ed ordinata esistenza.

Sotto un diverso punto di vista potrebbe essere paragonato al neo istituzionalismo di Neil Mc Cormick ed Ota Weinberger, che muove dalla distinzione fra proposizioni costitutive e prescrittive, introdotta dagli studi di Austin e Searle. Il paragone, in questo caso, sarebbe quasi condivisibile. Del resto, il Romano già preannuncia qualcosa di simile alle proposizioni costitutive nel saggio su poteri, potestà, inserito nei *Frammenti di un Dizionario giuridico*.

Quasi, direi, ma non condivisibile del tutto, perché poi in Romano non assume rilievo tanto la natura della proposizione che inerisce al fenomeno giuridico, quanto il dato storico ed empirico dell'esistenza di una realtà ordinata. Per questa via il diritto viene paragonato al linguaggio, fenomeno reale, storico e normativo al tempo stesso.

L'ordine di Romano è un ordine positivo, storico, si è detto, e ciò potrebbe distinguere il suo pluralismo da quello di Baldo degli Ubaldi (illustrato nel commento della c. d. "costituzione *omnes populi*" di Gaio, parte introduttiva delle sue istituzioni e consegnata nel digesto: D. I, 1. 9), pur se anche il grande giurista medievale desume la legittimazione di un ordinamento dalla circostanza di essere in effetti adeguato alla realtà che regola. Il criterio della adeguatezza potrebbe comportare, peraltro, anche un necessario collegamento fra vari sistemi giuridici, un quadro unico in cui tutti sono compresi. Di fatto questi sviluppi non sono resi espliciti nel luogo del giurista medioevale, non proprio breve, ma sempre astretto ad un'esigenza intima di estrema concisione riferibile anche ai commentatori. Certo è che l'approccio del Romano è palesemente storicistico e positivo e, dunque, accentua in misura forte la relatività dei punti di vista nel rapporto fra ordinamenti.

7.3. Obbiezioni varie e convergenti all'istituzionismo di Santi Romano

Il carattere reale, positivo, storico dell'istituzione romaniana ha condotto, talvolta, a ricondurla fuori dall'ambito delle discipline giuridiche, per ricadere nella sociologia. Romano respinge questa obiezione o, comunque, questo modo di intendere il Suo pensiero, rivendicando con estrema energia la sua appartenenza, a pieno titolo, al diritto. Un sostrato sociologico nel pensiero del Romano è innegabile (Treves). Tale pensiero, in effetti, si mantiene sempre sul crinale che divide sociologia e diritto, ma sembra, infine, da condividere la circostanza che ricada poi al di qua dello spartiacque fra le due discipline per dare alimento in modo effettivo agli studi giuridici.

L'obbiezione accennata talvolta ha ricevuto un diversa formulazione, osservandosi (Bobbio, Crisafulli) che la stessa organizzazione è tale in quanto si postuli una norma che la predisponga; e, dunque, il normativismo sarebbe in grado di riassorbire l'istituzionismo e non viceversa.

In senso sostanzialmente convergente sembrano orientate le obiezioni di tautologia su cui si sofferma a lungo il saggio del Tarantino, nel senso che l'istituzione (*definiens*) sarebbe un concetto vuoto senza il diritto (*definiendum*), che non può, allora, esser definito con ciò cui conferisce sostanza.

E questo è il punto cruciale.

In realtà l'istituzionismo di Santi Romano è fecondo proprio sul terreno giuridico e questo conferma come valida non solo la pretesa dell'A. di non essere consegnato alla sociologia ma, contemporaneamente, la effettiva autonomia dell'istituzionismo rispetto al normativismo.

Discende immediatamente da una teoria istituzionistica la conseguenza di una naturale limitatezza del potere e, dunque, della sovranità. Anche in questo caso, le proposizioni svolte nell'opera fondamentale sull'istituzione sono precedute da altri scritti e principalmente dal saggio sui limiti della funzione legislativa, pubblicato nell'*Archivio di Diritto pubblico* del 1902. Il nostro pensiero può andare oltre ogni limite, ma la realtà è sempre limitata. Con apparente facilità ci troviamo, dunque, a superare le logomachie della teoria della sovranità che avevano affaticato scrittori del calibro di Georg Jellinek. Si supera anche la parallela impostazione dell'Orlando, che ricerca i limiti della sovranità,

pur in costituzione flessibile, nel contesto storico e culturale in cui si svolge l'esperienza giuridica. Nel pensiero del Romano il limite è intrinseco alla realtà giuridica (in quanto realtà ed in quanto giuridica), piuttosto che derivare dal quadro esterno in cui opera. Da questa intuizione fondamentale trae origine, ad es., il pensiero di Costantino Mortati, espresso nel saggio sulla Costituzione pubblicato nell'*Enciclopedia del diritto*. Il potere costituente, ultimo rifugio in regime di costituzione rigida dell'idea di una sovranità senza limiti, risulta esso stesso condizionato dal dato storico, sociale, fin anche dagli equilibri internazionali. Recenti studi sul tema risultano orientati proprio da questa ipotesi.

Certo, il rifiuto di una sovranità senza limiti emerge, agli inizi del novecento, anche in altri contesti, negli studi del Duguit, nel saggio di Kelsen del 1928, nello scritto di Esposito sulla validità delle leggi (del 1934). E, peraltro, questo rifiuto discende pianamente dalla teoria istituzionalistica (pur se potrebbe essere diversamente argomentato).

Discende, ancora, da questo approccio il superamento di un definitivo antagonismo fra rivoluzione ed ordinata convivenza. La rivoluzione è già un ordinamento giuridico, che veicola in sé i principi di un ordinamento nuovo. Böckenförde si chiede come un potere bruto e senza limiti possa essere "costituzionalizzabile", per escludere poi questa brutalità e questa illimitatezza; ma il problema già trovava piena soluzione nel pensiero del Romano.

Discende, ancora da questa ipotesi, quasi in senso inverso, la valorizzazione della necessità come fonte autonoma del diritto. Sul punto occorre ricordare la seria obiezione rivolta al Romano da Tommaso Perassi, quella che conduce ad identificare la necessità come fonte autonoma del diritto con la rivoluzione e, dunque, con una rottura dell'ordinamento preesistente.

Sul punto mi permetterei di distinguere un discorso *quoad existentiam* da un discorso *quoad essentiam*. Perché sembrerebbe innegabile che certi esiti, pur possibili e giuridicamente positivi, rappresenterebbero una rottura del patto costituzionale.

La sovranità non è onnipotenza ed, ancora, l'ordinamento dello Stato non è onnipervasivo, come abbiamo visto accennando al pluralismo giuridico e alle lacune di ciascun ordinamento che lo consente in forme non conflittuali. Né virtualmente né in atto, dunque, si predica uno statalismo assoluto. Certo è che, come osserva Bobbio (e come ha ricordato Cesare Pinelli in un precedente incontro di studio in questa Facoltà), il Romano sente ed afferma con forza anche l'autorità dello Stato:

è, da un punto di vista cognitivo, pluralista; da un punto di vista ideologico, statalista. Ma ciò attiene alla ricostruzione del sistema interno non alla teoria generale.

Nei rapporti fra ordinamenti, accanto al rinvio formale ed al rinvio materiale, che si fonda su precise disposizioni scritte, emerge la figura della "presupposizione", che non trova riscontro in disposizioni scritte, eppure è ineludibile, potendo ciascun ordinamento interagire con un altro solo presupponendo il suo ordine anche con riguardo, ad es., alla rappresentanza. Si tratta di un concetto, introdotto dal Romano e largamente utilizzato nei nostri studi di diritto internazionale ed anche ecclesiastico.

Discende dall'idea istituzionistica un'attenzione nuova allo *ius involuntarium* che è dato non solo dalla consuetudine, ma anche da principi nascosti nell'essere stesso di un ordinamento. Sul punto il Romano torna in alcuni saggi successivi, inseriti nei *Frammenti di un Dizionario giuridico*: nel saggio, ad es., su "Diritto e morale"). Certo, trovare un fondamento positivo e scritto di principi come quello di leale collaborazione fra organi dello Stato, fra Stato e Regioni, etc. può essere interessante. Ma poi queste disposizioni scritte finiscono sovente con il rivelarsi solo la prova della non incompatibilità di certe conseguenze rispetto al dato positivo, non il loro vero sostegno. E, del resto, conseguenze simili sono tratte anche in altri ordinamenti, in presenza di testi scritti diversi. Ed, allora, più facile è ammettere, ad es., che le conseguenze accennate discendono dall'essere stesso di un ordinamento unitario, prima ancora che da disposizioni scritte, certo armoniche con questo essere ma troppo generiche per deduzioni precise.

L'impostazione istituzionistica favorisce una visione più attenta al rapporto circolare fra diritto scritto e non scritto, fra legge, prassi, consuetudine, convenzione costituzionale, favorendo la comprensione di altre esperienze giuridiche, segnate da costituzioni formalmente flessibili, come quella inglese. Favorisce una maggiore attenzione all'interpretazione evolutiva, etc. Tutte cose preannunciate negli scritti anteriori al saggio sull'ordinamento giuridico o svolte negli scritti successivi raccolti nei *Frammenti di un Dizionario giuridico*.

L'impostazione istituzionistica favorisce uno studio più approfondito dell'ordinamento delle organizzazioni pubbliche, sovente trascurato in un'ottica solo "forense" del diritto amministrativo: ottica fuorviante, perché l'amministrazione sussiste per positive funzioni sociali

e non solo per i limiti al suo agire e queste funzioni sono nel diritto e non solo presupposte dal diritto.

Il Romano è stato sempre sensibile alle autonomie territoriali. Ricordo la monografia giovanile sul comune (su cui si sofferma un recente contributo di Alberto Romano), lo studio in onore di Oreste Ranelletti, la voce dei *Frammenti di un Dizionario giuridico*. L'ente autarchico è portatore di interessi propri e non delegati, pur se resta sotto il coordinamento ed il controllo dello Stato. L'opera del Romano attraversa diverse fasi della nostra storia e non è insensibile a ciascuna di esse; ma poi conserva una sua linea unitaria, che si collega anche al pluralismo ed all'istituzionismo.

Il principio di autonomia, del resto, varca le soglie del diritto pubblico e si espande pienamente nel diritto privato. In sede di teoria generale si riscopre o si conferma la origine storica stessa degli istituti privatistici che reggono la convivenza civile. Su questi temi gli sviluppi di Salvatore Romano saranno imponenti e fecondi.

Ci siamo limitati a mostrare alcune conseguenze che dalla teoria istituzionistica ha variamente tratto il suo autore, senza escludere che possano essercene altre. Con ciò, peraltro, credo possa restare confermata la tesi romaniana per cui l'istituzione non è un concetto puramente sociologico né si riduce alla norma, pur se comporta conseguenze normative.

7.4. L'istituzionismo come fenomeno culturale

Sarebbero da accogliere le suggestioni di un recente studio di Marco D'Alberti, che cerca un collegamento fra pensiero di Santi Romano e correnti culturali del novecento.

Sul terreno delle teorie giuridiche suggerirei un confronto fra la teoria istituzionistica e lo studio del Pekelis sul diritto di agire in giudizio (nel *Nuovo Digesto Italiano*), che veicola l'idea di una realtà *ab intrinseco* ordinata.

Suggerirei anche confronti con il pensiero di Capograssi, che cerca la dimensione giuridica nella concretezza dell'esperienza umana.

Certo in Romano la realtà oggettiva, pur ordinata, resta un punto di partenza, mentre la norma è solo un aspetto del fenomeno complessivo.

Certo, il realismo carico di ordine del Romano potrebbe condurre piuttosto lontano, anche oltre le discipline giuridiche. Ma il discorso eccederebbe i limiti di queste brevi osservazioni.

8. I diritti umani nel pensiero economico-sociale e normativo. Alcune riflessioni di sintesi a partire dal confronto tra Croce e Del Vecchio

*Cesare Imbriani**

8.1.

Vorrei dare conto di un percorso che si è sviluppato più a livello di stimoli che non di adeguata riflessione, iniziando dalla nota tesi di Del Vecchio sul problema della sequenza logica diritto-economia-ordinamento, che in qualche maniera mi ha imbarazzato perché i protagonisti di tale *querelle*, pur di grande levatura (Del Vecchio e Croce), si sono messi al centro del ring senza esclusione di colpi, facendo sorgere la necessità di indagare e di approfondire i termini della questione.

Il dibattito è ad ogni modo un buon inizio per introdurre il rapporto tra diritto ed economia. È noto che per Del Vecchio in economia l'errore sarebbe reso facile dall'ambiguità del concetto di utile e di interesse, poiché l'egoismo è la vera ed unica regola che disciplina le azioni umane; e quindi le azioni che non corrispondono ad un fine egoistico sarebbero azioni anti-economiche. Per la verità diciamo che i moderni concetti di sviluppo sostenibile e la moderna economia che è legata all'ecologia – ad una ecologia in senso ampio, come ad esempio il concetto di metabolismo urbano e di decrescita serena (Serge Latouche, *Breve trattato sulla decrescita serena*) – nonché del rapporto dell'individuo con i suoi effettivi ed autentici bisogni, vanno interpretati oggi secondo più complessi e contemporanei parametri di valutazione da parte dell'individuo.

Ma, nel caso Del Vecchio-Croce stiamo parlando di ottanta anni or sono. In un tale caso il principio economico acquista l'aspetto di norma dell'operare umano. Di fatto, se fosse l'egoismo il solo fine

* Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici, Sapienza Università di Roma.

dell'azione dell'individuo, nessun reale criterio di scelta potrebbe darsi ad un principio economico; e tutto ciò conduce alla conclusione per cui il fondamento dei principi economici «è nella migliore delle ipotesi un riflesso di atti superiori al principio».

Lo stesso Del Vecchio, poi, in qualche modo ha affrontato in maniera accuratissima il concetto del materialismo storico e del materialismo economico, interrogandosi sulla differenza tra struttura e sovrastruttura, conferendo una sequenza logica alla dialettica economica in rapporto all'interpretazione della storia. Infine, Del Vecchio arriva al confronto con Croce. Lo scontro diventa acceso perché, come è noto, Croce tenta di ridurre la filosofia del diritto alla filosofia dell'economia, in quanto la filosofia, sono parole di Croce, «non avrebbe finora conosciuto la categoria dell'economicità come forma autonoma di attività spirituale».

L'attività economica non è altro che la forma di attività pratica propria dello spirito, resa semplicemente come dato, a prescindere cioè dalla determinazione di essa nelle sue connotazioni morali o immorali.

Ora, la parte più importante del ragionamento di Del Vecchio è la "denuncia" della tesi che l'attività giuridica sia tutt'uno con l'attività economica. In effetti, la posizione di Del Vecchio su tale aspetto della riflessione è molto differente. E si può così, in qualche maniera, riepilogare: il diritto come principio universale dell'operare orienta tutte le azioni e quindi anche quelle che attengono alla soddisfazione dei bisogni ed alla acquisizione dei beni materiali. Se questo è vero, esso domina, con le sue determinazioni, tutti i fini e quindi anche quelli di natura egoistica o utilitaria. La reazione di Croce al proposito fu quella di invocare la differenza tra il filosofo del diritto ed il filosofo, affermando letteralmente che «l'esperienza e la constatazione non sono faccende di occhio ma sono categorie filosofiche». Quindi, una cosa è il filosofo del diritto, altra è il filosofo.

Si tratta quindi di una spiacevole diatriba, anche perché, sia Del Vecchio che Croce, occupandosi di temi che affrontano il rapporto tra diritto ed economia, avendo attenzione a questi temi, confutano entrambi le tesi di Einaudi, sul ruolo dell'economia nei processi socio-politico-normativi.

8.2.

Ciò che sento di poter offrire alla riflessione attuale, è una interpretazione di cosa rappresenti oggi l'economia con i suoi processi di analisi, per affrontare poi il fondamentale punto che attiene al metodo. Il problema del metodo è rilevante in relazione alla possibilità di ritornare ad alcune questioni filosofiche che in una qualche maniera hanno sempre accompagnato le relate questioni economiche.

Innanzitutto si pone l'importanza obbiettiva nell'economia e nell'economia politica, riguardo al rispetto delle procedure. Vi sono alcuni concetti economici che limitano la libera esplicazione dei comportamenti umani: basti pensare alla disoccupazione e ai suoi devastanti effetti sociali, alla diseguaglianza nella distribuzione del reddito, alle prospettive di mobilità sociale e demografica legate all'immigrazione. In confronto con l'epoca precedente la rilevanza dello studio dei comportamenti è obbiettivamente evidente, ad esempio nell'acquisizione delle libertà personali e nella diffusa acquisizione del riconoscimento dei diritti umani intervenuta nel frattempo; anche il rapporto dell'uomo con il territorio, con la natura, fanno ormai parte integrante del concetto di economia politica, come la moderna ecologia economica evidenzia con chiarezza. Inoltre, le *policies*, quelle politiche economiche che consentono l'investimento in grandi obbiettivi, rientrano in una visione più globale – e quindi non soltanto come politiche domestiche – in tale contesto. Si pensi al caso dei grandi accordi tra nazioni sulla distribuzione dell'inquinamento tramite un meccanismo di incentivi e disincentivi, anche di tipo monetario. Per la collettività e le sue esigenze, pertanto, l'oggetto, e quindi anche il sentire delle problematiche socio-economiche, è completamente mutato; non è più ipotizzabile un regime autarchico che non consentirebbe, per definizione, la diffusione orizzontale di tali elementi.

Ma, uscendo da questo modo di generiche, seppur fondamentali problematiche, c'è da chiedersi quale sia il ruolo del metodo in economia. Esso è un momento fondamentale di considerazione. Esistono, infatti, diversi modi di concepire un sistema economico in connessione alle differenti visioni del mondo che sottendono l'interpretazione dello studioso. Pertanto, le visioni del mondo sono un prerequisito che condiziona un atteggiamento scientifico realmente neutrale. Basta un esempio a dimostrare come sia possibile mettere in dubbio il considerare l'economia come una vera scienza: oggi la iperspecializzazione

rende acritici anche rispetto a concezioni condivisibili come il mercato, che diventa un dogmatico prerequisito, una specie di feticcio, il vitello d'oro attorno a cui danzare ossequiosi, per non essere esclusi dalla 'casta' dei propri simili. Quindi, il metodo rischia nella realtà di finire anch'esso nella stretta dei meccanismi dogmatici. Nessuno è estraneo a tutto ciò, in quanto soggetto a tali prerequisiti che dobbiamo combattere, perché essi non sono considerabili in modo completamente oggettivo. Pertanto, quando l'economista si pone un obiettivo del tutto simile a quello di uno scienziato naturale, bisogna valutare se ci riesca realmente, se tale importante aspetto venga ottemperato o meno.

Tale concezione consente un percorso nuovo, relativo alla contemporaneità, dei contesti economici e sociali, ad esempio in rapporto ai concetti di bisogno e di interesse, come non si potevano concepire all'epoca del dibattito Del Vecchio-Croce. La mia personale esperienza di molti anni or sono, mi richiama all'influenza su di me esercitata dalle concezioni di Hume. Una sorta di incontro sulla via di Damasco che ha cambiato il mio approccio alle interpretazioni delle cose. Allora io – di formazione tendenzialmente crociana – percepii qualcosa di effettivamente nuovo, connessa ai diritti umani; il *Trattato sulla natura umana* di Hume viene dato alle stampe 40-50 anni dopo il *Bill of Rights*, la famosa, gloriosa rivoluzione inglese che, per molti, è l'antecedente storico e logico, ormai riconosciuto, della rivoluzione francese e dei connessi diritti.

Da un punto di vista della storia del diritto naturale, nella sua ultima metamorfosi che aveva aperto la strada a un nuovo linguaggio dei diritti dell'uomo, il caso di Hume riveste un'importanza a mio avviso eccezionale e merita qualche considerazione. Ricordo che il trattato sulla natura umana del 1739-40 ha un sottotitolo bellissimo: *un tentativo di introdurre il metodo sperimentale di ragionamento nei soggetti morali*. Sicuramente Hume, di origine scozzese, avviò una nuova definizione del moderno diritto naturale basandosi sulla indiscussa centralità della ragione.

La forte vena scettica di Hume si era particolarmente accanita a verificare i limiti della ragione, del linguaggio logico, con una rivoluzionaria analisi delle fondamenta psicologiche ed empiriche del principio di causalità. Confesso di essermi sempre chiesto come riuscisse a farlo con tale efficacia. Egli precisò che tutti i ragionamenti concernenti la causa, l'effetto e le relazioni tra fatti, traevano il loro fondamento

autentico solo dall'esperienza, dall'abitudine, dalle credenze, dall'ambito mentale storicamente limitato nel tempo. La nuova scienza sperimentale, dal moto delle stelle alla vita degli uomini, proprio perché trattava di fatti concreti, e non di idee astratte, andava importata senza indugio nella sfera della conoscenza totale. Si ritrovano addirittura alcuni riti stocastici da considerare nel pensiero di Hume. Ciò consentì di ricollocare al posto giusto la ragione e i suoi limiti.

8.3.

In un tale contesto voglio ricordare un ulteriore aspetto, riportando letteralmente questo passo: «gli uomini sono ora traditi dalla loro passione per le ipotesi e per i sistemi della filosofia naturale, che non ascoltano altri argomenti che quelli derivati dalla esperienza». Il terzo libro del Trattato di Hume, sposta il piano filosofico in una direzione razionalista. È interessante sottolineare anche il ruolo, diremmo oggi, della storiografia, perché Hume aveva un profondo rispetto per la storia nella realtà del suo contestualizzarsi. Spiegare il rilievo della conoscenza storiografica nei termini originali di estensione dell'esperienza attuale da parte del moderno scienziato sociale, considerando i fatti storici sotto forma di altrettante raccolte di esperimenti da parte del filosofo della politica o della morale, all'epoca non era semplice. Questo è un preciso ed importante contributo alla storiografia *ante litteram*, che avvia anche ad una riflessione fondamentale sulla cosiddetta Gloriosa Rivoluzione del 1688-89.

La gloriosa rivoluzione fu una rivoluzione, in assoluto, dopo l'epoca di Cromwell, che aprì una sorta di riflessione esperienziale. In base a tutta una serie di processi si arrivò ad un assetto, per l'epoca, che può essere considerato democratico; esso portò appunto al *Bill of Rights*, ad una dichiarazione dei diritti che, nel contenere garanzie costituzionali, non consentivano una restaurazione dell'assolutismo. Il re all'epoca veniva privato della capacità di sospendere o revocare la validità delle leggi, non poteva riscuotere tasse se non con accordi (questo è uno dei principi fondamentali anche del costituzionalismo americano: *'no taxation without representation'*) e addirittura non poteva avere un esercito permanente se non attraverso un passaggio parlamentare. È un compromesso, se la vogliamo leggere in termini di analisi delle classi, questo tra aristocrazia terriera e borghesia, pieno di contraddizioni; la nobiltà nella sostanza si imborghesisce nei nuovi quadri socio-economici

di convenienza e di opportunità di profitto, il protezionismo si allontana coerentemente dagli interessi dello Stato, il sistema del debito pubblico viene controllato, vi è un equilibrio nei prezzi dei beni pubblici, vi è tutto un sistema di meccanismi attinenti al commercio e alla sua organizzazione territorialmente diffusa, che sono la parte iniziale ed introduttiva che giustifica logicamente, non certo moralmente, il Colonialismo inglese.

Questa rivoluzione diventa per certi versi un prototipo di quella francese; bisogna anche essere coscienti infatti che le radici filosofiche inglesi discendono da una prassi che, da punto di vista analitico, converge con il 'pragmatismo' quale risultato di scontri epocali, ma anche come ricerca di un consenso nell'assenso istituzionale, mentre il percorso francese si alimenta del fecondo pensiero illuministico, includendo tra le altre anche le grandi opzioni di libertà dell'essere umano (esemplarmente, sia pur contraddittoriamente in Rousseau). Il regime costituzionale inglese, infatti, rappresenta il punto di partenza per tutta una serie di ideologie pragmatiche, dal mercatismo alla società fabiana, al laburismo, alle varie fasi dei modelli di *Welfare*, alle nazionalizzazioni di settori produttivi ed alle loro privatizzazioni.

Prima che la riflessione su Hume si concretizzi in tutto questo, succede esattamente che una libertà economica, una libertà di religione, una libertà di espressione divennero la base dello sviluppo dei ceti borghesi; nei paesi cattolici, invece, la controriforma.

In Inghilterra i due punti fondamentali emersi dalla rivoluzione erano 1) che il re non poteva violare la libertà dei sudditi e 2) che la politica fiscale passava alle decisioni del parlamento. Siamo alla fine del Seicento; il *Bill of Rights* riconosce i diritti dei sudditi e i poteri del parlamento che diventa di fatto il garante politico degli interessi delle classi imprenditoriali. Quanto sia stato un bene o un male è di difficile valutazione, ma è di tutta evidenza che ciò sia stato fondamentale per l'emersione del capitalismo in Inghilterra e per la sua diffusione nel mondo. Se sto parlando dei diritti dell'uomo ricordando Hume è per raccontare questa stupenda pagina di storia, questo punto di partenza che ha influenzato il mio percorso di giovane studioso ed il mio modo di pensare il rapporto tra filosofia e diritti dell'uomo. Una ricerca che mi ha sempre appassionato in un concorde percorso che accomuna Croce e Bobbio, consente di sottolineare «l'impossibilità e comunque irrilevanza di individuare un fondamento filosofico alla teoria dei diritti dell'uomo, definendolo seccamente un problema mal posto».

Tali diritti sono infatti un evidente prodotto storico e il loro studio, dice Bobbio, «è compito delle scienze storiche e sociali». Quindi anche l'economia.

Per concludere e per tornare al tema diritto *versus* economia si deve ricordare che, se restano dubbi sulla collocazione del diritto prima dell'economia o dell'economia prima del diritto, non vi sono però dubbi, o ne restano di meno, sui rischi di rendere indispensabile il ruolo dell'economista. Von Hayek ebbe a dire: «un economista che è solo un economista è un problema se non un danno grave». Credo che a tutti capiti di constatarlo. Se fosse vero quanto lui dice allora sarebbe più semplice collocare, appunto, una considerazione che attualizzi i veri problemi sul tappeto, una sorta di analisi delle problematiche contemporanee, al di fuori di una ottusa contrapposizione post-ideologica.

È a mio avviso necessario un inciso bibliografico e culturale. Dobbiamo infatti essere coscienti che quanto avvertito da me personalmente e dalla mia generazione non è statico e rende molto complesso l'oggetto contemporaneo dell'interpretazione socio-economico-normativa. Problemi quali l'abusato ambiente, con le reazioni a volte intellettualmente non completamente congruenti sugli obiettivi veri di benessere del cittadino (S. Latouche) oppure problemi di nuove interpretazioni di benessere (A. Sen), di post modernità (Z. Bauman), di diritti morali (J. Rawls), di "stato minimo" (R. Nozick) e, perché no, il nostro Zagrebelsky con l'etica del dubbio, sono un *puzzle* inestricabile.

Ovviamente ho in mente altri grandi contributori del nostro pensiero contemporaneo, di cui due, almeno per me, fondamentali. Sia ben chiaro, spesso non condivido intellettualmente le loro posizioni, ma le riflessioni che producono mi sono indispensabili per uscire da interpretazioni pre-cotte a cagione della mia insopportabile età; sarebbe produttivo che analogo autocritica fosse fatta tra chi si interessa di tali temi.

Pertanto, considerando tali contemporanee problematiche tra gli attuali disorientati mercatisti (con la loro ottusa idea che efficienza e mercato facciano il massimo per il nostro benessere) e i passatisti anti-capitale (che sotto la brace ancora sopravvivono, seppur sconfitti dalla storia, attendendo ora la crisi del sistema sull'ansa del ricco fiume che dà loro abbondanti alimenti) dovrebbero risciacquare i loro panni in Arno per veder cosa veramente resti dei loro irriducibili convincimenti.

Ambedue, che poggiano le loro convinzioni in tutta evidenza su fideistiche preideologie, ma che forse dovrebbero comprendere le grandi idee dell'attuale epoca, lasciano emergere in ogni caso una interpretazione dei diritti dell'uomo che fa parte della loro 'cassetta degli attrezzi'. Da un lato i mercatisti, in un capitalismo galoppante, riducono la pretesa dei diritti umani alla somma del meglio in termini di benessere, dall'altro lato gli anti-capitalisti nelle loro psicologiche contraddizioni, pretendono che il sistema in sé sia insanabile e che alla sua vocazione naturale si possano anche sacrificare i diritti dell'uomo. La sconnesione con i diritti dell'uomo sembrerebbe rendere ambedue le posizioni di partenza la base di un paradigma chiuso. Sembra quindi che oggi il tema sia un tema di storiografia civica che si deve inserire nel grande dibattito sul nesso problematico tra diritti umani, autonomia dei mercati, tra politica e giustizia, tra diritti dell'individuo e diritti della comunità, tra dispotismo degli stati e delle religioni e libertà della coscienza.

9. Le trasformazioni del settore giuridico, politico ed economico alla 'Sapienza' tra le due Guerre

*Fulco Lanchester**

Ringrazio la professoressa Avitabile come gli organizzatori. Porto il ringraziamento, mio personale, ma anche la soddisfazione ed il saluto del Dipartimento di Scienze Politiche, erede della vecchia Facoltà di Scienze Politiche, che è strettamente legato agli argomenti di cui oggi si sta parlando e con il periodo relativo alle due guerre, poiché la nostra facoltà venne fondata nel dicembre del 1925 e nel 1924 era stata istituita la Scuola di Scienze Politiche presso la Facoltà di Giurisprudenza.

Devo dire come premessa che questo è un intervento non, come ho sentito, tra filosofi e giuristi ma, riprendo la definizione di Paolo Grossi, perché siamo nell'aula Calasso, che quando parlava di Storia del diritto diceva: "è un colloquio tra storici e giuristi", qui invece c'è un dibattito sugli elementi filosofici del diritto che deve necessariamente coinvolgere i giuristi, elemento per cui è interessante la discussione.

In secondo luogo, sosterrò che la Filosofia del diritto è una materia giuspubblicistica, e questo è uno degli argomenti su cui possiamo concentrarci. Ma lo farò, anche perché ci sono molti studenti, attraverso una rapida analisi storica di quella che è stata la storia della 'Sapienza' e la storia della Filosofia del diritto alla 'Sapienza'. Perché se non si comprende questo non si ha la prospettiva per capire ciò che si prospetta nel futuro; ha detto giustamente Spangher "non guardate troppo indietro", ma guardare indietro significa anche situarsi e poter vedere ciò che si prospetta nel futuro; anche perché la 'Sapienza' ha circa 700 anni di storia – è stata fondata nel 1303 con un bolla di Bonifacio VIII quindi ha 709 anni – ed elemento essenziale è calcolarne anche

* Dipartimento di Scienze Politiche, 'Sapienza' Università di Roma.

le cesure e la cesura fondamentale per la 'Sapienza', anche per le materie giuridico-filosofiche, è del 1870, momento in cui i bersaglieri entrarono a Porta Pia. La riorganizzazione della 'Sapienza' fu faticosa, non c'è stata quella continuità che alcuni sostengono. Tra il 1870 e il 1876 ci fu anche un Istituto Vaticano alternativo alla 'Sapienza' che ebbe molto successo e che venne sciolto per legge, attraverso un atto normativo perché aveva troppo successo (proprio vicino a piazza Navona) e i docenti di Filosofia del diritto, così come i docenti delle altre materie, alla 'Sapienza' non ci venivano volentieri, perché era un'Università – e la Facoltà di Giurisprudenza in particolare – senza studenti.

Quindi bisogna considerare, per inquadrare anche Giorgio Del Vecchio, la situazione della Filosofia del diritto e della Scienza giuridica tra il '20 e il '30, il processo di costruzione di un'Università nazionale a Roma tra il 1870 e il 1920 e poi il trasferimento dalla 'Sapienza' di Sant'Ivo – vicino al Senato – a qui, nel 1933-35, perché si deve avere ben chiaro come la classe dirigente liberale e la classe dirigente fascista avessero un progetto per gli studi universitari, soprattutto per gli studi universitari della terza Roma. Era più confuso il progetto liberale, oligarchico, verso il liberalismo di massa o la liberal-democrazia, molto più preciso quello del fascismo negli anni Venti e Trenta e di questo Giorgio Del Vecchio fu uno dei *maître à penser*, qui non si mette bene in evidenza, che fu Preside di Giurisprudenza ma anche Rettore della 'Sapienza', e poi nel 1938 per le leggi razziali decadde dalla cattedra e addirittura nel '44-'45 venne posto sotto epurazione, rientrò dopo l'epurazione e questi avvenimenti – descritti molto bene da Andrea Bixio – incidono anche nel suo pensiero e sulla sua conversione al giusnaturalismo. Gonella, uno dei suoi assistenti, è anche il suo padrino nel '38-'39, padrino di battesimo, questo evidenzia un elemento importante.

La Filosofia del diritto nasce qui alla 'Sapienza' con Giorgio Del Vecchio. Considerando dal 1870 in poi, e considerando anche Giuseppe Ausilio che era un canonico – prima un giobertiano, poi rifugiato in queste lande laziali tra gli anni '50 e '70 –, c'è un omonimo del professore Imbriani, Paolo Emilio Imbriani, che non vive grande interesse nell'Università di Roma, poi c'è un personaggio non molto noto, il Galuzzi, e poi il Filomusi Guelfi e Ludovico Meucci, che sono in realtà la rappresentazione di come la Filosofia del diritto, per il periodo positivista, fosse periferica e venisse utilizzata – e lo è stata

anche successivamente – come un mero collegamento con la introduzione delle scienze giuridiche, tanto è vero che Del Vecchio diventa docente, nel '20, di Introduzione filosofica alle Scienze giuridiche.

Francesco Filomusi Guelfi è un personaggio estremamente importante; noto per la sua *Enciclopedia delle Scienze Giuridiche*, è l'“introduttore”, svolge il corso base generale, tipico delle Facoltà di Giurisprudenza della seconda metà dell'Ottocento, destinato all'insegnamento del linguaggio giuridico e ad *introdurre* nei vari settori del diritto.

Il Meucci è considerato come il maggiore amministrativista pre-orlandiano e il suo manuale di *Istituzioni di diritto amministrativo* fino al 1909 è considerato il *non plus ultra*, non quello di Orlando, non quello di altri, ma quello di Meucci.

È significativo che nel 1899-1900 ci sia una tendenza a dire “la Filosofia del diritto a Roma ci deve stare perché è importante”, ma viene chiamato un positivista – Icilio Vanni – che aveva ricoperto anche un insegnamento di Economia Politica e di Sociologia del diritto (in realtà interpretava la Filosofia del diritto come Sociologia del diritto), ma questo vuol dire lo spostamento del taglio. Vanni muore e lascia un allievo come Meuccio Ruini, che poi sarà presidente della Commissione dei 75 per la costituente, poi presidente del Senato nel 1953, quando ci fu l'approvazione della legge maggioritaria, la “legge truffa”.

Nel 1920 arrivano alla ‘Sapienza’ personaggi che sono legati ad un nuovo tipo di struttura che non è più quella positivista, ma è uno spiritualismo di tipo particolare, perché Giorgio Del Vecchio era nazionalista. Qui si sono collegati e uniti a ‘coorte’, per utilizzare lo schema del clima nazionale, gli esponenti delle associazioni nazionaliste italiane, quella di Corradini – citata dal professor Caravale – ma anche quella di Rocco del 1914, che in realtà dà il contenuto a quella che sarà poi l'ideologia del fascismo. Allora, nella dinamica della giuspubblicistica italiana – a mio avviso – la Filosofia del diritto entra a far parte in maniera piena, soprattutto per ciò che dirò riguardo agli anni '20 e '30 – ci si trova di fronte al superamento dell'impostazione metodologica del Palma, primo ordinario di Diritto costituzionale in questa Facoltà nel 1874, che aveva una impostazione di tipo storico-politico, collegato con l'Inghilterra e la Francia. Negli anni ottanta, periodo in cui c'è necessità di costruire una maggiore solidità per lo Stato burocratico, di fronte alla frammentazione delle cosiddette degenerazioni del parlamentarismo – di cui parlerà un altro docente di questa Facoltà alla costituente,

Tommaso Perassi, nel famoso ordine del giorno del settembre 1946 – ebbene, in quel momento sorgono due posizioni ideologiche che sono quella orlandiana, della personalità dello Stato tentata da Laband e adattata alla situazione italiana, e dall'altro l'ideologia meritocratica della classe politica di Mosca. Sto parlando di due docenti di questa Facoltà: Vittorio Emanuele Orlando – che viene chiamato agli inizi del '900 – e Gaetano Mosca, che viene chiamato, guarda caso, nel 1922 in questa Facoltà come contraltare a Luigi Rossi, perché i giuristi della Facoltà di Giurisprudenza (tra i quali Orlando, Salandra, Luzzatto etc.) sono in realtà rappresentativi della vecchia università, liberale ed oligarchica, con una concezione che si distingue da quella del nuovo regime e dello Stato, che io non chiamerei – come è stato chiamato autorevolmente da Bixio – Stato sociale, lo chiamerei Stato di massa, perché può essere Stato di massa a tendenza totalitaria o Stato sociale democratico, perché queste sono le due cose che, dopo il 1912, e cioè dopo la concessione del suffragio maschile (non universale), e dopo la legge Nitti (la proporzionale), emergono sia i membri della classe dirigente, sia il ceto politico, sia gli intellettuali.

Su questa base Giorgio Del Vecchio, in realtà, è partecipe dell'idea della grande Università di Roma, come Università della terza Italia, in cui si deve sviluppare il progetto antico – che veniva da Messedaglia a Miglietti – del rinnovamento delle Facoltà di Giurisprudenza, attraverso l'introduzione, accanto alle scienze giuridiche, delle scienze economiche e amministrative.

La Scuola di specializzazione economico-amministrativa deriva da questa Facoltà nel 1878 e da questa la Scuola di Scienze Politiche e la Facoltà di Scienze Politiche nel 1924 in cui vengono chiamati, proprio da Del Vecchio e da altri, tre personaggi che sono: Luigi Rossi – di cui si è detto prima –, Gioacchino Conte e Alfredo Rocco e cioè l'idea della statolatria che è il superamento della concezione orlandiana e romania della perfetta piramide della personalità dello Stato, ormai, come disse lo stesso Romano, frammentata non dalle forze sociali ma dalla statolatria del nazionalismo che dice: 'c'è una guerra tra nazioni e quindi c'è il superamento degli individui e dei gruppi da parte dello Stato'. Tutto deve essere nello Stato! La statolatria fascista è in sostanza questa. Il professore Giorgio Del Vecchio è partecipe di questo fino agli anni '30. Del Vecchio fu non solo un grande intellettuale ma, se vedete i concorsi di Filosofia del diritto dal 1924 in poi, vedrete che c'è sempre Giorgio Del Vecchio, almeno fino al concorso del 1938 (quello di Bobbio).

Il primo concorso a Siena nel 1924, in cui viene inserito Giuseppe Maggiore, lui non è presidente, ma c'è. Secondo concorso del '26 la commissione è: Del Vecchio, Solari, Bartolomei, Maggiore e viene selezionato Sergio Panunzio – che poi diventerà Rettore dell'Università di Perugia e Commissario fascista della Facoltà di Scienze Politiche di Perugia e ordinario di Dottrina Generale dello Stato a Scienze Politiche, maestro di Mortati e anche di Crisafulli – e con Panunzio nel concorso del 1929 Bernardino Cicala, Arnaldo Volpicelli, Widar Cesarini Sforza e Orazio Condorelli vengono selezionati da Gentile, Del Vecchio, Caligari e Maggiore – considerato poi uno dei rappresentati del fascismo nel diritto penale.

Nel 1932 Cammarata, Capograssi e tutti quelli della fase successiva degli anni '50, '60 e '70 che costituiscono una torsione rispetto a quel tipo di Filosofia del diritto. Nel 1934 Perticone – che poi non è mai riuscito ad arrivare a Filosofia del diritto, ma a Storia dei partiti e dei movimenti politici, però è importantissimo per il dibattito degli anni '30 e anche per la costituente – e Castiglia.

Quando non c'è più Del Vecchio viene inserito Bobbio nel 1938. Qui c'è una conformazione molto chiara della Scienza giuridica a Roma che si collega anche con la ristrutturazione – derivante dalla legge Gentile – di queste Facoltà che non sono più articolate sui Seminari giuridici, ma su Istituti e, per quanto riguarda gli Istituti di Diritto Pubblico – fino al 1935-36 – l'unico Istituto di Diritto Pubblico di questa Università era l'Istituto di Diritto Pubblico diretto da Rossi con dentro ovviamente Panunzio, Chimenti, Giannini. Solo negli anni '30 – nel '33 – con il testo unico sull'Università, c'è una ristrutturazione anche della 'Sapienza' e della Facoltà di Giurisprudenza, per un motivo molto semplice: se ne sono andati Orlando – nel '32 perché non giura –, Mosca; viene ristrutturato non solo l'Istituto di Diritto Pubblico, che viene affidato ad Arturo Carlo Jemolo – un ecclesiasticista – e la natura di quell'Istituto fino all'arrivo di Carlo Esposito negli anni '50 avrà sempre una caratterizzazione molto peculiare, ma anche l'Istituto di Filosofia del diritto e la Scuola di Filosofia del diritto.

In conclusione, nel numero 1 del 2014 di *Nomos: le attualità nel diritto*, c'è la situazione sulla struttura delle Facoltà e degli Istituti dell'Università di Roma 'Sapienza' e, per quanto riguarda l'Istituto di Filosofia del Diritto del '36-37: è caratterizzato da Del Vecchio, poi c'è il suo assistente Gonella, Sandri, Oliva, Cini Corrado, Mancini, ma insegnano nella Scuola di perfezionamento di Filosofia del diritto anche Panunzio e Rossi.

Allora vedete – ed era questo che volevo evidenziare – che la dinamica intellettuale della 'Sapienza', per quanto riguarda le discipline e per quanto riguarda i singoli personaggi, viene anche molto influenzata dalla dinamica storico politica. Non è un caso che i personaggi che negli anni '30 sono assistenti – Capograssi, Perticone a Filosofia del diritto, oppure a Diritto pubblico Giannini, Mortati, Crisafulli, Chiarelli – entrano alla 'Sapienza' negli anni '40-50 e la conformano perché – ciò che ci ha detto la professoressa Avitabile è importante – gli elementi fondamentali nello Stato di massa sono ormai i principi e i valori e il principio politico è il principio politico liberante, anche nel dire che non esistono alcuni diritti pubblici soggettivi ma che hanno un radicamento nell'articolo 2 della Costituzione, elemento che ormai caratterizza la storia della 'Sapienza'. Cosa è stata la 'Sapienza' dopo, soprattutto dopo il '70, è un altro tema sul quale inviterei gli organizzatori a indire un convegno. Se il periodo '20-30 è stato il periodo della Filosofia del diritto, la centralità della 'Sapienza' in Italia, per una serie di motivi, è stata evidente dagli anni '70 in poi con un'Università di massa, con una moltiplicazione, con una moltiplicazione dei docenti che, soprattutto a Roma 'Sapienza', hanno visto percorrere un cammino differente, vale a dire di una Università che "se la deve guadagnare", questo è l'ultimo insegnamento di una parabola che dal 1870 ci conduce al 1970.

10. Sul pensiero di Angelo Ermanno Cammarata e Carlo Esposito

*Franco Modugno**

10.1. Premessa

Ho avuto la fortuna di avere tanti Maestri; ma di essi alcuni mi sono rimasti particolarmente nella mente e nel cuore, anche per la frequentazione personale di cui ho potuto godere.

Li ricordo nell'ordine cronologico della mia conoscenza: Ugo Spirito (dal 1956); Carlo Esposito (dal 1961, per un intenso periodo durato fino alla morte prematura del 1964); Vezio Crisafulli (dal 1962); Angelo Ermanno Cammarata (dalla seconda metà degli anni sessanta).

Sul pensiero dei primi tre ho avuto occasioni (anche ripetute) di riflettere e di scrivere; non finora sul pensiero di Cammarata. Lo faccio adesso.

Dei quattro Maestri, peraltro, Esposito e Cammarata sono, per così dire, "uniti" dalla circostanza che, a differenza degli altri, essi possono considerarsi, a buon diritto, anche se per ragioni diverse, al tempo stesso, filosofi e giuristi. Di essi, pertanto, può parlarsi nel presente contesto.

10.2. Sul pensiero di Angelo Cammarata

10.2.1. Gli scritti

È mia convinzione che il pensiero di un grande pensatore non può non essere, al fondo "unitario".

Pure, nel caso di Cammarata – la cui produzione scientifica subisce una cesura ultraventennale tra il 1941 e il 1963, anno in cui l'editore

* Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici, Sapienza Università di Roma.

Giuffré cura una seconda edizione della ristampa dei saggi pubblicati tra il 1925 e il 1936 – è lui stesso che, nella importante “Avvertenza” della raccolta del 1963, precisa «che una intensa meditazione, protrattasi parecchi anni, anche su problemi di cui mi era sfuggita la connessione a quelli precedentemente affrontati, mi 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»¹. Cinque anni più tardi (1968) viene pubblicato, quale ultima “voce” del XVII volume della *Enciclopedia del diritto*, il fondamentale, densissimo, studio sul *Formalismo giuridico* – che qui andrò a ripercorrere passo per passo e ad esplicitare – mentre, nell’anno precedente la morte, è pure di notevole interesse, una “Presentazione” degli *Scritti sul diritto e sullo Stato* di Orazio Condorelli², preceduta da un breve intervento alla Tavola rotonda sul positivismo giuridico nel 1966³.

I (sette) saggi pubblicati nella Raccolta del 1963 sono i seguenti: I. *Contributi ad una critica gnoseologica della Giurisprudenza* (1925)⁴; II. *Il concetto del diritto e la “pluralità degli ordinamenti giuridici”* (1926)⁵; III. *Sul fondamento del principio “ignorantia iuris non excusat”* (1928)⁶; IV. *Il significato e la funzione del “fatto” nell’esperienza giuridica* (1929)⁷; V. *La positività del diritto e il valore “pratico” della norma di condotta* (1930)⁸; VI. *Sulla c.d. “coattività” delle norme giuridiche* (1932)⁹; VII. *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica* (1936)¹⁰. Per espresso desiderio dell’Autore, altri (sette) saggi pubblicati nel corso di quegli anni non vennero inclusi nella Raccolta del 1963¹¹.

¹ Cammarata, *Formalismo e sapere giuridico*, VI-VII.

² Condorelli, *Scritti sul diritto e sullo Stato*.

³ Idem, Quaderni della Rivista “Il Politico” 4, 87-88.

⁴ Cammarata, *Contributi della Giurisprudenza*.

⁵ Idem, *Concetto del diritto*.

⁶ Idem, *Fondamento del principio*.

⁷ Idem, *Significato e funzione del “fatto”*.

⁸ Idem, *Positività del diritto*.

⁹ Idem, *“Coattività” delle norme giuridiche*.

¹⁰ Idem, *Limiti tra formalismo e dommatica*.

¹¹ Di questi sette saggi, tre sono anteriori al 1925 (“Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia”, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1922; “La razionalità del diritto e il giusnaturalismo nella filosofia dell’immanenza assoluta,” in *Giorn. crit. della fil. it.*, 1922, II; “Sulla concepibilità di più principi etici,” *ibid.*, 1923, II); uno del 1926 (“Immanentismo e filosofia del diritto,” in *Rivista*

10.2.2. L'ispirazione immanentistica e lo sviluppo dell'attualismo gentiliano

È un assunto esplicitamente dichiarato che «l'ispirazione immanentistica» non è abbandonata.

Essa consiste nel rifiuto «di ogni intellettualismo, ma non dell'intelletto in quanto s'identifichi col "senso comune"»¹², termine preferito agli omologhi "intelletto" o "coscienza immediata"¹³:

La concezione del senso comune come pensiero acritico ... prende le mosse da ... l'idealismo "attuale" di Giovanni Gentile ... da cui diverge, peraltro, 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")¹⁴. Sulla "coscienza immediata" o "coscienza empirica" Capograssi, Giuseppe. Saggio sullo Stato¹⁵ si esprime nei seguenti termini: «lo spirito riguarda la sua esperienza come un mondo balzategli contro e in faccia all'improvviso dall'ignoto, e non vi riconosce la sua creatura. L'accetta e non vede che egli stesso l'ha posto». E, ancora: «Occorre considerare l'esperienza là dove essa è veramente se stessa, cioè nell'attività concreta del soggetto: e qui è l'importanza delle nostre correnti immanentistiche le quali hanno cercato di cogliere l'esperienza nel suo formarsi¹⁶.

La concezione di Cammarata già qui si presenta non come abbandono dell'attualismo gentiliano, bensì come una "parziale" correzione, ed anzi un rigoroso approfondimento. (Diversamente, si accentua il «"superamento" dell'idealismo anche nella sua forma gentiliana» nel pregevole saggio di Serra)¹⁷.

internazionale di Filosofia del diritto, 1926, 1); due contemporanei e uno successivo al 1936 (il libro *Sul fondamento delle salutazioni pratiche dell'intelletto*, Catania, 1936; gli *Studi sul problema del diritto naturale*, Catania, 1936; "Giusnaturalismo e critica delle leggi in rapporto alla distinzione tra giustizia e equità," in *Bollett. Ist. fil. dir., univ. di Roma*, 1941, I.

¹² Idem, *Formalismo e sapere giuridico*.

¹³ Idem, *Formalismo giuridico*, 1014, nota 5.

¹⁴ Ibid., 1014.

¹⁵ Capograssi, "Saggio sullo Stato", 22.

¹⁶ Idem, "Analisi dell'esperienza comune," 159.

¹⁷ Serra, A. *Ermanno Cammarata*, 9, 26 ss., 34 ss. e *passim*.

Quale la ragione per affermare l'immanenza di tutto nell'atto del pensiero (del pensiero in atto)? L'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 (si ricordi l'assurdità della kantiana "cosa in sé")¹⁸.

*Non vi sono limiti esterni al pensiero; e poiché, «intendendo per forma e per materia quello che intende Kant, chiamando cioè forma l'attività trascendentale dello spirito onde si costituisce come mondo, contenuto del conoscere, la materia dell'esperienza, tutto ciò che noi abbiamo chiarito del rapporto tra lo spirito e quanto si può considerare opposto allo spirito, ci autorizza a concludere che la materia non è oltre la forma La materia è posta e risolta dalla forma. Sicché la sola materia, che nell'atto spirituale ci sia, è la stessa forma come attività»*¹⁹. Per questo, soggiunge Cammarata:

il Gentile ... non ha esitato a definire "formalismo assoluto" la propria concezione ...: l'atto del pensiero è forma assoluta e sostanziale (perché costitutiva) della realtà. Forma sostanziale che il Gentile chiama "autoc-tisi", 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 creativa²⁰.

Se non che, «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*»²¹. Di qui un allontanamento dal neo idealismo, da Croce, ma anche da Gentile, perché:

¹⁸ Cammarata, *Formalismo giuridico*, 1014, nota 6.

¹⁹ Gentile, *Teoria generale dello spirito come atto puro*, 232; Idem, *Sistema di logica come teoria del conoscere*, II, 46 ss.

²⁰ Cammarata, *Formalismo giuridico*, 1014, nota 6.

²¹ Ibid., (corsivo mio).

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 fra 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 ... condominio²².

Ecco la divergenza: non sono concepibili «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”)²³.

Una esigenza non dissimile, una semplificazione, per così dire, ma in realtà un approfondimento dell’attualismo, spingeva trenta anni prima, Ugo Spirito a distinguere «due modi di intendere l’attualismo e, in conseguenza, i suoi risultati e il suo avvenire: quello di chi ha concepito la teoria dello spirito come atto puro e quello di chi ha concepito l’atto puro come una teoria dello spirito: nel primo caso, la teoria è diventata spirito e cioè vita, nel secondo, l’atto è diventato formula e cioè la più patente e più ridicola contraddizione in termini»²⁴.

10.2.3. Sul “divenire” come “coattualità dell’identità e della differenza”. Filosofia e scienza

Nel “primo” Cammarata si legge che «le difficoltà incontrate dallo scetticismo e dal naturalismo [circa il problema del rapporto tra soggetto e oggetto «in cui consiste il conoscere»] mettono in chiaro inconfutabilmente l’inconcepibilità della relazione quando si pongono 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 ... relazione assoluta, sintesi *a priori* del soggetto dell’oggetto: assoluta e *a priori* perché non presuppone affatto ma pone da sé, invece, i propri termini.

²² Ibid.

²³ Ibid., 1014.

²⁴ Spirito, “Attualismo costruttore”, 24; ora in Idem. *Scienza e filosofia*, 35.

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»²⁵. E tuttavia:

la considerazione del pensiero pensante [in cui filosofia e scienza nella sua attualità s'identificano], 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'oggetti vita, 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»²⁶.

Si intravede già qui, nel pensiero di Cammarata, una sorta di preoccupazione, per così dire, di sottolineare nella sintesi dialettica dell'atto puro, nella "relazione assoluta" di soggetto e oggetto, *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»²⁷.

Insomma, *la differenza non si annulla nell'identità*.

Ora, se il "senso comune", ossia l'intelletto «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 ... 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...» (corsivi miei), questo «atteggiamento del pensiero ... nella sua frammentarietà non

²⁵ Cammarata, *Formalismo e sapere giuridico*, 9, (parentesi aggiunta).

²⁶ Ibid., 10.

²⁷ Cammarata, *Formalismo giuridico*, 1014, nota 6. Cfr. sul punto Serra A. Ermanno Cammarata, 26 ss.

può mirare all'assoluto ma solo affisarsi nel relativo»²⁸. Perciò le varie scienze «in cui il senso comune tende storicamente ad “ordinare” ... quel che viene via via determinando nell'indeterminatezza del molteplice» *non* «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*»²⁹.

Insomma, sono le concezioni naturalistiche o dualistiche ad incontrare le critiche dell'idealismo, non le scienze, le quali, non mirando all'assoluto, si limitano ad “ordinare” e a conoscere il relativo.

10.2.4. L'ineliminabile “aporia” del senso comune alla radice del “diadismo” di soggettività ed oggettività, di identità e differenza

Certo, l'atteggiamento del pensiero proprio dell'intelletto (o del senso comune) si involge in una «intrinseca aporia», poiché il soggetto, per un verso, si immedesima «con l'oggettività indeterminata del molteplice, in quanto elemento particolare di essa» (è esso stesso un particolare); per altro verso se ne estrania, «a volta a volta, nel determinarla, adeguandola alla propria particolarità»³⁰. L'aporia «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»³¹. Ciò ha dato luogo «alle crisi del pensiero ... che hanno il loro sbocco nel sorgere dei problemi filosofici, e così dell'arte come della religione, ma appunto perciò arte religione e filosofia non possono definirsi “forme assolute dello Spirito»³².

²⁸ Cammarata, *Formalismo giuridico*, 1014.

²⁹ *Ibid.*, (corsivo mio).

³⁰ *Ibid.*, 1015.

³¹ *Ibid.*, nota 7.

³² *Ibid.*, 1015.

Di qui la rilevazione di una «correlazione diadica» che viene a delinearsi così tra soggettività ed oggettività ... 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»³³.

Alla base vi è la concezione della «"forma" come riduzione di differenze ad una identità»³⁴. Per esempio, singoli comportamenti come "conformi" a (o "difformi" da) una legge che ne stabilisce il "modello", sono cioè elementi che si uniformano (o non) al modello. Ma – avverte Cammarata – «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»³⁵.

Ora, la "forma" con un suo "contenuto" (per non essere "vuota") non è che «la riduzione delle differenze tra vari elementi ad una identità tra essi, come identità relativa e parziale»³⁶.

Ciò vale per ogni sinonimo del termine "modello"; ossia "schema", "classe", "tipo", "genere", e così via, la «pluralità inesauribile» dei quali «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, detta, appunto "formale", senso e pensiero comune sul quale «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 convenirsi in "concetto di classe", e viceversa»³⁷.

Similmente, «relativa è la distinzione, nascente dall'aporia su rilevata, tra identità e differenza». Poiché «le determinazioni del senso comune nell'indeterminatezza del molteplice» sono «sempre parziali,

³³ Ibid., (corsivo mio).

³⁴ Ibid., 1013.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid., 1013-1014, e ivi richiamo a Cesarini Sforza, *Concetto del diritto*, 110 ss.

lasciando immancabilmente un residuo inattinto», e poiché «ogni particolare elemento che venga determinato nella sua singolarità [o individualità] risultando *eo ipso* differente da ogni altro elemento determinato o determinabile, è posto come identica a se stesso e la cui autoidentità significa riferimento alla differenza da ogni altro elemento del molteplice ..., è esclusa perciò la possibilità di considerare l'una [l'autoidentità] e l'altra [la differenza] come irrelative»³⁸. Ma, se identità e differenza sono correlative, data la “coattualità del tutto e della parte”, di universale e particolare, in quella “relazione assoluta” che è lo sviluppo della “sintesi *a priori*” proprio per questo,

singolarità e parzialità non vengono meno ... nelle determinazioni unitarie di plurimità di elementi (“frammenti”, cioè, del molteplice) cui si pervenga astruendo da una o più differenze tra tali elementi in guisa da renderli (parzialmente) identici: identità che è eteroidentità 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 unitaria³⁹.

Insomma, è possibile (e per le scienze è necessario) che, nell'ambito dell'indeterminatezza del molteplice, non solo vengano determinati “frammenti” di questo molteplice, ma che vengano “organizzati” e parzialmente composti in “determinazioni unitarie”, astruendo cioè da una o più differenze di essi, determinazioni unitarie, a lor volta, differenti l'una dall'altra, che unificano bensì gli elementi o frammenti del molteplice, i quali, però, fuori da tali determinazioni unitarie, mantengono la propria singolarità (o autoidentità). Il processo di astrazione dalle differenze con cui l'intelletto (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 impensabilità⁴⁰.

³⁸ Cammarata, *Formalismo giuridico*, 1015, (parentesi aggiunte).

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

La determinazione implica insomma la differenza. Perciò,

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 molteplicità⁴¹.

10.2.5. Il "diadismo" di "sapere" e di "esperienza"

Questa distinzione relativa, «diadismo» come lo chiama Cammarata (per differenziarlo da un "dualismo" di tipo speculativo), di identità e differenza è proprio di un ineliminabile atteggiamento del pensiero, l'intelletto o senso comune, «che certamente non può dirsi episodico, perché nasce eternamente, ed eternamente si risolve, nell'atto stesso del pensiero»⁴². Ed è lo stesso "diadismo" di identità e differenza che si presenta come diadismo di "sapere" e di "esperienza", in una distinzione relativa, cioè, tra "generale" e "particolare" (o tra forma e contenuto) nell'«ambito delle classificazioni sistematiche con cui si costituiscono le scienze»⁴³. In particolare, l'astrazione generalizzatrice «si esercita» sia «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*⁴⁴, sia:

sull'oggetto della determinazione ... 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*⁴⁵.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid., 1015.

⁴³ Ibid., 1016.

⁴⁴ Ibid., 1015.

⁴⁵ Ibid., 1015-1016.

Ma la singolarità degli elementi non si perde, non si annulla, in qualsiasi determinazione unitaria, poiché sia la sintesi *a posteriori* sia l'analisi *a priori* delle «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*⁴⁶.

Ora, se si designa come "sapere" la sintesi *a posteriori* (formale) degli elementi del molteplice e come "esperienza" l'analisi *a priori* dell'oggetto della determinazione può sembrare (come comunemente si opina) che l'esperienza sia "condizione" del sapere, che l'analisi dell'oggetto della determinazione preceda e condizioni, appunto, la sintesi degli elementi del molteplice. Secondo Cammarata, invece,

una più attenta riflessione ... non tarda a convincere come nessuno dei due termini [sapere ed esperienza] possa presentarsi, fosse pure per un istante, quale *tabula rasa* nei confronti dell'altro: ciò 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'altra⁴⁷.

Nella considerazione del rapporto tra sapere ed esperienza, non mi pare che vi siano stati sviluppi significativi nel pensiero di Cammarata. Il diadismo di sapere ed esperienza nasce dallo sdoppiamento della esperienza assoluta, operato dall'intelletto, in soggettività ed oggettività, diadismo verificato dall'atteggiamento degli scienziati rispetto al *reciproco condizionamento* di ambi i termini. Se le esperienze precedenti si condensano nel sapere (in quanto il sapere è costruzione di identità sulle differenze) le nuove esperienze "riaprono" questo sapere, lo mettono in crisi, ma poiché l'esperienza alla quale non è possibile porre un limite si risolve nella riaffermazione delle differenze, si rende necessaria la ricomposizione (riconduzione) di queste differenze in nuove identità, le quali, ancora, risultando a lor volta differenti, implicano la necessità di riportarle all'identità; e quindi l'esperienza non può fare a meno del sapere.

⁴⁶ Ibid., 1016, (corsivo mio).

⁴⁷ Ibid., (parentesi aggiunta).

Se si vuole, giova rileggere la pagina in cui il "primo" Cammarata spiega «il carattere particolaristico della scienza – ed è più esatto dire: delle scienze»⁴⁸: «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 o dopo di questa, un residuo che potrà essere conosciuto con altre e successive adeguazioni»⁴⁹.

Ogni scienza, perciò, è scienza particolare, perché, non raggiungendo l'autocoscienza, non vede come la totalità del mondo si risolve 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 realtà⁵⁰.

Questa posizione rigorosamente idealistica non esclude affatto la "legittimità" delle scienze e in particolare delle scienze naturalistiche, perché «la considerazione del pensiero pensante 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*»⁵¹, per cui la scienza naturalistica:

rappresenta anch'essa a suo modo una relazione tra la soggettività e l'oggetti vita, ha cioè anch'essa valore gnoseologico, ma non raggiunge mai 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*⁵².

⁴⁸ Idem, *Contributi*, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, 12.

⁴⁹ Ibid., 12-13.

⁵⁰ Ibid., 13.

⁵¹ Ibid., 10, (corsivi miei).

⁵² Ibid., (ultimo corsivo mio).

10.2.6. “Scienze naturalistiche” e “scienze di «cose umane»”

Il “molteplice indeterminato” è assunto dall’intelletto nelle determinazioni classificatorie dei suoi elementi nelle scienze naturalistiche, i quali, però, possono anche presentarsi, «nella loro singolarità» quali «“avvenimenti” nel tempo e nello spazio ... che hanno per protagonisti gli uomini»⁵³. In altri termini, avvenimenti che costituiscono «sul piano del senso comune ... la storia distinta, ma *relative*, 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». Ma la relatività della distinzione tra oggettività e soggettività è provata dal fatto che «come oggetto di storiografia ... possono presentarsi le stesse storiografie»⁵⁴.

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»⁵⁵.

Ora, se il diadismo dei due atteggiamenti dell’intelletto, da un lato, non «inficia la storicità delle singole scienze», che possono essere oggetto di storiografia, ne, dall’altro, «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 ed unità, per il senso comune» (per cui *sono ben possibili anche scienze classificatorie di “cose storiche”*), occorre però osservare che *tale conversione incontra un limite*. Come già, in generale, ogni determinazione dell’intelletto sulla realtà assunta come oggetti vita, non è universale (totalizzante), lasciando sempre un “margine residuo”, così, in particolare, anche la conversione della singolarità storica nella particolarità tipologica «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

⁵³ Idem, *Formalismo giuridico*, 1016.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

riuscire a eliderlo del tutto, è sempre in grado di provocare crisi modificatrici dell'ordine delle classificazioni»; crisi che, peraltro, secondo Cammarata, non giustificano quei «tentativi di "evasione" dall'ambito delle determinazioni formali, e di "reazioni al formalismo"»⁵⁶, per la semplice ragione che essi sono «improponibili, finché sussiste un problema di unificazione di plurimità di elementi»⁵⁷.

Ferma questa importante "riserva", si spiegano e si giustificano le «scienze classificatorie di "cose storiche": tra le 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"». Così che,

nata ... 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 "dogmatica": 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»⁵⁸.

Se la dogmatica è frutto di una *maggiore* generalizzazione rispetto alla c.d. "casistica", l'una e l'altra (la Giurisprudenza) non possono peraltro svincolarsi dai "casi" che rappresentano, nella loro irriducibile singolarità storica, quel residuo ineliminabile dal formalismo che costituisce il *limite* delle classificazioni della Giurisprudenza.

10.2.7. La "centralità" dei "casi" come "problemi umani" e la definizione del "diritto"

Ora, proprio la riconosciuta "centralità dei casi", imprescindibile nella Giurisprudenza, nella scienza giuridica, comunque intesa, ha indotto Cammarata a rivedere molte delle sue «vecchie posizioni», nelle quali, «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

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid., 1017.

⁵⁸ Ibid., (corsivo mio).

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 [a suo tempo]) la nota relativa all'elemento assiologico, che pur era stato nettamente posto in rilievo con l'identificare nel deontologismo il "senso fondamentale della qualificazione giuridica"⁵⁹.

Si tratta – non v'ha dubbio – di una "svolta" nel pensiero di Cammarata, dovuta alla mancata «rigorosa interpretazione speculativa dell'esperienza giuridica – di cui l'atteggiamento assiologico dell'intelletto non è ... *accidens*, ma *substantia*»⁶⁰. Ma non si tratta affatto di 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»⁶¹, poiché, al contrario,

non mi accorgevo del *vero problema* che si toccava, e per nulla di secondaria importanza, perché proprio in questa idea del "dover essere" è il punto di partenza di quell'atteggiamento assiologico dell'intelletto con cui una filosofia immanentistica – avversaria, cioè, di ogni intellettualismo, ma non dell'intelletto in quanto s'identifichi col senso comune – non può esimersi dal fare i conti: e ciò anche dopo aver eliminato l'empirismo a sfondo psicologico con cui si è agitato così frequentemente il problema dei c.d. giudizi di valore»⁶².

Si è così aperto un percorso, pur diverso da quello della filosofia dei valori, ma che non trascura affatto l'atteggiamento assiologico dell'intelletto, immanente nel "dover essere" del comportamento umano.

⁵⁹ Idem, *Formalismo e sapere giuridico*, VI (parentesi quadra aggiunta).

⁶⁰ Ibid., VII.

⁶¹ Ibid., VI-VII.

⁶² Ibid., VII (corsivo mio).

Ricapitoliamo: fermo restando che tutto il reale è nell'atto del pensiero, che non esistono limiti del pensiero che non siano posti da esso «in se stesso, poiché se fossero veramente irriducibili al pensiero, non potrebbero essere pensati e conosciuti»⁶³; una volta riconosciuto che non si possa «ammettere coerentemente altra “forma assoluta” che non sia il pensiero in atto»⁶⁴ e che questa forma «assoluta e sostanziale (perché costitutiva) della realtà ... 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», per cui il reale, ossia «il divenire non può definirsi che come coattualità dell'identità e della differenza», e la filosofia non può essere concepita come «sistema chiuso di categorie», sicché «ciascuna di tali categorie [o “attività” o “forme spirituali” che dir si vogliano] si presenta come identità tra differenze, ma identità differenti l'una dall'altra, e perciò senza universalità»⁶⁵; premesso tutto ciò anche l'attività dell'intelletto (o senso comune) è una di queste forme delle quali «una filosofia immanentistica ... non può esimersi dal fare i conti»⁶⁶. Trascurando nell'analisi del “dover essere” – che pure era stato in precedenza assunto a «senso fondamentale della qualificazione giuridica»⁶⁷ – l'«atteggiamento assiologico» dell'intelletto ... veniva a mancare, perciò, una rigorosa interpretazione speculativa dell'esperienza giuridica – di cui l'atteggiamento assiologico dell'intelletto non è ... *accidens*, ma *substantia*»⁶⁸.

La definizione del diritto come rapporto di valutazione esclusiva tra regola e regolato, per cui la norma giuridica è intesa quale «criterio esclusivo di regolarità» del comportamento⁶⁹;

(«vero concetto del diritto ... quello che i giuristi hanno sempre “applicato” senza mai preoccuparsi di definirlo: che è precisamente il rapporto istituito tra una norma e un gruppo di norme e un contegno o una serie di contegni, vuoi effettuali, vuoi semplicemente eventuali: rapporto in

⁶³ Idem, *Formalismo giuridico*, 1014, nota 6.

⁶⁴ Ibid., 1014.

⁶⁵ Ibid., nota 6, (parentesi aggiunta).

⁶⁶ Idem, *Formalismo e sapere giuridico*, VII.

⁶⁷ Ibid., VI.

⁶⁸ Ibid., VII.

⁶⁹ Idem, *Limiti tra formalismo e dommatica*, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, 406.

cui il primo termine è assunto – nettamente quanto, spesso, inconsapevolmente – come *criterio esclusivo di regolarità* di fronte al secondo»⁷⁰)

si rivela ora del tutto insufficiente, mentre poteva giustificare, a suo tempo, «l'impressione, condivisa da giuristi e cultori della filosofia giuridica, che alcuni di questi saggi⁷¹ mirassero a delineare una “teoria generale del diritto”, malgrado la mia dichiarata avversione a quest'ultima»⁷². Il formalismo, insomma, privato dell'«elemento assiologico» si risolveva in «una descrittiva a sfondo logicistico, relativa pressoché esclusivamente a “fatti”»⁷³ e non ai «“casi” come “problemi umani”»⁷⁴.

10.2.8. La centralità dei casi come “problemi umani” e «i “riflessi diceosinici della legalità” nella interpretazione e nell'applicazione delle leggi: la giustizia e l'equità»

Ed ecco 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, 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»⁷⁵.

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».⁷⁶

⁷⁰ Ibid., 359-360. Cfr. in proposito Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 92, 214.

⁷¹ Cammarata, *Formalismo e sapere giuridico*.

⁷² Ibid., VII, (parentesi mia).

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Idem, *Formalismo giuridico*, 1017.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Idem, *Formalismo e sapere giuridico*, VI.

Anche con questa distinzione tra mero "fatto" e "caso" Cammarata precorre significative elaborazioni della dottrina giuridica successiva, particolarmente rilevanti in tema di interpretazione e applicazione delle leggi.

«Nel campo del diritto non si ha a che fare con "meri fatti", come possono essere quelli oggetto di osservazione delle scienze naturali [sulle quali il primo Cammarata modella la scienza giuridica] 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»⁷⁷. Interessante è la notazione già del primo Cammarata⁷⁸ 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»⁷⁹

Alla domanda; «che cosa è, propriamente, il caso che pretende di cadere sotto una regola adeguata?»⁸⁰ si è cercato di rispondere rilevando che «il fatto diventa "caso" attraverso l'inevitabile comprensione di significato e valore da parte di colui che è chiamato a dare risposte nel caso nostro, risposte in termini di diritto»⁸¹, e che:

la comprensione di senso o di significato consiste nella percezione di ciò che il mero fatto rappresenta dal punto di vista della vita sociale. Ogni individuo e ogni società dispongono di categorie in cui gli avvenimenti che li riguardano vengono inquadrati per essere compresi, affinché si possa rispondere alla domanda: non semplicemente "che cosa sta accadendo?", ma "che significa ciò che sta accadendo?" Nessun individuo, nessuna società umana può esistere se non ha risposte a questa seconda domanda⁸².

⁷⁷ Zagrebelsky e Macenò, *Giustizia costituzionale*, 85, (prima parentesi mia).

⁷⁸ Cammarata, *Limiti*, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, 413, nota 19.

⁷⁹ Ibid. (ultimo corsivo mio).

⁸⁰ Zagrebelsky e Macenò, *Giustizia*, 87.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid., 88.

Questa «perenne attribuzione di senso alle cose e alle azioni» si risolve, peraltro, in «un'incessante operazione di astrazione e generalizzazione di significanza dalle cose e dalle azioni»⁸³.

Secondo Cammarata, proprio dalla insufficiente soluzione del "caso" con la «sua assunzione in un paradigma normativo che lo rende identico ad altri e differente da altri» derivano quelle «continue incrinature ... nell'apparato normativo ... che presto o tardi si riflettono nel sistema delle classificazioni scientifiche»⁸⁴.

Le leggi, come tali, sono inevitabilmente "imperfette" e,

questa "imperfezione" intrinseca alle leggi (quanto intrinseco ad esse è il formalismo) è all'origine ... 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 infinite di situazioni (e di comportamenti) differenti, le rendono differenti da altre serie livellate nella stessa guisa⁸⁵.

Ora il termine "livellamento" è:

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 [termine tratto dall'opera di Antonio Genovesi: "Diceosina o filosofia dell'onesto e del giusto", 1766] 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 troppo⁸⁶.

Tali accuse:

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'equità⁸⁷

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Cammarata, *Formalismo giuridico*, 1017.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid., 1017-1018, (parentesi mia).

⁸⁷ Ibid., 1018.

spingendo cioè verso le "riforme", ovvero opponendo al diritto positivo il diritto naturale, o, ancora, nella contemporanea versione, opponendo al diritto legislativo il diritto costituzionale invalidante.

Ma non è questo il solo riflesso "diceosinico" della legalità. Ve ne sono di «più interessanti ... sotto il profilo epistemologico». Basti pensare, per:

ovviare agli inevitabili difetti delle leggi» a «certe "cautele" escogitate da giuristi sul terreno dell'interpretazione e dell'applicazione delle leggi ... 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 e su Cariddi, sugli scogli, cioè, dell'ingiustizia, o su quello dell'iniquità»⁸⁸ e che, comunque sia, è «sottintesa nelle distinzioni ... tra "interpretazione lata" e "interpretazione stretta" (che secondo alcuni non coinciderebbe interamente con quella tra "interpretazione estensiva" e "interpretazione restrittiva")» nonché negli «schemi di argomentazione che ancor oggi, ad onta di certe esplicite ripulse, fanno capolino, qua e là, negli scritti dei giuristi»⁸⁹.

Interessante, a questo proposito, è la ricostruzione di Cammarata del «problema che l'analogia è diretta e risolvere», che:

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*⁹⁰. E così pure, «quando si parla del ricorso ad un "principio generale"» ci si riferisce «ad una generalizzazione che implica necessariamente elisione di differenze».⁹¹ Ma – quel che è più importante notare – è che «l'analogia non "colma una lacuna", a meno che non si chiami "lacuna" il difetto di certezza, né può essere confusa, in linea logica, con la cosiddetta interpretazione estensiva, perché questa non fa che rivelare l'identità imperfettamente espressa nel testo della

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid.

legge», mentre «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*». E così «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»⁹².

10.2.9. La legalità come "fatto" e come criterio generale di valutazione: i suoi presupposti

La Giurisprudenza nasce dai "casi" e si sviluppa sia come "casistica", sia, su un piano di maggiore astrazione-generalizzazione, come "dommatica"; ma l'una e l'altra sono sistemazioni classificatorie di "cose storione" nel cui formalismo confluisce e rifluisce il formalismo delle leggi.

La convertibilità reciproca dei due formalismi, è «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»⁹³: una realtà di fatto che è un «presupposto ... che non può dirsi arbitrario nell'ambito del senso comune»⁹⁴.

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" [ossia ogni interesse speculativo] e ad appararsi del *quia* "scientifico"⁹⁵.

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid., 1018.

⁹⁴ Ibid., 1018-1019.

⁹⁵ Ibid., 1019.

Se non che, «l'interesse speculativo» non può fermarsi alla legalità concepita come fatto, poiché essa si presenta (viene intesa) «altresì come criterio generale (specificantesi “caso per caso”) di valutazione del comportamento». E non si tratta «della giustapposizione di due ordini diversi di considerazioni, quasi un parallelismo tra due “punti di vista” eterogenei, ma di un diadismo, ossia di una distinzione relativa tra “fatto” e valutazione»⁹⁶. Per intendere il senso della legalità come criterio di valutazione del comportamento occorre risalire ai suoi presupposti che sono «la distinzione tra “teoria” e “pratica” e la concezione del comportamento nel senso comune».⁹⁷

Poiché la legalità non è che la conformità o difformità dei comportamenti alle leggi, questa conformità o disformità rimanda al “comportamento” come oggetto di considerazione. Ora, come si esprime la valutazione di un comportamento? Si esprime attraverso un «giudizio che ha per “soggetto” un comportamento e per “predicato” un modo (ovviamente “formale” in quanto tipico) di doversi, comportare, ossia ... un “dover essere” relativo al primo» (c.d. paradigma deontologico). E, che cos'è, secondo il senso comune, un “comportamento”? È certamente un'attività del soggetto umano. Se non che «il senso comune considera l'attività del soggetto estraniandosi dal molteplice» in due modi diversi, secondo «due “punti di vista” correlativi e conseguenti al diadismo della identità e della differenza». Nel primo modo il “molteplice” rimane «inalterato nella sua oggettività comunque e sempre parzialmente determinata: “permanenza”, quindi, come identità»⁹⁸, ed è la *considerazione teoretica*. Nell'altro modo, invece, il “molteplice” si presenta «modificato, per opera del soggetto – “variazione”, ossia differenza»⁹⁹; ed è la *considerazione pratica*.

Poiché «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 nidificata in alcuni suoi elementi, e perciò parzialmente conservata in altri elementi della seconda»¹⁰⁰, al fine di non porre il “comportamento umano” sullo stesso piano di un “avvenimento”, «il cui punto di partenza

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid.

(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».¹⁰¹

Già nel secondo capitolo del fondamentale saggio del 1936 in cui si mostra il processo di «*inversione del punto di vista psicologico empirico nel punto di vista formale*»¹⁰² Cammarata precisa la posizione dell’intelletto come operatore della distinzione tra le variazioni della realtà attribuite al soggetto umano (volontà libera) e le variazioni intrinseche alla realtà stessa (natura), fermando «l’attenzione sul concetto di “condotta” come attività distinta dalla conoscenza»¹⁰³. Si tratta di «una posizione necessaria dell’intelletto ossia della rappresentazione episodica e acritica di ogni realtà come oggetto presupposto al pensiero»¹⁰⁴ che è illustrata nel modo seguente:

Nello sdoppiare (che è, in verità, uno sdoppiarsi) l’esperienza dalla riflessione sull’esperienza medesima, l’intelletto si trova obbligato ... a tener distinto il *permanere* della realtà in quanto oggetto di conoscenza, intesa come contemplazione, ossia estrinseca adeguatrice [*obiectum affectum*], dal *variare* della realtà medesima per opera del soggetto [*obiectum effectum*]. Ma, poiché l’intelletto *astrante* è obbligato, 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 *diriga* 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 qua di ogni elaborazione filosofica che la distacchi dall’attività pensante concretamente intesa, o la identifichi con questa senza residuo, è appunto quello di “*matrice delle scelte*”: 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,

¹⁰¹ Ibid., 1020, (corsivo mio).

¹⁰² Idem, *Limiti*, in *Formalismo e sapere giuridico*, 369.

¹⁰³ Ibid., 372.

¹⁰⁴ Ibid.

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 determinatasi "meccanicamente", per opera delle energie insite nella realtà stessa in quanto natura¹⁰⁵.

È proprio il variare della realtà per opera del soggetto a costituire il «mondo della storia» che non è altro dal «mondo delle alternative, senza le quali la libertà del soggetto non avrebbe senso»¹⁰⁶. Alternative 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 necessità tra il comportamento – il "mezzo" per eccellenza – e lo scopo¹⁰⁷.

La "scelta" è la "legge" dell'iniziativa del soggetto, condizionata sì dalle alternative possibili, ma "liberata" dalla scelta di uno scopo del comportamento che si rende necessario per il suo conseguimento. S'intende che il rapporto di "necessarietà" tra comportamento e scopo va ben distinto dalla "necessità" naturalistica propria «del rapporto tra "causa" ed "effetto" da cui esula *per definitionem* ogni alternatività»¹⁰⁸. Ora, «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»¹⁰⁹ perché attraverso la *libera valutazione* si determina la necessarietà del comportamento per il conseguimento dello scopo.

"Libertà necessitante", ossia "libera valutazione" delle alternative nella elezione dello scopo da conseguire (necessariamente), che Cammarata preferisce al termine "volontà", «perché questa ... costituisce – nell'ambito 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"

¹⁰⁵ Ibid., 373-374 (parentesi e penultimo corsivo miei).

¹⁰⁶ Idem, *Formalismo giuridico*, 1020.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid.

e di “esteriorità”: metafore d’indole spaziale che non possono certamente chiarire la genesi delle valutazioni del comportamento»¹¹⁰. Libertà necessitante: un postulato, questo, che costituisce la «condizione di intelligibilità», meglio ancora che il «fondamento», dei c.d. “valori”.

10.2.10. La valutazione del comportamento. La valutazione “nomotelica” e il criterio dello “scopo ortonomico”

L’iniziativa del soggetto è, dunque, regolata dalla scelta tra le alternative possibili con l’elezione di uno scopo del comportamento, rendendo quest’ultimo necessario (nel senso della necessarietà) per il conseguimento dello scopo. La scelta, effettiva e personale, del soggetto è “valutativa” «in rapporto alle alternative costituenti il problema attuale (un’attualità che è nel tempo) del soggetto che si estrania dal molteplice», conferendo «al comportamento una “necessarietà” relativa allo scopo eletto, ossia un “dover essere” intrinsecamente connesso alla realtà, come “essere” del comportamento stesso»¹¹¹.

Ora questa “necessarietà” del comportamento rispetto allo scopo, questo “dover essere”, può prescindere dalla scelta effettiva e personale del soggetto, può essere frutto di «una scelta, diversa, ... dalla scelta effettiva», così che «una legge possa assurgere a criterio di valutazione di comportamento». E la diversità di tale scelta risulta dal fatto che essa

non interviene per risolvere l’individualissimo problema attuale di un soggetto, e può, quindi, esser compiuta da chicchessia, sì che potrebbe dirsi “impersonale”, e assieme, 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”, per ciò, si afferma in un “si doveva” o in un “si dovrà”¹¹².

Ora, poiché la scelta è preferenza ed esclusione di alternative («se una scelta senza alternative è inconcepibile»), occorre ricercare in qual senso «si può parlare di “alternatività” in riferimento alle leggi»¹¹³.

Distinta «ogni *lex humana*» in due parti, ossia in «una parte ipotizzante» ossia ne «la definizione ... esplicita o implicita, delle “circostanze”

¹¹⁰ Ibid., nota 12.

¹¹¹ Ibid., 1020.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid.

di tempo e di luogo, quali presupposti “di fatto”» (la c.d. fattispecie) e in una «parte dispositiva» collegata alla prima (la c.d. statuizione) che delinea «il modello di comportamento», poiché «in ogni comportamento si manifesta una scelta», il modello di comportamento determinato nella statuizione è «un modello di scelta tra due opposte esperibilità di comportamento, condizionate del verificarsi delle circostanze ipotizzate». Così che, «ogni fattispecie è suscettibile di almeno due – indubbiamente alternative – statuizioni»¹¹⁴, poiché la “prelazione”, in ciascuna di queste, di un modo tipico di comportarsi implica, logicamente la esclusione del modo opposto, senza obliterarne l'eventualità¹¹⁵. Né si potrebbe rinunciare a riconoscere tale alternatività «risolta programmaticamente in ogni legge», se si vuole spiegare «come possa parlarsi di «conformità» e, insieme, di «difformità»»¹¹⁶, ossia di “lecito” e “illecito”. È nella “struttura” di ogni norma, insomma, la possibilità dell'osservanza e della non osservanza.

Ma, se «la fattispecie» è «per così dire, aperta ad almeno due opposte statuizioni», ciò:

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 fattispecie¹¹⁷.

In altri termini, la “prelazione” di un modo tipico di comportamento operata dalla legge, non solo esclude il “modo opposto”, ma esclude altresì ogni altra statuizione ricollegabile alla medesima fattispecie; così che la statuizione “prelata” rivela la sua «esclusività»¹¹⁸. La statuizione “prelata” esclude ogni altra statuizione relativa alla fattispecie ipotizzata: è statuizione esclusiva. Ma – attenzione! – l'esclusività non può essere “generalizzata”, non va intesa come «esclusività» implicitamente “postulata” in un complesso di leggi comunque esistenti storicamente, e intesa, in sostanza, come sinonimo di “giuridicità positiva”, anche se «nell'appartenenza al complesso può ravvisarsi una

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Ibid., 1020-1021.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid., nota 13, *initio*.

ragione, ossia un motivo della scelta della statuizione con cui si risolve il “caso” e si schiude la via alla valutazione del comportamento»¹¹⁹.

Riassumendo: la statuizione (impersonale) della legge determina (programmaticamente) un modello di comportamento, ossia un modello di scelta tra più esperibilità di comportamento condizionata dal verificarsi delle circostanze ipotizzate (cioè dalla fattispecie). E ogni fattispecie è dunque suscettibile di più statuizioni alternative, così che «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»¹²⁰.

Ora questa scelta è *impersonale e programmatica*, e proprio 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»¹²¹. Qui l'ultimo Cammarata inserisce decisamente il momento teleologico nel giudizio sulla legalità, «perché un “dover essere” da cui esuli totalmente ogni sottinteso teleologico ... rimane privo di vero significato valutativo»¹²².

Nel saggio del 1936¹²³ si era bensì affermato che,

nel concetto della norma come norma giuridica solo in quanto criterio esclusivo di regolarità, e perciò forma necessaria della scelta ... è già implicito che il criterio che l'obbligo sia la figura di qualificazione giuridica preponderante sulle altre ... 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 della regolarità ed uniformità dei “fenomeni”, o “rapporti di fenomeni”, comprese in una legge scientifica, ma si contrappone a queste ultime come regolarità o uniformità *deontologica*. E si era perciò esplicitamente asserito che «il deontologismo ... costituisce il “senso fondamentale” della qualificazione giuridica, e, propriamente, ciò che la *solleva a “valutazione”*»¹²⁴.

¹¹⁹ Ibid., nota 13.

¹²⁰ Ibid., 1021.

¹²¹ Ibid. (corsivo mio).

¹²² Ibid., nota 15, *initio*.

¹²³ Idem, *Limiti*, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, 397.

¹²⁴ Ibid. (corsivo mio).

Se non 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*»¹²⁵.

Ora, con la scelta impersonale e programmatica (della legge):

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: perciò l'obbligo significa "necessarietà del comportamento adeguato allo scopo ortonomico": limite, questo, della variabilità degli scopi particolari del soggetto obbligato¹²⁶.

Nella visione del senso comune la legge costituisce la possibilità di scelta rispetto ad una situazione di fatto, scelta che implica l'assumere (o non assumere) come scopo del proprio comportamento l'instaurazione (o non) di quella situazione di fatto. Nella prospettiva storica, anche per il senso comune i comportamenti sono individuali e irripetibili, ma questi non sono rivolti soltanto alle possibilità che costituiscono il problema personalissimo del singolo, ma anche a quelle offerte dalla situazione di fatto. Così, mentre nella scelta effettiva non vi è distacco tra essere e dover essere, nella scelta programmatica, che è diversa dalla scelta effettiva del singolo, 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.

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

¹²⁵ Idem, *Formalismo giuridico*, 1021, nota 15, (corsivi miei).

¹²⁶ Ibid., 1021.

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. Ora, anche se quest’ultima è conforme alla scelta programmatica, essa non è mai una mera “riproduzione”, per la ineliminabile individualità o personalità della decisione. Già nel 1925¹²⁷ Cammarata aveva affermato che «questa sintesi di legge e di fine è il processo costitutivo dell’attività spirituale come attività creatrice. Sintesi che esprime compiutamente ... 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».

Così, in sintesi, «la valutazione dei comportamenti in rapporto allo scopo ortonomico, i cui termini sono la liceità e la illiceità, si può chiamare ... valutazione nomotelica»¹²⁸, ossia anche «valutazione *sub specie iuris*»¹²⁹. Precisa Teresa Serra¹³⁰ che:

il problema sul quale Cammarata si arrovela 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.

Rifiutando Cammarata, sia la “coazione”, sia l’“esteriorità” come caratteri differenziali del “diritto”, e soprattutto rigettando «la concezione del diritto come legge o volontà dello Stato»¹³¹. Egli insiste sul principio che *la norma* si risolve esclusivamente in un *criterio di qualificazione del comportamento*: «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” ... e di “illiceità” Tutto ciò è cosa nota e arcinota: pur tuttavia, bisogna partire proprio da queste

¹²⁷ Idem, *Contributi*, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, 105.

¹²⁸ Idem, *Formalismo giuridico*, 1021.

¹²⁹ Ibid., 1022.

¹³⁰ Serra, A. *Ermanno Cammarata*, 129-130.

¹³¹ Cammarata, *Contributi*, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, 29 ss.

elementarissime nozioni – e le si chiami pure banali – per impostare nei suoi veri termini il problema filosofico del diritto» che consiste nel rispondere alle domande: «qual è il significato intimo di questa distinzione tra facoltà e potestà ed obbligo?»¹³².

La continuità del Suo pensiero in proposito è attestata da quanto egli stesso afferma nel suo ultimo intervento pubblico:

L'osservazione ..., decisiva, del Croce, essere ogni regola o norma un elemento della situazione reale in cui l'individuo opera, epperò destinato a risolversi sempre nella sintesi sempre nuova dell'azione, quasi un pezzo di quel combustibile che si bruci alla sua fiamma – 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, la "positività" si resterà sempre sul piano di una descrittiva che può chiamarsi soltanto sociologica, non storiografico-giuridica, e meno che mai filosofica¹³³. Perciò, solo se la positività della norma «si intende come esclusività "avente per fondamento una scelta"», allora «con il criterio della scelta si è in grado di chiarire, se è vero, come mi sembra vero, che l'essenziale di ogni "caso" ... 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 legalistico¹³⁴.

10.2.11. I termini della valutazione nomotelica e la "primazia" dell'obbligo

Il comportamento è "lecito", se adeguato, coerente, in accordo con lo scopo ortonomico; *sempre* "illecito", se inadeguato, incoerente, in contrasto, secondo, cioè, una valutazione assiologica.

Ma "lecito", secondo Cammarata, non equivale a (non è sinonimo di) "permesso", «perché il "permesso" si ricollega ad un profilo psicologico della 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»¹³⁵. Ed è questo uno dei motivi (forse il principale), come

¹³² Ibid., 93.

¹³³ Condorelli, *Quaderni della Rivista "Il Politico"* 4, 87-88.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Ibid., 1022.

si vedrà, per cui per Esposito il diritto non è norma. Qui l'antiimperativismo, unitamente all'antipsicologismo, di Cammarata è evidente, poiché «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”)¹³⁶ e, aggiungerei: retroattività delle norme.

Il “lecito” non equivale a “permesso”, in cui «sono commisti il “margine” residuo, per così dire, 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», mentre nell’obbligo tale connessione o correlazione è manifesta.

La “primazia dell’obbligo” come figura di qualificazione giuridica ha sempre rappresentato per Cammarata la esplicazione stessa del concetto di norma giuridica, nel quale infatti «come norma giuridica solo in quanto criterio esclusivo di regolarità, e perciò forma necessaria della scelta ... 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*»¹³⁷.

Se «nella stessa nozione della liceità come adeguatezza del comportamento allo scopo ortonomico è implicita una connessione tra “possibilità” e “necessarietà”»¹³⁸, è evidente che «nell’obbligo sia la “ragion d’essere” ... della statuizione», come pure che «l’obbligatorietà del comportamento non sorga o si dissolva quando manchi o venga a mancare la possibilità “di fatto” del comportamento medesimo»¹³⁹. Ora, poiché ogni comportamento – si è detto – si risolve o nella “modificazione”

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Cammarata, *Limiti*, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, 397.

¹³⁸ Idem, *Formalismo giuridico*, 1022.

¹³⁹ Ibid.

ovvero nella "conservazione" di elementi della situazione iniziale nella situazione successiva da essa determinata in cui si riflette la distinzione tra obblighi "commissivi" (o "positivi") e obblighi "emissivi" (o "negativi"), cioè "divieti", questi «due lati del comportamento» sono bensì «*separati* dalla statuizione nella commissività e nella emissività del comportamento obbligatorio, ma *non radicalmente*, perché l'obbligo commissivo ... può presentare una implicazione negativa, come obbligo di non porre in essere una situazione che renda inespugnabile il comportamento conforme al primo»¹⁴⁰.

Anche nell'obbligo positivo cioè è implicito un divieto. Poiché, inoltre, l'obbligo (positivo o negativo) «non può essere, rispettivamente, "eseguito" ("adempito") ed "osservato" senza un comportamento effettivo, ossia, senza una scelta effettiva», ciò implica sia «la possibilità, per il soggetto obbligato, di conseguire uno scopo proprio nella situazione corrispondente allo scopo ortonomico», sia «la possibilità di adeguare il proprio comportamento allo scopo ortonomico in modi diversi»¹⁴¹. E infatti nell'obbligo negativo (nel divieto),

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 emissivo ... e tale "polivalenza" finisce spesso col ... far passare inosservata l'osservanza dei singoli obblighi»¹⁴². Nell'obbligo positivo, poi, «la possibilità di eseguire l'obbligo commissivo in modi diversi adeguati allo scopo ortonomico» è dimostrata dai «cosiddetti poteri discrezionali di cui parlano i giuristi, in cui è l'esempio addirittura macroscopico di tale possibilità»¹⁴³.

La connessione tra "possibilità" e "necessarietà" nella "valutazione nomotelica" («ossia in termini di "liceità" ed "illiceità del comportamento"»):¹⁴⁴ si presenta così sotto questi due profili: la possibilità per il soggetto obbligato di conseguire uno scopo proprio nell'osservanza dello scopo ortonomico; e la possibilità di osservare quest'ultimo in modi diversi.

¹⁴⁰ Ibid. (corsivi miei).

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid., 1023.

Quando poi la «“possibilità”, determinata in una statuizione, di conseguire uno scopo proprio nella situazione corrispondente allo scopo ortonomico» è «attribuita, implicitamente o esplicitamente, ad un soggetto diverso dall’obbligato» si rivela, secondo Cammarata, la “nota” essenziale del “diritto soggettivo”». Si tratterebbe cioè di una

possibilità che non è connessa, ma semplicemente “correlata” *ab estrinseco* alla “necessarietà” costituita dall’obbligo altrui. Una correlazione sempre eventuale, anche se frequentissima, ma non immancabile [si pensi agli obblighi ai quali non siano “correlati” corrispondenti diritti], né tale che l’estinguersi del “diritto soggettivo” [inteso come comportamento rivolto a conseguire uno scopo] involga *eo ipso* l’estinguersi dell’obbligo, mentre, invece, l’estinguersi dell’obbligo correlativo implica l’estinguersi del “diritto soggettivo”¹⁴⁵.

Così,

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 suscumbibile a rigore nel predicato della “liceità”, salvo che il comportamento in parola si verifichi nelle stesse circostanze ipotizzate per il sorgere di un obbligo emissivo e venga considerato come osservanza di questo¹⁴⁶.

Per es. nel diritto di proprietà l’azione di rivendicazione può essere considerata propriamente come “lecita”, perché esercitata nelle stesse circostanze ipotizzate per il sorgere del divieto di impossessarsi della cosa (ossia di omettere di alterare la situazione oggettiva). Spiega Serra¹⁴⁷ «si può parlare di liceità del comportamento solo quando quel comportamento si svolga in condizioni di fatto che rendano possibile l’assunzione di un comportamento illecito; solo allora si può parlare di lecito, ma di lecito nel senso di comportamento conforme all’obbligo negativo».

La valutazione nomotelica si muove tra i due termini della liceità e della illiceità come adeguatezza o inadeguatezza del comportamento allo scopo ortonomico; essa *si distingue* perciò dalla “rilevanza”

¹⁴⁵ Ibid. (parentesi mie).

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Serra, A. *Ermanno Cammarata*, 96.

del comportamento, il quale «indipendentemente dalla sua qualificabilità come lecito o illecito ... venga ipotizzato quale elemento costitutivo di fattispecie»¹⁴⁸. La nozione di "rilevanza" serve a chiarire quello che Cammarata ritiene «l'equivoco delle cosiddette leggi permissive», poiché, se «la statuizione ha la propria ragion d'essere nella determinazione dell'obbligo», appare come «un vero controsenso ... una legge che si esaurisca nel "permettere" che si assuma un certo comportamento», in quanto il "permettere" «rende equipossibile anche il comportamento opposto» a quello obbligatorio, così che «l'alternatività irrisolta esclude la concepibilità di una statuizione, e la legge, come tale, si riduce a mera parvenza»¹⁴⁹.

Tutto ciò, a meno che «la possibilità dei due opposti comportamenti ... si presenti come una situazione che non debba essere modificata, o in ogni modo come elemento di una fattispecie», involgendo cioè «la "rilevanza" dei due opposti comportamenti relativamente ad un obbligo o ad obblighi dello stesso soggetto del "permesso" o di altri»¹⁵⁰, ossia che i due comportamenti siano rilevanti in ordine ad un qualche obbligo (negativo o positivo) disposto da un'altra legge. È quanto sembra accadere agli "atti", dei quali si predica la validità o l'invalidità, che sono da considerare quali «elementi di fattispecie posti in essere dal comportamento di un soggetto per il sorgere o l'estinguersi di un obbligo proprio o altrui», "rilevanti" appunto in quanto elementi costitutivi di fattispecie, indipendentemente dalla qualificabilità del comportamento come lecito o illecito; «né la "rilevanza" o la "irrelevanza" [nullità?] di un "atto" può considerarsi come una conseguenza immediata e costante della "liceità" o "illiceità" del comportamento che l'abbia posto in essere»¹⁵¹. Così, ad es., gli atti che concorrono nel procedimento di formazione della legge non sono, di per sé, qualificabili come "leciti", pur essendo costitutivi della fattispecie "legge", alla quale "altre" leggi ricollegano obblighi (positivi o negativi) per i destinatari, ossia per i soggetti privati, per gli organi del potere esecutivo, per i giudici, e così via.

¹⁴⁸ Cammarata, *Formalismo giuridico*, 1023.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Ibid. (parentesi mia).

10.2.12. La valutazione “teleonomica” del comportamento e la relazione inversa rispetto alla valutazione “nomotelica”

Ma la valutazione nomotelica del comportamento umano non è la sola valutazione possibile. Secondo un diverso paradigma, il modo di comportarsi, secondo il senso comune, 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 pongano come indifferenti o come inattuali»¹⁵². 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»¹⁵³.

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» 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»¹⁵⁴.

Si hanno, così, 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»¹⁵⁵.

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

¹⁵² Ibid., 1023.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Ibid., 1023-1024 (corsivo mio).

«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»¹⁵⁶. 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», è cioè quella che può definirsi «“norma ortotelica”» quale «espressione in termini di “massimo” e di “minimo”, ma non in senso meramente quantitativo»¹⁵⁷. Nella legge economica, infatti,

la “scala dei bisogni” ... 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». Quando «nella comparazione tra i modi di comportarsi convenienti per il conseguimento dello scopo secondo l'ordine prescelto ... interviene anche un criterio quantitativo ... questo intervento è il *quid proprium* che distingue – come la specie dal genere – l'economica dalla teleonomica¹⁵⁸.

Quale è, dunque, la differenza tra la norma programmatica politico-economica e la norma di legge; tra la norma ortotelica e la norma impersonale e programmatica che determina lo scopo ortonomico? Quale la differenza che intercede tra la conformità del comportamento all'una e all'altra norma?

La risposta che dà Cammarata è la seguente:

L'ordinalità (o “scalarità”) sottintesa in questa norma [nella norma ortotelica] 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.

¹⁵⁶ Ibid., 1024 (corsivi miei).

¹⁵⁷ Ibid. (corsivo mio).

¹⁵⁸ Ibid., nota 16.

Qui è certamente capovolto il formalismo proprio della norma nomotelica: ma un siffatto capovolgimento non significa elisione radicale di qualsiasi formalismo: [anche] *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 diversi¹⁵⁹.

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 (schematicamente: nella nomotelica: statuizione di legge — scopo ortonomico — dover essere come obbligo; nella teleonomica: ordine di scopi — norma ortotelica — dover essere come adeguatezza o idoneità del comportamento) si ha quello che Cammarata designa come «chiasma assiologico che viene a delinearsi, così, per il senso comune, tra nomotelica e teleonomica»¹⁶⁰. 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»¹⁶¹ 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 e non prosegue in «analisi completa dei rapporti tra le due valutazioni», limitandosi ad «un confronto *ab estrinseco*»¹⁶², rilevando che «la teleonomica, col muovere dalla scelta

¹⁵⁹ Ibid., 1024 (parentesi quadre e corsivo miei).

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid., nota 17.

di un ordine in una pluralità, sia pur virtuale, di scopi, si presenta con una "corporeità" – per dirla col Vico – che può essere anche scambiata per autentica "concretezza", accentuandosi così la cosiddetta astrattezza della nomotetica, 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". 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 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»¹⁶³, presentandosi sempre – potrebbe aggiungersi – come "token" del "type" comportamentale. Nell'Intervento alla Tavola rotonda sul positivismo giuridico nel 1966¹⁶⁴ Cammarata precisava che, «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».

È importante rilevare, invece, che «le due valutazioni si presentano come due inderogabili corollari del postulato della libertà nell'ambito del senso comune» e che «nel mettere allo scoperto le radici del legalismo e dell'utilitarismo, la relatività insuperabile delle due valutazioni denuncia ancora una volta l'insostenibilità in una concezione idealista dell'Etica»¹⁶⁵. Poiché, se «i due punti di vista che presiedono alla costruzione naturalistica dei "fatti umani" qualitativamente considerati sono ... l'azione *sub lege* e l'azione *ad finem*», secondo una «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», tale dualità, però,

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Condorelli, *Quaderni della Rivista "Il Politico"*.

¹⁶⁵ Cammarata, *Formalismo giuridico*, 1024.

«si unifica quando l'azione sia concretamente intesa, perché questa ... ha in sé una legge che è legge di un fine e un fine che è fine di una legge»¹⁶⁶. In breve:

*L'azione, speculativamente intesa, è sintesi, ossia relazione assoluta, di legge e fine; la considerazione naturalistica, rompendo questa sintesi, ne prospetta i 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*¹⁶⁷.

Spiega molto bene, nella sua recensione ai *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*¹⁶⁸ Tullio Ascarelli:

Il Cammarata deduce gnoseologicamente il giudizio di liceità (giuridico) dalla posizione astratta della volontà che pone come esterna a se medesima una legge; e contrappone pertanto questo giudizio (che ha così esistenza e rilevanza nel solo campo della logica dell'astratto) a quello politico ed economico nel quale ciò che è postulato, esteriorizzato, è uno scopo»; aggiungendo che «la teorizzazione del formalismo giuridico è dal Cammarata condotta con grande finezza; è, ripeto, su questo terreno che la sua opera va valutata; è su questo terreno ritengo che il maggior rigore filosofico di Cammarata costituisce un progresso sulla posizione di Kelsen cui tuttavia va riconosciuto il merito di avere come ancora nessun altro sviluppata e difesa questa posizione»¹⁶⁹.

Questa spiegazione della «genesì del formalismo assiologico nel senso comune» consente forse di raffrontarla con dottrine quali, per un verso, la filosofia dei valori e, per altro verso, la logica deontica, per rilevarne «le differenze nella posizione e nella soluzione del problema»¹⁷⁰.

Ma le due valutazioni, pur nella "costruzione naturalistica" dei fatti umani, data la relatività della differenza, non possono forse essere confrontate anche *ab intrinseco*; non può davvero la valutazione teleonomica non *inserirsi* nelle molteplici valutazioni nomoteliche, data altresì la pluralità di scopi ortonomici indicati in un medesimo ordinamento giuridico?

¹⁶⁶ Idem, *Contributi*, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, 111.

¹⁶⁷ Ibid., 113, (primi tre corsivi miei).

¹⁶⁸ Idem, *Contributi ad una critica gnoseologica della Giurisprudenza*, 350.

¹⁶⁹ Ibid., 349.

¹⁷⁰ Ibid., nota 18.

In ogni caso, il contributo più importante della riflessione dell'ultimo Cammarata sta nella sottolineatura della «indissolubile connessione tra legge e libertà». Nella *Presentazione* degli Scritti di Condorelli (IX) si legge infatti 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. 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 Italia¹⁷¹.

Del resto, in relazione al problema della giustizia e del diritto naturale, Cammarata arriva veramente alla conclusione che giustizia, equità e diritto naturale sono tutti «aspetti della critica della legge, ossia di un insopprimibile – e perciò eterno – atteggiamento della coscienza umana»¹⁷². Sono le sue ultime parole scritte.

10.3. Sul pensiero di Carlo Esposito

10.3.1. Gli scritti

Ci si limita qui a ricordare e considerare gli scritti di "Filosofia del diritto e Teoria generale del diritto", che sono stati ripubblicati nel primo dei quattro volumi degli "*Scritti giuridici scelti*", inseriti tra le "Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino"¹⁷³.

¹⁷¹ Ibid. (parentesi e corsivi miei).

¹⁷² Ibid. (*Presentazione*, X).

¹⁷³ Esposito, *Scritti giuridici scelti*.

In ordine cronologico: 1. *Delitto e pena secondo Pestalozzi*, in *Studi pestalozziani*, IV, Roma 1927; 2. *Il valore dello Stato in Aristotele*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1927; 3. *Lineamenti di una dottrina del diritto*, in *Annali dell'Univ. di Camerino*, IV, 1930; e in volume: Fabriano, 1930; Padova, 1932; 4. *Appunti sulla volontà e rappresentazione nel dolo*, Milano, 1934; 5. *La conoscenza della legge nel diritto e nella morale*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1935; 6. *Intervento al Convegno di studio (1949) sul tema "Diritto naturale vigente"*, in *Quaderni di Iustitia*. I, Roma 1951; 7. *Intervento al congresso internazionale di diritto processuale civile (1950) sul tema "La tutela del (diritto di) credito nel processo esecutivo"*, in *Atti del congresso*, Padova, 1953. Infine, 8. *Il valore della vita sociale*, 1924 (scritto inedito che trae origine dalla tesi di laurea discussa nel settembre 1924 ed in seguito rielaborata dall'Autore)¹⁷⁴.

La unitarietà e la continuità del pensiero espositiano sono state variamente sottolineate; ed esse trascendono la stessa distinzione tra la produzione scientifica filosofico-giuridica e quella, più ampia, costituzionalistica, anteriore e successiva all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

Come notava Livio Paladin, all'inizio della sua relazione su "Le fonti del diritto" nel Convegno nazionale su "Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito"¹⁷⁵, «il dato che più mi ha colpito, nel rileggere questo vasto insieme di densissime pagine, è rappresentato dalla forte e ben percepibile continuità del pensiero espositiano: continuità che scavalca la caduta del fascismo e l'entrata in vigore della Costituzione del '47, collegando quasi senza soluzione gli scritti degli anni '30 a quelli degli anni '50 e '60 Ed è sufficiente ripercorrere alcune delle tante linee di ragionamento allora seguite, e delle soluzioni conseguentemente prospettate, per accorgersi con immediatezza della loro permanente attualità (o, quanto meno, della loro attitudine a proiettarsi ben oltre il tempo in cui vennero proposte)¹⁷⁶. Io stesso, nel corso del medesimo convegno, rilevavo che «Esposito fu senza dubbio un autore coerente e non è dato riscontrare significative fratture tra le Sua produzione filosofico-giuridica, teorico-generale, dogmatica e persino esegetica», ed aggiungevo che «è vero invece che il giurista positivo è estremamente

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Paladin, *Le fonti del diritto*.

¹⁷⁶ Esposito, "Le fonti del diritto." In *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, 42.

debitore nei confronti del filosofo e del teorico (basti pensare soltanto all'importanza centrale che ha avuto in tutti i suoi studi il ricorso al concetto del "diritto vivente")»¹⁷⁷. Successivamente, nella *Presentazione degli "Scritti giuridici scelti" di Carlo Esposito*¹⁷⁸, già ricordati, ho tentato di individuare le caratteristiche essenziali del pensiero espositiano nel «carattere unitario e quindi nella visione unitaria del fenomeno giuridico», nel «costante riferimento al diritto positivo», e nel «realismo», e di saggiarne le relazioni e le implicazioni reciproche.

10.3.2. Unitarietà metodica, positivismo, realismo. Il trinomio che caratterizza il pensiero espositiano è costituito dall'unitarietà del metodo, dal positivismo e dal realismo

Ora, se la coerenza del Suo pensiero non consente di separare le sue opere più schiettamente filosofiche da quelle teoretiche e da quelle dogmatico-positive, occorre pure stabilire in qual senso è possibile unificare e in qual senso è possibile, invece, distinguere. A mio avviso, l'unificazione è possibile sul piano del metodo: la distinzione sul piano dei contenuti e degli intenti. Unità e coerenza di metodo. Sotto questo riguardo è impossibile procedere a suddivisioni, distinzioni, periodizzazioni dell'opera espositiana.

Si prenda quella che può con considerarsi la grande fase – che si estende per più di un trentennio (1932-1964) – propriamente giuspubblicistica dell'opera espositiana. Essa è unitariamente caratterizzata, com'è stato ben posto in evidenza sia da Mortati¹⁷⁹ sia da Crisafulli¹⁸⁰, dalla «visione unitaria dei temi del diritto costituzionale», «dalla comprensione dei fenomeni costituzionalistici in ogni loro momento ed espressione e, quindi, anche di quelli che non risultano dall'interpretazione sistematica dei testi di legge, ma emergono dalla realtà dei fatti», in sostanza da una «ispirazione realistica» che pure «non vuole contraddire al rigore del ragionamento dommatico» – e rispettivamente – dall'obiettivo di «guardare alla sostanza dei concetti e alle loro implicazioni pratiche, ed insomma alla vivente realtà del fenomeno giuridico».

¹⁷⁷ Modugno, "Il pensiero filosofico-giuridico." Ibid., 4.

¹⁷⁸ Esposito, *Scritti giuridici scelti in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 30, 813 ss.

¹⁷⁹ Esposito, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 981.

¹⁸⁰ *Presentazione degli Studi in memoria di Carlo Esposito*, I. Padova: Cedam, 1972, VIII s.; "In memoria di Carlo Esposito", in *Giur. cost.*, (1971), IX.

In altri termini, «Esposito, malgrado qualche superficiale apparenza, fu tutt'altro che un 'formalista': al contrario, uno dei motivi che incessantemente e con maggiore insistenza ritornano nei Suoi scritti, antichi e recenti, è quello della intrinseca, inarrestabile *spontaneità* del fenomeno giuridico»¹⁸¹, risultato questo, come diceva Egli stesso, della «attitudine degli uomini a creare, come le opere di arte e di scienza che trascendono l'atto o l'attimo di loro creazione, così anche norme di diritto che vigono oltre l'atto di loro imposizione»¹⁸².

È possibile, invece, procedere ad una distinzione specie con riferimento alle opere di quella che può considerarsi la «breve, ma intensa fase di indagini e di contributi nel campo della filosofia del diritto»¹⁸³ che ha preceduto la produzione giuspubblicistica, teoretica, dogmatica, esegetica?

Non evidentemente, si diceva, sul piano del metodo, rimasto lo stesso, immutabilmente, nel corso di tutta la sua attività scientifica. A fronte di un testo mai letto in precedenza o comunque non identificato, non è difficile riconoscerlo come Suo, perfino per le caratteristiche esteriori dell'argomentare: predilezione per l'informazione completa e minuziosamente ricca di ogni anche minimo elemento ritenuto utile alla conoscenza del fenomeno oggetto di indagine; analisi approfondita e valutativa dei dati, dei testi sia legislativi sia letterari; mai rinuncia alla sintesi, alla luce del pensiero unitario di un complesso normativo o di un autore; metodo che mette capo all'accettazione e alla difesa di un convincimento che «anche per poco», come ricordava Jemolo¹⁸⁴, è preferibile – qualche volta, nei casi meno felici, anche solo per il maggior numero di argomenti – ad un altro con esso incompatibile. Spiccatissima era la Sua capacità deduttiva, per cui ciò che, in definitiva, più lo interessava, come soleva ripetere, erano «le teorie, per quel che oggettivamente potevano significare – come altrettanti 'dati' ... con cui pure occorre fare i conti – piuttosto che le etichette sotto cui vengono di solito incasellate o i nomi di coloro che le avevano (o le avevano per primi...) proposte o formulate»¹⁸⁵. Straordinaria, in tal senso, era la Sua arte «di collocarsi *dal punto di vista dell'altro*: all'interno, cioè, delle più

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Esposito, *Consuetudine costituzionale*, 468, nota.

¹⁸³ Crisafulli, *In memoria*, IX.

¹⁸⁴ Jemolo, *Carlo Esposito*, in *Archivio giuridico*, 1964, 4.

¹⁸⁵ Crisafulli, *Presentazione*, IX.

diverse teorie, per ripercorrerne autonomamente le linee di sviluppo, verificandone le premesse al banco di prova delle estreme conseguenze cui – secondo logica – *dovevano* necessariamente condurre»¹⁸⁶.

Il metodo è rimasto invariato nel tempo e nell'applicazione agli oggetti e ai temi trattati pur tanto diversi tra loro; è rimasto unitario pur nella vera o presunta eterogeneità delle scienze coltivate. Ed allora, tenendo conto di almeno tre punti di vista dai quali si può riguardare il fenomeno giuridico [1) che cosa sono e quali le norme giuridiche e gli oggetti da esse disciplinati: che cosa è di diritto: *quid juris?*; 2) che cosa è il diritto in quanto tale, quale la sua condizione di concepibilità, quale oggetto e criterio di giudizi di valore: *quid jus?*; 3) che cosa è *l'ordinamento* giuridico (secondo una metafora contiana: oltre gli alberi e l'alberità v'è la foresta) quale oggetto e criterio di giudizi di fatto] che si potrebbero forse rispettivamente denominare come "scienza giuridica" (o "discipline giuridiche positive"), "filosofia del diritto", "teoria generale del diritto", è molto probabile che nell'opera espositiva essi si trovino non solo presenti, ma ora congiuntivamente, ora disgiuntivamente connessi. Sono convinto che Esposito sia stato, al tempo stesso, filosofo del diritto, teorico generale, e giurista positivo e che le tre anime si siano mescolate e inestricabilmente fuse un po' in tutte le sue opere. E non poteva essere altrimenti, poiché, forse, si può essere giuristi positivi e teorici senza essere filosofi; ma non si può, essendo filosofi del diritto, non essere ricostruttori teorici ed esegeti, sia pure di un tipo e modo particolari.

10.3.3. Sugli scritti "minori" della fase filosofico-giuridica anteriori ai "Lineamenti"

I due primissimi scritti pubblicati nel 1927 sono dedicati alla concezione del delitto e della pena in Pestalozzi e, rispettivamente, al valore dello Stato in Aristotele. La scelta degli Autori non è fatta a caso. In ambi gli scritti il suo metodo è già implicitamente delineato ed applicato in modo completo e definitivo. Essi ci mostrano, non ostante la diversità degli oggetti e degli autori trattati, *un'ispirazione comune e rigorosa* che potrebbe forse racchiudersi nella formula: «Lo Stato – e il diritto statale – è bensì una realtà necessaria, indispensabile, per la realizzazione dell'individuo, del privato, ma non assorbe mai in sé questa realtà; non è fine, ma mezzo».

¹⁸⁶ Ibid.

Se questo assunto è esplicito nel lavoro sul valore dello Stato in Aristotele, esso traspare nettissimo anche da quello su Pestalozzi, in cui il rapporto tra individuo e Stato è già posto in modo inequivocabile.

Nella *Nota critica* che chiude il saggio si legge: «In un sistema come quello di Pestalozzi l'esigenza di difendere lo stato e il diritto contro il singolo può essere avvertita e l'opera diretta a questo scopo può essere sentita come *una dolorosa necessità*, una contraddizione della vita... ma non può avere alcun valore ideale».

Si tratta di una *contraddizione insuperabile nel sistema di Pestalozzi*, e «i tentativi assolutamente inaccettabili fatti dal P. per superarla testimoniano lo stato di disagio sentito dal P. stesso, e rendono ancora più evidente la gravità della contraddizione». In realtà il presupposto sicuro nel Pestalozzi espositiano è che *solo la moralità del singolo ha valore assoluto* «e per il fatto stesso che si sostiene che *lo Stato e il diritto non hanno alcun valore proprio*, dovrebbe essere negata l'esistenza stessa del delitto come male assoluto, autonomo e diverso dall'immoralità», cosa che il P. non fa, riconoscendo la necessità di una difesa dal delitto come tale – come male assoluto, distinto della immoralità – ma questa necessità – entro il suo sistema – «può essere sentita ma non giustificata». Per *giustificarla* occorre – dice Esposito – riconoscere che *esiste un bene a cui il diritto si contrappone*, «e cioè che *il diritto, lo stato e il bene collettivo a cui il delitto si contrappone siano bene assoluto come male assoluto è il delitto*». In questo modo:

cade anche la contraddizione che sembra inerire nel fatto che contro il delinquente bisogna agire con la preoccupazione di difendere il bene comune invece che il bene proprio del delinquente, in quanto che riconosciuto il valore ideale dello stato, la forza stessa in difesa dello stato, come lo stato e l'ordinamento sociale di cui essa è estrinsecazione e modo d'essere, assume già in se stessa valore ideale ed etico.

La contraddizione tra la difesa dello Stato e del diritto e l'educazione e il miglioramento del singolo è in questo modo superata. Se già lo stesso Pestalozzi aveva sostenuto che la difesa dal delitto consiste e deve consistere nell'educazione del singolo, ora a sua volta la difesa dello stato e del diritto come tali «costituisce uno degli elementi e degli sviluppi interiori del processo di moralizzazione del singolo».

Insomma, se la difesa del diritto è già per sé un migliorare l'individuo, e se il miglioramento del singolo significa difendere lo stato

dal delitto, i due assunti *si convertono* rendendo «veramente accettabile la tesi di P. che il fine della pena deve essere il miglioramento del delinquente». In tal modo non vi può essere dubbio che il valore dello Stato non è un *a priori*, un fine in se stesso, ma appunto mezzo necessario e indispensabile per la realizzazione dell'individuo, ossia, nella specificità del diritto penale, per la sua educazione, per il suo miglioramento, per la sua moralizzazione.

Ma *il valore dello Stato come mezzo e non come fine* è l'obiettivo diretto ed esplicito dell'altra trattazione giovanile su "Il valore dello Stato in Aristotele".

In contrasto con la comune o prevalente dottrina sul valore dello Stato in Platone e in Aristotele, Esposito assume con decisione, almeno con riguardo alla interpretazione del pensiero aristotelico, una posizione di netta divergenza, ed afferma recisamente che nella dottrina di Aristotele «*lo Stato ha solo valore di mezzo*», mezzo, sia «per i bisogni materiali dei singoli», sia soprattutto «per una vita felice e bastante a se stessa», alla quale lo Stato tende in due modi: assicurando ai singoli le condizioni esteriori da cui dipende, oltre che dalla virtù, la felicità e rendendo virtuosi i singoli. Contro l'interpretazione dominante degli storici della filosofia si tratta delle «uniche giustificazioni» dello Stato, che «*danno ad esso un valore solo mediato*». Tutta la dimostrazione di Esposito (per la quale si rinvia alla mia relazione al convegno maceratese del 1991) è rivolta ad escludere che la felicità e la virtù dello Stato possa essere distinta da quella dei singoli e che comunque la virtù dello Stato sia maggiore e «più divina» di quella dei singoli, secondo la nota tesi dello Zeller.

In qual senso allora lo Stato è per natura *prima* dell'uomo singolo (come si legge in alcuni luoghi della *Politica*)? Secondo Esposito, è lo stesso Aristotele che spiega: nel senso che il tutto è prima della parte, il corpo prima del membro: non che si tratti di un grado superiore rispetto ad un grado inferiore, ma del rapporto di condizionante a condizionato: «come la mano non può esistere fuori del corpo, così l'uomo non basta a se stesso se non c'è stato»: lo Stato è condizione per l'individuo. Gli uomini, insomma, hanno soltanto bisogno dello Stato per vivere. In conclusione l'Aristotele espositiano «riconosce che lo stato è una necessità e lo giustifica», anzi lo esalta; «ma non gli attribuisce mai un valore assoluto e indipendente da quello che esso può prestare per il singolo e per la sua moralità e felicità».

L'esaltazione dello Stato è correlativa all'insufficienza e limitatezza dell'individuo poiché Aristotele aggiunge che, se l'uomo non avesse bisogno dello Stato, sarebbe un Dio. Dunque, il valore supremo è quello dell'uomo: sarebbe un Dio! Se fosse invece lo Stato ad avere valore assoluto e supremo e «se il parteciparvi fosse un elemento costitutivo della perfezione e non mezzo per essa, A. non avrebbe detto che chi può fare a meno dello Stato è un Dio».

Il senso del rapporto tra Stato e individuo – che è essenziale in qualsiasi filosofia giuridica, come in ogni possibile concezione filosofica generale – è qui già conclamato, nella scelta e nella interpretazione del pensiero aristotelico: per Esposito la primazia, il valore, è del singolo, dell'individuo; ma il singolo riesce a realizzarsi come tale – come valore – soltanto con l'ausilio indispensabile dello Stato e del diritto, il quale, nei *Lineamenti*, depurato dalla pretesa connessione con lo Stato, sarà elevato a momento essenziale ed ineliminabile della vita spirituale pur nella sua relatività ad ogni coscienza limitata.

10.3.4. Sugli scritti “minori” della fase filosofico-giuridica successivi ai “Lineamenti”

Nel 1930 Esposito pubblica i “Lineamenti di una dottrina del diritto” (di cui si parlerà più avanti) ai quali seguiranno altri due saggi, nel 1934.

Negli *“Appunti sulla volontà e rappresentazione nel dolo”*, di carattere manifestamente penalistico, Esposito difende la teoria della volontà secondo la quale il delitto doloso è quello volontario, per la ragione, «con particolare riguardo ai delitti, che una piena responsabilità per l'atto può derivare solo da una piena volizione dell'atto stesso. O, se si vuole, dalla coscienza che ciò costituisca solo una applicazione ai delitti di principi cardinali dell'etica, e più precisamente del principio che solo la esistenza di una volontà liberamente determinantesi giustifica una responsabilità personale degli uomini, e che i giudizi sulle azioni sono anzitutto giudizi sulla volontà da cui procedono le azioni».

Nel breve, ma intenso scritto su *La conoscenza della legge nel diritto e nella morale*, E. contrappone la *necessità della conoscenza* come presupposto necessario dell'obbedienza e della trasgressione della legge morale alla negazione di cotesta necessità per la legge giuridica.

La legge morale «ha in se stessa la fonte della sua validità», ossia «ha la sua origine nella coscienza stessa che regola». La distinzione «relativa ed estrinseca tra ciò che è legale e ciò che è illegale», propria

della legge storico-positiva, è costituita qui dalla distinzione «assoluta e intrinseca del bene e del male», che si determina nella sua discriminazione «nell'atto stesso del loro formarsi». È così che «il criterio illumina il cammino della vita prima che non lo giudichi».

La legge morale è regola oltre che misura (Tommaso d'Aquino), guida al fine oltre che valutazione secondo il fine, impulso ed agire, massima della nostra attività (Kant), «*lumen*»¹⁸⁷, «sole in anima», secondo la felice espressione di Alessandro di Hales; perciò, se non è sentita dalla coscienza – poiché solo in essa si forma – la legge morale non può obbligare e nessun giudizio morale è concepibile. E chiaro che tale configurazione della legge morale non può riguardare «le leggi etiche in genere (ivi comprendendo le morali e le giuridiche)», ma solo *la legge morale, al singolare*, quella che «trova il suo modo d'essere nell'animo di chi deve operare e che valutando illumina, comandando obbliga e spinge affinché si segua la via valutata positivamente».

Ma esiste in fatto una coscienza del bene e del male: una coscienza innata, propria di tutti gli uomini? È forse impossibile rispondere a questa domanda, «oggi, superata ogni forma di innatismo teoretico e pratico». Quale valore può allora conservare la tesi della legge morale, come legge intima dell'uomo, se empiricamente è incerto, se non impossibile, che la sua presenza possa essere psicologicamente verificata? Si tratta di un valore ipotetico. Tale, in fondo, è la risposta espositiva: «L'esistenza e la conoscenza della legge morale costituiscono il presupposto dell'esistenza di una coscienza umana e morale», per cui «esse debbono esistere nell'uomo perché l'attività da lui esplicata meriti la qualifica di umana e di morale (in senso lato) e possa essere valutata immorale o morale (in senso stretto)». Ed allora, come non può sussistere trasgressione involontaria ed incosciente della legge morale (poiché la sua ignoranza non rende possibile la formazione della stessa coscienza morale), così non ha alcun senso neppure la conformità inconsapevole alla legge, la c.d. moralità involontaria. L'attività umana inconsapevole della legge morale è dunque «moralmente indifferente».

Né vale opporre che sia comunque utile il ricorso alla coscienza o alla legge morale per influire su o illuminare l'azione umana; o che l'ignoranza delle leggi etiche non escluda l'immoralità delle azioni (si pensi alla tesi aristotelica secondo la quale la trasgressione delle leggi

¹⁸⁷ Salmi, CXVIII, 105.

per ignoranza meriti anzi condanna più grave, presupponendo la perdita del senso morale; o alla tesi agostiniana dell'ignoranza quale sintomo di negligenza attuale o di peccato passato; o ancora alla distinzione della Scolastica – ripresa in una famosa sentenza costituzionale – tra ignoranza non scusabile e ignoranza invincibile, ovvero non colposa, come tale scusabile). In realtà si tratta di argomenti, secondo Esposito, sorti e sviluppati in epoca di confusione tra morale e diritto, di identificazione delle conseguenze da trarre dall'ignoranza delle leggi morali e delle leggi giuridiche, cioè in epoca premoderna, di inconsapevolezza della radicale distinzione tra legge morale autonoma e leggi giuridiche eteronome: si ricercava, cioè, una soluzione mediana, valida tanto per le leggi morali – che esse siano conosciute per obbligare – quanto per le leggi giuridiche – che esse siano vigenti ed obblighino in forza della volontà del legislatore e non della loro efficacia nell'animo del sottoposto. Soluzione mediana o di compromesso che, sul piano fattuale, poteva comportare sia l'impossibilità di ignorare le leggi etiche per renderle obbligatorie, sia di qualificare come colpa o peccato, in determinate circostanze, l'ignorarle e quindi di non scusare l'ignoranza. Ma, una volta riconosciuta l'autonomia della legge morale, il suo stesso concetto presuppone la sua conoscenza e giustifica pienamente «l'affermazione che l'attività esplicata con incoscienza morale non sia né morale né contraria a morale, ma extra morale» – affermazione che è del resto conforme «al principio cardinale di ogni dottrina morale della volontarietà del bene e del male» e costituisce «perciò, essa stessa, un argomento di non lieve peso a favore della concezione autonoma della morale».

Tutt'altro discorso va condotto per il problema della conoscenza della legge giuridica, che è appunto – contrariamente alla legge morale – “esteriore” ed “eteronoma”.

Il punto di partenza è dato, nell'esperienza giuridica moderna, dal riconoscimento del principio, sancito in molti ordinamenti, che l'ignoranza della legge non scusa. Ma se in passato il tema costituiva prevalentemente oggetto di indagine filosofica, oggi – rileva Esposito – esso è diventato oggetto di indagine giuridico-positiva: «In altri tempi si distingueva tra ignoranza del diritto divino, naturale ed umano; fra ignoranza dei principi generalissimi o meno generali dell'etica; fra ignoranza vincibile o invincibile ... e si riteneva che queste distinzioni dessero la via per risolvere il problema degli effetti dell'ignoranza della legge».

Oggi invece «si distingue soprattutto l'ignoranza delle leggi che qualificano le circostanze, gli elementi o i presupposti di fatto del comportamento: l'ignoranza delle leggi penali dall'ignoranza delle leggi non penali; oppure l'ignoranza che l'atto meriterebbe pena dall'ignoranza che l'atto sia illegale, oppure immorale, oppure dannoso, oppure antisociale». Nonostante la somiglianza delle problematiche, in realtà sono profondamente mutati i motivi e lo scopo delle indagini, poiché oggi la ricerca non è rivolta a «sapere se la conoscenza del giusto e dell'ingiusto sia presupposto della giustizia o dell'ingiustizia delle nostre azioni» – che è una questione squisitamente filosofica – ma a «dare una costruzione dommatica soddisfacente del trattamento che in diritto positivo viene fatto a chi ignora la legge», ossia a precisare e, all'occorrenza, «*delimitare* il senso del principio che l'ignoranza del diritto non scusa». E, che il principio non vada inteso assolutamente, alla lettera, risulta poi da tutta una serie di ammissioni: che l'ignoranza «può essere invocata per dimostrare che essa ha causato la mancanza di un presupposto voluto dalla legge per alcuni effetti giuridici»; che l'errore di diritto non solo influisce sulla validità dei negozi, ma pure sull'esistenza dei delitti; «che la volontà delittuosa è esclusa non solo quando era ignoto... l'evento antigiuridico che si era per causare, ma anche quando erano ignote, per ignoranza di diritto, qualifiche giuridiche rilevanti degli elementi del fatto» (per es. non solo non commette furto chi per errore sull'oggetto scambia una cosa altrui con una propria, ma anche chi, per ignoranza delle regole sulla proprietà, ritiene propria una cosa altrui).

Più che sull'alternativa: obbligatorietà della legge ignorata o non obbligatorietà della legge ignorata, lo spirito animatore del dibattito non è più etico-filosofico, non è rivolto a svelare se la giustizia o l'ingiustizia delle nostre azioni presupponga la conoscenza del giusto o dell'ingiusto, ma è decisamente più limitato: a fronte di disposizioni positive che sanciscono l'inescusabilità o la parziale scusabilità delle azioni umane compiute ignorando le leggi in genere e quelle penali in specie, gli interpreti «hanno voluto ricercare se la disposizione fosse giustificata o ingiustificata, necessaria o inutile», ovvero, di fronte al silenzio del legislatore, «essi si sono trovati nella condizione di dover interpretare questo silenzio, e perciò ora si sono richiamati a principi generali del diritto, ora alla necessità, ora alla razionalità, ora alla giustizia di una soluzione». È vero che, nel ricercare tali argomenti giustificativi o non giustificativi del diritto positivo, o integrativi del silenzio legislativo,

i giuristi non hanno potuto non allargare il discorso dall'ambito dell'ermeneutica positiva a quello della libera ricerca della verità del principio dell'*ignorantia legis*. Hanno però, fatalmente, attinto ad argomenti (di filosofia etica e giuridica) che quasi sempre «superavano di troppo il fine limitato propostosi» e che «avrebbero provato, *se veri*, non solo nel silenzio del legislatore, che la ignoranza del diritto scusa o non scusa, ma *avrebbero provato addirittura che, anche contro la volontà del legislatore, vale l'una o l'altra soluzione*; oppure non solo che l'una soluzione è più opportuna o giusta dell'altra, ma anche che è l'unica ammissibile». Ma, se gli argomenti provano troppo, ecco che spesso il giurista se ne avvede, e si ritrae, assume cioè un atteggiamento realistico: ricorre ad affermazioni esplicite, a parentesi chiarificatrici che ne riducono la portata, ne limitano l'efficacia in modo tale da non inficiare la diversa o contraria volontà del legislatore, riconducendone l'utilità al ruolo più limitato di semplici ausili ricostruttivi, specie in carenza di esplicite statuizioni positive, o tutt'al più di auspici per una riforma o per una migliore soluzione sul piano della politica legislativa. A questo atteggiamento realistico del giurista positivo, Esposito non nega un «elogio» convinto. È un modo di procedere che, pur contraddittorio con il carattere pervasivo e dirompente (anche nei confronti del diritto positivo, della volontà del legislatore) di siffatti argomenti, è contraddistinto da «vivo senso della realtà», ossia dalla rilevazione del fatto che «nella vita del diritto conoscenza ed ignoranza della legge costituiscono un mero oggetto di regolamentazione concreta e non un astratto presupposto positivo o negativo della validità del diritto, che sfugga perciò alla libera determinazione del legislatore», contribuendo «a rendere più ferma la tesi che tra i caratteri differenziali del diritto meriti il primo posto quello dell'eteronomia».

E si tratta dello stesso carattere che nei *Lineamenti* era stato denominato «esteriorità», per il quale il diritto, secondo la sua natura concettuale, non procede «dallo stesso soggetto valutato, ne è interiore all'oggetto stesso regolato, ma è estrinseco all'uno e all'altro; sicché chi agisce ne deve conoscerlo, ne deve lasciarsi motivare positivamente o negativamente da tale regola, perché il comportamento generatesi sia conforme o difforme a questa misura estrinseca».

In tal modo Esposito, mentre finisce per ricondurre l'«esteriorità» all'«eteronomia», se non della norma, certamente del diritto, della valutazione giuridica, rivelando forse che la contrapposizione tra i due

concetti asserita nei *Lineamenti*, era frutto della scelta di riservare la nozione di "norma" esclusivamente alla sfera della morale (la quale, peraltro, «nel senso più alto della parola» non è mai valutazione, bensì comprensione e giustificazione della realtà e che quindi lascia aperto uno spazio come unica valutazione possibile alla norma – autonoma – che deve guidare il comportamento e che l'individuo pone a sé stesso, anche movendo dalle estrinseche valutazioni giuridiche) e implicitamente riconoscendo che il *diritto è composto di norme eteronome*, esalta al tempo stesso la volontà del legislatore, identificata con il *diritto positivo*, come *limite* oltre il quale il giurista non può andare, come *discrimine* certo tra l'ambito della scienza giuridica e quello della filosofia morale o giuridica.

E a questo assunto metodico Esposito non rinuncerà mai più. Inteso il diritto positivo come «il diritto obiettivamente posto», in contrapposizione ai sistemi di diritto «che volta a volta ogni giurista può porre a se stesso: sistemi che *sarebbero* diritto, ma che veramente non sono se non idea del diritto: ideale giuridico, non diritto»¹⁸⁸ e, identificato esattamente il diritto non con la legge, ma con il sistema (per cui ogni singola legge ingiusta può essere in contraddizione con il sistema, perché ad esso non può ricondursi: si pensi anche solo al controllo di costituzionalità delle leggi), Esposito afferma che «il giudice deve esperire tutti i mezzi di cui dispone come *'giurista* in posizione attiva' per ricondurre ogni singola norma al sistema: ciò fatto, *deve* applicare la norma, e applicarla come gli risulta nella sistemazione raggiunta»¹⁸⁹. Il quesito: «fino a che punto il giudice deve osservare il diritto?» riceve allora una risposta in equivoca: «sino in fondo». «Se il giudice vuole rimanere entro l'ambito del valore-diritto, deve osservare il diritto interamente». E,

se dopo aver esperito tutti i mezzi che sono a disposizione del *giurista* nella sua opera di *riduzione a sistema* delle norme, una singola legge (ingiusta) non si lascia interamente assorbire nel sistema stesso, ma offre, fuori dal sistema, un residuo normativo ineliminabile... al giurista come tale non rimane *che accettare la norma ingiusta* e accettarla come diritto¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Esposito, *Diritto naturale vigente*, 1950-51, ora in *Scritti giuridici scelti*, 295.

¹⁸⁹ *Ibid.*, 296.

¹⁹⁰ *Ibid.*, 297.

Il giudice, o il giurista, come *uomo*, come *cittadino*, come *individuo*, si muoverà, se potrà, con l'opposizione, con la resistenza o persino con la rivoluzione. Ma, come giudice o come giurista, non potrà non applicare o accettare la norma. Diversamente, ogni uomo sarebbe legislatore: «tutti *siamo* legislatori (cioè *nessuno* è legislatore)».

La "norma" appunto, o meglio la "regola", la "disposizione" dei *Lineamenti*, che rappresenta il modo necessario, sia pure estrinseco, in cui il diritto (il "sistema") si esprime e si manifesta, ma che può tradursi nella "norma" – autonoma – che l'individuo pone a sé stesso, come guida, dovere, impulso ad agire, operosa nell'animo di chi deve operare.

10.3.5. Sui "Lineamenti di una dottrina del diritto"

All'analitico commento della maggiore opera filosofico-giuridica di Esposito, che costituisce certamente la *summa* del Suo pensiero filosofico, ho dedicato un apposito contributo: *La dottrina del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*.¹⁹¹

Mi limito qui a ripercorrere, in rapida sintesi, quelli che mi sembrano i punti salienti.

10.3.5.1. La tesi della "esteriorità" del diritto

La tesi centrale dei *Lineamenti* è rappresentata dall'affermazione del carattere dell'esteriorità del diritto. Risalente, secondo la comune opinione, al pensiero del Tomasio, la tesi è riformulata da Esposito in modo del tutto originale, non risultando neppure aprioristicamente fondata sulla contrapposizione di morale e diritto nel senso in cui da Kant in poi questa è stata comunemente intesa. Tre punti vanno posti in evidenza:

1. «La esteriorità del diritto si oppone alla concezione normativa»¹⁹² per cui il carattere dell'esteriorità non è ascrivibile alle norme, bensì al "diritto"; e il "diritto" non è "norma".
2. La tesi dell'esteriorità come eteronomia della norma – che è sempre "autonoma" – non è condivisa, almeno nei *Lineamenti* (lo è forse nello scritto successivo su *La conoscenza della legge nel diritto e nella morale*, già esaminato).

¹⁹¹ Modugno, *La dottrina del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*.

¹⁹² *Ibid.*, 97 ss.

3. Il concetto espositiano della "morale" è completamente diverso da quello kantiano, poiché la c.d. valutazione morale si risolve in «una considerazione che per la sua imparzialità, per la sua bontà, derivante dalla possibilità di vedere il bene e l'armonia del tutto, si può dire morale nel senso più alto della parola»¹⁹³.

Sui primi due punti, occorre precisare che la tesi dell'esteriorità come eteronomia della norma (che è sempre autonoma) è respinta da Esposito, in quanto «trova il suo fondamento nella ipotesi che possa esistere una valutazione che non sia guida dell'agire, un comando che non sia dovere e impulso ad agire»¹⁹⁴. E poiché la norma è sempre "autonoma" e il diritto consta di valutazioni caratterizzate dall'"esteriorità", il diritto non può essere norma (autonoma): ossia «la tesi che il diritto sia norma» è inconciliabile «con quella che suo carattere sia la esteriorità intesa nel senso che gli obblighi giuridici provengono da una volontà esterna all'obligato (esteriorità = eteronomia del diritto)»¹⁹⁵.

Già nella mia relazione al convegno maceratese, osservavo però che:

se, invece, si assume come norma non soltanto quella valutazione che nel momento del divenire dell'attività della persona e del suo attuarsi si presenta come comando inderogabile, come dovere assoluto, come guida ed impulso ad agire per l'attuazione del bene, ossia come norma autonoma, come norma morale nel senso più alto della parola, ma si assume come norma *anche* la valutazione che una coscienza limitata rivolge ai suoi atti passati o agli atti compiuti da altri [come esplicitamente riconosce Esposito], allora non vi è più motivo per escludere perentoriamente che il diritto, in quanto appunto valutazione, si esprima in norme dell'agire, non diversamente da qualsiasi altra norma di condotta o della pratica. Ma allora rispunta il carattere eteronomo di questo tipo di norme, nel duplice senso della contrapposizione tra chi pone la valutazione e chi la riceve, ossia tra due persone, ovvero, all'interno della stessa persona, tra la facoltà del soggetto che valuta attualmente e la facoltà del medesimo che viene valutato in quanto si è esplicata in atti compiuti, insomma tra una ragione legislatrice e un volere, o meglio un voluto, ad essa sottoposto, tra una coscienza in atto e una coscienza empirica sottoposta alla prima¹⁹⁶.

¹⁹³ Ibid., 166-167; 193-194)

¹⁹⁴ Ibid., 22.

¹⁹⁵ Ibid., 97.

¹⁹⁶ Ibid., 31.

In altre parole, si può ammettere che le valutazioni “esteriori” del diritto possano anche tradursi in altrettanti imperativi per l’attività futura degli individui, i comandi tradursi in veri e propri obblighi, ovvero l’imperativo dell’io presente rivolgersi all’io futuro. In questo modo le valutazioni “esteriori” del diritto possono ben presentarsi come norme “eteronome”, ma che si interiorizzano, traducendosi in “guida dell’agire”, in “dovere ed impulso ad agire”.

D’altra parte, nessuno dei risultati raggiunti da Esposito sembra compromesso da questo modo di vedere e particolarmente la rivalutazione dell’esteriorità del diritto di contro all’interiorità della morale.

Una valutazione concepita come *limitata, esterna ed eteronoma*, come Esposito la concepisce, ma *interiorizzata* dal soggetto nel concreto della sua azione, mi sembra perfettamente compatibile con la funzione permissiva del diritto, con quella coercitiva, con la pluralità degli ordinamenti e quindi con la relatività dei sistemi di valutazione, con la retroattività delle norme, ossia con tutti quei caratteri che Esposito ha riconosciuto come indiscutibilmente propri del diritto, ma come incompatibili con la concezione normativa. In particolare ne risulterebbe ancor più nitida la contrapposizione tra legge morale e valutazione giuridica, con il conseguente opposto corollario relativo alla necessità della conoscenza dell’una e alla non necessità di conoscenza dell’altra. E infatti nel successivo (e già esaminato) saggio su *La conoscenza della legge nel diritto e nella morale*, Esposito contrappone la necessità della conoscenza come presupposto necessario dell’obbedienza e della trasgressione della legge morale alla negazione di cotesta necessità per la legge giuridica, rivolgendo «un elogio al vivo senso della realtà» di quegli scrittori che «hanno dato pieno valore alla constatazione che nella vita del diritto conoscenza ed ignoranza della legge costituiscono un mero oggetto di regolamentazione concreta e non un astratto presupposto positivo o negativo della validità del diritto, che sfugga perciò alla libera determinazione del legislatore» e così «hanno contribuito a rendere più ferma la tesi che tra i caratteri differenziali del diritto meriti il primo posto quello della *eteronomia*»¹⁹⁷. E si tratta dello stesso carattere che nei *Lineamenti* è denominato “esteriorità” del diritto, ma *non* della norma. Come ho già detto la contrapposizione tra i due concetti, di diritto e di norma, asserita nei *Lineamenti*, è forse frutto della scelta di riservare

¹⁹⁷ Esposito, *Scritti giuridici scelti*, 285.

la nozione di "norma" esclusivamente alla sfera morale, la quale, peraltro «nel senso più alto della parola» non è mai valutazione, bensì comprensione e giustificazione della realtà (punto 3) lasciando aperto uno spazio, come unica valutazione possibile, alla norma – autonoma – che deve guidare il comportamento che l'individuo pone a sé stesso, anche muovendo dalle estrinseche valutazioni giuridiche. Non vi è implicito il riconoscimento che il *diritto è composto di norme eteronome*, che, nella terminologia dei *Lineamenti*, sono chiamate "regole" o "disposizioni"?

10.3.5.2. Il concetto di "norma" in Esposito e la confutazione della concezione normativa del diritto

I primi due capitoli dei *Lineamenti* sono dedicati alla determinazione del concetto di "norma" e, rispettivamente, alla dimostrazione della inconciliabilità della concezione normativa con la funzione permissiva del diritto, con l'attività coercitiva del diritto, con «ogni principio sulla ignoranza del diritto», con la «esteriorità del diritto».

Che cos'è "norma"? Esposito esamina in successione cinque principali teorie: norma come giudizio o valutazione; come imperativo; come guida, dovere, impulso ad agire; come intercorrente tra un momento attivo e uno passivo (eteronomia); come caratterizzata da un connesso momento sanzionatorio (coercibilità) e le sottopone a rigorosa disamina interna e talora le precisa, riconoscendo che i caratteri stabiliti dalle diverse teorie non sono tra loro incompatibili, «mostrando in pari tempo come anche quelli che credono di avere un concetto diverso e con più limitate caratteristiche finiscono implicitamente per riconoscerle tutte, perché esse si implicano reciprocamente e l'una non può esistere senza l'altra»¹⁹⁸. Esse sono complementari, ma anche incomplete. Oggi si direbbe che la norma è performativa, ma al tempo stesso prescrittiva.

È interessante notare che nel 1° capitolo, rivolto a precisare quali sono le caratteristiche essenziali del concetto di norma, Esposito compie un'analisi del linguaggio degli scrittori che hanno cercato di porre in luce ora l'uno ora l'altro aspetto della norma, disgiuntivamente; delinea una metateoria – non meramente critica, bensì costruttiva – sulle varie teorie della norma, congiuntivamente, per poi stabilire se

¹⁹⁸ Ibid., 12.

la «norma» in tal modo connotata – per come comunemente la si intende – possa qualificare il concetto del «diritto». Una metateoria, dunque, non una dottrina della norma.

Se la norma è, intrinsecamente, valutazione, giudizio, comando, obbligo, guida o impulso all'agire, Esposito si domanda «se al diritto si possa attribuire ognuna delle caratteristiche della norma ... per ammettere che essa esista nel diritto»¹⁹⁹. È manifesto che Esposito intenda e prenda per “norma” la sola “norma di condotta” o di “comportamento” e non altri tipi di regole (strumentali, organizzative, tecniche, *etc.*) e, seguendo, anzi un ordine diverso, individua le «caratteristiche del diritto che si oppongono all'ammissibilità della concezione normativa, indicando di volta in volta a quale delle speciali caratteristiche della norma contrasti il carattere del diritto che viene illustrato»²⁰⁰. Anche qui Esposito delinea una metateoria sulle teorie (o dottrine) del diritto e, conseguentemente, una teoria “antinormativa” del diritto, distinta peraltro – per il modo e per gli argomenti a traverso i quali si propone – dalle varie altre teorie antinormative (come quelle istituzionalistiche, sociologiche, realistiche).

Le tre concezioni del diritto che, secondo Esposito, si possono delineare, alla stregua delle diverse “funzioni” comunemente attribuite al diritto (e complessivamente indicate nel notissimo passo di Modestino [D. I, 3, 7]: “*Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire*”), sono le seguenti:

- a) il diritto consta di comandi, divieti e permessi (e punizioni);
- b) il diritto consta di comandi ma non di permessi;
- c) il diritto consiste solo in divieti.

Esposito le rigetta tutte. L'ultima, per l'ovvia ragione, che «i divieti si risolvono in ultima analisi in un comando»²⁰¹. Oggi si direbbe che il divieto è un obbligo negativo. La seconda, ossia la concezione comunemente detta “imperativistica”, a traverso una articolata dimostrazione, che centra il cuore del problema *se il diritto sia riducibile a norma*: se si dimostra – come Esposito dimostra – che il permesso non è conseguenza o premessa del dovere, che la pretesa del singolo non si identifica con la pretesa dell'ordinamento giuridico, che il permesso non è prodotto

¹⁹⁹ Ibid., 35.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Ibid., 43.

indiretto del comando (contro la tesi di Cammarata), *l'esistenza autonoma della funzione permissiva del diritto è dimostrata, ed esclude che il diritto sia riducibile a norma*, poiché se il diritto è norma, allora è comando, obbligo, guida ad agire; ma il *diritto è anche permesso*, attribuzione di diritti, poteri, facoltà, e allora esso non può essere ridotto a norma: oltre che norma è almeno qualcosa di diverso e di più.

Ma Esposito rigetta anche la prima concezione più comprensiva, la quale potrebbe pure essere accettata, ma, proprio per questo, non è compatibile con l'assunto che il diritto sia norma. Tanto meno, poi, se vi si ricomprende la funzione coercitiva, poiché «nell'esplicare questa attività coercitiva, il diritto non si pone di fronte al singolo come norma ma come forza, non impone obblighi, ma costringe e quindi l'esistenza di questa attività non è spiegabile al lume della concezione normativa del diritto»²⁰². Ma, anche depurata dall'elemento della coercibilità, la concezione non è compatibile con la tesi che il diritto consti solo di nonne: il «giudizio di legalità male si caratterizza ... dicendo che esso consiste in una valutazione nel senso normativo della parola»²⁰³. Se di quest'ultima si è detto che «essa prende posizione di contro all'oggetto che si dichiara degno o indegno e che vuole l'uno, non vuole l'altro, comanda l'uno, divieta l'altro»²⁰⁴, il giudizio di legalità è tutt'altra cosa: «dal giudizio che un atto sia legale non discende invece che esso sia voluto e comandato: conforme al diritto è il lecito non meno del comandato, l'attività permessa non meno di quella doverosa»²⁰⁵. Insomma, «poiché il riconoscimento della legalità di un atto non importa una valutazione positiva, nel senso vero della parola, così neanche potrà dirsi che di per sé il riconoscimento della illegalità importi una valutazione negativa: in genere, che la distinzione del legale dall'illegale importi una valutazione nel senso normativo della parola»²⁰⁶. In breve: come il giudizio di illegalità non vieta l'illegale, così il giudizio di legalità non comanda il legale. Se norma è la sola norma autonoma che ciascuno pone a sé stesso nell'intimo e nel concreto dell'azione, che sia cioè «guida dell'agire», «dovere e impulso ad agire»²⁰⁷, allora è questa la ragione

²⁰² Ibid., 69.

²⁰³ Ibid., 56.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Ibid., 56-57.

²⁰⁶ Ibid., 57.

²⁰⁷ Ibid., 22.

profonda per la quale Esposito finisce per rigettare anche la concezione più comprensiva secondo la quale il diritto consiste solo nel comandare, vietare e permettere: il diritto da qualsiasi punto di vista lo si riguardi non è norma, perché non si manifesta in norme vere e proprie.

Occorre, a questo punto, tenere ben presente che il concetto di “norma” che Esposito ha assunto, non lo ha assunto per scelta propria, non perché la norma dev’essere caratterizzata in un certo modo piuttosto che in un altro, ma perché i caratteri essenziali della norma li ha ritrovati parzialmente e talora disgiuntamente prospettati dalle varie teorie o dottrine che Egli congiunge in concetto unitario privo di interne contraddizioni. In sintesi: la norma «è operosa nell’animo di chi deve operare e che in esso trova il *suo modo di essere*, e che valutando *illumina*, comandando *obbliga o spinge* affinché si segua effettivamente la via valutata positivamente»²⁰⁸. *Tali sono i caratteri essenziali della norma, tout court*, nella meta-teoria espositiana che corrisponde, significativamente, al senso in cui comunemente s’intende la norma di comportamento (al senso comune). In ipotesi essi potrebbero esserlo *anche* della norma giuridica, se e solo se quest’ultima presentasse sempre tali caratteri o momenti essenziali. Ma, per Esposito, non è così: «nessuno di questi momenti essenziali alla norma è essenziale al diritto, alla sua operosità, alla sua attuazione e alla sua trasgressione»²⁰⁹. *Le disposizioni del diritto*, in cui pure esso si articola, *non presentano necessariamente tali caratteri*. Il diritto, preso nella sua complessità e nelle sue funzioni, trascende la norma. E specifica Esposito:

né solo il fatto che si può trasgredire una disposizione giuridica non conosciuta prova che il diritto non è norma, ma anche il fatto opposto, ancora più generale, che si può porre in essere un atto conforme al diritto senza conoscere il diritto. Nell’un caso come nell’altro, il diritto esiste e vale, è attuato o trasgredito, fa seguire conseguenze alla trasgressione o all’obbedienza senza che esso abbia operato come norma, e sia stato guida per l’attività del singolo; senza che lo abbia illuminato, che gli abbia dato il senso della doverosità, senza che abbia esplicito insomma nessuna delle attività caratteristiche della norma», per cui «continuare a dire, malgrado ciò che il diritto è norma e opera come norma val quanto porsi nel più netto contrasto con la realtà delle cose»²¹⁰.

²⁰⁸ Ibid., 95 (corsivi miei).

²⁰⁹ Ibid., 95-96.

²¹⁰ Ibid., 96.

È sempre il realismo, ossia la considerazione di quel che è e non di quel che deve essere, alla base della teoria antinormativa (o meglio extranormativa) del diritto proposta da Esposito nei *Lineamenti*.

10.3.5.3. Le tre tesi fondamentali di Esposito

Se il diritto non è norma, esso è tuttavia valutazione «esteriore» o «estrinseca» dell'agire, del comportamento umano, operata «inevitabilmente» dagli uomini.

Per stabilire con esattezza il senso di tale «esteriorità» o «estrinsecità» è necessario collocare il diritto nell'ambito delle valutazioni «che si sogliono in genere qualificare come valutazioni etiche e che vengono solitamente distinte in morali e giuridiche»²¹¹. Ed ecco le tre tesi:

- I. le valutazioni comunemente ritenute morali «effettivamente sono valutazioni giuridiche, in virtù delle quali si distingue ciò che è legale da ciò che è illegale»²¹²;
- II. della morale vera e propria («che è profondamente diversa da quella che comunemente si suole qualificare come tale») «non discende una valutazione degli avvenimenti umani (o anche non umani), una loro approvazione o una loro disapprovazione, ma solamente una comprensione o una giustificazione della realtà»²¹³;
- III. la valutazione giuridica, ossia «la considerazione degli accadimenti *'sub specie iuris'*, per quanto non abbia la stessa assolutezza della considerazione morale ... ha tuttavia un grande significato nella vita umana ed è elemento essenziale della vita spirituale dell'uomo; non un fatto empirico, arbitrario ed eliminabile come invece si suole ritenere»²¹⁴.

Con queste tre tesi Esposito perviene a tre fondamentali risultati:

1. alla riconduzione non solo della c.d. morale precettistica, normativa o legalistica, ma anche di qualsiasi possibile valutazione etica, a diritto o a valutazione giuridica *tout court*, in un senso che può forse ancora rientrare nella concezione kantiana della morale;

²¹¹ Ibid., 139.

²¹² Ibid.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Ibid., 139-140.

2. alla assolutezza della considerazione morale vera e propria (che non è mai valutazione, ma neppure norma, guida del comportamento, dell'agire; ma solo imparziale contemplazione, giudizio teoretico, di pura ragione) in un senso che certamente trascende l'imperativo categorico della morale kantiana;
3. ad una concezione del diritto – e dell'etica – che non lo riduce affatto, crocianamente, ad una categoria utilitaristica od economicistica, ma che ne riconosce la necessarietà e la essenzialità – e quindi la specifica, irriducibile autonomia – nella vita dello spirito.

Se sulla prima e sulla seconda tesi può osservarsi che di ascendenza kantiana è la distinzione, tante volte ripetuta, tra *autonomia* della morale ed *eteronomia* del diritto, ossia tra l'assolutezza, universalità e concretezza della valutazione morale e la contingenza, limitatezza ed astrattezza delle valutazioni giuridiche, per cui «i contrassegni della giuridicità ... ricorrono *dovunque ci siano norme o regole di azione*, astrattamente oggettivate e contrapposte al concreto agire dei soggetti, ed insomma dovunque ci sia 'sistema regolatore' della condotta umana»²¹⁵. Solo che Esposito nega che l'autonomia della morale possa risolversi semplicemente in assolutezza, universalità e concretezza della valutazione, perché nega radicalmente che la morale sia valutazione; e nega altresì conseguentemente che vi sia un'etica assoluta universale e concreta e un'etica contingente limitata ed astratta, riducendosi qualsiasi valutazione etica a valutazione giuridica, come tale sempre contingente, limitata ed astratta. Afferma invece che l'autonomia e l'assolutezza della considerazione morale si risolve sempre in comprensione e giustificazione di ciò che si considera e mai in approvazione o disapprovazione, cioè in valutazione.

La dimostrazione della prima tesi è condotta a traverso la negazione del fondamento teistico o teoretico-razionale dell'etica; alla dimostrazione della seconda tesi sono dedicate pagine bellissime condotte sul filo dell'ipotesi:

Per una ragione assoluta che comprendesse tutte le cose insieme, e che di ogni singola azione vedesse tutte le conseguenze prossime, remote e remotissime, che vedesse le cose nella loro intima connessione, cesserebbero di avere valore ed esistenza le distinzioni tra realtà giusta e ingiusta, buona e cattiva, relative ad atti singoli e a conseguenze limitate

²¹⁵ Crisafulli, *Lezioni*, I, 17.

che singoli atti producono di contro a singoli». E «cesserebbero queste distinzioni perché esse, di tutte le conseguenze di un atto, tengono conto solo del rapporto con cui l'atto sta con la legge e perciò solo di una delle conseguenze e delle qualità dell'atto: della sua bontà e della sua malizia, della sua giustizia e della sua ingiustizia»²¹⁶.

E ancora,

Per una ragione assoluta che conoscesse la persona nella sua intimità e gli atti nel loro attuarsi, cesserebbe la possibilità di constatare disarmonie tra gli atti della stessa persona, e contraddizioni tra quello che si è, e quello che si dovrebbe essere, per il fatto stesso che l'attività della persona, colta nel suo divenire e nel suo attuarsi è colta nel momento in cui la valutazione è per lei comando, e il comando è sentito come dovere, e il dovere è guida e impulso per l'agire e per l'attuazione del bene»²¹⁷.

Ed ecco il motivo per cui solo nella dimensione di una ragione assoluta è concepibile la "norma" che per Esposito, in definitiva, è soltanto la norma morale, ma intesa in questo particolare senso.

Mi spiego. In cotesta dimensione sarebbe poi «inammissibile» anche «la contraddizione tra quello che si è e quello che si deve essere», tra l'essere e il dover essere, «perché da questo punto di vista, la persona non ha ancora attuato sé stessa, ma è sul punto di attuarsi ... ogni momento della vita è alba di vita non ancora vissuta, principio di nuova vita»²¹⁸, per cui il dover essere è, per così dire, assorbito (e si traduce continuamente) nell'essere, identificandosi con quest'ultimo. Ed allora, se *da un lato* norma è la norma morale per la persona in cui «la valutazione è per lei comando, e il comando è sentito come dovere, e il dovere è guida e impulso per l'agire e per l'attuazione del bene»; se il "dover essere" non è opposto all'essere perché è sul punto di integrarsi con questo, di divenire "essere"; *dall'altro* la valutazione, il giudizio morale si risolve (o si dissolve?) nella comprensione e giustificazione della persona o dell'oggetto della valutazione e del giudizio perché «capace di coglierlo nella sua realtà più profonda e di valutarlo secondo i principi intrinseci che ne operarono l'avvento»²¹⁹, ossia perché

²¹⁶ Ibid., 164.

²¹⁷ Ibid., 165.

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ Ibid., 166.

in possesso della calma superiorità che permetterebbe di non giudicare le azioni umane, ma solo di comprenderle e di considerare le passioni: l'odio, l'ira, l'invidia, la vanità, la pietà e gli altri sentimenti, non come vizi, ma come proprietà dipendenti dalla natura dell'uomo, con una considerazione che per la sua imparzialità, per la sua bontà, derivante dalla possibilità di vedere il bene e l'armonia del tutto, si può dire morale nel senso più alto della parola²²⁰.

Ma *questa dimensione della ragione assoluta* (e della assoluta moralità) che Esposito delinea sulla scia di pensatori come Platone, Spinoza ed Hegel, è affascinante, ma *non è dell'uomo, è impossibile per l'uomo, che è un essere limitato*. E infatti:

le contraddizioni sorgono quando, incapaci di cogliere l'intimo divenire dello spirito umano e l'unità delle cose, scindiamo l'uomo in atti separati e compiuti, e, costretti a ciò dalla nostra limitazione, separiamo i singoli accadimenti, e consideriamo gli altri uomini, gli stessi nostri atti passati e le cose non in se stessi, ma in quello che essi rappresentano per la nostra attività presente e rispetto a valutazioni, che guidano presentemente la nostra attività. Si effettua così una trasposizione di valutazioni presenti ad atti nostri passati e compiuti, e di valutazioni nostre ad atti compiuti da altri, che non è arbitraria e neanche volontaria, ma inevitabilmente postulata dalla necessità di azione nella quale ci troviamo e dalle necessità e dai presupposti dell'agire²²¹;

ossia dell'agire dell'uomo,

di un essere limitato, ma cosciente, che agisce con conoscenza del fine, delle circostanze e dell'ambiente su cui opera ...; di un *essere* che se non è pura e astratta ragione è *però razionale* e, come tale, *generalizza* inevitabilmente le *proprie valutazioni* e, così generalizzate, le applica anche alle proprie azioni passate ed alle azioni altrui, per quanto esse abbiano il solo fine di guidare la attività presente²²².

Sono questi i motivi per i quali tali valutazioni non assolute, ma inevitabili, estrinseche all'oggetto valutato, hanno «un grande significato per la vita di chi valuta e costituiscono il presupposto necessario e inevitabile della sua attività, e rappresentano la posizione che

²²⁰ Ibid., 166-167.

²²¹ Ibid., 165.

²²² Ibid., 166 (corsivi miei).

chi agisce prende coscientemente e inevitabilmente di contro alle cose e alle persone, nell'atto di agire coscientemente». Esse, insomma, «sorgono dalla limitazione del soggetto che valuta, che può ricevere bene e male dagli altri e da sé stesso»²²³.

E siamo così alla dimostrazione della terza tesi: la valutazione etico-giuridica è necessaria ed essenziale nella vita dello spirito reale e concreto.

Qui all'assolutezza della considerazione morale, che è confinata nel mondo delle ipotesi, è contrapposta la relatività ed estrinsecità delle valutazioni etico-giuridiche, che sono espressioni necessarie dello «spirito reale e concreto» dell'uomo. È il realismo filosofico di Esposito, non privo di un aspetto idealistico, che lo conduce all'affermazione della possibilità per lo spirito di «sollevarsi alla contemplazione», ma *senza poter rinunciare alla valutazione*, di porsi cioè nella «posizione più disinteressata» ammissibile, ma senza poter sottrarsi alle «necessità dell'agire». Un realismo che si potrebbe definire – non ostante l'apparente aporia dell'espressione – “idealistico”. Esso lo conduce «a confutare le opinioni che riducono il diritto e le valutazioni giuridiche a un fatto empirico sorto nel tempo e destinato a finire nel tempo» o a circoscriverlo nello spazio sociale, a ridurlo cioè «ad un'emanazione di alcuni particolari enti sociali come potrebbero essere lo stato, le comunità organizzate e via di seguito»²²⁴. Si può dire che questo “realismo idealistico” con la conseguente concezione del diritto come momento essenziale della vita dello spirito (momento valutativo) è la più anticrociana, antistatale e anti istituzionale teoria del diritto che sia dato incontrare.

La dimostrazione della tesi è svolta nelle ultime pagine dei *Lineamenti*²²⁵ a traverso una originale confutazione della concezione statale del diritto incentrata bensì sulla “relatività dei valori giuridici”, intesa però non già come «correttivo» e «limite» della “pluralità degli ordinamenti giuridici”, nel senso cioè che più ordinamenti giuridici sono concepibili sul piano teoretico, ma che poi occorra prescegliere un determinato ordinamento, un determinato punto di vista, un punto di vista dommatico dal quale «quel che unicamente conta sono le valutazioni disposte dall'ordinamento considerato: ed è ben possibile,

²²³ Ibid.

²²⁴ Ibid., 140.

²²⁵ Esposito, *Lineamenti*, 168 ss.

ed anzi frequente, che, alla stregua di quest'ultimo, fenomeni cui sia da riconoscere, in sé e per sé, natura di ordinamenti giuridici, debbano invece ritenersi irrilevanti in quanto ordinamenti o addirittura qualificarsi 'antigiuridici'»²²⁶. Per Esposito, al contrario, la relatività dei valori giuridici non costituisce un "correttivo" o un "limite" alla pluralità degli ordinamenti in quanto renderebbe possibile una qualsiasi scelta dell'ordinamento di riferimento con le sue valutazioni. Ed infatti:

*L'unica via per evitare questa possibile e pericolosa conseguenza e l'unico mezzo per dare assoluta certezza alla affermazione che le disposizioni provenienti dallo Stato costituiscono diritto, è di abbandonare la tesi, e i presupposti arbitrari della tesi, che solo il diritto dello Stato sia diritto, la cui accettazione può portare alla conseguenza, diametralmente opposta a quella desiderata, di rendere legittima una eventuale negazione che il diritto dello Stato sia diritto. Proprio il desiderio di porre fuori di dubbio la esistenza di un diritto statale, e il contenuto dello stesso diritto statale vigente impongono insomma di riconoscere che esiste un diritto indipendente dallo Stato*²²⁷.

In altri termini, data la pluralità degli ordinamenti giuridici, non basta – ed è anzi controproducente – prescegliere l'ordinamento statale come il solo giuridico, perché ciò consentirebbe e renderebbe legittima, da altro punto di vista, la scelta di un qualsiasi altro ordinamento giuridico dal quale negare la giuridicità dell'ordinamento statale. Il correttivo della relatività non è sufficiente, anzi controproducente.

Come e in qual senso è possibile evitare la conseguenza di rendere legittima una eventuale negazione che il diritto statale sia diritto, abbandonando la tesi che solo il diritto statale sia diritto? Abbandonando la tesi della statalità del diritto,

non si può quindi fare a meno di accettare la tesi, che oggi si va sempre più diffondendo, che ovunque sia istituzione o organismo sociale, ogni qual volta esista una società sorge diritto, e che non sia ammissibile società senza diritto, e che una società di ladri, pur riprovevole che essa sia, ha il suo diritto non meno di una società di uomini timorosi e rispettosi della legge dello Stato²²⁸.

²²⁶ Crisafulli, *Lezioni*. I, 43.

²²⁷ Esposito, *Lineamenti*, 188.

²²⁸ *Ibid.*, 188-189.

Da questo punto di vista, che il diritto è tanto quello statale, quanto quello di una qualsiasi organizzazione sociale, è possibile riconoscere appunto che diritto è (anche) quello statale. Proprio dal punto di vista orizzontale ed esterno – teoretico – della pluralità degli ordinamenti è possibile evitare di ricorrere necessariamente alle regole dell'uno o dell'altro per decidere se le regole dell'uno o dell'altro siano giuridicamente valide, siano cioè diritto. La giuridicità delle regole dell'uno o dell'altro è un predicato esclusivamente interno all'ordinamento di cui esse sono parti o componenti e nulla ha a che vedere con la giuridicità delle regole di altro ordinamento che hanno, a lor volta, una loro interna giuridicità. È conseguenza logica della pluralità degli ordinamenti la relatività dei valori giuridici, cioè della giuridicità delle regole di ciascun ordinamento, non quindi un "correttivo" o un "limite". Non si può insomma ricorrere all'ordinamento statale per stabilire la giuridicità delle regole di altro ordinamento; così come non si può ricorrere alle regole di quest'ultimo per stabilire la giuridicità delle regole dell'ordinamento statale, le quali, altrimenti, sarebbero prive di giuridicità se si partisse dalle regole di un ordinamento che non lo riconosca. Ed allora la giuridicità delle regole e dell'ordinamento di cui queste sono elementi, più che delle regole stesse, è predicato dell'ordinamento nel suo complesso, dal quale esse, per così dire, la ricevono con esclusivo riferimento al loro esserne parti o manifestazioni. Da esse non possono ricavarsi criteri per stabilire o per riconoscere la giuridicità delle regole di altri ordinamenti.

Dal punto di vista teoretico della pluralità degli ordinamenti giuridici, questi sono, leibnizianamente, "monadi prive di finestre". Il *prius* della giuridicità è l'istituzione, il gruppo od organismo sociale, e non le norme di cui sono manifestazione.

Se esiste una comunità qualificabile come statale, esiste certamente un diritto statale. Allo stesso modo, se esiste una comunità diversa, esiste altrettanto certamente «il suo diritto», e così via: *ubi societas ibi ius*. Ma, per Esposito, non vale la reciproca: *ubi ius ibi societas*. Come Egli stesso esplicitamente precisa: le affermazioni sulla corrispondenza tra società e diritto «non debbono essere intese nel senso limitato che il diritto può esistere solamente entro organizzazioni sociali e che, come non vi può essere società senza diritto, così per converso, non vi può essere diritto senza società. Tale tesi è inesatta perché la *considerazione giuridica* degli accadimenti non è *relativa* alla sola coscienza sociale, ma

*ad ogni coscienza limitata ed è relativa alla coscienza sociale in quanto tale coscienza è limitata e non in quanto è sociale»*²²⁹.

Anche della coscienza individuale – che è coscienza limitata – è propria la considerazione giuridica e questa può riguardare e riguarda la stessa vita dell'individuo. Nel diritto può farsi rientrare «ogni sorta di norme sociali, o addirittura qualunque specie di leggi e regole pratiche (comprese quelle che ogni individuo detta a sé medesimo per dare ordine alla propria giornata e alla propria vita, come insegnava Benedetto Croce»²³⁰. Numerosi sono i passi dei *Lineamenti* nei quali questo assunto è condiviso (v. per es. pp. 165-166). *Il diritto è prodotto della coscienza individuale* la quale esprime valutazioni rispetto alla vita, oltre che degli altri, dello stesso individuo. Quando poi «identità di vedute, unione spirituale o di fini generano società e coscienza comune sociale, con esse è posto anche inevitabilmente, giuridicamente ed immediatamente un ente il quale, per la sua limitatezza, considera uomini e accadimenti legalisticamente, giuridicamente e in quel che essi rappresentano per una coscienza limitata»; ma «non è però vero affatto che solo in questi casi sorga valutazione giuridica»²³¹. Né è altresì vero che «il diritto sia regola di organizzazione sociale, e che perciò non vi possa essere diritto che non organizzi una società»²³². La conclusione è chiarissima: «è vero invece proprio il contrario: che solo quando preesista una coscienza sociale e una società, può sorgere da essa diritto e quindi, anche in questi casi, il diritto non è un fatto empirico prodotto dal fine di organizzare una società»²³³.

Il diritto è prodotto di coscienza limitata, individuale o collettiva che sia. Ora, se è così, «il giudizio di legalità ... rappresenta per l'individuo, per lo Stato e per ogni società il modo in cui ciascuno di essi considera e giudica necessariamente e inevitabilmente l'attività degli altri uomini e delle altre organizzazioni in rapporto a valutazioni che guidano la propria attività presente»²³⁴. Da questo punto di vista, «il diritto assume carattere unitario» e lo assume «solo quando venga

²²⁹ Ibid., 189-190 (corsivi miei).

²³⁰ Crisafulli, *Lezioni*, I, 17,

²³¹ Ibid., 190.

²³² Ibid., 191.

²³³ Ibid.

²³⁴ Ibid., 191.

considerato nella vita di chi sottopone altri al diritto, e giudicando secondo un criterio estrinseco all'attività valutata, pone la distinzione tra realtà conforme e realtà difforme dalla legge»²³⁵. Assume *carattere unitario* perché espressione di *una stessa, unica, coscienza*. Una *coscienza limitata*, perché si estrinseca in valutazione e non in comprensione della realtà, ossia perché *non penetra nell'intimo* della persona giudicata, non considera interiormente e integralmente la sua vita e la sua attività e, perciò, *non può che valutare esteriormente* tale vita e tale attività, o meglio singole e astrattamente determinate manifestazioni di essa. Per questo, *il diritto non è norma per il sottoposto*, non può essere veramente norma, non guida, non dovere, non impulso ad agire, bensì giudizio di conformità-disformità dell'attività valutata rispetto al parametro di valutazione, alla legge, che è legge per chi la pone piuttosto che per chi è valutato; è *giudizio di legalità*.

Chi afferma che il diritto è norma si pone invece dal punto di vista di colui che è sottoposto al diritto, ma allora «il diritto perde il suo carattere unitario, e – apparendo ora come permesso, ora come comando, ora come coercizione, operando anche se è ignorato, con limiti nello spazio, retroattivamente nel tempo, valutando la attività umana quando si è già esteriorizzata, avendo validità anche di contro ad incapaci e via di seguito – esso apparisce qualche cosa di caotico e di inafferrabile che non si concretizza né dicendo che è comando, né dicendo che è valutazione nel senso normativo della parola, né soprattutto sostenendo che è norma»²³⁶.

Che cosa è dunque il diritto per Esposito? Il presupposto è che occorre porsi esclusivamente dal punto di vista di chi lo produce, «di chi sottopone altri al diritto»²³⁷. E solo allora esso «può caratterizzarsi come la speciale attività del nostro spirito che, applicando valori presenti ad atti passati [ma anche ad atti futuri], valutazioni ed esigenze nostre ad atti compiuti da altri ..., ci fa considerare la realtà nel suo significato per la nostra attività presente e ci fa distinguere gli atti nostri già compiuti [ma anche gli atti futuri], l'attività degli altri uomini e, a volte, gli stessi accadimenti del mondo esterno in conformi e difformi alla legge che guida la nostra attività presente»²³⁸. Può dirsi forse, in un certo senso, che, dal punto di vista di chi produce il diritto e pone la legge, questa produzione, che è momento della vita spirituale, sia norma, appunto

²³⁵ Ibid., 192.

²³⁶ Ibid., 191-192.

²³⁷ Ibid., 192.

²³⁸ Ibid., (parentesi mia, in adesione alla simile ricostruzione di Cammarata).

«legge che guida la nostra attività presente», ma, al tempo stesso, che norma non sia, perché prodotto di coscienza limitata, che sa che le valutazioni giuridiche non potranno tradursi in vere e proprie norme per il destinatario, perché restano estrinseche all'oggetto valutato, «non lo colgono nella sua intimità». La legge è forse, tutt'al più, norma per il legislatore, non per i destinatari.

10.4. Convergenza del pensiero di Esposito con quello di Cammarata?

Il diritto è dunque «un modo speciale di considerare la realtà»²³⁹, di considerarla cioè a traverso «valutazioni giuridiche estrinseche all'oggetto valutato»²⁴⁰, le quali pertanto «non sono assolute», e non lo sono, nel duplice senso che non scaturiscono da una comprensione (e giustificazione) piena e integrale dell'oggetto – ossia presentano un *deficit* nel soggetto che valuta (e non comprende) – e che non penetrano *funditus* nell'oggetto valutato, ossia presentano un *deficit* oggettivo.

In termini solo apparentemente diversi – muovendo cioè dalla comune distinzione, di ascendenza kantiana, tra norma morale, da un lato, e norma o regola pratica di condotta o di comportamento, dall'altro – si è molto insistito da altri sul fatto che le norme – qualsiasi norma che non sia la norma morale in senso kantiano – riguardate dal punto di vista giuridico, ossia come «criteri esclusivi di regolarità», vengono assunte «come schemi o modelli ai quali ragguagliare le attività e le situazioni in cui queste operano o a cui danno luogo»: la norma è insomma «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»²⁴¹.

Si tratta di posizioni molto vicine, come è confermato da chi, dopo averle accomunate a proposito del modo di intendere la «astrattezza» della norma giuridica, rileva che «in siffatto ordine di idee, svanirebbe ... *ma per tutte le norme*, il contrassegno della generalità e nella figura della norma rientrerebbero anche i precetti più strettamente individualizzati, in quanto essi pure – a rigore – astratti nel senso da ultimo precisato»²⁴².

²³⁹ Esposito, *Lineamenti*, 192.

²⁴⁰ *Ibid.*, 193.

²⁴¹ Cammarata, *Limiti*, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, 379 ss.

²⁴² Crisafulli, *Lezioni*. I, 22.

Ma Crisafulli – che qui si pone il problema della «generalità e astrattezza» della norma giuridica²⁴³ non sembra sospettare che, in questo modo, a “svanire” non sarebbe tanto il contrassegno della generalità per tutte le norme, bensì lo stesso concetto di norma giuridica, ovvero il carattere normativo del diritto (secondo appunto la concezione espositiva), oppure, in una visione non troppo distante da questa, la possibilità che la norma vada intesa come «motivo della volontà», come «un fatto insieme a molti altri», per essere intesa invece come «criterio esclusivo di regolarità» (secondo la concezione di Cammarata, il quale aggiunge significativamente: «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 juris* 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»²⁴⁴. Non si deve dimenticare però che l’“ultimo” Cammarata farà rientrare anche la considerazione teleologica nella valutazione *sub specie juris*).

Insomma, Esposito rifiuta la concezione normativa del diritto, Cammarata la ammette, *ma* intendendo per norma di condotta «la forma logica generale di un rapporto tra norma e attività pratica come regola e regolato»²⁴⁵, in essa consistendo il diritto²⁴⁶. Con la conseguenza che, per Cammarata, «norma giuridica è solo quella che, in immediato ed esclusivo riferimento ad una o più attività pratiche, viene assunta come loro *unica* regolatrice»²⁴⁷; ma – *ecco il motivo di stretta somiglianza con il pensiero espositivo* – con l’ulteriore conseguenza 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 contenuto e di diversa origine ... e che tutte le norme possano dirsi giuridiche quando vengono considerate, in relazione ad una o più attività pratiche come esclusivi criteri di regolarità – uniformità astrattamente deontologica – di questa»²⁴⁸, e ancora che «la qualificazione giuridica ... prescinde – fino a quando non venga imposto

²⁴³ Ibid., 20 ss.,

²⁴⁴ Cammarata, *Limiti*, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, 380.

²⁴⁵ Cammarata, *Il concetto del diritto*, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, 201.

²⁴⁶ Ibid., 211.

²⁴⁷ Ibid., 214.

²⁴⁸ Cammarata, *La positività*, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, 301, (primo corsivo mio).

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 psicologica in cui esso sorge.

Lo stesso concetto di "obbligatorietà", poi, non dev'essere guardato con criteri psicologici e in genere extragiuridici – se ci si vuol rendere conto dell'esperienza giuridica – bensì dell'unico significato che esso ha dal punto di vista formale, ossia nell'ambito della considerazione giuridica. Dal punto di vista formale l'obbligatorietà della norma significa semplicemente che la norma medesima è fonte di obblighi»²⁴⁹.

La concordanza tra il pensiero di Esposito e quello di Cammarata – a parte la differenza di impostatura concettuale e metodica e le conseguenti divergenze terminologiche – può apparire sorprendente. Ma non lo è affatto, se si considera che essi sorgono contemporaneamente nella comune atmosfera filosofica dell'epoca, permeata dal neoidealismo italiano e dalla concezione che del diritto e della legge (e delle leggi) professavano i suoi maggiori esponenti: Croce e Gentile, a lor volta divisi soltanto, per ciò che riguarda il diritto e le leggi, da un diverso uso di termini e di concetti.

Come ha ben precisato Vezio Crisafulli, anch'egli pienamente partecipe del pensiero dell'epoca, «la teoria delle 'leggi' (di tutte le leggi della pratica, comprese quelle individuali) come volizione di una 'classe' di azioni, quindi volizioni astratte o pseudo-volizioni, mentre la legge morale, avendo ad oggetto l'universale, non sarebbe propriamente 'legge'» (secondo la concezione crociana) è «solo apparentemente diversa» dalla tesi gentiliana,

per la quale la sola e vera 'legge' è quella morale, se appresa, però, 'nella sua attuale realtà', e perciò in quanto già non è più soltanto legge, ma in quanto 'si attua mediante la volontà attuale, che è libertà'; mentre assunta nella sua astratta oggettività ed opposizione alla libertà del soggetto, degrada a diritto, momento negativo del processo dello spirito, destinato ad essere risolto e superato nella concretezza dell'azione²⁵⁰.

²⁴⁹ Ibid., 307-308.

²⁵⁰ Crisafulli, *Lezioni*, I, 18.

Non c'è bisogno di dire come la concezione del diritto esposta nei *Lineamenti* si inquadri in tale ordine di idee e discenda anch'essa dalla risalente opposizione kantiana tra morale e diritto, *con un'accentuazione*, però, *della considerazione morale*, «nel senso più alto della parola»²⁵¹, che si risolve in «una comprensione dell'oggetto capace di coglierlo nella sua realtà più profonda e di valutarlo secondo i principi intrinseci che ne operarono l'avvento»²⁵², ossia nel «vedere il bene e l'armonia del tutto»²⁵³, e quindi non in valutazione, ma in comprensione e giustificazione. Ma l'idealismo espositiano è un idealismo realistico (non diversamente del resto da quello di Cammarata), o, se si vuole, un realismo idealistico ispirandosi soprattutto al pensiero fichtiano. Esposito riconosce che una tale comprensione e anzi,

contemplazione nella sua purezza è per noi uomini, non solo irraggiungibile, ma anche inconcepibile ed irrappresentabile, perché, eliminando la separazione delle cose e delle coscienze, e la distinzione del soggetto dall'oggetto, elimina le condizioni che appariscono necessarie all'esistenza di una qualsiasi coscienza²⁵⁴.

Perciò, *il momento pratico nel giudizio etico* (e quindi anche giuridico) è ineliminabile; e le valutazioni etiche – che si risolvono tutte in valutazioni legalistiche e giuridiche – «estrinseche all'oggetto valutato ... se non sono assolute, sono però inevitabili per la coscienza che giudica» ed hanno «un grande significato per la vita di chi valuta e costituiscono il presupposto necessario ed inevitabile della sua attività, e rappresentano la posizione che chi agisce prende inevitabilmente di contro alle cose e alle persone nell'atto di agire coscientemente»²⁵⁵. E proprio perché «sorgono dalla limitazione del soggetto che valuta sono ineliminabili dalla vita dello spirito reale e concreto»²⁵⁶.

²⁵¹ Ibid., 167, 194.

²⁵² Ibid., 166, 193.

²⁵³ Ibid., 167.

²⁵⁴ Cammarata, *Lineamenti*, 194.

²⁵⁵ Ibid., 193.

²⁵⁶ Ibid., 194.

Riferimenti bibliografici

- BOBBIO, NORBERTO. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Ed. Comunità, 1965.
- CAMMARATA, ANGELO ERMANNO. *Contributi ad una critica gnoseologica della Giurisprudenza*. Roma: F.lli Treves, 1925.
- . *Il concetto del diritto e la "pluralità degli ordinamenti giuridici"*. Catania: Giannotta, 1926.
 - . *La positività del diritto e il valore "pratico" della norma di condotta*. Roma, 1930.
 - . *Contributi ad una critica gnoseologica della Giurisprudenza*, Roma: F.lli Treves, 1925.
 - . *Sul fondamento del principio "ignorantia iuris non excusat"*. Roma, 1928, ora in *Formalismo e sapere giuridico. Studi*. Milano: Giuffrè, 1963.
 - . *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*. Tolentino: Stabilimento Tipografico "F. Filelfo", 1929.
 - . *Sulla c.d. "coattività" delle norme giuridiche* Milano: Biblioteche Popolari, 1932, ora in *Formalismo e sapere giuridico. Studi*. Milano: Giuffrè, 1963.
 - . *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*. Catania: Tip. f.lli Viaggio-Campo, 1936.
 - . *Formalismo e sapere giuridico. Studi*. Milano: Giuffrè, 1963.
 - . *Formalismo giuridico*. Milano: Giuffrè, 1968.
- CAPOGRASSI, GIUSEPPE. *Saggio sullo Stato in Opere*, I. Milano: Giuffrè, 1959.
- . *Analisi dell'esperienza comune*, in *Opere*, II. Milano: Giuffrè, 1959.
- CESARINI SFORZA, WIDAR. *Il concetto del diritto e la Giurisprudenza integrale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1913.
- CONDORELLI, ORAZIO. *Quaderni della Rivista "II Politico"*, 4 (1967).
- . *Scritti sul diritto e sullo Stato*. Milano: Giuffrè, 1970.
- CRISAFULLI, VEZIO. *Lezioni di diritto costituzionale*. Padova: Cedam, 1970.
- . *In memoria di Carlo Esposito*, IX. Milano: Giuffrè, 1971.
 - . *Presentazione degli Studi in memoria di Carlo Esposito*, I. Padova: Cedam, 1972.
- ESPOSITO, CARLO. "Consuetudine costituzionale", in *Enc. dir.*, IX. Milano, 1961.
- . "Le fonti del diritto." In *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*. Milano: Giuffrè, 1993.
 - . *Scritti giuridici scelti*. Napoli: Jovene editore, 1999.
- GENTILE, GIOVANNI. *Sistema di logica come teoria del conoscere*, II, 3 ed. Firenze: Le Lettere, 1942.
- . *Teoria generale dello spirito come atto puro*, 6 ed. Firenze: Le Lettere, 1959.
- JEMOLO, ARTURO CARLO. "Carlo Esposito", in *Arch. giur.*, vol. CLVII, fasc. 1-2 (1964).
- MODUGNO, FRANCO. *La dottrina del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*. Torino: Giappichelli, 2008.
- PALADIN, LIVIO. *Le fonti del diritto*. Univ. di Macerata, 5-6 aprile 1991.

SERRA, TERESA. A. *Ermanno Cammarata. La critica gnoseologica della giurisprudenza.*

Napoli: Esi, 1988.

SPIRITO, UGO. "Attualismo costruttore". *Giorn. crit. fil. it.*, 1 (1933).

— . *Scienza e filosofia*, 2 ed. Firenze: Sansoni, 1950.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO e VALERIA MARCENÒ. *Giustizia costituzionale.* Bologna:

Il Mulino, 2012.

11. I diritti morali e la Conferenza di Roma del 1928 per la revisione della Convenzione di Berna

Laura Moscati*

11.1. La Società delle Nazioni, Francesco Ruffini e la revisione della Convenzione di Berna

In un recente lavoro sulla protezione internazionale della proprietà intellettuale nel pensiero di Francesco Ruffini per i 150 anni della nascita¹, ho avuto occasione di consultare gli archivi dell'UNESCO, dell'Accademia Nazionale dei Lincei, del Ministero degli Affari Esteri e del Fondo Giorgio Del Vecchio che contengono materiale di grande interesse per la ricostruzione dell'attenzione internazionale ai diritti sulle opere dell'ingegno. In questi fondi, e in altri esaminati successivamente, un cospicuo numero di documenti è dedicato alla revisione della Convenzione di Berna avvenuta a Roma nel 1928², alle vicende che hanno portato al riconoscimento della tutela del diritto morale d'autore e ai giuristi coinvolti sul piano nazionale e internazionale.

In tale occasione, Francesco Ruffini, noto fautore dei diritti di libertà³, ha avuto un ruolo di grande rilevanza, anche se il suo contributo è rimasto nell'ombra e i meriti sono stati rivendicati dal regime fascista. Si legge, infatti, negli atti parlamentari che è stata:

* Dipartimento di Scienze Giuridiche, Sapienza Università di Roma.

Il presente lavoro è apparso in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44 (2015): 465-484.

¹ Moscati, "Francesco Ruffini e la tutela internazionale del diritto d'autore," 1009-1028.

² Cfr. in particolare Archives de l'Unesco, Paris. *Fonds de l'Institut International de Coopération Intellectuelle* (IICI): E.IV.22; E.IV. 32.

³ Ruffini pubblica la sua opera *Diritti di libertà* a Torino nel 1926 sostenendo l'intangibilità e l'imprescrittibilità di tali diritti. Cfr. Ruffini, *Diritti di libertà*.

opportunamente estesa in seguito a una proposta della Delegazione Italiana, l'efficacia della Convenzione di Berna anche ai diritti così detti "moralì" degli autori, indipendentemente dal diritto patrimoniale sull'opera...E non si può non dar lode al Governo fascista che viene oggi a riconoscere solennemente la personalità letteraria, scientifica ed artistica degli autori⁴.

Come è noto, e come risulta dagli atti della Conferenza di Roma⁵, da vari documenti pubblicati⁶ e ripubblicati di recente⁷, tra le numerose proposte vi fu, su spinta della delegazione italiana, quella di introdurre un articolo specifico sui diritti morali, che diventerà il famoso art. 6 bis⁸. Attraverso questo articolo è per la prima volta tutelata sul piano internazionale la componente morale o personale del diritto d'autore dopo che poche leggi nazionali, come quella italiana del 1925⁹, l'avevano introdotta.

Principale esponente della delegazione italiana è Edoardo Piola Caselli, allora nominato presidente di sezione della Corte di Cassazione, studioso della proprietà intellettuale¹⁰ e redattore dell'art. 16 relativo

⁴ Senato del Regno, Atti interni, 1 e ss.: "Approvazione della Convenzione per la protezione delle opere letterarie e artistiche, firmata a Roma, tra l'Italia e gli altri Stati, il 2 giugno 1928".

⁵ *Actes de la Conférence de Rome 7 mai-2 juin 1928*.

⁶ Si vedano in particolare Marwitz, *Die Berner Übereinkunft und die Römische Konferenz*; Raestad, *La Convention de Berne*; Plaisant e Olivier, *La Conférence de Rome*.

⁷ Cfr. Ricketson e Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights*. Per il testo delle *Resolutions of the 1928 Diplomatic Conference at Rome*, cfr. *Miscellaneous Documents relating to the Origins of the Berne Convention*, *ibid.*, app. 2, 1365.

⁸ *Actes de la Conférence de Rome*, 338.

⁹ Legge del 17 novembre 1925, n. 1950, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, n. 270, 20 novembre 1925, art. 16. Cfr. Moscati, «Le droit d'auteur en Italie,» 175-177. Il lavoro di Roghi, "Il dibattito sul diritto d'autore e la proprietà intellettuale nell'Italia fascista," 203-240 si concentra sull'autore come «un tassello fondamentale su cui poggiare la strategia di consenso» più che sulle novità introdotte nella legislazione, primo fra tutte il diritto morale. Nel volume appena apparso anche Baldwin, *The Copyright Wars. Three Centuries of Trans-Atlantic Battle*, 163-170 ritiene la posizione del fascismo strumentale, senza evidenziare che essa accoglie e sviluppa i risultati dell'elaborazione dottrinarina, legislativa e giurisprudenziale italiana ed europea tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo.

¹⁰ Autore di molte opere importanti in materia, all'epoca aveva appena riedito l'opera del 1907 *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione nel Diritto interno Italiano comparato col Diritto straniero*, sulla base della nuova legge italiana del 1925, come viene sottolineato durante i lavori della Conferenza di Roma. Cfr. *Le Droit d'auteur. Revue mensuelle du Bureau international de l'Union pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, à Berne, XLI, fasc. 5 (1928): 72.

al diritto morale della legge sopra ricordata¹¹. Nonostante i pareri favorevoli espressi sia dalla dottrina e dalla giurisprudenza sia da alcuni organismi internazionali¹², nel programma preliminare della Conferenza di Roma redatto dall'amministrazione italiana e dal Bureau di Berna, non si trova alcun accenno al diritto morale¹³, forse perché si riteneva che non richiedesse una tutela sul piano sovranazionale, ma solo su quello interno.

Risulta, invece, sempre dagli atti, che la delegazione francese aveva espresso come *Vœu I* la necessità,

que tous les pays signataires de la Convention de Berne inscrivent, le plus tôt possible, dans leurs législations respectives des dispositions formelles ayant pour objet le droit moral des auteurs sur leurs œuvres¹⁴.

Ma alla vigilia dei lavori, svoltisi all'Accademia dei Lincei¹⁵, alla presenza di 57 Paesi, 34 afferenti all'Unione di Berna e 23 no, e degli Stati Uniti che non avevano aderito alla Convenzione, la delegazione italiana, dopo aver conosciuto le proposte degli altri Paesi, «avant l'ouverture de la Conférence», ne inserisce un'ulteriore relativa alla protezione del "droit moral"¹⁶. Raymond Weiss, consigliere giuridico dell'*Institut International de la Coopération Intellectuelle*, da poco fondato

¹¹ Legge del 17 novembre 1925, n. 1950.

¹² Mi riferisco al «Rapport de M. le Dr Albert Osterrieth sur la propriété littéraire et artistique en matière de presse» e a quello della *Commission Internationale de la Coopération intellectuelle*, sottocommissione di lettere e arti del 21 luglio 1926, in Archives de l'Unesco, Paris, *Fonds IICI*, F.I.1.

¹³ *Actes de la Conférence de Rome*, 61-86.

¹⁴ *Ibid.*, 103. La posizione francese è sottolineata da Plaisant e Pichot, *La Conférence de Rome*, 26-27.

¹⁵ I lavori si svolsero tra l'8 maggio e il primo giugno 1928. Come risulta da una lettera del 14 novembre 1927 di Dino Grandi, allora sottosegretario di Stato al Ministero degli Esteri, tale richiesta fu accolta unanimemente dal Consiglio di Presidenza: Biblioteca dell'Accademia Nazionale dei Lincei e Corsiniana, *Fondo Volterra*, tit. 32, b. 1, fasc. 17.

¹⁶ *Actes de la Conférence de Rome*, 106-107. Proprio dopo la Conferenza di Roma Piola Caselli si impegna sia sul piano della politica legislativa per l'introduzione del *droit moral* nella revisione di Londra della Convenzione di Parigi del 1883 sulla proprietà industriale (cfr. la lettera di Weiss dell'11 luglio 1933, in Archives de l'Unesco, Paris, *Fonds IICI*, E.XIII.6 e l'articolo in cui denuncia che si sarebbe potuto fare di più per la tutela degli interessi personali degli autori: "Le nuove convenzioni di Londra 2 giugno 1934 per la protezione della proprietà industriale," 477-512); sia sul piano scientifico con alcuni lavori specifici: Piola Caselli, "Il diritto morale dell'inventore e le invenzioni di azienda o stabilimento," 597-615; Idem, *Intorno alla ragion d'essere del diritto morale dell'autore e del diritto morale dell'inventore*.

nell'ambito della *Commission Internationale de la Coopération intellectuelle* della Società delle Nazioni, e Ruffini risultano, così, gli artefici dell'ampliamento del programma iniziale della Conferenza di Roma per il riconoscimento internazionale dei diritti morali dell'autore:

Notre campagne en faveur du droit moral s'annonce bien. Nous avons obtenu, pendant ces dernières semaines, un certain nombre d'indications qui permettent d'espérer que ce point ne sera pas laissé en dehors des délibérations de la Conférence de révision de la Convention de Berne¹⁷.

Si trattava, come dirà lo stesso Piola Caselli¹⁸, di una ragione di opportunità politica per dare una svolta alla Conferenza che avrebbe corso il rischio di presentarsi sottotono rispetto alle aspettative dei molti anni trascorsi da quando, nel 1908 alla Conferenza di Berlino, si era deciso di fare a Roma e in tempi brevi la successiva riunione internazionale¹⁹, che le contingenze del conflitto mondiale avevano fatto slittare di venti anni. Ma si trattava anche di offrire al regime fascista l'opportunità di presentarsi come l'artefice di una svolta di grande rilevanza sul piano internazionale per la proprietà intellettuale.

11.2. La tutela internazionale dei diritti morali dell'autore

Oltre ai Paesi ricordati, infatti, era stato invitato alla Conferenza di Roma anche l'*Institut International de la Coopération intellectuelle* (IICI). Su pressione di Ruffini, saranno proprio l'IICI, il cui ruolo è oggi ricordato solo di sfuggita senza un'analisi dei lavori preparatori che offrono piena luce sul suo contributo, e la delegazione francese a proporre di inserire nel programma e a contribuire in maniera determinante alla costruzione degli aspetti personali del diritto d'autore e in particolare del diritto morale e al suo riconoscimento a livello internazionale. La ricostruzione delle vicende offre nuova luce sulla riscoperta delle

¹⁷ Archives de l'Unesco, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.22: 1 maggio 1928.

¹⁸ Cfr. *Actes de la Conférence de Rome*, 161-162.

¹⁹ Cfr. *Actes de la Conférence réunie à Berlin du 14 octobre au 14 novembre 1908*, 219-220. Si veda anche la lettera del 24 aprile 1928 del direttore Luchoire a destinatario sconosciuto, probabilmente a Piola Caselli, in Archives de l'Unesco, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.22.

radici storiche dei diritti morali che si sono sviluppati lentamente e talvolta inconsapevolmente²⁰.

Il ruolo dell'IICI è diverso da quello delle nazioni invitate appartenenti all'Unione di Berna e le fasi dei lavori preparatori che confluiscono in un'approfondita *brochure*²¹ possono essere ricostruite solo attraverso il materiale archivistico ritrovato. D'altronde, come sottolinea il direttore Luchaire al Guardasigilli Rocco²², l'IICI, una volta coinvolto, poteva offrire solo un contributo basato su un'impostazione innovativa e internazionale del diritto d'autore. L'apporto dell'IICI non è messo nel dovuto rilievo nella relazione di Piola Caselli²³ né tanto meno la parte avuta da Ruffini che si desume solo da un'indagine negli archivi ricordati.

Emerge anche dal materiale esaminato il rapporto tra Ruffini e Piola Caselli che nel 1930 fa parte, insieme a Ruffini, della sottocommissione italiana per i Diritti intellettuali e lo studio del sistema assicurativo per la tutela della proprietà scientifica²⁴, è incaricato da Rocco di assistere Ruffini alla Società delle Nazioni nella difesa della proposta italiana per la protezione della "proprietà scientifica"²⁵ e nel 1931 è nominato membro della stessa CICI²⁶. Il contributo dei due giuristi, pur animato da significative analogie sull'importanza e sul ruolo dei diritti sulle opere dell'ingegno e da una concezione simile della loro natura,

²⁰ Si veda in particolare Strömholm, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale*; Gendreau, «Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais,» 41-59; Lucas-Schloetter, *Droit moral et de la personnalité: étude de droit comparé français et allemand*, I. Sui diritti morali e la Convenzione di Berna, cfr. Ricketson e Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights*, 585-620.

²¹ IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*. Tale progetto sarà inviato a tutti i delegati prima dell'inizio dei lavori.

²² Archives de l'Unesco, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.22: lettera del 5 aprile 1928.

²³ Nonostante che Jules Destrée abbia presieduto la sottocommissione per il diritto morale (*Actes de la Conférence de Rome*, 181-182), il contributo dell'IICI è sottolineato in particolare dalla delegazione polacca (ibid., p. 199).

²⁴ Archivio Centrale dello Stato, Roma, *Archivio Piola Caselli Edoardo*, sc. 9, fasc. 17: lettera di Ruffini a Rocco del 25 marzo 1930. Anche Piola Caselli contribuisce alle discussioni sulla "proprietà scientifica": "La cosiddetta proprietà scientifica e la sua protezione pratica," 191-211. Cfr. Fusar Poli, *Centro dinamico di forze*, 212-226.

²⁵ Archivio Centrale dello Stato, Roma, *Archivio Piola Caselli Edoardo*, sc. 9, fasc. 17: verbale della seduta del 21 maggio 1930, in vista della riunione della Società delle Nazioni del luglio 1930.

²⁶ Archives de l'Unesco, Paris, *Fonds IICI*, *Correspondance*.

soprattutto in ragione dell'adesione alla teoria monista²⁷, va considerato anche in relazione alla loro posizione nei riguardi del regime fascista.

Proprio in quel periodo Alfredo Rocco aveva fatto presente al sottosegretario agli Esteri Dino Grandi che la CICI stava esaminando «il problema dell'unificazione mondiale delle leggi che proteggono le creazioni dell'ingegno e dei mezzi più adeguati per raggiungere tale altissima finalità» e che per l'eventuale nomina di un membro italiano il Paese era già rappresentato «dal Senatore Ruffini, autore del noto progetto sulla proprietà intellettuale (sic!)»²⁸.

Piola Caselli è l'ispiratore della redazione definitiva dell'art. 16 sui diritti morali della legge del 1925, che rinnova dopo vari tentativi la prima legge dell'Italia unita, e la sua posizione comincia a emergere, per diventare poi un punto di riferimento primario negli sviluppi normativi della materia²⁹. Ruffini, ben inserito sul piano internazionale, come dimostra il giudizio riportato dalla rivista *Le Droit d'auteur* organo ufficiale del Bureau di Berna³⁰, dedica gli ultimi anni della sua vita ai diritti sulle opere dell'ingegno, a dare risonanza all'estero alle novità delle legislazioni nazionali, a favorire la tutela sovranazionale di tali diritti e a sostenerne l'inserimento nella revisione a Roma della Convenzione di Berna.

È utile ricostruire gli antefatti per poi approfondire il percorso del riconoscimento internazionale dei diritti personali dell'autore e i suoi contenuti più significativi. Francesco Ruffini, pur essendosi dimesso dalla CICI, in cui era stato nominato fin dalla sua istituzione, dopo che il Governo italiano aveva voluto con insistenza la nomina

²⁷ Ancora oggi si ricorda Piola Caselli come uno dei più fervidi sostenitori della teoria monista rispetto all'attuale adesione del nostro ordinamento alla teoria dualista: cfr. Falce, *La modernizzazione del diritto d'autore*, 115-116; Auteri, "Il contenuto del diritto d'autore," 597-599.

²⁸ Cfr. la lettera del 17 gennaio 1929, in Ministero degli Affari Esteri, Archivio Storico Diplomatico, *Direzione generale Affari Società delle Nazioni, Comitato per i Diritti intellettuali*, busta 135, 49 b, fasc.4. Si tratta, in realtà, del progetto sulla "proprietà scientifica". Tale posizione è confermata pochi mesi dopo nel luglio 1929 nel rendicontare l'attività della Commissione italiana, con la significativa aggiunta "va bene all'estero" apposta vicino al nome di Ruffini: *ibid.*, busta 132, 49a, fasc. 4.

²⁹ Molto materiale, per i successivi sviluppi della materia sul piano nazionale e internazionale, è conservato in Archivio Centrale dello Stato, Roma, *Archivio Piola Caselli Edoardo*, sc. 11, fasc. 24 e riguarda anche la preparazione della legge del 1941, su cui cfr. Piola Caselli, *Codice del diritto d'autore*.

³⁰ Si ritiene, infatti, che Ruffini avesse "placée sur le plan international" la questione: *Le Droit d'auteur*, XLVI, fasc. 6 (1933):72.

del Guardasigilli Rocco, continua a lavorare fino al 1931 ai progetti relativi alla “proprietà scientifica”, come vivamente desiderato dai responsabili dell’IICI³¹. Dai rendiconti delle riunioni della sottocommissione per i diritti intellettuali della Società delle Nazioni risulta, infatti, che Ruffini partecipa attivamente ai lavori, spesso anche in qualità di presidente³². Sono proprio la sottocommissione ricordata e quella di arte e lettere, guidata da Jules Destrée, a preparare per la Conferenza di Roma «un projet de texte sur le droit moral»³³.

Ruffini approva la redazione del testo, come gli riconosce lo stesso Destrée, che presiederà anche la sottocommissione per il diritto morale nella Conferenza di Roma:

M. Destrée – scrive Raymond Weiss – m’a remis son projet de texte sur le droit moral, destiné à être proposé à la Conférence de Rome au nom de l’Institut de la Coopération intellectuelle, et auquel vous avez, m’at-il dit, donné votre assentiment³⁴.

Ma egli non fa parte né della delegazione dell’IICI³⁵ né di quella italiana designata per partecipare ai lavori di revisione della Convenzione di Berna³⁶. Dalle lettere del direttore dell’Istituto Luchaire, del responsabile giuridico Weiss, dell’internazionalista Dionisio Anzillotti e dal materiale delle riunioni delle commissioni appositamente convocate, è chiaro che il progetto predisposto dall’insigne statista belga è stato prima sottoposto al vaglio di Ruffini, che era considerato un punto di riferimento primario da quando il suo lavoro sulla “proprietà scientifica” aveva avuto un grande riscontro internazionale³⁷.

³¹ Cfr. Moscati, “Francesco Ruffini,” 1128-1129.

³² Archives de l’Unesco, Paris, *Fonds IICI*, E.V. 1.

³³ *Ibid.*, F.I.1.

³⁴ *Ibid.*, E.IV.22 lettera di Weiss a Ruffini del 18 agosto 1927.

³⁵ La delegazione era formata dal direttore Luchiare, dal responsabile giuridico Weiss e da Giuseppe Prezzolini che all’epoca lavorava per l’IICI, come risulta dalla lettera dello stesso Weiss a Gabriel Peruzzi, capo dell’informazione francese (*ibid.*, 28 aprile 1928) e dagli *Actes de la Conférence de Rome*, 139.

³⁶ Dopo alcune modifiche essa risulta così composta: presidente Scialoja, membri Piola Caselli, Morello, Amicucci, Solmi, Giannini, Barone, Vivante, Venezian, Jannoni-Sebastianini, Ghiron, Barduzzi; come esperti Cogliolo e Stolfi ed alcuni esperti aggiunti: lettera del Ministro degli Affari Esteri del 1 maggio 1928 al direttore dell’IICI, in Archives de l’Unesco, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.22. Cfr. anche *Actes de la Conférence de Rome*, 134-135.

³⁷ Ruffini, «Rapport sur la propriété scientifique soumis par M. le Sénateur F. Ruffini

e dalla pubblicazione della fortunata opera sulla protezione internazionale dei diritti sulle opere dell'ingegno³⁸, in cui aveva dato ampio spazio, tra le prospettive future, allo sviluppo dei diritti morali³⁹.

Ruffini si era rivolto proprio ad Anzillotti, che mostra uno specifico interesse per le questioni legate al diritto morale⁴⁰, dopo aver visto il programma della Conferenza di Roma.

Il a été frappé – scrive Anzillotti – du manque de certains arguments qu'il regarde comme suffisamment mûrs pour entrer désormais dans le domaine du droit international ; et il me parle en particulier du droit moral ou droit au respect. Or je crois que c'est bien un des points, voire même le principal, que l'Institut de coopération intellectuelle se propose de faire valoir à la Conférence⁴¹.

Apprendiamo anche che Ruffini spinge Anzillotti a impegnarsi perché l'argomento venga inserito nel programma della Conferenza che ritiene «très modeste». Ruffini coglie, in tal modo, «l'occasion offerte par la Conférence de Rome, pour obtenir une sanction internationale de ce droit»⁴².

Il responsabile giuridico Weiss ci offre una pagina significativa dell'impegno della Società delle Nazioni per la Conferenza di Roma⁴³ e soprattutto dello stato del riconoscimento dei diritti morali nei principali Paesi europei e dei contenuti specifici di tali diritti oggetto del lavoro della Commissione⁴⁴. Come leggiamo nelle lettere a Dionisio Anzillotti, poi nominato tra gli esperti dell'Istituto⁴⁵, lo scopo precipuo è quello di rafforzare l'unione internazionale dei diritti sulle opere

et approuvé par la Commission; Projet de convention A.38.1923.XII", poi in Idem, *Scritti giuridici minori*, 243-323.

³⁸ Ruffini, *De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques*.

³⁹ Sul rilievo specifico, cfr. Moscati, "Francesco Ruffini," 1133-1134.

⁴⁰ Ad Anzillotti era stato demandato uno studio sulle questioni riguardanti il diritto morale: cfr. la lettera di Luchaire allo stesso Anzillotti del 24 settembre 1927, in Archives de l'Unesco, Paris, *Fonds IICI*, E.I.36.

⁴¹ Lettera di Anzillotti a Weiss del 6 novembre 1927, *ibid.*

⁴² Lettera di Weiss a Anzillotti del 6 dicembre 1927, *ibid.*

⁴³ Si veda la lettera di Weiss al capo delle informazioni del Paris-Midi, che voleva scrivere un articolo sulla Conferenza di Roma, in cui sostiene che l'opinione pubblica francese deve essere ampiamente informata di un evento di tale livello: *ibid.*, 8 aprile 1928.

⁴⁴ Lettera di Weiss a Anzillotti del 6 dicembre 1927, *ibid.*

⁴⁵ Anzillotti sarà nominato nel 1926: *ibid.*, lettera al direttore Luchaire del 3 luglio.

dell'ingegno, attraverso la costruzione di un gruppo di lavoro sui maggiori problemi attinenti alla proprietà intellettuale⁴⁶.

11.3. La formazione dell'art. 6 bis

Come è noto, oggi la tutela dei diritti morali vuole garantire l'interesse dell'autore alla stima sociale della propria opera e in particolare il diritto di pubblicazione o diritto di inedito, il diritto all'integrità dell'opera, il diritto di paternità, il diritto di ritiro dell'opera dal commercio. Agli inizi del XX secolo, il principio del diritto morale era ammesso in numerose legislazioni europee, anche se talvolta non ne era definito il contenuto, soprattutto nell'analisi delle singole facoltà. Ad esempio, la Francia, seguita dal Belgio e dalla Cecoslovacchia, aveva introdotto il *droit de suite* con la legge del 1920⁴⁷; l'Italia, sempre con la Cecoslovacchia e la Polonia che presentavano normative parziali, il diritto morale con la legge del 1925, ma aveva abbandonato con la stessa legge il principio del dominio pubblico pagante, introdotto nella prima legge unitaria⁴⁸, mentre era in discussione in alcuni progetti francesi e belgi⁴⁹.

Sempre di più si tendeva a dare al diritto morale una posizione prioritaria all'interno del diritto d'autore e a proporre una regolamentazione internazionale comune attraverso la Convenzione di Berna, che ne avrebbe rafforzato ed elevato la stessa nozione anche nel diritto interno e avrebbe soprattutto evitato che i soli diritti patrimoniali fossero protetti.

La Società delle Nazioni e in particolare l'IICI⁵⁰, oltre a spostare l'attenzione dai diritti patrimoniali a quelli personali delle opere dell'ingegno, vogliono porre sul piano internazionale le questioni relative

⁴⁶ Si veda in particolare *Compte-rendu de la réunion officieuse d'experts juridiques tenue le 17 aout 1926*, *ibid.*; «*Ordre du jour de la réunion des experts juridiques fixée aux 20 et 21 Décembre 1926*,» *ibid.*

⁴⁷ "Loi du 20 mai 1920 frappant d'un droit, au profit des artistes, les ventes publiques d'objets d'art".

⁴⁸ Legge 25 giugno 1865, n. 2337, art. 9, su cui cfr. ora Moscati, "I giuristi e la tutela degli autori nell'Italia unita: tra storia e diritto," 89-107; Idem, "Tra le carte di Antonio Scialoja avvocato e legislatore dei diritti sulle opere dell'ingegno," 195-212.

⁴⁹ Archives de l'Unesco, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.21.

⁵⁰ In quest'ottica il compito svolto da un organismo internazionale come l'IICI risulta primario ed è pertanto importante mettere in relazione il progetto proposto, nell'ambito della più vasta relazione sulla revisione della Convenzione, con quello della delegazione italiana e vedere in che forma è stato modificato e inserito nella redazione definitiva.

a tali diritti che sono per la loro stessa natura indifferenti all'articolazione nazionale del territorio, come hanno mostrato le prime convenzioni bi e trinazionali del XIX secolo e soprattutto quella di Berna⁵¹. La dottrina di quel periodo, invece, si era concentrata piuttosto sull'ampliamento della tutela dei diritti patrimoniali e sulla loro parificazione con il diritto di proprietà, senza approfondire la natura dei diritti personali, a parte qualche sporadica eccezione come Sclopis e Scialoja in Italia⁵², Pardessus e Renouard in Francia e Kohler in Germania⁵³.

Con il XX secolo, una volta modificato l'approccio⁵⁴, la dottrina comincia a indagare approfonditamente la natura dei diritti legati alla persona dell'autore⁵⁵ e un protagonista insigne come Ruffini rivendica l'importanza della tutela dei diritti personali e ne propone in pieno la dimensione internazionale⁵⁶. Invece, come era avvenuto proprio in quel periodo in Francia nel noto *affaire Camoin*, l'esclusione della tutela dei diritti morali aveva comportato la pubblicazione di un'opera senza il consenso dell'autore; la Cassazione la ritenne una grave violazione del diritto morale e teorizzò la necessaria distinzione tra il supporto materiale che contiene l'opera dell'ingegno e l'opera stessa⁵⁷. Anche se i diritti morali stentavano a ricevere un'approvazione normativa⁵⁸, la giurisprudenza francese si presentava salda nelle posizioni relative al sequestro e alla tutela dell'opera non pubblicata, nel rispetto della volontà dell'autore, oggi noto come diritto di inedito.

⁵¹ Moscati, "Il caso Pomba-Tasso e l'applicazione della prima convenzione internazionale sulla proprietà intellettuale," 747-764.

⁵² Idem, *I giuristi e la tutela degli autori nell'Italia unita: tra storia e diritto*, 89-107.

⁵³ Si veda in generale, per la dottrina europea del XIX secolo, il recente volume a cura di Pfister e Mause, *La construction du droit d'auteur*.

⁵⁴ Come sottolinea Rotondi, "Per la tutela dei diritti morali dell'autore (1924)," 297-304.

⁵⁵ Mi riferisco in particolare all'opera di Massé, *Le droit moral de l'auteur sur son œuvres littéraire ou artistique*, sulla scia del pensiero di Morillot, *De la protection accordée aux œuvres d'art*.

⁵⁶ Ruffini, *De la protection internationale*.

⁵⁷ Si tratta del caso del pittore francese Charles Camoin che aveva gettato un notevole numero di tele nell'immondizia, che erano state recuperate e risistemate e poi vendute da Francis Carco, su cui cfr. *Le Droit d'auteur*, XLI, fasc. 1 (1928): 7-12 che riporta e commenta ampiamente la sentenza e le osservazioni di Raymond Weiss: Archives de l'Unesco, Paris, *Fonds IICI*, E.I.36, lettera ad Anzillotti del 6 dicembre 1927.

⁵⁸ Cfr. Pfister, "Particularismes nationaux et influences étrangères dans la construction du droit d'auteur français," 77-100.

Ciò consente all'IICI, attraverso appropriati strumenti di indagine sulla situazione dei singoli Stati⁵⁹, di sviluppare l'interesse sovranazionale e di preparare un documento per la Conferenza di Roma⁶⁰. Tale documento contiene le linee guida dei lavori che poi saranno ampliate e meglio definite in una *brochure* appositamente redatta⁶¹, approvata dagli esperti-giuristi dell'IICI e dai delegati⁶² e contribuisce «à l'œuvre d'unification du droit d'auteur»⁶³.

Nel documento propositivo sono messi in primo piano il necessario sviluppo internazionale del diritto d'autore e i risultati già raggiunti grazie alla revisione della Convenzione di Berna avvenuta a Berlino nel 1908 che ha costituito un forte stimolo verso una maggiore armonizzazione del diritto d'autore e promosso lo sviluppo delle legislazioni nazionali⁶⁴.

È, inoltre, richiesta l'uniformazione della durata dei diritti patrimoniali a 50 anni dalla morte dell'autore⁶⁵, come regola internazionale; la soppressione delle riserve nazionali alla Convenzione di Berna, che riconosce agli Stati la facoltà di ratificare solo parzialmente la Convenzione, pregiudicando le esigenze di omogeneità dell'Unione; l'assimilazione delle opere d'arte applicata alle opere d'arte propriamente dette, come ponte tra il dominio dell'arte e quello dell'industria e soprattutto l'analisi approfondita dei diritti morali e di altre tecniche di protezione legate alla persona dell'autore, come il diritto di seguito e il dominio pubblico pagante.

⁵⁹ Archives de l'Unesco, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.32.

⁶⁰ «Note sur la participation de l'Institut international de Coopération intellectuelle à la prochaine Conférence de révision de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (4/XI/27),» *ibid.*, E.IV.22.

⁶¹ IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*. Si tratta del testo sopra ricordato alla cui redazione aveva partecipato lo stesso Ruffini, che inaugura al contempo una collana, i *Cahier de la propriété intellectuelle*.

⁶² Archives de l'Unesco, Paris, *Fonds IICI*, E.I.36: lettera del direttore Luchaire del 19 agosto 1927. Si veda anche la lettera dello stesso Luchaire ai delegati del 14.4.1928, *ibid.*, E.IV.22, da cui risulta che i delegati sono convocati l'8 maggio prima dell'inizio della Conferenza.

⁶³ *Ibid.*, E.I.36, lettera del direttore Luchaire del 19 agosto 1927. Si veda anche la lettera del direttore Luchaire all'ambasciatore Giannini del 21 aprile 1928, *ibid.*, E.IV.22.

⁶⁴ Cfr. «Note sur la participation de l'Institut international de Coopération intellectuelle,» 1-2.

⁶⁵ I lavori preparatori sulla situazione dei singoli Paesi si trovano in Archives de l'Unesco, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.8.

La loro importanza era già stata evidenziata nel Congresso dell'*Association littéraire et artistique internationale* (ALAI) svoltosi a Lugano nel giugno del 1927⁶⁶, dove si era sottolineata la necessità per i Paesi segnari della Convenzione di Berna di inserire nelle legislazioni nazionali:

des dispositions formelles ayant pour objet de consacrer le droit moral des auteurs sur leurs œuvres. Il apparaît désirable que ce droit soit déclaré *inaliénable* et que les modalités en soient fixées dans chaque pays d'une manière identique⁶⁷.

In realtà, nei lavori preparatori dell'IICI per la Conferenza di Roma, e in particolare nella più approfondita *brochure*, uno spazio di rilievo più generale è offerto al "droit au respect" o "droit moral"⁶⁸, ritenuto una "fâcheuse lacune", che permette all'autore di opporsi alla pubblicazione indipendente dalla sua volontà. E si richiama anche la necessità dell'inserimento e dell'approfondimento di altre tecniche personali di protezione giuridica come il *droit de suite*⁶⁹, in cui si accorda all'autore il diritto a una percentuale sul prodotto delle vendite ulteriori delle sue opere e il dominio pubblico pagante⁷⁰. Si tratta di una sorta di credito dell'autore a un compenso a fronte dello sfruttamento altrui, dopo il periodo della tutela del diritto esclusivo, a cui si ispira l'odierno equo compenso⁷¹, sviluppatosi poi in autonomia dall'esclusiva, a seguito delle direttive comunitarie di armonizzazione⁷². Per il primo caso viene sottolineato il carattere essenzialmente extrapatrimoniale⁷³, in linea

⁶⁶ Cfr. *Le Droit d'auteur*, XL fasc. 6 (1927): 71-73; fasc. 7: 79-83.

⁶⁷ Si richiede specificamente che le proposte dell'Associazione siano sottoposte alla Conferenza di Roma: *ibid.*, 72-73.

⁶⁸ Archives de l'Unesco, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.9. Cfr. «Note sur la participation de l'Institut international de Coopération intellectuelle,» 7-8; IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*, 64 e ss.

⁶⁹ Cfr. «Note sur la participation de l'Institut international de Coopération intellectuelle,» 6; IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*, 64 e ss. Si noti che il *droit de suite* era in quel momento anche oggetto di un nuovo progetto di legge del Governo francese: Archives de l'Unesco, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.19

⁷⁰ Cfr. «Note sur la participation de l'Institut international de Coopération intellectuelle,» 6-7; IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*, 64 e ss.; Archives de l'Unesco, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.18.

⁷¹ È interessante rilevare che Piola Caselli dedica all'equo compenso un suo breve scritto: Archivio Centrale dello Stato, Roma, *Archivio Piola Caselli Edoardo*, sc. 9, fasc. 17.

⁷² Cfr. Spada, "Parte generale," 32-33.

⁷³ IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*, 64 e ss.

con il pensiero di Ruffini che è espressamente citato⁷⁴, mentre per il secondo è evidenziata la sua caratteristica di fase intermedia tra il diritto esclusivo dell'autore e il dominio pubblico⁷⁵.

L'importanza e la centralità delle tecniche personali di protezione, che rinnovano i principi della proprietà intellettuale, rientrano nella «nouvelle conception du droit d'auteur», imposta dalla dottrina degli inizi del XX secolo, che tende a disancorare il diritto d'autore dal diritto di proprietà proprio del secolo precedente e a considerarlo un diritto autonomo caratterizzato dalla preponderanza delle ragioni della personalità creatrice che sono oggi inalienabili, imprescrittibili, esercitabili anche dopo la morte dell'autore, rispetto ai diritti patrimoniali e che continuano a legare l'autore alla sua opera pur se è stata ceduta.

Come è dimostrato dall'ampio materiale ritrovato e relativo ai diversi Paesi del mondo⁷⁶, la *brochure* approfondisce incisivamente le varie facoltà che afferiscono alla sfera dei diritti personali degli autori, nel loro insieme e nella loro portata individuale. In particolare, sono individuate, attraverso lo studio comparatistico delle legislazioni, della giurisprudenza e della dottrina, quattro facoltà fondamentali che compongono i diritti morali: il diritto di pubblicazione, il diritto di opporsi a qualsiasi modifica dell'opera senza il consenso dell'autore, il diritto alla paternità⁷⁷ e le limitazioni all'autonomia negoziale per quanto riguarda il diritto dell'autore di disporre delle sue opere future⁷⁸.

Ma lo studio dell'IICI va oltre e inquadra anche alcuni problemi, come quelli relativi alla durata, fino ad allora connessi alla sfera patrimoniale del diritto d'autore, e ne pone in luce gli elementi che maggiormente li legano agli aspetti personali. Risolvere la questione della durata dei diritti ereditari, infatti, significava vedere in maniera nuova la stessa natura del diritto d'autore e opporsi in modo radicale ai fautori della perpetuità dei diritti patrimoniali che erano preminenti nella dottrina del secolo precedente, seguiti da poche leggi nazionali⁷⁹.

⁷⁴ Ruffini, *De la protection internationale*, 564-565.

⁷⁵ IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*, 70 e ss.

⁷⁶ Archives de l'Unesco, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.32.

⁷⁷ IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*, 44.

⁷⁸ *Ibid.*, 51.

⁷⁹ Mi riferisco al Codice civile del Messico del 1871, alla legge del Guatemala del 1879 e a quella del Venezuela del 1887.

Tutte le legislazioni, fin dalle origini, hanno posto un limite temporale al diritto d'autore per distinguerlo dal diritto di proprietà, ma con termini diversi che hanno causato gravi inconvenienti, per cui l'IICI auspica una «uniformation internationale de la durée du droit d'auteur à 50 ans *post mortem auctoris*⁸⁰», sulla base della comparazione tra le leggi coeve che utilizzano questo limite temporale. Ma il problema della durata è approfondito anche in quei Paesi che mantenevano il limite dei 30 anni, prima tra tutti la Germania, in cui erano in corso proposte e dibattiti per allungare il termine⁸¹. Lo scrittore francese André Maurel ritiene che solo la Società delle Nazioni può dare un contributo primario per uniformare la durata della protezione che, a suo giudizio, rappresentava uno degli ostacoli più forti e «la première étape à franchir⁸²» per uniformare i diritti degli autori.

L'IICI vuole indagare con un'ottica matura, come avevano già fatto nel XIX secolo i pochi giuristi sopra ricordati, il legame con il diritto di proprietà che aveva inglobato il diritto d'autore nella sfera dei diritti patrimoniali⁸³. Spostando lo sguardo sulla creazione intellettuale, esso viene messo in relazione con il diritto personale, con un'articolazione delle singole facoltà morali che spettano all'autore, sulla base di una prospettiva comparatistica⁸⁴. Si vuole anche approfondire, attraverso un testo di livello internazionale quale la rivista *Le Droit d'auteur*, l'apporto della giurisprudenza che si trova di fronte a svariate difficoltà e deve ricorrere alla nozione generale di colpa per tutelare il diritto morale.

In linea generale, va detto che la pubblicazione dell'IICI travalica di molto la sua funzione occasionale. Si tratta, infatti, della ricostruzione dello stato dei diritti degli autori e della loro apertura internazionale sulla base dei problemi in discussione nel XX secolo costituendo, così, un punto fermo della loro trattazione. Se l'opuscolo ha avuto una risonanza limitata è ancora più importante sottolinearne il significato e la portata.

⁸⁰ IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*, 6.

⁸¹ Cfr. in particolare: *Neue Zürcher Zeitung*, 24 ottobre 1926 e 9 novembre 1926; *Deutsche Allgemeine Zeitung*, 3 ottobre 1926 e 12 marzo 1927; *Frankfurter Zeitung*, 2 febbraio 1927; *Münchener Neueste Nachrichten*, 6 febbraio 1927; *Der Schriftsteller*, marzo 1927; *Basler Nachrichten*, 13 marzo 1927; *Berliner Tageblatt*, 31 marzo 1927, 30 aprile 1927 e 3 maggio 1927; *Vorsicht Zeitung*, 4 maggio 1927; *Ortner Tageblatt*, 3 maggio 1927. Si veda la lettera di Weiss del 5 maggio 1926, con cui invita la delegazione tedesca a una riunione apposita: Archives de l'Unesco, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.8.

⁸² *Ibid.*, lettera senza data ma precedente alla Conferenza di Roma. Cfr. «Travaux de l'Institut international de la Coopération intellectuelle pendant l'année 1926,» 109.

⁸³ Cfr. IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*, 16-18.

⁸⁴ *Ibid.*, 45.

11.4. Il contributo di Edoardo Piola Caselli tra diritti statali ed esigenze sovranazionali

Ma durante la Conferenza di Roma, solo i diritti morali sono presi in considerazione, ottenendo un'adeguata attenzione, mentre l'analisi delle altre tecniche personali di protezione è accantonata, anche se il *droit de suite* costituisce il *Vœu III* dei delegati⁸⁵ e sarà oggetto di un primo riconoscimento sul piano internazionale nella successiva Conferenza di Bruxelles del 1948⁸⁶.

La delegazione italiana, basandosi sui vari progetti presentati, propone una redazione dell'articolo sui diritti morali in cui sono tutelate le facoltà relative alla paternità, alla pubblicazione, all'integrità e alla regolamentazione dell'esercizio dei diritti dopo la morte dell'autore⁸⁷. In linea con il dettato normativo della Convenzione di Berna, l'articolo 6 bis nella sua formulazione definitiva è redatto in termini generali, tutelando il principio e demandando alle leggi nazionali le condizioni di esercizio. Ma, tra le singole facoltà attribuite all'autore nella proposta dalla delegazione italiana, solo quelle relative alla paternità e all'integrità dell'opera sono approvate, senza salvaguardare i diritti morali dopo la morte dell'autore, anche se oggetto del primo *Vœu* proposto dalla stessa delegazione italiana, alla fine dei lavori⁸⁸.

Inoltre, l'opposizione di alcune delegazioni, e in particolare di quella inglese⁸⁹, esclude la tutela del diritto di pubblicazione o diritto di inedito che avrebbe sacrificato troppo gli interessi degli editori e demanda l'esercizio dei diritti ereditari alla regolamentazione delle legislazioni nazionali⁹⁰. In linea generale, Piola Caselli è soddisfatto del

⁸⁵ Cfr. *Actes de la Conférence de Rome*, 349. Si veda anche "Union internazionale. *Vœux adoptés* par la Conférence de Rome," 85.

⁸⁶ *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Bruxelles le 26 juin 1948*, art. 14 bis. Ciò è anche documentato dalle carte di Piola Caselli che, nelle fasi preparatorie della Conferenza di Bruxelles, sviluppa un'analisi molto approfondita: Archivio Centrale dello Stato, Roma, *Archivio Piola Caselli Edoardo*, sc. 5 fasc. 7-9, sc. 10, fasc. 19 e da un documento specifico redatto da Pier Silverio Leicht: *ibid.*, sc. 11, fasc. 23.

⁸⁷ Cfr. *Actes de la Conférence de Rome*, 198.

⁸⁸ *Ibid.*, 349 ; "Union internazionale", 85, in cui si auspica che i Paesi dell'Unione se già non lo avessero fatto, inseriscano regole atte a impedire che, dopo la morte dell'autore, la sua opera sia mutilata, deformata o modificata a pregiudizio della rinomanza dell'autore e degli interessi della scienza, della letteratura e delle arti.

⁸⁹ Cfr. *Actes de la Conférence de Rome*, 236-239; 290-292.

⁹⁰ *Ibid.*, 201-202.

risultato perché l'art. 6 bis riconosce a livello internazionale il diritto morale, ne individua la natura, e stabilisce che:

L'œuvre intellectuelle n'est pas assimilable à un sac de pommes de terre... L'œuvre est rattachée indissolublement à la personne de l'auteur et même après la simple cession du droit exclusif patrimonial l'auteur peut conserver des droits sur son œuvre dépendant de ses intérêts personnels⁹¹.

Tali riflessioni non sono occasionali, ma strettamente connesse al nuovo programma di revisione della Convenzione di Berna nella successiva Conferenza di Bruxelles che era inizialmente prevista per il 1935 ma, a causa della mancata o tardiva ratifica della revisione di Roma del 1928 da parte di alcuni Stati, è stata posposta di oltre dieci anni⁹². Piola Caselli si esprime negativamente sull'opportunità di modificare l'art. 6 bis e di ampliare la sfera dei diritti morali⁹³. A suo avviso, infatti, avendo tutelato il principio sul piano internazionale si è lasciato ampio spazio alle singole legislazioni nazionali per estendere l'ambito della protezione dei diritti morali, come testimonia lo sviluppo delle varie legislazioni nazionali e non ritiene, quindi, opportuno mutarne la disciplina⁹⁴. Piola Caselli si riferisce in particolare alla proposta di sostituire nel primo comma dell'art. 6 bis l'espressione «à son honneur ou à sa réputation» con quella «à ses intérêts spirituels»⁹⁵, formula ritenuta inopportuna perché troppo vaga, come sottolineerà anche la sottocommissione preposta nei lavori di Bruxelles⁹⁶.

Inoltre, l'industria cinematografica criticava la formulazione dell'articolo ritenuta di ostacolo alle modifiche da introdursi per l'adattamento delle opere ad altre forme di rappresentazione artistica⁹⁷, anche se con il consenso degli autori. Piola Caselli ribadisce l'opportunità

⁹¹ Cfr. Piola Caselli, «A propos de l'article 6^{bis} de la Convention de Berne révisée,» 66-68. Una stesura più ampia dell'articolo redatta in italiano si trova in Archivio Centrale dello Stato, Roma, *Archivio Piola Caselli Edoardo*, sc. 11, fasc. 23: Idem, "Sul regolamento internazionale del 'diritto morale' di autore. La nuova formula di protezione proposta nel Programma ufficiale della Conferenza di Bruxelles di revisione della Convenzione di Berna" (24.2.1935).

⁹² Cfr. *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948*, 35-53.

⁹³ Piola Caselli, «A propos de l'article 6^{bis},» 68.

⁹⁴ Idem, "Sul regolamento internazionale del 'diritto morale' autore," 4-5.

⁹⁵ *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles*, 184-190.

⁹⁶ Piola Caselli, «A propos de l'article 6^{bis},» 9-13.

⁹⁷ Idem, "Sul regolamento internazionale del " diritto morale' autore," 19.

di mantenere invariata la norma, in quanto essa non vietava in alcun modo la stipula di ragionevoli accordi contrattuali per il regolamento dell'esercizio del diritto morale tra l'autore e coloro che riproducono l'opera dell'ingegno⁹⁸.

All'esito della Conferenza di Bruxelles del 1948 il testo dell'articolo subisce poche variazioni⁹⁹ che non ne modificano la sostanza ma che ampliano e specificano alcuni contenuti per risolvere possibili problemi interpretativi¹⁰⁰. Risulta chiaro che è stata tenuta in considerazione la volontà di Piola Caselli, scomparso prima dell'inizio dei lavori della Conferenza.

La tutela dei diritti morali, riconosciuta sul piano internazionale, rappresenta per vari decenni il punto di cesura con il sistema di *common law* anche quando nel 1989 gli Stati Uniti aderiscono alla Convenzione di Berna con l'esclusione dell'art. 6 bis¹⁰¹, nonostante che la Conferenza di Roma avesse posto tra gli auspici quello di unificare le due grandi convenzioni, di Berna e di Buenos Aires del 1910 rivista a L'Avana nel 1928, in favore dell'«unification mondiale des protégéant les créations de l'esprit»¹⁰².

L'affermazione del diritto morale è la grande novità del XX secolo in materia di tutela dei diritti sulle opere dell'ingegno «et un grand triomphe la stipulation, pour la première fois dans la Convention de Rome, concernant le 'droit moral' de l'auteur», come commenta il rappresentante della delegazione olandese¹⁰³ e come ribadisce l'organo ufficiale del Bureau di Berna¹⁰⁴. Un trionfo che, oltre agli indubbi e riconosciuti meriti di Edoardo Piola Caselli, ha un altro artefice rimasto nell'ombra, Francesco Ruffini, che ha favorito con il suo impegno l'avvio della tutela internazionale dei diritti morali.

⁹⁸ Ibid., 16-19.

⁹⁹ La sottocommissione è istituita l'11 giugno 1948 durante lo svolgimento della Conferenza allo scopo di elaborare le modifiche all'art. 6-bis: *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles*, 126-127.

¹⁰⁰ Ibid., 536.

¹⁰¹ *Berne Convention Implementation Act of 1988*, 17 USC 101.

¹⁰² Si tratta del Vœu VI, in *Actes de la Conférence de Rome*, 350; Union internationale. *Vœux adoptés par la Conférence de Rome*, 85. Cfr. Piola Caselli, "Una recente fase del tentativo di unificare le convenzioni di Berna e dell'Avana," *Il Diritto di autore*, XIV (1936): 137-154. Ampio materiale si trova in Archivio Centrale dello Stato, Roma, Archivio Piola Caselli Edoardo, sc. 11, fasc. 23.

¹⁰³ Mi riferisco a L. J. Plemp van Duiveland: *Archives de l'Unesco*, Paris, Fonds IICI, E.IV.22: settembre 1928.

¹⁰⁴ Cfr. Union International. "La Conférence de Rome. Premières impressions," 82.

Riferimenti bibliografici

- Actes de la Conférence de Rome 7 mai-2 juin 1928*. Berne: Bureau de l'Union Internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 1929.
- Actes de la Conférence réunie à Berlin du 14 octobre au 14 novembre 1908*. Berne: Bureau de l'Union Internationale littéraire et artistique, 1909.
- ADENEY, ELISABETH. *The Moral Rights of Authors and Performers: An International and Comparative Analysis*, Oxford: Oxford University Press, 2006.
- AUTERI, PAOLO. "Il contenuto del diritto d'autore." In *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*. Torino: Giappichelli, 2012.
- BALDWIN, PETER. *The Copyright Wars. Three Centuries of Trans-Atlantic Battle*. Princeton: Princeton University Press, 2014.
- DUVERGIER, JEAN-BAPTISTE E LUCIEN BOCQUET, cur. *Collection complète des lois, décrets d'intérêt général, n.s., XX*. Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1920.
- FALCE, VALERIA. *La modernizzazione del diritto d'autore*. Torino: Giappichelli, 2011.
- FUSAR POLI, ELISABETTA. *Centro dinamico di forze. I giuristi e l'innovazione scientifico-tecnologica fra liberalismo e autarchia*. Milano: Giuffrè, 2012.
- GENDREAU, Ysolde. "Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais." *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, XIII (1988).
<http://global.oup.com/booksites/content/9780198259466/>.
- Institut International de la Coopération intellectuelle, *La protection internationale du droit d'auteur. Contribution aux travaux préparatoires de la Conférence diplomatique de Rome pour la révision de la Convention de Berne*. Paris: Les Presses Universitaires de France, 1928.
- LUCAS-SCHLOETTER, AGNÈS. *Droit moral et de la personnalité: étude de droit comparé français et allemand*, I. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.
- MARWITZ, BRUNO. *Die Berner Übereinkunft und die Römische Konferenz*. Berlin: Vahlen, 1928.
- MASSÉ, PIÈRE. *Le droit moral de l'auteur sur son œuvres littéraire ou artistique*, Paris: Arhtur Rousseau, 1906.
- MORILLOT, ANDRÉ. *De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne*. Paris: Cotillon, 1878.
- MOSCATI, LAURA. "Il caso Pomba-Tasso e l'applicazione della prima convenzione internazionale sulla proprietà intellettuale." In *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*. Paris: Panthéon-Assas, 2009.
- "Le droit d'auteur en Italie: réception et évolution des modèles européens." In *La construction du droit d'auteur entre autarcie et dialogue*, a cura di Laurent Pfister e Yves Mausen. Montpellier: Presses de la Faculté de Montpellier, 2013.
- "I giuristi e la tutela degli autori nell'Italia unita: tra storia e diritto." In *"Afferrare... l'inafferrabile". I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Ottocento e Novecento*, a cura di Alberto Sciumè, Elisabetta Fusar Poli. Milano: Giuffrè, 2013.

- . “Francesco Ruffini e la tutela internazionale del diritto d’autore.” In *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini. II, Concorrenza e mercati*. Milano: Giuffrè, 2014.
 - . “Tra le carte di Antonio Scialoja avvocato e legislatore dei diritti sulle opere dell’ingegno.” In *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, a cura di Stefano Borsacchi e Gian Savino Pene Vidari. Bologna: Il Mulino, 2014.
- OSTERRIETH, ALBERT. “Rapport de M. le Dr Albert Osterrieth sur la propriété littéraire et artistique en matière de presse.” In *XII^e Congrès international de la presse*. Berlin, 1908.
- PIOLA CASELLI, EDOARDO. *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione nel Diritto interno Italiano comparato col Diritto straniero*. 2. ed. Napoli: Marghieri, 1927.
- . “La cosiddetta proprietà scientifica e la sua protezione pratica.” *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XXXIX (1931).
 - . *Intorno alla ragion d’essere del diritto morale dell’autore e del diritto morale dell’inventore*. Tivoli: Mauetero, 1932.
 - . “Il diritto morale dell’inventore e le invenzioni di azienda o stabilimento.” *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XXXI (1933).
 - . “Le nuove convenzioni di Londra 2 giugno 1934 per la protezione della proprietà industriale.” *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XXXII (1934).
 - . “A propos de l’article 6^{bis} de la Convention de Berne révisée,” *Le Droit d’auteur*, XLVIII, fasc. 6 (1935).
 - . “Una recente fase del tentativo di unificare le convenzioni di Berna e dell’Avana.” *Il Diritto di autore*, XIV (1936).
 - . *Codice del diritto d’autore. Commentario della nuova legge 22 aprile 1941-XIX, N. 633 corredato dei lavori preparatori e di un indice analitico delle leggi interessanti la materia*. Torino: UTET, 1943.
- PLAISANT, MARCEL e OLIVIER PICHOT. *La Conférence de Rome. Commentaire pratique de la nouvelle convention pour la protection internationale de la propriété littéraire et artistique*. Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1934.
- RAESTAD, ARNOLD. *La Convention de Berne, révisée à Rome 1928 pour la protection de la littérature, de la musique, des arts figuratives, de l’architecture*. Paris: Les Editions internationales, 1931.
- RICKETSON, SAM e JAM C. GINSBURG, cur. *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2006:
- ROGHI, VANESSA. “Il dibattito sul diritto d’autore e la proprietà intellettuale nell’Italia fascista.” *Studi storici*, XLVIII (2007).
- ROTONDI, MARIO. “Per la tutela dei diritti morali dell’autore (1924).” In *IDEM. Scritti giuridici, IV. Profili di giuristi e saggi critici di legislazione e di dottrina*. Padova: Cedam, 1964.

- RUFFINI, FRANCESCO. *Diritti di libertà* Torino: P. Gobetti, 1926.
- . *De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques*. Paris: Hachette, 1927.
 - . "Rapport sur la propriété scientifique soumis par M. le Sénateur F. Ruffini et approuvé par la Commission; Projet de convention A.38.1923.XII." In Idem. *Scritti giuridici minori*, scelti e ordinati da Mario Falco, Arturo Carlo Lemolo, Edoardo Ruffini. Milano: Giuffrè, 1936.
- SENATO DEL REGNO, sess. 1929-1934, Legislatura XXVIII, Atti interni, IX. Roma: Tipografia del Senato, 1934.
- SPADA, PAOLO. "Parte generale." In AUTERI, PAOLO, GIORGIO FLORIDIA, VITO MARIA MANGINI, GUSTAVO OLIVIERI, MARCO RICOLFI, ROSARIA ROMANO e PAOLO SPADA. *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*. 2 ed. Torino: Giappichelli, 2005.
- STRÖMHOLM, STIG. *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale. Etude de droit comparé. I. L'évolution historique et le mouvement international*. Stockholm: Norstedt, 1967.
- Union Internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. *La Conférence de Rome. Premières impressions*, in *Le Droit d'auteur*, XLI, fasc. 6 (1928).
- . *Documents de la Conférence réunis à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948*. Berne: Bureau de l'Union Internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 1951.

12. Il contributo del giovane Crisafulli al dibattito sui principi generali del diritto

Cesare Pinelli*

Per i costituzionalisti dell'età repubblicana, gli scritti che Vezio Crisafulli dedicò ai principi generali del diritto alla fine degli anni Trenta si inscrivono in uno dei capitoli di maggior rilievo della sua produzione, quello sui principi costituzionali, e sono stati quindi studiati più per ricercarne le anticipazioni di opere più mature e più note che per approfondirne il contesto storico e scientifico. Il presente contributo è dedicato a questo aspetto, attraverso il confronto del pensiero crisafulliano con quello dei giuristi che si misuravano all'epoca col tema, quali Santi Romano, Emilio Betti e i privatisti che presero parte con lui al Convegno pisano del 1940.

La seconda metà degli anni Trenta dello scorso secolo è stata definita una stagione di «mai prima sperimentata dilatazione dei confini della politica», in cui prima di ogni interrogativo sulla forma di governo si imponevano scelte «tra sistemi di interessi e di valori opposti e incompatibili»¹. La necessaria indeterminatezza dei fini dello Stato, postulato giuspositivistico che Santi Romano continuerà fino all'ultimo a ritenere proprio dello Stato quale «ente politico»², era alla radice di quella «volontà normativa cieca» su cui si era incentrata la polemica sui concetti giuridici, col dilemma tra l'aderire all'oggetto, alla sua «esistenziale datità», e l'opporvi «i principi della logica e la necessità del sistema»³.

* Dipartimento di Scienze giuridiche, 'Sapienza' Università di Roma.

¹ Dogliani, *Indirizzo politico*, 180.

² In tale qualità, lo Stato «può proporsi qualsiasi fine, ma non c'è alcun fine che debba necessariamente proporsi, e quindi quali siano quelli che in un dato momento egli sceglie e quali invece esclude, non risulta se non dal complesso del suo ordinamento concreto» (Romano, *Principii*, 112).

³ Irti, «La polemica sui concetti giuridici», 236 ss., con riguardo alle posizioni di

Si trattava di una volontà ben più minacciosa e pervasiva dell'«arbitrio del legislatore» teorizzato da Vittorio Scialoja⁴, e tale da rimettere in discussione lo stesso postulato dell'indeterminatezza dei fini.

D'altra parte, durante il fascismo una quantità di fonti di incerta classificazione e collocazione aveva affiancato la legge. Che il disordine delle fonti risalisse allo stesso legislatore non faceva che acuire l'esigenza di porvi rimedio, particolarmente avvertita da una giuspubblicistica ormai abituata a pensare in termini sistematici: e, allo scopo, si trattava non di colmare lacune dell'ordinamento ma di individuare criteri per risolvere antinomie sorte al suo interno.

Veziò Crisafulli inizia la sua attività scientifica in questa temperie culturale, e alle prese con questi problemi. Professa fin dal suo primo scritto un indirizzo normativistico, distinguendo nella considerazione del diritto «un senso logico» o «speculativo» da uno «dogmatico», relativo alle «norme storicamente date di un certo ordinamento»⁵. Ed è su questo piano che, dopo il saggio giovanile, si muovono i lavori della prima fase della sua attività scientifica, compresi quelli sui principi generali del diritto che prenderò in considerazione.

Nel primo di essi, si dichiara convinto che:

l'attività diretta all'applicazione del diritto risulta necessariamente disciplinata...da norme e principi – espressamente formulate in apposite disposizioni di legge ovvero, più spesso, impliciti in altre disposizioni – che si ricollegano (o costituiscono essi stessi) ai principi essenziali di struttura dell'ordinamento e sono cioè *principi costituzionali*, ovvero esplicazioni ed applicazioni di principi costituzionali⁶.

Il richiamo alla nozione romaniana di costituzione si accompagna già a una notazione significativa:

La dottrina più autorevole e più generalmente seguita definisce un tale concetto di costituzione come quella parte dell'ordinamento che regola l'organizzazione fondamentale dello Stato, ovvero come l'ordinamento supremo dello Stato, costituente la premessa logica essenziale di tutti

Arturo Carlo Jemolo e Salvatore Pugliatti.

⁴ Scialoja, "L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo," 131 ss.

⁵ Crisafulli, *Sulla teoria della norma giuridica*, 11 e 48.

⁶ Idem, "I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi," 673 (corsivo dell'A.). Lo scritto risulta completato nel giugno 1938 (*ibid.*, 703).

gli altri rami del diritto statale: al che segue, il più delle volte, una *descrizione* della costituzione nel suo contenuto attuale⁷.

Una «descrizione»: ecco il punto di dissenso con Romano, che nelle pagine successive emerge attraverso l'elaborazione del concetto di «principi costituzionali». Questi, infatti, pur avendo «un contenuto essenzialmente politico», differiscono da «principi meramente politici» per il fatto che «il loro valore politico è superato e trasceso dall'efficacia giuridica, ossia normativa, obbligatoria e coattiva, che è ad essi propria»⁸. Nello stesso tempo «il valore pratico dei principi costituzionali è, il più delle volte indiretto, si esplica, cioè, altrimenti che in quell'immediata e diretta applicazione alla disciplina di rapporti e stati giuridici non preveduti da disposizioni particolari di legge, che costituisce, di regola, la caratteristica efficacia dei principi generali di diritto»: a parte l'ipotesi di diretta disciplina dei rapporti interorganici, tale efficacia indiretta «può verificarsi tanto sotto forma di limite o vincolo dell'attività legislativa ed amministrativa degli organi statali, quanto sotto forma di principi di applicazione (in largo senso) della legge»⁹.

Una tale distinzione fra principi generali e principi costituzionali non riguarda l'efficacia giuridica in quanto tale, che ritiene comune a entrambi, bensì il loro rapporto con la legge, che nel primo caso consente di colmare lacune legislative, mentre nell'altro consiste nel preconstituire limiti o vincoli all'attività del legislatore.

In questa prospettiva, e tenuto conto del crescente disordine delle fonti, si comprende, alla vigilia dell'approvazione del nuovo codice civile, l'auspicio di Crisafulli di «una norma la quale disponesse, ad esempio, che nello Stato fascista tutto il diritto si riconduce direttamente o indirettamente alla volontà dello Stato»: la quale «rappresenterebbe un principio generale, suscettibile di offrire all'interprete la disciplina di una numerosa serie di questioni particolari che potrebbero presentarsi nella pratica (ad es. rapporti tra legge e consuetudine, tra norme corporative e consuetudinarie)»¹⁰. L'auspicio verrà frustrato dall'approvazione del nuovo codice, dove:

⁷ Ibid., 686 (corsivo dell'A.).

⁸ Ibid., 689.

⁹ Ibid.

¹⁰ Idem, "A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa," 209.

il legislatore ha visto il problema della gerarchia, piuttosto che nella sua portata generale e di ordine essenzialmente costituzionale, nei suoi riflessi pratici immediati rispetto alla disciplina dei rapporti di diritto privato, dove, senza dubbio, più viva se ne manifestava l'esigenza. Così si spiegano certe omissioni, che altrimenti sarebbero ingiustificabili, come, ad esempio, l'assenza di una norma relativa ai rapporti intercedenti tra leggi costituzionali e leggi ordinarie, che, di fronte ai dubbi e alle questioni sollevate nella dottrina pubblicistica, avrebbe meritato, invece, di essere esplicitamente disciplinato¹¹.

Alla scelta non poteva ritenersi estraneo il rifiuto, espresso dalla dottrina privatistica al Convegno pisano del 1940, di sovrapporre i principi generali alla disciplina codicistica¹². Ben più fortunata era stata invece, in tale occasione, la tesi di Crisafulli sul ricorso ai principi in sede di interpretazione.

Pur riconoscendo che, «nella più rigorosa coerenza della concezione di Romano, integralmente seguita», i principi generali sarebbero «un caso, tra altri, di diritto che non è norma...ma è il fatto stesso della istituzione», non crede «di far violenza al vero significato della teoria, dicendo che essa non esclude propriamente la possibilità di principi generali espressi, accanto a quelli posti in modo tacito», poiché, del concetto del diritto, l'identificazione dei principi generali sarebbe «un semplice esempio e corollario»¹³. Di converso, quanto ai principi istituzionali non scritti, osserva che l'equazione diritto = istituzione, su cui necessariamente si regge, «è ormai pressoché senza seguito, pur tra coloro che, a ragione, accolgono l'insegnamento fondamentale del Romano (cosiddetta teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici)»¹⁴. Infine, e soprattutto, «una volta interpretata tale concezione in senso normativistico», la «induzione immediata e d'insieme,

¹¹ Cfr. Idem, "Prime osservazioni sul sistema delle fonti normative nella nuova codificazione," 113. Si consideri che Crisafulli era collaboratore del Ministro della Giustizia Grandi, anche se le stesse parole che abbiamo riportato attestano l'intento di mettere ordine nel sistema delle fonti, non certo di codificare l'indirizzo politico fascista (in tal senso anche Paladin, "L'opera di Vezio Crisafulli fra diritto e politica," 182).

¹² Quel rifiuto avrebbe consentito di mantenere il codice nell'ambito della tradizione, senza prestare ossequio alle idee politiche del tempo (vedi Nicolò, "Codice civile," 246 e Santoro-Passarelli, Intervento, 8). L'ipotesi è stata però più di recente ridimensionata da Alpa, *La cultura delle regole*, 267 ss.

¹³ Crisafulli, "Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto," 52 ss.

¹⁴ Ibid., 172.

che dal fatto istituzionale, nella sua viva e concreta interezza, desuma, per così dire, di un sol colpo – soppresse le operazioni intermedie – i principi generali inespressi, che fundamentalmente lo determinano» deve trovare conferma *a posteriori*, «verificando se realmente le norme particolari formanti l'ordinamento o la sua parte presa in considerazione si riallaccino logicamente a quei principi generali»¹⁵.

Peraltro la tesi romaniana che i principi potessero desumersi solo dagli ingranaggi latenti nell'organizzazione statale, tanto da doversi annoverare nella categoria dello *ius involuntarium*, finiva per collegarsi all'opinione dominante fra i privatisti secondo la quale i principi generali potevano ricavarsi da norme espresse solo per implicito, o in via induttiva. Dopo aver ricercato una versione normativistica della tesi di Romano, Crisafulli può dire ai privatisti di non comprendere:

che cosa propriamente siano questi principi generali, che non sarebbero norme giuridiche, ma sarebbero tuttavia idonei a disciplinare giuridicamente situazioni e rapporti non rientranti in una norma specifica, e la violazione dei quali da parte dell'interprete darebbe adito, peraltro, non meno e allo stesso titolo che quella delle norme di diritto oggettivo, alla denuncia in cassazione:

occorrerebbe «ammettere esplicitamente che, nel caso dei principi generali...sia in realtà l'interprete a porre la norma regolatrice del caso concreto, trasformandosi allora il giudice in legislatore», ma:

dal punto di vista tecnico-giuridico e alla stregua del nostro diritto positivo – informato al principio della divisione dei poteri e, quindi, della distinzione tra posizione ed applicazione del diritto e della subordinazione del giudice alla legge – una tale conclusione sarebbe inammissibile, oltre che contrastante con tutte le premesse della dogmatica moderna¹⁶.

L'invito ai privatisti a difendere la tradizione anche sul punto colpito nel segno¹⁷. Il timore del "giudice-legislatore" era in realtà implicito nella concezione crisafulliana dei principi generali

¹⁵ Ibid., 159.

¹⁶ Ibid., 176-177.

¹⁷ Per un riconoscimento del ruolo cruciale svolto da Crisafulli in quell'occasione, Mengoni, "I principi generali del diritto e la scienza giuridica," 317.

come norme-base, dalle quali dipende il modo di essere e la configurazione di settori più o meno ampi dell'ordinamento, perché contengono già in sé, potenzialmente, le norme particolari che concretamente costituiscono quei settori dell'ordinamento. Un principio, insomma, è una norma che sarebbe suscettibile di offrire il regolamento di una determinata serie di rapporti, anche se mancassero le norme dirette appositamente e specificatamente a disciplinare ciascuno di essi¹⁸.

E altrove ragiona dei principi quali «norme di diritto positivo, che differiscono dalle norme particolari soprattutto per la maggiore generalità e comprensione del precetto che contengono»¹⁹.

La critica a Crisafulli verrà piuttosto da Emilio Betti:

se qualche spirito conservatore si attarda ancor oggi a sostenere che 'i principi (generali) stanno alle norme particolari come il più sta al meno, come quello che è anteriore e poizore, a quello che è posteriore e conseguente' ... pure l'opposta verità è emersa ben chiara dalle recenti discussioni; ed è che, come dai principi generali non si possono ricavare a priori, per semplice deduzione, le disposizioni particolari che risolvono problemi pratici e contingenti, così dalle sole disposizioni particolari non è dato ricavare, per induzione, una cognizione adeguata di quei principi, che nella loro generalità superano ogni singola applicazione, e nella loro virtualità indefinita non si captano né si esauriscono in specifiche formulazioni²⁰.

"Principio" designa piuttosto «qualcosa che si contrappone concettualmente a compimento, a conseguenza che ne discende, e così alla norma compiuta e formulata: è il pensiero, l'idea germinale, il criterio di valutazione, di cui la norma costituisce la messa in opera, calata in una specifica formulazione»²¹.

Ciò basta ad escludere, prosegue,

una meccanica equivalenza e convertibilità dei due termini: quella equivalenza, cui inclina l'astratta concezione normativistica, ossessionata dal postulato, o piuttosto dal preconetto, di un'autosufficienza e 'completezza' logica dell'ordine giuridico (=legislazione) e, di conseguenza, portata a negare ogni influenza di esigenze e tendenze che

¹⁸ Crisafulli, *A proposito dei principi generali*, 208.

¹⁹ Idem, *I principi costituzionali dell'interpretazione e applicazione delle leggi*, 683.

²⁰ Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 206.

²¹ Ibid., 207.

stiano in qualche modo al di fuori di esso, nel senso che nella legislazione non siano del tutto captate e assorbite senza residui²².

E «siccome le singole norme non rispecchiano se non in parte i principi generali ... così i principi generali, in quanto criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, sono caratterizzati da un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico che dir si voglia) in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema»²³.

Se dunque Crisafulli, nell'ascrivere piena portata normativa ai principi generali, li configura quali norme di diritto positivo che differiscono solo per la loro «maggiore generalità» da quelle, appunto, «particolari», sul presupposto che le une e le altre entrino a comporre un sistema giuridico logicamente chiuso e completo, Betti ritiene che il «contenuto deontologico eccedente» dei principi si risolva in «criteri direttivi per l'interpretazione» e in «criteri programmatici per il progresso della legislazione», sul presupposto di un sistema giuridico aperto al contributo degli interpreti.

La nozione bettiana di 'principio' come idea germinale o cominciamento, proprio in quanto contrapposta a 'compimento', non si lascia ricondurre a 'norma generale' in quanto contrapposta a norma o a regola particolare. La «eccedenza di contenuto deontologico» del principio presuppone una visione narrativa dell'ordine giuridico, attraversato da una dialettica fra indeterminato e determinato suscettibile di ricomposizioni solo provvisorie. Scrive Betti che nelle due ipotesi, ritenute fra loro alternative, dell'equità e dei principi generali del diritto, lo stesso ordine giuridico avverte «l'esigenza di una decisione secondo giustizia» o di «eterointegrazione», dove «può dirsi che il giudice venga sollevato sul piano del 'legislatore', sempre, però, limitatamente al caso singolo sottoposto alla sua decisione»²⁴. Inoltre, il compito ascrivito alla giurisprudenza di individuare ed elaborare i principi generali del diritto non consiste nello scoprire la 'natura delle cose', sulla base di una «visione ingenuamente realistica e atomistica», ma nell'elaborare «criteri di valutazione» o «criteri direttivi alla cui stregua sono da valutare le

²² Ibid.

²³ Ibid., 211. Corsivi del testo.

²⁴ Ibid., 51-52.

esigenze sociali dei rapporti della vita, in quanto postulano una disciplina giuridica»²⁵.

Il timore di Crisafulli, condiviso dai privatisti, che negare la portata normativa dei principi equivarrebbe a trasformare il giudice in legislatore non poteva non apparire infondato a chi riteneva che il sistema giuridico non si riducesse al diritto oggettivo inteso come complesso della legislazione (o più ampiamente della produzione normativa). Su questa diversa premessa, la tesi della natura non normativa dei principi non equivaleva, infatti, a ritenerli giuridicamente irrilevanti. Il 'giuridico' di Betti è più ampio del 'normativo' non perché comprende l'istituzione romaniana, ma perché riflette la sempre ribadita fedeltà alla Scuola storica. È la giurisprudenza «intesa nel senso più lato di giurisprudenza così teorica (scienza giuridica) come pratica» che per lui è «competente a identificare e ad elaborare quei principi generali del diritto che, offrendo direttive e criteri di valutazione non esauribili in singole norme, costituiscono gl'indispensabili strumenti di un'interpretazione integrativa dell'ordine giuridico che oltrepassa i confini dell'*analogia legis*»; ed è proprio la fiducia nel «perenne processo di discussione fra giuristi» a «garantire contro una indebita intrusione di soggettività, sia contro il cristallizzarsi di opinioni incontroverse, sia contro il persistere d'indirizzi unilaterali attraverso un indolente conformismo»²⁶.

Di fronte a queste due visioni opposte, non tanto della natura, quanto della funzione dei principi generali nell'ordinamento, i costituzionalisti dell'epoca repubblicana si soffermeranno sull'accusa di tradizionalismo rivolta da Betti a Crisafulli. Secondo Livio Paladin:

in fatto di principi Crisafulli era invece assai più aperto e presago di Betti. Quest'ultimo ignorava – e continuò ad ignorare negli anni '50 e '60, poco importa se consapevolmente o meno – l'impatto che la Costituzione del '47 e le sue disposizioni di principio avrebbero prodotto sull'interpretazione e ricostruzione del diritto legislativo ordinario, successivo od anche precedente alla stessa Carta costituzionale²⁷.

Per Franco Modugno le due posizioni muovevano «da preoccupazioni diverse e puntavano ad obiettivi diversi», contenendo entrambe

²⁵ Ibid., 219.

²⁶ Ibid., 218.

²⁷ Paladin, "Gli anni della formazione," 32.

«una parte di verità», dal momento che se ai principi generali non può negarsi natura normativa, «(se per norma si intende qualsiasi valutazione-qualificazione rilevante nell'ambito dell'ordinamento a prescindere dall'essere dipendente, connessa o dichiarata in qualche disposizione)», d'altra parte «resta pur sempre quell'eccedenza di contenuto deontologico o assiologico, quell'inesauribile virtualità, quella forza di espansione che distinguono nettamente i principi dalle altre norme che principi non sono»²⁸.

La controversia è così letta alla luce dell'esperienza costituzionale successiva, che in fatto di "tradizionalismo" produrrà in effetti un vero rovesciamento delle parti, oppure in vista della prospettazione di una tesi ulteriore circa la portata dei principi generali. Se cerchiamo invece di contestualizzare la controversia, dobbiamo anzitutto interrogarci sul significato che all'epoca poteva assumere il rimprovero di "spirito conservatore" rivolto da un giurista a un altro. La risposta non è difficile. Equivalva a un'accusa di restare attaccati al tradizionale formalismo dei giuristi dell'età liberale, ignorando lo spirito della nuova epoca fascista. E le recenti ricerche di Massimo Brutti attestano l'importante ruolo di Betti nella promozione della cultura giuridica del fascismo, oltre che nella formulazione tecnica di alcune parti del codice civile del 1941²⁹.

Eppure, che Betti fosse ideologicamente legato al fascismo, non basta a farne un giurista di regime alla stregua di un Costamagna o di un Maggiore; né andrebbe dimenticato che Crisafulli era un collaboratore del Ministro della Giustizia Dino Grandi. Una lettura della controversia in chiave esclusivamente politica non farebbe giustizia della sua portata.

Inoltre, il resoconto del Convegno pisano rivela un Betti sulla difensiva:

Reputa che i principi da lui affermati siano giudizi di valore che, formulati dal legislatore dovranno essere solo applicati, cioè riprodotti dal giudice nel caso specifico con corrispondenti giudizi non aventi carattere autonomo, ma complementare. Si tratta di un lavoro interpretativo che non condurrà all'estremo del giudice legislatore³⁰.

²⁸ Modugno, "Principi e norme," 95.

²⁹ Brutti, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, 159 ss.

³⁰ Riportato in *Convegno Nazionale Universitario sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, 19.

Senza contare che egli mostrerà in tempi meno sospetti la sua effettiva ostilità all'ipotesi del "giudice-legislatore" con la dura reazione ai contributi di Tullio Ascarelli sull'interpretazione³¹. Nello stesso tempo, lo abbiamo visto, la maggiore esigenza avvertita da Crisafulli in vista della formulazione dei principi generali era di stabilire che «nello Stato fascista tutto il diritto si riconduce direttamente o indirettamente alla volontà dello Stato».

Sotto il profilo ideologico, la controversia si risolve dunque in una divaricazione pur sempre interna all'orizzonte dello statualismo. I suoi termini effettivi sembrano piuttosto rivelarsi ove si consideri anzitutto che un'esplicita ammissione che, nel caso dei principi generali, sia in realtà l'interprete a porre la norma regolatrice del caso concreto sarebbe «ben fondata ... dal punto di vista speculativo», ma contrasterebbe «con tutte le premesse della dogmatica moderna» se riguardata «dal punto di vista tecnico giuridico e alla stregua del nostro diritto positivo – informato al principio della divisione dei poteri e, quindi, della distinzione tra posizione ed applicazione della legge e della subordinazione del giudice alla legge»³².

La distinzione fra punto di vista teorico-generale e punto di vista dogmatico, che Crisafulli continuerà a utilizzare in una quantità di occasioni, era rifiutata da Betti, convinto di un ruolo intrinsecamente creativo del giurista (non del giudice)-interprete, che la ritenuta necessità di attenersi al dato positivo in sede dogmatica precludeva per definizione.

Ma bisogna tener conto di un elemento ulteriore. Il dibattito sui principi generali ruotava intorno al dilemma fra autointegrazione ed eterointegrazione del sistema, il quale poneva ordini di questioni ancora inscrivibili nell'antica trama della dialettica fra 'diritto' e 'legge', certo diversamente risolte a seconda dei punti di vista, ma non tali da sconvolgere l'ordinamento fino a quando i giudici vi serbassero fedeltà. Betti continuerà a muoversi in questo orizzonte, dominato dalla questione dell'ammissibilità di *lacunae iuris*, e dunque della completezza del sistema. Ma nel diritto pubblico dell'epoca, a risultare ben più concretamente minacciato era piuttosto il dogma della coerenza del sistema, a seguito dell'accennata proliferazione dei processi di produzione normativa. Da cui uno spostamento dell'asse della riflessione dei

³¹ Cfr. Pinelli, "Il confronto sull'interpretazione fra Emilio Betti e Vezio Crisafulli e il contributo di Tullio Ascarelli," 76 ss.

³² Crisafulli, "Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto," 225.

giuspubblicisti su tali questioni, che da allora troverà il suo massimo artefice proprio in Vezio Crisafulli. In questo senso, la sua distanza da Betti rifletteva una diversità di obiettivi.

Una controversia, dunque, polivalente. E della quale sarebbe sbagliato ricercare il bandolo per volervi trovare a tutti i costi torti e ragioni, o peggio la prova della verità di tesi oggi sostenute.

Riferimenti bibliografici

Atti del Convegno Nazionale Universitario sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista tenuto in Pisa nei giorni 18 e 19 maggio 1940 – XVIII. Pisa: arti graf. Pacini Mariotti, 1940.

ALPA, GUIDO. *La cultura delle regole*. Roma-Bari: Laterza, 2001.

BETTI, EMILIO. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*. Milano: Giuffrè, 1949.

BRUTTI, MASSIMO. *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*. Torino: Giappichelli, 2013.

CRISAFULLI, VEZIO. "A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa." *Jus*, I (1940).

—. "I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi." In *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*. I. Padova: Cedam, 1940.

—. "I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi." In *Scritti giuridici on. Romano*.

—. "Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto." *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, a. 21 (1941).

—. "Prime osservazioni sul sistema delle fonti normative nella nuova codificazione." *Stato e diritto* (1942).

—. *Sulla teoria della norma giuridica*. Roma: Anonima romana editoriale, 1935.

DOGLIANI, MARIO. *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*. Napoli: Jovene, 1985.

IRTI, NATALINO. "La polemica sui concetti giuridici." In *Studi in onore di Cesare Bianca*. I. Milano: Giuffrè, 2006.

MENGGONI, LUIGI. "I principi generali del diritto e la scienza giuridica." In IDEM. *Scritti. I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di Carlo Castronovo, Andrea Nicolussi, Antonio Albanese Milano: Giuffrè, 2011.

MODUGNO, FRANCO. "Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi e fondamentali." In *Esperienze giuridiche del '900*, a cura di Franco Modugno. Milano: Giuffrè, 2000.

NICOLÒ, ROSARIO. "Codice civile." In *Enciclopedia del diritto*. VII. Milano: Giuffrè, 1960.

PALADIN, LIVIO. "Gli anni della formazione." In *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*. Padova: Cedam, 1994.

- . "L'opera di Vezio Crisafulli fra diritto e politica." In *Saggi di storia costituzionale*, a cura di Sergio Bartole. Bologna: Il Mulino.
- PINELLI, CESARE. "Il confronto sull'interpretazione fra Emilio Betti e Vezio Crisafulli e il contributo di Tullio Ascarelli." In *Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*. Roma: Aracne, 2010.
- ROMANO, SANTI. *Principii di diritto costituzionale generale*. Milano: Giuffrè, 1946.
- SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO. Intervento in *I principi generali del diritto (Roma, 27-29 maggio 1991)*. Atti dei Convegni Lincei. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei: 1992.
- SCIALOJA, VITTORIO. "L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo." *Scientia*, 7, a. 4 (1910).

13. I principi generali del diritto. Del Vecchio, Husserl e Gadamer, una riflessione

Bruno Romano*

Nella sua opera *Sui principi generali del diritto*, Giorgio Del Vecchio afferma che «conoscere le singole norme non basta se non si pone mente allo spirito che le muove» chiarificando che «la particolarità delle leggi rimanda all'universalità del diritto; e il pensiero dell'universale è Filosofia». Da qui la complementarità di giurisprudenza e filosofia che:

non possono ... andare disgiunte; e come nessun sistema filosofico (la storia del pensiero mostra) fu mai veramente compiuto, che non comprendesse in sé anche i primi principi del diritto, così tutti i grandi giuristi (anche ciò ci dimostra la storia) furono pure in qualche modo filosofi». La motivazione è data dalla circostanza che «una Giurisprudenza priva di elementi filosofici sarebbe, secondo il paragone che il Kant desume dalla favola antica, simile ad una testa senza cervello; e nulla sarebbe in vero più arido e sterile, che lo studio delle norme particolari qua o là vigenti, se da quella materia empirica non fosse dato di risalire ai principi ... diciamo con Cicerone, 'non dall'editto del Pretore, né dalle XII Tavole, ma dall'intima Filosofia devesi attingere la disciplina del diritto'».

Nella stessa direzione speculativa, Hans Georg Gadamer, ricordando che «lo studio delle leggi veniva chiamato giurisprudenza, cioè una forma di prudenza», si interroga «com'è accaduto che ... [l']ideale

* Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici, 'Sapienza' Università di Roma.

¹ Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, 66. Il testo ripropone la prolusione al corso di filosofia del diritto presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma. Viene letta il 13 dicembre 1920 e pubblicata nell'*Archivio giuridico*, con il titolo *Sui principi generali del diritto*. Tradotta negli Stati Uniti nel 1956, con un'introduzione di R. Pound, accompagnerà la vita speculativa di Del Vecchio, diventando la base per altre questioni discusse successivamente in *Lezioni di filosofia del diritto* (1930), *La crisi della scienza del diritto* (1933).

scientifico si sia potuto assolutizzare a tal punto, da far sì che, oggi, non soltanto si parli di scienza del diritto ma persino di 'scienza dell'arte'?»². Qualche estremo algoritmofilo concepisce anche una 'scienza della filosofia' ed una 'scienza della filosofia del diritto'!

La lettura di Giorgio Del Vecchio e di Hans Georg Gadamer chiede di essere meditata attraverso le questioni poste da Edmund Husserl, laddove si chiede se «è possibile parlare in generale seriamente di una crisi delle scienze»³.

13.1.

I temi delineati sollecitano a riflettere sulla crisi della '*scienza del diritto*' e su «ciò che esse, le scienze in generale, hanno significato e possono significare per l'esistenza umana», avviata ad «un allontanamento da quei problemi che sono decisivi per una umanità autentica». Le espressioni di Husserl sono illuminate dalla considerazione che «le mere scienze di fatti creano meri uomini di fatto», con la conseguenza che perdono rilievo «i problemi del senso e del non senso dell'esistenza umana nel suo complesso»⁴, eccedenti la nuda fattualità.

Ne deriva che «la verità scientifica obiettiva è esclusivamente una constatazione di ciò che il mondo, sia il mondo psichico sia il mondo spirituale, di fatto è». Nella direzione della scienza, si hanno unicamente attività conoscitive, constatative di fatti. «La scienza dei fatti – si legge in Husserl – non ha nulla da dirci ... essa astrae ... da qualsiasi soggetto». Dunque, la verità scientifica, anche quella della '*scienza delle norme*', della '*dottrina pura del diritto*', si limita a conoscere e constatare che «le norme che volta per volta hanno fornito una direzione agli uomini, si formano e poi si dissolvono come onde fuggenti», lasciando affermarsi il convincimento che «così è sempre stato e sempre sarà».

² Gadamer, *Che cos'è la verità*, 144-145. In quest'opera Gadamer ripensa temi già trattati in *Etica dialettica di Platone. Interpretazioni fenomenologiche del Filebo* (1931), tracce delle sue riflessioni sull'ermeneutica sono presenti nel periodo tra le due guerre e confluiscono in *Verità e metodo*.

³ Husserl, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, 33. Apparsa per la prima volta nel 1936, quest'opera di Husserl viene pubblicata nel 1954. L'interrogativo enunciato concerne la '*scienza del diritto*' ed ha sollecitato la pubblicazione del volume *Giuristi della 'Sapienza'. Questioni di Filosofia del diritto*, Introduzione di Bruno Romano, I-XLII, che propone i contributi di alcuni dei Maestri delle discipline centrali del *pensiero giuridico*, confermando che l'opera del giurista dona e riceve luce nel dialogo con il *pensiero filosofico*.

⁴ Husserl, *La crisi delle scienze europee*, 35.

Secondo questa descrizione, i sistemi di norme, gli ordinamenti giuridici, si presentano come 'onde fuggenti', che si formano e si sfornano in «una catena incessante di slanci illusori e di amare delusioni», analogamente i '*principi generali di un sistema normativo*' sono 'onde fuggenti' che presentandosi come norme – si legge in Vezio Crisafulli⁵ – con una maggiore estensione, permangono nel loro essere – secondo il lessico di Husserl – «slanci illusori», «amare delusioni».

Con il dire che le *norme* ed i *principi generali* sono elementi fattuali di una giuridicità che si forma e si sforma – come il caso delle 'onde fuggenti' –, si è portati a considerare l'insieme della giuridicità come un non-senso, una catena di fatti che «astrae ... da qualsiasi soggetto»⁶, non concentrato sull'*esercizio della libertà e sulle sue motivazioni concepite nel rispetto del principio dialogico*. La radice della responsabilità e dell'imputabilità risiede nella libertà del soggetto, dimensione costitutiva di ogni momento concreto delle norme giuridiche e dei principi generali del diritto. L'emergere della scissione tra leggi giuridiche, ascrivibili unicamente alle relazioni interpersonali, e leggi fisiche chimiche, biologiche si manifesta con la libertà personale, chiarita come genesi dell'imputabilità, ovvero come quella condizione in cui una singola personalità è responsabile-imputabile delle sue condotte, pensate, volute e scelte attraverso una decisione, motivata e infungibile.

Norme e principi di un *diritto che non considera innanzitutto la soggettività dell'io in carne ed ossa* sono immagini 'vuote', in-formi, prive di qualsiasi forma di senso esistenziale.

Il singolo esistente coesiste nei sistemi sociale ed osserva che:

il mondo è anche il nostro mondo comune ... io posso entrare in contraddizione con gli altri, entrare – sottolinea Husserl – in una fase di dubbio e di negazione dell'essere ... l'esperienza della comunità e le vicendevoli rettifiche, come del resto la propria esperienza personale e le proprie auto-rettifiche non eliminano la relatività dell'esperienza, che è relativa anche in quanto esperienza della comunità⁷.

Non vi sono persone o comunità detentrici di una *verità, anche giuridica, nella sua totalità*, poiché alla condizione umana è accessibile una verità parziale, che in quanto *mia* verità parziale entra in un possibile

⁵ Crisafulli, "Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto," (1-2) 41 e ss., (3), 157 e ss.

⁶ Ibid., 36.

⁷ Ibid., 285.

conflitto con la *tua* verità parziale, esigendo tuttavia norme e principi per un superamento dei conflitti, non lasciato all'arbitrio della casualità, della forza, di chi ha più. Perché i conflitti interpersonali sono qualificati dalla ricerca di una risposta all'*ansia di giustizia*, costitutiva della condizione umana in ogni tempo di ogni cultura, dunque il *desiderio di giustizia precede il desiderio di legalità e ne è il senso esistenziale*.

Il fenomeno della giuridicità tende ad essere incontrato mediante gli strumenti della 'scienza giuridica', che assumono i modelli peculiari del sapere scientifico, nei due versanti delle *scienze della natura* e delle cosiddette *scienze dello spirito*.

Husserl invita a considerare la scienza «in quanto scienza di oggetti possibili in generale, determinati per mezzo di idee», così che si possono dare 'oggetti possibili', trattati scientificamente perché definiti da idee, con l'effetto di poter individuare un contenuto *costante* nella *mutevolezza* di quel che si presenta alle persone che osservano il loro ambiente e coesistono nel luogo storico delle loro relazioni giuridiche.

In questa prospettiva, la scienza del diritto tratta le situazioni giuridicamente rilevanti, valutate secondo le norme istituite affinché quel che accade nelle *relazioni umane mutevoli* possa essere riferito a *determinazioni costanti fissate normativamente*, avendo però la consapevolezza che, oltre una tale fissità, il pensiero e la volontà delle persone continuano a presentare la creazione di elementi nuovi, mai completamente prevedibili nelle norme istituite. È richiesta sempre un'*attività di interpretazione delle norme*, con riferimento alla diversità ed alla mutevolezza, formative delle singole situazioni intersoggettive che, nei sistemi sociali, si presentano con la concretezza dei casi particolari, avvicinati dall'*arte ermeneutica dei giuristi*, impegnati nel «raffronto» tra le «ipotesi astratte e la concreta realtà dei casi umani»⁸.

L'attività interpretativa può essere descritta come il rinvio ai *principi generali del diritto*, che però si trovano davanti a due concezioni alternative: *principi intra-sistemici regionali*, interni ed omogenei ad un ordinamento giuridico di un luogo e di un tempo; *principi oltre-sistemici universali*. Questo secondo ordine consente di interrogarsi sull'*universalità* della condizione umana, nella *storicità* delle norme che la disciplinano nei comportamenti interpersonali, considerati nel loro particolare realizzarsi in una situazione definita.

⁸ Calamandrei, *Fede nel diritto*, 10.

La *determinazione* di una specifica situazione, giuridicamente rilevante, costituisce il contenuto delle norme giuridiche, istituite dal *legislatore* ed applicate dal *magistrato*. Con Husserl «determinare significa giudicare; il determinato, come tale, è il correlato del giudizio»⁹; l'atto del *giudizio*¹⁰ istituisce una *determinazione*, una definita valutazione giuridica delle condotte umane; non è dunque un atto arbitrario, in-forme, ma è compiuto rispettando delle *regole* e rinviando a dei *principi*.

Il contenuto di una definita norma, istituita dal legislatore, ha la sua *identità definita* e tuttavia custodisce una *flessibilità* tale da adeguarsi alla molteplicità delle situazioni, riconducibili all'*identità* di quel contenuto normativo. Le norme che sanzionano il furto, ad esempio, definiscono e fissano specifiche tipologie di condotte, ma le figure e le situazioni di chi compie il furto sono differenziate e mutevoli, secondo le intenzioni dei singoli soggetti, mai fungibili l'uno con l'altro. La figura di chi è responsabile di corruzione nella *res publica*, di chi, per accrescere i suoi averi, 'ruba danaro pubblico', non è confondibile con la figura di chi è autore di un furto commesso perché costretto da uno 'stato di necessità'. E ancora, nel rinvio ai principi generali, le norme che disciplinano il *diritto di cronaca* hanno una loro peculiare *identità*, pur riferendosi alla *molteplicità* dei modi del compiere gli atti di informazione. Tra l'*identità* dei contenuti delle norme, che regolano il diritto di cronaca, e la *molteplicità* e la *mutevolezza* dei contenuti immessi oggi nell'attività dei diversificati mezzi di comunicazione, vi sono i *principi generali*, che proiettano la loro luce sulle singole norme, sui complessi di norme, nella disciplina del 'diritto di cronaca', pur nell'attuale accelerata trasformazione degli strumenti di informazione e dei casi concreti che ne derivano.

Qualsiasi considerazione sulle *norme* e sui *principi generali* comporta attenzione sia all'attività legislativa, che determina l'istituzione delle *norme*, sia all'attività giurisdizionale, centrata sull'*arte ermeneutica* illuminata dai *principi generali*.

La *determinazione* è il risultato dell'opera umana del giudicare: '*determinare significa giudicare*', sostiene Husserl. Quale entità 'giudica' nel *determinare*, nell'*istituire* e nell'*applicare* le regole? Questi tre ordini di attività possono essere concepiti secondo il *principio della ragione sufficiente* di Leibniz, o secondo il *principio dialogico* teorizzato da Buber oppure nel reciproco illuminarsi di questi due principi. Per discutere tali questioni si devono compiere alcune chiarificazioni preliminari.

⁹ Husserl, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, 297.

¹⁰ Idem, *Esperienza e giudizio*, 767.

Istituire norme giuridiche, fare riferimento ai principi generali del diritto ed amministrare la giustizia costituiscono un complesso di attività esclusivamente umane, che «avviene nell'inscindibile correlazione delle persone singole delle comunità, in virtù della loro unione interiore, immediata e mediata ... [nel] promuovere una relazione sempre più perfetta della ragione personale singola soltanto in quanto personale-comunitaria, e viceversa». Qui si può leggere, con Husserl, il reciproco rinviarsi del *principio di ragione* e del *principio dialogico*, due principi che si avviano nell'opera della 'motivazione', riaffermando la descrizione della «*ratio nel costante movimento di auto-rischiamento*, un movimento che ebbe inizio nel momento in cui la filosofia si presentò per la prima volta tra gli uomini, mentre prima la loro ragione innata era ancora nello stadio dell'occlusione, in una notturna oscurità»¹¹, incapace sia di interrogarsi sulle motivazioni, sia di concepirle. Questa 'oscurità' si ricostituisce ogni volta che, in modalità più o meno consapevoli, si nega – osserva Del Vecchio – che «Giurisprudenza e Filosofia non possono ... andare disgiunte»¹².

13.2.

Con il formarsi della filosofia, che Husserl vede sorgere in Grecia, si apre l'attenzione alle *idee*; così la condizione umana manifesta il suo trovarsi esposta alla *comunicazione sulle idee*, presentando:

L'umanità che, pur vivendo nella finitezza, vive protesa verso i poli dell'infinità. Si delinea – precisa Husserl – un nuovo modo di accomunamento e una nuova forma di comunità, la cui vita spirituale, nella comunione dell'amore per le idee, per la produzione di idee e per la normatività ideale, porta in sé l'orizzonte di un futuro infinito¹³.

Viene qui sollecitata una chiarificazione dei due versanti del fenomeno giuridico: quello delle *norme* e quello dei *principi generali*. Le norme costituiscono una determinata *fissità* della normatività ideale, una modalità definita nel *presente* contesto storico di un ordinamento giuridico; i *principi generali del diritto* manifestano invece l'attenzione

¹¹ Idem, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, 287.

¹² Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, 66.

¹³ Husserl, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, 335.

alla *creatività* inesauribile della condizione umana, sempre orientata verso il *futuro*, tale perché non anticipabile.

Affinché possa avviarsi l'attenzione all'unità-distinzione che connette e divide le norme ed i principi, è essenziale la costituzione di un atteggiamento specifico, che Husserl denomina *capacità di tematizzare*, di costituire un insieme di domande che rinviano al di là di un ambito circoscrivibile in oggettivazioni chiuse, sperimentabili nelle *tecniche delle scienze*.

Si tratta di quell'atteggiamento, esclusivamente umano, descritto da Husserl come:

L'atteggiamento teoretico [che] si fonda ... su un'epochè [‘messa tra parentesi’] volontaria da qualsiasi prassi, e perciò anche da qualsiasi prassi di grado più alto ... ciò non significa affatto uno sgancio dell'attività teorica da quella pratica, oppure ... una scomposizione della vita concreta dal teorico in due diverse continuità di vita prive di nessi e semplicemente alternative, e che, da un punto di vista sociale, significherebbe la nascita di due sfere culturali spiritualmente irrelate.

Nel giurista, *l'atteggiamento teoretico* segna il tematizzare, il mettere in questione e cercare il *sensu della normatività positiva*, volgendo lo sguardo verso l'inesauribile creatività umana, che eccede «tutte le formazioni culturali ... tutti i sistemi culturali che già sono sorti nel corso della vita dell'umanità e dei valori che li sorreggono espressamente o implicitamente»¹⁴, non secondariamente nei sistemi giuridici. La ricerca del senso si svolge nel rispetto della legalità e non esaurisce i giuristi in «tecnici dell'applicazione delle norme»¹⁵, esige anzi l'«arte dell'ermeneutica». È dovere del giurista ricordare che alla condizione umana non appartiene la scelta di potersi orientare secondo un principio presupposto, come nel caso della *Grundnorm*, poiché se così fosse, se ne dovrebbe avere una padronanza e una disponibilità totali. Concepire il principio come una norma fondamentale, comporta la consapevolezza che lo si nomina parzialmente, perché nel dirlo lo si mette in parole e quindi in una pluralità di elementi linguistici rinviati a significati esposti alla libertà interpretativa. Ne consegue che la ricerca del principio si concretizza come dialogo sul rinvio di un principio ad una pluralità di principi, di una forma ad altre, ipotizzate da soggetti che comunicano attraverso un linguaggio che si va costruendo come discorso nell'esposizione alla *Urnorm*.

¹⁴ Ibid., 341.

¹⁵ Calamandrei, *Fede nel diritto*, 5.

L'essenza specifica dell'atteggiamento teoretico dell'uomo filosofico è costituita dalla peculiare universalità di un concetto critico ben deciso a non assumere nessuna opinione già data, nessuna tradizione, senza indagarle, e insieme a interrogare, di fronte all'universo tradizionalmente dato, l'universo vero in sé, nella sua idealità ... quando l'idea generale della verità in sé diventa una norma universale rispetto a tutte le verità relative che emergono nella vita umana, rispetto a tutte le reali o presunte verità di situazioni, finisce per investire anche tutte le norme tradizionali, le norme del diritto, della bellezza, della finalità, dei valori personali riconosciuti, i valori del carattere personale¹⁶.

L'atteggiamento teoretico si concretizza come ricerca critica del senso, delle motivazioni, non regionali-occasionalmente ma universali, quindi tali da potere essere discusse e motivate nel dialogo con tutti gli altri esseri umani, senza alcuna discriminazione di religioni, di culture, di capacità economiche, di tratti somatici, etc. Davanti alle «norme del diritto», l'atteggiamento teoretico intende cogliere le motivazioni di quelle definite norme di un ordinamento positivo, interrogandosi su come le motivazioni, che hanno orientato l'opera del *legislatore*, possano essere riprese nell'applicazione al singolo caso concreto, che impegna l'attività ermeneutica del *magistrato*.

La ricerca e l'interpretazione delle motivazioni delle *norme*, istituite dal legislatore, rinviano alla chiarificazione dei *principi generali del diritto*, che conferiscono un *orizzonte di senso* a tali norme. La discussione sui principi generali viene riattivata nel continuo ridestarsi dell'*atteggiamento teoretico*, del '*tematizzare*', che qualifica ogni atto dell'uomo-giurista.

Qualsiasi tipo di motivazione comporta l'esercizio della soggettività, che non si limita ad una esecuzione, meccanico-passiva, di *fini già trovati e conosciuti* in una oggettivazione scientifica dei fenomeni, ma rischia l'atto della decisione nel selezionare gli *scopi scelti*, che manifestano l'attività creativa del pensiero e della volontà.

Davanti alle norme, il giurista ha simultaneamente un atteggiamento di *passiva ricezione* delle motivazioni delle norme istituite e un atteggiamento di *attiva ripresa* della chiarificazione del loro concretizzarsi, secondo i principi generali del diritto, non confondibili con le norme.

¹⁶ Husserl, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, 345.

Sono i principi generali ad attivare la responsabilità e la consapevolezza nel rapportarsi alla muta datità delle norme, rischiando il volgersi al *futuro*, al *non-già-dato*.

Tale responsabilità, nell'attività del legislatore e nell'opera del magistrato, si manifesta nel momento della *motivazione*, che segna la separazione tra il versante delle leggi fisiche, chimiche, meccaniche, neurobiologiche, etc., e le leggi giuridiche istituite. *La motivazione è della soggettività umana oppure non è una motivazione*, ma è una combinatoria di elementi che, secondo il comporsi di contingenze e di necessità, acquista una sua definizione, mai imputabile ad un'intenzione, mai sorgente da un pensiero e da una volontà, che elaborano e comunicano i motivi dell'esercizio della soggettività, genesi di tutte le dimensioni, giuridicamente rilevanti, dell'esistere-coesistere.

La motivazione, nucleo centrale della sentenza, non può essere situata nel solo ambito della *forma*, poiché sorge con il *libero convincimento del magistrato*, che impegna quella singola persona o quel collegio costituito da singole persone; qui un io non è riducibile ad un altro io, nella formazione del libero convincimento, mai compiuta secondo una mera 'correttezza formale', demandabile ad un software, strutturalmente incapace di essere co-autore di un dialogo in un dibattito processuale.

La *motivazione*, il *convincimento* libero ed il *giudizio* fanno riferimento alla 'norma originaria' – *Urnorm* – , che, nella lettura di Husserl, avvia e disciplina l'*atteggiamento teoretico*' del giurista, ovvero la continua, inesauribile ripresa dell'io, il distacco da una semplice condizione di passiva ricezione, oltrepassata nell'interrogarsi del soggetto con gli altri soggetti, secondo quella qualità della relazione 'personale-comunitaria' che vede, simultaneamente, in *ogni io sia un debitore sia un creditore di senso*. Qui è riaffermata l'uguaglianza degli esseri umani nella reciprocità del ricevere e del destinare la '*tematizzazione*' del senso, sia quanto alle norme, sia quanto ai principi generali. Segue che il «principio di legalità», nel riconoscere un'«uguale dignità morale di tutti gli uomini», riattiva il «sentire nella sorte altrui la nostra stessa sorte»¹⁷ e riafferma il principio di uguaglianza.

In questa reciprocità intersoggettiva, *il senso permane sempre una ricerca singola-plurale di senso*; mai si pone come una oggettività definita e chiusa. «Tutte le scienze si sentono a disagio ... [perché gravate]

¹⁷ Calamandrei, *Fede nel diritto*, 24-25.

dall'ingenuità per cui la scienza obiettiva ritiene che ciò che essa chiama mondo obiettivo sia l'universo di tutto ciò che è, senza badare al fatto che la soggettività che produce la scienza non può venir conosciuta da nessuna scienza obiettiva»¹⁸.

La scienza tende a rimuovere il rinvio essenziale «all'*enigma della soggettività*»¹⁹, nucleo, riconosciuto e rispettato nella 'norma originaria' – *Urnorm* –, custode dell'inoggettivabilità del soggetto.

Quanto al 'fenomeno del diritto', queste considerazioni comportano che si analizzi il giurista nel suo operare con i modelli della 'scienza obiettiva', nel trattare le norme come oggetti di una conoscenza di stampo logico-matematico, legata al *principio della ragione sufficiente*, concepito da Leibniz. Il giurista, osservante i precetti della *logica tautologica della matematica*, non rivolge alcuna attenzione al *principio dialogico*, nucleo del pensiero di Buber²⁰ e centro del dibattito processuale. In questo modo, può cadere in un rapportarsi alle norme senza attenzione a che le norme sono state istituite dalla soggettività del *legislatore* e sono destinate, quanto alla loro applicazione, alla *soggettività* del magistrato, che incontra il singolo caso, costituito da soggetti storici in carne ed ossa. Anche i giuristi possono restare «impigliati nell'obiettivismo», mancando di maturare la consapevolezza che «alle comunità personali»²¹ non si può accedere con gli strumenti dell'obiettivismo delle scienze modellate da schemi logico-matematici, a-personali.

La soggettività inoggettivabile è il luogo esistenziale della responsabilità-imputabilità giuridica.

La 'norma originaria' – *Urnorm*²² – afferma che le relazioni interpersonali non possono essere trattate come oggetti tra altri oggetti, perché la *soggettività delle parti*, che compongono una relazione, non si lascia incontrare mediante una *oggettivazione che cancella l'esercizio dell'enigma della soggettività*, definibile in situazioni obiettive, ma sottratto ad una spiegazione data secondo gli schemi dell'obiettivismo delle scienze. Le *motivazioni* degli atti giuridici eccedono tutte le *spiegazioni scientifiche*, formulate nella 'scienza del diritto', criticamente discussa da Gadamer.

¹⁸ Husserl, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, 353.

¹⁹ *Ibid.*, 35.

²⁰ Buber, *Il principio dialogico*, 59.

²¹ Husserl, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, 355.

²² *Idem*, *Meditazioni cartesiane*, 144. Quest'opera appare per la prima volta nel 1931; Theunissen, *Der Andere*, 141-151.

A differenza delle norme, formative dei sistemi giuridici positivi, la norma originaria – *Urnorm* – riattiva l'attenzione verso la soggettività del legislatore, che ha istituito le norme e che può essere conosciuta nei suoi dati oggettivi, nei prodotti legislativi, ma non può essere considerata come una *oggettività senza soggettività*; non è un *fatto* dato senza l'esercizio di un *atto creativo*²³, che ha selezionato alcuni *contenuti normativi*, e non altri, e li ha *motivati* ed iscritti nell'ordinamento vigente.

Riflettendo sulla creatività normativa del legislatore, si mostra che la *norma originaria* – *Urnorm* – esige, in tutti gli esseri umani, il rispetto dell'essere-soggetto, condizione costitutiva sia dell'uomo-legislatore, sia dell'uomo-giudice, sia di tutte le figure della giuridicità.

L'oscurarsi della 'norma originaria' configura il giurista secondo gli schemi delle 'scienze dei fatti' che, come afferma Husserl, trattano 'uomini di fatto', ovvero entità estranee alla *soggettività creativa*, genesi dell'imputabilità, eccedente qualsiasi cieca fattualità ed illuminata dai *principi generali-universali dell'intersoggettività*.

Io esperisco gli altri ... in modo particolare ... anche in quanto esperiscono questo stesso mondo che io esperisco ed esperiscono parimenti me come io esperisco loro ... ed esperisco il mondo non come meramente mio privato ma come intersoggettivo, dato per ciascuno e accessibile nei suoi oggetti e in esso gli altri esistenti come altri e in pari tempo l'uno per l'altro²⁴.

Viene qui affermato da Husserl che in ogni soggetto il mondo non si presenta come una entità chiusa nella *privatezza oggettivabile di un individuo proprietario escludente*, ma si manifesta come 'mondo' condiviso tra soggetti, ovvero è un *mondo intersoggettivo*, 'personale-comunitario', *unità armonica del bene individuale e del bene comune*.

13.3.

Una modalità di chiarificazione della norma originaria – *Urnorm* – può venire dal riflettere sulla differenza tra le *relazioni intersoggettive*, che sono di reciproco rispecchiamento dell'io e dell'altro, ed i *rapporti non-umani* che si danno tra tutti gli elementi di un ambiente a-soggettivo.

²³ Cfr. il mio *Nietzsche e Pirandello. Il nichilismo mistifica gli atti nei fatti*.

²⁴ Husserl, *Meditazioni cartesiane*, 29.

La *norma originaria* – *Urnorm* – garantisce una *relazione di reciproco rispecchiamento* tra i soggetti umani, un'incondizionata ed universale uguaglianza che esclude la *sproporzione*, segnata dal *dominio ingiusto*, secondo una fattualità che vince sulle altre, eseguendo gli schemi relazionali di chi assoggetta gli altri, resi oggetti, privati della loro ricerca di auto-comprensione.

Nella vita quotidiana, le vicende umane scorrono secondo un'oscura e piatta ingenuità. «La vita pratica quotidiana è ingenua, consistendo nell'esperire, pensare, valutare, agire entro il mondo già dato. Qui si compiono tutte le operazioni intenzionali dell'esperire». Sono quindi impiegati «i numeri, i contesti predicativi, i valori, gli scopi, le opere»²⁵, ma tutto permane estraneo all'«umanità che lotta per la propria auto-comprensione»²⁶. Husserl rinvia qui alla «auto-comprensione ultima dell'uomo in quanto essere responsabile del suo essere umano»²⁷.

La *responsabilità* è il luogo esistenziale dell'imputabilità giuridica, centro delle valutazioni compiute dai magistrati che concepiscono ed emanano la sentenza, secondo *motivazioni* e non secondo *spiegazioni*. Il giudizio del terzo imparziale si forma secondo il libero convincimento che, in quanto atto della libertà, ha una *motivazione* e non una *spiegazione*. Perché la libertà spiegata non è un fenomeno umano, non è un *atto dell'io*, ma un *fatto* fisico-neurobiologico del *me*.

Alla storia dell'umanità appartiene la peculiare condizione che, «pur vivendo nella finitezza, vive protesa verso i poli dell'infinità», nella condivisione, in una comunità di soggetti, «dell'amore per le idee, per la produzione di idee e per la normatività ideale», portando «in sé l'orizzonte di un futuro infinito»²⁸, non 'presupposto', già dato nel passato, come invece è proprio della qualificazione temporale della 'norma fondamentale', la *Grundnorm*, nucleo della 'dottrina pura del diritto' di Kelsen.

Al versante della *finitezza* appartiene l'avvenuta istituzione di norme giuridiche, vigenti in un ordinamento; al versante dell'*infinità* appartiene la chiarificazione inesauribile dei principi generali-universali del diritto, intesi come continua esemplificazione storica dell'ansia umana per una normatività ideale.

²⁵ Ibid., 31.

²⁶ Idem, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, 43.

²⁷ Ibid., 289.

²⁸ Ibid., 335.

Nel primo versante – *finitzza* – si concretizza la storia della *legalità*; nel secondo versante – *infinitzza* – la storia della ricerca, costante e mai esauribile, della *giustizia* e dell'*equità*.

La norma originaria, *Urnorm*, esige che l'*oggettività* della produzione legislativa e giurisdizionale non oscuri la sua genesi consistente nell'esercizio della *soggettività*. Questo esercizio viene custodito nel contenuto delle *norme istituite dal legislatore* e delle *sentenze emanate dal magistrato*. È quel contenuto selezionato senza l'esercizio della violenza contro l'umanità, in una condizione che Husserl definisce 'ingenua', ovvero quella propria delle «mere scienze di fatti [che] creano meri uomini di fatto», delle scienze che non hanno «nulla da dirci [perché astraggono] da qualsiasi soggetto»²⁹, 'obbiettivando' e spegnendo tutto quel che trattano della *soggettività* delle persone.

In questa prospettiva fino a qui delineata, le riflessioni sul nesso e sulla distinzione tra le norme giuridiche ed i principi generali del diritto chiedono di confrontare *due concetti* presenti, in modo esplicito o presupposto, nel pensiero dei filosofi e dei giuristi: quello della norma originaria – *Urnorm*, concepita da Husserl –, e quello della norma fondamentale – *Grundnorm*, presupposta da Kelsen.

Nella direzione di Husserl, la norma originaria – *Urnorm* – orienta l'*esercizio della soggettività nell'intersoggettività*. Costituisce un riferimento regolativo del singolo soggetto, che prende distanza da tutte le forme di obbiettivismo e viene sollecitato a maturare la consapevolezza che l'istituzione delle *norme giuridiche* ed il riferimento ai *principi generali del diritto* esigono una ripresa mai ultima della *ricerca del senso delle motivazioni*. Gli atti del motivare oltrepassano le *spiegazioni scientiste* e guidano l'attività, esclusivamente umana, del *legislatore* e del *magistrato*.

Il *motivare* è del singolo io, che esiste in dialogo con gli altri nei sistemi sociali; le motivazioni costituiscono il contenuto del dialogare formativo della *comunità dei soggetti di diritto*. La norma originaria – *Urnorm* – impegna nel riprendere l'opera del motivare nella selezione degli *atti*, non dissolti nel flusso 'innocente', a-personale dei *fatti*, entità oggettivate, mancanti dell'esercizio dell'essere-soggetto, custodito nel *rispetto dell'enigma della soggettività*, nucleo della 'norma originaria', la *Urnorm* di Husserl.

²⁹ Ibid., 35-36.

Nella direzione di Kelsen, la 'norma fondamentale' – *Grundnorm* – si configura come una oggettività fattualmente vincente, che oscura, nasconde l'«enigma della soggettività», lasciando darsi il convincimento che il fenomeno del diritto sia un insieme di elementi fattuali, enunciabili in modalità logico-formali, trattabili scientificamente, senza alcun rinvio all'esercizio della soggettività, ovvero alla *motivazione argomentata di scelte e di decisioni*, che hanno il loro principio regolativo nella struttura stessa del *dialogo sul giusto e sull'ingiusto*, non confinabile nella *conoscenza scientifica del legale e del non legale*. Il *principio dialogico* è lo spazio coesistenziale della 'norma originaria', della *Urnorm*, che, nel lessico di Husserl, non si chiude in quella scienza dei fatti che costringe gli esseri umani in una cieca fattualità.

La discussione sul rapporto tra norme giuridiche e principi generali del diritto si approfondisce interpretando alcune tesi di Husserl sul legame tra *mezzi e fini*.

«È ben possibile volere un fine senza avere affatto le idee chiare sul mezzo, e quindi a maggiore ragione sull'«unico e necessario» mezzo»³⁰.

Nell'analisi del 'fenomeno diritto', il *fine* può essere inteso come lo *scopo* scelto ed istituito dalle motivazioni umane, illuminate da principi generali, mentre le norme possono essere concepite come i *mezzi*.

Al di là della lettera dei testi di Husserl, ci si chiede se gli scopi servano agli scopi e se i mezzi servano ai mezzi, ovvero, se gli *scopi*, corrispondenti ai *principi*, ed i *mezzi*, corrispondenti alle *norme*, abbiano la loro prima ragione in se stessi oppure non la abbiano nella *ricerca della giusta qualità delle relazioni giuridiche*, intese come relazioni intersoggettive radicate nella norma originaria – *Urnorm* –, che custodisce l'«enigma della soggettività», non trattabile dalle spiegazioni scientifiche, perché non è un oggetto delle conoscenze sperimentali dei laboratori.

La soggettività non è un materiale di sperimentazioni riproducibili; propone le *motivazioni* degli atti, concepiti dal pensiero e dalla volontà, che mai hanno delle *spiegazioni* scientifiche, tali perché verificabili in laboratorio, dove mai viene trattato l'*atto*, ma unicamente quel che si lascia oggettivare come un *fatto*. L'atto e le motivazioni non sono oggettivabili, come mai lo è l'*io-soggetto*, irriducibile ad un *me-oggetto*.

³⁰ Idem, *Lineamenti di etica formale*, 69.

I *principi-scopi* non sono pensabili come principi per i principi; si presentano nell'averne un senso ed una destinazione nelle *motivazioni* della scelta della qualità delle relazioni umane; i mezzi concernono gli scopi, ovvero i principi, e sono rivolti alla loro realizzazione; tuttavia per ogni principio non vi è un unico e solo mezzo, si è davanti ad una molteplicità di possibili mezzi.

Queste considerazioni iniziali sul rapporto tra scopi e mezzi possono essere approfondite analizzando i due ordini dell'*umano* e del *non-umano*. Nell'opera di Husserl, all'umano appartiene tutto quel che è proprio dello *spirituale* (*soggettività*) ed al non-umano tutto quel che è proprio del *naturale* (*oggettività*).

Per il giurista e per il filosofo, si aprono i due itinerari concernenti i casi degli *eventi spirituali* – atti – ed i casi degli *accadimenti naturali* – fatti. I *fenomeni della natura* possono essere spiegati mediante una attività 'obbiettivante' della conoscenza scientifica, che coglie il contrapporsi ed il comporsi dei diversi elementi che li costituiscono nella fattualità. Gli *eventi dello spirito* possono invece essere chiariti mediante l'attività che cerca di comprendere le motivazioni, inizianti gli atti, nel loro essere imputabili al soggetto di diritto, alla sua *libertà, che è tale perché mai può ricevere una spiegazione scientifica*. Una libertà spiegata non è un *atto dell'io-soggetto*, ma un *fatto del me-oggetto*.

La conoscenza si impegna nello spiegare le «leggi naturali nell'impiego particolare che se ne fa nel caso singolo, che esse lasciano apparire come conseguenza necessaria nelle sue circostanze individuali»³¹.

«La situazione è completamente diversa» se sono considerati gli atti umani, se ci si domanda «perché un Io si comporta come si comporta», poiché *ogni fenomeno esclusivamente umano ha la struttura della motivazione*, esige un riferimento al soggetto, autore dei motivi dei suoi atti. I *fatti* sono oggetti di conoscenze scientifiche; gli *atti* invece si illuminano nella chiarificazione esistenziale delle motivazioni, rispettando l'«enigma della soggettività», nucleo della «norma originaria».

«*I motivi ... risiedono nella soggettività singola o sociale*». La chiarificazione dei motivi di un atto di un io comporta che se ne illumini la differenza rispetto all'ordine degli accadimenti naturalistico-fattuali, che non hanno una motivazione, non sono imputabili all'esercizio di quella singola, unica ed originale soggettività. Comporta pertanto che non si faccia «ricorso a una natura estranea all'Io»³², soggetto-autore

³¹ Idem, *Introduzione all'etica*, 103.

³² Ibid., 103-104.

di motivazioni e non oggetto di spiegazioni. Si esige che nel trattare l'ordine *umano* lo si colga nella differenza dall'ordine del *non-umano*.

Nel lessico di Husserl, queste considerazioni chiedono che si abbia sempre presente la differenza tra la *spiegazione*, che appartiene alla natura delle cose, dei vegetali e delle macchine, e la *motivazione*, che è specifica ed esclusiva degli atti dei soggetti, anche di quelli che istituiscono le norme giuridiche – attività *legislativa* – e di quelli che le applicano – attività *giurisdizionale*. Queste due ultime attività non hanno una *spiegazione*, la loro struttura è presentata nelle *motivazioni*.

La *spiegazione scientifica* non è il contenuto del dialogo ermeneutico, che invece discute sulle *motivazioni esistenziali*.

Il legislatore ed il magistrato compiono *atti* che, in quanto tali, hanno una *motivazione nascente da un'intenzione*, diversamente dai *fatti* naturalistici dell'insieme del non-umano, che si lasciano conoscere ed oggettivare nella loro spiegazione scientifica.

L'intenzione rinvia ad un autore, ad un soggetto che concepisce una motivazione; gli accadimenti fisico-neurobiologico-macchinali mancano di qualsiasi intenzione della persona-personalità, ma semplicemente accadono; se ne può conoscere la spiegazione raggiunta da una *conoscenza oggettivante*, estranea alla chiarificazione del motivare ed all'ermeneutica che si sviluppa nel dialogo, nucleo del dibattito processuale.

Davanti alla domanda «perché giudichi così», centrale nella quotidianità giuridica, si apre la riflessione sulle modalità del valutare, sul loro essere tali da chiarire le motivazioni del giudizio che viene dato sugli atti dei soggetti.

Giudicare attiene agli *atti dello spirito* e non ai *fatti della natura*: «nello spirituale, è comprensibile tutto ciò che ha una genesi spirituale, tutto ciò che è nello spirituale emerge come motivazione»³³, rinviante ad un autore, ad un soggetto, responsabile-imputabile, che concepisce e seleziona i motivi, nel suo pensiero e nella sua volontà, e li iscrive nel mondo coesistito, disciplinato da norme illuminate da principi.

Le norme giuridiche ed i principi generali del diritto sollecitano la ricerca delle *motivazioni* e non delle *spiegazioni*, perché attengono all'esistenza-coesistenza dei soggetti umani, non spiegabili come dei fatti posti tra altri fatti della natura.

³³ Ibid., 105-106.

Pur distinguendo i principi generali di *un* diritto, ovvero i *principi generali intra-sistemici* di un ordinamento, dai *principi generali-universali del diritto*, permane che *i principi sono tali in quanto non sono norme, hanno la struttura di scopi che trovano la loro concretizzazione mediante le norme, operative come mezzi.*

Gli scopi-principi si illuminano nella chiarificazione della *ratio* delle *motivazioni*, mentre le norme sono conosciute prioritariamente nella loro applicazione e così si presentano come *spiegazioni* degli itinerari procedurali richiesti per il raggiungimento di determinati scopi, radicati e custoditi nell'«enigma della soggettività».

13.4.

La *ratio juris* di una norma non rinvia ad altre norme, né ad una 'norma fondamentale' – *Grundnorm* (Kelsen) –, ma rinvia ai principi generali-universali della giuridicità, radicati nella 'norma originaria' – *Urnorm* (Husserl) –, che custodisce l'irriducibilità sia dei *soggetti* a degli *oggetti*, sia delle *motivazioni* a delle *spiegazioni*.

In Kelsen è discussa la distinzione tra «un diritto positivo giusto o ingiusto»; questa discussione viene sviluppata considerando la differenza tra «le norme del diritto positivo» ed «una norma di giustizia». L'attenzione è posta *a)* sul «comportamento degli uomini che stabiliscono le norme del diritto positivo» ed anche, così si legge in Kelsen, *b)* sui «fatti concreti» «che costituiscono l'oggetto del giudizio formulato dalla norma di giustizia», quando ci si interroga sul giusto e sull'ingiusto, con riferimento alle situazioni rilevanti in un diritto positivo.

Nella linea radicale sviluppata da Kelsen:

quando si discute sulla validità di una norma di diritto positivo, si deve far astrazione dalla validità di una norma di giustizia con essa in contrasto e, quando si discute sulla validità di una norma di giustizia, si deve far astrazione dalla validità di una norma di diritto positivo con essa in contrasto. ... Non può quindi esistere alcuna norma di diritto positivo considerata valida, la quale, dal punto di vista di una norma di giustizia considerata contemporaneamente valida, possa essere giudicata ingiusta³⁴,

³⁴ Kelsen, *Il problema della giustizia*, 7-9.

egli stesso osserva «come, dal fatto che un brigante ordini di dargli il nostro danaro, noi non deduciamo affatto che dobbiamo darglielo, cioè che dobbiamo obbedirgli ... perché non presupponiamo alcuna norma in base alla quale il significato soggettivo dell'atto di un brigante sia anche il suo significato oggettivo», che può derivare unicamente da «una norma suprema, generalissima e non ulteriormente fondabile».

È la cosiddetta norma fondamentale (*Grundnorm*),

di cui si presuppone la validità oggettiva ... che costituisce il significato oggettivo di qualsiasi atto. ... Noi giudichiamo giusto un certo trattamento di un uomo da parte di un altro uomo se questo trattamento è conforme ad una norma da noi ritenuta giusta. Il motivo per cui consideriamo valida questa norma conduce, in ultima analisi, ad una norma fondamentale da noi presupposta, che costituisce il fondamento del valore di giustizia³⁵,

tale non perché ci si è trovati davanti a delle alternative concernenti *l'incidenza dei contenuti normativi sulla qualità, giusta o ingiusta, delle relazioni umane*, ma unicamente perché è «presupposta» come 'norma fondamentale', senza motivazioni discusse nel rispetto del principio dialogico.

Le analisi di Kelsen nominano una differenza tra la datità delle norme di diritto positivo e l'ansia di giustizia, ma si concludono in una «teoria monistica del diritto: per lei c'è *soltanto un diritto*, e precisamente il diritto positivo. La norma fondamentale della dottrina pura del diritto non è affatto un diritto diverso dal diritto positivo, ma è soltanto il fondamento, la condizione logico-trascendentale della sua validità e, come tale, non ha un carattere etico politico, bensì epistemologico»³⁶. Ha unicamente un 'carattere' logico-conoscitivo, proprio di una *ragione tautologica presupponente* ed estraneo alla *ragione dialogica non presupponente, ma orientata alla ricerca di relazioni umane armoniche, non sproporzionate, omogenee al nesso che unisce il bello ed il giusto*³⁷.

All'interno della costruzione di Kelsen, *si è oppure non si è obbligati giuridicamente ad obbedire al comando di un brigante, se il senso oggettivo, del suo atto soggettivo, viene dato oppure non viene dato*

³⁵ Ibid., 14-15.

³⁶ Ibid., 125.

³⁷ Cfr. il mio *Giudizio estetico e giudizio giuridico*.

dal 'presupposto' logico-trascendentale, dalla 'norma fondamentale' di un definito ordinamento giuridico.

Si può ipotizzare una norma fondamentale, operativa come presupposto logico-trascendentale di tutte le molteplici serie di norme di un sistema, che sia una norma fondamentale così costituita che all'*atto soggettivo* del brigante conferisca un *sensu oggettivo*, ovvero lo giuridicizza in un ordinamento positivo, con la conseguenza che si è tenuti ad obbedire al suo comando.

Questo esito si ha in tutti i sistemi che non selezionano i contenuti delle *norme positive* secondo il dialogo sulle *norme di giustizia*, ovvero secondo i principi generali-universali della giuridicità. È l'esito oggi vigente nel cosiddetto Califfato, che legittima i tagliatori di teste, perché la sua 'norma fondamentale' conferisce un *sensu oggettivo* agli *atti soggettivi* di tali criminali.

In Kelsen i principi generali del diritto possono essere unicamente i principi generali intra-sistemici, discendenti da quella 'norma fondamentale' che individua e confina quel sistema giuridico, conferendogli una forma che lo differenzia dalle forme degli altri ordinamenti giuridici – nazionali ed internazionali – storicamente esistenti.

Gadamer, come prima ricordato, si pone la domanda: «com'è accaduto che ... un siffatto ideale scientifico si sia potuto assolutizzare a tal punto, da far sì che, oggi, non soltanto si parli di scienza del diritto ma persino di 'scienza dell'arte'?»³⁸.

Il riferimento all'arte è dovuto a che Gadamer intende l'ermeneutica, nucleo dell'opera del giurista, come «l'arte del comprendere» e chiarisce che «comprendere significa poter soppesare e prendere attentamente in considerazione ciò che l'altro pensa ... Il comprendere non è, dunque, un padroneggiamento di ciò che ci sta di fronte, dell'altro e, in generale, del mondo oggettuale»³⁹, trattato dalle teorie e dalle prassi tecno-scientifiche.

Il *comprendere* non si esaurisce nella conoscenza matematico-scientifica degli oggetti, ma acquista il suo senso peculiare nel reciproco accogliersi dell'io e del tu, rispettando il *principio dialogico*, che segna i limiti del *principio di ragione*, del suo svolgimento ultimo nella scienza moderna-contemporanea, divenuta un fare manipolatorio, costruttivo

³⁸ Gadamer, *Che cos'è la verità. I compiti di una ermeneutica filosofica*, 144-145.

³⁹ *Ibid.*, 154-155.

di certezze calcolabili e monetizzabili, secondo la misura unica del danaro⁴⁰, quantificatore del profitto, che spegne la gratuità dell'arte, anche ermeneutica.

In questo percorso di riflessioni, Gadamer formula questa tesi: «l'ermeneutica, come filosofia, non è una disputa metodica con altre scienze o teorie delle scienze ... bensì rappresenta il fatto innegabile che, in qualsiasi momento compiamo uno sforzo con la ragione, non ci limitiamo al solo esercizio della scienza»⁴¹.

Come è confermato dall'arte ermeneutica dei giuristi, nella 'giurisprudenza', 'arte della prudenza', quando Del Vecchio ricorda che «una Giurisprudenza priva di elementi filosofici sarebbe, secondo il paragone che il Kant desume dalla favola antica, simile ad una testa senza cervello»⁴².

Al giurista appartiene la ricerca di una ragione che risponda e consenta un giudizio, come è nel caso dell'attività giurisdizionale. Solo questo percorso segna un inizio del pensiero, della volontà, della decisione, che si iscrive nelle condotte umane e ne orienta la qualificazione significativa nella giuridicità.

Riferimenti bibliografici

- BUBER, MARTIN. *Il principio dialogico e altri saggi*. Tradotto da Annamaria Pastore. Cinisello Balsamo: Edizioni San Paolo, 1993.
- CALAMANDREI, PIERO. *Fede nel diritto*, a cura di Silvia Calamandrei. Roma-Bari: Laterza, 2014.
- CRISAFULLI, VEZIO. "Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXI, fasc. 1-3 (1941).
- DEL VECCHIO, GIORGIO. *Lezioni di filosofia del diritto*. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1930.
- . *La crisi della scienza del diritto*. Modena: Società tipografica modenese, 1933.
- . *Sui principi generali del diritto*. Milano: Giuffrè, 2002.
- GADAMER, HANS GEORG. "L'etica dialettica di Platone. Interpretazioni fenomenologiche del Filebo (1931)." In Idem. *Studi platonici*, vol. I, a cura di Giovanni Moretto. Casale Monferrato: Marietti, 1983.
- . *Verità e metodo*. Tradotto da Gianni Vattimo. Milano: Bompiani, 2001.
- . *Che cos'è la verità. I compiti di una ermeneutica filosofica*, a cura di Stefano Marino, Soveria Mannelli: Rubbettino, 2012.

⁴⁰ Cfr. il mio *Dono del senso e commercio dell'utile. Diritti dell'io e leggi dei mercanti*, 2011.

⁴¹ Ibid., 159-160.

⁴² Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, 66.

HUSSERL, EDMUND. *Meditazioni cartesiane*. Tradotto da Filippo Costa. Milano: Bompiani, 1994.

— . *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*. Tradotto da Enrico Filippini. Milano: Il Saggiatore, 2002.

— . *Esperienza e giudizio. Ricerche sulla genealogia della logica; redatte ed edite da Ludwig Landgrebe*. Tradotto da Filippo Costa e Leonardo Samonà. Milano: Bompiani, 2007.

— . *Introduzione all'etica*. Tradotto da Nicola Zippel. Roma-Bari: Laterza, 2009.

— . *Lineamenti di etica formale*, a cura di Paola Basso e Paolo Spinicci. Firenze: Le lettere, 2009.

KELSEN, HANS. *Il problema della giustizia*. Torino: Giappichelli, 1998.

ROMANO, BRUNO. *Nietzsche e Pirandello. Il nichilismo mistifica gli atti nei fatti*. Torino: Giappichelli, 2008.

— . *Dono del senso e commercio dell'utile. Diritti dell'io e leggi dei mercanti*. Torino: Giappichelli, 2011.

— . *Giudizio estetico e giudizio giuridico. Da Kant verso Schiller*. Torino: Giappichelli, 2014.

— . *Introduzione a Giuristi della 'Sapienza'. Questioni di Filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2015.

THEUNISSEN, MICHAEL. *Der Andere*. Berlin, New York: W. de Gruyter, 1997.

II SESSIONE

14. La molteplicità degli ordinamenti giuridici nella riflessione di Giuseppe Capograssi

Daniele M. Cananzi*

14.1. Vita e diritto nella riflessione di Giuseppe Capograssi

Giuseppe Capograssi, come filosofo, come giurista e come filosofo del diritto è certamente tra quanti si sono applicati allo studio complicato e complesso del nesso tra vita e diritto. Un tema dalla forte ambiguità e che non pochi problemi pone al suo interprete

Non stupisce, dunque, come le quattro linee di sviluppo principali del pensiero capograssiano si siano direzionate e dimensionate in modo così differente svolgendo, ciascuna, coerentemente il pensiero del maestro del quale si fanno interpreti di sfumature e tonalità che vanno a distinguerle: la scuola napoletana, seguendo il vichismo storicistico con Piovani; la scuola patavina, studiando la struttura e la strumentalità del diritto con Opocher; la scuola sassarese, approfondendo il rapporto tra ordine e irrazionalità del diritto con Satta; la scuola romana, sforzandosi di cogliere il diritto nella vita comune, quotidiana, domestica con Cotta.

La ramificazione *delle scuole* capograssiane consente forse ancor meglio di risalire alla fonte e di tentare, seppur troppo brevemente, di individuare un nucleo di senso del pensiero di Capograssi.

E questo nucleo appare individuabile nelle parole che aprono uno dei lavori più noti e citati di Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*:

* Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici, 'Sapienza' Università di Roma.

nasce una immagine molto diversa dalla immagine astratta e comune che la scienza dà di sé stessa, quando si presenta come occupata a fabbricare provvisori e artificiali concetti al servizio quotidiano della pratica ... La scienza del diritto è una forza di vita, è un atto di vita che sta nella vita e partecipa alla vita ... strumento ma strumento che ha la sua autonomia la sua funzione autonoma. Ora una domanda nasce: in quanto sta nella vita, in quanto è vita, la scienza ha dunque una sua visione della vita? C'è nel suo profondo da dove nasce la forza del pensiero, con cui investe l'esperienza, una sua idea del diritto, una sua idea dell'esperienza giuridica, una sua idea che è il suo profondo fine, la profonda verità a cui essa aderisce, a cui dirige tutto il suo lavoro?.

Pensare che possa essere interrotto il legame tra diritto e vita, pensarlo come irrilevante se non addirittura inesistente (qui la critica alla riflessione che ha perversato soprattutto nel '900), invita a considerare Capograssi, significa non riuscire a comprendere il diritto proprio in quella scientificità in base alla quale si pretende operare per purificazioni, per specializzazioni o per specificazioni.

In fondo, quello che Capograssi rivendica – e lo rivendica *in primis* per il giurista – è il colpo d'occhio, la visione d'insieme nei confronti di quella esperienza giuridica che è una parte soltanto dell'esperienza in generale; si deve comprendere, come sottolinea in studi a questo dedicati², come il diritto sia elemento implicito nell'esperienza comune e che non possa procedere edificando 'astratte costruzioni artificiali' che recidono il suo stare nella vita ed essere vita (come ho prima ripetuto nell'ampio passaggio citato). Scopo della riflessione sul diritto è quello di non intenderlo come *corpus* ma di osservarlo nell'esperienza che se ne fa e nella sua vitalità; esperienza che allora cela e custodisce quella «profonda verità a cui aderisce» e che rimane velata dietro ciò che la manifesta. Ma celata e non cancellata!

Di qui l'espressione *esperienza giuridica*, con la quale si identifica il pensiero stesso di Capograssi, e di qui anche il nesso vita-diritto che si svolge proprio nell'esperienza e nell'esistenza dell'individuo: quello 'comune anonimo statistico', quello preso in contropiede 'dopo la catastrofe' degli orrori della seconda grande guerra, quello delle 'incertezze' e dei 'bisogni', per ricordare così alcuni titoli famosi nella bibliografia capograssiana³.

¹ Capograssi, "Il problema della scienza del diritto", 387.

² Idem, "Analisi dell'esperienza comune", 5 ss.

³ Saggi tutti raccolti in Idem, *Incertezze sull'individuo*.

Si comprende allora come la questione che costituisce oggetto specifico del mio intervento, la molteplicità degli ordinamenti giuridici, non potesse essere trattata da Capograssi diversamente dal modo in cui è stata affrontata e trattata e come non poteva non essere incontrata da parte di chi – come si è ascoltato – intende le questioni della scienza giuridica come questioni vitali e – al fondo – partecipanti di una verità profonda.

14.2. La questione della molteplicità degli ordinamenti giuridici

Merito di Pigliaru, ispiratore, e di Mura, membri autorevoli della scuola sarda sopra ricordata, aver sottolineato l'importanza della molteplicità non solo nell'insieme del pensiero capograssiano ma anche nella riflessione giuridica e filosofica del tempo⁴.

Nel pensiero capograssiano perché – lo delinea bene Grossi⁵ – vi sono tracce sin dai primi scritti sullo Stato (1918) e sull'autorità (1921) che diventano tema in *Nuova democrazia diretta* (1922) e oggetto specifico nelle "Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici" (1936 e 1939) dove compiutamente Capograssi formula il suo pensiero in materia.

Nella riflessione del tempo perché – lo ricorda anche Mura⁶ – Croce prima e soprattutto Santi Romano avevano intercettato quel sentire comune sulla crisi dello stato liberale che portava a rilevare l'incontinenza della forma Stato verso una socialità sovrabbondante, verso la spontaneità dei rapporti giuridici che nascono, crescono e vivono prima e fuori dall'ordinamento pubblico costituito.

È il comune sentire che avvicina tra di loro la Germania di Gierke e Stammler, la Francia di Duguit e Hauriou, l'Inghilterra di Maitland e Laski e queste e questi all'Italia, nella quale la prima edizione dell'*Ordinamento giuridico* (1917)⁷ piomba ad animare il dibattito, anticipato dalla celebre prolusione pisana del 1909 su *Lo Stato moderno e la sua crisi*⁸.

⁴ Riferimento principale non può non essere lo studio di Mura, *Statualismo e diritto sociale*.

⁵ Grossi, *Scienza giuridica italiana*, 120 ss.

⁶ Mura, *Statualismo e diritto sociale*, 12-13.

⁷ Romano, *Ordinamento giuridico*, ora in *L'ultimo Santi Romano* (da dove si cita).

⁸ Idem, *Lo Stato moderno*.

Qual è, in breve, lo scenario e qual è la questione della molteplicità? Possiamo riferirci e rifarci proprio ai termini proposti da Santi Romano.

Lo Stato moderno è una formazione progressiva che nasce dal processo unificante del frazionamento pre-Statale del sistema feudale, ormai al declino e caratterizzato da una molteplicità di fonti del diritto e di centri decisionali.

L'obiettivo contro il quale si scaglia Romano è – sostanzialmente – il positivismo, quello del normativismo volontaristico in specie. Al primo contesta l'idea della definibilità del diritto nei termini di una statalismo esclusivo ed escludente; scrive:

con l'affermarsi del c.d. Stato moderno, come conseguenza dell'allargarsi della sua forza e del suo predominio su altre comunità, fino allora indipendenti e ad esso, talvolta, antagoniste, poté aversi l'illusione di aver unificato l'ordinamento giuridico e poté svolgersi, senza troppo palese e stridente contraddizione con la realtà, la teoria che vede lo Stato il signore e l'arbitro non soltanto del suo diritto, ma di tutto il diritto⁹.

Al normativismo volontaristico Romano contesta l'idea che la definizione del diritto come Stato sia nei termini dell'equazione diritto-norma; osserva che il diritto sia anche norma può essere giusto ma è un dato «inadeguato e insufficiente», e da superare, come scrive, «mettendo in evidenza qualche altro aspetto del diritto, più fondamentale e, soprattutto, antecedente, sia per le esigenze logiche del concetto sia per l'esatta valutazione della realtà in cui il diritto si estrinseca»¹⁰.

La duplice e concentrica contestazione nasce dal pensare che l'unità dello Stato moderno non può essere intesa come esaustività. In fondo il processo di formazione ha, secondo Romano, giustamente coagulato la frammentazione in unità confondendo però il 'predominante' e l'«esclusivo»; così che lo Stato da predominante perché istituzione principale e autonoma rispetto alle altre, si è proposto anche come esclusivo detentore del diritto.

Il passaggio è chiaro: da un diritto antecedente che determina lo Stato come istituzione ad esso successiva, si passa ad uno Stato che detiene e determina il diritto, l'unico diritto che è appunto quello statale; chiarisce Romano:

⁹ Idem, *Ordinamento giuridico*, 78.

¹⁰ Ibid., 6.

Lo Stato non è dunque che una specie del genere 'diritto'. La proposizione contraria, dal punto di vista filosofico, si dimostra inaccettabile, anzi tutto pel motivo che sono inaccettabili le premesse di cui vuole essere un corollario. In secondo luogo, perché incompatibile col concetto di diritto, che, come si è visto, è logicamente antecedente a quello di Stato. In terzo luogo, perché non può riconoscersi valore filosofico, cioè assoluto, ad un principio che, specialmente in certe epoche storiche, si è rivelato nel contrasto più aperto con la realtà¹¹.

Di qui l'affermazione che l'unicità di diritto come Stato va realisticamente sostituita con la molteplicità degli ordinamenti giuridici.

Cosa significa?

Che *c'è il diritto e che questo si organizza in ordinamenti e che questi sono molteplici come i modi del diritto*. I sistemi, gli ordinamenti non sono altro che questo, modalità di istituirsi del diritto.

E questo comporta che non solo non c'è un ordinamento unico che emana diritto ma anche che i vari ordinamenti sono, seppur in modo graduato, tutti egualmente giuridici, seppur in modo e con livelli di autonomia differenti.

Come gli storici ed i giuristi ed i teorici più attenti non hanno mancato di sottolineare, questo in parte riporta soprattutto all'esperienza giuridica medioevale dei molteplici ordinamenti giuridici; ma in parte, e per quanto più mi interessa in questa sede, conduce proprio all'oggi e, in buona parte anche al domani del diritto che sempre più – oramai abbandonata l'idea (o l'ideologia?) dello Stato moderno per come l'ho delineata – deve cogliere la sfida dei tempi e tentare di rispondere alle esigenze che articolano la realtà giuridica e sociale.

In questa ottica, e proprio in questa ottica, il contributo di Capograssi al dibattito di allora e gli argomenti con i quali spiega la sua posizione appaiono centrali e attuali, anzi attualissimi.

Affascinato dall'ipotesi di Romano, Capograssi – a ben vedere – interviene quando il tema è superato; di 'prodotto fuori stagione' parla Mura documentando anche la disattenzione immediata verso questo contributo capograssiano¹²; del 1936 la prima edizione dal titolo *Alcune osservazioni sopra la molteplicità degli ordinamenti giuridici*, pubblicata su "Studi sassaresi"; del 1939 la seconda, ampliata e maggiormente

¹¹ Ibid., 80.

¹² Mura, *Statualismo e diritto sociale*, 93-95.

analitica, appare, col titolo "Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici", sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*¹³.

L'intervento di Capograssi sulla molteplicità è tardivo per la storia, nel '36 siamo all'apice dei consensi per il fascismo con la proclamazione dell'Impero, nel '39 alla vigilia dell'ingresso in guerra dell'Italia, non è invece tardivo né per l'itinerario di Capograssi né per l'approfondimento che ne compie.

Per Capograssi siamo nella fase della prima maturità, come è stato pure detto, del 1932 sono gli *Studi sull'esperienza giuridica* e del 1937 il *Problema della scienza del diritto*. La ripubblicazione riveduta perché ampliata, dimostra – oltretutto – che è tema sentito e, non a caso, ritornerà di moda all'esterno e verrà mantenuto all'interno del pensiero capograssiano¹⁴ fino a dopo la catastrofe e nella riflessione più matura dell'*ultimo Capograssi*, per dirla con Cotta.

Per l'approfondimento del dibattito l'intervento di Capograssi non è assolutamente tardivo nel metodo e nel merito. Il metodo è quello di individuare un modo per districare la matassa delle posizioni, degli interventi, «della disordinata letteratura»¹⁵; e questo metodo è quello di vedere i tanti punti di vista come punti di vista; è proprio questa pluralità di punti di vista nella ricerca che qualifica la ricerca stessa non solo nel metodo, dunque, ma anche nel merito.

La questione della molteplicità degli ordinamenti viene così affrontata riconducendola al colpo d'occhio ed alla visione d'insieme, riportandola alla totalità¹⁶. Un metodo ed un merito che, per usare un lessico – ma non il contenuto – estraneo a Capograssi, sono di chiaro stampo ermeneutico.

14.3. Unità e molteplicità del diritto, una questione controversa

In che senso ermeneutico è presto detto, entrando nel nucleo profondo delle pagine capograssiane.

¹³ Capograssi, "Note," 183.

¹⁴ In quest'ottica, non bisogna dimenticare l'esortazione che Capograssi rivolge a Pigliaru per quello che diventerà *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*.

¹⁵ Capograssi, "Note," 185.

¹⁶ Capograssi assume l'"esperienza totale" e muove dall'intento di considerare l'"in sé" dell'ordinamento oltre la molteplicità anche l'"eguaglianza" tra i molteplici ordinamenti; *ibid.*, 183, 185.

La classica controversia che ha animato la storia della filosofia del diritto ritorna anche in questo caso: se ci sia (e se ci debba essere) unità del diritto, *nonostante* la molteplicità degli ordinamenti, o se ci sia (e se ci debba essere) una molteplicità degli ordinamenti che costituisce la più chiara prova dell'*assenza di unità* del diritto.

In Romano tale questione non trova una soluzione, risulta forse più marginale. E non a caso proprio su questo si svolge la critica di Capograssi: aver dimenticato gli ordinati ed essersi occupato solo dell'ordinamento, dell'istituzione e non degli istitutori. Questo significa criticare anche l'idea che l'ordinamento sia fatto; seguendo Del Vecchio, Capograssi infatti rileva come «la dottrina della molteplicità degli ordinamenti ha lasciato un poco in ombra il punto delicatissimo del passaggio dal fatto all'ordinamento». Tanto Romano quanto Hauriou, per Capograssi, lasciano in ombra «l'imprescindibile principio insito nella 'organizzazione'», arrivando a delle intuizioni che rimangono però incomplete, inesplicate e ingiustificate¹⁷.

Il problema consiste nel non aver distinto «fatto e ordinamento» ed essere finiti anzi con l'affermare che l'ordinamento è un fatto.

Perché è così importante questo per Capograssi?

Perché è convinto che contenga il passaggio più delicato; perché non riconoscere la differenza significa non riconoscere il «momento caratteristico ed essenziale che dà l'essenza all'ordinamento, per cui il gruppo riconosce e realizza in sé la profonda legge della fedeltà a se stesso alla sua stessa vita, scopre e afferma la verità di se stesso»¹⁸.

Se si ignora la distinzione tra fatto e ordinamento si finisce per fraintendere la molteplicità perché si finisce per sostenere che l'ordinamento giuridico sia unicamente gli ordinamenti giuridici, tutti non solo molteplici ma anche indifferenti e indipendenti. È la posizione proprio di Romano il quale a più riprese insiste proprio sul diritto come fatto, sull'origine dell'ordinamento come fatto: «Ciò è evidente per lo Stato, ma non solo per lo Stato: esso esiste perché esiste, ed è un ente giuridico perché esiste e dal momento in cui ha vita. La sua origine ... è, come si è ripetutamente messo in vista, un fatto. Ora, il diritto si ha appena questo fatto è compiuto, appena si ha uno Stato effettivo, vivo e vitale»¹⁹.

¹⁷ Ibid., 188.

¹⁸ Ibid., 189.

¹⁹ Romano, *Ordinamento giuridico*, 38.

Tale critica è foriera della reinterpretazione dei termini stessi della questione che opera Capograssi. Non più la controversia, che prima ho pure richiamato, tra unità e molteplicità: se sia unico il diritto nonostante gli ordinamenti o se ci sia la molteplicità ma non l'unità.

Capograssi conurba i due termini, unità e molteplicità; inverte l'argomento scettico per il quale la molteplicità e diversità contenutistica degli ordinamenti dimostra l'inesistenza di alcuna unità e chiarisce come bisogna cercare nel luogo giusto per trovare ciò che si cerca.

Se si osservano i vari ordinamenti e li si valuta in base al fine e all'idea costitutiva²⁰, alla storia dei popoli e delle volontà alla base delle scelte sul come e sul perché, gli ordinamenti appaiono non solo molteplici ma anche diversi, non solo tanti ma anche in possibile contrasto e contraddizione tanto nelle ragioni costitutive quanto nei contenuti scelti e voluti.

Ma fare questo significa, appunto, accogliere la visione istituzionalistica dell'ordinamento come fatto, la quale pecca nel non riconoscere «l'atto di volontà» alla base dell'ordinamento²¹, o quella contrapposta del contrattualismo, che cade nell'opposto difetto che lascia tutto alla volontà sfuggendogli «la profonda necessità ideale obiettiva di quest'atto di volontà superiore al movimento arbitrario della volontà ambulatoria»²².

La posizione di Capograssi è allora chiara e diversa. Unità e molteplicità si coappartengono e si implicano vicendevolmente.

Ciò che gli interessa è, come scrive «che sia chiarito il principio al quale ogni ordinamento in quanto tale si riporta: che sia chiaro cioè che ogni ordinamento è tale e si realizza in quanto si riporta a un principio costitutivo dell'azione». Un principio implicito in ogni ordinamento giuridico in quanto tale e dunque in tutti gli ordinamenti molteplici.

Capograssi, in altre parole, «riconosce la molteplicità e poiché la riconosce afferma l'unità»²³. Convinto com'è che «l'unico modo di fondare la diversità – e cioè la molteplicità – degli ordinamenti, l'unica anzi diversità che vi è tra gli ordinamenti in quanto tali, è proprio nella relazione nella quale i singoli ordinamenti stanno con l'universale ordinamento dell'esperienza»²⁴.

²⁰ Capograssi, "Note," 198.

²¹ Ibid., 190.

²² Ibid., 191.

²³ Ibid., 209.

²⁴ Ibid., 205-206.

Ecco che allora la questione controversa della molteplicità si compone; ecco che l'asse ermeneutico unità/molteplicità²⁵ ci dice che gli ordinamenti sono molteplici: hanno eguaglianza di natura che si origina non negli scopi e nelle singole storie ma nella struttura ordinamentale la quale manifesta la connessione²⁶.

In che senso vi sarebbe questa connessione? Come 'l'universale ordinamento dell'esperienza' entra nei singoli ordinamenti e li rende tali?

Capograssi pone i termini di unità/molteplicità, anche qui, secondo un'ottica che – come accennavo anche prima – vede proprio nel punto di osservazione la chiave di volta per impostare il problema. Gli ordinamenti (quelli molteplici), scrive, sono limitati. Di una limitatezza duplice: perché ciascun ordinamento «comprende solo una forma o posizione dell'esperienza e non le altre, poiché non comprende tutta l'esperienza», limitato «perché dipende da (nel senso che è connesso con) tutta l'esperienza che non comprende»²⁷.

Poiché ciascun ordinamento singolo è limitato, è solo una interpretazione del tutto, si danno più ordinamenti e l'ordinamento non si può dare come unico ma solo nelle singole interpretazioni, nelle singole scelte e manifestazioni di volontà limitate, che danno vita ai vari ordinamenti, alla molteplicità degli ordinamenti.

Dal lato e *sul versante della molteplicità*, questo significa che «il singolo ordinamento richiede la molteplicità» e che questa è dunque implicita nel singolo, strutturalmente implicita nella limitatezza del singolo: «il singolo ordinamento in quanto tale annunzia gli altri ordinamenti in quanto annunzia e rivela il principio universale che necessariamente e incessantemente trasforma in ordinamento tutte le realtà del concreto»²⁸.

Dal lato e *sul versante dell'unità*, questo principio universale è quello che rende ciascun ordinamento un ordinamento, che «li fa ordinamenti, la loro comune natura, il comune punto di origine, la comune fonte di vita»²⁹. L'unità come principio attivo e implicito è sempre in atto e sempre svolto, interpretato in modo specifico e unico nel singolo

²⁵ Sul quale in altre occasioni mi sono dilungato e per il quale mi limito, in questa sede, a rinviare all'ermeneutica di Pareyson, *Verità e interpretazione*.

²⁶ Capograssi, "Note," 193.

²⁷ *Ibid.*, 194.

²⁸ *Ibid.*, 195.

²⁹ *Ibid.*, 196.

ordinamento che non lo svolge a pieno ma sempre e solo parzialmente, sempre e solo limitatamente. Perché questo principio, che Capograssi intende come l'esperienza in generale, è solo partecipata dalle singole esperienze e dalle singole interpretazioni del senso del diritto.

In questo senso unità e molteplicità sono conurbati, tanto che Capograssi può scrivere che:

tutti gli ordinamenti sono eguali, nel senso che tutti gli ordinamenti sono lo stesso ordinamento, tutti gli ordinamenti non fanno che realizzare lo stesso ordinamento. Varia la posizione cioè varia il fine e l'idea costitutiva delle singole forme di vita associata che costituiscono i singoli ordinamenti, ma ciascuno realizza lo stesso ordinamento³⁰.

14.4. Dall'ordinamento molteplice al fondamento del diritto

Il fascino dell'idea di Romano, come si è potuto vedere, trova in Capograssi un ascoltatore attento ma anche intelligentemente critico.

A non convincere Capograssi è, in fondo, la poca prospettiva nella quale Romano pensa l'istituzione dell'ordinamento giuridico, esemplarmente rappresentato dall'indistinzione tra fatto e azione.

Come dicevo, la questione della molteplicità degli ordinamenti è nelle corde di Capograssi che non se ne occupa come per un tema à la page né per dire la sua in un dibattito, tra l'altro superato proprio quando il filosofo di Sulmona verga le proprie considerazioni.

Nelle sue corde il problema è per come anche lo presenta e svolge, inserendolo nella sua visione dell'esperienza giuridica.

L'unità degli ordinamenti è infatti la comune partecipazione di ciascuna esperienza all'esperienza comune, di ciascuna storia di popolo alla storia comune dell'umanità.

Ecco perché, anche iniziando queste considerazioni, ho ricordato quel luogo de *Il problema della scienza del diritto* nel quale nell'esperienza giuridica si riconosce un principio veritativo (anche qui, dunque, unitario) al quale questa – emblematicamente per altro – si adegua. E l'espressione che adopera Capograssi è netta e precisa: «la profonda verità a cui essa [l'esperienza giuridica] aderisce, a cui dirige tutto il suo lavoro».

Qual è questa profonda verità?

³⁰ Ibid., 198.

Quella che, in *Analisi dell'esperienza comune*, nomina con l'azione, con la volontà e per la quale «la legislazione, invece di rimanere al di sopra della vita ed estranea all'azione, diventa esperienza e vita giuridica»³¹.

E non è certo un caso se – scritte queste parole – Capograssi avvalorava quanto appena detto trovando nella società dei ladroni una conferma ed una prova. Quella società dei ladroni della quale parla anche nel saggio sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici che per lui – a differenza di Romano e grazie alla sua ottica e argomentazione – non costituisce un elemento di critica ma di conferma della posizione che assume.

Il punto però è delicato e merita qualche precisazione. Se Capograssi sostenesse la giuridicità della società di ladroni in base alla diversità delle istituzioni fattuali, alla Romano, sarebbe facilmente obiettivo delle critiche che colpiscono questa; se volesse sostenere la giuridicità in base ai contenuti, cadrebbe in un relativismo storicistico che contrasterebbe col nesso unità/molteplicità che invece afferma.

Capograssi considera la società dei ladroni perché anche questa conferma – a contrario o in modo indiretto, se si vuole – che dietro ogni ordinamento c'è l'umano volere e l'azione; conferma che anche «questa società, per quella parte per cui è società, obbedisce alla legge dell'azione, realizza in sé la verità dell'azione umana»³².

In che senso e in che termini?

Quelli che argomenta proprio nel saggio sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici quando osserva come, accanto ai tanti possibili ordinamenti, c'è quello che tenta di negare gli altri: la società dei ladroni.

In che termini anche questa sarebbe società? In che termini conferma e non nega la volontà e la scelta alla base del diritto per Capograssi?

Osserva: «anche l'attività dei ladroni, in quanto attività che dà vita a una forma di vita associata, si realizza e non può non realizzarsi come attività umana, e perciò soggiace alle leggi e ai fini dell'attività umana». Sul filo del paradosso continua:

Il soggetto (ladrone) liberamente riconosce e realizza l'esigenza di rispettare quello che la stessa sua attività implica: liberamente riconosce che l'agire ha una sua verità, e una sua necessità che deve essere rispettata. Significa cioè, che il ladrone non è sempre, e in ogni momento della

³¹ Idem, *Analisi dell'esperienza comune*, 165.

³² Ibid., 166.

storia della sua azione, ladrone; ma anzi per essere ladrone ha bisogno di essere e di agire come uomo, soggetto alla verità e rispettoso delle necessità umane della sua azione. E perciò ha bisogno, per muoversi in guerra contro l'esperienza, per trarre frutto da questa guerra, creare la pace attorno a sé: questa pace, nella guerra, è la società criminale come ordinamento giuridico³³.

In che termini questa chiusa non deve sconcertare? Forse che sia ammissibile, tra i tanti ordinamenti giuridici, annoverare anche quelli criminali?

Se fosse così la critica di Capograssi a Romano ed al positivismo kelseniano smarrirebbe la sua principale ragione.

Il punto che con enfasi Capograssi sottolinea è ben altro: «perfino coloro che negano la verità dell'azione hanno bisogno di rispettarla; persino coloro che negano la umanità dell'azione hanno bisogno di essere umani»³⁴.

Per dirla in altri termini, la società di ladroni afferma (*per negationem*) quello che nega; è sempre un essere umano che sceglie, che vuole, che decide. E per scegliere, volere e decidere non può fare a meno di essere un essere umano. Detto questo, la società di ladroni è giuridica?

Certamente no! e il no! può essere pronunciato e ribadito proprio attraverso l'argomento di Capograssi. Non è giuridica perché «si vede troppo chiaramente che essa si risolve in una negazione del principio che dà vita all'ordinamento!»; perché manca di una cosa che – a differenza di altri nella riflessione di Capograssi non manca – è il fondamento, la giustificazione.

Come pure scrive poco dopo: «la società di ladroni è negata appunto come ordinamento in quanto la negazione di se stessa come ordinamento è in se stessa è essa stessa che nega se stessa come ordinamento, e perciò lo Stato anche qui non viene che a riconoscere e a dichiarare quello che già nella realtà dell'ordinamento è negato»³⁵.

In questo si ravvisa la maggiore prova della critica che Capograssi avanza, come ho già accennato sopra, tanto all'istituzionalismo quanto al contrattualismo.

³³ Idem, "Note," 203.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid., 204-205.

Il primo criticato perché vede l'ordinamento prima e sopra la volontà, intuisce la vita autonoma delle forme concrete dell'esperienza ma non vi ravvia dietro il soggetto. Diversamente, «il diritto nasce proprio quando il soggetto cessa di essere chiuso e come ipnotizzato nel fine immediato dell'azione nella necessità immediata dei fini della vita»³⁶.

Il contrattualismo criticato perché, specularmente ed al contrario, enfatizza l'autonomia negoziale che cancella l'oggettività e l'oggettivizzazione dell'istituzione; quel distacco e quella distanziamento che si acquista, come la prospettiva, nella profondità dell'azione, nella sua storia, nell'intreccio delle storie che costituisce l'esperienza dell'umanità, la storia dell'umanità.

Equidistante ed equamente critico, Capograssi vede la non contingenza del diritto e dell'azione, ovvero la non immediatezza che li qualifica e così li giustifica e li fonda.

Non si è così aperto lo spazio operativo per quella riflessione sul diritto che non procede – lo ricordavo iniziando proprio citando lo studio di Capograssi sul problema della scienza giuridica – per astrazioni che fabbricano provvisori e artificiali concetti, ma una riflessione che dirige tutto il suo lavoro nel discutere il «perché il diritto sia nella vita», dico con Piovani³⁷; ravvisando il diritto tutto immerso e parte implicata dell'esistenza, ripeto dopo Cotta³⁸; evitando «l'immobile vuoto» del formalismo icasticamente immortalato da Satta³⁹ ed evitato in ragione dalla vitalità costante della controversia, come bene ha spiegato Opocher⁴⁰.

Mi sembra di poter così concludere, attraverso questi allievi di Capograssi diventati maestri a loro volta di importanti scuole, altro tipo di legame tra unità e molteplicità; concludere su tutta l'attualità del pensiero di Capograssi, di quel pensare, non privo di ambiguità e sospetti, il nesso vita-diritto, forse l'architrave speculativa di quell'«anonimo individuo perduto nella folla anonima di questi tempi»⁴¹, come disse di sé il filosofo di Sulmona.

³⁶ Ibid., 190.

³⁷ Piovani, *Linee di una filosofia del diritto*, 18.

³⁸ Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, 16 ss.

³⁹ Satta, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, 47.

⁴⁰ Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, 293 ss.

⁴¹ Capograssi, *Introduzione alla vita etica*, 6.

Perché attualità? E perché mai con riferimento alla molteplicità degli ordinamenti?

Perché mai come ora la questione è centrale, mai come ora il diritto si dà nella molteplicità di sistemi di formazione, sociali, giuridici, politici, religiosi, economici.

Il messaggio di Capograssi appare, almeno questa volta, almeno per l'oggi, di stagione: osservare l'azione e l'essere umano nell'interezza del se stesso e nella totalità.

Oggi più che allora appaiono obsolete le distinzioni tra oggettivo e soggettivo, forma e contenuto.

Oggi più che allora la pluralità degli ordinamenti può manifestare l'unità che contiene ed esprime. Ma per questo, e questo, è il compito proprio della scienza giuridica, della filosofia del diritto, di quella esperienza giuridica attraverso la quale Capograssi invita a superare le distinzioni disciplinari e cogliere il nesso vita-diritto, umano-giuridico.

Osservando il diritto nel suo fare e nel suo farsi che contiene tanto la profondità della filosofia quanto il rigore della scienza. Tornando a pensare quella esperienza comune che dice l'umanità dell'essere umano di ogni tempo.

Riferimenti bibliografici

- CAPOGRASSI, GIUSEPPE. "Introduzione alla vita etica." In IDEM. *Opere*. vol. III. Milano: Giuffrè, 1956.
- . "Analisi dell'esperienza comune." In IDEM. *Opere*. vol. II. Milano: Giuffrè, 1959.
- . "Il problema della scienza del diritto." In IDEM. *Opere*. vol. II. Milano: Giuffrè, 1959.
- . "Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici." In IDEM. *Opere*. vol. IV. Milano: Giuffrè, 1959.
- . *Incertezze sull'individuo*. Milano: Giuffrè, 1969.
- COTTA, SERGIO. *Il diritto nell'esistenza*. Milano: Giuffrè, 1991.
- GROSSI, PAOLO. *Scienza giuridica italiana*, Milano: Giuffrè, 2000.
- MURA, VIRGILIO. *Statualismo e diritto sociale. Il saggio di Capograssi sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici: esercizio sulle varianti delle due edizioni(1936/1939)*. Pisa: ETS, 1979.
- OPOCHER, ENRICO. *Lezioni di filosofia del diritto*. Padova: CEDAM, 1993.
- PAREYSON, LUIGI. *Verità e interpretazione*. Milano: Mursia, 1971.
- PIGLIARU, ANTONIO. *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*. Milano: Giuffrè, 1959.

PIOVANI, PIETRO. *Linee di una filosofia del diritto*. Padova: CEDAM, 1968.

ROMANO, SANTI. *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1969.

— . *Ordinamento giuridico*. 2 ed. Firenze: Sansoni, 1946. Ora in *L'“ultimo” Santi Romano*, a cura e con nota bio-bibliografica di Alberto Romano. Milano: Giuffrè, 2013.

SATTA, SALVATORE. *Soliloqui e colloqui di un giurista*. Padova: CEDAM, 1968.

15. L'applicazione delle leggi antiebraiche nella Facoltà di Giurisprudenza della R. Università degli Studi di Roma (con peculiare riguardo al caso di Giorgio Del Vecchio)

*Fabio Franceschi**

15.1. Le leggi antiebraiche e il mondo accademico italiano

Il R.D.L. 5 settembre 1938, n. 1390, contenente provvedimenti *“per la difesa della razza nella scuola fascista”* (che ordinava la sospensione dal servizio dei docenti di razza ebraica appartenenti ai ruoli per le scuole statali o parastatali di qualsiasi ordine e grado, nonché di quelli ammessi all'insegnamento nelle scuole non governative ai cui studi fosse riconosciuto effetto legale, con decorrenza dalla data del 16 ottobre 1938), e il successivo R.D.L. 15 novembre 1938, n. 1779, recante *“Integrazione e coordinamento in un unico testo delle norme già emanate per la difesa della razza nella scuola italiana”* (il quale imponeva la definitiva dispensa dal servizio dei docenti di razza ebraica, con possibilità, per gli stessi, di chiedere il trattamento di quiescenza previsto dalla legge) colpirono a fondo l'università italiana, lasciando al suo interno una ferita profonda e difficile da rimarginare.

I dati parlano di 96 docenti universitari di razza ebraica, tra ordinari e straordinari, costretti a lasciare l'insegnamento in virtù dei provvedimenti sopra ricordati (su un totale di 1368 professori censiti nell'anno accademico 1937/38; circa il 7% dell'intero corpo docente).

* Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici, Sapienza Università di Roma.

Una versione del presente lavoro, significativamente ampliata nel testo e corredata da un ricco apparato documentario e bibliografico, è pubblicata, con il titolo *“Le leggi antiebraiche del 1938 e la loro applicazione nella Facoltà giuridica della R. Università degli Studi di Roma”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 38/2014, 1-69.

Dei 96 docenti universitari ebrei allontanati 25 appartenevano all'area giuridica; quattro di essi erano filosofi del diritto (oltre a Giorgio Del Vecchio, dell'Ateneo romano, si possono ricordare Benvenuto Donati dell'Università di Modena, Alessandro Levi dell'Università di Parma, Adolfo Ravà dell'Università di Padova). Ad essi vanno aggiunti i circa 400 (qui i dati diventano più difficili da ricostruire con certezza) tra liberi docenti, aiuti, assistenti ed incaricati.

Cifre, queste, che non devono sorprendere. La gran parte degli ebrei italiani aveva aderito al fascismo e collaborava con esso. Molti studiosi di origini israelitiche avevano ricoperto e ricoprivano, ancora alla data della promulgazione delle leggi razziali, ruoli di prestigio nel regime, come più volte riconosciuto dallo stesso Mussolini, che del resto, almeno sino alla svolta razzista della metà degli anni Trenta, non aveva nutrito particolari sentimenti antiebraici. In ambito universitario, poi, molti docenti ebrei erano totalmente "assimilati" (ossia, con le parole di Dante Lattes, lavoravano senza che nessuno pensasse «*di rendere servizio né alla sua razza ebraica né alla sua fede israelitica*»), e avevano offerto un contributo in alcuni casi essenziale alla divulgazione della dottrina fascista.

Tra gli atenei colpiti vi fu anche la R. Università degli Studi di Roma. I professori ordinari e straordinari allontanati dall'Ateneo romano per effetto delle leggi razziali furono 8; gli epurati furono un centinaio complessivamente, se ai primi si aggiungono le figure di liberi docenti, aiuti, assistenti ed incaricati espulsi.

La Facoltà di Giurisprudenza – dalla quale proveniva il rettore in carica, lo storico del diritto romano Pietro De Francisci – subì l'allontanamento per motivi razziali di due professori ordinari, l'economista Gino Arias e il filosofo del diritto Giorgio Del Vecchio, di un professore emerito, Cesare Vivante, e di alcuni liberi docenti, dichiarati decaduti dall'abilitazione ed i cui corsi non furono attivati per l'anno accademico 1938-39.

Altre Facoltà giuridiche nella penisola, da tale punto di vista, pagarono un dazio più pesante.

Nel panorama universitario italiano, nondimeno, la vicenda relativa all'attuazione delle misure antisemite nella Facoltà giuridica romana presenta profili peculiarmente interessanti, sia per la caratura scientifica dei docenti coinvolti (tanto Arias quanto Del Vecchio, per limitare l'analisi ai soli professori ordinari, erano, nei loro rispettivi settori, esponenti di spicco del mondo accademico italiano), sia per il peso

dai medesimi ricoperto nella vita politica del Paese (Arias era deputato dal 1934) o all'interno dell'Ateneo romano (Del Vecchio era stato rettore tra il 1925 ed il 1927, nonché preside della Facoltà giuridica dal 1930 al settembre 1938, ossia sino a data immediatamente precedente alla sospensione dal servizio).

Infine, per il fatto che Gino Arias e Giorgio Del Vecchio sommavano in sé i termini di una apparente contraddizione, almeno agli occhi dell'osservatore moderno: all'ascendenza ebraica essi univano, infatti, una convinta e genuina adesione al regime fascista ed ai suoi principi, manifestata, nell'un caso come nell'altro, sin da epoca precedente all'avvento al potere del fascismo.

Gino Arias aveva dedicato, sin dal 1922, il proprio impegno e le proprie specifiche competenze alla edificazione del regime, giungendo a ricoprire incarichi di prestigio in ambito politico e nell'Accademia. Fu tra i teorici certamente più vicini (e più compromessi) con il fascismo, offrendo un contributo essenziale alla elaborazione ed alla diffusione della "Economia corporativa" quale nuovo ambito specialistico della scienza giuridico-economica.

Quanto a Giorgio Del Vecchio, iscritto al fascio bolognese di combattimento sin dal 1921, era stato il primo professore della R. Università di Roma con tessera fascista. Aveva partecipato alla marcia su Roma del 1922, ed era poi stato il primo rettore fascista dell'ateneo romano, contribuendo in maniera determinante al processo di "fascistizzazione" dello stesso, nonché, e più in generale, alla edificazione teorica della rivoluzione e dello Stato fascista.

L'adesione, convinta, al fascismo ed ai suoi ideali non gli impedì, peraltro, di mantenere, in ambito scientifico e non solo, una sostanziale apertura e indipendenza di pensiero, e di rimanere, soprattutto, un fervido assertore degli ideali di libertà e di giustizia. Quella giustizia che costituì elemento centrale e ricorrente della sua riflessione e dei suoi scritti sui temi di etica e di politica, e che si trova magistralmente illustrata, nei suoi aspetti storici e sistematici, nel volumetto *La giustizia* del 1924, all'interno del quale egli si sforzò di conciliare criticamente l'esigenza dell'ideale assoluto della giustizia con lo studio obiettivo della fenomenologia giuridica positiva.

In altri termini, se Giorgio Del Vecchio fu certamente un giurista *nel* regime, non fu mai, tuttavia, un giurista *di* regime. Non a caso, malgrado le sue convinte idee fasciste, egli manifestò da subito la sua ferma

opposizione alla riforma Gentile, e rifiutò, nel 1925, di firmare il "Manifesto degli intellettuali fascisti", redatto dallo stesso Gentile. La sua attività pubblica a favore del regime fu limitata all'ambito accademico. All'interno del regime, in effetti, non ricoprì mai incarichi che implicassero una effettiva partecipazione al potere politico, e, come ebbe a riconoscere la stessa Commissione per l'epurazione del personale universitario chiamata a valutare il suo caso ai fini del reintegro in servizio nel 1944, nel suo essere fascista non mostrò mai «*faziosità, settarietà o intemperanza*».

Egli, inoltre, conservò sempre un atteggiamento di liberalità nei riguardi dei colleghi non fascisti, con molti dei quali intrattenne rapporti di stima e di amicizia (si pensi, su tutti, ad Arturo Carlo Jemolo, come attestato dal fitto carteggio tra i due conservato nell'Archivio "Giorgio Del Vecchio" presso la Biblioteca di Filosofia del diritto della Facoltà di Giurisprudenza della Università 'Sapienza' di Roma, ma anche a figure come quelle di Pietro Bonfante, di Emilio Chioyenda, di Adriano Tilgher) e, soprattutto, nei confronti dei suoi allievi, alcuni dei quali, Guido Gonella e Giuseppe Capograssi su tutti, di idee risolutamente antifasciste, oltre che cattolici osservanti.

15.2. Una necessaria premessa: la penetrazione del fascismo all'interno della Facoltà giuridica romana

Per comprendere come l'Ateneo romano, e la Facoltà giuridica in particolare, recepirono al proprio interno il *corpus* delle leggi antebraiche occorre, peraltro, fare un passo indietro, e verificare, seppure sommariamente, il livello di penetrazione, in ambito istituzionale e tra i docenti, degli ideali fascisti.

Al riguardo, è possibile affermare che intorno alla metà degli anni Trenta il processo di fascistizzazione dell'Università degli Studi di Roma, e della Facoltà giuridica in particolare – avviato sin dalla metà degli anni Venti, con il contributo, significativo, di Giorgio Del Vecchio, specie negli anni in cui era stato rettore –, poteva considerarsi ormai compiuto. Quello romano era l'Ateneo più grande e sicuramente più prestigioso della penisola, e la facoltà di Giurisprudenza, al suo interno, rappresentava, per storia e prestigio del corpo accademico, il fiore all'occhiello dell'intera istituzione universitaria, avendo nel suo seno, oltre ad illustri giuristi, molte eminenti personalità delle istituzioni (ministri, senatori e deputati, accademici d'Italia, ecc.).

Attraverso l'introduzione di strumenti di penetrazione e di controllo quali la nomina ministeriale di rettori e presidi di Facoltà, l'obbligatorietà della iscrizione al P.N.F. per la designazione a tali cariche e per la partecipazione ai concorsi universitari, la facoltà di esonero dall'insegnamento di coloro che *«per ragioni di manifestazioni compiute in ufficio o fuori di ufficio, non diano piena garanzia di un fedele adempimento dei loro doveri o si pongano in condizioni di incompatibilità con le generali direttive politiche del Governo»* di cui alla l. 24 dicembre 1925, n. 2300, l'obbligatorietà, a partire dal 1931, del giuramento di fedeltà al regime dei professori universitari, il fascismo era stato in grado di instaurare, negli anni, un rilevante condizionamento all'interno delle singole facoltà e della loro organizzazione, comprimendo sensibilmente i margini di autonomia didattica e disciplinare delle medesime.

La Facoltà giuridica romana, da tale punto di vista, non aveva fatto eccezione. Il graduale inserimento di insegnamenti di più o meno diretta impronta fascista (Legislazione costituzionale fascista, Economia politica corporativa, Diritto agrario, Diritto e legislazione coloniale, Principi di legislazione fascista, Introduzione alla storia e principi di diritto fascista su tutti), affidati a docenti legati al regime, aveva favorito la (e costituiva testimonianza inoppugnabile della) penetrazione dell'ideologia fascista all'interno della Facoltà. La gran parte dei docenti, del resto, professava una convinta adesione al fascismo ed aveva stretti rapporti con il potere politico, essendo inserita in un circuito di organismi (enti, comitati, consorzi) in cui scienza e politica intrattenevano rapporti stretti e spesso inestricabili. Alcuni di essi erano membri della Camera dei deputati (successivamente, Camera dei fasci e delle corporazioni) o del Senato del Regno, o ricoprivano posizioni dirigenziali e/o comunque di prestigio in vari istituti fascisti, o ancora avevano incarichi tecnico-politici (ministri, sottosegretari, etc.).

Tra di essi, oltre a Giorgio Del Vecchio, che della Facoltà giuridica era preside dal 1930 (e che, in precedenza, era stato rettore dell'Ateneo tra il 1925 ed il 1927), si possono ricordare i nomi di Pietro De Francisci, storico del diritto romano, preside della Facoltà giuridica per gli anni dal 1925-26 al 1929-30 e rettore dell'Ateneo nei periodi 1930-32 e 1935-1943 (tra il 1932 ed il 1935 era stato Ministro di Grazia e giustizia); di Pier Silverio Leicht, storico del diritto italiano, deputato prima e senatore poi, successore di Del Vecchio nella carica di preside della Facoltà giuridica; e poi ancora di Filippo Vassalli (Diritto civile), di Arturo Rocco (Diritto e procedura penale), di Gino Arias (Economia politica e corporativa),

di Emilio Albertario (Diritto romano), di Gaspare Ambrosini (Diritto coloniale), di Alberto Asquini (Diritto commerciale), di Salvatore Di Marzo (Istituzioni di diritto romano), di Giuseppe Messina (Diritto civile), di Fulvio Maroi (Diritto agrario). Ai nomi ricordati vanno poi aggiunti quello, illustre, di Santi Romano (Diritto costituzionale), professore emerito della Facoltà giuridica, e quelli dei numerosi liberi docenti politicamente legati al regime (su tutti, i nomi di Carlo Costamagna, per i Principi di legislazione fascista, di Domenico Rende, per il Diritto e procedura penale, di Alfredo Cioffi, per il Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione).

L'intreccio tra la Facoltà di Giurisprudenza e il potere politico fu dunque, in quegli anni, molto stretto. Ciononostante, la stessa seppe mantenere una certa misura di indipendenza dal potere politico, spesso proprio per merito (e in ragione dell'opera) del suo preside Giorgio Del Vecchio, il quale, malgrado le personali idee politiche, conservò sempre un atteggiamento di sostanziale apertura e di liberalità nei confronti dei colleghi non allineati con il regime.

Occorre, inoltre, segnalare come nelle chiamate dei professori ordinari, per quanto vi fosse una inevitabile forma di controllo ideologico sugli aspiranti, si continuasse a dare grande credito alla statura accademica dei candidati. La vicenda di Arturo Carlo Jemolo, chiamato all'unanimità nel 1933 a succedere a Francesco Scaduto nell'insegnamento del Diritto ecclesiastico, malgrado la sua notoria "lontananza politica" dal regime (era stato tra i firmatari del manifesto crociano degli intellettuali antifascisti), ne costituisce testimonianza eloquente.

Nessun rilievo particolare assumeva, poi, la circostanza rappresentata dall'appartenenza alla razza ebraica. Lo dimostra il fatto che ancora nel 1937, ad appena un anno dalla promulgazione delle leggi razziali (e quando già nel Paese era partita la campagna di stampa antisemita) Giorgio Del Vecchio fu confermato preside della Facoltà giuridica (dal Ministero) per il biennio 1937-39, senza che nessuno sollevasse il problema (o movesse obiezioni in ragione) della sua ascendenza israelitica.

Se, dunque, intorno alla metà degli anni Trenta si andarono gradualmente delineando i contorni, anche sul piano giuridico, di quello che fu definito "razzismo italiano" – e se a siffatto processo contribuirono anche alcuni esponenti del mondo giuridico vicini al regime – la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma, centro massimo degli studi giuridici in Italia, rimase a ciò fondamentalmente estranea,

non offrendo significativi apporti al processo di costruzione della "diversità giuridica" degli appartenenti alla razza ebraica (ed alla connessa affermazione della dicotomia ebreo/ariano nell'ordinamento italiano).

I docenti della Facoltà giuridica romana, sia prima sia dopo l'approvazione delle leggi razziali, offrirono invero un contributo assai modesto non solo alla formazione, ma anche alla successiva esegesi di tale legislazione, ed in particolare allo studio ed all'approfondimento delle conseguenze giuridiche legate alla introduzione della nuova qualificazione razziale. Lo dimostra il numero esiguo di contributi scientifici all'interno di riviste o pubblicazioni giuridiche in materia razziale – e particolarmente sui temi della "diversità giuridica" degli appartenenti alla razza ebraica – prodotti nel periodo (buona parte dei quali, peraltro, connotati dalla adozione di una linea interpretativa marcatamente "liberale", volta cioè ad applicare le leggi antiebraiche alla luce e nella cornice fornita dai principi e delle regole generali del diritto proprie della tradizione liberale, attribuendo alle stesse portata eccezionale rispetto ad essi e restringendone, nei limiti del possibile, il campo applicativo).

Nessun docente della Facoltà di Giurisprudenza, in ogni caso, partecipò direttamente alla elaborazione delle leggi antiebraiche. Nessuno di essi, inoltre, fu tra i firmatari del *Manifesto degli scienziati razzisti* (noto anche come *Manifesto della Razza*) del luglio del 1938, né all'interno della lista dei docenti universitari chiamati, il 5 settembre 1938, a far parte del Consiglio Superiore della demografia e la razza che poi, nell'aprile 1942, sottoscrissero, nella grande maggioranza, la "*Dichiarazione sul concetto di razza italiana*" approvata dal Consiglio Superiore della demografia e la razza.

15.3. L'applicazione della legislazione antiebraica nella Facoltà giuridica romana: la sospensione e la successiva dispensa dal servizio per "motivi razziali" di G. Del Vecchio e di G. Arias. Le vicende relative alla sostituzione delle cattedre vacanti nei verbali della Facoltà

Quando, tuttavia, nell'autunno del 1938, furono approvati i provvedimenti per la difesa della razza nella scuola fascista anche nell'Ateneo romano, non diversamente dalle altre sedi accademiche della penisola, tali provvedimenti furono applicati con solerzia e intransigente severità.

In conformità alle indicazioni ministeriali, del resto, nessuna distinzione o trattamento di favore era possibile, anche per coloro che con il regime avevano sino ad allora collaborato o, all'interno dello stesso, avevano acquisito particolari benemerienze.

Sulla base dei dati risultanti dal "censimento del personale di razza ebraica" prescritto dalla circolare del Ministero dell'Educazione nazionale del 9 agosto 1938, n. 12336, e dell'elenco inviato dalla R. Università di Roma in ottemperanza alla successiva circolare 8 settembre 1938, n. 6094 del medesimo Ministero, il Ministro Bottai trasmise al rettore, lo storico del diritto romano Pietro De Francisci, l'elenco del personale docente e assistente che, ai sensi del R.D.L. 5 settembre 1938, n. 1390, andava sospeso dal servizio; e il rettore provvide tempestivamente, inviando a ciascuno dei docenti identificati come "appartenenti alla razza ebraica" il provvedimento di sospensione dal servizio (cui, poi, sarebbe seguito quello di definitiva dispensa dal servizio stesso nel dicembre successivo).

De Francisci, del resto, uomo politicamente assai vicino al regime, non mostrò esitazioni nell'aderire e nell'allinearsi alla politica razziale fascista. Nel discorso inaugurale dell'anno accademico 1938/1939, conservato nell'*Annuario della R. Università degli Studi di Roma* relativo all'anno in questione, egli definì i problemi di difesa della razza «*un problema vasto e complesso di politica culturale*», da collocare «*nel piano positivo del ringiovanimento e dell'arricchimento della nostra cultura per farne un elemento costruttivo essenziale di quella civiltà che il Fascismo, degno erede di Roma, va cercando non solo per gli italiani, ma per tutti gli uomini*».

De Francisci, in particolare, pur salutando i colleghi ebrei allontanati dall'insegnamento (senza citarli nominalmente), difese con fermezza le ragioni superiori della politica della razza decisa ed attuata dal governo fascista:

A chi consideri sotto questa luce il fine supremo della scuola riesce facile comprendere la ragione e il significato che hanno allontanato dall'insegnamento alcuni nostri colleghi che hanno per molti anni lavorato accanto a noi. E se in questo istante inviamo a loro un nostro pensiero, è perché siamo sicuri che anch'essi vorranno riconoscere le superiori ineluttabili ragioni nazionali del sacrificio che è stato loro richiesto. La verità è che la Scuola ... costituisce un settore troppo delicato e sensibile perché sia soverchia ogni vigilanza diretta a mantenere limpidi e intatti i principi ideali della nostra tradizione e della nostra rivoluzione e a tutelarli contro tutte le infiltrazioni e tutte le degenerazioni, da qualunque parte esse provengano.

Da dove traesse tanta sicurezza non è, invero, dato conoscere. Viene in realtà da pensare che i docenti ebrei allontanati fossero tutt'altro che disposti ad ammettere, in cuor loro, le «*superiori ineluttabili ragioni nazionali del sacrificio ... loro richiesto*». Ma tant'è. La retorica del tempo imponeva certi discorsi, e De Francisci, pur prendendo posizione a favore della inevitabilità dei provvedimenti razziali, fu comunque uno dei pochi rettori a pronunciare parole di commiato nei riguardi dei docenti ebrei epurati.

In applicazione dei provvedimenti per la difesa della razza, per quanto direttamente ci interessa, Giorgio Del Vecchio e Gino Arias, professori ordinari appartenenti alla razza ebraica della Facoltà di Giurisprudenza, furono dunque dapprima sospesi e poi dispensati dal servizio. Ai loro nominativi, tra coloro che furono colpiti dai provvedimenti di epurazione e, dunque, allontanati dalla Facoltà giuridica romana, devono poi essere aggiunti quelli di Mario Ghiron, professore incaricato per il Diritto industriale, di Cesare Vivante, professore emerito, già ordinario per il Diritto commerciale, dei liberi docenti Ubaldo Pergola (Diritto e procedura penale), Guido Tedeschi (Diritto civile), Giorgio Tesoro (Diritto tributario), Alessandro Pekelis (Filosofia del diritto), Antigono Donati (Diritto commerciale), e, infine, del medico legale Attilio Ascarelli (il cui nominativo rientra, nell'anno accademico 1937/38, tra i beneficiari di insegnamenti annuali speciali annessi al gruppo biologico, precisamente per la Medicina legale applicata al diritto penale). Per i liberi docenti, già sospesi dalla possibilità di esercizio dei corsi pareggiati in base alle previsioni dell'art. 3 del R.D.L. 5 settembre 1938, n. 1390, l'art 8 del successivo R.D.L. 15 novembre 1938, n. 1779 sancì la decadenza dall'abilitazione alla libera docenza. Stessa sorte per i professori incaricati, ai quali in ottemperanza alla circolare del Ministero della Educazione nazionale 8 settembre 1938, n. 6094, precedentemente ricordata, furono revocati gli incarichi di insegnamento già conferiti.

Fondamento giuridico dei provvedimenti con i quali i docenti di origini israelitiche furono allontanati dall'insegnamento universitario fu la sola «*appartenenza alla razza ebraica*», per come individuata nei provvedimenti normativi varati dal governo.

La concezione di un diritto informato al principio della razza che si andava affermando conduceva, difatti, inevitabilmente a sostenere la necessità che i cultori del diritto italiano fossero italiani di origine, e che, dunque, non vi potessero essere nelle università, luoghi per eccellenza

deputati alla formazione del sapere, dei docenti di razza ebraica (per quanto fascisti); soggetti la cui tradizione giuridica era considerata (e veniva prospettata come) del tutto incompatibile con la cultura giuridica italiana.

E poco importava, da tale punto di vista, che la gran parte dei docenti ebrei allontananti, e Giorgio Del Vecchio tra di essi, fosse tra quelli che Dante Lattes chiamava "assimilati", ossia soggetti di ceppo israelitico in cui il senso di appartenenza alla stirpe ebraica era morto o comunque sopito (o che non avevano, comunque, ricevuto una educazione strettamente ortodossa, e la cui adesione alla comunità israelitica era puramente formale); oppure, addirittura, che avevano maturato e portato a compimento un processo di radicale distacco dal mondo ebraico, essendosi convertiti al cattolicesimo (come nel caso di Gino Arias). L'appartenenza alla razza ebraica aveva una sua connotazione biologica (e non religiosa), del tutto indipendente dalla volontà e dai comportamenti delle persone; e tale principio, in un settore nevralgico quale quello scolastico, non poteva conoscere eccezioni e/o attenuazioni.

Avverso i provvedimenti di allontanamento dall'insegnamento non era ammesso alcun appello o ricorso contrario, né in sede amministrativa, né in sede giudiziaria. Il semplice inserimento nella lista di coloro che risultavano di razza ebraica bastava a far scattare le misure persecutorie: l'unica possibile via d'uscita era quella di dimostrare la propria non appartenenza alla razza ebraica, ossia l'erroneità della inclusione del proprio nominativo nelle liste del personale da epurare. Tale strada fu tentata, senza fortuna, da Gino Arias, mentre sorte migliore toccò al libero docente Antigono Donati, reintegrato in seguito a provvedimento di revisione razziale.

Vano risultò anche ogni tentativo posto in essere in via privata dai docenti costretti a lasciare l'insegnamento, ossia valendosi della posizione e delle entrate in ambito accademico e politico, per mitigare o per escludere l'operatività dei provvedimenti razziali.

Gino Arias, che ancora all'inizio di agosto del 1938, allorché le prime circolari del Ministero dell'Educazione nazionale già introducevano misure discriminatorie nei confronti degli ebrei, era convinto che la persecuzione antisemita non lo avrebbe riguardato, essendosi egli già da alcuni anni convertito al cattolicesimo, reagì con incredulità e sgomento alla inclusione del suo nominativo nell'elenco dei professori universitari sospesi dal servizio a motivo dell'appartenenza alla razza ebraica.

Sospeso e poi dispensato dal servizio, cercò di sottrarsi alle misure persecutorie invocando la sua abiura della fede israelitica, la sua lunga militanza fascista e le benemerienze politiche e scientifiche acquisite negli anni all'interno del regime. Fu tutto inutile: la sua richiesta di «*essere considerato non appartenente alla razza ebraica*» non fu accolta (la sentenza definitiva sul caso fu pronunciata dalla Commissione della demografia e razza, nella sua seduta del 5 agosto 1939), e Arias fu allontanato dalla cattedra universitaria, dall'Accademia dei Georgofili, dal Parlamento (tra le cui fila era entrato come deputato nel 1934), nonché dalle numerose riviste e istituzioni a cui collaborava o di cui era membro.

Quanto a Giorgio Del Vecchio, la bozza di una missiva conservata nel suo archivio personale, inviata all'amico e rettore dell'Ateneo romano Pietro De Francisci in data 18 agosto 1938, dunque nell'imminenza della promulgazione dei primi provvedimenti per la difesa della razza, ci testimonia lo stato d'animo con cui il filosofo del diritto visse gli ultimi giorni che precedettero l'introduzione delle misure persecutorie antisemite.

Con tale lettera Del Vecchio rispondeva ad una precedente missiva di De Francisci, purtroppo non conservata, in cui lo stesso gli aveva fatto sapere, in via confidenziale e riservata, che si andava ormai verso il varo dei provvedimenti antisemiti, consigliandolo, al contempo, di rinunciare alla presidenza della sezione giuridica della Società Italiana per il Progresso delle Scienze (S.I.P.S.), per la quale era stato designato.

Del Vecchio scriveva che avrebbe accettato di buon grado, seppure a malincuore, il consiglio e ringraziava «*specialmente della franchezza, che come tu dici e io comprendo bene, è una prova di amicizia*». Poi continuava:

Non ho bisogno di assicurarti che io resterò in ogni caso sereno e disciplinato, qualunque la mia sorte possa essere ... Una cosa sola amerei di sapere: se si vuole, o no, tenere conto, per una qualche distinzione dei titoli combattentistici e soprattutto di quelli specificamente fascisti, come l'iscrizione al Partito dalla vigilia e la marcia su Roma. Se tu, che puoi farlo, volessi richiamare l'attenzione su questo punto, anche in forma di semplice quesito (ove non credessi di esprimere il tuo parere), penso che faresti cosa non solo giusta, ma utile al Regime. E tu acquistaresti una nuova benemerenda. A te il giudicare e il decidere.

Dunque Del Vecchio, consapevole del ruolo di primo piano dell'amico e collega all'interno della classe dirigente del partito, si rivolgeva a lui confidando nella capacità di influenza dello stesso nelle alte sfere

del potere, non per contrastare l'approvazione dei provvedimenti per la difesa della razza (probabilmente consapevole della inutilità, ormai, di un tale tentativo), ma chiedendo l'intercessione di De Francisci in vista di una eventuale graduazione all'interno degli stessi, che tenesse conto della fede fascista e delle benemerenzze acquisite all'interno del regime (e che, dunque, fosse in grado di preservarlo dalle conseguenze nefaste della preannunciata persecuzione).

Non sappiamo se e cosa De Francisci effettivamente fece. In ogni caso, anche se intercessione ci fu, essa non servì a mitigare l'asprezza delle misure persecutorie antisemite nei confronti del «cittadino appartenente alla razza ebraica» Giorgio Del Vecchio, il quale, in applicazione dei provvedimenti razziali dell'autunno del 1938, fu dapprima sospeso dal servizio, e poi definitivamente dispensato dallo stesso.

Nuovo preside della Facoltà giuridica fu nominato Pier Silverio Leicht, storico del diritto italiano e amico di lunga data di Giorgio Del Vecchio. Egli stesso, nella seduta del 10 ottobre 1938, diede notizia del decreto ministeriale che lo nominava a nuovo preside della Facoltà.

Dai verbali delle sedute assembleari della Facoltà di Giurisprudenza, conservati presso l'Ufficio della Presidenza, è possibile ricostruire le vicende successive all'allontanamento di Arias e Del Vecchio, in particolare quelle attinenti alla sostituzione degli stessi nelle cattedre rimaste vacanti.

Nella seduta del 28 novembre 1938 la Facoltà, chiamata a provvedere alla sostituzione del «personale insegnante di ruolo di razza ebraica allontanato», deliberò di sospendere ogni provvedimento per la copertura della cattedra di Economia politica corporativa lasciata vacante dal prof. Arias *«dovendosi attendere, in merito alla sua contestata appartenenza alla razza ebraica, la decisione della speciale Commissione costituita presso il Ministero dell'interno»*; propose di affidare la supplenza dell'insegnamento stesso, in attesa di tale decisione, al prof. Guglielmo Masci, già titolare dell'insegnamento di Diritto finanziario e scienza delle finanze; assegnò la cattedra di Filosofia del diritto rimasta vacante in seguito ai provvedimenti per la difesa della razza all'insegnamento del Diritto processuale penale (per il quale deliberò la proposta di chiamata di Vincenzo Manzini), mentre circa l'insegnamento di Filosofia del diritto ritenne *«di dover soprassedere per il momento ad ogni provvedimento di incarico o di supplenza»*.

Alla copertura dell'insegnamento di Filosofia del diritto, rimasto privo di titolare dopo l'allontanamento di Giorgio Del Vecchio, si provvide nella successiva seduta del 22 dicembre 1939, nella quale la Facoltà conferì l'incarico per l'anno accademico 1938/39 (mancando per un provvedimento definitivo il necessario posto di ruolo) al prof. Widar Cesarini Sforza, ordinario di Filosofia del diritto e di Diritto corporativo nella R. Università di Pisa. La chiamata del prof. W. Cesarini Sforza alla cattedra di Filosofia del diritto fu, infine, proposta a voti unanimi nella seduta di Facoltà del 25 maggio 1939. Widar Cesarini Sforza successe così a Giorgio Del Vecchio nell'insegnamento della Filosofia del diritto e nella direzione del relativo Istituto.

Di poco più giovane di Del Vecchio, Cesarini Sforza aveva, tuttavia, avuto una carriera universitaria meno rapida di quella del filosofo del diritto bolognese, avendo raggiunto l'ordinariato solamente nel 1934 (peraltro, la Commissione chiamata a decidere della sua nomina a professore ordinario era stata presieduta dallo stesso Del Vecchio). Era all'epoca considerato uno dei maggiori e più influenti teorici del fascismo in genere e del corporativismo in particolare.

Arrivato a Roma nel pieno della maturità, con l'incarico di sostituire un "maestro" quale Giorgio Del Vecchio, allontanato dall'insegnamento universitario ma pur sempre presente nella memoria dei luoghi e delle persone, Cesarini Sforza dovette forzatamente convivere, in quegli anni, con il "fantasma" del suo predecessore, con il quale mantenne rapporti cordiali, non privi di una certa deferenza, almeno nei primi tempi successivi all'allontanamento di Del Vecchio dalla Facoltà. Ve ne è testimonianza nel carteggio tra i due conservato nell'Archivio Giorgio del Vecchio della Biblioteca dell'Istituto di Filosofia del Diritto, in cui si trova, ad esempio, l'invito ufficiale indirizzato a Del Vecchio a presenziare alla prolusione del Corso di filosofia del diritto di Cesarini Sforza programmato per il 16 novembre 1939 sul tema "Il problema dell'autorità" (l'invito è del 12 novembre); oppure la richiesta di Cesarini Sforza a Del Vecchio di copie dei suoi scritti per la biblioteca dell'Istituto e di un ritratto da esporre all'interno dello stesso (18 dicembre), richieste che furono entrambe da Del Vecchio prontamente soddisfatte (quasi a testimoniare il desiderio dello stesso di mantenere un legame con quella università da cui era stato brutalmente allontanato).

15.4. Le ripercussioni delle misure persecutorie sulla vita e sul pensiero di G. Del Vecchio

Per Giorgio Del Vecchio la persecuzione subita a cagione della appartenenza alla razza ebraica fu un evento doloroso e sconvolgente, vissuto con dignità, almeno in pubblico; evento che causò uno strappo profondo nella sua esistenza, dando avvio ad un periodo di profonda crisi interiore e di difficoltà di vario genere.

Privato dei diritti e della sua posizione sociale da quel regime di cui aveva condiviso gli ideali e di cui era stato, negli anni, sostenitore e fedele servitore, condannato ad una sorte di silenziosa morte civile, obbligato a reinventare, nel pieno della maturità, la propria esistenza, lontano da tutto ciò che sino ad allora era stato per lui, sul piano lavorativo, ragione di vita, il filosofo del diritto bolognese si trovò a dovere fare i conti con lo spettro del proprio fallimento, con lo sfaldamento ed il crollo del proprio mondo e della gran parte di ciò in cui aveva sino ad allora creduto, con le umiliazioni e con le preoccupazioni angosciose per il proprio futuro (e per quello della propria famiglia).

Situazione paradossale, se si tiene conto del fatto che Del Vecchio era certamente ebreo di nascita, era iscritto alla comunità ebraica (come attestato dal pagamento del contributo), era inserito in una rete di relazioni con molti esponenti dell'ebraismo non solo italiano, ma nella sua vita (e men che meno nella sua carriera professionale) l'appartenenza alla fede mosaica era sempre rimasta in secondo piano rispetto al sentimento nazionale, alla appartenenza alle istituzioni e alla militanza nel fascismo, convinta e appassionata.

I provvedimenti adottati nei suoi confronti non si limitarono, peraltro, a colpirne la sola figura accademica. Al forzato allontanamento dalla cattedra universitaria si sommarono, difatti, quelle ulteriori misure discriminatorie, di carattere personale e/o generale (comuni, cioè, a tutti gli ebrei), le quali, in coerenza con il programma del regime di eliminare gli ebrei da tutti i centri di produzione intellettuale e di trasmissione culturale, ebbero come effetto quello di emarginarlo, di decretarne la tacita cancellazione dalla vita pubblica e dal panorama scientifico italiano.

Tra di esse possono ricordarsi la soppressione, in data 21 dicembre 1938, della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, creata nel 1921 e da allora ininterrottamente diretta da Del Vecchio; l'allontanamento, con provvedimento del Ministero dell'Educazione nazionale

del 21 luglio 1940, dalla presidenza della Società Italiana di Filosofia del diritto, da lui fondata nel 1936 (e che sarebbe tornato a presiedere solo dopo il suo reintegro in Università); il divieto di esercizio della professione forense (con conseguente provvedimento di cancellazione dall'albo professionale); il divieto di accesso ad ogni istituto di cultura e di ricerca, ed in seguito alle pubbliche biblioteche ed agli archivi di Stato, attraverso il quale diveniva per lui problematica anche la prosecuzione di studi e ricerche; le difficoltà per la pubblicazione dei propri scritti; l'inclusione del proprio nominativo nell'*Elenco degli autori le cui opere non sono gradite in Italia*, ossia la lista con i nomi di circa 900 autori ebrei per le cui opere vigeva il divieto di pubblicazione e di lettura (diramata nel 1942 a case editrici, prefetture, questure, biblioteche e soprintendenze bibliografiche).

Vano risultò ogni tentativo di rivolgersi a colleghi e amici che con lui avevano condiviso la fede nell'ideale fascista per assicurarsi una qualche forma di esenzione dall'applicazione delle misure persecutorie. Tutto ciò che riuscì ad ottenere fu il privilegio della discriminazione ai sensi dell'art. 14 del R.D.L. 17 novembre 1938, n. 1728: privilegio che, se comportava la non applicabilità di alcune delle restrizioni alla libertà personale previste nel decreto, non comportava, tuttavia, la possibilità di essere riammessi all'insegnamento, e, soprattutto, non faceva venir meno l'ostracismo diffuso (e la conseguente emarginazione dalla vita pubblica) derivante dalla appartenenza alla razza ebraica.

L'esame della corrispondenza privata, conservata nell'archivio personale di Del Vecchio, con colleghi e personalità vicine al regime conosciute negli anni della militanza, con cui il filosofo del diritto mantenne rapporti epistolari ed a cui in più occasioni si rivolse per ottenere aiuto (o, semplicemente, per mantenere un contatto con quello che, malgrado ogni persecuzione, continuava a considerare il suo mondo) svela il travaglio personale, i tormenti, nonché le difficoltà concrete, anche di natura economica, che l'uomo Del Vecchio si trovò a dover affrontare dopo il suo forzato allontanamento dalla cattedra universitaria.

Da tale corrispondenza emerge anche una oscillante posizione di Del Vecchio rispetto al fascismo: a volte un distacco amaro e disilluso dallo stesso (e, principalmente, dalle sue degenerazioni, che avevano progressivamente allontanato lo Stato fascista da quell'ideale di Stato forte e unitario, sintesi perfetta della volontà e dell'attività dei suoi cittadini, che Del Vecchio aveva sempre vagheggiato), a volte una insistenza finanche eccessiva (e come tale sospetta) nel ribadire

la propria immutata fedeltà agli ideali fascisti, certamente a beneficio degli interlocutori, ma forse anche di se stesso (e della necessità di difendere e conservare una propria "identità" di uomo e di intellettuale, distinta da quella omologante inclusione nella categoria dei «cittadini appartenenti alla razza ebraica» nella quale gli *status* personali perdevano ogni valore; identità inesorabilmente legata ad un passato da cui egli faceva fatica a distaccarsi, ed in cui l'adesione ideologica al fascismo aveva rappresentato un momento centrale e caratterizzante).

Certo è che Del Vecchio visse tutti gli eventi del periodo 1938-43 con un profondo coinvolgimento emotivo. E, senza dubbio, le difficoltà del periodo furono alla base della conversione al cattolicesimo maturata in quegli anni, favorita dal sostegno non solo materiale, ma anche spirituale che in quei difficili frangenti gli prestò il suo antico assistente Guido Gonella (sebbene, a posteriori, Del Vecchio volle ricercare un fondamento di stampo naturalistico alla stessa, affermando che il suo essere nato ebreo l'aveva «condotto naturalmente, coll'aiuto della divina grazia, a sentirmi cristiano, quale mi onoro di essere»).

Resta da appurare quale influenza ebbero le vicende personali del periodo della forzata interruzione dell'attività accademica sulla produzione scientifica di Giorgio Del Vecchio.

È indubbio, intanto, che già nella produzione antecedente si intravedevano accenni di disapprovazione non tanto del regime in sé (e dei suoi ideali originari), quanto della deriva assolutista e autoritaria assunta negli anni dallo stesso e dalla sua organizzazione politica, dalla quale Del Vecchio, nei suoi scritti, si era in qualche modo sforzato di prendere le distanze, specie attraverso il continuo richiamo alla legge della giustizia, superiore alle stesse leggi che promanano dallo Stato.

Spunti, in tal senso, si possono ricavare dalla edizione del 1936 delle *Lezioni di filosofia del diritto*; e, soprattutto, dai testi contenuti nella raccolta *Saggi intorno allo Stato* del 1935, ove ricorrono in maniera costante l'affermazione della subordinazione dello Stato alla legge etica, e la difesa dei diritti naturali della persona umana a fronte di ogni forma di tendenza autoritaristica del potere.

La non abbondante produzione scientifica del periodo 1938-43, in realtà, sembra tenersi piuttosto discosta dai temi della filosofia politica. Probabilmente Del Vecchio, data la situazione in cui versava, le difficoltà cui doveva far fronte nella quotidianità e la volontà di non guastare i rapporti con una certa élite di potere con cui era riuscito a conservare legami amichevoli pur dopo il 1938, ritenne opportuno accantonare tali temi dalla sua riflessione.

Ad essi, negli scritti del periodo, si trovano solo pochi e fuggevoli accenni.

È il caso dell'articolo "La concezione del diritto subiettivo in relazione ai rapporti tra individuo e Stato" del 1941, ove si rinviene, però, un interessante riferimento, di evidente influsso kantiano, alla necessità che nello Stato di diritto la Costituzione, per essere legittima, sia «*fondata sulla libertà e sull'eguaglianza dei cittadini*», giacché nessuna intesa potrebbe essere durevole laddove «*i diritti essenziali della persona fossero in qualsiasi modo menomati e disconosciuti*»; nonché del saggio "La parola del Santo Padre Pio XII ed i giuristi," compreso nel volume *Studiosi e artisti italiani a Sua Santità Pio XII*, pubblicato nel 1943, ove trovasi un cenno al «*bisogno di revisione delle dottrine e degli istituti, secondo le idee di giustizia e di carità*», «*necessario e urgente*» soprattutto nei «*rami del diritto pubblico*».

Riflessioni, quelle contenute negli studi citati, che devono essere collocate nel contesto entro il quale furono elaborate e proposte: in particolare, tenendo conto del fatto che gli scritti ricordati, successivi alla conversione al cattolicesimo, sembrano essenzialmente rivolti, anche per la loro collocazione in ambienti cattolici e vaticani, a sancire (e a legittimare) la piena integrazione di Del Vecchio nella cultura cattolica. È tuttavia innegabile, e già da tali scritti si può cogliere in maniera piuttosto evidente un sempre più marcato avvicinamento del pensiero di Del Vecchio al giusnaturalismo di matrice cristiana: tendenza, questa, che si acuì, poi, nella produzione successiva.

Maggior interesse, sul piano della riflessione di natura politico-filosofica, riveste la terza edizione del saggio *Evoluzione ed involuzione del diritto* del 1945, ove è invero difficile non rinvenire nei *monstra legum* di cui l'autore fa cenno nella conclusione un riferimento implicito a quelle leggi razziali di cui egli stesso era stato vittima:

È missione essenziale della Filosofia elevarsi sopra le particolarità contingenti, per riguardare i principî ed i fini ultimi; né la facile irrisione del volgo, che si attiene solo ai fatti tangibili dell'ora che fugge, e in essi fa consistere la vera scienza, deve trattener il filosofo dall'adempimento del proprio ufficio. Così, pur se le passioni meno nobili infuriano tra gli uomini, e traggono alcuni ad opprimere altri, sino a mettere a repentaglio le conquiste più alte già raggiunte dalla civiltà umana, e a minacciare di oscuramento le verità più luminose dimostrate; se i diritti fondamentali della persona, già consacrati in solenni testi legislativi, sono novamente rinnegati ed infranti per stranisime aberrazioni, aventi pure forma giuridica (*monstra legum*); deve nondimeno filosofi-

camente affermarsi come sempre e assolutamente valido l'ideale della libertà, dell'ordine e della pace (cioè, in una parola, della giustizia), sì nell'ambito di ogni Stato, come nelle relazioni tra i vari Stati. Quanto più gravi sono le offese recate a quell'ideale, tanto più alte – dobbiamo crederlo - saranno le sue rivendicazioni. *Lux in tenebris lucet*: anche nelle più fitte tenebre v'è una scintilla che non si spegne; e alle notti più fosche seguono le più splendide aurore. Il regresso, o l'involuzione non sarà mai l'ultima parola, fino a che esisterà uno spirito umano, capace per sua natura dell'infinito.

Alla produzione del periodo considerato appartiene anche la nuova edizione del volume "*Haec est Italia ed altri sonetti*" (del 1941), riedizione aggiornata con note della raccolta di sonetti, composti a partire dal 1914, originariamente pubblicata nel 1933; il volume incappò nelle maglie della censura, come attestato dalla disposizione del Ministero della Cultura popolare del 25 dicembre 1941, contenente l'ordine di ignorare il volume, nonché il divieto di recensirlo, o di citarlo, o di far riferimenti.

15.5. L'abrogazione delle leggi antiebraiche. La Facoltà giuridica romana tra epurazioni e ritorni. Le (tormentate) vicende della reintegrazione di Giorgio Del Vecchio

La fine del regime segnò un momento di necessaria riorganizzazione della Facoltà giuridica romana.

Il 30 novembre 1944 fu eletto nuovo preside della Facoltà Filippo Vassalli, professore ordinario per il Diritto civile, nella Facoltà romana dal 1930.

Nel frattempo, la situazione all'interno della Facoltà era alquanto confusa, giacché all'indomani della liberazione di Roma da parte degli alleati erano stati rimossi dal loro posto di ruolo i docenti maggiormente compromessi con il regime fascista, e precisamente i professori Alberto Asquini (Diritto commerciale), Pietro De Francisci (Storia del diritto romano), Alfredo De Marsico (Procedura penale), Pier Silverio Leicht (Storia del diritto italiano), mentre i professori Renato Balzarini (Diritto corporativo), Salvatore Di Marzo (Istituzioni di diritto romano) e Antonio Scialoja (Diritto della navigazione) erano stati sospesi.

Con l'abrogazione del *corpus* delle leggi antiebraiche e la successiva legislazione riparatrice era, poi, stata prevista la reintegrazione in servizio dei docenti ebrei allontanati nel 1938. Si trattava, per coloro

che erano destinati ad essere reintegrati, di un ritorno alla vita, di un riemergere dall'oblio e dalla clandestinità in cui le leggi razziali li avevano confinati.

Anche nella Facoltà giuridica romana, come altrove in Italia, il ritorno dei docenti ebrei non fu, tuttavia, privo di ostacoli.

Dei due professori ordinari allontanati dalla Facoltà giuridica romana nel 1938 solo Giorgio Del Vecchio poté riprendere il suo posto.

Nessun ritorno fu possibile per Gino Arias, giacché lo stesso, emigrato nel 1939 in Argentina, a Córdoba, per sfuggire alla persecuzione razziale era nel frattempo morto nella stessa città argentina in cui si era rifugiato (e dove era riuscito ad ottenere l'insegnamento di Economia politica nella locale università) il 14 ottobre 1940.

Destino non dissimile per il filosofo del diritto e libero docente Alessandro Pekelis, emigrato negli Stati Uniti, dove morì in un incidente aereo di ritorno dal Congresso sionistico di Basilea del 1946.

Mario Ghiron fu reintegrato come professore incaricato per il Diritto industriale nell'a.a. 1944/45. Nel medesimo anno, tornarono a figurare tra i liberi docenti i nominativi di Ubaldo Pergola (per il Diritto e procedura penale), di Guido Tedeschi (per il Diritto civile), di Giorgio Tesoro (per il Diritto Tributario), oltre che di Antigono Donati (per il Diritto commerciale), già reintegrato nell'anno accademico 1940/41 in quanto riconosciuto come non appartenente alla razza ebraica.

Assai tormentata, poi, la vicenda del ritorno in servizio di Giorgio Del Vecchio. Vicenda nota, ricostruita dallo stesso filosofo del diritto in maniera puntigliosa e appassionata nel volume *Una nuova persecuzione contro un perseguitato* del 1945, con il quale egli volle rendere pubblici i documenti del caso che lo aveva visto coinvolto, e su cui molto già è stato detto e scritto.

Reintegrato nell'incarico universitario ai sensi del R.D.L. 6 gennaio 1944, n. 25, e assegnato alla stessa cattedra di Filosofia del diritto dalla quale era stato allontanato nel 1938, Giorgio Del Vecchio riprese le lezioni il giorno 11 settembre del 1944, per essere, tuttavia, di nuovo sospeso dall'insegnamento con D.M. 17 novembre 1944 a seguito del deferimento alla Commissione ministeriale per l'Epurazione del personale universitario. Giudicato colpevole de «*l'aver ricoperto la qualifica di antemarcia*», gli fu comminato un anno di sospensione dall'insegnamento. Avverso tale condanna egli ricorse in appello in data 9 gennaio 1945, contestando, fra gli altri motivi, la «*Insufficiente considerazione che io ho cessato di appartenere al fascismo nel 1938*»,

la «Mancata o inadeguata considerazione delle circostanze nelle quali avvenne la mia iscrizione al fascismo nell'agosto 1921, e di tutta l'azione da me successivamente svolta contro le correnti autoritarie ed illiberali in seno al fascismo», la «Mancata considerazione del fatto che nel mio insegnamento universitario ho sempre sostenuto e svolto teorie individualistiche, democratiche e liberali (diritti naturali dell'uomo, limiti giuridici dell'azione dello Stato, Società delle Nazioni, ecc.), in diretta e costante antitesi alle dottrine ufficiali del fascismo», e, infine, la «Mancata considerazione del contegno da me tenuto nel periodo successivo all'8 settembre 1943».

Il giudizio d'appello, tuttavia, non venne mai emesso, perché nel frattempo, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 29 gennaio 1945, egli venne collocato d'autorità a riposo (a decorrere dalla stessa data), per aver fornito un apporto essenziale «*alla fascistizzazione delle università italiane*».

Del Vecchio presentò opposizione avverso tale provvedimento, ed il Consiglio dei Ministri, infine, accolse l'opposizione stessa (anche grazie agli auspici del Ministro della Pubblica Istruzione Guido Gonella, ex-allievo di Del Vecchio), revocando con decreto il provvedimento di collocamento a riposo in data 18 dicembre 1947.

Giorgio Del Vecchio fu, in tal modo, definitivamente reintegrato in servizio, facendo il suo rientro nella Facoltà giuridica romana, dove andò ad affiancare W. Cesarini Sforza nell'insegnamento di Filosofia del diritto. Nella seduta di Facoltà del 20 febbraio 1948 allo stesso fu altresì restituita la direzione dell'Istituto di Filosofia del diritto.

È innegabile che la vicenda della reintegrazione in servizio di Giorgio Del Vecchio, sommariamente descritta, presenti connotati del tutto singolari.

Nel valutare la sua posizione e le sue responsabilità nel passato regime, difatti, la Commissione per l'epurazione prima e la Presidenza del Consiglio poi non tennero in conto il (o comunque non riconobbero rilievo preminente al) fatto che lo stesso Del Vecchio, in ragione della sua appartenenza alla razza ebraica, era già stato colpito dalla persecuzione razziale del 1938, subendo un allontanamento dall'insegnamento –della cui ingiustizia nessuno poteva dubitare– di ben sei anni. Nei riguardi del medesimo, in buona sostanza, fu applicato l'intransigente principio che a nessuno dei soggetti coinvolti con il fascismo, neanche agli ebrei, era dato sottrarsi ad un giudizio di colpevolezza per il ruolo ricoperto nel regime in nome delle persecuzioni subite.

Un ebreo che era stato fascista era (e rimaneva) prima di tutto un fascista, e di ciò doveva scontare le colpe, subendo l'epurazione, a prescindere dalla persecuzione subita dopo il 1938 (la quale non venne, in modo alcuno, ritenuta elemento discriminante).

La severità (e l'intransigenza) di tale conclusione si scontrarono, in realtà, con la misura assai lieve con cui in altri casi, certamente più gravi di quello di Del Vecchio, le sanzioni contro il fascismo furono applicate avverso professori universitari che maggiormente erano stati compromessi con il regime. Pochi, come noto, furono quelli allontanati, buona parte dei quali ottenne poi negli anni successivi, all'esito di lunghe battaglie giudiziarie, il reintegro in servizio. Ciò, in effetti, accadde anche nella Facoltà giuridica romana, dove assieme a Del Vecchio ed ai liberi docenti reintegrati nei loro diritti, tornarono ad insegnare molti di coloro che durante il fascismo avevano ricoperto ruoli di assoluto prestigio in ambito non solo accademico ma anche politico (Asquini, De Francisci, Scialoja, Leicht; quest'ultimo come professore fuori ruolo).

15.6. Un bilancio conclusivo

Anche all'interno della Facoltà giuridica romana la persecuzione razziale avviata dal governo fascista nel 1938 lasciò dietro di sé conseguenze profonde e durature, talune irreparabili.

Lasciò, soprattutto, una sensazione latente di colpa che trascendeva quella riconducibile ai singoli docenti che con il regime e con la sua politica antisemita avevano fatto compromessi, per investire una più generale responsabilità dell'istituzione accademica, che non si esauriva (e, dunque, non si giustificava) nell'autoassolutorio richiamo al carattere di necessitata ottemperanza nei riguardi dei provvedimenti per la difesa della razza imposti dal regime.

Responsabilità che, all'interno della istituzione e del suo corpo accademico, si traduceva in un generalizzato (con rare eccezioni) desiderio di rimozione di quanto accaduto nel 1938 e delle sue conseguenze, di quella che tutti, più o meno inconsciamente, avvertivano essere stata una pagina non edificante della storia della Facoltà (e dell'istituzione universitaria in genere), la quale aveva inferto un *vulnus* profondo a quell'autonomia del mondo accademico dal potere politico che, pure negli anni del fascismo, la Facoltà aveva gelosamente difeso.

Costretta, a seguito dell'avvio dei procedimenti sanzionatori, a prendere dolorosamente atto dell'allontanamento di diversi illustri

componenti del suo corpo docente per le compromissioni dei medesimi con il passato governo, per anni in balia delle mutevoli decisioni delle Commissioni di epurazioni prima e degli organi giudiziari poi circa la sorte dei docenti allontanati, la Facoltà giuridica romana cercò faticosamente di riorganizzarsi, sotto la guida di Filippo Vassalli, vivendo appieno quella situazione di disordine e di incertezza che caratterizzò gli anni successivi alla caduta del fascismo, nelle sedi accademiche e nel Paese in genere.

Periodo in cui, dal contrasto profondo tra il desiderio di rinnovamento da una parte e il comunque avvertito bisogno di continuità dall'altro uscì, infine, vittoriosa quella che da Roberto Finzi è stata indicata come la «*cinica logica dell'accademia, con i suoi riflessi condizionati di autodifesa corporativa*».

Una logica che, nella Facoltà giuridica romana come altrove nella penisola, alla palingenesi collettiva pure evocata nella *ratio* dei provvedimenti sanzionatori contro il fascismo portò a preferire l'opportunità, pratica, di procedere sulla via della più rigorosa continuità istituzionale, obliando il passato, senza troppo soffermarsi ad indagare su quelle che erano state le responsabilità, del resto di molti, per gli eventi trascorsi (e, principalmente, per le persecuzioni razziali in ambito accademico).

Tutti (un poco) colpevoli, nessuno (realmente) colpevole, sembrò essere il motto di quel tempo, anche all'interno della Facoltà giuridica romana. Quella generazione di giuristi e docenti universitari, molti dei quali illustri, che, di fronte alle leggi razziali, aveva per lo più scelto la via del silenzio e dell'impassibilità, fece di tutto per rimuovere la memoria di quella pagina vergognosa della storia nazionale e della propria storia personale (dacché tutti, probabilmente, sentirono in coscienza il peso opprimente di quel silenzio, che in qualche modo li aveva resi complici di quell'immane atrocità compiuta in nome del diritto).

Si cercò, in tal modo, di evitare il confronto con una realtà storica che non si voleva riconoscere come in parte anche propria. Soprattutto, attraverso il silenzio obliante sugli avvenimenti legati alla persecuzione antisemita si cercò di cancellare le responsabilità non solo dei singoli, ma anche quelle del ceto universitario e della scienza giuridica nel suo complesso, aprendo al contempo la via per il recupero all'accademia (nel caso specifico, alla Facoltà giuridica romana) di tante fervide menti giuridiche, che una lettura maggiormente severa delle responsabilità

in ordine agli eventi trascorsi avrebbe portato ad escludere dal novero dei soggetti legittimati a ricoprire cattedre universitarie nel contesto del nuovo clima democratico.

Le leggi a difesa della razza, paradigma della ingiustizia in forma di diritto, negazione stessa dell'umanità («*non leges sed monstra legum*»), furono, in breve, archiviate come una delle tante tristi pagine di quel regime dittatoriale che era stato ormai spazzato via dalla fine della guerra. All'interno della Facoltà giuridica romana (e del mondo accademico in genere) il giudizio sopra le stesse, in molti casi non ancora concluso nelle aule dei tribunali, era già stato, quantomeno sul piano ufficiale, consegnato alla storia.

Eppure la persecuzione antisemita, dai più volutamente rimossa (o comunque minimizzata) per non dover fare i conti con un passato scomodo, fatto di compromissioni e di miserie intellettuali e morali, lasciò nelle menti e nella riflessione di tanti giuristi che l'avevano vissuta una traccia ben più profonda di quanto qualsiasi silenzio, qualsiasi operazione di postuma rimozione (o minimizzazione) potesse cancellare: lasciò la consapevolezza di come la subordinazione del diritto al potere politico potesse condurre il diritto stesso a divenire strumento di ingiustizia, tradendo, in tal modo, la sua più intima ragion d'essere.

Proprio dalla presa di coscienza della "infamia giuridica" rappresentata da quei provvedimenti, dell'uso che con essi si era fatto del diritto come strumento per offendere la dignità e l'uguaglianza tra gli uomini, ripartì, non a caso, la riflessione giuridica di stampo democratico del dopoguerra, sfociata nella elaborazione della Carta costituzionale e nella solenne proclamazione della uguaglianza fra tutti i cittadini senza distinzione di razza, di cui all'art. 3 della Costituzione repubblicana.

E a tale riflessione è noto che molti studiosi della Facoltà giuridica romana offrirono un contributo decisivo.

Riferimenti bibliografici

- ACERBI, GIUSEPPE. *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*. Milano: Giuffrè, 2011.
- DE CRISTOFARO, ERNESTO. *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*. Torino: Giappichelli, 2009.
- DE NAPOLI, OLINDO. *La prova della razza. Cultura giuridica e razzismo in Italia negli anni Trenta*. Firenze: Le Monnier, 2009.
- DEL VECCHIO, GIORGIO. *La giustizia*. Bologna: Zanichelli, 1924.
- . *Saggi intorno allo Stato*. Roma: Istituto di Filosofia del diritto, 1935.

- *Una nuova persecuzione contro un perseguitato. Documenti.* Roma: Tipografia Artigiana, 1945.
- *Evoluzione ed involuzione del diritto.* 3 ed. Roma: Studium Urbis, 1945.
- DELL'ERA, TOMMASO. "La storiografia sull'università italiana e la persecuzione antiebraica." In *Storia e storiografia della persecuzione antiebraica in Italia e in Europa (1945-2000)*, a cura di Brunello Mantelli, *Qualestoria*, XXXII, n. 2 (2004).
- FALCONIERI, SILVIA. "Tra 'silenzio' e 'militanza'. La legislazione antiebraica nelle riviste giuridiche italiane (1938-1943)." In *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Razza diritto esperienze*, a cura di Giuseppe Speciale, Bologna: Pàtron Editore, 2013.
- FINZI, ROBERTO. *L'università italiana e le leggi antiebraiche.* Roma: Editori riuniti, 2003.
- GENTILE, SAVERIO. *Le leggi razziali. Scienza giuridica, norme, circolari.* Milano: EduCatt, 2010.
- LATTES, DANTE. "Nell'ora della prova." *Israel*, XXIII, n. 46, (1938).
- LEVI, FABIO. "Il ritorno degli ebrei alla vita nelle università italiane." In *Il difficile rientro: il ritorno dei docenti ebrei nell'università del dopoguerra*, a cura di Dianella Gagliani. Bologna: CLUEB, 2004.
- SORDI, BERNARDO. "Leggi razziali e Università." In *A settant'anni dalle leggi razziali. Profili culturali, giuridici e istituzionali dell'antisemitismo*, a cura di Daniele Menozzi e Andrea Mariuzzo. Roma: Carocci, 2010.
- SPANO, NICOLA. *L'Università di Roma*, con prefazione di Pietro De Francisci, Roma: Casa Editrice Mediterranea, 1935.
- VENTURA, ANGELO. "La persecuzione fascista contro gli ebrei nell'università italiana." *Rivista storica italiana*, CIX 1 (1997).

Fonti archivistiche e documentarie

- Annuario della R. Università degli Studi di Roma per l'Anno Accademico 1937-38. DCXXXV dalla fondazione. XVI dalla Restituzione dei Fasci*, Roma, 1938;
- Annuario della R. Università degli Studi di Roma per l'Anno Accademico 1938-39. DCXXXVI dalla fondazione. XVII dalla Restituzione dei Fasci*, Roma, 1939;
- Annuario della R. Università degli Studi di Roma per l'Anno Accademico 1944-45. DCXXXIX dalla fondazione*, Roma, 1945;
- Archivio Consiglio Nazionale Forense, Sindacato nazionale fascista avvocati e procuratori, b. 14, f. 18, Corte d'Appello di Roma;
- Archivio della Accademia dei Georgofili, f. Ea. 6.1, sf. "Gino Arias";
- Archivio "Giorgio Del Vecchio" presso la Biblioteca di Filosofia del Diritto della Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma "La Sapienza", fasc. "De Francisci Pietro", "Grandi Dino", "Leicht Pier Silverio";
- Archivio Centrale dello Stato, Demografia e razza, 1938-1943, parte I, Atti amministrativi, b. 4, f. 21;

Archivio di Stato, Direzione Generale Istruzione Superiore (1908-1961), Miscellanea delle divisioni I, II, III, Congressi, concorsi, incarichi, fascicoli personali dei professori ordinari e liberi docenti, b. 109;

Archivio di Stato, Ministero Pubblica Istruzione, Direzione Generale Istruzione Superiore, Fascicoli personali professori universitari (1940-1970), III versamento, b. 20;

Archivio Storico dell'Università "La Sapienza", Serie fascicoli personale docente, "Arias Gino", "Cesarini Sforza Widar", "Del Vecchio Giorgio", "Donati Antigono", "Ghiron Mario", "Vivante Cesare";

Raccolta dei Verbali della Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma "La Sapienza", conservati presso la Presidenza della Facoltà, a.a. 1938-1945.

16. La enseñanza universitaria del Derecho en el primer franquismo (1939-1950)

Gutmaro Gómez Bravo*

16.1. Introducción

En la España de Franco no había democracia pero sí que había orden. Esa idea, ese mito, ha perdurado hasta nuestros días en buena medida porque la dictadura se preocupó desde el primer momento en mantener las apariencias legales, reforzando particularmente la visibilidad del aparato de Justicia, sin olvidar su vertiente benéfica, con muy diversos fines. En el discurso previo al Decreto de Unificación de 1937, Franco ya habla de «*una democracia efectiva, llevando al pueblo lo que le interesa de verdad: verse y sentirse gobernado en una aspiración de justicia integral*». Los creadores, adaptadores, difusores e impulsores de este tipo de conceptos eran en muchos casos profesores de Derecho Civil, como Elías de Tejada que recogió estas palabras del Caudillo en su *Contribución al Derecho Público Nacional Sindicalista* con la intención de que tuvieran fuerza de ley¹.

El papel que desempeñaron los juristas fue imprescindible para la construcción del franquismo. Muchos de los catedráticos que aparecerán a continuación estuvieron al mando no sólo de departamentos y de las revistas universitarias, también ocuparon altos puestos en la magistratura y las instituciones del Estado. Su importancia no se quedó sólo en el lado institucional, aunque resulte vital para entender su capacidad e influencia. Fue mucho más allá porque adaptaron a la realidad de posguerra y en buena medida crearon un marco jurídico que más tarde enseñaron en clases y manuales. En ellos y en los cientos

* Departamento de Historia Contemporánea, Universidad Complutense de Madrid.

¹ De Tejada, *La figura del Caudillo*, 98.

de textos e informes que realizaron sobre los expedientes a cátedra que aquí nos ocupan, volcaron su concepción del Derecho, de la sociedad y de la Universidad propias de esta primera década tras el fin de la guerra civil.

Pero el mundo jurídico no contribuyó únicamente a institucionalizar el régimen desde la vertiente civil o administrativa. Realizó un considerable esfuerzo para ganar la batalla de la legitimidad durante la guerra y antes de que esta concluyera levantó una extraordinaria y prolongada legislación represiva que fue perfeccionando como pieza fundamental del propio sistema dictatorial. La Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939, el Tribunal Especial para la Masonería y el comunismo de 1 de marzo de 1940, Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941 y las sucesivas disposiciones de «delitos contra la seguridad del Estado» que mantenían vigentes todos los instrumentos del Código de Justicia Militar y el Bando de Guerra, señalaron los objetivos de la limpieza política, la depuración laboral o la incautación de bienes enmarcados en la reducción y el desprecio a la justicia ordinaria.

En el primer campo, el de la legitimación de la violencia y del Nuevo Estado, destaca la llamada Comisión Bellón, sobre ilegitimación de los poderes actuantes en 18 de julio de 1936. Fue formada a instancias de Serrano Súñer y estuvo presidida por Ildefonso Bellón, Magistrado del Tribunal Supremo, Adolfo Pons y Umbert, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia, Joaquín Fernández Prida, Catedrático de Derecho Internacional, miembro de la Asociación Francisco de Vitoria, Antonio Goicoechea, Letrado del Consejo de Estado, Federico Castejón, Catedrático de Derecho Penal en Sevilla y Magistrado del Tribunal Supremo, José María Trías de Bes, Catedrático de Derecho Internacional de Barcelona y miembro también de la Asociación Francisco de Vitoria. Manuel Torres López, Decano de la Facultad de Derecho de Salamanca, Wenceslao González Oliveros, Catedrático de Filosofía del Derecho de Salamanca y José Gascón, exdecano de la Facultad de Derecho de Madrid².

En el segundo contexto, el de la legislación represiva, la aportación más sobresaliente fue la del Catedrático de Derecho Penal de Salamanca, Sánchez Tejerina, autor del informe jurídico a favor del Tribunal para la Masonería y el Comunismo, al que reservaba la cúspide

² B.O.E. (Boletín Oficial del Estado) de 21/12/1938.

del edificio jurídico del Derecho Penal del enemigo. Aunque la mayor influencia del llamado «derecho del pueblo» alemán se produjo en el ámbito del Derecho Político, como puede verse en el capítulo correspondiente, el nacionalsocialismo atrajo a civilistas, procesalistas y penalistas con bastante fuerza en los primeros años de posguerra. El *Código Penal* de 1944 y la victoria aliada en la Segunda Guerra Mundial mitigaron el empuje de un intento de escuela que, por lo demás, se vio cercada desde el principio por la mentalidad conservadora y decimonónica de la mayor parte de los civilistas destacados de la época que se sentían más cómodos en las concepciones clásicas y tradicionales del Derecho Español, por lo que se fundieron espléndidamente bien como los principios civiles fundamentales de la dictadura franquista.³

El Cuerpo Jurídico Militar englobó ambas realidades prolongando la justicia sumarísima de la guerra hacia una esfera, la de la posguerra, donde la jurisdicción ordinaria queda vaciada por completo. La labor de los profesores y abogados que actuaron como auditores del Ejército de Ocupación, debe ser tratada con más detenimiento, por sus peculiares características y su especial trascendencia en el ámbito del sistema represivo que se instaló con la guerra civil. Estos méritos de guerra fueron presentados por la mayor parte de los aspirantes a cátedra hasta el final de la década, si bien puede decirse que la propia maquinaria universitaria solía imponerse sobre los criterios políticos que definían las familias del régimen.

16.2. Derecho Civil

El Derecho Civil y el Derecho Procesal, con once cátedras cada uno de ellos, suponen un porcentaje muy elevado del total de las Cátedras de Derecho que se ofertaron durante la década, manteniendo siempre una gran distancia cuantitativa con el resto de disciplinas. Los tribunales de Derecho Civil despegaron sobre todo a partir de 1945, aunque no se produjeron grandes cambios en su composición. Durante los primeros años de postguerra los tribunales fueron presididos por Felipe Clemente de Diego, que será sustituido por Manuel Batlle; a su vez se mantuvo hasta finales de la década cuando pasan a alternarse en la presidencia Miguel Sancho Izquierdo y José Castán Tobeñas,

³ Masaveu, *Nueva dirección española en Filosofía del Derecho Penal*.

«la piedra de cierre de la cúpula jurídica franquista»⁴. Una década totalmente uniforme en la distribución de los componentes de los tribunales y en cuyas oposiciones se aprecian los rasgos fundamentales de la evolución del período, en el que se va consolidando en el Derecho ese espacio equidistante del liberalismo individualista y del totalitarismo nazi⁵.

Las dos primeras oposiciones a cátedras de Derecho Civil muestran a la perfección los parámetros por los que se desenvolvía la política científica y universitaria de este momento. Por un lado, los candidatos presentan un curriculum anterior a la guerra basado en trayectorias más o menos continuadas. Sin embargo, todo parece apresurado, incluso algunas memorias no están ni siquiera actualizadas al nuevo régimen político o tienen correcciones a mano en los mismos trabajos. Es en el programa, que sí han actualizado, donde se demuestra que, en efecto, la asimilación de la retórica del nuevo Estado no se ha producido a la altura de 1940, a pesar de las posiciones políticas conservadoras de los opositores. Ninguno se declara católico, como muy pronto harán prácticamente todos los opositores, ni basará su argumentación en un Derecho Natural sinónimo de una concepción teocrática de la sociedad y del Derecho.

El caso más claro es el de César Delgado Ayudante de clases prácticas durante el curso 1934-5; auxiliar en Valladolid desde agosto de 1939 y encargado de cátedra por Orden Ministerial desde marzo de 1940. Se doctoró en Jurisprudencia por Bolonia, gracias a una beca del Colegio de España por lo que en la guerra fue intérprete y traductor de italiano, por lo que fue condecorado. Afiliado a FET y de las JONS no tienen antecedentes masónicos ni está incurso en ninguna investigación, pero sin embargo no ha tenido tiempo de modificar su memoria de cátedra que sin duda redactó antes de la guerra. En primer lugar cita reiteradamente a exiliados como Luis Recasens, mantiene una postura aconfesional –la voluntad humana como creadora del Derecho subjetivo, y finalmente hay un párrafo totalmente tachado que comienza «al admitir el artículo 15 de la Constitución vigente»⁶.

Una situación de reparto apresurado propiciada por los propios tribunales que, como este, resta importancia a los méritos previos

⁴ Fernández-Crehuet, *Franquismo y revistas jurídicas*, 7.

⁵ Ruiz Resa, *Trabajo y franquismo*. Zambrana Moral y Martínez Barrios, *Depuración política en el primer franquismo*.

⁶ Memoria de César Delgado.

de los candidatos en beneficio de los ejercicios que se desarrollan dentro de la propia prueba. Llegados a un determinado punto, todos los aspirantes desisten de continuar la oposición, todos menos el discípulo del importante falangista y futuro ministro de Gobernación Blas Pérez González (Beltrán de Heredia), quien a pesar de toda su influencia tiene que emplearse para oscurecer intervenciones más brillantes, como la del discípulo de Castán Tobeñas. Luis Donderis⁷.

La oposición dió comienzo a mediados de septiembre de 1940, pero no es hasta principios de noviembre, con el inicio del tercer ejercicio cuando las posiciones no comienzan a enfrentarse. Donderis elige la lección 39, *sobre posesión y derecho de posesión*. Los miembros del tribunal son duros, especialmente Blas Pérez, que lo considera:

una repetición de lo dicho por el Sr. Castán y en lo relativo a la posesión de bienes muebles de lo escrito por el Sr. Alas, con muy contadas citas de referencia. La falta de labor personal y lo superficial de su estudio (las obras en que se informó no tienen pretensiones magistrales) hacen que la valoración de este ejercicio justifique la declaración de no considerarle apto para la continuación de las oposiciones.

Casso opina como él, y Ossorio lo considera pobre, aunque lo vota, como Gil Casares. El juicio del presidente no es favorable, aunque no se indica el voto.

Por su parte Beltrán eligió la lección 28, "Causa en los negocios jurídicos". Recibió Juicios muy favorables de todos los miembros del tribunal, excepto del presidente, cuya valoración queda en blanco. En el cuarto ejercicio, ya en noviembre, se repite la misma situación. Donderis vuelve a ser criticado por Blas Pérez y otros dos miembros del tribunal, Ossorio y Pérez vuelven a pedir su exclusión «por parafrasear a Castán» pero pasa al siguiente con el beneplácito del Presidente. Beltrán recibe todos los votos favorables aunque también es apercibido

⁷ Luis Donderis Tatay (Valencia, 1902). Auxiliar temporal con carácter provisional de la Facultad de Derecho de Valencia, adscrito a las asignaturas de Derecho Civil de 1º y 2º cursos. Auxiliar temporal en la misma universidad afecto al grupo 4º Derecho Ciuvil e Hª Gral. Del Dcho. (1928-33). Excedencia forzosa por O. de 17/6/33, no se incorporó hasta abril de 1936, cesó en enero de 1937 y se reincorporó en julio de 1939. Presenta certificado de depuración. Su obra sobre *La copropiedad* (1933), está prologada por Castán Tobeñas, al que sustituyó en su cátedra. Presenta otro trabajo mecanografiado sobre el negocio jurídico fiduciario. En su Memoria cita abundantemente a Castán, Ihering, De Buen y Costa y Kelsen.

por realizar un ejercicio peor que el anterior. Entonces Blas Pérez alude al "cansancio" general que sufren todos⁸.

Desconocemos si fue este comentario o si ocurrió algo más que no queda reflejado en las actas, pero lo cierto es que al finalizar este ejercicio, Donderis, Delgado y Fernández Santa Eulalia⁹ se retiran. A partir de este momento, no hay ningún obstáculo para Beltrán de Heredia. Un exultante Blas Pérez alaba su "talento" y en dos días concluye el quinto y el sexto ejercicio. La cátedra de Derecho Civil de Salamanca es para José Beltrán de Heredia y Castaño, que definió en su Memoria el Derecho Civil como «*la manifestación del Derecho natural en un pueblo, que varía conforme cambian las necesidades del mismo; es decir, el modo de realizarse el Derecho Natural atendiendo a las exigencias de cada Nación*»¹⁰.

Habrà que esperar a 1945 para tener constancia por escrito de las votaciones a Cátedras de Derecho Civil. Este año fueron convocadas cuatro cátedras: Zaragoza (Miguel, Royo Martínez¹¹), dos en Oviedo (Diego Espín Cánovas¹² y Guillermo García-Valdecasas¹³) y La Laguna (Luis Martín-Ballesteros¹⁴). En ninguna de ellas existió unanimidad en

⁸ Las oposiciones duraron dos meses y se desarrollaron entre 30/9/1940 (constitución del tribunal) y 16/11/1940 (elección de destino).

⁹ José Fernández Santa Eulalia, Auxiliar temporal en Oviedo desde 1931 y hasta 1939, tras ser rehabilitado por comunicación de la Junta Técnica del Estado de 19/1/1938. Como méritos señala que fue propuesto por la JAE para ser pensionado en Alemania en 1933. En su Memoria si hay algún ejemplo de adaptación a la retórica del nuevo régimen. «*En la Postguerra encontramos un aspecto, una faceta socializadora de la familia con la aparición del derecho a la igualdad jurídica de ambos sexos, con la investigación de la paternidad, con la paridad de hijos legítimos e ilegítimos, de que fue ejemplo la Constitución Española de 1931. Último y actual grado de la evolución nos la presentan y nos la ofrecen los Estados totalitarios, con la captación del niño*», 17-18.

¹⁰ José Beltrán de Heredia y Castaño. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Fue Rector en Salamanca (1956-60) y en 1964 pasó a la Facultad de CC. Políticas de Madrid, al tiempo que era nombrado Magistrado del Tribunal Supremo. El Conde de Barcelona le propuso, entre otros, para encargarse de la formación del entonces príncipe.

¹¹ En 1946 obtuvo la permuta con José Valiente Soriano para Sevilla. En su trayectoria como privatista en Sevilla se ocupó del *negocio jurídico* e impartió un curso (en 1959) sobre la reforma del Código Civil de 1958.

¹² También se doctoró en Bolonia en 1935, con *L'Azione di reclamo di stato di figlio naturale* que presenta (mecanografiada). En 1971 fue nombrado magistrado del Tribunal Supremo, y más adelante, colaboró en la elaboración de Ley del Divorcio (1978) y Ley de la Propiedad Intelectual (1987).

¹³ Hermano de Alfonso, miembro fundador de Falange y del Instituto de Estudios Políticos, más tarde secretario del Consejo de Don Juan en Estoril.

¹⁴ Fiscal y profesor auxiliar en Zaragoza, especialista en Derecho foral aragonés, y en 1946 se convertirá en Gobernador Civil de Logroño. Fiscal jefe de la Audiencia

las votaciones pero tampoco el presidente, Manuel Batlle, permitió una segunda votación o la prolongación de las deliberaciones. En los cuatros procesos el resultado fue idéntico: el candidato obtiene la cátedra por tres votos frente a dos y siempre el voto decisivo es el suyo- El verdadero control del proceso se da pues en la designación del tribunal, que se inicia en 1943 pero que no termina de constituirse hasta 1945, período en el que sufre todo tipo de avatares e interferencias. Tras el fallecimiento de Felipe Clemente de Diego, que hasta el momento había presidido todos los tribunales desde la guerra, Batlle quedó como presidente y se logró finalmente un acuerdo en la composición. Al seguir el desarrollo de los ejercicios se comprenden los conflictos previos. Primero hay una discusión "animada" sobre la estructura de la oposición que fijando los 15 temas para el último ejercicio. Acto seguido los candidatos falangistas, Rocamora y Albaladejo, abandonan.

La oposición transcurre con total normalidad. Los trabajos aportados señalan una ausencia, a diferencia de lo sucedido en las tempranas cátedras de 1940, de las influencias alemanas e italianas (aunque en menor medida). Los aspirantes dan muestra de su total adaptación a los tiempos además de cumplir las líneas programáticas que marcaban los propios miembros de los tribunales en sus manuales y artículos sobre el papel del Derecho Privado en la construcción del Estado:

- a) Fortalecer los derechos de personalidad teniendo en cuenta que el hombre es portador de valores eternos.
- b) Construir una doctrina relativa al derecho de propiedad y demás derechos reales en consonancia con la realización de la función social.
- c) Fortalecer el derecho de familia al ser esta la cédula primaria natural y fundamental de la sociedad¹⁵.

En las oposiciones de 1945 también se puso en evidencia la división del tribunal. Sancho Seral apoyó a Espín Cánovas pero Serrano Suárez a Fernández Santa Eulalia. Estando en juego cuatro cátedras y después de las presiones previas, el presidente Batlle consiguió el apoyo del resto para promocionar a los otros cuatro candidatos, hasta tal

Territorial de Zaragoza. En su memoria de oposición defendía que prevalecieran los fueros aragoneses al no haber "peligro de derivación política", a diferencia de lo que sucedió con el separatismo vasco. A.G.A. (Archivo General de la Administración).

¹⁵ García López, "La construcción del Estado Nacional-católico en la Revista de Legislación y Jurisprudencia (1951-1961)," 47-65.

punto que su informe (manuscrito) fue copiado por Sancho, Ossorio y Cossío y mecanografiados con papel de calco con la única diferencia de la firma¹⁶.

Estos procedimientos no fueron siempre habituales. A finales de 1949 se resolvieron tres cátedras, dos en La Laguna y una más en Barcelona. A pesar del número de opositores admitidos, ocho, y de la distinta predilección de los miembros del tribunal, el presidente Miguel Sancho Izquierdo, no recurrió a estos extremos. Deliberaban y si no había mayoría pasaban a una segunda votación. Francisco Fernández-Villaverde salió en primera votación sobre Manuel Gitrama y Pascual Marín Pérez en segunda votación. En 1951 Castán Tobeñas, quien ya había presidido distintos tribunales tanto de Derecho Procesal como de Derecho Romano, vuelve a las cátedras de Derecho Civil. Se convocan cátedras de Civil en Santiago, que ocupará Jose Luis Lacruz¹⁷ y en Oviedo que finalmente conseguirá un Manuel Albaladejo que lleva presentándose desde 1945¹⁸. Lamentablemente, no se conservan las votaciones de dichas oposiciones, pero el transcurso de los ejercicios, los informes y las deliberaciones coinciden con el criterio marcado por el propio Castán, el *jurista modelo* del régimen en el que la novedad se convierte en el regreso a la tradición¹⁹. Un pasado sobre el que descansaba la obligación de respetar el Derecho vigente, un Derecho carente de toda reflexión crítica, muy valorado por cualquier régimen autoritario²⁰.

16.3. Derecho procesal

El crecimiento exponencial de las Cátedras de Derecho Procesal es fiel reflejo de este papel en el Nuevo Estado, como también la fuerte conflictividad que hubo por ocupar alguna de ellas.

¹⁶ A.G.A.

¹⁷ Lacruz, "La discusión actual en torno a los derechos forales," 401-408.

¹⁸ (Cartagena, 1921). Profesor Auxiliar en Granada. Hoja de servicios. Colaborador del Francisco de Vitoria y pensionado para estudiar en Berlín por la Alexander von Humboldt. Fue teniente de complemento del arma de Infantería. Su certificado de adhesión lo firma Luis Ortiz, Secretario Nacional de la Junta de Educación. Más tarde será catedrático en Oviedo (1953), Barcelona (1956) y Madrid (1969), de la que es emérito, y presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (1999-2003) y consejero de Estado.

¹⁹ Fernández-Crehuet, *Franquismo y revistas jurídicas*, 31.

²⁰ Serrano González, *Un día en la vida de José Castán Tobeñas*. Lacasta Zabalza, *Límites y rémoras en la obra de Castán Tobeñas*, 11-18.

En la primera mitad de los años cuarenta se adjudicaron cuatro cátedras y tan sólo tres entre 1946 y 1950, mientras que se declararon desiertas tres, una en 1941 y dos en 1946. De nuevo, la composición de los tribunales mantuvo una fuerte homogeneidad, rotando los distintos vocales con independencia de las presidencias. Estas recayeron en cuatro figuras representativas de los distintos procesos, políticos (sobre todo con el fin de la Segunda Guerra Mundial), socioeconómicos (a finales de la década se aprecia ya un crecimiento en el acceso a las carreras universitarias y Derecho es una de las más demandadas) y aquellos culturales o educativos que más afectaron a la estructura universitaria de la enseñanza del Derecho que cristalizaron, eso sí, ya en la década siguiente.

Los primeros tribunales de Cátedras de Derecho Procesal, para la Universidad de Barcelona y la de Murcia, se celebraron en 1940 y fueron presididos por Blas Pérez González, al que ya hemos visto en Derecho Civil. Al ser nombrado ministro en 1941 ocupará su puesto José Viñas Mey hasta 1946. Tras un breve intervalo en el que preside Ignacio Casso Romero, que hasta el momento había estado presente en todos los tribunales, se alternan hasta el final de la década dos de las figuras más influyentes en este ámbito: Federico Castejón y Castán Tobeñas. Al igual que en casos anteriores, no se conservan las votaciones a las oposiciones de 1940 pero sí las respuestas a las exposiciones de los aspirantes y los comentarios de los miembros del tribunal a sus trabajos. Se presentaron cuatro aspirantes, y fueron resueltas en poco más de dos meses²¹. La vacante de Barcelona estaba designada para un joven Jaime Guasp, letrado del Consejo de Estado desde 1936, pero que acababa de doctorarse en junio de 1940, el mismo año de la oposición, que apenas se presenta con la tesis manuscrita (*Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*) y alguna breve recensión.

La verdadera oposición estaba en el segundo puesto por el que pugnaban Valentín Silva Melero, Antonio Martínez Bernal y Ángel Enciso Calvo. Este último presentaba una breve trayectoria docente de varios meses antes de la guerra como auxiliar y encargado de la cátedra por lo que tal vez se decidió a destacar su perfil político.

²¹ El tribunal se convoca en 11/6/1940, B.O. (Boletín Oficial) del 25 y el presidente envía la propuesta el 26 de septiembre. El resto de miembros del tribunal fueron: Miguel y Romero, José M^o Serrano Suárez, Eduardo Dívar y Leonardo Prieto Castro. A.G.A., Leg. 9581 Sig: 5(1)1.3 32/13569.

Aunque fue apoyado por el propio presidente Blas Pérez y por Enrique Dívar no consiguió su objetivo²². Fue Valentín Silva Melero, doctor desde 1928 y traductor reciente de *El obrero alemán en el nacional-socialismo*, de Fritz Mang, quien finalmente obtuvo la cátedra de Murcia al recibir los tres votos restantes. El otro candidato, Martínez Bernal, con un perfil más técnico que político no recibió ningún voto.

El tribunal no había tenido que posicionarse abiertamente por uno de los dos candidatos hasta el último ejercicio; el tema elegido en sesión privada fue «El control jurisdiccional que se efectúa en la instancia provincial contencioso-administrativa española y procedimiento para efectuarlo». El ejercicio de Silva Melero fue desdeñado por Dívar, que lo consideró una muestra de su «*manía de traer a colación doctrina y opiniones de autores y conceptos generales de derecho procesal, para tratar de eludir el planteamiento y solución del tema concreto*». Para Blas Pérez no pasó de “acertado”. Poco después se vivió el escenario contrario. Enciso recibió críticas severas de varios miembros y la acusación de Miguel Mauro de no distinguir «*Administración de Jurisdicción*». Enrique Dívar tuvo que disculparle por falta de tiempo en la preparación pero hasta el propio Blas Pérez criticó «su sensible baja en este ejercicio», aunque finalmente lo declarase apto²³.

El turno de Angel Enciso llegaría al año siguiente cuando consiguió la cátedra de Valencia, ocupada anteriormente por Niceto Alcalá-Zamora²⁴. El tribunal era idéntico al que acabamos de ver solo que ahora estaba presidido por Jose Viñas Mey quién sustituía a Pérez y por Manrique Mariscal de Gante que sustituye a Enrique Dívar. Así pues, los dos obstáculos que Enciso había tenido en las últimas oposiciones desaparecen. El resto de aspirantes son de nuevo Martínez Bernal

²² Angel Enciso Calvo era auxiliar temporal en Madrid desde abril del 36 y encargado de cátedra desde mayo. Ayudante de clases prácticas desde octubre de 1932. Licenciado en Derecho y Ffía y Letras, con premios extraordinarios, estudios en Bonn por la JAE y pensionado por la Junta constructora de la Ciudad Universitaria en Berlín y Munich (1934-5). Combatiente nacionalista, con numerosas condecoraciones – entre ellas dos rojas al Mérito militar –, Secretario Nacional de Justicia y Derecho de FET y de las JONS, Académico de la Real de Jurisprudencia y Legislación y vocal de su Junta de gobierno (¡desde 1932, con 19 años!) y asesor honorario del Instituto de Estudios políticos. Fue reintegrado tras depuración sin sanción junto a Cortina Mauri y Lissarrague Novoa – dos destacados falangistas – el 4-12-1939. Ver Otero Carvajal, *La destrucción de la ciencia en España*.

²³ A.G.A., Leg. 9581 Sig: 5(1)1.3 32/13569.

²⁴ Blasco Gil y Mancebo, *Niceto Alcalá-Zamora Castillo y Pedro Urbano González de la Calle*, 173-189.

y Manuel Fenech Navarro, discípulo del secretario del tribunal y profesor en Zaragoza Leonardo Prieto Castro. Se convocaron tres cátedras, Valencia, Granada y Santiago, así que la cuestión pasaba por resolver los primeros puestos²⁵. Fue una oposición más política que científica y el sacrificado fue de nuevo fue Martínez Bernal que a diferencia de los otros dos candidatos tenía una experiencia como profesor universitario mucho mas larga.

Angel Enciso volvió a presentar sus méritos curriculares, especialmente su labor docente en la Universidad Central, y sobre todo volvió a exhibir sus cargos: asesor honorario del Instituto de Estudios Políticos, académico de Jurisprudencia y Legislación, (ya antes de la guerra), Secretario Nacional de Justicia y Derecho de FET y de las Jons desde junio de 1939, así como sus dos cruces rojas al mérito militar por su actuación en la guerra. Miguel Fenech Navarro se había doctorado ese mismo año con una tesis sobre «El Real Tribunal de la Acordada», un trabajo sobre la América española en el siglo XVIII que adaptó rápidamente a los nuevos tiempos. Colaboró en la elaboración del apéndice al *Código de Justicia Militar* de Nicasiu Pou y Rivas (agotado y reeditado por Reus en 1939 dada la elevada demanda del momento) y tradujo del alemán el *Manual de Derecho Procesal* de Belling. Como autor realizó ensayos como *Nuevas orientaciones del Derecho Procesal Penal*, referido a las innovaciones del Nacionalsocialismo alemán en el régimen procesal penal que se publicó en 1941 con el título *La posición del Juez en el Nuevo Estado. Ensayo de sistematización de las directrices actuales*, donde reivindicaba para España un derecho del pueblo de corte alemán.

Prologado por Jaime Guasp, *La posición del Juez*, traslada las ideas de Carl Schmitt (la desaparición del juez ante la ley) y de los teóricos alemanes del Estado totalitario, para proponer una modificación sustancial del Derecho español donde pasasen a primer lugar los intereses de la comunidad del pueblo frente a los del individuo. Indica algunas conquistas de la Nueva España en esa dirección, como los Puntos de Falange, el Fuero del Trabajo o la Ley de Responsabilidades Políticas, pero «a pesar de estos elementos antiliberales en la reglamentación de la Magistratura causa asombro que un Estado totalitario pueda gobernarse con la citada legislación liberal» refiriéndose a la Ley Orgánica del Poder Judicial todavía vigente²⁶.

²⁵ A.G.A., Caja 32/13632 Leg. 9617/1- B.O.E. 14 de junio de 1941.

²⁶ Fenech Navarro, *La posición del juez en el Nuevo Estado*, 113.

Aun tenía España mucho camino por recorrer para que imperase el principio de caudillaje, el *fürherprinzip*, en todos los conflictos y contenciosos, pero en su opinión el Estado estaba cerca de adoptar definitivamente la interpretación totalitaria de la Ley Penal y suprimir el principio liberal *nullum crimen sine lege* por el conocido *nullum crimen sine poena*²⁷. Por último, presentó una conferencia, de abril de 1941, titulada «La justicia Penal en la Rusia Soviética», donde vuelve a adaptar básicamente las tesis de Schmitt a la España de postguerra²⁸.

Sus posiciones recibieron elogios. Mariscal de Gante, Magistrado de la Audiencia Territorial de Madrid, consideró su libro *La posición del Juez en el Nuevo Estado*, como «un estudio sistemático del problema de la Justicia en el Estado liberal y en el Estado totalitario, en el que el Juez no representa un Poder, sino un funcionario sujeto, como todos, a los principios de sumisión y obediencia al Príncipe»²⁹. Pero no se libró tampoco de las críticas. Jose Maria Serrano Suárez lo acusó de no ser procesalista y de ser ayudado “directamente” por el secretario del tribunal, Leonardo Prieto. Acusación que, como veremos, tendrá consecuencias más adelante. Así dice Serrano en su informe sobre los trabajos de Fenech,

Consignemos tres notas finales. La Memoria pedagógica del Sr Fenech alude, al tratar del concepto del Derecho Procesal, a los principales autores hasta 1931; en “La posición del Juez en el Nuevo Estado” se mencionan escritores y obras aparecidas hace un par de meses. Memoria pedagógica: comprende 470 folios, es un verdadero cajón de sastre, sin nada personal. De las cuatro cuestiones del contenido de la memoria, todo lo relativo a la primera es una transcripción íntegra, literal, sin disfraz, con notas y erratas de dos trabajos del Sr Prieto. En lo que afecta al programa se ha aceptado el del sr Prieto. Prescindiendo de estos plagios tan repetidos³⁰.

²⁷ Para su génesis véase Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*.

²⁸ Fenech Navarro, *Memoria a Cátedra*. A.G.A., Leg. Caja 32/13633. Era Capitán de la Escuela Honorífica del Cuerpo Jurídico Militar y tenía las siguientes numerosas distinciones al valor militar, donde en 1947 Fenech ocupa la Cátedra de la Universidad de Barcelona, de la que sería rector entre 1965 y 1968. Ese mismo año (1947) publica *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, donde abandona su visión del Estado totalitario. «El Estado es el titular del ius puniendi al que regula por dos órdenes de normas cuando al autolimitar su poder deviene Estado de Derecho», *ibid.*, 5.

²⁹ Esta obra, cuya materia no parece tratada en su integridad hasta el presente por ningún autor español, demuestra en el señor Fenech gran acervo de conocimientos y excelente lógica al comparar con absoluta objetividad unas y otras legislaciones. A.G.A., Leg. Caja 32/13633

³⁰ Informe de Jose M^º Serrano Suárez A.G.A., Caja 32/13632 Leg. 9617/1.

El perfil técnicamente superior de Martínez Bernal quedó aplastado por la relación de méritos anteriores y por el apoyo decidido de Prieto Castro a su discípulo Fenech. De nada sirvió su nombramiento como secretario de la Magistratura Provincial de Trabajo de Murcia ni el informe de esa delegación local de la Falange de que Bernal había sufrido persecución por derechista. El primer puesto fue para Enciso que eligió Valencia, Fenech fue a ocupar la cátedra de Granada mientras que Antonio Martínez Bernal rechazó la de Santiago que quedó desierta³¹.

La siguiente oposición también estuvo repleta de incidencias en gran parte motivadas por lo sucedido en las anteriores. Se convocó en 1943 para proveer la vacante de Madrid y a ella concurren Jaime Guasp, Leonardo Prieto y Angel Enciso Calvo³². Fenech Navarro estaba ahora dentro del tribunal y podía devolver la ayuda a Prieto. Guasp, recordemos, ganó la primera cátedra de Procesal tras la guerra para Barcelona por unanimidad y Enciso era profesor precisamente en Madrid. La primera cuestión fue la constitución del tribunal. Inicialmente iba a presidirlo Felipe Clemente de Diego, Presidente del Tribunal Supremo que ya hemos visto en las cátedras de Civil, pero renunció por enfermedad y fue sustituido por Ignacio de Casso. Renunciaron también Viñas Mey y los suplentes Ossorio Morales y José Guallart. Tras estos acontecimientos, Angel Enciso presentó un escrito en el Ministerio de Educación, con copia al presidente del tribunal, reclamando la suspensión del proceso por haber excedido el plazo reglamentario (tres meses) para la constitución del tribunal. Guasp presentó otro escrito por los mismos conductos aludiendo a que no existía ninguna infracción reglamentaria «y lo que se perseguía era retardar el comienzo de las oposiciones». El Ministerio consideró que los motivos eran de “fuerza mayor” (enfermedad de Clemente de Diego) y denegó la solicitud de Enciso que decidió abandonar la oposición.

Por su parte, Leonardo Prieto pidió la recusación de dos miembros del tribunal, Serrano Suárez y Viñas Mey por “enemistad manifiesta”.

³¹ B.O.E. 27/5/1944; Finalmente Antonio Martínez Bernal conseguiría la cátedra de Murcia a comienzos de 1944. Tribunal: presidente Ignacio Casso Romero, Pedro Apalategui, Jose Maria Serrano, Miguel Fenech Navarro y Miguel Romero. A.G.A., Leg. 32/1471. B.O.E. de 20 de 10 de 1943.

³² Los dos primeros fueron Decanos de la facultad de Derecho de Madrid. El primero entre 1953 y 1955, el segundo entre 1957-1963.

En su petición al Ministerio saca a relucir la oposición anterior y aquella acusación que le hiciera Serrano de que estaba ayudando directamente a Fenech, al que acusó de "plagio". Recusaba también a Viñas Mey, el presidente, por no suspender las oposiciones en aquel preciso momento.

El Ministerio también desestimó esta petición. Las oposiciones se reanudaron en noviembre, estando ya publicado el importante trabajo de Jaime Guasp *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, alabado por todos los miembros del tribunal (a excepción de Fenech). La obra de Prieto fue valorada de forma desigual. Prácticamente todos pasaron por alto sus trabajos más "políticos" como su contribución en *Corporativismo*, una obra colectiva de profesores de la Universidad de Zaragoza impulsada en plena guerra por la ACNP³³, sus comentarios al *Fuero del Trabajo* o a la *Legislación de guerra y de posguerra*, y consideraron más importantes sus contribuciones posteriores, sobre todo su *Exposición del Derecho Procesal Civil de España*. Vol I. Todos menos Serrano Suárez decidido a pasar factura por el intento de recusación iniciado por Prieto. Así, recoge en su informe una reseña crítica del propio Guasp que contenía más de 300 errores de legislación positiva en el trabajo de Prieto. Serrano concluye rotundamente sobre el trabajo de Prieto: «*los maestros germánicos influyen en sus concepciones y hasta en su léxico que, muchas veces, buscando el método y la técnica, se olvida de la claridad, aunque otros autores españoles, en la Revista de Legislación y de Derecho Inmobiliario, le han reconocido mayores méritos*». Por último, se permitió el lujo de abstenerse en la votación dado que Jaime Guasp contaba ya con tres votos.

Prieto Castro y Serrano Suárez volvieron a coincidir en la provisión de las siguientes vacantes, las de Valencia, Santiago y La Laguna, pero este último renunció y fue sustituido por Martínez Bernal. Los ejercicios se desarrollaron entre marzo y junio de 1946 siendo presidente Federico Castejón del CSIC³⁴.

La particularidad de este proceso está en que sólo se presentaron dos candidatos para tres plazas: Eusebio Díaz-Morera González y Manuel Gordillo García. El primero había sido profesor auxiliar en Barcelona pero ejercía fundamentalmente la abogacía en la empresa privada. Tampoco Manuel Gordillo procedía directamente de la universidad; aunque había sido ayudante de clases prácticas en Madrid, pertenecía al Cuerpo Jurídico Militar como Comandante Auditor del Aire.

³³ Sancho Izquierdo, Prieto Castro y Muñoz Casayús, *Corporativismo*.

³⁴ A.G.A., Leg. 11049 Sig: 5(1)1.3 31/2160. Presidente: Federico Castejón, Manuel de la Plaza, Antonio Martínez Bernal, Leonardo Prieto, Antonio Hernández Gil.

El tribunal no mostró ningún interés excesivo por los dos candidatos pero no por ello resultaron más permisivos. Los trabajos de Díez-Morera fueron tildados de superados y de tener «*escasísimo valor para nuestra disciplina*» mientras que en el informe sobre Gordillo puede leerse lo siguiente: «*conoce y maneja bien las fuentes españolas más asequibles y modernas; pero es fácil advertir que ni las que pudieran llamarse clásicas en el derecho patrio le son familiares, ni de las extranjeras sabe aun lo que normalmente puede exigirse a un Profesor universitario*»³⁵. De la Plaza y Martínez Bernal votaron que no se dotara ninguna plaza, mientras que el resto apoyaron finalmente a Gordillo. Las cátedras de Santiago y La Laguna quedarían desiertas.

En las cátedras siguientes, Manuel Gordillo, que poco más tarde ganó el concurso de traslado a Salamanca, actuará de secretario del tribunal presidido por Castán Tobeñas³⁶. Para entonces ya es apreciable la renovación de los tribunales de Derecho Procesal en relación a comienzos de la década. Los que accedieron a cátedra a comienzos de la misma, como Silva o Enciso, van ahora alternándose con los más recientes como Gordillo o Madruga. En 1950 se resuelven las vacantes de Zaragoza y La Laguna, a las que se presentan tres aspirantes: José Lois Estévez, Vicente Herce Quemada y Carlos Miguel Alonso. En el último y sexto ejercicio, Lois Estévez no se presenta, lo hace su padre para señalar que se encuentra enfermo. El tribunal delibera en sesión privada y pide su parecer a los opositores presentes. Herce no duda y dice «*que también él se encuentra desde hace días quebrantado de salud, y que no obstante está dispuesto a continuar las oposiciones*»³⁷.

Estévez queda excluido, Herce y Miguel primero y segundo, pero no con unanimidad ya que Enciso y Silva votaron por la no provisión de las cátedras³⁸. El criterio seguido por los otros tres miembros no parece muy claro. El resumen de Angel Enciso sobre los aspirantes

³⁵ A.G.A., Leg. 11049 Sig: 5(1)1.3 31/2160.

³⁶ B.O. (Boletín Oficial), 27/6/1949. Tribunal. Preside Jose Castán Tobeñas, Esteban Madruga, Valentín Silva, Angel Enciso, Manuel Gordillo.

³⁷ A.G.A., Leg. 11049 Sig: 5(1)1.3 31/2160.

³⁸ B.O.E. 20/2/1950. Además de profesor adjunto, Vicente Herce era Secretario Judicial, Juez de Primera Instancia y Magistrado del Trabajo excedente. Presenta publicaciones en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, cuyo director era Castan Cobeñas, y en la revista *Derecho Procesal*, de la que formaba parte del consejo de redacción. Era autor junto a Emilio Gómez Orbaneja, de un *Manual de Derecho Procesal*, cuya primera edición data de 1946. Carlos Miguel y Alonso era hijo de otro procesalista, del que reedita una obra "Derecho Procesal Práctico" y que presenta como una de sus publicaciones. A.G.A., Leg. 11049 Sig: 5(1) 1.3 31/2160.

es breve pero conciso: Vicente Herce Quemada, *bien dotado y preparado, al parecer, para la docencia; menos, para la investigación*, Carlos Miguel y Alonso: *el afán de rigor formal le lleva a conclusiones no acertadas*.

Termina la década y queda meridianamente claro que la renovación generacional de los tribunales no era sinónimo de cambio alguno en las asentadas prácticas en los tribunales universitarios.

16.4. Derecho penal

De la importancia del Derecho Penal en la posguerra no sólo hablan las cátedras dotadas (seis entre 1940 y 1943). A pesar de concentrarse fundamentalmente en la jurisdicción militar, la amplísima política represiva del régimen quiso revestirse desde el comienzo mismo de la guerra de aspectos legales ordinarios³⁹. Los penalistas ocuparon el mismo lugar institucional como especialistas y profesores universitarios que administrativistas, civilistas o canonistas, en la Nueva España, especialmente a través del Ministerio de Justicia, la Dirección General de Prisiones y los diversos patronatos y juntas de protección a menores y "mujeres caídas". Su papel fue legitimar las penas y sentar sus bases doctrinales de acuerdo a los parámetros dictatoriales; sufrieron, al igual que el resto de las disciplinas jurídicas, una reorientación hacia los principios más representativos del régimen político y del modelo de relaciones sociales impuesto tras la guerra civil. A tenor de lo sucedido en la provisión de cátedras de estos años, no hubo en esta rama mayor injerencia política que en las demás. Hubo disputas internas por la elección de los candidatos encubiertas por los debates del momento, como la apertura hacia las llamadas Ciencias Penales o la recepción del Derecho Penal alemán vigente por entonces, pero fue la dirección católica y tradicional del Derecho Español la que se asumió oficialmente⁴⁰.

Una situación que no fue sólo el fruto de la depuración. Con la importante excepción de Luis Jiménez de Asúa, que moriría en el exilio, la mayor parte de los catedráticos de Penal antes de la guerra eran conservadores tanto en sus convicciones políticas como en su concepción del Derecho. Desde su posición de catedráticos universitarios se

³⁹ Oneca, *El Derecho penal de la posguerra*, 256.

⁴⁰ Portilla Contreras, "La ideología del Derecho penal durante el nacional catolicismo franquista," 102.

convirtieron en los ideólogos penales del régimen⁴¹. Federico de Castejón, Catedrático en Sevilla y Magistrado del Tribunal Supremo, participó en el anteproyecto de Código Penal de Falange en 1938⁴²; Eugenio Cuello Calón, catedrático en Barcelona y Madrid después, había hecho lo propio con el Código Penal de 1928 bajo la dictadura de Primo de Rivera. Tras la guerra pasó la depuración sin problema, jurando por su honor que había impartido todas sus clases en Barcelona en castellano⁴³. Jose María Rodríguez Devesa impartía las suyas en Madrid vestido de uniforme pues era comandante del Cuerpo Jurídico Militar⁴⁴.

Entre los penalistas que veremos a continuación destaca Isaías Sánchez Tejerina, miembro del Tribunal para la Represión de la Masonería y el Comunismo. La guerra le sorprendió en Salamanca, donde era catedrático y desde donde jugó un importante papel en la propaganda y en la construcción de un Derecho Penal adecuado para la guerra. Allí pudo elaborar uno de los pocos manuales que se escribieron en plena guerra, donde realiza una apasionada defensa de la pena de muerte en legítima defensa. «¿Como vamos a negar al Estado el derecho a defenderse, contra sus enemigos interiores, cuyo peligro actual e inminente está demostrado y sus ataques injustos son ciertos? No habrá más que examinar cuidadosamente este requisito: necesidad racional de la pena de muerte para defenderse es Estado»⁴⁵.

Al terminar la guerra, Sanchez Tejerina se trasladó a Madrid para ocupar la cátedra de Quintiliano Saldaña, que había muerto refugiado en una embajada en Madrid. Quedaba constituido plenamente el grupo que dirigiría el penalismo español durante décadas, complementado con los profesores y doctores jóvenes de antes de la guerra y que ocuparán las cátedras vacantes como veremos a continuación. Inocencio Jiménez Vicente presidió el tribunal para las cátedras penales de Valladolid, Murcia y Oviedo en 1940⁴⁶. Se presentaron cinco aspirantes: Juan del Rosal, Octavio Pérez Vitoria, Antonio Ferrer Sama, José Guallart y Antonio Peláez de las Heras.

⁴¹ Ferré Olivé, *Universidad y Guerra Civil*, 11-13.

⁴² Castejón, *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*, 4.

⁴³ Martín, *Penalística*, 588.

⁴⁴ Ferré Olivé, *Universidad y Guerra Civil*, 34.

⁴⁵ Sánchez Tejerina, *Derecho Penal Español*, 1940.

⁴⁶ B.O. del 25/6/1940. Presidente: Inocencio Jiménez, Eugenio Cuello Calón, Juan Brey Guerra, Romualdo Hernández e Isaías Sánchez Tejerina. A.G.A., Leg. 9582-1 Sig: 5(1)1.3 32/13571.

Tras el siguiente y último ejercicio las posiciones se fueron perfilando; Rosal sería fuertemente criticado ya que según Tejerina sus trabajos:

adolecen, en general, del defecto de oscuridad en la exposición. Sin duda revelan el empeño, no acabado de lograr, de comprender las doctrinas penales de algunos profesores alemanes. Por otra parte, el culto excesivo que rinde a sus maestros Wolf, Schaffstein, etc., le impide ver otras doctrinas, otras concepciones muy estimables. Fuera de la idea del delito como "unificación del deber", que no es tampoco una novedad, nada encontramos en sus trabajos.

La opinión de Brey en cambio fue elogiosa; destacó su contribución y su inclinación a tratar aspectos de la Filosofía del Derecho. Menos entusiasta se mostró Serrano que los consideró «breves y con carácter informativo». Tejerina se mostró «gratamente sorprendido» por los ejercicios de Ferrer Sama pero se inclinó claramente por lo de Guallart, sobre todo su postura respecto a las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Criminal. Brey concluye «entiendo que el Sr. Guallart es perito en la materia que narra». Y más que técnicos, dice Serrano, sus trabajos son «ensayos de aplicación del Derecho penal»⁴⁷.

El tribunal votó en primer lugar por unanimidad a José Guallart, que eligió la cátedra de Valladolid. Era auxiliar en Zaragoza desde el curso 1924-5, donde también había sido Presidente del Tribunal de Menores. Aunque formado en Italia y pensionado por la JAE para Alemania, el tratamiento que dio a su especialidad, el derecho de menores, es bastante representativa de la que tenían un buen número de penalistas antes de la guerra: la del correccionalismo católico centrado en la defensa de la familia y en la Doctrina Social de la Iglesia. Una visión moderada que después de la contienda se vio arrinconada por la visión integrista o redentorista del delito impuesta por la jerarquía católica, y que también se vio incomodada en menor medida por el penalismo nazi o la influencia del modelo legislativo de la Italia fascista.

También era especialista en menores Octavio Pérez Vitoria, que antes de la guerra ya se había mostrado crítico con la legislación italiana de menores⁴⁸. En su *memoria* muestra una postura antipositivista desde

⁴⁷ A.G.A., Leg. 9582-1 Sig: 5(1)1.3 32/13571.

⁴⁸ «Respecto a los mayores de 14 años y menores de 18, mantiene el Código penal italiano el tradicional criterio de discernimiento que, con gran acierto, va desapareciendo de las modernas legislaciones, porque, además de ser una huella de la concepción represiva, constituye una insuperable dificultad lograr descifrar en qué consiste objetivamente el pretendido discernimiento y, más aún, concretar cuando éste tiene

el primer momento. Considera anticuado hablar de Derecho criminal, en lugar de penal, y se apoya para ello en Cuello Calón. Abogaba por una ampliación de las enseñanzas universitarias de las llamadas ciencias penales (Criminología –antropología y sociología criminales–, psiquiatría forense y medicina legal). En su defecto, proponía el sistema de Cuello Calón, de cursillos de psiquiatría forense y medicina legal. Sin embargo, cuando este apartado termina, el formato y sobre todo el tono de la memoria cambian, adopta de repente un lenguaje fascista y prescinde del rigor científico de las páginas anteriores. Al abordar los «fines principales de la Universidad de un país occidental civilizado», afirma que el Derecho Penal de raíz liberal está en crisis e insiste en la necesidad de subordinación de la norma al Estado»⁴⁹. Como en otros casos ya señalados, en estos primeros años de posguerra muchos opositores se vieron obligados a redactar con prisa distintos apartados de sus memorias pedagógicas, para no dejar duda de su fidelidad al régimen, aunque estuviese en contradicción con lo que sostenía el autor en trabajos publicados incluso ya después de la guerra. En una separata de los Anales de la Universidad de Barcelona del curso 1939/40, Pérez Vitoria defiende claramente la necesidad de separar a los menores del Derecho Criminal «y ocuparse de su corrección con el fin de reintegrarlos a la vida colectiva»⁵⁰.

Totalmente contrario a esa visión se mostró Juan del Rosal que expuso prolijamente (casi dos terceras partes de su memoria) a los penalistas nacionalsocialistas alemanes. Había elaborado la mayor parte de su tesis doctoral, defendida en diciembre de 1935 con el título *Una nueva concepción del delito*, en el Instituto Criminal de la Universidad de Berlín bajo la dirección de Erik Wolf⁵¹. Su interiorización de los principios penales nazis le llevaba a posiciones totalmente contrarias a las del reformismo europeo. «*La tarea del Estado nacionalsocialista es la imposición de un castigo justo y expiatorio a quien haya quebrantado la fidelidad que le debe a la Comunidad*». *Una fidelidad que no excluía a los menores*,

realmente lugar en cada caso», Pérez Vitoria, “La nueva Legislación italiana sobre Tribunales de Menores,” 45-67.

⁴⁹ Memoria, 133. A.G.A., Leg. 9582-1 Sig: 5(1)1.3 32/13571.

⁵⁰ Pérez Vitoria, “El discernimiento como fundamento de la responsabilidad criminal de los menores,” 119-125.

⁵¹ Según del Rosal el trabajo iba a ser publicado cuando estalló la guerra civil. En referencia al lenguaje decía: «*casi no hemos querido retocarle para que nos recuerde una de nuestras fases de formación universitaria: la de la estancia en Alemania*». A.G.A. Memoria p. 2, Leg. 11037 Sig: 5(1)1.3 31/2143.

pero recordaba: el delincuente podía educarse y corregirse siempre y cuando no hubiera perdido «su cualidad de miembro del pueblo»⁵².

Se declaró contrario a la Criminología (a la que llama “estirpe”) y al “naturalismo sociológico” ya que como discípulo de Wolf era partidario de un acercamiento “vital” y fenomenológico al Derecho. Del Rosal, auxiliar en la Universidad de Barcelona y todavía Teniente de Infantería, sólo recibió el voto de Juan Brey. El resto fue bastante duro con él. Calón criticó su «léxico deplorable» y lamentó que se dedicase a realizar una investigación sobre el concepto del delito en general «sino a la fijación de las concepciones formuladas por algunos de los penalistas del nacionalsocialismo alemán». El informe conjunto del tribunal era demoledor. De su memoria decía:

tercera redacción de la tesis doctoral, que no ha presentado al Tribunal, muestra una labor de lectura dedicada a la literatura germana de los últimos años. La oscuridad no es sólo defecto de forma sino indicio de que la asimilación no está lograda. Y no porque no esté adherido a lo que expone, pues con frecuencia lo repite aminorando el valor docente exigible⁵³.

El tribunal votó por unanimidad a Guallart pero decidió apoyar a Antonio Ferrer Sama para el segundo lugar y postergar a Pérez Vitoria al tercero. Ferrer se había mostrado muy crítico con la metodología defendida por los otros dos aspirantes, negando, como Del Rosal, las «pretendidas ciencias penales», como la antropología criminal o la estadística criminal que no consideraba verdadera ciencia⁵⁴.

Los tres nuevos catedráticos entrarían a formar parte de los tribunales de oposición del año siguiente para Valladolid y La Laguna, presididos ya por Cuello Calón. Juan Del Rosal y Peláez de las Heras se presentaron de nuevo junto a Manuel Serrano Rodríguez, José Ortego

⁵² *Memoria*, 35-38. Y más adelante parafraseando a Wolf: “La totalidad de la vida en la que esto acontece se llama Estado. Mejor, Estado Total. En el debe ejecutarse la estructuración del nuevo Derecho”. A.G.A., *Memoria* p. 2, Leg. 11037 Sig: 5 (1) 1.3 31/2143, 47.

⁵³ A.G.A., Leg. 11037 Sig: 5 (1) 1.3 31/2143.

⁵⁴ *Memoria*, p. 12. A.G.A., Leg. 9582-1 Sig: 5(1)1.3 32/13571. A finales de los cincuenta se convirtió en un abogado mediático, al ejercer la defensa del asesino múltiple José M^a Jarabo, el último ejecutado por la justicia ordinaria en España. En 1985 asumió la defensa del empresario José M^a Ruiz-Mateos.

Costales, Ricardo Mur y Máximo Peña⁵⁵. Ya en la presentación de la documentación surgieron las sospechas en el tribunal sobre si la obra de Ricardo Mur *La exclusión del dolo por concurrir un error de derecho en la doctrina jurídica medioeval italiana* era o no una copia. Finamente decidieron continuar hasta tener prueba material del plagio. Mientras tanto iban saliendo de dudas. Al término del segundo ejercicio, Guallart le hizo dos observaciones: la primera, «en estos momentos en que los investigadores tropiezan, por causa de la guerra, con tantas dificultades bibliográficas, indique dónde en España se encuentra ese magnífico fondo de libros que, según Vd ha manejado» a lo que Mur responde que en la Universidad de Valencia, «pero que se le permita silenciar el lugar donde se hallan». La segunda observación de Guallart daba vueltas a la convicción de que había plagiado a Engelmann, extremo que negaba una y otra vez Mur.

Ricardo Mur Linares, queda definitivamente excluido de la oposición al recibir el tribunal el original de la obra de Engelmann y comprobar que, efectivamente, se trata de un plagio⁵⁶. Al día siguiente el tribunal descubre que, de algún modo, Mur había entrado en la sala y se había llevado el resto de trabajos que había presentado⁵⁷.

Antes de empezar el quinto ejercicio Manuel Serrano también decidió retirarse. La oposición continuó y el tema que salió elegido para el último ejercicio fue «la pena y la medida de seguridad en los modernos proyectos y Códigos Penales europeos». Del Rosal realizó un recorrido por la Historia del Derecho Penal europeo desde el siglo XIX, señalando los que para él fueron los tres grandes temas de la Dogmática Penal antes de la guerra europea: la delincuencia juvenil, la lucha contra reincidentes e incorregibles y la prevención contra el delito.

⁵⁵ B.O.E. 7/4/1941. Presidente: Eugenio Cuello Calón, Isaias Sánchez Tejerina, Jose Guallart, Octavio Pérez Vitoria, Antonio Ferrer Sama. A.G.A., Leg. 11037 Sig: 5(1)1.3 31/2143.

⁵⁶ Era copia literal de *Irrtum und Schuld nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters*, de Woldemar Engelmann, 1922.

⁵⁷ Ricardo Mur era ayudante de clases prácticas de la Universidad de Valencia desde 1932, excepto durante la Guerra, según reconoce y figura en su hoja de servicios de la Universidad Literaria de Valencia (profesor ayudante de clases prácticas de Derecho Penal en 1932-5, de Derecho Administrativo en 1935-6, auxiliar temporal de H^a del Derecho y Dcho Civil en 1939-40 y nuevamente de Derecho Penal en 1940-41). Perteneció al Cuerpo Jurídico Militar durante la guerra y tenía condecoraciones militares por méritos de guerra. Era militante de 1^a línea de FET y de las JONS, había sido depurado en el colegio de abogados de Valencia por la "Junta roja" a mediados de 1936 y readmitido sin sanción por el "Gobierno nacional".

Insistió en la problemática de los delincuentes incorregibles, se refirió a la pena de muerte en los proyectos de Código Penal alemán e hizo referencias a la Ley de Vagos y Maleantes, sobre la que había escrito ya. Citó ampliamente la legislación del nuevo Estado alemán extendiéndose sobre los delitos contra el honor y el daño infligido a la comunidad. Continuó con un recorrido por las medidas preventivas en las legislaciones de países europeos como Dinamarca, Noruega, Bélgica, Italia, Francia e Inglaterra, donde tuvo que detenerse por falta de tiempo.⁵⁸

Un año más tarde aparecía publicado su trabajo *Acerca de pensamiento penal español*, donde reconocía su inspiración en el texto del Catedrático de Civil y uno de los fundadores de Falange, Alfonso García-Valdecasas, «Los Estados totalitarios y el Estado español» aparecido en la *Revista de Estudios Políticos*⁵⁹. Un año después de promulgarse la Ley de Seguridad del Estado, Del Rosal volvía a hacer gala de su vena anti correccionalista, afirmando que:

en general, y esto conviene a todos los estados totalitarios de estructura un tanto similar, la esencia de la pena descansa en un juicio desvalorativo ejercido en la persona de autor del delito por virtud del cual y a causa de la acción cometida o intentada experimenta una disminución su modo de existencia personal y social. Porque este juicio se verifica en nombre de la Comunidad Política en la que convive la persona autora, en sentido amplio de una tal acción; disminución que abarca casi todos los extremos de la vida de la persona, desde la pérdida de la vida hasta la de sus derechos⁶⁰.

Ortego completó esta visión del derecho totalitario a través de los códigos penales revolucionarios rusos y el proyecto del italiano Ferri de 1921, en los que las medidas de seguridad pasaban por el «*internamiento en campos de trabajo para los vagos habituales, en casas de templanza para los alcohólicos y toxicómanos, en instituciones educadoras para los menores, sordomudos, anormales, etc. pero sin el afán, completamente pueril, de sustituir a la pena como principal reacción jurídica contra el delito*»⁶¹.

⁵⁸ Del Rosal conocía bien el tema, ya que había trabajado en la traducción del Código Penal suizo del italiano al castellano.

⁵⁹ Del Rosal, *Acerca del pensamiento penal español*, 269.

⁶⁰ *Ibid.*, 35.

⁶¹ *Memoria A.G.A.*, Leg. 11037 Sig: 5(1)1.3 31/2143. Aunque cita la Ley de Vagos y Maleantes, considera que el Código Penal español de 1932 «no contiene ... una regulación adecuada de las medidas de seguridad».

Los ejercicios de Ortego y de Peláez de las Heras no pasaron de las cuatro páginas frente a las trece de Juan del Rosal que esta vez sí fue elegido por unanimidad para ocupar la primera cátedra. En segundo lugar y destinado a la cátedra de La Laguna quedó Ortego, que fue apoyado por los tres cátedros más jóvenes mientras que Cuello Calón y Sánchez Tejerina habían apostado por De las Heras.

Aunque aparentemente no influía en la resolución práctica de los ejercicios, la política impregnaba todo el aire de la oposición. José Ortego también se mostró fascinado por los penalistas alemanes del momento. Era autor de *El nuevo concepto del delito político* donde se analizaba el cambio del Estado liberal al Estado autoritario en el que se transforma totalmente el delito político. En él puede leerse:

«lo que antes era motivo de atenuación lo es ahora de agravación. El interés colectivo se impone sobre la libertad individual ... Estimamos que ningún delito puede superar en importancia al político. Sin un Estado fuerte, garantía de orden, es imposible gozar de los bienes que el Derecho ampara». Los delitos sociales, aquellos que afectaban al trabajo, la familia o propiedad quedaban equiparados a los políticos, de manera que «son delitos políticos según la nueva doctrina, todos los que lesionan o ponen en peligro un bien político del Estado (incluidos los derechos políticos individuales y los delitos sociales) y aquellos cuyo móvil es destruir o cambiar el orden político estatal aunque desde un punto objetivo sean comunes»⁶².

Su caracterización del Estado autoritario era la propia de la época:

1. Que el estado es superior al individuo.
2. Que el Estado tiene un fin propio: el cumplimiento del destino nacional. Estado dogma.
3. Que para el cumplimiento de este fin, precisa una determinada organización. Estado empresa.
4. Que el Estado no es un ente pasivo que pueda ser entendido como algo estático, sino en su actuación para el cumplimiento del fin. Estado dinámico.

Así, «Alemania, Imperio de la raza, precisa del Estado racista, Rusia, Imperio del materialismo, del Estado comunista, España, Imperio de la cristiandad, del Estado misional»⁶³. Lo importante eran los principios

⁶² Ibid., 139.

⁶³ Ibid., 130-132.

penales orientadores de esa misión. En ese sentido, se lamentaba de los remilgos de los Estados liberales y recogía un catálogo de penas de muerte, incluso la horca, en los estados autoritarios (Alemania, Italia, España, Rusia), como ejemplo de severidad y fundamento de la eficacia.

No todos los nuevos catedráticos compartían las concepciones de los penalistas alemanes. Apoyados por los profesores de mayor peso, antigüedad y prestigio, fueron consolidando la llamada dirección española del Derecho Penal, centrada en reivindicar los elementos propios del nacionalcatolicismo, especialmente los teólogos y juristas españoles del Siglo de Oro adaptados. Como otros propagandistas católicos, Manuel Serrano Rodríguez, que obtendría la cátedra de Santiago en 1943, solía encabezar sus trabajos con referencias a la Doctrina Pontificia⁶⁴. En su memoria de oposición reprodujo íntegramente el mensaje del Papa en la Navidad de 1942, «siguiendo el renovar del Consejo Superior de Investigaciones Científicas que orienta sus pasos en tal dirección llamado por la voz de las alturas»⁶⁵.

La mayor parte de la fundamentación del Derecho era teológica; a través de la Escolástica no sólo se defendía la revelación divina como fuente de inspiración del Derecho, sino también el papel del Estado, claramente distinto al propugnado por los otros concursantes falangistas, ya que era la Iglesia, la sociedad perfecta, la que debía guiar al Estado, sociedad imperfecta. Sin embargo Serrano, que pronto acudiría como penalista delegado al Congreso de *Pax Romana*, evitó pronunciarse sobre cuestiones políticas terrenales que pudieran enemistarle con algún miembro del tribunal y prefirió centrarse en explicar un plan de estudios de auténtica dirección española. Aunque citó ampliamente a Maeztu y su *Defensa de la Hispanidad*, Serrano prefería destacar la idea de "misión" a la de "Imperio" y para ello copió la unión que hiciera del pasado y del presente Menéndez Pelayo en sus "heterodoxos españoles". Podía así presentar Serrano la tradición española en la misma línea que la Escolástica, dando coherencia interna a sus apartados sobre concepción del Derecho y planificación docente que hacía coincidir con aquellos momentos donde el genio jurídico español había brillado especialmente: San Isidoro, Vitoria, Suárez y Soto, y el penalista decimonónico Pacheco.

⁶⁴ Presidente Eugenio Cuello Calón, Jose Guallart, Antonio Ferrer Sama, Octavio Pérez Vitoria y José Ortego Costales. B.O.E. 21/11/1943.

⁶⁵ *Memoria*, 21. A.G.A., Leg 32/1477.

Manuel Serrano Rodríguez compatibilizó la cátedra en Santiago con su puesto de Vocal del Patronato de Redención de Penas por el Trabajo en Madrid, dependiente del Ministerio de Justicia y encargado de velar porque se mantuviera el sentido cristiano y patriótico en el tratamiento de los presos políticos⁶⁶. Serrano escribió varias veces en la *Revista de Estudios Penitenciarios*, el órgano en el que se plasmaba la norma y la doctrina oficial de prisiones, de la que fue asesor junto a Tejerina y Cuello Calón, ampliando los aspectos fundamentales de su tesis doctoral y de su memoria a cátedra. El Derecho Penal vigente en España, basado en el cumplimiento de la ley de Dios, asentaba principios de organización de la vida social como “orden, armonía y jerarquía”, potenciados por todos los intelectuales del régimen desde el fin de la Segunda Guerra Mundial.

Esta es nuestra posición, siguiendo una trayectoria española y católica a la vez, buscando el derecho y su fundamento donde está en Dios, porque el derecho es orden, armonía y jerarquía porque es la ley que manda y sujeta en parangón con las leyes naturales son medios puestos al servicio del rey de la Creación para gloria y provecho de quien las ordena, como soporte a los racionales⁶⁷.

Para el autor de *La culpabilidad Penal*, la misión de los penalistas en aquella hora de España era la de relanzar la dirección que señalara Menéndez Pelayo: dirección científica española concordante con lo religioso y lo católico. Y hacía una doble advertencia: una para quienes, confundidos, creían que lo religioso era un mundo aparte de la ciencia; y otra, para los “positivistas jurídicos” defensores de «hacer un apartamiento de la fundamentación del Derecho», basada en buscar lo utilitario y real de aquellos conceptos que creían puros sin incluir la base de una creencia superior que dirigiese «*el bien común para la conservación de lo social*»⁶⁸.

Quedaba claro que cualquier intento de desmantelamiento de la religión en el campo del Derecho estaba simplemente condenado al fracaso, al ostracismo o a algo peor.

⁶⁶ Gómez Bravo, *La redención de penas*. Teixeira, *Las cárceles de Franco*.

⁶⁷ Serrano Rodríguez, “Bases para un concepto del Derecho Penal,” 35-40.

⁶⁸ *Ibid.*, 7.

16.5. Derecho canonico

Entre 1940 y 1951 salieron a concurso ocho cátedras de Derecho Canónico aunque cuatro de ellas quedaron desiertas. Dado el peso fundamental del elemento católico en la difusa definición formal del régimen, su valor teórico, del que se nutren una y otra vez las posiciones tomistas que impregnan al resto de ramas del Derecho como hemos visto, su signo es vital para completar la arquitectura jurídica de la dictadura. La influencia política de sus cabezas visibles fue particularmente importante dentro y fuera de la jerarquía eclesiástica. Y es en muchos casos desde la cabeza de la Iglesia española desde donde se trasladan los conflictos a los tribunales académicos. Leopoldo Eijo y Garay, Obispo de Madrid y Patriarca de las Indias, fue tal vez la figura más destacada, pero también el presbítero Eloy Montero Gutiérrez quien precisamente fue Decano de la Facultad de Derecho de Madrid, Jesús Mérida López, obispo de Astorga y miembro del CSIC o el padre Lorenzo Miguélez Domínguez, Rector de la Universidad Pontificia de Salamanca.

Las dos primeras cátedras de Derecho Eclesiástico que salieron tras la guerra, para la universidad de Santiago y de Valencia, quedaron desiertas por decisión unánime del tribunal⁶⁹. Fueron admitidos Heraclio Sánchez Rodríguez⁷⁰, Miguel Hernández Ascó, (que no se presentaron), José Maldonado Fernández del Torco, Pedro Ramón Lamas Lourido, Paulino Pedret Casado y José Bernal Montero. El tribunal no pudo constituirse inicialmente por la ausencia de uno de los vocales y dos suplentes. Al no poderse constituir el tribunal, Moneva y el Rvdo. Eloy Montero visitaron al ministro, «*con respuesta y resolución la seguridad de que al día siguiente estaría en Madrid para completar el Tribunal el Ilustrísimo y Reverendo Señor Don Jesús Mérida y Pérez*»⁷¹.

El informe de los trabajos de los opositores (no se conserva en cambio el de sus actuaciones en los ejercicios) desvela el poco entusiasmo que los miembros del tribunal sentían por los candidatos. El obispo de Madrid-Alcalá, por ejemplo, se abstiene de juzgar la memoria de Maldonado, pues ya fue juzgada en la Universidad de Madrid.

⁶⁹ Presidente, Leopoldo Eijo y Garay, Eloy Montero, Nicolas De Otto, Jesús Mérida, Juan Moneva Puyol. B.O. de 5/12/1940.

⁷⁰ Auxiliar en La Laguna y canónigo magistral en la catedral de Tenerife. Ayudante de clases prácticas desde 1926 y auxiliar temporal desde 1928. Es doctor en "Sagrada Teología" por la Universidad Pontificia de Las Palmas. Nombrado predicador supernumerario de S. M. por el obispo de Sión.

⁷¹ A.G.A., Leg. 9592-2 Sig: 5(1)1.3 32/13591.

Del resto de trabajos de Maldonado, considera su escaso valor desde el punto de vista canónico. De Lamas critica la falta de profundidad de sus trabajos, su carácter más teológico-moral que jurídico-canónico, así como los errores contenidos en ellos. De Bernal dice que sus trabajos carecen de valor científico. De Pedret, casi lo mismo: mucha teología, mucha erudición y afición a la historia, pero nada más. Moneva fue en la misma línea que el obispo. Montero tampoco pasó de ningún elogio moderado; de Maldonado reconoce algunos trabajos de valor canónico, como su tesis y su *Indicación del cuestionario canónico del teatro eclesiástico de las Indias occidentales de Gil González Dávila*⁷². Lo mismo de Bernal, artículos interesantes, pero no verdaderas investigaciones. De Pedret, sus trabajos «no merecen comentario». Otto considera que la tesis doctoral de Maldonado carece de fondo canónico aunque la elogia. Arremete en cambio contra su concepción de la enseñanza del Derecho Canónico, por ser más histórica que jurídico-canónica. De Lamas destaca su tesis. De “El clero y la medicina”, considera que es un trabajo «curioso que a alguno podrá parecer atrevido». Elogia los trabajos de Bernal e incluso la personalidad de este opositor. Mérida siguió en la misma línea: trabajos históricos más que canónicos y escaso fondo jurídico. En la votación no dejan lugar a duda alguna: desiertas ambas cátedras por unanimidad. Sin embargo, estos aspirantes obtendrán las cuatro cátedras siguientes celebradas entre 1942 y 1945. De hecho, durante este período no se presentan más opositores que estos seis, lo que generó numerosos conflictos en el desarrollo de los tribunales.

En 1942 obtuvieron las cátedras que habían quedado desiertas anteriormente Lamas Lourido (Valencia) y Paulino Pedret Casado (Santiago)⁷³. Moneva sustituyó a Eijo. Los ejercicios transcurrieron con normalidad y fluidez hasta el día de la votación en el que tuvieron que celebrarse varias rondas de votaciones para proveer primer y segundo puesto⁷⁴.

⁷² Paulino Pedret Casado. Auxiliar temporal provisional en Santiago (desde agosto de 1939), encargado de la cátedra de Derecho Canónico. Ayudante de clases prácticas de Derecho Romano (1928-1936) y de Canónico (1934). Es doctor en Filosofía (Universidad gregoriana de Roma), y ex capellán del Ejército y la Armada. Pedro Lamas Lourido. Ayudante de Instituciones de Derecho Canónico en Madrid, capellán de la Armada (presta servicios en el Ministerio de la Marina) y ex combatiente. Doctor en “Sagrada Teología” y Derecho. Fue profesor de latín del seminario de Mondoñedo (1924), y desde 1935, ayudante en Madrid. En 1938, profesor en la Escuela Naval Militar de San Fernando, y en el momento de la oposición, becario del Instituto Francisco de Vitoria.

⁷³ B.O. de 28/5/1942. Tribunal Juan Moneva Puyol, Eloy Montero Gutiérrez, Jesús Mérida Pérez, presbítero, Nicolás S. de Otto Escudero, Francisco López Ortiz, Organización Sindacal Agraria (O.S.A.).

⁷⁴ Para el primer puesto han de verificarse dos votaciones: la primera arroja el

Queda señalar que los miembros del tribunal aprovecharon el viaje a Madrid. Entre la documentación del expediente de estas oposiciones se encuentra parte de la correspondencia de los miembros del tribunal. López Ortiz, en respuesta a la solicitud del presidente de formar parte del tribunal contestaba: «estoy en lo referente a ese no muy grato tribunal, como en todo, a su disposición». Por su parte, el decano Montero agradeció a Moneva la «visita de su recomendado», el Sr. Busqued. Y le indica que, «cuando esté en condiciones de presentarse, ya me avisará Vd. para nombrar el Tribunal». En otra carta de Montero a Moneva le sugiere que atrase el inicio de las oposiciones, porque él tiene que operarse en Barcelona y así «haríamos tiempo a las posibles acumulaciones de otra cátedra, asunto que no descuido ni que tampoco Vd. debe descuidar». De hecho hay una carta al Ministro para que las oposiciones de Santiago y Valencia se realicen simultáneamente, por una cuestión de «economía del Tesoro», a la que Ibáñez Martín contestó denegando airadamente la posibilidad de aumentar una cátedra más de Canónico⁷⁵.

La autonomía y el poder de los canonistas siguió manifestándose en las cátedras siguientes. En 1945 Miguel Hernández Ascó y Jose Bernal obtuvieron las cátedras de Valladolid y Oviedo respectivamente, bajo la presidencia del reverendo Jesús Mérida⁷⁶.

La votación fue nuevamente discutida ya que con el telón de fondo de los ejercicios de oposición se manifestaba la disputa particular sobre la revisión de las relaciones Iglesia-Estado. Dejando de lado las alusiones a la «nefasta República»⁷⁷ que se convirtió prácticamente en un lugar común a la hora de presentar el programa y el plan de

siguiente resultado: Pedret recibe 1 voto (López Ortiz); Lamas, 2 votos (Mérida y Otto); Ascó, 2 votos (Montero y el presidente). En segunda votación, Lamas recibe 5 votos (unanimidad), por lo que es propuesto por unanimidad para ocupar el primer puesto. Para el segundo: en primera votación, Pedret recibe 2 votos (López y el presidente); Ascó, otros 2 (Mérida y Montero); y Bernal, 1 voto (Otto); en segunda votación (entre los dos más votados), Pedret recibe 3 votos (López, Otto y el presidente), y Ascó, 2 (Mérida y Montero). Queda proclamado Pedret para el segundo puesto por mayoría.

⁷⁵ Leg. 9756-1 Sig: 5(1)1.3 32/13659.

⁷⁶ B.O. de 23/1/1945. Presidente: Rvrdo Jesús Mérida, Juan Moneva Puyol, Eloy Montero Gutiérrez, Nicolás S. de Otto Escudero, Francisco López Ortiz, O.S.A.

⁷⁷ «El Gobierno de la nefasta República, atea y enemiga de la Iglesia ... si bien no se atrevió a borrarla [la disciplina de los estudios universitarios] trató de prostituirla, aconsejando oficiosamente que al mismo tiempo que se explicara el derecho de la Iglesia Católica se diesen también nociones acerca de las iglesias disidentes, como si el derecho protestante hubiese tenido alguna influencia en el nuestro ... con la intención de querer poner en un mismo plan de importancia a la Iglesia Católica y a

estudios y las enumeraciones de las vejaciones sufridas en época de la persecución que seguían sirviendo como méritos, los temas de las oposiciones de la segunda mitad de los años cuarenta versan sobre todo sobre cuestiones de índole ética y moral. Se trataba de demostrar la pericia jurídica ante supuestos conflictos entre individuo y comunidad y, sobre todo, entre la esfera civil y la eclesiástica.

En el quinto ejercicio de las oposiciones de 1945 se planteó el siguiente caso práctico: *Matrimonio legítimo entre dos infieles (Ticio y Berta) en 1924; fallecimiento de la esposa y el viudo abraza las doctrinas de una secta protestante y es bautizado en ella. Su cuñada (Caya), hermana de su esposa, infiel que se convierte a la misma secta protestante, pero por ignorancia es bautizada por un ministro católico creyendo ella que era protestante. A continuación se celebra la boda entre los cuñados por un pastor protestante pero sin testigos, tras realizarse el contrayente la vasectomía. La pregunta era si el matrimonio era lícito el casamiento y si fue válido*⁷⁸.

Para De Pablo, Caya no era católica, pues aunque era adulta no había voluntad. La esterilidad de Ticio no era impedimento porque no era impotente. El matrimonio era lícito y válido. Bernal se muestra desfavorable a la validez del matrimonio, entre otras razones por la vasectomía. Horno consideró que, a pesar de todo, Caya era católica aunque la vasectomía y la acatolicidad de Ticio invalidasen el matrimonio «ya que la esterilidad no invalida el matrimonio, pero sí la impotencia». Un matrimonio así sólo era válido en la secta protestante.

La predilección por este tipo de casos prácticos no desapareció de las oposiciones siguientes. Las últimas celebradas en 1951, destinadas a cubrir las vacantes de Granada y La Laguna y que volvió a presidir Eijo y Garay quedaron de nuevo desiertas⁷⁹. Se planteó un nuevo caso práctico con la misma cuestión central, la naturaleza de un matrimonio entre mujer católica y hombre protestante, aunque esta vez se presentaba algún atributo distinto.

las sectas disidentes como si fuera posible dar el mismo valor a la verdad y al error». Memoria de Jose Bernal, 3 A.G.A., Leg. 9592-2 Sig: 5(1)1.3 32/13591.

⁷⁸ A.G.A., Leg. 9592-2 Sig: 5(1)1.3 32/13591.

⁷⁹ B.O.E. de 23 de 6 de 1951. Presidente. Leopoldo Eijo y Garay. Eloy Montero. Tedoro Andrés, Pedro Lamas, Miguel Hernández Ascó. Aspirantes admitidos: Francisco Javier de Ayala y Delgado, Jose Enrique Rivas Pérez, Luis Oller Nieto, Antonio Lucas Verdú, Isidoro Martín Martínez, Juan Manuel de Pablo Aguilera, Pedro Herranz Martínez, Teodoro Ruiz Jusue, Jose Maldonado y Fernández del Torco, Nemesio Martínez Antuña, Máximo Palomar del Val.

Sempronio, suizo, bautizado y educado desde muy niño en el protestantismo; Berta, católica, tan piadosamente educada que a los 18 años de edad había hecho voto privado de castidad. Mutuamente enamorados concertaron contraer matrimonio católico CON PLENA INTENCION DE QUE POR ENCIMA DE TODO FUERA DURADERO Y VALIDO.

Sempronio, además, la había persuadido a que aceptase un PACTO, que pusieron por escrito, y firmaron comprometiéndose:

a) a no tener mas que un hijo y evitar los demás por medios anticoncepcionalistas o abortivos si preciso fuero, pero principalmente usando del matrimonio mas que en los días agenésicos.

b) en el caso de que la vida conyugal les resultase odiosa, pedir a los tribunales civiles de Suiza (donde habrían de vivir) el divorcio y pedirlo también ante la autoridad religiosa protestante a la que Sempronio seguiría sumiso. Además de esto Sempronio informó su intención de conservar el impío PROPOSITO que tenía de frecuentar el trato ilícito con una amante.

Partieron para suiza los recién casados, tuvieron un hijo, comenzaron los abusos matrimoniales, la práctica onanística dio, como siempre, su fruto: la disociación de los ánimos y la vida común se les hizo imposible. Cumpliendo su pacto, obtuvieron el divorcio civil y Sempronio el de su secta protestante y se casó con otra. Berta, para tranquilidad de su conciencia y por ver si podía pasar a otras nupcias, consultó a dos canonistas católicos. Uno de ellos le dijo que su matrimonio era nulo, por pacto opuesto contra el "bonum fidel", el "bonum prolis" y el "bonum sacramenti". El otro le dijo que tal sacramento era válido y aunque Sempronio se había casado ya con otra, ella no podía hacerlo.

Estúdiese el caso ponderando críticamente todos los datos presentados y dígase quien de estos dos canonistas estaba en lo cierto⁸⁰.

No podemos transcribir las respuestas de los aspirantes por ser muchas y abundar en las numerosas cuestiones técnicas que se plantean, por otro lado con razonamiento similares a las acaecidas en los casos prácticos de los ejercicios de 1945.

16.6. Derecho romano

La enseñanza del Derecho Romano se reforzó con la creación de seis cátedras nuevas a lo largo de los años cuarenta. Inicialmente se

⁸⁰ A.G.A., Leg 31/5721.

intentaron cubrir las vacantes de Santiago y La Laguna que quedó desierta al presentarse únicamente un opositor, Isidro Martínez⁸¹. La Cátedra de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo no se ocupó hasta 1945. aunque en este caso sí hubo concurrencia ya que se presentaron varios aspirantes: Francisco Hernández Tejero, José Pérez Leñero, Manuel de la Higuera Rojas y Benjamin Ortíz que finalmente fue excluido por carecer del certificado de adhesión al Movimiento y no presentar los trabajos científicos requeridos⁸². A diferencia de lo que ocurría en otras disciplinas del Derecho, los tribunales de Romano parece que habían adelantado unos años su proceso de renovación⁸³. Ninguno de los miembros de 1940 vuelve a ocupar el sillón de un tribunal de cátedra y por su parte los que entran a mediados de la década prácticamente ya no los abandonan.

Hernández Tejero, que finalmente se alzaría con la cátedra de 1945, era auxiliar en Madrid. Su trabajo de investigación sobre «la propiedad primitiva de la *res nec mancipi*» fue bien acogido por el presidente Torres López pero suscitó algún comentario desfavorable de otros miembros. Presentó más publicaciones sobre *La Liturgia hispano-visigótica o mozárabe* y otros temas en el *Anuario de Historia del Derecho*, la *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* y el *Anuario del CEU*, con lo que

⁸¹ B.O. de 9/11/1940. Tribunal: presidente, Manuel Torres López, Eusebio Díaz, Jose Fernández, Santa Cruz, Jose y Carlos Sanchez Peguero. A pesar de ser el único candidato, elegido públicamente por unanimidad, no se escapa a las críticas demoleadoras. Su tesis dedicada a la *Delegatio y su influencia en el Código Civil italiano vigente* recibe elogios y alguna observación sobre el concepto de *stipulatio*. El tribunal destaca mucho mas su aportación metodológica, aunque no le perdonan su escaso interés por la Filología. En el informe conjunto puede leerse: «parece olvidar con ello el Sr. Martín las fecundas elucubraciones etimológicas de Ihering y Vackernagel y las geniales reconstrucciones de Lenel ... Se esperaba además que el SR. Martín tratase más a fondo el movimiento de la recepción y la pandectística, es decir el Derecho romano en esta adjectivación germánica tan interesante, las supervivencias romanas de algunas de nuestras regiones forales etc.». Elogian, eso sí, su traducción del manual de Pacchioni, por corregir los errores de la edición italiana, con la aportación, incluso del propio Pacchioni. De modo que «por el útil estudio que revelan de problemas fundamentales de la disciplina y por la forma sencilla y perspica de la exposición», consideran que sus trabajos son «una aportación muy estimable a la muy escasa literatura romanística española». A.G.A., Leg. 9592-3 Sig: 5(1)1.3 32/13591.

⁸² A pesar de ser eclesiástico y miembro de la Comisión Depuradora de Bibliotecas, Censor de películas y Tesorero de la Junta de Menores de Oviedo. Fue condecorado con la medalla de esa ciudad con distintivo de Cerco y Asedio por su actuación en la guerra. A.G.A., Leg. 9592-3 Sig: 5(1)1.3 32/13591.

⁸³ B.O. de 20/2./1945. Presidente Ursucino Álvarez, Pascual Galindo, Isidoro Martín, Juan Iglesias, Alvaro D' Oros.

consiguió superar ampliamente a Manuel de la Higuera que no presentó publicación impresa alguna, aunque era encargado de cátedra desde el curso 1941 . Higuera había empezado en la Universidad de Granada, ciudad donde había sido teniente de milicias de Falange. Pero esto no era mérito suficiente; el informe del tribunal advierte negativamente que toda su obra sea inédita y, aunque destaca algunos aspectos, se muestra mucho más críticos con otros que *«adolecen de cierta vaguedad que aparta este estudio del tipo de trabajo propiamente de investigación»*.

Los miembros del tribunal se referían a una disertación sobre la moral romana y su relación con la Europa y el Derecho de posguerra. Algunas señales inequívocas de que los tiempos estaban cambiando también pueden encontrarse en la memoria de Hernández Tejero. En el apartado relativo a su concepción del Derecho, titulado la «llamada crisis actual del Derecho Romano» culpa a los totalitarismos de querer acabar con el Derecho Romano.

El nazismo porque al exaltar los valores raciales del pueblo germano, ha considerado la recepción del Derecho Romano en Alemania como una perturbación en la formación del auténtico, del racial, Derecho Alemán (habiendo contribuido quizá también a esta hostilidad el haber sido un gran número de cultivadores del Derecho Romano en Alemania de raza judía ... Para el comunismo, el Derecho Romano es un vestigio del mundo capitalista que hay que borrar y un peligro para la educación de sus masas que hay que evitar.

La alternativa estaba en España donde las «Leyes de las Siete Partidas fueron para los españoles del Medioevo, como la Ley de las XII Tablas para los romanos, una gloria nacional»⁸⁴.

La primera votación terminó con empate: Iglesias y Martín votaron a Hernández Tejero, el presidente y D'Ors apoyaron a De la Higuera y Monseñor Galindo optó por la no provisión de la cátedra. Hernández Tejero recibió todos los votos del tribunal en la segunda vuelta. De la Higuera conseguiría la cátedra de La Laguna un año más tarde con este mismo tribunal, aunque necesitó de importantes apoyos externos⁸⁵.

⁸⁴ Y añadió a pie de página que «la posición doctrinal del comunismo no niega solamente el D. Romano sino todo el Derecho». *Memoria*, pp. 121-124. A.G.A., Leg. 9592-3 Sig: 5(1)1.3 32/13591.

⁸⁵ B.O. de 12/4/ 1945.

El 19 de diciembre de 1945, el secretario Nacional de Educación escribe al Director General de Universidades la siguiente carta:

Ilmo Sr:

Habiendo llegado a conocimiento de esta Delegación Nacional de Educación hechos que prueban que el opositor de la Cátedra de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, Don José Pérez Leñero, no puede considerarse como adicto a los principios fundamentales del Estado, tiene el honor de participar a VI a los efectos procedentes que la certificación de adhesión expedida a favor del indicado Sr Pérez Leñero quede anulada y sin que pueda producir efecto alguno.

Dios guarde a VI muchos años⁸⁶.

Un día después, el 20 de diciembre de 1945, el Ministerio comunica por telegrama la eliminación del otro opositor, el sacerdote Pérez Leñero, alegando haber sido anulado su certificado de adhesión a los principios fundamentales del Estado y no haber notificado que era sacerdote. Un día después se suspende la oposición por la repentina enfermedad del vocal Isidoro Martín, ya que en su calidad de sustituto no se podía asignar un nuevo miembro. La oposición no se retoma, definitivamente con un solo candidato ya, hasta el 14 de marzo de 1946. Con un solo opositor el ambiente del tribunal se relajó. El tema propuesto para el sexto ejercicio fue «Concubinato y matrimonio *sine manu*». El opositor no se amedrentó por la presencia de un eclesiástico entre los miembros del tribunal y expuso su consideración sobre «la naturalización de esta práctica en la sociedad romana» como una forma irregular de relación entre hombre y mujer que atribuía sobre todo a la condición social de las concubinas. El día 22 de marzo de 1946 el presidente le comunicó que había obtenido la cátedra, aunque monseñor Galindo volvió a votar por la no provisión de la plaza⁸⁷.

La siguiente cátedra también fue destinada a La Laguna. En este caso fue presidida dos años más tarde por el omnipresente Castán Tobeñas. Por lo demás, la composición del tribunal era idéntica a la anterior, con la incorporación precisamente de Manuel de la Higuera que sustituye a Enrique D'Ors⁸⁸.

⁸⁶ A.G.A. 31/2160.

⁸⁷ Con un solo opositor el ambiente del tribunal se relajó. El tema propuesto para el sexto ejercicio.

⁸⁸ B.O.E. de 13/6/1948.

José Aparici Díaz, auxiliar en la Universidad de Sevilla, fue el único candidato, elegido por unanimidad. A la siguiente cátedra para cubrir la vacante de Zaragoza fueron admitidos únicamente dos aspirantes: Enrique D'Ors y Carlos Sánchez del Río. Fue nuevamente problemática y se resolvió de nuevo en la fase de configuración del tribunal. En el expediente de esta oposición, junto al ejemplar del BOE de 21 de abril de 1949 donde figura la convocatoria, se conserva una nota mecanografiada con el membrete del Ministerio de Educación Nacional dirigida al Director de Enseñanza. Universitaria. En ella figuraba la composición del tribunal con distintas tachaduras y añadidos. Estaba tachado el nombre de Eusebio Díaz, y sobreescrito a mano el nombre de Legaz Lacambra como presidente suplente. También había un añadido al nombre de Sancho Izquierdo: «Del Consejo Nacional de Educación»⁸⁹.

Desde la Universidad de Santiago, Álvaro D'Ors escribió la siguiente carta al presidente del tribunal anunciando su renuncia:

Mi respetable Señor Presidente:

Visto el tribunal designado para juzgar las oposiciones a la cátedra de Derecho Romano de la Universidad de Zaragoza, del que Vd. es digno Presidente, y la convocatoria para el inmediato comienzo de los ejercicios, he decidido comunicar a VS. que no voy a presentarme a los mismos ... Rogando salude a los distinguidos colegas que componen el tribunal, le saluda⁹⁰.

Carlos Sánchez del Río había sido auxiliar en Zaragoza desde 1926 si bien desde 1940 había pasado a Madrid donde gozaba de las simpatías del SEU. De hecho, era la misma delegación estudiantil la que había editado dos de sus recientes trabajos: «Presupuestos históricos en el estudio del Derecho romano. Apuntes tomados de las explicaciones por los alumnos y corregidos por C. Sánchez Peguero, profesor de la Universidad Central», y otro trabajo similar sobre Derecho Sucesorial Romano.

16.7. Historia del derecho

Durante los años 40 fueron creadas cátedras en distintas áreas afines al campo de la Historia del Derecho, Historia del Derecho Español a partir de la reforma del Plan de Estudios del curso 1945.

⁸⁹ Leg. 12626-3 Sig: 5(1)1.3 31/4067.

⁹⁰ Ibid.

Las primeras en ser dotadas fueron las cátedras de Historia del Derecho de Salamanca y Sevilla (Murcia quedó desierta) en 1940. El tribunal, presidido por Salvador Minguijón, votó por unanimidad que quedase primero Juan Beneyto (Salamanca) y en segundo lugar a Juan Manzano (Sevilla).⁹¹ Como en el resto de disciplinas jurídicas, la siguiente oleada de cátedras no llegó hasta 1945. En los cinco años siguientes se convocaron cinco tribunales a cátedras y tres de ellos estuvieron presididos de nuevo por Minguijón⁹². El primero, para la cátedra de la Universidad de Valencia, se celebró ese mismo año⁹³; fueron admitidos dos aspirantes, Angel López-Amo y Alfonso Guilarte que finalmente no compareció. López-Amo fue nombrado catedrático pero además recibió elogios y hasta «juicios laudatorios» que muy raramente solían darse en aquellos tribunales⁹⁴.

Sin embargo, la memoria presentada por López Amo no parecía políticamente muy cómoda para aquel mes de julio de 1945 en que se desarrolló la oposición. En su apartado sobre el plan de estudios, tras hacer un breve recorrido por la legislación española que llegaba hasta la reforma universitaria de julio de 1944, una memoria académica bastante actualizada por tanto, fijó su atención en el modelo alemán.

En Alemania es sin duda donde mejor podemos observar la influencia que ha tenido en el estudio de nuestra ciencia la conciencia política del pueblo y del Estado. La principal preocupación de las tendencias

⁹¹ B.O.E. 24/10/1940. Presidente Salvador Minguijón, Manuel Torres López, Carmelo Viñas Mey, Luis García Valdavellano, Jose Santa Cruz Teijeiro. Juan Beneyto Pérez se había doctorado por Bolonia. Era miembro del Instituto de Estudios políticos, fue miembro fundador del diario *Arriba*, y era presidente de la Asociación Hispano Germana. Posteriormente, sería el director de la Escuela de Periodismo y Decano de la Facultad de Ciencia y Comunicación. De la Información de Madrid. Pero fue evolucionando hacia el valencianismo conservador, un proceso que explica en La identidad del franquismo: del Alzamiento a la Constitución, de 1979. En 1980 publicó un libro en clave autonomista bajo el título *Las Autonomías: el poder regional en España (Siglo XXI)*. Discípulo de Rafael de Altamira, a partir de los años sesenta se convirtió en uno de los principales especialistas en la figura de Cristóbal Colón, lo que le dio fama internacional gracias a la tesis del predescubrimiento publicada en *The Hispanic American Historical Review*. A.G.A., Leg. 9580/1 Sig: 5(1)1.3 32/13568.

⁹² Juan Salvador Minguijón y Adrián del Consejo Superior de Investigación Científica (CSIC).

⁹³ B.O. de 24/1/1945. Salvador Minguijón, Alfonso García Gallo, Jose Maldonado, Ignacio de la Concha y Angel Canellas.

⁹⁴ «Por su erudición abundante, por el acertado enfoque de los temas, por su aprovechamiento de datos, por su ecuánime criterio y la ordenada exposición de la materia y por su penetración del valor histórico de las fuentes y las instituciones». Acta nº 2. A.G.A., Leg. 11050 Sig: 5(1)1.3 31/2161.

germanísticas es que la historia del Derecho sea ciencia política que haciendo conocer el espíritu del derecho germánico tal como se manifestó en el pasado contribuya a la formación del nuevo derecho de la comunidad alemana que postula el punto 1º del programa del NSDAP. El derecho y la raza, la historia del derecho judío; el derecho germánico y los derechos extranjeros; el derecho natural y el derecho del pueblo⁹⁵.

Guilarte Zapatero sí se presentó a las siguientes oposiciones para La Laguna en 1948, pero se quedó a las puertas al obtener únicamente dos votos mientras que el resto del tribunal votó por declararla desierta. Sus votantes, presidente y secretario, Esteban Madruga y Miguel Hernández Ascó, alabaron la tarea investigadora del opositor, pero el resto (García Gallo, José Orlandis y José Font Rius) lamentaron el «escaso manejo de la bibliografía», así como los errores de enfoque y la falta de profundidad de sus trabajos⁹⁶.

Los comentarios acerca del otro aspirante Julio Barthe Porcel, auxiliar en la universidad de Murcia, fueron al principio desiguales pero terminaron fundiéndose en una crítica unánime hasta el punto de considerar que su segundo ejercicio era «vulgar» y «muy deficiente».

Guilarte, que era auxiliar en Valladolid, tampoco consiguió la cátedra de Historia del Derecho Español que ese mismo año se resolvió destinada a dicha universidad⁹⁷. Tuvo bastante concurrencia ya que se presentaron cuatro aspirantes más (José Moreno Casado José Antonio Rubio Sacristán, Rafael Gibert Sánchez de la Vega y Joaquín Cerdá Ruiz-Funes), aunque el único que compareció al primer ejercicio fue el catedrático de la Universidad de Granada, Rubio Sacristán, que finalmente fue propuesto por unanimidad⁹⁸. Salvador Minguijón volvió a presidir los tribunales de 1950, para Granada, que había quedado vacante como hemos visto, y La Laguna, acompañado por los habituales en las oposi-

⁹⁵ Memoria de Angel López-Amo, 32-35. A.G.A., Leg. 11050 Sig: 5(1)1.3 31/2161 Angel López-Amo fue preceptor del príncipe Juan Carlos. López-Amo, *El poder político y la libertad*. Bastos Boubeta, "Ángel López-Amo, un monárquico liberista," 123-126.

⁹⁶ A.G.A., Leg. 12626-1 Sig: 5(1)1.3 31/4067.

⁹⁷ Estaba convocada desde el 30 de abril de 1947, B.O. de 3/6/1947. Presidente Manuel Torres, Juan Manzano, Luis García Valdeavellano, José M^o Lacarra, Alvaro D'Ors.

⁹⁸ El informe conjunto de los trabajos presentados por el opositor, es muy elogioso. El tribunal destaca su trabajo sobre las relaciones entre el Banco de Amsterdam y el Banco de Sevilla, «una contribución del mayor interés para la historia económica y jurídica [y en el que] revela un gran conocimiento de la bibliografía más reciente sobre el tema, como, por ejemplo, el libro del profesor norteamericano Usher sobre la historia de los bancos de depósito en la Europa mediterránea». A.G.A., Leg. 12626-2 Sig: 5(1)1.3 31/4067.

ciones de prácticamente toda la década⁹⁹. El cuadro de aspirantes estaba compuesto por Joaquín Cerdá, José Moreno Casado (abandonó en el cuarto ejercicio), Rafael Gibert e Ismael Sanchez Bella. Estos dos últimos quedaron primero y segundo respectivamente al no contar Cerdá más que con los votos del presidente y Beneyto¹⁰⁰. El 9 de enero de 1950 Gibert y Sanchez Bella fueron homenajeados junto a otros.

Riferimenti bibliografici

- BASTOS BOUBETA, MIGUEL ANXO. "Ángel López-Amo, un monárquico liberista." *Empresas políticas*, 6 (2005).
- BLASCO GIL, YOLANDA e MARÍA FERNANDA MANCEBO. "Niceto Alcalá-Zamora Castillo y Pedro Urbano González de la Calle. Profesores exiliados y provisión de sus cátedras." *Cuestiones Pedagógicas. Revista de ciencias de la educación*, n. 19 (2008/2009).
- CASTEJÓN, FEDERICO. *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1946.
- DEL ROSAL, JUAN. *Acerca del pensamiento penal español*. Madrid: Aldecoa, 1942.
- LUIS DONDERIS TATAY. *La copropiedad*. Madrid: Reus, 1933.
- ELÍAS DE TEJADA, FRANCISCO. *La figura del Caudillo. Contribución al Derecho Público Nacionalsindicalista*. Sevilla: Tipografía Andaluza, 1939.
- ENGELMANN, WOLDEMAR. *Irrtum und Schuld nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters*. Aalen: Scientia Verlag, 1922.
- FENECH NAVARRO, MIGUEL. *La posición del juez en el Nuevo Estado. Ensayo de sistematización de las directrices actuales*. Madrid: Espasa Calpe, 1941.
- . *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Bosch, 1947.
- FERNÁNDEZ-CREHUET, FEDERICO. *Franquismo y revistas jurídicas. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*. Granada: Comares, 2010.
- FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS. *Universidad y Guerra Civil. Lección inaugural del curso académico 2009-2010*. Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2009.
- GARCÍA LÓPEZ, DANIEL J. "La construcción del Estado Nacional-católico en la Revista de Legislación y Jurisprudencia (1951-1961)." In *Franquismo y revistas jurídicas. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, a cura di Francisco Fernández-Crehuet. Granada: Comares, 2010.
- GÓMEZ BRAVO, GUTMARO. *La redención de penas. La formación del sistema penitenciario franquista*. Madrid: Catarata, 2007.
- LACASTA ZABALZA, JOSÉ IGNACIO. "Límites y rémoras en la obra de Castán Tobeñas." *Jueces para la democracia*, n. 41 (2001).

⁹⁹ B.O.E. del 27/6/1949. Presidente Salvador Minguijon, Alfonso Garcia Gallo, Juan Beneyto, Manuel Ferrandis y Jose Orlandis.

¹⁰⁰ A.G.A., Leg. 12631 Sig: 5(1)1.3 31/4074.

- LACRUZ, JOSE LUIS. "La discusión actual en torno a los derechos forales." *Arbor*, 31-32 (1948).
- LÓPEZ-AMO, ANGEL. *El poder político y la libertad. La monarquía de la reforma social*. Barcelona: Rialp, 1985.
- MARTÍN, SEBASTIAN. "Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944)." *Quaderni fiorentini* XXXVI (2007).
- MASAVEU, JAUME. *Nueva dirección española en Filosofía del Derecho Penal. Estudio y ficha bibliográfico-crítica del profesor Saldaña*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1942.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Edmund Mezger y El Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.
- ONECA, JOSÉ ANTÓN. "El Derecho penal de la postguerra." In *Obras*, t. II. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2002.
- OTERO CARVAJAL, LLUIS ENRIQUE (dir.), *La destrucción de la ciencia en España. Depuración universitaria en el franquismo*, Madrid: UCM, 2007.
- PÉREZ VITORIA, OCTAVIO. "El discernimiento como fundamento de la responsabilidad criminal de los menores" *Anales de la Universidad de Barcelona* (1939-1940).
- . "La nueva Legislación italiana sobre Tribunales de Menores." *Arxius de Psicologia i Psiquiatria Infantil*, 8 (1935).
- PÉREZ, JUAN BENEYTO. *La identidad del franquismo: del Alzamiento a la Constitución*. Madrid: Gráficas Espejo, 1979.
- . *Las Autonomías: el poder regional en España*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1980.
- PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO. "La ideología del Derecho penal durante el nacional catolicismo franquista." In Aa.Vv., *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?*, Frankfurt a. M.: Klostermann, 2008.
- RUIZ RESA, JOSEFA. *Trabajo y franquismo*. Granada: Comares, 2000.
- SÁNCHEZ TEJERINA, ISAÍAS. *Derecho Penal Español*, Salamanca: Rústica Editorial, 1937.
- SANCHO IZQUIERDO, MIGUEL, LEONARDO PRIETO CASTRO, ANTONIO MUÑOZ CASAYÚS. *Corporativismo. Los movimientos nacionales contemporáneos. Causas y realizaciones*. Zaragoza: Editorial Imperio, 1937.
- SERRANO GONZÁLEZ, ANTONIO. *Un día en la vida de José Castán Tobeñas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.
- SERRANO RODRÍGUEZ, MANUEL. "Bases para un concepto del Derecho Penal." *Revista Estudios penitenciarios*, 3 (1945).
- ZAMBRANA MORAL, PATRICIA e ELENA MARTÍNEZ BARRIOS. *Depuración política en el primer franquismo: algunos catedráticos de Derecho*. Universidad de Málaga: Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones, 2001.

17. Esperienza e soggettività nella riflessione giuridica di Giuseppe Capograssi

Tito Marci*

17.1. Introduzione

Il concetto di “esperienza” svolge un ruolo centrale in gran parte della riflessione giuridica di Giuseppe Capograssi¹. Si pensi soprattutto agli anni *trenta* del secolo scorso, anni in cui escono *l'Analisi dell'esperienza comune* (1930), gli *Studi sull'esperienza giuridica* (1932) e *Il problema della scienza del diritto* (1937), opera considerata come la più rappresentativa del suo pensiero. E si pensi anche agli anni del secondo dopoguerra, specialmente ai saggi scritti tra il 1950 e il 1955 e poi raccolti nel volume *Incertezze sull'individuo* (1969), dove appunto l'analisi dell'«esperienza giuridica» incontra i temi della crisi dello Stato e dell'individuo moderno.

Tali studi, a ben vedere, dimostrano subito un atteggiamento incline ad una visione filosofica del diritto non più limitata ai semplici e rigidi schemi giusnaturalistici o al riduzionismo “legalista” del giuspositivismo formalistico, ma aperta ad una più ampia e problematica concezione del fenomeno giuridico allargata ai campi della storia, dell'economia, della sociologia, ovvero, dell'esperienza concreta pensata nella sua totalità. Il diritto, infatti, da questo punto di vista, appare non già come semplice norma, ma come attività ed esperienza:

* Dipartimento di Scienze politiche, 'Sapienza' Università di Roma.

¹ Concetto questo che ha influenzato un'intera generazione di giuristi e filosofi del diritto italiani e che tra l'altro ha avuto una sua eco importante nell'opera, ad esempio, di Riccardo Orestano, Paolo Grossi e Pietro Rescigno. Proprio questo nuovo atteggiamento di alcuni giuristi – come ha affermato Guido Fassò – «contribuì a determinare una più ampia apertura degli studi giuridici, il cui campo andò allargandosi non solo alla filosofia ma anche all'economia, alla sociologia, all'esperienza totale, insomma, dell'uomo», Fassò, *Storia della filosofia del diritto*. III, 324.

«esperienza giuridica» appunto, in quanto esperienza umana, sociale e concreta, colta nella sua elementare storicità².

In questo breve lavoro si cercherà di focalizzare il rapporto tra esperienza giuridica e soggettività nella filosofia del diritto di Capograssi. Tale filosofia, possiamo già dirlo, prende atto, con profonda consapevolezza storica, della crisi del pensiero giusnaturalista moderno e, con questo, dell'idea di individuo quale soggetto autonomo, astratto, auto-sufficiente e compiuto in se stesso³. A partire da qui, il problema della soggettività non può esser più posto nei termini di una individualità

² Come ricorda ancora Fassò, «il Capograssi, del resto, tirava le somme, pur se da una posizione personalissima, di un movimento che sotto vari e spesso contraddittori aspetti era in atto da tempo. La stessa espressione, destinata in Italia a tanta fortuna, "esperienza giuridica", era di origine sociologica – l'abbiamo vista usata, ad esempio, dal Gurvitch – ; la dissoluzione del diritto come norma nel diritto come attività era stata opera dell'idealismo; l'estensione della giuridicità a una molteplicità di ordinamenti diversi da quello dello Stato era stata affermata dalle dottrine istituzionalistiche; l'idea del carattere creativo del diritto nell'atto dell'interpretazione e dell'esecuzione era stata al centro del movimento del diritto libero e degli indirizzi affini; il richiamo a valori intuiti dall'esperienza interiore del soggetto era stato proprio della fenomenologia ... A questi motivi, diffusi anche se ostici alla mentalità dei più fra i giuristi italiani, il Capograssi aggiungeva un afflato umano e religioso insieme, riecheggiante la filosofia dell'azione del Blondel e risalente al Rosmini e alla fine a sant'Agostino, attraverso un Vico interpretato secondo questa linea di pensiero, con un'attenzione vivissima all'individuale ed al personale, in contrasto con l'universalismo dell'idealismo assoluto; e la sua dottrina esercitò per vari anni una suggestione notevole nell'ambiente giuridico italiano, risvegliandolo dalla sua cieca fede nel formalismo giuspositivistico e facendolo aprire a più vive e concrete visioni del diritto», *ibid.*, 325-326. In effetti, come ricordava anche Enrico Opocher, Giuseppe Capograssi mantenne un continuo colloquio con l'opera di Agostino e Pascal, Vico e Rosmini, Blondel e Bergson, che insieme a Dante e Manzoni furono i suoi autori preferiti con i quali «si addentrava sempre più nel concreto del mondo sociale con quella Sua spumeggiante intuizione che mirabilmente adeguava l'irrequietezza della ricerca alla mobilità dell'oggetto», Opocher, "Giuseppe Capograssi," 4. E potremmo anche aggiungere a tali riferimenti, specialmente per ciò che riguarda la concezione dell'«esperienza», la «filosofia dell'immanenza» di Wilhelm Schuppe (Frosini, *Giuseppe Capograssi*, 19). Resta comunque il fatto, sempre secondo Frosini, che Capograssi, «per le sue origini, per i suoi interessi, per i suoi stessi propositi», si può definire «l'ultimo discepolo di Vico», *ibid.*, 13.

³ Ha ragione Pietro Piovani quando afferma che Capograssi «arriva al riconoscimento dell'universalità del valore del diritto partendo non da un concetto, non da un'idea, non da un ideale, ma dai risultati della moderna scienza del diritto: del diritto positivo. Chi presenta Capograssi come un esponente del "giusnaturalismo", *tout court*, non ha letto Capograssi: una delle novità della sua filosofia giuridica è proprio nel suo partire dai risultati della scienza del diritto positivo e nel suo continuo, tenace riferirsi ad essa, nel suo ammonire i "filosofi del diritto" che ad essa bisogna rifarsi e rimproverare severamente quelli che non vi si rifanno e le volgono le spalle come a realtà superflua alla loro pura filosofia» (Piovani, "Itinerario di Giuseppe Capograssi," 12.

trascendente l'ordine sociale concreto, ma riconsiderato nella sua ineluttabile storicità, ovvero, sul piano dei rapporti giuridico-sociali valutati nella loro concretezza storica, nella loro "esperienzialità". Detto altrimenti, il soggetto non può più essere collocato al di fuori dell'ordinamento giuridico in quanto principio ordinante, in quanto mera individualità – colta nella sua astrattezza – precedente l'organizzazione sociale, ma ripensato al suo interno in quanto "persona", in quanto concreta soggettività storica costituita entro i margini delle relazioni giuridiche e sociali. E ciò vuol dire, come si può già intuire, riformulare la questione del soggetto attraverso la prospettiva di un "umanesimo personalista" (o, se si vuole, di un "personalismo umanista")⁴.

Prima però di giungere a tali conclusioni occorre ripercorrere, in breve, alcune tappe essenziali del pensiero di Giuseppe Capograssi; un pensiero, si può già ben dire, se non "antimoderno", comunque critico della modernità.

17.2. Il problema dell'esperienza

La nozione di «esperienza giuridica» aveva già avuto, con Gurvitch, una sua formulazione sociologica⁵. Tuttavia, è a un ambiente culturale più ampio e variegato che dobbiamo adesso guardare per cogliere con più pertinenza il significato storico del concetto di «esperienza» – quale dimensione qualificante l'attività dell'uomo – così come veniva ad elaborarsi nelle filosofie "anti-intellettualiste", "anticoncettualiste" ed "antiscientiste" del primo Novecento; quelle stesse filosofie rispetto alle quali Capograssi, attraverso una sua personale prospettiva, non era affatto rimasto insensibile⁶.

⁴ Giuseppe Zaccaria ha giustamente ricordato l'importanza del «momento etico-personalistico» di Max Scheler nella filosofia di Capograssi (Zaccaria, *Esperienza giuridica*, 30). Ma si pensi anche, e soprattutto, all'influenza esercitata nella sua speculazione filosofica dal pensiero di Rosmini.

⁵ Fassò, *Storia della filosofia del diritto*. III, 325.

⁶ In effetti, come ancora ricorda Giuseppe Zaccaria, nel rifiuto Capograssiano dei sistemi filosofici («in quanto negatori dell'inesauribilità della vita»), che «contribuisce a determinare una metodologia volta a cogliere l'universale entro il contingente, secondo i modi di uno "sperimentalismo fenomenologico", riecheggiano chiaramente anche motivi neo-romantici di ascendenza bergsoniana», Zaccaria, *Esperienza giuridica*, 31. Tuttavia si è già ricordato come nella riflessione di Capograssi rimanga essenziale anche il riferimento a Vico (della cui opera diede una interpretazione ricollegabile ai pensatori cattolici napoletani dell'Ottocento) e a Rosmini.

In effetti, erano questi gli anni in cui la nozione di «esperienza» – sia pure in contesti sociali, politici e culturali differenti – aveva trovato una sua formulazione precisa sia nel campo della riflessione giuridica sia in quello della riflessione filosofica più generale (si pensi, appunto, agli ambienti filosofici anti-naturalisti, alle filosofie vitaliste, pragmatiste, fenomenologiche ecc.; si pensi, per andare un po' più indietro, all'*Erlebnis* di Dilthey). E si pensi, per fare solo un esempio – forse tra i più indicativi –, al campo della riflessione estetica. Nel 1934, negli Stati Uniti, usciva *Art as Experience* del filosofo pragmatista John Dewey, un testo che ricollocava il problema dell'arte sul piano della storicità e della vita. Ed è proprio alla "storicità" che dobbiamo guardare, perché questo lavoro, come gli studi sull'esperienza giuridica di Capograssi, si collocava entro un arco di tempo nel quale giungeva a piena e matura coscienza quel processo sociale (al contempo economico, giuridico e culturale) che vedeva oramai l'arte (soprattutto d'Avanguardia) abbandonare i tradizionali modelli della rappresentazione per rifluire nel magma indifferenziato e dinamico della vita (acquisendo sfumature politiche e sociali), e il diritto procedere verso una "vivente" fattualità storica e sociale (nonché verso una "pluralità ordinamentale"), lasciandosi, in tal senso, alle spalle i vecchi rigidi schemi del giusnaturalismo individualista e del legalismo statutale.

È solo a partire da questo momento che possiamo vedere realmente nell'arte un'«esperienza di vita» (ed anche, volendo, un'esperienza sociale e politica – nella misura in cui l'arte diviene essa stessa costruzione sociale e politica), così come nel diritto possiamo ugualmente riconoscere un «legame vitale» esperienziale, dispiegato nella sua storicità. Ed è solo da qui che diviene veramente possibile una visione "estetica" del diritto, ovvero, ordinata ai processi figurativi del reale, come, al contempo, una valutazione "giuridica" dell'arte in quanto processo di costruzione della realtà. Ma andiamo più nello specifico dei relativi campi semantici.

Le ricerche di Dewey, maturate attraverso il pragmatismo e stimulate dai risultati delle rivoluzioni artistiche primo-novecentesche, approdavano ad una concezione "antropologica" di "esperienza" dell'arte contraria ad ogni idea di isolamento e attenta a valutare criticamente le relazioni da questa intrattenute sia con le realtà psicologiche degli individui, sia con le realtà sociali e culturali sottostanti. Ne usciva fuori un'idea dell'arte non presentata come mera ed astratta idealità o come aspetto di un ambito conchiuso in se stesso, ma intesa, appunto,

come «esperienza» fondamentale nel mondo dell'uomo; come «esperienza» capace di concretizzare e figurare il reale nelle sue manifestazioni formali⁷. E ciò proprio in quanto la «forma» dell'arte, prefigurata in ogni corso in cui si sviluppa «un'esperienza della vita», consiste nel «rendere chiaro ciò che è implicito nell'organizzazione dello spazio e del tempo»⁸.

Da questo punto di vista, il compito fondamentale della comprensione estetica si esauriva essenzialmente nel «riconoscere le fonti dell'arte nell'esperienza umana»⁹.

A chi comincia a scrivere sulla filosofia delle belle arti – così scriveva nel capitolo La creatura vivente posto all'inizio del libro – si impone allora un compito primario: ripristinare la continuità tra quelle forme raffinate e intense d'esperienza che sono le opere d'arte e gli eventi, i fatti e i patimenti di ogni giorno che, com'è riconosciuto universalmente, costituiscono l'esperienza. Le cime delle montagne non fluttuano senza sostegno; e neppure poggiano sul terreno. Esse sono la terra in una delle sue attività manifeste. È problema di coloro che si occupano della teoria della terra, geografi e geologi, rendere evidente questo fatto nelle sue varie implicazioni. Il teorico che desidera occuparsi filosoficamente dell'arte bella deve assolvere un compito simile ... Per comprendere il significato dei prodotti artistici dobbiamo per un po' dimenticarli, distoglierci da essi e rivolgerci alle forze e alle condizioni ordinarie dell'esperienza che solitamente non consideriamo estetica. Dobbiamo arrivare alla teoria dell'arte deviando dalla strada diretta¹⁰.

⁷ In questi termini Dewey, nel capitolo dedicato alla *storia naturale della forma* del suo *Arte come esperienza* del 1934, affrontava il problema della forma: «In poche parole, la forma – così scriveva – non si trova esclusivamente in oggetti etichettati come opere d'arte. Ogni volta che la percezione non è stata spuntata e alterata c'è una tendenza inevitabile a sistemare eventi e oggetti secondo le esigenze di una percezione compiuta e unificata. La forma è un carattere di ogni esperienza che sia una esperienza. L'arte in senso specifico presenta con maggior intenzione e pienezza le condizioni che generano questa unità. La forma si può allora definire come evento di forze che portano a totale compimento l'esperienza di un evento, di un oggetto, di una scena e di una situazione. La connessione tra forma e sostanza è quindi intrinseca, non imposta dall'esterno. Contraddistingue la materia di un'esperienza portata al suo perfezionamento», Dewey, *Arte come esperienza*, 147.

⁸ Ibid., 50.

⁹ Ibid., 32.

¹⁰ Ibid., 31-32.

Si tratta, allora, di connettere «le cose ideali e più elevate dell'esperienza» con le «radici vitali di base»; di mettere in connessione le «alte realizzazioni dell'arte bella» con la vita comune¹¹. Perché l'«esperienza» stessa, da questo punto di vista, è «il risultato, il segno e la ricompensa» di quella interazione tra organismo e ambiente che, «quando raggiunge la pienezza, si trasforma in partecipazione e comunicazione»¹²; è il risultato continuo dell'interazione tra la creatura vivente e le condizioni ambientali inscritta «nello stesso processo del vivere».

Proprio in quanto «esperienza», l'arte viene «prefigurata» nei processi normali del vivere¹³. Su questa base Dewey poteva riconoscere una qualità estetica ad ogni attività di pensiero¹⁴, e poteva, oltretutto, affermare:

In una società imperfetta – e nessuna società sarà mai perfetta – l'arte bella sarà in qualche modo un'evasione dalle, o una decorazione effimera delle, attività principali della vita. Ma in una società ordinata meglio di quella in cui viviamo tutti i modi di produzione sarebbero accompagnati da una felicità infinitamente più grande di quella che si dà ora. Viviamo in un mondo in cui c'è una quantità immensa di organizzazione; è però organizzazione esteriore, non quell'organizzazione che regola un'esperienza di sviluppo coinvolgendo inoltre per intero la creatura vivente in cammino verso una conclusione appagante. Le opere d'arte che non sono distanti dalla vita ordinaria, che vengono diffusamente fruite in una comunità, sono segni di una vita collettiva unificata. Ma sono anche meravigliosi aiuti per creare una tale vita.

¹¹ «La compartimentazione delle attività e degli interessi – leggiamo nel capitolo *La creatura vivente e le "cose eteree"* – provoca la separazione di quel genere di attività comunemente chiamata "pratica" dal capire, dell'immaginazione dall'agire concreto, dello scopo significativo dall'opera. Dell'emozione dal pensiero e azione. Ognuno di questi elementi ha, egualmente, il suo proprio posto che deve rispettare. Per questo chi disegna l'anatomia dell'esperienza suppone che tali divisioni ineriscano alla costituzione stessa della natura umana. Per gran parte della nostra esperienza, così come essa viene concretamente vissuta secondo le attuali condizioni economiche e giuridico istituzionali, è fin troppo vero che persistono queste separazioni», *ibid.*, 47.

¹² *Ibid.*, 49.

¹³ Se non fosse così, continua Dewey, «l'arte sarebbe edificata su sabbie mobili, anzi fluttuerebbe per aria», *ibid.*, 51.

¹⁴ Un'esperienza di pensiero, per Dewey, poteva venir distinta dalle altre esperienze riconosciute come estetiche solo per i suoi materiali. «Il materiale delle arti belle – scriveva – consiste in qualità; quello di un'esperienza che ha una conclusione intellettuale è composto da segni o simboli che non possiedono una qualità intrinseca per loro stessi, ma stanno per cose che in un'altra esperienza possono essere esperite qualitativamente», *ibid.*, 63-64.

Rielaborare il materiale dell'esperienza nell'atto dell'espressione non è un evento isolato limitato all'artista e a chi ha occasione qua e là di fruire dell'opera. Nella misura in cui svolge la propria funzione, l'arte è anche una rielaborazione dell'esperienza della comunità nella direzione di maggiore ordine e unità¹⁵.

In questi termini, dunque, tramite la nozione di «esperienza»¹⁶, Dewey – i cui studi di logica giuridica andavano, al tempo stesso, verso posizioni antiformaliste attente sia ai processi mentali, sia alla concretezza storica delle condizioni societarie¹⁷ – riconduceva l'arte alla vita ordinaria e al tessuto sociale; la riconosceva nella sua storicità e la riconduceva ai processi creativi e figurazionali della nostra realtà. E pertanto scriveva:

L'esistenza dell'arte ... è la prova che l'uomo usa i materiali e l'energie della natura con l'intenzione di espandere la propria vita, e che lo fa seguendo la struttura del proprio organismo – cervello, organi di senso e sistema muscolare. L'arte è la prova vivente e concreta che l'uomo è capace di restaurare completamente, e dunque a livello intenzionale, l'unione di senso, bisogno, istinto e azione che è caratteristica della creatura vivente. L'intervento della consapevolezza aggiunge ordine, selettività e riorganizzazione¹⁸.

Sull'altro versante, più o meno nello stesso periodo, Giuseppe Capograssi riconduceva il diritto al terreno vitale dell'«esperienza giuridica»; lo riportava alla storicità dell'esistenza, alla socialità della «vita comune». Nel 1932, si è detto, uscivano i suoi *Studi sull'esperienza giuridica*.

¹⁵ Ibid., 100.

¹⁶ In un altro passo leggiamo: «Poiché un'opera d'arte è il contenuto di esperienze elevate e intensificate, lo scopo che determina ciò che è esteticamente essenziale è esattamente la formazione di un'esperienza *come* esperienza», *ibid.*, 283.

¹⁷ In effetti, negli studi di logica giuridica (*Logical method and law* del 1924; *My philosophy of law. Credos of sixteen American scholars* del 1941), Dewey, attraverso un'analisi del ragionamento giuridico e della decisione giudiziale, approfondiva la realtà dei processi mentali che stanno dietro il giudizio di chi opera giuridicamente (sia l'avvocato che il giudice). Fassò, *Storia della filosofia del diritto*. III, 257. E del diritto manteneva, in generale, una concezione storica e sociologica. «Il diritto – così cita Fassò da un passo del *My philosophy of law* – è totalmente un fenomeno sociale, sociale nella sua origine, nel suo intento o fine, e nella sua applicazione», *ibid.*

¹⁸ Dewey, *Arte come esperienza*, 51. E così continuava: «Rende quindi le arti infinitamente variabili. Ma il suo intervento spinge anche col tempo all'*idea* dell'arte come idea cosciente – la più grande realizzazione intellettuale nella storia dell'umanità», *ibid.*

Il diritto, compreso a partire dalla vita relazionale degli uomini, veniva riportato a quella «esperienza» entro i cui margini norme, istituti e istituzioni trovavano la propria concreta realtà. Non più le fredde proposizioni, gli astratti imperativi o le norme giustificabili in base soltanto alla loro pura logicità: il diritto ritrovava il suo posto (e tornava a vivere) nell'agire e nel sentire giuridici degli uomini. Detto altrimenti, l'«esperienza giuridica», connessa con i fini e i principi della coscienza e del mondo umano della storia, si presentava come un ordine pratico nel quale la vita, per esser tale, si esprimeva attraverso la libera e spontanea molteplicità e varietà delle sue forme sociali e attraverso le autonomie del mondo storico.

Ogni ricerca sul diritto – scriveva – parte dalla esperienza giuridica nella sua immediatezza, vale a dire dall'esperienza giuridica così come esiste ed è avvertita e giudicata dalla coscienza comune ed in quanto tale entra come elemento pratico e condizionante dell'azione pratica del soggetto vivente nel concreto delle comunità umane¹⁹.

Già nel 1930, nel suo *Analisi dell'esperienza comune*, Capograssi ricordava «la specificità sostanziale dell'esperienza giuridica» e «la giuridicità come qualifica sostanziale dell'esperienza»²⁰. E nel 1950, con il significativo scritto "Il diritto dopo la catastrofe", dopo la dissoluzione dello Stato autoritario (che aveva ricondotto e ridotto il diritto alla sua volontà, o meglio, alla volontà delle forze storiche che conquistandolo, se ne erano impadronite) tornava a questa concezione, ripensando l'ordine giuridico come «consapevolezza pratica» e «affermazione della esistenza piena e concreta dell'individuo e delle forme sociali», nelle quali «la vita umana si concreta nella ricchezza dei contenuti e degli istituti, che costituiscono il mondo umano della storia»²¹. Tornava, dunque, alla storicità del diritto e ad una visione "ordinamentale" capace di comprendere «l'ordine profondo e intrinseco di tutta la vita concreta»²²; e ciò proprio attraverso il concetto di «esperienza giuridica», senz'altro più ampio di quello di legge. Tornava, dunque, ad una visione "pre-moderna", se non "post-moderna", della realtà giuridica nella sua concretezza storica e sociale.

¹⁹ Capograssi, "Studi sull'esperienza giuridica," 243.

²⁰ Idem, "Studi sull'esperienza giuridica," 155.

²¹ Idem, "Il diritto dopo la catastrofe," 30.

²² Ibid., 34.

Tutta la storia del diritto – scriveva – è questa trama di affermazioni e di resistenze, questa profonda analisi effettiva che l'individuo ha fatto della sua esperienza, cogliendola e distinguendola nelle sue posizioni fondamentali e nelle sue forme originarie, afferrandole, difendendole, garantendole nella propria originalità di ognuna e nella totalità di vita che formano. Così è nata e si è svolta l'esperienza giuridica: i diritti, le istituzioni, i principi fondamentali dell'ordinamento, l'ordinamento stesso come insieme di diritti e di obblighi su cui tutta la società è fondata, non sono che la continua e combattuta esplicazione, nel concreto mondo della storia, di questo principio fondamentale del diritto dell'individuo e delle libere spontaneità sociali di svolgere il proprio destino, di essere se stesse, e quindi di salvaguardare la varietà profonda della vita sociale, la libera molteplicità delle forme, dei valori e delle esperienze che fanno umana la vita, impedendo, traverso le resistenze gli antagonismi e le difese, che gli individui e le molteplici ricchezze di modi e di forme del loro esistere fossero ridotte alla astratta e cupa uniformità delle società animali²³.

Il diritto, pertanto, veniva ricondotto al piano giuridico dell'esperienzialità, ovvero, a quella «esperienza giuridica» che, affondando le sue radici nella varietà profonda della vita sociale, si esprimeva attraverso la costruzione delle libere e molteplici forme del suo esistere. Veniva ricondotto, potremmo anche dire, a quell'*Erleben* originario, a quell'esperire capace di custodire le forme giuridiche in un'unità della vita che non conosce fratture; a quella storicità del vissuto in cui la molteplicità delle forme (nel loro valore eminentemente estetico) non compare se non come la condizione della libertà, della spontaneità e dell'immediatezza dell'esperienza sociale; a quella storicità, infine, non riducibile ai termini dello storicismo²⁴.

Da questo punto di vista il diritto, come l'arte, quali forme inerenti il continuo processo creativo della vita²⁵, si incontrano sul piano

²³ Ibid.

²⁴ In un altro saggio del 1953, *Incertezze sull'individuo*, leggiamo queste parole: «Si assiste al paradosso, che, quanto più si parla di storia e di storicismo, quanto più si risolve tutto in storia, tanto più gli individui perdono il senso della storia e dei loro legami vitali con la vita dei padri. L'individuo senza individualità tende ad essere un individuo senza genitori» (Capograssi, "Incertezze sull'individuo," 141).

²⁵ In effetti, la dialettica tra vita e forme – che attraversa il novecento filosofico (sulla scia, ad esempio, del pensiero nietzschiano, o, nelle dovute differenze, neokantiano, vitalista o bergsoniano), e il novecento letterario (si pensi, tra gli altri, a Kafka o a Pirandello) – è centrale nella sociologia di Georg Simmel. Lo studio della dinamica delle forme della cultura e delle forme delle relazioni sociali attraverso la sua intera opera, dal saggio "Come si conservano le forme sociali" pubblicato negli *Année*

dell'«esperienza»: *arte come esperienza ed esperienza giuridica*. Come si incontrano, potremmo anche dire, in quel «vissuto» che definisce fenomenologicamente (ed ontologicamente) l'husserliano *Lebenswelt*, il «mondo-della-vita», quel mondo che è già sempre accessibile prima di qualsiasi scienza, prima che intervenga ogni distinzione tra una ragione «pratica», «teoretica» o «estetica»²⁶.

La percezione storica (*epocale*) di tale «esperienza», se ben la intendiamo, rimanda a quelle spinte etiche, politiche e sociali, che alle soglie del XX secolo, finiscono per destrutturare il “quadro” della rappresentazione giuridica borghese e i pilastri individualistici (sostanzialmente giusnaturalistici e illuministi) su cui si reggeva. Nuove forze impersonali, nuove soggettività collettive, guadagnano uno spazio culturale e sociale che eccede l'“unità di misura prospettica” garante di un ordine ancora “razionalmente” orientato all'astratta centralità dell'individuo-soggetto.

Nei suoi famosi *Studi sull'esperienza giuridica* (1932) Giuseppe Capograssi scriveva:

Questo mutamento della concezione del diritto e della realtà giuridica ha molteplici cause ideali e storiche, ma una essenzialissima. La nostra epoca si caratterizza per il singolare predominio che il collettivo, sotto ogni forma, sotto innumerevoli forme, a preso sull'individuale. Una serie quasi innumerevole di formazioni di ogni genere, e in ogni campo, tiene chiuso in sé l'individuo, lo incorpora e lo costringe alla partecipazione della vita collettiva, lo sottopone alla osservanza di obbligazioni complesse e molteplici, di adempimenti coattivi, di adesioni costanti agli scopi comuni di queste formazioni. Dal campo economico salendo sino ai campi della politica e della cultura questa rete di sistemi e di formazioni collettive occupa a poco a poco tutta l'area della vita e l'individuo si trova preso dentro di essa e partecipa ad attività e a finalità che hanno la caratteristica di essere esteriori alle sue attività e finalità. Quasi per dimostrare praticamente la inscindibilità dei due aspetti del fatto giuridico l'istituzione e la norma, questi vasti sistemi di formazioni collettive si estrinsecano in vasti sistemi di discipline, di leggi, di norme (sotto i nomi più diversi di statuti, di regolamenti, di

sociologique” nel 1897, alla *Soziologie* del 1908 e alla *Grundfragen der Soziologie* del 1917, per fare solo degli esempi. E si evidenzia, essenzialmente, come conflitto (tragico) tra l'elemento dinamico della vita e i prodotti rigidi e oggettivati delle forme (culturali, estetiche e sociali). Cfr. Simmel, *Il conflitto della cultura moderna*

²⁶ E qui ci riferiamo soprattutto a *La Crisi delle Scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, l'ultimo grande lavoro di Edmund Husserl, il cui manoscritto principale risale al 1935-6 (Husserl 1961).

istruzioni, di programmi ecc.) che rinchiudono la vita dell'individuo in un sistema di discipline, molteplici e tra loro talvolta opposte²⁷.

Da questo punto di vista, il verso soggetto morale dell'azione politica, economica e sociale diventa la "collettività organizzata", elemento intermedio tra Stato e società, capace di raccordare e armonizzare la particolarità individuale al più alto piano dell'interesse nazionale (si pensi all'assetto corporativistico – istituito con una legge del 1926 – assunto dallo stato fascista)²⁸.

«Puro apparato coattivo», «pura exteriorità di forze», lo Stato «non c'è più come Stato». Queste parole sono di Giuseppe Capograssi²⁹,

²⁷ Capograssi "Studi sull'esperienza giuridica," 214-215. Come si può immaginare, tali configurazioni giuridiche di "unità collettive" hanno trovato corrispondenze significative sul piano delle arti figurative. E se è vero, da un lato, che quest'ultime hanno anticipato e dato luogo, specialmente dal punto di vista dei contenuti, a diverse espressioni di pittura "realista" (si pensi, tra l'altro, al realismo italiano, al "Quarto stato" di Giuseppe Pellizza da Volpedo, a Courbet in Francia o, più tardi, al realismo socialista sovietico), è anche vero, dall'altro, che lo spirito "anti-razionalistico" (e "anti-illuministico") che alberga nell'arte ottocentesca, affondando le sue radici (almeno in parte) nella cultura romantica, ha alimentato, favorito e percorso la possibilità di espressione di quel processo artistico che Reinhard Brandt, nel suo *Filosofia nella pittura*, ha individuato nel fenomeno del «superamento del quadro».

²⁸ Si ricordi anche che la legislazione fascista ha operato per attribuire allo Stato (quale "vera" realtà dell'individuo) ogni potere, limitando al massimo i diritti degli individui e dei gruppi sociali minori (anche se non vi fu una corrispondente teorizzazione del diritto e la dottrina giuspositivistica formalista continuò, più che altro, nello sforzo di far rientrare lo Stato fascista, che pur si proclamava hegelianamente Stato etico, nella figura dello Stato di diritto). Sul piano del diritto vige ancora il principio di stretta legalità, «Anche se talora – come ricorda Paolo Grossi – le leggi assumono dei contenuti aberranti e ripugnanti come è nelle cosiddette leggi razziali del 1938», Grossi *L'Europa del diritto*, 241. Il regime si fa legislatore, sia ponendo in essere interventi pubblici in economia o per la bonifica integrale, sia realizzando una codificazione a largo raggio. Nel 1931 entrano in vigore i Codici penale e di procedura penale, nel 1942 il Codice civile, di procedura civile, della navigazione. Si tratta, commenta ancora Grossi, «di redazioni legislative che, liberate dai non molti incuneamenti fascisti, hanno attraversato indenni il crollo del regime e, in parte, sono tuttora vigenti nella Repubblica italiana. Una vitalità e longevità che è segno indubbio della loro validità», *ibid.*, 243-244. Tuttavia, il principio della "stretta legalità" vigente nello Stato fascista, non è che il segno più evidente della riduzione del diritto alla mera volontà dello Stato, come ragion d'essere, pensiero, volontà formativa e creativa della società; di uno Stato, però, che ha ormai dissipato il suo "mito", che è diventato puro strumento nelle mani delle forze storiche (particolari, partitiche) che, appropriandosene, lo hanno conquistato.

²⁹ Così scriveva Capograssi: «Lo Stato sovrano di Hegel. Lo Stato creatore della società, lo Stato portatore della verità è diventato puro mezzo delle forze che lo hanno conquistato ... Questa sparizione dello Stato, come valore autonomo e forma autonoma dell'esperienza, è palesemente proclamata dalle dottrine contemporanee, che hanno cercato di rendersi ragione e teorizzare lo Stato totalitario. La dottrina

che nell'immediato secondo Dopoguerra, nel suo scritto del 1950, "Il diritto dopo la catastrofe", ripensava il problema della «crisi» attuale (e ne coglieva perspicacemente le plurime dimensioni) non soltanto volgendo il suo sguardo al più vicino passato (il Ventennio) e, più in generale, alla questione delle dittature totalitarie, ma estendendo il suo campo visivo a orizzonti più remoti, risalenti fino alla fondazione del «mito» dello Stato moderno³⁰.

Da questa prospettiva, Capograssi coglieva, in realtà, la crisi attuale della legge giuridica, che proprio nella teorizzazione e costruzione dello Stato autoritario, puro apparato coattivo, mero strumento nelle mani del *partito*, trovava il momento più esplicito della sua prefigurazione.

La legge – leggiamo – si è identificata con la volontà di coloro che detengono il potere, bene inteso, rivestita delle debite forme. E poiché lo Stato cioè coloro che detengono il potere, hanno esteso il loro intervento in tutti i campi, vale a dire hanno preso per compito di voler essi per tutti

tedesca ha riconosciuto lo Stato come strumento, puro apparato coattivo. La dottrina russa ha riconosciuto che lo Stato non ha più fondamento: non ha più una realtà a sé stante, non è più se stesso. È un puro apparato tecnico, come i tedeschi hanno visto: lo Stato non c'è più. Come per il fatto di una più vera e più profonda dialettica, l'esaltazione dello Stato a valore assoluto ha portato per proprio movimento interno all'annientamento dello Stato ... Nell'atto stesso dell'esaltarlo, del porlo come assoluto di fronte all'individuo, le forze storiche hanno ridotto lo Stato a puro apparato coattivo, cioè lo hanno rivelato per quello che è, quando nessuna legge di verità lega gli uomini: gruppi di uomini che cercano di piegare ai loro disegni gli altri uomini», Capograssi, "Il diritto dopo la catastrofe," 18-19.

³⁰ Leggiamo ancora, a tal proposito, un passo di "Il diritto dopo la catastrofe": «È degno di nota per prima cosa, che tutto è avvenuto per mezzo e a nome dello Stato. Tutti sanno che nell'epoca moderna lo Stato si è posto di fronte alla società in una posizione di superiorità assoluta: superiorità di valore e di comando, capacità e pretesa di segnare i fini i valori le rotte dell'attività sociale. È nato a poco nell'epoca moderna il mito dello Stato come ragione di essere pensiero volontà formativa e creativa della società; e società e individuo correlativamente hanno a poco a poco perduta ogni propria consistenza. Alla fine forze storiche sono apparse, le quali hanno conquistato lo Stato, e animate da quell'idea dell'umanità come forza vuota e passiva hanno dato allo Stato una loro pretesa concezione della vita una loro tavola di valori una loro scelta di fini; e hanno fatto in modo, che lo Stato riducesse individui e società, tutta la libera varietà delle forme e dei fini individuali e sociali, a questo piano da loro inventato. Traducendo alla lettera il mito della società opera dello Stato hanno cercato di mettere questa società così artefatta al posto delle delicate tessiture e delle gelose autonomie del mondo storico. Il mondo storico è stato, sotto l'azione dello Stato, come se non avesse in sé principi esigenze formazioni istituzioni nascenti dalla profonda natura umana, cioè come se non fosse altro, secondo la segreta idea invalsa dell'umanità, che un puro insieme di potenze puramente passive. Le conseguenze sono state singolari e, come sempre nella storia, imprevedibili», *ibid.*, 16-17.

e nel maggior numero dei casi e per il maggior numero degli interessi e problemi pratici, ne è necessariamente derivato la trasformazione della legge. La legge giuridica che non ha più un suo vero contenuto connaturale e proprio, che si è cioè staccata dai principi dalle esigenze e dai fini che ineriscono nella costituzione stessa dell'individuo e del mondo umano della vita, si è identificata con la volontà onnipresente di coloro che detengono lo Stato ... In sostanza la legge si riduce a sanzione, e la sanzione alla forza con cui i detentori dello Stato riescono, fino a che riescono, a farsi obbedire. Ridotto il diritto a volontà dello Stato, la legge stessa si riduce a questa volontà, cioè si riduce a fatto, vale a dire svanisce come legge, come è svanita in note teoriche contemporanee, le quali non sono che la traduzione in termini speculativi di quello che è successo nell'esperienza diretta ... L'esperienza giuridica è divenuta il campo delle invenzioni della politica, e non ha legame e connessione con i principi e fini costitutivi della coscienza e del mondo umano della storia»³¹.

Del resto, non possiamo comprendere la funzione assunta dal *partito* (unico) come dato originario dell'agire politico e la svolta corporativistica del regime – temi abbondantemente riflettuti dalla giurispubblicistica italiana del tempo (caratterizzata da un atteggiamento diviso tra estraneità, indifferenza, silenzio e, più o meno problematica, adesione nei confronti della legislazione del periodo 1925-28) – senza riconsiderare il ruolo svolto dal fascismo (specialmente attraverso la sua istituzionalizzazione come regime) in relazione alla crisi dello Stato moderno (lo Stato liberale di diritto) nella sua incapacità di rappresentare e organizzare il conflitto sociale. Detto altrimenti, non possiamo non rileggere la “legislazione costituzionale” fascista se non nel percorso di quel «secolo lungo» (giuridicamente esteso dagli ultimi decenni dell'Ottocento fino ai giorni nostri) che Paolo Grossi ha definito «post-moderno» (ovvero dispiegato in un tempo di transizione oltre la modernità giuridica)³². Un secolo che registra, anche in Italia (almeno nella parte più evoluta – dal punto di vista economico – della penisola) i turbamenti della velocità, dell'accelerazione, della motorizzazione e della macchina prodotti dal dilagare della rivoluzione industriale (e ben avvertiti, come si è visto, dai futuristi); e che favorisce, a livello sociale, l'ascesa di sempre più ampie masse di lavoratori subordinati, «fornendo un ambiente propizio alla

³¹ Ibid., 25-26.

³² Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*.

nascita di pretese collettive, di una coscienza più convinta di interessi collettivi e, conseguentemente, di lotte collettive»³³.

A fine Ottocento è tutto un germinare, in primo luogo di organizzazioni sindacali e para-sindacali, e poi di associazioni professionali, cooperative, assistenziali. Il ceto proletario, che non aveva progettato la rivoluzione e che di questa era stato il necessario ma sostanziale passivo sfondo popolare, prende consapevolezza che unicamente nel trasformarsi dell'io individuale in un io collettivo il soggetto economicamente debole poteva contare qualcosa e pretendere qualcosa, e si mette all'opera per creare delle adeguate nicchie collettive³⁴.

La "modernità" giuridica comincia, dunque, a vacillare con la riscoperta della dimensione collettiva all'interno della società. Come lo "spazio" dell'arte registra la dissoluzione di quella centralità del soggetto-individuo (razionale e cosciente) su cui aveva costruito la possibilità prospettica di una visione e rappresentazione "monistica" del reale – aprendosi infine alla simultaneità, molteplicità e pluralità "dei punti di vista" e agli sconfinamenti dell'inconscio – così lo "spazio" giuridico registra l'inevitabile e lenta scomparsa dell'individuo borghese a partire dal quale aveva edificato l'idea (liberale) di Stato. All'idea formalistica, legalista e normativista di un diritto riducibile alla sola volontà legislativa statale si va pian piano a sostituire l'idea di un diritto come "organismo vivente", "organizzazione" e "ordinamento giuridico" del tessuto sociale. Detto altrimenti, di fronte ai mutamenti (e sconvolgimenti) sociali che vedono il costituirsi (cosciente) di nuove entità collettive, di nuove soggettività irriducibili all'astratto individuo, il diritto non può più essere scorto soltanto entro i termini di una "visione monistica" (lo Stato quale unico produttore del diritto), ma si apre ad una comprensione "plurale", al recupero di un pieno e vitale "pluralismo giuridico" (per il quale il diritto, espressione di diverse e molteplici organizzazioni sociali, non può che riconoscere fonti plurali). Si pensi soltanto a Santi Romano, giurista tra i più sensibili ai mutamenti sociali, che nel 1917-18 scriveva *L'ordinamento giuridico*, spostando l'attenzione della giuspubblicistica italiana su un nuovo modo di considerare e "vedere" il diritto, oltre i veli frapposti

³³ Ibid., 7.

³⁴ Ibid., 7-8.

dalle ristrette visioni monistiche del secolo passato³⁵. Prima ancora di essere “norma” il diritto è “ordinamento”, organizzazione del sociale, “esperienza giuridica” (potremmo anche dire) che si costituisce dal basso, che trae origine dal tessuto sociale (dalla «coscienza» sociale), dal «corpo» vivente della società; poiché l’ordinamento giuridico, da questo punto di vista, non è che la società nel suo stesso auto-ordinarsi.

³⁵ Santi Romano concepiva l’«ordinamento giuridico» (*un* «ordinamento giuridico») come un tutto vivente, un organismo, «un’unità a sé», un’unità non artificiale o «ottenuta con un procedimento di astrazione», ma in quanto «concreta ed effettiva», diversa dai singoli elementi materiali che la compongono (Romano, *L’ordinamento giuridico*, 10). Lo riconduceva al concetto di società (intesa come «unità concreta, distinta dagli individui che in essa si comprendono»), di «ordine sociale» (idea contenuta nello stesso concetto di diritto), di «organizzazione» e «struttura» («posizione della stessa società in cui si svolge e che esso [il diritto] costituisce come unità, come ente per se stante») precedente la norma; lo rinviava, rivedendo in parte le teorie di Hauriou, alla nozione di «istituzione» (per cui, secondo un’equazione necessaria e assoluta: «ogni ordinamento giuridico è un’istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico») (*ibid.*, 20-23) e ne coglieva lo scopo specifico nell’«organizzazione sociale» (*ibid.*, 35). «L’aspetto fondamentale e primario del diritto – scriveva Romano – è dato dall’istituzione in cui esso si concreta, e non dalle norme o, in genere, dai precetti con cui esso opera, che ne costituiscono invece un aspetto derivato e secondario. Ciò non risulta soltanto dall’impossibilità, cui altrimenti si va incontro, di coglierlo e definirlo nella sua unità organica, dal suo carattere di obiettività ..., dall’elemento della sanzione che è ad esso inerente e non può ridursi al concetto di norma, ma anche dalla seguente osservazione. Se si ha riguardo al momento in cui certe istituzioni sorgono e quindi comincia ad aver vita il loro ordinamento, si vede subito che questo momento non è determinato da una norma preesistente, e che quindi non è possibile che il diritto sia non un’istituzione, ma il complesso delle norme per cui essa esiste e funziona. Ciò è evidente, per es., per lo Stato, ma non solo per lo Stato: esso esiste perché esiste, ed è ente giuridico perché esiste e dal momento in cui ha vita. La sua origine non è un procedimento regolato da norme giuridiche; è, come si è ripetutamente messo in vista, un fatto. Ora, il diritto si ha appena questo fatto è compiuto, appena si ha uno Stato effettivo, vivo e vitale; la norma invece può essere posta da esso in seguito. La prima posizione del diritto non è quindi data da quest’ultima, che ne è una manifestazione più tardiva e sussidiaria. Del resto, prima e fuori l’istituzione non ci può essere il diritto, appunto perché manca l’organizzazione che rende giuridica la norma. Il diritto non può essere soltanto la norma posta dall’organizzazione sociale, come spesso si dice, ma è l’organizzazione sociale che, fra le sue altre manifestazioni, pone anche la norma. Se è vero che il carattere giuridico di questa è dato dal potere sociale che la determina o, almeno, la sanziona, ne viene che questo carattere deve già rinvenirsi nell’istituzione, che non potrebbe attribuirlo alla norma se già non lo possedesse essa medesima. Il vero si è che il diritto è, anzi tutto, posizione, organizzazione di un ente sociale», *ibid.*, 41-43. E più avanti leggiamo: «La legge non è mai, come comunemente si crede, il cominciamento del diritto: è, invece, un’aggiunta al diritto preesistente (nell’ipotesi che esso abbia lacune) o una modificazione di esso. Il legislatore non è, così, il creatore del diritto, nel senso pieno ed assoluto della parola, cioè il primo creatore; donde la mancanza in lui del potere di annullarlo completamente; per annullarlo dovrebbe decretare la fine dello Stato stesso», *ibid.*, 68.

Detto altrimenti, con Santi Romano cambiava il *punto di vista*, la *prospettiva* attraverso la quale percepiamo il diritto: non più a partire dalla polarità individuo-stato, ma dalla società in quanto «unità vivente», «comunità organizzata»; non più a partire dal “soggetto” ordinante, ma dall’“oggetto” ordinato, formato nella sua stessa capacità di costituirsi in quanto ordine giuridicamente rilevante. Dal soggetto all’oggetto, ovvero, dall’astratta soggettività alla concreta oggettività fattuale, dall’individualità formale all’esistenza obiettiva, all’effettiva storicità; in altri termini: dall’individuo al sociale, dallo Stato alla società. Il diritto non è più proiezione del singolo individuo considerato nella sua astrattezza e absolutezza, nella sua trascendenza rispetto ai legami sociali; non è più manifestazione esclusiva della volontà e del potere statali, ma espressione della pluralità sociale. Ed è proprio così che il diritto, recuperando la sua fattualità originaria (per troppo tempo oscurata dalla costruzione “geometrica” di forme generali ed astratte) riscopre il terreno del “pluralismo giuridico” (e lo riscopre paradossalmente all’interno di un territorio – di uno spazio – sottoposto a un medesimo regime politico); riscopre la pluralità di quegli ordinamenti giuridici *configurati* e formati in seno a una realtà sociale plurale e complessa³⁶.

In fin dei conti, Santi Romano non rimaneva insensibile a quei segni di crisi che, agli inizi del XX secolo, gettavano ombre sullo Stato liberale borghese; uno Stato ormai costretto a rinunciare al suo assetto politico censitario per aprirsi al suffragio universale maschile³⁷.

³⁶ A tal proposito, non ci sembra inutile ricordare che un po’ più tardi, nel 1959, Antonio Pigliaru, giurista formatosi nel clima dell’“attualismo” gentiliano e del “problematicismo” di Ugo Spirito, pubblicava il suo studio *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, dove sviluppava e approfondiva, attraverso l’analisi antropologica di una realtà sociale concreta, quei temi del “pluralismo giuridico” che proprio Santi Romano (e sulla sua scia anche Giuseppe Capograssi) aveva discusso sul piano teorico (Pigliaru, *La vendetta barbaricina*). Su tali questioni rinvio al mio *La pratica della vendetta come esperienza giuridica. L’antropologia del diritto di Antonio Pigliaru* del 2012. E rimando anche al sempre mio *L’idea di persona o la persona come “idea”. Il personalismo giuridico di Antonio Pigliaru nel suo contesto culturale* del 2009.

³⁷ «È da negarsi, nel modo più reciso, che il sistema statale – così ancora leggiamo – sia divenuto l’unico sistema del mondo giuridico: anzi è da negarsi che siffatta concentrazione sia materialmente possibile. Se fosse poi il caso di abbandonarsi a profezie, sia pure facili, si potrebbe mettere in rilievo che è probabile che ad essa segua, in un futuro non lontano, un procedimento proprio inverso. La così detta crisi dello Stato moderno implica per l’appunto la tendenza di una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuno una cerchia giuridica indipendente», Romano, *L’ordinamento giuridico*, 93.

Dovevano cogliersi i segni del mutamento sociale (gli stessi segni che, nella figurazione artistica – come, del resto, in quella giuridica – si disponevano nei termini della velocità, dell’accelerazione, della motorizzazione) per cambiare prospettiva nel modo di considerare il diritto. Bisognava comprendere che il vecchio edificio dello Stato moderno stava perdendo pian piano la sua integrità, la sua solidità e la sua stabilità, sotto la pressione erosiva di una dimensione collettiva sempre più organizzata in rinnovate formazioni sociali (associazioni, organizzazioni, sindacati, movimenti, partiti ecc.); la stessa pressione erosiva (già da tempo, per il vero, individuata dai sociologi come Durkheim) che avrebbe spinto più tardi la coscienza politica verso la realizzazione di una nuova articolazione corporativistica della società. Quella stessa articolazione (segno di un nuovo tempo e del nuovo secolo) che Paolo Grossi, seguendo ancora il pensiero di Santi Romano, ha giustamente ascritto ad un «atteggiamento di insoddisfazione per lo statalismo e l’individualismo moderni», teso per lo più al «recupero di tutta la complessità dell’ordine sociale, economico, giuridico»³⁸.

Ancora Grossi, da acuto storico del diritto, non sbaglia allora nel riconoscere anche nella «lucida analisi storiografica» del Capograssi del *Saggio sullo Stato* (1918) e delle *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi* (1921), la «riscoperta politologica e filosofica del pluralismo contemporaneo». «Si potrebbe dire non scorrettamente – così afferma – che la pagina Capograssiana del ’21 è la trasfigurazione in chiave filosofica della analisi positiva, volutamente endogiuridica, del Romano de ‘L’ordinamento’»³⁹.

³⁸ Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, 9. Così, prendendo a prestito le sue stesse parole, Grossi riferisce il disegno progettuale di Santi Romano: «un principio sembra a noi che risulti sempre più esigente e indispensabile: il principio, cioè, di un’organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi». E subito dopo commenta: «Solo così, in un assetto pluralista dello Stato che ritrova il suo essere innanzi tutto ‘comunità’, l’antagonismo erosivo delle forze sociali può essere naturalmente assorbito e può diventare carica vitale per lo Stato stesso», *ibid.*, 64.

³⁹ *Idem*, *Scienza giuridica italiana*, 121. Scrive Grossi: «Già nel ‘Saggio sullo Stato’ – che è del 1918, stessa data del libello romaniano – egli [Capograssi] ci presenta il suo oggetto d’indagine come un “povero gigante scoronato”. Nel ’21 riflette distesamente sull’autorità e sottolinea come la sua costruzione illuministica si sia risolta e deformata in una ‘metafisica dello Stato’, cogliendo la crisi di questo nella violenza che una siffatta costruzione ha imposto sull’immenso mondo dei fatti e nella accanita demolitrice risposta che ne è lentamente pervenuta: “lo Stato aveva tentato di monopolizzare l’autorità”, ma “le forze sociali... di fronte alla eccessiva

Dietro le spinte plurali e collettive della nuova organizzazione sociale Capogrossi coglieva la crisi della "modernità" giuridica. Dalla sua prospettiva impegnata ad una valutazione integrale e concreta del diritto, tesa a rileggere l'«esperienza giuridica» come dimensione capace di «comprendere tutta l'esperienza concreta», egli non poteva non riflettere la crisi della legge e dello Stato, ormai incapace di raccogliere in sé l'intera realtà del diritto e «costretto a inserirsi nella rete degli altri sistemi e degli ordinamenti che compongono l'esperienza»⁴⁰. Il diritto ormai non poteva essere semplicemente ridotto ai soli termini della legge. Scriveva nel 1937, ne *Il problema della scienza del diritto*:

La considerazione del diritto come legge non è capace di comprendere in sé e dare ragione di tutta intera la sfera dell'esperienza giuridica. La considerazione del diritto come legge porta a una restrizione arbitraria della totale sfera dell'esperienza giuridica; poiché la legge è sì la posizione necessaria del diritto, ma la effettiva e completa realtà del diritto, e sia pure del diritto come legge, si ha solo in quanto la legge crea attorno a sé un ordinamento giuridico in quanto insomma un ordinamento giuridico si realizza attorno alla legge. Non la legge perciò come tale ma la legge come parte saliente e momento essenziale (ma momento) di una realtà organica e unitaria che può chiamarsi ordinamento giuridico. Le teorie dell'ordinamento giuridico e dell'istituzione, nate esclusivamente all'interno della scienza, hanno portato questo fondamentale allargamento al concetto del diritto come legge; che hanno considerato la legge non più come un dover essere generale, ma come una realtà la quale si origina e si realizza in quanto riesce a organizzarsi in un vero ordinamento⁴¹.

Il concetto di «esperienza giuridica» si estendeva, dunque, alla teoria istituzionalista dell'ordinamento giuridico: il diritto è esperienza ordinata; non è la mera legge (e non perché posto al di fuori o sopra le leggi), non è riducibile al dato legislativo o al comando del legislatore, ma è un insieme sistematico di leggi applicate. Il «punto di prospettiva» si capovolge:

La legge non è più un puro dover essere, una mera norma, o peggio una volizione generale una volizione di classi di azioni: questo concetto è risultato privo di significato e di valore, sterile e inadeguato a cogliere

autorità dello Stato reclamano anche per loro l'autorità, si pongono anche loro come autorità"», *ibid.*, 120-121.

⁴⁰ *Idem*, *Il problema della scienza del diritto*, 8.

⁴¹ *Ibid.*, 8-9.

l'essenza del diritto, ma la legge è tale in quanto si inserisce in quella realtà da cui nasce e a cui tende, si rifonde con la realtà che è sua e ri-diventa un momento di quel processo da cui è nata e che esprime. La scienza è qui arrivata quasi si direbbe a concepire il diritto come la idea umana di Vico che è tale in quanto crea il mondo umano della storia, un suo mondo che è il mondo del diritto. Tutto questo inconsapevolmente, ma qui il diritto è proprio un vero principio di vita e di organizzazione come qualche cosa di vivo che crea una forma organica caratteristica imprescindibile del mondo della storia⁴².

In questo ribaltamento la scienza del diritto abbandona la prospettiva del giusnaturalismo moderno: la legge non è più «puro dover essere», ma rimanda ad un ordinamento giuridico comprensibile nella sua storicità integrale, nella sua concreta vitalità, nella sua condizione sociale⁴³.

Il diritto essendo un mondo dell'esperienza una forma di vita dell'esperienza non si cristallizza in nessuna delle formazioni del mondo del concreto ma accompagna tutte le formazioni; non solo è in quella formazione concreta che è lo Stato ma in tutte le formazioni, poiché appunto esso è ormai una posizione della vita che si realizza in tutte le situazioni del concreto⁴⁴.

Torniamo, dunque, al nostro discorso. Le diverse "esperienze" del diritto e dell'arte, colte sul piano della vita concreta, cambiano l'immagine dell'universo ereditata dal passato. Alla descrizione di una struttura chiusa, fissata entro il quadro di una ripetizione costante in cui

⁴² Ibid., 9-10.

⁴³ E qui Capograssi sembra in qualche modo comprendere le ragioni della Sociologia del diritto, di quella sociologia non soggetta al feticismo del dato (come nell'impianto "positivista"), ma orientata alla realtà storica concreta, all'esperienza sociale data nella sua immediatezza. Ma, in fondo, anche questa pretesa (il tentativo di attingere il dato, la realtà, la vita del diritto in quanto tale nella sua immediatezza) emerge nella sua problematicità, specialmente sul piano del metodo. A tal proposito, esemplare è la pagina che Capograssi dedica a Leon Duguit, al suo tentativo di attingere l'attività originale e reale, la vita che è di là e prima di ogni determinazione scientifica; questa «esigenza di vedere la realtà *prima* della stretta a cui la scienza la sottopone»; «questo tentativo di cogliere il diritto che si realizza nella vita sociale, di staccarsi dalla norma di vedere quello che è la realtà dei rapporti giuridici nei quali gli uomini vivono», *ibid.*, 43-44). Operazione, agli occhi di Capograssi, assai problematica e certo non facile, perché si ha sempre a che fare con concetti giuridici elaborati dalla scienza, e non con la pura azione, con la pura esperienza quale dovrebbe presentarsi a chi non dispone che dei concetti della coscienza comune, prima di ogni formazione scientifica.

⁴⁴ *Ibid.*, 10.

il tempo figurava come misura vuota e reversibile (l'universo di Newton e di Kant), si è pian piano sostituita la nuova rappresentazione di un ordine dinamico e plurale – relativistico o quantistico – in continuo e irrequieto mutamento, attraversato da processi febbrili, da eventi precipitosi, irreversibili e violenti, da discordanti alternative. Lo spazio *nel* quadro e *oltre* il quadro, che oramai eccede la misura del "soggetto", registra immancabilmente la necessità del dinamismo e la forza del mutamento. Esige di "non rappresentare" ma di "agire": esige la vita e non la sua "rappresentazione"; esige la "volontà" (a discapito, appunto, della "rappresentazione"). Ma si tratta di una "volontà" sempre più impersonale, indifferenziata e indistinta.

Dopo la grande "catastrofe" della Seconda guerra mondiale, Giuseppe Capograssi, sensibile e attento ai mutamenti della realtà esperenziale, nello stesso periodo in cui Adorno (insieme ad Horkheimer) parlava di «crisi dell'individuo»⁴⁵ e prima ancora che Foucault si interessasse alle «discipline», rifletteva sulla irreperibilità e sparizione dell'individuo e della sua «individualità». Nel saggio *Incertezze sull'individuo* del 1953 così ricordava:

Le forme stesse della odierna organizzazione sociale in tutti i sensi impongono all'individuo discipline, le quali sono dirette a reprimere o respingere proprio la individualità di ogni individuo, quella per cui ogni individuo si distingue dagli altri. È tipica la fabbrica, il lavoro nella grande industria, ma insomma tutte le forme nelle quali la società contemporanea si organizza, suppongono un individuo il quale – necessariamente irreggimentato in organismi o formazioni, in cui non è che una forza o una unità di un complesso di forze – deve respingere o ricacciare indietro la sua individualità, deve per lo meno mettere da parte la sua individualità, causa e fonte massima di imbarazzi, ostacoli, disturbi della normale esplicazione del proprio lavoro. E questo individuo che già per il suo lavoro e la sua occupazione è chiuso in queste discipline, nelle quali la sua individualità resta se non combattuta almeno inoperosa, questo individuo, quando esce dal suo lavoro, si trova in un ambiente sociale, che è tutto organizzato e ordinato per formare, informare, influire sul maggior numero degli individui esistenti;

⁴⁵ In un dialogo radiofonico del 1950, trasmesso con il titolo *Il modo amministrato, o la crisi dell'individuo*, 102-103, Adorno tornava su problemi già discussi in altra sede: la trasformazione del mondo e della vita nella loro interezza in un sistema di amministrazione gestito dall'alto e l'impossibilità per gli individui di «sfuggire alle forme, le forme socialmente obbligate all'interno delle quali essi conducono la loro esistenza».

trova una vastissima rete di istituzioni formate mediante tecniche le quali si rivolgono, hanno per destinazione di rivolgersi ai grandi numeri, alle masse, e per conseguenza suppongono la necessità di un individuo il quale sia appunto il tipo generico in cui tutti gli individui possono incontrarsi, il tipo generico che risulta quando ogni individuo abbia messo da parte la propria individualità ... E questo individuo così conformato, è avvolto da ordinamenti giuridici, che hanno la costante tendenza a togliere valore alla sua volontà, alla sua autonomia, a sottoporlo a schemi e discipline, in cui egli è come un elemento di formazioni e di interessi che lo trascendono, e che perciò contribuiscono anch'essi ad abituarlo se non altro a fare a meno della sua individualità, a farlo entrare o rientrare nel tipo generale che vede sente e vuole e pensa come è suggerito dalla rete di suggestioni di imposizioni o di organizzazioni nella quale è preso⁴⁶.

Capograssi coglieva senz'altro questa riduzione, questa restrizione dell'individualità (e della posizione del soggetto) a favore del gruppo, della società e della massa, nelle trasformazioni subite dal concetto di «diritto subiettivo» nella scienza giuridica e nelle concrete esperienze del diritto a lui contemporaneo: esperienze in cui si poteva leggere, in linea di tendenza, l'indebolimento (se non la dissoluzione) della personalità (a cui corrispondono diritti rispetto ai quali la volontà individuale rimane sovrana) e la trasformazione del soggetto in senso funzionale. Ma individuava anche l'accelerazione di questo «processo di disindividuazione dell'individuo» nel sopravvenire di alcuni fatti storici di non trascurabile rilievo: l'avvento di regimi politici «fondati sulla creazione di immensi e formidabili dinamismi emozionali, di irresistibili ondate emozionali, che sollevano interi popoli» e le grandi guerre che hanno «più che mai gettato l'individuo fuori di ogni sua individualità»⁴⁷. Tale individuo, diceva Capograssi, ha finito per assumere una coscienza di se stesso «adeguata alla natura generica ed espropriata»; una coscienza caratterizzata dalla «mancanza del senso e dell'idea stessa di durata», segnata dall'impossibilità di volere «cose che durano».

⁴⁶ Capograssi, *Incertezze sull'individuo*, 136-137.

⁴⁷ Scriveva ancora Capograssi: «D'altra parte l'individuo, preso dalle vicende delle guerre delle rivoluzioni e delle repressioni, è stato ridotto a un essere primitivo nel quale la vita si è ripresentata come bisogno elementare e primitivo di nutrimento e di scampo dai pericoli, nel quale cioè la vita si è ripresentata una e indistinta per tutti, e che nel comune bisogno e nel comune pericolo ha ridotto tutti allo stesso tipo generico e indifferenziato», *ibid.*, 138.

Si osserva che [l'individuo] perde o tende a perdere l'esigenza e l'idea dello stabile, dell'assetato, del non mosso. E difatti con una storia che gli balla intorno, che non si ferma nemmeno per un momento, che è proprio l'opposto del durare, come concepire e volere cose che non ballano, cose che durano? I quadri della vita che prima erano fatti per durare, voluti come tali e perché durassero (istituzioni, ambienti, case, oggetti e così via), sono costruiti ora con la legge del mutamento. ... Una specie di sorda legge della distruzione, della rottura dei legami col passato, è sopravvenuto in questo individuo senza individualità, il quale è rimasto insieme senza storia ... Si assiste al paradosso, che, quanto più si parla di storia e di storicismo, quanto più si risolve tutto in storia, tanto più gli individui perdono il senso della storia e dei loro legami vitali con la vita dei padri⁴⁸.

Lo spazio del diritto, come quello dell'arte, in tutte le sue sfumature, registra questa sua fondamentale rottura con il "centro", con l'unità del soggetto-individuo che tradizionalmente l'aveva organizzato; registra la perdita del "punto di vista" unitario e assoluto, immobile, statico e fisso; registra la perdita di "stabilità" dell'immagine, la sua frammentazione (e apertura) verso le nuove frontiere dell'azione, del dinamismo e del movimento. Sul piano pittorico il "quadro" sconfinava nella vita, perde i suoi limiti, e diventa, a seconda dei modi, dei linguaggi espressivi, astratto e informale; la pittura va verso l'azione, invade il corpo, l'ambiente, il territorio, il politico e il sociale, incontra la pura astrazione geometrica come il cromatismo assoluto. Walter Benjamin, nell'*Opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica* del 1936, discutendo delle manifestazioni dadaiste e della trasformazione sonora e tattile dell'opera d'arte in «proiettile», metteva a confronto la tela del dipinto con la tela dello schermo cinematografico (il Dadaismo, diceva, cercava di ottenere con i mezzi della pittura «quegli effetti che oggi il pubblico cerca nel cinema»).

17.3. L'esperienza giuridica come esperienza comune

Con Capograssi la coscienza del dinamismo, della pluralità, della complessità, diventa, a livello filosofico, la dottrina dell'«esperienza giuridica», nozione capace di raccogliere ed esprimere l'universo giuridico in tutta la sua multiformità⁴⁹. Attraverso questa dottrina, come

⁴⁸ Ibid., 140-141.

⁴⁹ Scrive Paolo Grossi riferendosi alla dottrina dell'«esperienza giuridica»: «Una

ha ben evidenziato Paolo Grossi, «la costituzione materiale» acquista un posto e un ruolo primario e trovano finalmente cittadinanza le forze espressive di realtà prima ignorate: «masse, classi, partiti, aggregati sociali ed economici, corporazioni e così via». In altri termini, nell'«esperienza giuridica», «il collettivo diverso dallo Stato» ritrova «la sua nicchia adeguata e anche la sua legittimazione»⁵⁰.

In effetti, sul piano del metodo, Giuseppe Capograssi individuava l'«esperienza giuridica» a partire dall'esperienza comune. Come si è detto, proprio su questo versante, il filosofo riconduceva il diritto al terreno vitale dell'«esperienza»; lo riportava alla storicità dell'esistenza, alla concreta realtà, alla socialità della «vita comune», ovvero, alla «azione pratica del soggetto vivente nel concreto delle comunità umane», alla «esperienza giuridica così come esiste ed è avvertita e giudicata dalla coscienza comune»⁵¹. Leggiamo ancora dai suoi *Studi sull'esperienza giuridica* del 1932: «Anche la realtà giuridica ha acquistate profondità e complessità che sembravano escluse dalla linearità quasi astratta con la quale l'edificio della legislazione statale si presentava». E subito dopo aggiungeva:

Questo mutamento della concezione del diritto e della realtà giuridica ha molteplici cause ideali e storiche, ma una essenzialissima. La nostra epoca si caratterizza per il singolare predominio che il collettivo, sotto ogni forma, sotto innumerevoli forme, a preso sull'individuale. Una serie quasi innumerevole di formazioni di ogni genere, e in ogni campo, tiene chiuso in sé l'individuo, lo incorpora e lo costringe alla partecipazione della vita collettiva, lo sottopone alla osservanza di obbligazioni

nozione che ha il significato di recupero consapevole di tutta quella gamma di forze nascoste esiliate represses che il filosofo aveva percepito con lucidità al di sotto dell'apparentemente lineare paesaggio giuridico del Novecento italiano ed europeo», Grossi *Scienza giuridica italiana*, 122.

⁵⁰ Ibid. Continua Paolo Grossi: «Capograssi è il testimone vigile di un formidabile processo in atto: dopo la seconda immane tragedia bellica – dopoché la rivincita del collettivo si era storicamente incarnata nelle ripugnanti realtà del comunismo staliniano fascismo nazismo con una posizione strumentale dell'uomo rispetto alla razza, alla classe, al partito, al gruppo – egli diventa anche il testimone accorato della tragedia, il profeta disarmato per una palingenesi morale dell'intera civiltà occidentale; e la segnalazione lucida del senso di un itinerario storico si cambia nella denuncia dei rischi connessi a quel processo. La voce di Capograssi è quella del narratore critico di un siffatto percorso, lungo il filo rosso della sua narrazione si può snodare la nostra analisi minuta: la straordinaria vicenda narrata è quella – insieme – del liberarsi e del complicarsi del diritto. La filosofia del grande giurista abruzzese è la filosofia della libertà ma anche della complessità del diritto», *ibid.*, 122-123.

⁵¹ Capograssi, «Studi sull'esperienza giuridica», 243.

complesse e molteplici, di adempimenti coattivi, di adesioni costanti agli scopi comuni di queste formazioni. Dal campo economico salendo sino ai campi della politica e della cultura questa rete di sistemi e di formazioni collettive occupa a poco a poco tutta l'area della vita e l'individuo si trova preso dentro di essa e partecipa ad attività e a finalità che hanno la caratteristica di essere esteriori alle sue attività e finalità. Quasi per dimostrare praticamente la inscindibilità dei due aspetti del fatto giuridico l'istituzione e la norma, questi vasti sistemi di formazioni collettive si estrinsecano in vasti sistemi di discipline, di leggi, di norme (sotto i nomi più diversi di statuti, di regolamenti, di istruzioni, di programmi ecc.) che rinchiudono la vita dell'individuo in un sistema di discipline, molteplici e tra loro talvolta opposte. Ed è tale la forza di queste discipline, la virtù di volontà viva che esse hanno, che talvolta esse arrivano persino a comprendere e coinvolgere nel proprio dominio gli individui che non fanno parte di quelle formazioni. Questa molteplicità di ordini giuridici che la teoria cerca di spiegare e costruire, nella pratica costituisce l'esperienza più viva e più sofferta (ma anche la più voluta) dell'individuo contemporaneo. A tratti la vita giuridica contemporanea sotto certi aspetti per la singolare fecondità di formazioni collettive e di sistemi normativi concorrenti e divergenti sull'unico soggetto, ripresenta alcuni profili della vita medievale, contrassegnata anch'essa dalla molteplicità delle discipline collettive e delle autorità che tenevano regolata in sfere coesistenti la vita dell'individuo⁵².

Per certi versi Capograssi parla il linguaggio dei sociologi: riferisce il diritto a una «coscienza comune», ad una «vita collettiva», a «formazioni collettive». L'«esperienza giuridica» è essa stessa esperienza collettiva, «realtà collettiva». E ciò non deve sorprendere, anche se ci troviamo di fronte ad uno dei filosofi contemporanei più sensibili al problema dell'individuo, più preoccupati del suo destino (si pensi solo ai saggi *Incertezze sull'individuo* del 1953 e *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo* del 1955). La «collettivazione» attuata dal diritto non è che il guscio storico e sociale entro il cui ambito, come presto vedremo, lo stesso individuo sviluppa e realizza la sua personalità. Così la rilegge Giuseppe Zaccaria nel suo saggio su Capograssi:

Una "collettivizzazione", quella che l'esperienza giuridica porta con sé, che si propone come scopo, tramite la creazione di idonei strumenti istituzionali, di difendere la più profonda individualità dell'azione, una "spersonalizzazione" che mira, combattendo ogni forma di attentato

⁵² Ibid., 214-215.

al libero espandersi dell'individualità, a garantire, con l'obbiectivazione, lo spazio perché l'irriducibile originalità dell'individuo continui a manifestarsi⁵³.

La «collettivizzazione» a cui guarda il pensatore cattolico non è certo quella di una certa tradizione del pensiero marxista. Non è mera categoria economico-politica, né, tanto meno, una forma astratta di oggettivazione sociale. È forse alla tradizione del "solidarismo" cristiano francese del tardo Ottocento (socialista e liberale) che dobbiamo guardare per cogliere una qualche prossimità della riflessione giuridica di Capograssi alle questioni sollevate all'interno di quella tradizione, primo fra tutti il problema del rapporto tra libertà e unità, individuo e collettivo⁵⁴. Poiché, in fin dei conti, è sempre un processo circolare – una dialettica aperta e concreta, "vitale" ed antisistemica⁵⁵ –, ciò che, per Capograssi, definisce e sviluppa il complesso rapporto tra soggetto ed esperienza giuridica, tra individuo e collettività. Leggiamo dal suo *Il problema della scienza del diritto* del 1937:

Come l'esperienza è veramente il complesso di tutte le azioni che nascono dai singoli individui agenti e viventi la propria vita e muovendosi dietro i propri fini di vita e quindi che realizzano in mille modi i loro fini e i loro destini per seguire le infinite complicazioni e inesauribili profondità di questi fini di vita, così veramente questa ulteriore

⁵³ Zaccaria, *Esperienza giuridica*, 115.

⁵⁴ Penso ad autori, pur differenti tra loro, quali Léon Bourgeois, Pierre Leroux o Costantin Pecqueur. In effetti, da questo punto di vista, la filosofia di Capograssi sembra in qualche modo porsi in linea con quella tradizione "solidarista" del pensiero francese a cavallo tra Ottocento e Novecento che proprio sul piano della riflessione giuridica aveva in parte trovato una sua importante espressione ed elaborazione. Per tali argomenti si veda soprattutto Marie-Claude Blais, *La solidarietà*.

⁵⁵ A tal proposito vale la pena sottolineare come la dialettica capograssiana non sia affatto assimilabile alla filosofia idealista. Lo spiega bene Giuseppe Zaccaria: «L'inevitabile divaricazione della metodologia capograssiana dall'idealismo si chiarisce di fronte all'"espediente" di una dialettica, consapevole ... di dover sacrificare le determinatezze nel momento stesso in cui pretende salvarle dall'abbraccio della totalità: il particolare, l'empirico non sono insufficienza di realtà da superare dialetticamente in un'assolutezza che, potenziandoli, li ricomprenda, ma all'opposto espressione della ricchezza dell'esperienza», Zaccaria, *Esperienza giuridica*, 98. E più avanti leggiamo: «L'esperienza non può che risultare artificialmente razionalizzata, controllata e disciplinata in una mediazione unificatrice, ove restino mortificate, fino a scomparire, le differenze irriducibili e le situazioni antinomiche dell'esistenza ... Il reale di Capograssi, l'originarietà del dato si rifiutano alla composizione dialettica, alla celebrazione dell'assolutezza dell'atto di conciliazione che lasci in ombra queste forze dell'esperienza», *ibid.*, 99.

esperienza che è la vita giuridica non fa che trovare le forme nelle quali queste mille esperienze individuali sono assicurate di essere loro stesse⁵⁶.

L'«esperienza comune», quale autentica esperienza giuridica, è sempre un momento vivo e permanente dell'azione, dell'esperienza individuale: è esperienza intersoggettiva “accomunante”, «coscienza comune» in cui si radica e si riflette l'esperienza quotidiana dell'individuo. Ed è proprio su tali basi, a ben vedere, che Capograssi riformula *Il problema della scienza del diritto*.

17.4. Esperienza giuridica e scienza del diritto

È ancora un processo circolare – se si vuole, una circolarità ermeneutica – ciò che per Capograssi definisce il rapporto tra scienza del diritto ed esperienza giuridica o, detto altrimenti, tra riflessione e azione. E il presupposto di questa “circolarità”, di questa “processualità dialettica”, va ricercato ancora nella storicità del fenomeno giuridico, nella realtà dinamica, organica e unitaria dell'ordine giuridico nella sua concretezza storica.

Il fatto più appariscente della storia – leggiamo in *Il problema della scienza del diritto* del 1937 – è proprio questo continuo formarsi e sformarsi di sistemi legislativi: dipendenti come sono da tutto un insieme di condizioni storiche che sono in continuo movimento, i sistemi giuridici sono anch'essi in uno stato di formazione continuamente volubile: non appena si sono assestati, si disfano⁵⁷.

La storia in quanto vita, presente alla vita, in quanto «tradizione» (ciò che collega il passato al presente), restituisce un significato unitario alle continue e dinamiche forme attraverso le quali si realizza la vita giuridica, anche nel suo momento apparentemente più astratto e riflessivo, anche nel suo momento scientifico⁵⁸. «È ovvia verità che la scienza

⁵⁶ Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, 48-49.

⁵⁷ *Ibid.*, 29.

⁵⁸ Scrive Capograssi: «Si può dire in una parola che la scienza rappresenta ed è nella storia del diritto la *tradizione* che sorregge e collega tutte le fasi della vita del diritto. Tradizione significa la coscienza stessa che nasce dall'azione, che dalla esperienza e dalla azione deriva la sua certezza di principi e di esigenze, che questa certezza mantiene traverso il variare del concreto ed anzi dà questa certezza al variare del concreto», *ibid.*, 221.

è nella storia, che la scienza è storia»⁵⁹. E «la scienza è la storia continuamente presente e viva in ogni momento dell'esperienza giuridica»⁶⁰.

Ora, storicità del diritto, del fenomeno giuridico nella sua integralità, vuol dire primato dell'agire. Tutto sembra risolversi nell'agire, nella concretezza dell'azione. «Realtà primaria è l'azione»; il conoscere, la riflessione (scientifica), vengono dopo l'agire: su questo piano «il conoscere è un agire impoverito»⁶¹.

I principi formativi del mondo storico non sono opera dell'intelletto riflesso; quest'ultimo trova le idee e i valori – principi costitutivi dell'agire – già formati nell'esperienza comune. Da questo punto di vista l'esperienza è autentica conoscenza in quanto vissuta conoscenza dell'azione. Che posto, dunque, assegnare al diritto e alla scienza giuridica?

A questo problema sembra non potersi rispondere senza non esser prima passati, sul piano fenomenologico (ed epistemologico) dell'elaborazione del metodo, per una sorta di *epoké* gnoseologica, ovvero, per una nuova consapevolezza cognitiva.

⁵⁹ Ibid., 219.

⁶⁰ Ibid., 222.

⁶¹ Sappiamo, del resto, quanto Capograssi debba alla filosofia dell'azione di Blondel. Su un altro versante, ripensando sempre il problema dell'azione, ancora Giuseppe Zaccaria ha ben evidenziato le differenze tra l'attualismo gentiliano e la "filosofia del concreto" di Capograssi. «È pur vero – leggiamo – che la contrapposizione in Capograssi di una logica concreta, concepita come forma intrinseca alla vita e ad essa inseparabile, alla logica astratta e determinante dell'intelletto, richiama a un tratto alla mente l'opposizione gentiliana tra "logo astratto" e "logo concreto". Ma se dall'impianto di tale contrapposizione derivava alla filosofia di Gentile un esito "attivistico", artificiosamente evasivo nei confronti dei problemi reali dell'individuo e della sua esperienza, ben diverso è il carattere della concretezza cui mira ad attenersi la concezione dell'esperienza di Capograssi: abbracciando l'intero arco esperienziale, dal pensiero all'azione, essa intende appunto includere anche quei momenti che, in quanto appartenenti alla "volontà voluta", l'attualismo inevitabilmente relegava nei confini dell'astratto», Zaccaria, *Esperienza giuridica*, 101. E leggiamo in un altro passo: «L'anti-intellettualismo capograssiano si rovescia nella postulazione di una razionalità non più astratta e formalistica, bensì incarnata in una esperienza, cioè nella storia, secondo una legge che, soltanto a partire dall'esperienza, è riconoscibile. Di tale razionalità il diritto, con la logica immanente ai rapporti che implica e agli istituti che fonda, rappresenta il momento più coerente di consapevolezza. Per tale ordine razionale, intrinseco alla realtà, il fatto, pur rimanendo tale, cioè realizzando lo scopo utilitario dell'agente pensato e perseguito, arriva al fondo delle sue potenzialità ed è totalmente valorizzato nelle sue dimensioni. Diviene insomma altro da sé, obiettivandosi nella storia dell'esperienza umana. La verità dell'azione, per la sua universalità, lungi dal poter essere tutta contenuta in una sola esperienza, in un solo atto di vita, deve essere cercata, inseguita, costruita col contributo di cui ogni piccola parte di esperienza, deposte la tentazione dell'esclusività e la sicumera dell'illimitatezza, può dirsi partecipe», *ibid.*, 110.

Per rendersi conto del lavoro della scienza, di ciò che è proprio della scienza, che fa il suo essere caratteristico, occorre rendersi conto dell'oggetto che la scienza si propone. Già si è visto ed è chiaro: la scienza ha un suo proprio oggetto, Essa ha il suo oggetto e la certezza di potere e di dovere elaborare questo oggetto. Per vedere che cosa è questa elaborazione è necessario cercare di aver chiaro questo oggetto della scienza. Ma qui occorre fare attenzione: dire oggetto è già dire, senza avvedersene, qualche cosa che è già elaborata dalla scienza. Si tratta infine di cogliere questo oggetto *prima* che sia oggetto della scienza: coglierlo cioè non come oggetto ma come è prima di essere oggetto della scienza. Cosa tra le più difficili. Questo oggetto è la vita giuridica prima di essere elaborata concettualmente dalla scienza. Ora la scienza si è ormai così fraposta tra la vita e chi medita sulla vita, ha talmente imposto alcune linee alla meditazione dello studioso, che è cosa tra le più difficili cercare di svincolarsi dalla formule con cui la scienza ha ravvolta la immediatezza dell'esperienza. Occorre se è possibile cercare di sottrarsi a tutto quello che è nozione ed in cui si traduce quello che è l'azione dell'esperienza, l'esperienza come azione, e cercare di fermarsi a questa⁶².

Ecco, dunque, il problema della scienza giuridica che Capograssi riesce a svolgere in tutta la sua complessità dialettica. «Il diritto è proprio un vero principio di vita e di organizzazione come qualche cosa di vivo che crea un forma organica caratteristica imprescindibile del mondo della storia»⁶³. Come l'idea umana di Vico («che è tale in quanto crea il mondo umano della storia»), il diritto crea «inconsapevolmente» il suo mondo, che è appunto il mondo della storia. A questa creazione partecipa anche la scienza: «Essa è nell'esperienza giuridica e partecipa alla vita dell'esperienza giuridica»⁶⁴. Ancora leggiamo: «La scienza del diritto è una forza di vita, è un atto di vita che sta nella vita e partecipa alla vita, strumento se si vuole, ma come tutto è strumento nella totalità organica della vita; strumento ma strumento che ha la sua autonomia la sua funzione autonoma»⁶⁵.

⁶² Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, 43. Potremmo anche, in qualche modo, ricondurre questo problema a quel «vissuto» che definisce fenomenologicamente l'husserliano «mondo-della-vita»: quel mondo che è già sempre accessibile prima di qualsiasi scienza, prima che intervenga ogni distinzione tra una ragione «pratica» e una ragione «teoretica» (Husserl, *La Crisi delle Scienze europee*).

⁶³ Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, 10.

⁶⁴ *Ibid.*, 6.

⁶⁵ *Ibid.*, 13.

Su questo piano la scienza «fa» e «contribuisce anche essa a fare l'esperienza»⁶⁶. A partire da qui Capograssi sembra riconoscere nella scienza del diritto la sola integrale conoscenza possibile nel mondo umano: quella che non si affida alla volontà incostante e all'intelletto insufficiente del singolo uomo, bensì a quella «comune esperienza» di conoscenza che, per la difesa e la scoperta dei valori più umani del singolo uomo, si estende alla vita giuridica nella sua concretezza e integrità storica precisandone e individuandone i valori specifici⁶⁷.

Da questo punto di vista la scienza del diritto, calata nella storia, nell'esperienza concreta della realtà giuridica nella sua integrità, è sì esperienza di conoscenza comune, ma anche, al contempo, processo d'individualizzazione. La scienza del diritto è cognizione "individualizzante", è *principio individuationis*. E proprio in questa sua funzione è essa stessa esperienza giuridica, viva fonte del diritto. In quanto capacità «individualizzatrice», ovvero, nella sua capacità di tradurre in forma concreta e specifica l'esperienza giuridica, la scienza è consustanziale alla vita del diritto nella sua interezza storica e concreta.

È ovvia verità che la scienza è nella storia, che la scienza è storia. È verità ovvia, ma che apre il problema della funzione che la scienza in quanto tale ha nella storia dell'esperienza giuridica. Questa funzione individualizzatrice che la scienza ha nell'esperienza giuridica, la funzione che consiste nel salvare dalla confusione e dall'amalgama

⁶⁶ Ibid., 15.

⁶⁷ In tal senso, come ha visto Pietro Piovani nella sua introduzione all'edizione del 1962 del libro *Il problema della scienza del diritto*, l'interpretazione giuridica acquista un significato specifico. «L'interpretazione del diritto – leggiamo – è, per se stessa, la smentita di ogni visione angusta e parziale che cerchi ridurre il diritto ad una somma di precetti comandati». Piovani lascia la parola allo stesso Capograssi: «"E questo è in fondo tutto il magistero dell'interpretazione: scoprire nella singola posizione il tutto, cogliere la singola posizione come determinazione del tutto. L'interpretazione non è che l'affermazione del tutto, della unità di fronte alla particolarità e alla frammentazione dei singoli comandi"». Continua Piovani: «La necessità medesima dell'interpretazione giuridica è il riconoscimento della natura *totale* dell'esperienza giuridica. L'esigenza di "riportare la norma alla totalità" è il criterio fondamentale dell'interpretazione giuridica e regge tutta la logica dei procedimenti previsti e prevedibili: "Questa esigenza porta l'interpretazione a rielaborare continuamente il complesso delle norme, a penetrare sempre più a fondo in questo complesso; e d'altra parte riportare la norma alla totalità significa per ogni norma, ad occasione di ogni norma, riformare questa unità"» Piovani, Introduzione, XVII-XVIII.

dell'esperienza le delicate forme e posizioni del diritto, che cosa effettivamente è e come effettivamente si realizza nel continuo mutare dell'esperienza, in quel continuo movimento dell'esperienza giuridica che è appunto la storia del diritto?⁶⁸

Così risponde Capograssi:

Chiudendo e custodendo nella custodia dei suoi concetti i fuggevoli aspetti dell'esperienza giuridica, la scienza salva l'esperienza nella sua individualità, ma l'azione giuridica che è storia mutandosi continuamente assume continuamente nuovi aspetti e nuove basi e quindi mette continuamente in forse, ed espone al continuo pericolo di rimanere fuori del concreto, le costruzioni della scienza che accompagnano come ombra il concreto⁶⁹.

È tutto qui il problema della scienza del diritto: un problema che trova la sua scaturigine moderna in quel dissidio tra forme oggettivate e vita, tra azione e concetto, tra pensiero riflesso ed esistenza concreta, che tanto aveva inquietato la cultura europea a cavallo tra Ottocento e Novecento (si pensi soltanto a Nietzsche e a Bergson) e che aveva, tra l'altro, incontrato una sua problematizzazione sociologica in quella "tragicità della cultura" così ben indagata da Georg Simmel⁷⁰.

Chiudendo e custodendo nella custodia dei suoi concetti – così scrive Capograssi – i fuggevoli aspetti dell'esperienza giuridica, la scienza salva l'esperienza nella sua individualità, ma l'azione giuridica che è storia mutandosi continuamente assume continuamente nuovi aspetti e nuove basi e quindi mette continuamente in forse, ed espone al continuo pericolo di rimanere fuori dal concreto, le costruzioni della scienza che accompagnano come ombra il concreto. Sembra insomma che ci sia una specie di lotta tra la scienza e la storia, la scienza che cerca di fermare nei suoi concetti l'esperienza, e la storia che con la sua inesauribile inventività altera continuamente gli aspetti dell'esperienza e quindi cerca di farle trovare sempre nuovo e diverso il suo oggetto da quello che essa va faticosamente costruendo. È la lotta (che il pensiero moderno ha con tanta efficacia colta e scoperta) tra la vita e il pensiero riflesso: la vita che esce continuamente fuori dagli argini che il pensiero riflesso le costruisce attorno; ma nel caso della scienza

⁶⁸ Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, 219-220.

⁶⁹ *Ibid.*, 220.

⁷⁰ Si veda tra l'altro, a tal proposito Simmel, *Il conflitto della cultura moderna*.

del diritto e della vita giuridica la lotta è più singolare perché la vita del diritto nella sua storia cerca di rendere continuamente insufficiente gli argini e le forme con cui la scienza cerca di fissarla e individuarla⁷¹.

Per certi versi, la «lotta» tra la scienza del diritto e la vita giuridica trova nella filosofia di Capograssi una sua ricomposizione nella storia, nella storia in quanto, appunto, esperienza, ovvero, nella storicità in quanto vita concreta e attiva.

Insomma – ancora leggiamo – la scienza è la storia continuamente presente e viva in ogni momento dell'esperienza giuridica, è la storia non in quanto scritta, esteriore all'esperienza, ma la storia in quanto vita, presente alla vita, la storia appunto come tradizione che sorregge spiega dà un significato unitario alle continue forme nuove nelle quali la vita del diritto si va realizzando. E appunto in questa tradizione la esperienza conserva la memoria del passato come cosa viva vista non già alla maniera erudita, allo stato di erudizione, come una ricostruzione storica delle varie civiltà giuridiche del passato, ma appunto come vita come ancora in vita vale a dire con quella sua parte profonda con cui essa preparava la nuova vita e conteneva il germe della nuova vita. Vista cioè proprio nella sua vita profonda e come vita⁷².

Proprio in questa ricomposizione (non sintetica) del dualismo (per non dire dissidio) tra scienza e vita, tra concetto e azione, pensiero riflettente ed esistenza dinamica e concreta ritroviamo quella “circularità dialettica” che tanto caratterizza la filosofia (non idealista) di Capograssi. Potremmo forse dire che, dal suo punto di vista, la scienza del diritto, riconsiderata nella sua storicità concreta, non è che continua espressione di una processualità dialettica che ricomponne (ripropo-
nendolo al contempo) il dualismo nella sua dinamicità esperenziale. La scienza è, al contempo, tradizione e individualizzazione, processo trascendente e, insieme, immanente la vita sociale, storicità che crea storia rifluendo entro i suoi margini pur nella separazione, fonte del diritto e sua stessa testimonianza e custodia, dimensione interna ed esterna al processo storico del diritto nella sua interezza; è, insomma, esperienza nella sua integrità, vita dinamica e attiva.

⁷¹ Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, 220.

⁷² *Ibid.*, 222-223.

«E per questa sua funzione individualizzatrice costantemente volta a realizzare l'esperienza giuridica nella continua novità della vita, ad amalgamare la novità della vita con l'unità dell'esperienza si può dire che la scienza è veramente produttrice del diritto»⁷³.

Pur nella differenza di metodo e di procedimento analitico, ci viene, in parte, da pensare a Max Weber per ciò che, nella sua sociologia del diritto, riguarda il processo di "tipicizzazione" dell'agire (il "consolidarsi in forma tipica" dell'azione) quale momento essenziale attraverso il quale il "tipo" giuridico "logico" e "astratto", processualmente costruito nell'interazione sociale, ritorna alla prassi, all'agire pratico, quale elemento costitutivo e condiviso dell'esperienza giuridica nel suo svolgimento storico e sociale; quale fonte giuridica, dunque, produttrice di azioni⁷⁴.

17.5. Soggettività ed esperienza giuridica

È dunque una circolarità dialettica ciò che definisce la posizione concreta della scienza nell'orbita dell'esperienza quale orizzonte integrale dell'agire giuridico.

Tale circolarità, tuttavia, non riguarda soltanto la relazione biunivoca tra riflessione scientifica e prassi giuridica, ma anche il rapporto concreto tra norma e azione, o meglio, tra ordinamento e soggetto. Su questo piano – ricorda Capograssi – «è chiara la specie di circolo che si forma e nel quale può dirsi si risolve» l'esperienza giuridica: «per regolare l'azione nasce tutta una serie di ordini, e questo nascere si risolve in una ulteriore serie di azioni dirette a trovare e porre ordini»⁷⁵. Cen-

⁷³ Ibid., 211.

⁷⁴ Su tali questioni si rimanda essenzialmente a Simona Andrini, *La pratica della razionalità. Diritto e potere in Max Weber*.

⁷⁵ Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, 47. Leggiamo più avanti: «L'azione reclama l'ordine e pone la necessità dell'ordine. La necessità dell'ordine a sua volta reclama e pone la necessità di ulteriori azioni dirette a soddisfare quella necessità dell'azione. D'altra parte queste nuove azioni, questo ulteriore complesso di azioni che nascono nel seno del mondo dell'azione, sono anch'esse soggette alla necessità dell'ordine, ed anche esse, anche queste attività dirette a porre e a tradurre questi ordini, formano oggetto di ordini, di volontà generali che prescrivono il modo di connettere queste azioni, di ordinare questa ulteriore fase della storia dell'azione. E in ultima analisi l'ultima parola resta all'azione, perché nata dall'azione tutta questa esperienza torna all'azione e si risolve nell'azione: in ultima analisi tutta questa esperienza non è che un nuovo modo dell'azione destinato a rendere sicuro a difendere e garantire il mondo dell'azione, cioè destinato a fare che il mondo

trale è, dunque, l'azione e il suo porsi nei termini di una realtà ordinata. E ciò, come presto vedremo, chiama in causa il soggetto, l'«attività concreta e puntuale di un soggetto» che fa propria la «volontà della norma». Leggiamo:

Questo è forse il momento più caratteristico dell'esperienza giuridica, che la norma sia posta. Vale a dire sia realizzata nei termini concreti che l'azione concreta richiede, proprio per l'azione concreta. Di qui tutta una serie di attività concrete dell'esperienza le quali pongono le norme relativamente all'azione concreta, ne traducono la volontà da generale in particolare, vale a dire quella che è volontà generale realizzano nella sfera concreta, nella puntualità dell'azione concreta. Questo non può avvenire altro che attraverso l'attività concreta e puntuale di un soggetto o di più soggetti, che fanno propria la volontà della norma, che traducono la volontà della norma nella loro volontà, e la loro volontà, necessariamente individuale, perché la volontà del soggetto non può essere che individuale, affermano nell'azione concreta⁷⁶.

La norma esprime, dunque, il «puntualizzarsi dell'ordine nel caso concreto», ovvero, «questo diventare individuale la volontà generale dell'ordine, diventare volontà di un soggetto, e attraverso questa volontà ormai concreta passare all'azione»⁷⁷.

Centrale, dunque, nella "filosofia del concreto" di Capograssi, è il momento della volontà, una volontà tutta esperita nella storicità dell'azione, nella concretezza storica dell'agire inter-individuale; una volontà, quindi, non ascrivibile al cieco dispiegarsi di una forza meta-storica e impersonale (potenza "oltre-umana"), né tanto meno rinviabile allo schema giusnaturalistico del contratto. L'ordinamento non è, infatti, né l'effetto immanente di una potenza costituente (irrazionale) trascendente l'agire individuale, né il frutto di un accordo teoretico (razionale) deliberato tra soggetti autonomi e indipendenti tra loro. L'ordinamento, se mai, è un'esigenza dell'agire pratico dei singoli individui, un'«esperienza» storica e concreta a cui tutti partecipano realizzando

dell'azione possa essere sé stesso, possa realizzarsi come tale. In ultima analisi questa esperienza è una ulteriore aggiunta per così dire al mondo dell'azione, una ulteriore esplicitazione del mondo dell'azione, vera conclusione in definitiva perché è proprio l'azione che prende sé stessa come oggetto che si reduplica, che si osserva e si cerca di tradurre in un sistema di ordini e di determinazioni», *ibid.*, 47-48.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

«i propri fini di vita» (una sorta di “mano invisibile”, se volessimo in parte riportare a questo terreno il linguaggio degli economisti). Proprio qui, in questa «realità complessa di azioni e di reazioni» che presuppone una «piena e intera partecipazione della personalità», si gioca, in fin dei conti, il rapporto dinamico tra soggetto ed esperienza in tutta la sua concretezza giuridica. Ed è su questo piano, a ben vedere, che la “ragione concreta” di Capograssi sembra anche sfuggire alla “ragione astratta” del concettualismo idealista⁷⁸, come anche alla spersonalizzazione del pensiero strutturalista e post-strutturalista. Prima però di giungere a tali conclusioni, che inevitabilmente ci riconducono alla vocazione “personalista” della sua filosofia, conviene ancora seguire, da vicino, lo sviluppo del suo ragionamento. Leggiamo:

Come l'esperienza è veramente il complesso di tutte le azioni che nascono dai singoli individui agenti e viventi la propria vita e muovendosi dietro i propri fini di vita e quindi che realizzano in mille modi i loro fini e i loro destini per seguire le infinite complicazioni e le inesauribili profondità di questi fini di vita, così veramente questa ulteriore esperienza che è la vita giuridica non fa che trovare le forme nelle quali queste mille esperienze individuali siano assicurate di essere loro stesse⁷⁹.

Questi «tentativi di creazione di ordine e di azione» si dispiegano attraverso l'attività pratica dei soggetti, i quali in tal modo «realizzano nella sua ricchezza la loro umana natura»⁸⁰. Tutti i soggetti del mondo dell'azione sono impegnati in questa sfera dell'azione:

Tutti sono impegnati con la propria attività a mettere a posto per così dire anche questa ulteriore esigenza del loro agire pratico, ed impegnati col loro profondo interesse interiore, con la loro profonda personalità pratica, appunto perché questa esigenza è un'esigenza interiore del loro agire, e soddisfarla negli innumerevoli modi in cui può essere soddisfatta,

⁷⁸ Come ha ricordato Giuseppe Zaccaria, Capograssi era riuscito a riconquistare il concetto di esperienza giuridica al di là degli schemi idealistici costretti ad abbandonare la prospettiva del soggetto per assumere un carattere astrattamente oggettivo (cui sembravano irrimediabilmente sfuggire le concrete dimensioni umane dell'esperienza). E così leggiamo: «La costitutiva refrattarietà delle categorie logiche della filosofia idealistica ad un'integrale assunzione del dato concreto del diritto, segna dunque, anche su questo piano, la discriminazione insuperabile che divide la “ragione astratta” del concettualismo dalla “ragione concreta” capograssiana», Zaccaria, *Esperienza giuridica*, 92.

⁷⁹ Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, 48-49.

⁸⁰ *Ibid.*, 49.

è una nuova necessità del loro essere pratico. E da questo impegno che si esplica nell'attività pratica o con la posizione di comandi o con l'obbedienza o con l'azione o con l'omissione o con le riparazioni, nasce tutta la realtà complessa di azioni e di reazioni che formano questa esperienza. Questa esperienza non è che il complesso delle azioni di coloro, e sono tutti gli agenti del mondo pratico, che sono impegnati a soddisfare l'esigenza della salvaguardia dell'azione, della connessione delle azioni fra di loro, di coloro insomma che provvedono incessantemente a formare a porre a realizzare la volontà di ordine delle azioni nell'azione⁸¹.

Ogni individuo, dunque, agendo in conseguenza dei suoi specifici fini ed interessi – ciò che definisce la sua esperienza – finisce per formare e realizzare la «volontà di ordine».

Ognuno agendo portando innanzi la sua opera, partecipa alla formazione e posizione di questa volontà, vi partecipa obbedendo, facendo entrare nella sua azione questo comando, informando la sua azione a questo comando, piegando ad esso la sua azione. Ed obbedendo ognuno non esce fuori dal sistema degli interessi della sua azione, poiché questa volontà mira ad assicurare l'azione nel suo pieno esistere nel mondo dell'azione, mira cioè a fare che i fini dell'azione siano conseguiti⁸².

Tutti partecipano a questa esperienza, attraverso gli accordi e gli scontri che delimitano il campo dei reciproci fini ed interessi; tutta la vita non è che un «realizzare questa volontà razionale, nella quale il solo legame e il solo ordine è dato appunto da questa volontà, e dalla esigenza di realizzarla». Continua Capograssi:

Sembra quasi che entrando a partecipare a questa esperienza, ogni individuo si stacchi si isoli diventi un mero centro di atteggiamenti volontari. È così: partecipando a questa esperienza l'individuo, della sua vita concreta non mostra per così dire che la faccia volontaria; si pone come volontà nella quale si riassumono e si concretano i mille interessi concreti della sua azione. Tutto l'ordine nasce da questo fatto che gli individui si pongono come centri di comando e di obbedienza, semplificando così il mondo del concreto e rendendo possibile di esso una sistemazione intrinseca perché appunto ridotto a volontà ed elaborato dalla volontà⁸³.

⁸¹ Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, 49-50.

⁸² *Ibid.*, 50.

⁸³ *Ibid.*, 51-52.

A questa esperienza, a questo mondo definito come «il vario ed estemporaneo apparire delle situazioni concrete», gli individui, dunque, partecipano manifestandosi come pura volontà, come semplice azione (spogliandosi delle «varie ed infinite psicologie» individuali).

È questa forma di esperienza il regno della individualità nella quale il soggetto si fa valere come centro di pretese e di adempimenti; si fa valere come volontà ma in quanto non vi ha nulla di proprio di originalmente unico in questo più che in quel soggetto. Nella singola posizione della pretesa e dell'obbligo posso esserci io o un altro ma la posizione non muta: il soggetto in quanto originalità inconfondibile non entra in questa posizione solo in quanto è una individualità volontaria, in quanto è una volontà la quale sostiene conduce e amministra per così dire i propri interessi concreti; e individualità volontarie in questo senso sono tutti. Ognuno è uguale a ognuno⁸⁴.

Su questo piano, quello della realizzazione generale della volontà, il soggetto non precede l'esperienza, ma si costituisce propriamente entro i suoi margini. Nel rapporto giuridico, il soggetto perde la sua unicità psicologica e si presenta in quanto semplice azione, in quanto pura volontà. L'esperienza giuridica si pone «al di fuori delle volontà particolari come un qualche cosa a cui l'azione ubbidisce e si conforma ma senza che la volontà esca dai suoi motivi particolari»⁸⁵. La concretezza storica della volontà assume in tal modo un aspetto generale, integrale, ordinamentale; accede al diritto in quanto vera «natura del mondo dello spirito»⁸⁶. Di qui il problema:

Non si può negare che l'aspetto più saliente che l'esperienza giuridica prende di fronte al soggetto è il suo aspetto di eteronomia. In sostanza di fronte al soggetto particolare, di fronte alla particolarità della volontà l'imperativo giuridico l'esperienza giuridica appariscono e sono dure necessità esteriori che limitano lo slancio della vita e che impongono modi di fare linee atteggiamenti che la volontà non vuole ma a cui per necessità si adatta. Non è tanto qui la questione della coazione ma è questione del fatto ovvio elementare innegabile che l'esperienza giuridica e la legge giuridica si impongono alla volontà particolare, nel senso che non sembra che la volontà le accetti, le faccia proprie,

⁸⁴ Ibid., 53.

⁸⁵ Ibid., 241.

⁸⁶ Ibid.

se le appropri per sé stesse: le adempie ma in via di ubbidienza come una necessità naturale alla quale occorre uniformarsi⁸⁷.

La volontà particolare è «la volontà con cui il soggetto dà vita a tutte le forme dell'esperienza, nelle quali esso realizza un aspetto o un'idea della vita»⁸⁸. Ma in questa sua funzione «dimentica che il suo mondo particolare è possibile per la presenza profonda ed attiva della totalità dell'esperienza che esso implica, della totalità dei soggetti che esso contiene in sé»⁸⁹. La volontà particolare, detto altrimenti, è essenzialmente «dimenticanza» delle intere connessioni che legano il soggetto all'esperienza giuridica nella sua totalità; «connessioni con tutta la vita» senza le quali il soggetto stesso non esisterebbe e la sua azione sarebbe impossibile. «Vivere – ricorda Capograssi – significa proprio dimenticare in ogni momento le condizioni della vita»⁹⁰.

La realtà collettiva che rende possibile il mondo particolare del soggetto, l'esperienza collettiva che realizza il mondo del soggetto, è qualcosa che, insieme, difende ed opprime il soggetto. L'individuo la sente e la vive come difesa e come oppressione. In questo senso, l'esperienza giuridica si snoda attraverso un «doppio assetto e l'uno in contrasto con l'altro»: si presenta come oppressiva per l'individuo e insieme come sua garanzia.

Tuttavia, per Capograssi, non vi è distinzione reale tra obbedienza esteriore e adesione interiore. Il soggetto che obbedisce all'imperativo giuridico – così realizzandolo nella sua concretezza – non «vuole», in realtà, che la legge, non «vuole altro» che l'esistenza dell'ordinamento giuridico.

La pretesa obbedienza esteriore è vera e profonda adesione; il permanere dei motivi psicologici nella obbedienza alla legge significa solo e niente altro che questo: che l'azione resta se stessa, che l'azione resta concreta, che l'adesione all'imperativo giuridico si realizza proprio nell'atto del concreto nel cuore dell'azione la quale non subisce raffreddamenti e depauperamenti non si altera sottoponendosi all'imperativo giuridico; che cioè la volontà nel suo slancio non si esaurisce in quei motivi che non è tutta in essi. La volontà in quanto ubbidisce all'imperativo giuridico, in quanto anzi crede di utilizzare l'esperienza giuridica per i suoi scopi,

⁸⁷ Ibid., 240-241.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid., 242.

⁹⁰ Ibid.

in quanto si serve (crede di servirsi) dell'esperienza giuridica come un mezzo per i suoi fini, vuole questo imperativo vuole questa esperienza e cioè vuole che la legge sia, che l'esperienza viva vuole che l'ordine giuridico si realizzi. E questa volontà è nella volontà stessa particolare in quanto obbedisce alla legge: la volontà particolare in quanto obbedisce alla legge (qualunque siano i suoi motivi) è anche volontà della legge, è volontà dell'ordinamento giuridico, dell'esperienza giuridica ... Proprio per questo la volontà vuole l'esperienza giuridica, vuole questo mondo nel quale la legge giuridica opera. La pretesa obbedienza esteriore la pretesa conformazione esteriore della legge è tutt'altro dunque che esteriore, è un volere questo mondo giuridico nel quale l'azione particolare opera, un volere che questo mondo sia e cioè un fare che questo mondo sia⁹¹.

Pur credendo di seguire esclusivamente gli interessi personali, pur animata da motivi particolari, la volontà «vuole questo mondo dei soggetti questo mondo dell'esperienza che è implicito nel suo stesso volere, nei suoi stessi fini particolari»⁹². In altri termini, «si obbedisce perché si aderisce»⁹³. L'obbedienza esteriore è «un atto profondo di accettazione del mondo del diritto», è un vero ed «integrale atto col quale il mondo del diritto è voluto ed è posto dal soggetto nell'atto stesso del suo agire, nell'atto stesso della sua vita concreta, della vita con cui esso compie lo slancio del suo agire e la linea del suo destino»⁹⁴. Obbedendo alla specifica imposizione giuridica, dunque, il soggetto «vuole» il diritto, «aderisce» ai suoi principi costitutivi, accetta e rende perpetuo, nell'atto stesso del suo agire, la continuità dell'esperienza e dell'ordinamento giuridico. Solo in tal modo il volere particolare, singolare, si svincola dalla transitorietà del suo medesimo atto e si consolida oggettivandosi in una consapevolezza esteriore, ovvero, nella totalità dell'esperienza. Proprio qui, in questa «liberatoria costrizione alla totalità»⁹⁵, si scopre, dunque, la radicale, costitutiva ambivalenza dell'esperienza giuridica.

Ha ancora ragione Giuseppe Zaccaria quando afferma che, da questo punto di vista, Capograssi concepisce il soggetto «non come un ente naturalmente dato, ma come lo spazio e il luogo di un'attività»⁹⁶.

⁹¹ Ibid., 245.

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid., 246.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Zaccaria, *Esperienza giuridica*, 114.

⁹⁶ Ibid., 104. Continua Zaccaria: «Mentre l'impostazione gentiliana rende la dialettica

E possiamo anche aggiungere che, sul piano giuridico, il soggetto si costituisce propriamente nel rapporto tra ordine e azione, ciò che appunto caratterizza l'esperienza giuridica nella sua concreta storicità.

Capograssi vive il mondo "post-hegeliano". La ragione – nella sua dimensione pratica – non riflette più la natura delle idee, ma la storia nelle sue formazioni, ovvero, la storia nella sua concretezza, o piuttosto, la storicità quale esperienza concreta della stessa ragione⁹⁷. Si rende pertanto cosciente che la questione del soggetto va riportata all'interno dell'esperienza giuridica, o meglio, all'interno di una «volontà» ordinamentale ripensata nella sua dinamicità storica e nella sua integrale complessità. Su questo piano il soggetto si costituisce all'interno dell'esperienza giuridica come dimensione, al contempo, interna ed esterna l'ordinamento, trascendente e immanente i suoi limiti. Il soggetto non è una condizione assoluta, astratta e ordinante posta fuori dell'ordinamento (come nella prospettiva giusnaturalista), ma il risultato e la realizzazione di un processo storico concreto, della dialettica tra ordine e azione, tra «volontà particolare» e volontà ordinamentale.

L'esperienza definisce la condizione del soggetto esistente all'interno del mondo giuridico-sociale; riporta il soggetto all'interno del mondo, richiama l'esistenza alla sua storicità, l'essere alla sua dimensione concreta. E ciò non vuol dire che il soggetto sia il mero prodotto di strutture eteronome (posizione strutturalista), o la semplice funzione di un sistema ordinato (posizione funzionalista). Il soggetto è un processo al contempo esterno ed interno all'ordinamento giuridico, sua condizione ed effetto, sua origine e sua realizzazione. È a partire da qui che possiamo allora comprendere la prospettiva "personalista" della filosofia di Capograssi, il suo orizzonte etico-valoriale (la centralità accordata all'individuo in quanto "persona" secondo un cristianesimo "vissuto" ancor prima che "pensato"). È a partire da qui che possiamo cogliere la svolta umanistica di questa filosofia: al centro dell'esperienza giuridica si pone la persona. La persona come soggettività sempre

immanente all'atto che è soggettivo, per cui il soggetto già in sé contiene quella totalizzazione o "dover essere" che deve divenire, in Capograssi questa stessa dialettica si fa nel soggetto "allusiva" nei confronti di un atto che costituisce il limite infinito della soggettività finita», *ibid.*

⁹⁷ Ancora Zaccaria ricorda che «il metodo filosofico di Capograssi diviene una rivendicazione dell'autenticità del concreto, così come si presenta alla coscienza individuale: una rivendicazione in cui la tutela del concreto non può, evidentemente, non estendersi all'infinita pluralità delle immagini che l'esperienza proietta nella coscienza; e non porsi dunque, in definitiva, come difesa dell'autonomia e dell'irriducibilità delle coscienze singole», *ibid.*, 33.

in divenire, intrinsecamente e congiuntamente unica e relazionale, poiché inserita in un contesto temporale e spaziale di natura sociale e culturale; la "persona-soggetto", attraverso cui si dispiega la continua dialettica tra il generale (il valore universale della dignità umana) e il particolare (la specificità di ciascun essere umano), tra il singolare e il comune, tra unicità e collettività; attraverso cui si concretizza storicamente l'individuo. E così siamo dunque arrivati all'ultima tappa del nostro itinerario.

17.6. Umanesimo personalista

Come si evince dall'intero percorso tracciato, il soggetto ricopre un ruolo fondamentale nella trama della riflessione di Capograssi sul tema dell'esperienza giuridica; e la soggettività, si è anche visto, non esclude l'attribuzione di un significato oggettivo ed universale all'esperienza umana.

Nell'«esperienza comune» (in quanto esperienza accomunante, cioè interpretata non immediatamente, ma attraverso la mediazione della storia dell'azione), la vita subbiettivamente vissuta ed elevata al carattere della personalità, riscopre la sua vocazione sociale⁹⁸. Ed è proprio tale elemento – la vocazione sociale del soggetto individuo – ciò che distingue in profondo la filosofia giuridica di Capograssi. Il collettivo, il comune, non è un ente immanente a se stesso e l'individuo non è un soggetto astratto, compiuto in se stesso, posto al di fuori della storia e dei rapporti sociali. È la stessa trama dell'azione (dell'azione sociale) a costringere l'individuo – che inizialmente si muove verso un fine immediato e particolare – a trascendere se stesso, nel momento in cui scopre l'interdipendenza delle proprie azioni con quelle degli altri soggetti⁹⁹.

⁹⁸ Leggiamo ancora Zaccaria: «È appunto nell'*Analisi dell'esperienza comune* che il confronto di Capograssi con l'idealismo si porta sul piano della dialettica concreta del valore individuale, ad esaminare la fondamentale antinomia tra il costitutivo slancio dell'azione, aspirante alla sua immediatezza ad oltrepassare l'individualità, e l'oggettività del mondo giuridico, aspirante a chiudere in se stessa l'azione», *ibid.*, 108.

⁹⁹ Ancora Zaccaria è chiaro in proposito: «Nel complesso dei tentativi che gli individui compiono per conoscersi e per unirsi, superando e vincendo, nell'unità del sociale, la ricorrente tentazione della radicale solitudine e della divisione e dispersione delle volontà, ciascuno è costretto, quasi insensibilmente, a cedere qualcosa all'altro ed a ricevere qualcosa dall'altro. In tale modo ogni soggetto, spiegandosi verso il proprio fine individuale, lavora e si adopera per il destino di tutti, restando il valore "individuale" della sua azione non annullato, ma autentificato e consolidato nel fine

L'azione si impone al soggetto (motivo blondeliano) consentendogli di accedere al mondo sociale («ogni azione, necessariamente ponendosi, pone o nega tutta l'esperienza nella sua unità come mondo sociale»). L'individuo, detto altrimenti, si scopre nella socialità. L'ha scritto bene Salvatore Satta nella sua commemorazione dedicata al filosofo del diritto:

Il vero è che l'individuo, con l'affermarsi come persona, scopre e crea il mondo sociale. La volontà infatti, che a prima vista sembrerebbe naufragare nel mondo sociale, è invece l'insospettato autore di questo universo nuovo, e tutta la forza dello spirito sta proprio nel produrre questo mondo dal quale il valore immediato si sente come tiranneggiato. Qui sta proprio l'apparizione dello spirito nel mondo¹⁰⁰.

E ancor prima scriveva:

Nel diritto egli ha visto l'individuo creare se stesso, uscire dalla sua brutale empiricità, costruire la sua azione, che, come dirà più tardi, dalla gioiosa e spensierata aurora si incammina attraverso il sacrificio alla consapevole volontà di sé medesima, riconoscere gli altri, formare la sua esperienza, che è appunto il diritto, farsi persona, diventare stato, scrivere la sua storia. Il diritto gli ha confermato il dato dell'esperienza comune, che non ha mai dubitato dell'individuo, creando un incolmabile dissidio con l'astratta speculazione dei filosofi¹⁰¹.

universale. Non sarà difficile riconoscere in questa affermazione capograssiana dell'indissolubile connessione tra libertà e socialità, i significativi precedenti delle tesi preromantiche e romantiche di Rousseau e di Fichte», *ibid.*, 108-109.

¹⁰⁰ Satta, *Giuseppe Capograssi*, 11.

¹⁰¹ *Ibid.*, 9. Leggiamo più indietro nel testo: «Non c'è dubbio che tutta la grande speculazione filosofica moderna, e, riflesso o causa che fosse, la tendenza della prassi, quando Capograssi scriveva intorno ai 25 anni, il suo primo libro, era, come continua ad essere, per la negazione dell'individuo. "Nelle sue correnti più profonde, dirà Egli stesso, la speculazione moderna è tutta una negazione della individualità umana come realtà sostanziale, come centro permanente e durevole di esistenza nel seno della vita"», *ibid.*, 8. E poco più avanti: «Solo un folle o un santo poteva abbracciare la causa dell'individuo in questo periodo: e Capograssi assunse proprio questa causa, prestando ad essa non la forza del sentimento, che è inoperosa fuori del suo raggio d'azione, ma quella della sua altissima mente, e assai più che questa ... Assunta la causa, la sua difesa si doveva svolgere e si è svolta su una duplice linea: la prima, dare la certezza dell'individuo; la seconda, seguirlo nella sua stessa incertezza, nella sua caduta, quasi per conoscerlo in tutta la sua realtà, e trarre dalla sua infinita pena nuova fonte di incertezza ... Per dare la certezza dell'individuo, egli segue in sostanza la via più semplice, che è poi il suo metodo: lo guarda vivere. Lo coglie per così dire nel momento della sua nascita, "il momento della passione e dell'utilità"», *ibid.*, 9-10. E ancora più avanti leggiamo: «Si tuffa nella vita soprattutto

Se da un lato, la filosofia di Capograssi sembra, dunque, registrare l'«incertezza» dell'individuo moderno, la sua caduta (la perdita della sua paradigmaticità, della sua trascendentalità così come postulata dal giusnaturalismo moderno), dall'altro, sembra ritrovare nella storia, nell'esperienza concreta, la dimensione costitutiva del soggetto in quanto *persona*, in quanto individuo elevato (nella sua unicità) a valore morale, giuridico e sociale; sembra quindi ricollocare l'individuo nel suo sviluppo storico concreto, ovvero, entro l'ordine morale di quell'esperienza comune (sociale) qualificata giuridicamente dove, appunto, l'individuo sviluppava la sua concreta personalità.

Potremmo anche dire che, in questa direzione, la perdita di centralità della visione "giusnaturalista" (il primato assegnato all'astratta razionalità di un individuo-soggetto trascendente l'ordine storico e sociale concreto) si trasferisce sul piano storico dell'"esperienza" pensata appunto nella sua eticità, in quanto realizzazione (e razionalizzazione) giuridica di rapporti sociali virtuosi¹⁰².

Enrico Opocher sembra aver ben colto questo passaggio e così l'ha restituito:

Attraverso questa espressione [*esperienza giuridica*], così spesso fraintesa, si dissolvevano, o meglio si stemperavano nell'unità del fenomeno umano, vale a dire nella dolorosa libertà dell'azione e quindi nella *ratio* che pervade la storia, tutte le aspre ed insolubili opposizioni che il pensiero riflesso (che, come Egli insegnava, nasce dalla vita per la vita) solleva in ordine alla filosofia e alla scienza del diritto quando pretende chiudersi in se stesso. Il *diritto* di Giuseppe Capograssi era, infatti, né più né meno che l'azione nella sua coerenza e dunque nella *ratio* che ne accompagna il cammino attraverso la storia. Era, come Egli aveva finalmente detto del diritto secondo Rosmini, la stessa *persona*. E, da questo punto di vista che non si arrestava certo ad una mera enunciazione speculativa ma si traduceva in feconda, minutissima, analisi delle strutture più concrete del diritto, Egli scavava ben oltre (pur riconoscendone le

per cercare e trovare l'individuo nella sua caduta, per studiarlo nelle manifestazioni della sua caduta, nella sua costante inerzia ed agitazione, che lo rendono soggetto passivo ed attivo di tutte le nefandezze della nostra epoca», *ibid.*, 14. E subito dopo: «Perché egli sapeva che l'individuo vive nel concreto, si fa nel concreto, e soprattutto si perde nel concreto ed è là che bisogna essere con lui, vivere con lui. Questo spiega l'importanza enorme che egli attribuiva alla vita pratica», *ibid.*, 17.

¹⁰² Solo in quest'ottica possiamo affermare che Capograssi mantiene un rapporto con la prospettiva giusnaturalista. Ma si tratta, comunque, di ripensare questa prospettiva dal lato dell'esperienza storica come esperienza concreta ordinante ed eticamente qualificata.

immanenti ragioni) il normativismo e l'istituzionalismo, il formalismo ed il sociologismo, come ne fanno fede i Suoi *Studi sull'esperienza giuridica* e le Sue riflessioni sul Kelsen. La stessa antitesi tra positivismo giuridico e giusnaturalismo (Capograssi non parlava mai di *diritto naturale*, ma solo di *basi umane* del diritto) perdeva, su questo piano, il suo mordente, giacché nella prospettiva di Capograssi l'universalità del diritto era interiore alla sua storicità¹⁰³.

Il diritto non è *anteriore*, ma *interiore* alla sua storicità; è esperienza storica e vitale. Ed entro questa storicità si costituisce il soggetto in quanto persona. È l'esperienza giuridica che costituisce l'individuo nella sua concreta personalità. Ciò, a ben vedere, vuol dire che prima ancora di accedere alla coscienza del proprio essere, l'individuo, attraverso il diritto, accede a ciò che definisce la sua stessa *personalità*, la sua identità personale: a ciò che, dunque, lo vincola agli altri (a questa «esperienza comune» che, appunto, è il diritto) e lo qualifica (eteronomamente) come soggetto in rapporto all'universo degli altri, o meglio, come presto vedremo, all'umanità in generale¹⁰⁴. E ciò, a ben vedere, rimanda all'ambivalenza profonda che, se ben l'intendiamo, caratterizza il "soggetto" sul piano giuridico: un soggetto indubbiamente "sovvrano", considerato come libero, autonomo, responsabile e dotato di ragione, ma anche, e al contempo, *sub-jectum* ("messo sotto") nel senso etimologico e primario del termine, vale a dire un essere "assoggettato" al rispetto delle leggi comuni (all'eteronomia delle leggi).

Capograssi, come si è visto, descrive un «mondo nel quale la personalità è intera e nell'azione si pone»; un modo «voluto con una piena e intera partecipazione della personalità». E questa partecipazione, a sua volta, definisce l'esperienza giuridica come la dimensione storica e concreta della persona. Si tratta dunque di ripensare la storicità (nella sua concretezza) e non la mera "positività" del dato (assunto positivisticamente nella sua absolutezza a-storica): la storicità in quanto circolarità di azione e riflessione, in quanto esperienza concreta

¹⁰³ Opocher, "Giuseppe Capograssi," 5.

¹⁰⁴ Ritroviamo oggi questa posizione in un giurista, ad esempio, come Alain Supiot. Leggiamo: «Prima ancora che possiamo dire "io", infatti, la legge ha fatto di ciascuno di noi un soggetto di diritto. Per essere libero, il soggetto deve anzitutto essere vincolato (*sub-jectum*: messo sotto) a delle parole che lo leghino agli altri esseri umani. I legami istituiti dal Diritto e i legami istituiti dalla parola si fondano tra loro per far accedere ogni essere umano all'umanità, per attribuire un significato alla sua esistenza, nella duplice accezione, generale e giuridica, del termine», Supiot, *Homo juridicus*, 2.

(non oggettivabile nella semplice datità fattuale); la storicità, potremmo anche dire, che dispone un rapporto "ermeneutico" del soggetto (della soggettività) con il suo mondo concreto di vita.

Forzando un poco i termini della filosofia di Capograssi, potremmo anche affermare che il soggetto si costituisce nella sua condizione esperenziale e vitale in quanto singolarità irriducibile al dato, in quanto soggetto dotato di capacità e volontà, in quanto, dunque, *persona* al contempo immanente e trascendente le oggettivazioni delle forme giuridiche. Non esiste un soggetto predefinito e precedente l'esperienza storica e sociale. L'individuo si costituisce come persona all'interno dei rapporti sociali e giuridici concreti pur trascendendoli nella sua irriducibile singolarità. Detto altrimenti il soggetto, in quanto principio agente, in quanto esistenza attiva e concreta è, al contempo, interno ed esterno al diritto. Considerato sul piano della prassi (sul piano di una ragione pratica e concreta, piuttosto che teoretica e astratta), il soggetto è esperienza esteriore e interiore all'azione.

È forse questo il momento essenziale in cui si concentra il personalismo umanista capograssiano. La realtà storica, spirituale ed attiva, è anteriore all'intelletto riflesso. Come si è visto, l'intelletto riflesso trova le idee già formate e già nate nella loro storicità: «Le idee e i valori che sono i principi di azione per lo spirito e quindi i principi formativi dell'esperienza, principi formativi del mondo storico non sono l'opera dell'intelletto riflesso». «La loro vita nello spirito non dipende dall'intelletto riflesso: essa è anteriore e superiore all'intelletto riflesso».

Scriva ancora Capograssi:

Il soggetto comincia a pensare umanamente quando comincia a dirigere la sua azione dietro l'idea umana del diritto, che è appunto proprio l'idea dell'azione ricca in sé della implicazione e del destino di tutta quanta l'esperienza concreta nella molteplicità originale e nella connessione segreta delle sue vite. Solo in questo profondo inizio del pensare umanamente, c'è l'inizio di tutto il mondo umano e cioè di tutta la civiltà nella sua ricchezza delle sue forme, dei suoi principi e dei suoi fini. Questo inizio si compie poi con tutte le forme concrete dell'esperienza, ma tutte queste forme trovano la loro comune origine e la loro comune vita in questa profonda e radicale idea del diritto che rende possibile tutti gli sforzi¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, 246-247.

E subito dopo leggiamo: «E perciò può dirsi che l'esperienza giuridica sia veramente mezzo e fine sia veramente esteriore e interiore all'azione»¹⁰⁶. L'esperienza giuridica, detto altrimenti, espone il diritto come orizzonte dell'azione umana la quale sempre *trascende* i suoi fini particolari a misura della crescita di una coscienza soggettiva che è volontà universale. Scrive ancora il filosofo: «L'esperienza giuridica è si può dire il fine di tutti i fini, perché tutti i fini tendono a fare che il soggetto pensi umanamente e crei un mondo umano un mondo che sia la realizzazione delle idee umane»¹⁰⁷.

Nella sua concretezza la formazione del mondo giuridico è, insieme, eteronoma e autonoma, esterna ed interna all'agire, al costituirsi della soggettività. E ciò comporta – momento essenziale nella riflessione di Capograssi – il sacrificio dell'autonomia individuale, ovvero, la rinuncia della pretesa psicologica individuale all'intima e assoluta autonomia, completamente (e astrattamente) disciolta dalla storicità concreta, da ogni legame, giuridico e sociale. A tal proposito Capograssi esplicitamente parla del «sacrificio necessario» che tocca l'«intima autonomia dell'individuo, in quanto si risolve nell'accettare l'intervento di forze e di realtà estranee nella propria attività di vita in ogni propria attività di vita»¹⁰⁸; il maggiore sacrificio che il soggetto possa sopportare, in quanto «sacrificio di quella idea di se stesso che regge il soggetto e ogni sua forma di vita»¹⁰⁹.

Tuttavia, è solo per mezzo di questa rinuncia-accettazione, di questa adesione e di questo sacrificio, che si realizza pienamente il soggetto in quanto soggetto giuridico. Solo così «l'individuo trova la via per realizzare il suo destino», per realizzare il suo agire nella sua sostanza e nella sua profonda realtà¹¹⁰.

Ogni forma particolare di esperienza non è mai solo se stessa [...], soggetto azione forme di esperienza hanno in sé una intima insopprimibile necessità di completarsi di appoggiarsi a un mondo, che si impone a tutte le forme particolari di vita, perché tutte le forme particolari di vita segretamente lo richiedono come loro condizione e loro compimento¹¹¹.

¹⁰⁶ Ibid., 247.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid., 248.

¹⁰⁹ Ibid., 249.

¹¹⁰ Ibid., 252.

¹¹¹ Ibid., 248.

La volontà particolare – la volontà che ha come sua esigenza l'autonomia – trova un suo limite intrinseco nell'incapacità del soggetto di affermarsi pienamente a partire soltanto da se stesso. L'individuo può trovare un suo compimento in quanto *persona* soltanto inoltrandosi nel tessuto sociale concreto e appoggiandosi al mondo giuridico. L'esperienza giuridica – scrive Capograssi – «opera, perché il mondo del diritto nasca e venga a completare la insufficienza di tutte le forme particolari di vita»; ed opera perché «trova la perenne e instancabile chiamata della volontà»¹¹².

Potremmo, pertanto, affermare che la filosofia di Capograssi spinge il pensiero oltre tutte quelle concezioni della persona che, in qualche modo, rimangono, più o meno consapevolmente, ancora troppo centrate su una visione positivista e determinista dei rapporti sociali o, in senso opposto, ancora troppo legate ad una antropologia di tipo individualista; sposta l'attenzione verso un'idea relazionale e sociale della persona quale soggettività «insufficiente» e indeterminata, sempre capace di trascendere l'ordine di ogni sua determinazione oggettiva (e oggettuale). Il che, a ben vedere, rimanda ad una concezione dell'uomo non solo sottratta all'univocità deterministica delle spiegazioni biologiche, ma anche svincolata da ogni antropologia filosofica (di stampo giusnaturalista) ancora fondata sull'idea astratta di individuo e sul primato della razionalità individuale.

Se l'individuo non è che il testimone di una «insufficienza», di un "sempre mancare", di un continuo assentarsi della volontà particolare alla sua completa autonomia, il suo costituirsi in quanto persona resta immancabilmente aperto alla relazione sociale con gli altri; una relazione che, pur presupponendolo, lo precede nella sua stessa costituzione. Lo scacco della volontà particolare espone il soggetto fuori di sé, in quell'esperienza comune che, al contempo, lo costituisce consegnandolo alla sua stessa individualità.

Da questo punto di vista, la centralità riconosciuta alla "persona" permette di ripensare la soggettività non come mero prodotto di pratiche sociali (e, quindi, ancora una volta, quale mera oggettività, mera oggettivazione del soggetto), ma, al contrario, come autentica prospettiva attraverso la quale è possibile afferrare la costituzione intersoggettiva e sociale della persona; come prospettiva a partire dalla quale il soggetto appare, al contempo, nel momento della sua «insufficienza»

¹¹² Ibid.

e nel trascendimento della mera oggettualità (o datità) dei rapporti societari. L'essere umano (colui che partecipa alla costruzione della realtà sociale) non è già mero individuo (generale ed astratto) bensì, propriamente, *persona* (particolare e concreta).

Dal canto suo, Enrico Opocher così ha ricordato, in sintesi, l'itinerario personalista di Capograssi:

Pochi pensatori ebbero, come Giuseppe Capograssi, la vocazione e, staremmo per dire, il *genio* del concreto, di quella concretezza che proprio allora l'idealismo, ormai prigioniero di una formula astratta, vanamente inseguiva come un irraggiungibile miraggio. Certo, anche per Capograssi, il *concreto* era soprattutto la *storia*; ma quella *storia*, che costituiva il vero oggetto di tutto il suo pensiero, era un nodo che passava attraverso l'individuo e che nell'individuo trovava il suo scioglimento. In questo il Suo cristianesimo o, se vogliamo, il Suo personalismo cristiano, sembrava raggiungere l'anarchismo di Proudhon o di Dostojewschj (che furono del resto anch'essi Suoi autori). Ma, in realtà, questo Suo fondamentale individualismo non era per nulla anarchismo. Per quanto, infatti, la sofferenza delle drammatiche vicende entro cui aveva visto smarrirsi e come dissolversi la città terrena ed il diritto farsi strumento di iniquo domino, contribuisse ad accentuare in Lui quel senso di sfiducia verso lo stato che era del resto connaturato al Suo *agostinismo*, Egli sapeva intendere, e con finissima penetrazione, la vocazione sociale dell'individuo, e la segreta legge *oggettiva* della sua azione. Si può, anzi, dire che il Suo sostanziale individualismo altro non fosse che un'ansiosa ricerca del *sociale* nel concreto, in ciò che quotidianamente sorregge la vita con quella spontaneità, semplicità, umiltà che deriva dalla fedeltà di ogni individuo alla legge dell'azione, e in definitiva della storia e di cui – Egli sempre ripeteva – solo l'anonima, povera gente è capace. La fedeltà alla vocazione profonda della vita, di ogni singola vita, questa era per Capograssi la condizione essenziale della vita morale, la sola autentica via della *comunicazione sociale*. Il resto era costruzione astratta, se non addirittura superbo peccato, il peccato del nostro tempo: *eritis sicut dii*¹¹³.

La vocazione sociale dell'individuo definisce l'esperienza giuridica in quanto comunicazione sociale, in quanto «mondo umano» nella sua concreta storicità; ma solo attraverso quest'ultima l'individuo può accedere pienamente alla sua socialità, ovvero, più propriamente, alla sua umanità in quanto persona. È in questi termini, in sintesi, che

¹¹³ Opocher, "Giuseppe Capograssi," 4.

si dispiega il personalismo umanista di Giuseppe Capograssi. Un personalismo che si lo avvicina in parte a Rosmini (per il quale il diritto in fondo non era che espressione dell'integrità della persona) o al "personalismo cattolico" di Emmanuel Mounier e di Jacques Maritain (togliendo gli accenti tomistici)¹¹⁴, ma che incontra anche echi profondi nella sociologia di Luigi Sturzo, anch'essa particolarmente attenta ai problemi della persona, della storicità e della concretezza (persino rispetto ai territori del "soprannaturale")¹¹⁵.

Tuttavia, come si è visto, la prospettiva personalista di Capograssi trova la sua specifica risoluzione sul piano concreto dell'esperienza giuridica, ovvero, del diritto come «mondo umano» che nella sua storicità costituisce eticamente e socialmente il soggetto proprio in quanto *persona*.

Riferimenti bibliografici

- ADORNO, THEODOR W. "Il mondo amministrato, o la crisi dell'individuo [1950]." In IDEM. *La crisi dell'individuo*, a cura di Italo Testa. Reggio Emilia: Edizioni Diabasis, 2010.
- ANDRINI, SIMONA. *La pratica della razionalità. Diritto e potere in Max Weber*. Milano: Franco Angeli, 1990.
- BENJAMIN, WALTER. *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica* [1936]. Tradotto da Enrico Filippini. Torino: Einaudi, 1966.
- BLAIS, MARIE-CLAIRE. *La solidarietà. Storia di un'idea*, a cura di Beatrice Magni, Milano: Giuffrè, 2012.
- BRANDT, REINHARD. *Filosofia nella pittura*. Milano: Bruno Mondadori, 2000.
- CAPOGRASSI, GIUSEPPE. *Saggio sullo Stato*. Torino: Bocca, 1918.
- . *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi*, Lanciano: Carabba, 1921.
- . "Analisi dell'esperienza comune [1930]." In IDEM. *Opere*. Vol. II. Milano: Giuffrè, 1959.
- . "Studi sull'esperienza giuridica [1932]." In IDEM. *Opere*, Milano: Giuffrè, 1959, Vol. II, 211-375.
- . *Il problema della scienza del diritto*. Milano: Giuffrè, 1962. Edizione originale Roma: Foro Italiano, 1937.
- . "Il diritto dopo la catastrofe [1950]." In IDEM. *Incertezze sull'individuo*, Milano: Giuffrè, 1969.

¹¹⁴ Per quanto riguarda Mounier si veda, ad esempio, il suo *La rivoluzione personalista e comunitaria* del 1932, e per Maritain rimando senz'altro al suo *Umanesimo integrale* del 1936.

¹¹⁵ A tal proposito rimando proprio al suo *La vera vita. Sociologia del soprannaturale* del 1943.

- . “Incertezze sull’individuo [1953].” In IDEM. *Incertezze sull’individuo*, Milano: Giuffrè, 1969.
- DEWEY, JOHN. *Arte come esperienza*, a cura di Giovanni Matteucci. Palermo: Aesthetica, 2007
- FASSÒ, GUIDO. *Storia della filosofia del diritto*. III. *Ottocento e Novecento*, Roma-Bari: Laterza, 2011.
- FROSINI, VITTORIO. *Giuseppe Capograssi*, Torino: Edizioni di «Filosofia», 1961.
- GROSSI, PAOLO. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano: Giuffrè Editore, 2000.
- . *L’Europa del diritto*, Roma-Bari: Laterza, 2007.
- . *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari: Laterza, 2012.
- HUSSERL, EDMUND. *La Crisi delle Scienze europee e la fenomenologia trascendentale*. Tradotto da Enrico Filippini. Milano: Il Saggiatore, 1959.
- MARCI, TITO. *L’idea di persona o la persona come “idea”. Il personalismo giuridico di Antonio Pigliaru nel suo contesto culturale*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2009.
- . “La pratica della vendetta come esperienza giuridica. L’antropologia del diritto di Antonio Pigliaru.” *Sociologia*, XLVI, n. 1 (2012).
- MARITAIN, JACQUES. *Umanesimo integrale*. Tradotto da Giampiero Dore. Torino: Borla, 1962.
- MOUNIER, EMMANUEL. *Rivoluzione personalista e comunitaria*. Tradotto da Laura Fua. Milano: Edizioni di Comunità, 1949.
- OPOCHER, ENRICO. “Giuseppe Capograssi.” In *Rivista di Diritto Civile*, II, n. 2 (1956).
- PIGLIARU, ANTONIO. *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*. Milano: Giuffrè, 1959.
- PIOVANI, PIETRO. “Itinerario di Giuseppe Capograssi.” In *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 4 (1956).
- . *Introduzione a Il problema della scienza del diritto*, di Giuseppe Capograssi. Milano: Giuffrè, 1962.
- ROMANO, SANTI. *L’ordinamento giuridico*. Firenze: Sansoni, 1946.
- SATTA, SALVATORE. *Giuseppe Capograssi. Commemorazione tenuta dal Cons. Prof. Salvatore Satta*. Roma: Ministero della Pubblica Istruzione, Consiglio Superiore della P.I., Arti grafiche “S. Pancrazio”, 1956.
- SIMMEL, GEORG. *Il conflitto della cultura moderna*, a cura di Carlo Mongardini, Roma: Bulzoni, 1976.
- STURZO, LUIGI. *La vera vita. Sociologia del soprannaturale*. Catanzaro: Rubbettino, 1943.
- SUPIOT, ALAIN. *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*. Tradotto da Ximena Rodríguez. Milano: Bruno Mondadori, 2006.
- ZACCARIA, GIUSEPPE. *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi, Contributo allo studio del rapporto tra Capograssi e l’idealismo*. Padova: Cedam, 1976.

18. *La Rivista internazionale di Filosofia del diritto*. Teoria giuridica e scienze sociali

*Pio Marconi**

18.1. Una filosofia "critica"

Agli inizi del 1921 è dato alle stampe e diffuso il primo numero della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*. Il periodico è diretto da Giorgio Del Vecchio¹ il quale, nel 1920, è stato chiamato alla cattedra di Filosofia del diritto nell'Università di Roma, succedendo nell'insegnamento a Icilio Vanni. Il titolo del periodico, l'indice del primo numero, il Programma che apre il primo fascicolo, segnalano l'orientamento e le scelte culturali, ma anche quelle politiche e le ideologie di riferimento, del direttore e della direzione. La rivista si propone di dare spazio ad un settore della cultura italiana che ha svolto un ruolo nel dibattito ideale dell'anteguerra, che si è impegnato al fronte e che vuole fare ascoltare la propria voce anche nell'organizzazione degli studi e della società nel dopoguerra. «Ognuno sente che è necessaria un'opera di ricostruzione e di rinnovamento, per ciò che spetta al regime della vita civile. Tutti i problemi attinenti a codesto obbietto sono stati violentemente agitati dalla guerra che non fu solo di armi ma anche di idee»². La ricostruzione e il rinnovamento nel settore scientifico al quale la rivista si vuole dedicare può avvenire costruendo luoghi e occasioni di confronto tra filosofia e pratica, tra diverse culture giuridiche, tra fenomenologia e teoria del diritto, tra indagini sull'essere della norma e riflessioni sul dover essere.

* Dipartimento di Comunicazione e ricerca sociale, 'Sapienza' Università di Roma.

¹ Nel frontespizio dopo il nome di Del Vecchio appaiono, nella direzione, quelli di Widar Cesarini Sforza, di Antonio Pagano e di Roberto Vacca.

² Del Vecchio et al., "Programma."

La composizione della direzione della rivista manifesta il valore che il promotore e i promotori attribuiscono alle indagini sul diritto positivo e sulle trasformazioni del diritto³. Accanto a due studiosi dotati di una solida formazione filosofica (Del Vecchio e Cesarini Sforza) stanno figure strettamente legate alla pratica del diritto: Antonio Pagano, libero docente di Filosofia del diritto ma anche magistrato (consigliere di Corte d'Appello e poi di Cassazione), Roberto Vacca, avvocato e anche studioso dei processi di assiomatizzazione del diritto⁴.

Oggetto di indagini, è scritto nel "Programma", saranno la speculazione teorica italiana e le istituzioni nazionali. «Non trascureremo tuttavia di por mente agli studi e alle riforme che, rispetto agli ordinamenti sociali e giuridici, si vengono compiendo negli altri paesi; e ciò non tanto per accademica informazione, quanto perché ne derivano tra noi nuovi impulsi al meditare e al fare»⁵.

La *Rivista*, negli anni che separano le due Guerre, sarà impegnata nello scandagliare sia le trasformazioni del ruolo dell'interpretazione giuridica che si manifestano nella più antica democrazia dei moderni (gli USA) sia le forme di Stato e di diritto nuovi che si affacciano nella crisi postbellica (le esperienze analizzate vanno dal sistema dei *soviet*, al corporativismo latino americano ed iberico, agli ordinamenti di *common law*, a diverse forme di economia pianificata).

La *Rivista* non si limita a programmare indagini su variabili fenomeni giuridici ma vuole esaminare e presentare le innovazioni che in materia di teoria del diritto emergono nella comunità internazionale degli studiosi. Dei quattro saggi che appaiono sul primo numero, tre sono di autori stranieri⁶. L'aggettivo "internazionale" contenuto nel titolo della *Rivista*, l'indice del primo numero, segnalano la volontà

³ «Sopra tutto vorremmo che questa rivista fosse il punto d'incontro di filosofi e di giuristi, i quali troppo spesso s'ignorano e quasi ostentano una reciproca incomprensione, mentre grande sarebbe da ambo le parti il vantaggio se abbandonando vieti abiti mentali e diffidenze ingiustificate, si stabilisse tra gli uni e gli altri una certa comunione di lavoro e un attivo scambio d'idee per ciò che concerne la vita del diritto e i suoi problemi fondamentali», *ibid.*, 3.

⁴ Roberto Vacca muore prematuramente agli inizi dell'esperienza della *Rivista*; cfr. Del Vecchio, "Roberto Vacca 1876-1925," 337-339. Sul pensiero di questo autore cfr. Solari, Recensione, 494-500.

⁵ Del Vecchio et al., "Programma," 2.

⁶ I saggi che appaiono sul primo fascicolo del 1921 sono i seguenti: Demogue, (Università di Parigi) "Professionisti e non professionisti nel diritto civile"; Brugi, "Fatto giuridico e rapporto giuridico"; Kokourek, (Università di Chicago), "Natura e specie dei rapporti giuridici"; Ganef, (Università di Sofia), "La realtà giuridica secondo gli autori russi".

di caratterizzare in modo netto il gruppo che anima la pubblicazione rispetto ad un contesto culturale tipico dell'Italia dell'epoca. Il primo numero della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, come si è prima detto, si apre con tre saggi firmati rispettivamente da un autore francese, da un studioso statunitense e da un accademico bulgaro. Il numero 19 della *Critica* di Croce che appare nello stesso anno, il 1921, è viceversa solidamente ancorato al pensiero italiano e a un lavoro di introspezione nazionale. Nell'indice del fascicolo della rivista di Croce che esce nel '21, si leggono i seguenti titoli: "Alcune note sulla poesia italiana e straniera del secolo decimonono" (di Croce), "Appunti per la storia della cultura in Italia nella seconda metà del secolo decimonono" (di G. Gentile), "Appunti per la storia della cultura in Italia" (di G. Brognoligo), "Reminiscenze e imitazioni nella letteratura italiana durante la seconda metà del secolo decimonono" (di C. Zacchetti)⁷.

La *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* vuole darsi una connotazione multidisciplinare e offrire spazio non soltanto a diversi orientamenti filosofici e teorici ma anche ad una pluralità di approcci al tema del diritto. «Noi ci proponiamo di far posto in questa rivista a quei rami della scienza giuridica che, pur avendo grande importanza per la teoria e la pratica, mancano fino ad ora tra noi di una propria organizzazione e sono trascurati altresì nell'insegnamento ufficiale come l'Etnografia giuridica, il Diritto comparato e la Psicologia giudiziaria»⁸. Il proposito di integrare l'interpretazione della norma e del diritto con l'esame comparativo degli ordinamenti, con la psicologia e con lo studio delle società, segnala la volontà di differenziare la *Rivista* da un atteggiamento di demonizzazione dell'analisi delle relazioni socio-materiali che in quegli anni anima settori dello spiritualismo confessionale e l'idealismo italiano.

⁷ *La Critica, rivista di letteratura, storia e filosofia*, diretta da Benedetto Croce, n. 19, (1921).

⁸ «Cultori di questi rami non fecero né fanno difetto in Italia, ché anzi alcuni si potrebbero ricordare, i quali per l'uno e l'altro rispetto meritano il nome di precursori; ma pure qui è necessaria un'opera di coordinazione, acciocché si ricostruisca la nostra tradizione scientifica nazionale, e le si imprima un carattere di continuità, onde siano agevolati e promossi i futuri progressi. Per consimile intento noi ci proponiamo altresì di raccogliere i materiali e preparare gli studi per una *Storia della filosofia del diritto in Italia*, della quale ogni di più si avverte il desiderio e il bisogno ... Che poi la realtà del diritto debba studiarsi non solo nei suoi lineamenti logici distintivi, ma anche nelle sue molteplici relazioni coll'intera vita sociale, e coi diversi elementi e fattori che la compongono, è implicito già nelle cose accennate e sarebbe superfluo d'insisterci», Del Vecchio et al., "Programma," 2.

La *Rivista* manifesterà infine una costante attenzione per la dimensione deontologica dell'indagine giuridica. Un tema che era stato ampiamente trattato da Del Vecchio nel 1920 con la "Prolusione" letta nell'ateneo romano, sulla quale mi fermerò più avanti. «Le dottrine del diritto naturale, nota il "Programma", che erroneamente da certe scuole si erano dichiarate estinte, hanno ripreso nuovo vigore, mostrando in modo non dubbio la loro profonda vitalità»⁹.

Nella sua *Storia della filosofia del diritto*, Del Vecchio metterà in risalto il ruolo innovativo svolto dai filosofi e dai giuristi che si erano raccolti attorno alla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, nel rinnovamento delle teorie giuridiche. La Filosofia del diritto agli inizi del XX secolo era giunta ad un punto critico. «Mentre perduravano le correnti tradizionali di carattere prevalentemente dogmatico si ergevano contro di esse e apparivano preponderanti le tendenze positiviste»¹⁰. Viva era anche una tendenza hegeliana «dogmatica nella forma ma empirica e quindi affine al positivismo nella sostanza»¹¹. Dal contrasto tra queste correnti è derivato uno stimolo «per una soluzione critica dei problemi della Filosofia del diritto che conciliasse le esigenze legittime dell'indagine storica e positiva con quelle altrettanto legittime della pura speculazione». Del Vecchio definisce tale tendenza come «critica», neo-criticista o, riprendendo Igino Petrone, come «idealismo critico»¹². L'atteggiamento non dogmatico che anima la scuola romana, nota Del Vecchio, riuscirà a raccogliere intorno alle attività scientifiche di essa e alla *Rivista*, tutte le diverse posizioni presenti nella cultura filosofico giuridica italiana¹³.

18.2. Politica e cultura

Nel "Programma" della *Rivista*, Del Vecchio e i suoi collaboratori non nascondono gli ideali ai quali si riferiscono, la politica della cultura che intendono sostenere, la collocazione che vogliono dare al periodico, nel fermento di studi ma anche nelle ideologie del primo dopoguerra.

⁹ Ibid., 4.

¹⁰ Del Vecchio, *Storia della filosofia del diritto*, 121.

¹¹ Ibid., 121.

¹² Ibid., 122.

¹³ «Tutti i cultori italiani della Filosofia del diritto hanno collaborato, insieme con parecchi stranieri alla Rivista internazionale di filosofia del diritto (fondata nel 1921) la quale ha rispecchiato così il movimento della varie correnti dottrinali negli ultimi decenni», *ibid.*, 127.

La pubblicazione ideata da tempo fu differita di circa un lustro a cagione della guerra, alla quale alcuni di noi pure parteciparono. Ma se questa costituì a primo aspetto un impedimento, ci ha in realtà confermati nell'antico proposito, non solo raffinando in noi per la dura prova, l'amore per la giustizia, ma rendendo urgenti e attuali per tutti quelle questioni sui fondamenti della società e dello Stato che prima parevano proprie di pochi solitari studiosi¹⁴.

La *Rivista*, scrive la Direzione, sarà attenta alle «nuove aspirazioni di natura giuridica e politica» che dopo la guerra sono sorte e ai «germi di novelli istituti» che si manifestano nel diritto privato, pubblico, interno e internazionale. «Tutta la compagine della vita sociale è percorsa e scossa da diverse tendenze, in parte ancora mal definite. Dalla vittoria stessa sono scaturiti per noi tutti nuovi doveri, il cui adempimento è bensì reso più arduo dalla perturbazione e dalla stanchezza conseguenti all'immane sforzo, ma non può essere prorogato»¹⁵.

Del Vecchio ha aderito al fascismo prima della Marcia su Roma. Secondo il lessico politico/burocratico introdotto dal regime, è un ante marcia. Nel riportarne la biografia, in un volume che nel 1935 celebra il trasferimento della 'Sapienza' nella nuova sede progettata dai maestri dell'architettura razionale, l'autore segnala che Del Vecchio si è iscritto al fascio nel 1921¹⁶. Una nota conservata nel fascicolo personale presso l'università romana ricorda che il docente «è un fascista della vigilia avendo appartenuto al fascio di Bologna nei tempi della oscura e gloriosa sede di via Marsala prima che si costituisse l'attuale Casa del Fascio, della quale il Del Vecchio fu uno dei fondatori»¹⁷.

Le idee nuove di organizzazione civile sono maturate, è affermato col "Programma", nel clima che aveva animato l'interventismo del 1914 e del 1915. L'accento alla cultura militante dell'anteguerra ad una prima lettura può sembrare un generico atto di fede in principi che animarono l'intervento e che giustificarono il passaggio, nel primo dopoguerra, di molti combattenti e interventisti al movimento fascista. Il riferimento ai fermenti ideologici, all'attivismo, alla cultura dell'anteguerra merita una lettura più attenta. Del Vecchio infatti nel 1915 si impegna nella promozione dell'intervento in guerra a fianco dell'Intesa,

¹⁴ Del Vecchio et al., "Programma," 2.

¹⁵ Ibid., 2.

¹⁶ Spano, *L'Università di Roma*, XIII.

¹⁷ De Napoli, "Roma val bene una messa," 581. Cfr. Onofri, *Ebrei e fascismo a Bologna*.

si schiera dalla parte dei movimenti nazionalisti che godono il favore delle generazioni più giovani, ma sostiene una posizione diversa da quella di molti padri e di molte voci del nazionalismo italiano.

Nel '15 Del Vecchio scrive e pubblica un saggio, "Le ragioni morali della nostra guerra", che apre un volume dedicato all'intervento (edito dall'Associazione Nazionale fra i Professori Universitari) che raccoglie contributi di un nutrito gruppo di cattedratici¹⁸. Del Vecchio nel testo citato non giustifica l'intervento in base a neutri principi di diritto internazionale ma cerca di illustrarne alcune valenze universalistiche e soprattutto di stabilire i confini entro i quali il conflitto si deve muovere, gli scopi che esso deve avere, i limiti che devono caratterizzarlo. La guerra non può essere un atto di sopraffazione o di conquista ma deve cercare di introdurre elementi di ordine e principi di coesistenza nelle relazioni internazionali. La guerra non vuole avere caratteri di oppressione e di conquista né cercare di far prevalere le ragioni di alcune nazioni nei confronti di altre.

Riguardata nel suo aspetto fisico, anche questa guerra, come ogni altra, è un gioco di forze, un tentativo di sopraffazione reciproca tra più Stati. Ma nel suo spirito segreto essa è quasi la negazione di ciò, poiché tende a instaurare un ordine nuovo, nel quale nessuna nazione sia sopraffatta, e i valori ideali siano equamente riconosciuti sopra la disparità delle forze fisiche.¹⁹

L'intervento in guerra è accettabile e apprezzabile non solo perché va a supporto delle aspirazioni di una parte della nazione italiana ma anche perché cerca di istituire un tipo nuovo di equilibrio e di ordine tra i popoli.

Noi tendiamo – già lo dicemmo – a difendere non soltanto il nostro diritto, ma il diritto in universale; non soltanto la nostra patria, ma il principio della inviolabilità di tutte le patrie. Questo principio raffermiamo contro il falso concetto, divenuto dominante nei popoli che ci stanno di fronte, che la forza e non la giustizia sia il fondamento degli Stati, e che, per accrescere la sua potenza e il suo territorio, tutto sia lecito ad uno Stato.²⁰

¹⁸ Associazione Nazionale fra i professori universitari, *La nostra guerra*.

¹⁹ *Ibid.*, 16. Sulle analisi di Del Vecchio in tema di guerra e pace cfr. Bonanate, *Guerra e pace*.

²⁰ Associazione Nazionale fra i professori universitari, *La nostra guerra*, 16.

Lo spirito del saggio di Del Vecchio non manca di destare attenzione (culturale ma anche politica) in paesi democratici. Nel 1917 il testo di Del Vecchio appare in traduzione inglese a Londra²¹ e viene diffuso sia nel Regno Unito sia negli Stati Uniti che si accingono all'intervento a fianco dell'Intesa. Le parole di Del Vecchio appaiono negli anni della guerra come una conferma delle tesi del presidente Wilson. L'intervento può essere considerato legittimo solo nella misura in cui è orientato a garantire un sistema di cooperazione tra le nazioni e a respingere ogni forma di prevaricazione di tipo imperiale.

L'interventismo di Del Vecchio nel 1915 è nettamente diverso da quello di altri esponenti del nazionalismo italiano. Per Enrico Corradini, uno degli ispiratori più autorevoli dell'Associazione Nazionalista Italiana, fucina (lo ricorderà Piero Gobetti) di sognatori e di speranze di «espansioni»²², l'idea di nazione è incompatibile con quella di unione e con quella di pace fra gli Stati. Il sistema delle relazioni internazionali si fonda, per Corradini, sul conflitto e sulla pretesa di far valere gli interessi di una civiltà contro l'altra. «Le nazioni sono sorte, perché hanno avuto un antagonista e in certo qual modo altro non sono se non un consolidamento di uno stato di guerra permanente, delle une contro le altre»²³.

Le civiltà per Corradini sono incompatibili con la pretesa di garantire un equilibrio paritario, tra gli interessi dei popoli. Le civiltà discendono dalle guerre: è necessario quindi per la vita dei popoli che ad un imperialismo esterno se ne affianchi uno interno, i quali «costituiscono, da che mondo è mondo, tutta quanta la storia del genere umano»²⁴. «Non si possono concepire le civiltà senza più guerre. Le guerre sono le rivoluzioni nei confini delle civiltà (quando non sono tra più civiltà le une contro le altre armate, o fra la civiltà e la barbarie), come le rivoluzioni altro non sono se non le guerre, nei confini di una nazione»²⁵.

²¹ Del Vecchio, *The Moral Basis of Italy's War*. Nel risvolto di copertina l'editore evidenzia: «Copies can be obtained from Teds G.H. Doran Company, New York, price 5 cents».

²² Gobetti, "Il nazionalismo italiano."

²³ Corradini, *Il Nazionalismo italiano*, 12. Sugli impulsi e gli orientamenti del nazionalismo agli inizi del XX secolo Gaeta, *Il nazionalismo italiano*.

²⁴ Corradini, *Il Nazionalismo italiano*, 16.

²⁵ *Ibid.*, 14.

Nelle posizioni di Del Vecchio sulla guerra e su di una coesistenza dialogica del dopoguerra si percepisce l'influenza del pensiero di Kant, la tesi racchiusa nello scritto, del 1795, *Per la pace perpetua*. La pace, scriveva Kant, deve essere il frutto della giustizia e di un giusto ordinamento interno delle nazioni²⁶, la pace può essere garantita soltanto dall'esistenza di Stati liberi e da costituzioni interne dei singoli Stati ispirate a principi di giustizia.

Del Vecchio esprime sicuramente principi che derivano da una militanza politica, ma non dimentica le proprie radici, in particolare l'adesione ai principi kantiani di una giustizia capace di favorire una protezione universalistica degli interessi, capace quindi di consentire la coesistenza tra le nazioni, gli uomini, le classi.

Forse nei testi di Del Vecchio che precedono o seguono immediatamente la guerra si sente l'influenza di un tipo particolare di interventismo. Un interventismo di tipo liberal democratico (ricostruito da Alfonso Omodeo nelle pagine della *Critica* e analizzato poi nei quaderni dal carcere da Antonio Gramsci) che considera la guerra come lo strumento per un equilibrio più giusto tra i popoli e gli Stati. Sicuramente nelle scelte politico culturali di Del Vecchio si percepisce il legame con una figura che ha svolto un ruolo centrale nella vicenda pre e postbellica, quella di Gabriele d'Annunzio²⁷. Il rapporto con d'Annunzio continuerà

²⁶ L'idea kantiana della composizione dei conflitti e della coesistenza di ordinamenti ispirati a principi di giustizia accompagnerà a lungo la produzione filosofica di Del Vecchio. Nella "Prolusione" del 1909 svolta presso l'università di Sassari, apparsa successivamente sulla *Rivista di diritto intenzionale* e poi come volume, Del Vecchio sostiene le posizioni di Kant e collega l'idea di pace a quella di giustizia. «Certo è un grave e funesto errore, che si commette dagli *irenisti*, quando si attribuisce alla pace in se stessa un valore che essa, disgiunta dall'ideale della giustizia, non ha e non può avere; quando si esige l'abolizione della guerra *sic et simpliciter*, e si vitupera questa come il supremo dei mali, per ciò che produce morte e dolore; quasi che non fosse nel mondo un male assai più grave e vituperevole, un male che la guerra medesima può concorrere per sua parte ad eliminare: cioè l'ingiustizia in tutte le sue forme, il disconoscimento della sacra libertà dell'essere umano, l'oppressione degli individui e delle nazioni» (Del Vecchio, *Il fenomeno della guerra e l'idea della pace*, 94). Negli anni del regime, nel redigere la voce "pacifismo" della Treccani (voce che appare poi sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*) Del Vecchio ritorna sul tema. «Si delineò così quella concezione della pace che poi fu detta giuridica, perché subordina l'ideale della pace a quello della giustizia, sia nelle costituzioni interne dei singoli Stati, come nelle relazioni internazionali ... Secondo il Kant la pace può essere garantita soltanto da una federazione di stati liberi, ognuno dei quali abbia una costituzione legittima; e una tale federazione si fonda non su un atto d'arbitrio, ma su un imperativo categorico, ossia su una necessità razionale», Del Vecchio, "Pacifismo," 542-548.

²⁷ Del Vecchio negli anni della guerra è un interlocutore di d'Annunzio. Del Vecchio,

in tutti gli anni venti²⁸. Nello spiegare il *pluralismo* di Del Vecchio e del gruppo che lo attornia nel 1921 occorre tenere naturalmente conto anche del particolare clima politico che caratterizza quell'anno. Il fascismo che nel '21 manda alla camera una pattuglia di rappresentanti in virtù di un accordo per i Blocchi nazionali (stipulato con settori dello schieramento conservatore e liberale) non evidenzia ancora la virulenza espressa dopo la marcia su Roma, con le leggi liberticide e poi con l'organizzazione del paese dominata dal partito Stato²⁹.

ordinario nell'Università di Bologna, si schiera in una battaglia che divide la città in materia di conservazione del patrimonio storico edilizio. Del Vecchio si oppone con una larga fetta della intellettualità bolognese alla demolizione di alcune delle storiche torri che ornavano il centro del capoluogo emiliano, demolizione voluta dall'amministrazione comunale al fine di razionalizzare il tessuto viario della città. Gabriele d'Annunzio, nel 1917, manifesta un pubblico apprezzamento per le posizioni di Del Vecchio con una lettera che verrà pubblicata dal Corriere della Sera. (G. d'Annunzio, lettera a Giorgio Del Vecchio del 21 aprile 1917 pubblicata dal Corriere della Sera il 27 aprile successivo). La posizione universalistica di Del Vecchio non è dissimile dal messaggio redatto dal Poeta in occasione del volo su Vienna del 9 agosto 1918. Nel volantino lanciato sulla capitale austriaca non sono contenute minacce. Il testo sollecita piuttosto una azione comune dei popoli per la pace e la giustizia «Noi voliamo su Vienna, potremmo lanciare bombe a tonnellate. Non vi lanciamo che un saluto a tre colori: i tre colori della libertà. Noi Italiani non facciamo la guerra ai bambini, ai vecchi, alle donne. Noi facciamo la guerra al vostro governo nemico della libertà nazionale, al vostro cieco testardo crudele governo che non sa darvi né pace né pane, e vi nutre di odio e di illusioni» (G. d'Annunzio, volantino lanciato il 9 agosto 1918 sorvolando la città di Vienna). Il testo si chiude con apprezzamenti per il popolo austriaco e con un interrogativo sui motivi che lo abbiano condotto a schierarsi con l'imperialismo di Berlino. «Ma perché vi siete messa l'uniforme prussiana?».

²⁸ Ghisalberti, "La laurea honoris causa a Gabriele d'Annunzio," 615-638. Tra le sue benemeritenze come rettore Giorgio Del Vecchio ricordava, nel lasciare l'ufficio, che, tra gli oggetti esposti alla Seconda mostra delle Università d'Italia, figurava una grande immagine del Dantes Adriacus, «che Gabriele d'Annunzio, antico e pur sempre giovane scolaro del nostro Studio, compagno e vendicatore di Oberdan, profeta ed artefice della nuova Italia, volle recentemente donarmi nell'occasione di una mia visita al Vittoriale per la gioventù universitaria romana, con una mirabile dedica autografa. La preziosa immagine fu da me destinata alla Casa dello studente» (Del Vecchio, "Relazione dell'Anno accademico 1926-1927", 27.

²⁹ Nel 1921 nel discorso di esordio alla Camera dei deputati, Mussolini prefigura un dopoguerra nel quale possano coesistere le diverse identità nazionali emerse con il crollo degli imperi. Nel luglio del medesimo anno Mussolini manifesta ancora la volontà di instaurare un dialogo con le forze avverse per introdurre un elemento di pacificazione nel conflitto che lacera il paese. «Prendiamo atto anche che la Direzione del partito socialista non è aliena e che si dichiara favorevole a continuare le trattative, e dichiariamo anche che le condizioni poste, almeno quelle che appaiono sui giornali, io le accetto» (Camera dei deputati, tornata del 22 luglio 1922, intervento dell'on. Mussolini). E ancora nella seduta successiva: «a dimostrare ciò vi basti di sapere (credo che la Camera ne prenderà atto con soddisfazione) che noi stiamo provvedendo energicamente, e indipendentemente dall'esito che potranno avere le

18.3. I principi generali del diritto

Per comprendere il ruolo della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* nella cultura giusfilosofica tra le due guerre³⁰ è opportuna una riflessione su di un testo di Giorgio Del Vecchio che rappresenta anche un programma di politica del diritto. Si tratta della "Prolusione. Sui principi generali del diritto" letta alla 'Sapienza' il 13 dicembre 1920 e immediatamente pubblicata dall'*Archivio Giuridico*.³¹

I principi generali del diritto sono, nel testo di Del Vecchio, uno strumento necessario a garantire la completezza dell'ordinamento. Il giudice e il giurista devono essere pronti a identificare una soluzione giuridica per ogni tipo di controversia e di colmare le eventuali lacune presenti nella lettera della legge e nel sistema delle leggi.

Nessun argomento vale tanto a mostrare la natura eminentemente pratica del diritto, e la sua piena e perfetta aderenza alla vita, quanto questo: che non v'ha interferenza tra uomini, non v'ha possibile controversia, sia pure complicata ed impreveduta, che non ammetta ed esiga una soluzione giuridica certa. La dubbiozza e incertezza possono persistere a lungo nel campo teorico: ogni ramo dello scibile, e la Giurisprudenza

trattative, dirò così diplomatiche, a ristabilire nel nostro movimento una disciplina inflessibile, con una serie di norme che dovranno essere rigorosamente seguite da tutti i nostri iscritti. Permettetemi di documentare questa affermazione. Noi abbiamo mandato una circolare ai Fasci nella quale imponiamo la cessazione di ogni forma di violenza individuale che non sia giustificata da ragioni di legittima difesa, e specie quando ci sia sproporzione di numero; cessazione immediata di spedizioni punitive contro organizzazioni economiche e cooperative; revisione di tutti gli iscritti ai Fasci di combattimento; controllo da parte degli organi dirigenti di tutte le azioni individuali e collettive; ricerca delle responsabilità per coloro che hanno ordinato azioni dannose alla causa fascista» (Camera dei deputati, tornata del 23 luglio 1921, dichiarazione di voto dell'on. Mussolini). Alle proclamazioni seguirà il "patto di pacificazione" sottoscritto anche da socialisti e dal maggiore sindacato. Il Patto viene stipulato il 3 agosto 1921 presso lo studio del presidente della Camera, Enrico De Nicola, che lo sottoscrive insieme con gli esponenti dei Fasci di Combattimento, con quelli del Partito Socialista Italiano e con la Confederazione del lavoro. Il patto sarà privo di effetti. L'accordo verrà infatti sconfessato dal movimento fascista che contesterà in modo tumultuoso le scelte del proprio capo e che rivendicherà il diritto all'esercizio della violenza come strumento ineliminabile per la affermazione di valori e per la conquista di potere (De Felice, *Mussolini il fascista*).

³⁰ Contributi ad un quadro della elaborazione filosofico-giuridica, nell'epoca e nei dibattiti alla 'Sapienza', in Gentile, "Il ruolo della filosofia nella formazione del giurista"; Serra, "La Filosofia del diritto: Capograssi, Cesarini Sforza, Volpicelli"; Quaglio, *Giorgio Del Vecchio: il diritto fra concetto e idea*; Dessì, "La ripresa del dibattito filosofico all'università di Roma."

³¹ I *Principi generali* sono stati ripubblicati nel 1958. L'edizione qui utilizzata è Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto* del 2001.

stessa come scienza teorica, offre esempi di questioni discusse per secoli, e tuttora nondimeno insolute e forse insolubili; ma alla domanda *Quid juris?* Qual è il confine del mio diritto e di quello altrui? Deve, in qualsiasi caso concreto poter darsi una risposta, non infallibile certo ma praticamente definitiva.³²

Il ricorso ai principi generali attribuisce all'interprete un ruolo decisivo nella formazione della norma. Ma il ricorso ai principi non deve configurarsi come strumento per una creazione giurisprudenziale della norma. L'interprete non deve, con il richiamo di un sistema stabile di principi generali, favorire l'incertezza interpretativa ma deve viceversa rafforzare la certezza del diritto. Il ruolo che Del Vecchio, pur richiamando l'interprete ai principi, attribuisce alla norma decisa dal legislatore è sottolineato da Benedetto Croce in una recensione che appare nel 1921 su *La Critica*. Croce ironizza sul giusnaturalismo di Del Vecchio, lo definisce debole, impoverito, subalterno allo Stato e al diritto positivo. Si sarebbe in presenza di un abbandono tacito del diritto naturale.

Con l'obbligo imposto ai principi del diritto naturale di armonizzarsi col sistema delle norme esistenti, di smorzare la loro luce, di accomodarsi a quella inferiore compagnia, si viene in modo indiretto, improprio e *avviluppato*, a negare l'efficacia di quell'immaginario diritto e ad affermare l'unica efficienza della coscienza giuridica (concreta, come abbiamo detto, e storicamente determinata).³³

Le cautele di Del Vecchio sulla possibile attribuzione di validità ed efficacia a "principi" troppo lontani dalla norma positiva deriva dalla preoccupazione per gli effetti che potrebbe assumere una eccessivamente libera opera degli interpreti. Una creazione giurisprudenziale del diritto anche se ricavata da principi consacrati da una tradizione potrebbe alterare i connotati dello Stato di diritto.

Il legislatore non ha veramente inteso d'insegnare come e donde si debbano ricavare i principi generali del diritto, ma solo di definire l'ordine

³² Ibid., 4-5.

³³ Croce, Recensione, 187. Una critica al carattere formale del "giusnaturalismo" di Del Vecchio viene formulata anche dalla rivista della Compagnia di Gesù. Anon., "Il diritto naturale e la sua immutabilità e assolutezza", 421. Fassò, *Storia della Filosofia del Diritto*, III, 405.

di applicazione di essi ... In nessun caso può essere consentito al giudice di contravvenire a precise norme di legge ... Il pericolo ... dell'arbitrio del giudice in quanto si eserciti anche a scapito della legge è stato eliminato fino dal sorgere del moderno Stato di diritto³⁴.

Del Vecchio nel saggio sui "Principi generali" considera lecita l'interpretazione e l'integrazione della norma solo quando esse siano orientate a garantire la certezza dei rapporti sociali. Pur riconoscendo l'esistenza di un ruolo attivo dell'interprete, Del Vecchio sostiene una posizione che contrasta molte tendenze a una libera creazione della norma che nel clima culturale dei primi anni venti tornano ad affacciarsi nel dibattito giuridico e soprattutto a caratterizzare nuovi progetti di politica del diritto. Per Del Vecchio occorre sempre ricordare che la legge vincola «del pari» i cittadini e gli organi dello Stato e costituisce perciò «non soltanto un obbligo bensì anche un *limite* e quindi una protezione per quelli di fronte a questi»³⁵.

I principi generali ed il richiamo a principi di diritto naturale, che non devono alterare l'impianto fondamentale della legge né indebolire il ruolo delle responsabilità dei legislatori, sono fondamentali nella interpretazione. Il richiamo ai principi deve avere tuttavia l'esclusiva funzione di moltiplicare la certezza del diritto, di accrescere le garanzie e l'autonomia delle persone.

Il diritto naturale deve avere come funzione principale quella di limitare gli arbitri favorendo un «necessario rapporto tra la sostanza intrinseca delle cose e la rispettiva regola del diritto³⁶» ed esaltando «quei principi di ragione giuridica naturale che costituiscono i capisaldi per la definizione di ogni rapporto umano e sociale»³⁷.

18.4. Sociologia del diritto e giurisprudenza

Nel 1922 la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* pubblica due testi, il primo di Roscoe Pound, che analizza il ruolo della giurisprudenza nella più antica democrazia dei moderni, il secondo di Eugen Ehrlich, che descrive, dai confini orientali dell'Impero austriaco,

³⁴ Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, 12.

³⁵ *Ibid.*, 34.

³⁶ *Ibid.*, 50.

³⁷ *Ibid.*, 60.

un ambiente nel quale coesistono codici e un'organizzazione della società fondate su consuetudini premoderne. Ehrlich mette in luce la funzione coesiva che può svolgere il diritto giurisprudenziale, Pound evidenzia anche il freno all'innovazione e al cambiamento che può venire da un diritto liberamente definito dagli organi giudicanti. Nell'anno successivo un saggio di Manfredi Siotto Pintor torna sul tema mettendo in risalto i rischi che possono derivare da una espansione delle funzioni del giudiziario.

Pound non si limita ad illustrare il ruolo che la giurisprudenza assume nel sistema statunitense, la connessione esistente tra la democrazia in America e un diritto formato sulla base di principi costitutivi. L'analisi di Pound è dedicata a segnalare l'inadeguatezza di una concezione acritica del primato della giurisprudenza in un momento particolare di trasformazione della società. Il diritto fondato su principi, il diritto ricavato da alcune fondamentali libertà (politiche ed economiche) non appare più adeguato a disciplinare le relazioni e il mutamento in una società che assiste al radicale cambiamento dei sistemi di formazione della ricchezza e di produzione delle merci. Il diritto giurisprudenziale degli Usa alla fine del secolo XIX cominciò a mostrarsi inadeguato alla disciplina di nuovi rapporti sociali. Le Corti supreme, scrive Pound, ritennero che:

ogni restrizione legislativa alla libertà individuale di agire, che non fosse compresa nelle linee tradizionali del diritto comune, dovesse considerarsi *prima facie* come incostituzionale. Una lunga serie di decisioni delle Corti supreme fra il 1886 ed il 1910, neganti la validità della legislazione sociale in diversi stati, ebbero questa basi³⁸.

La giurisprudenza giunse, scrive sempre Pound, a collocare tra i principi del diritto valori sostenuti dai padri dell'economia di mercato e del liberismo economico. «Uno dei grandi giudici della passata generazione considerò i principi economici di Adam Smith come un'esposizione di leggi fondamentali»³⁹.

Per Pound un sistema di formazione del diritto nel quale confluissero sia le regole dettate dal legislatore sia alcuni principi costitutivi del patto sociale ha ancora un significato. La difesa della società da possibili intemperanze legislative è possibile con il ricorso a principi.

³⁸ Pound, "La filosofia nel diritto costituzionale americano," 6.

³⁹ Ibid., 10.

Il diritto costituzionale americano non può «fare a meno della filosofia» ma per questo deve riferirsi ad «una filosofia adeguata alle esigenze dei tempi»⁴⁰. L'adeguamento dei principi ai tempi è imposto, conclude Pound, da una radicale trasformazione dei rapporti sociali e delle forme di produzione che sta caratterizzando le aree più sviluppate.

Ora che si è definitivamente verificata una transizione da una civiltà agricola di pionieri rurali ad una affollata civiltà urbana ed industriale, come risulta dall'ultimo censimento, si sente chiaramente il bisogno di una teoria filosofica relativa alla interpretazione ed applicazione delle leggi costituzionali, adeguata a compiti costruttivi, e ciò presuppone una nuova teoria filosofica del diritto e dello scopo dell'ordine giuridico⁴¹.

Ehrlich⁴² segue una impostazione sociologica più elementare e sostiene la necessità di disciplinare con la giurisprudenza forme di relazione che nascono nei sistemi primari di coesistenza.

A torto si crede oggi da molti che tutto il diritto venga prodotto dallo Stato con le sue leggi. La più gran parte del diritto trae immediatamente origine dalla società in quanto essa è interno ordinamento dei rapporti sociali, del matrimonio, della famiglia, delle corporazioni, del possesso, dei contratti, della successione e non è mai stata ridotta a norme giuridiche⁴³.

La formazione del diritto per Ehrlich richiede un lavoro collettivo fatto di interpretazioni giudiziarie e di attività di rilevamento delle strutture e dei mutamenti sociali⁴⁴.

Un saggio di Manfredi Siotto Pintor, che appare nel 1923⁴⁵, difende con disincanto la formazione legislativa del diritto. Il testo critica

⁴⁰ Ibid., 12.

⁴¹ Ibid., 13.

⁴² Ehrlich, "La sociologia del diritto," 96-110.

⁴³ Ibid., 102.

⁴⁴ «La moderna scienza della società o sociologia, tratta il diritto come funzione sociale. Essa non può arrestarsi alla norma giuridica in quanto tale; ma deve considerare tutto il diritto nella sua dipendenza dalla società, e includere in questa dipendenza anche la norma giuridica. Per ciò è naturalmente necessaria una conoscenza possibilmente esatta della intera struttura sociale e di tutte le sue istituzioni, non di quelle sole che sono regolate dalle norme giuridiche. Un tal compito oltrepassa le forze di un solo». Ibid., 109.

⁴⁵ Siotto Pintor, "Diritto naturale, diritto libero e diritto legislativo nel pensiero d'un giurista filosofo americano," 109-142.

(ma integra anche e sviluppa) le posizioni di Roscoe Pound. Il giurista statunitense, scrive Siotto Pintor, è legato ad una concezione antropologica della legislazione tipica delle culture di *common law*. «Il Pound non riesce a superare l'ingenua visione elementare del legislatore come *the lawmaker*, come il visibile e tangibile produttore immediato di ciascuna singola legge, o di ciascun corpo di leggi»⁴⁶. Nella cultura continentale europea, aggiunge Siotto Pintor, la concezione del legislatore è diversa. Non si ipotizza una persona capace di formulare una singola disposizione ma un sistema di disposizioni integrato e dotato di interconnessioni.

Per noi come è risaputo, le cose stanno ben diversamente. Per noi il legislatore, del quale il giudice è chiamato ad interpretare il pensiero, a tradurre in atto la volontà, non è il *lawmaker*, bensì una figura astratta, che non s'impersona in determinati individui, esistenti in un tempo dato, ma impersona in sé ... tutto quanto il diritto vigente, in qualunque momento del tempo⁴⁷.

Il diritto sia raccolto nei codici sia disperso in una moltitudine di norme è unico. «È sempre tutto quanto attuale», cioè espressione dell'unica «perenne persona del legislatore» che riafferma in ogni momento «tutti indistintamente i precetti del diritto vigente»⁴⁸.

Roscoe Pound, nota l'autore del saggio, percepisce come la giurisprudenza in alcuni casi «malmen» la legge, osserva le patologie di un sistema di diritto giurisprudenziale che delegittima le innovazioni normative tese ad adeguare il diritto al mutamento sociale, ma continua a difendere «quello strapotere del giudice [che] non ha niente da invidiare all'arbitrio del legislatore»⁴⁹.

Siotto Pintor conclude con una descrizione disincantata del conflitto che nella modernità si manifesta tra legislatore e giudice. «Nel corso della storia le due autorità sono state costantemente in lotta per la supremazia. La lotta è stata decisa, modernamente, nel continente europeo a favore del legislatore, e ci si rassegna a sopportare, come male inevitabile, l'arbitrio suo»⁵⁰. Non si può rispondere, osserva l'autore,

⁴⁶ Ibid., 134.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid., 135.

⁴⁹ Ibid., 137.

⁵⁰ Ibid.

alle teorie del diritto giurisprudenziale con una difesa acritica della legge positiva e della statualità del diritto.

Non sono infatuato della sapienza del legislatore; le deficienze della nostra legislazione sono troppo note, perché occorra rimetterle in vista, per scrupolo d'obiettività. Ma se penso agli errori, dei quali sono zeppi gli annali della nostra giurisprudenza, nonostante la libertà, relativamente scarsa, che il nostro *diritto rigido* e il principio della divisione dei poteri lasciano ai nuovi giudici, non posso davvero essere indotto a desiderare un aumento di questa libertà⁵¹.

18.5. Filosofia, sociologia, pluralismo

Nelle ricostruzioni delle vicende della sociologia in Italia ricorre con insistenza una periodizzazione che identifica due fasi di vitalità della disciplina separata da un ventennio di assenza di studi specifici del materiale sociale. Una prima fase della ricerca sociologica secondo tali analisi si accompagna alla diffusione a macchia d'olio del positivismo nell'ultima metà del XIX secolo (il pensiero di Ardigò, la scuola positiva criminalistica, le antropologie della devianza) e si chiude con l'avvento del fascismo. Una seconda fase si manifesta dopo la Liberazione⁵², a partire dagli anni '50, con la costruzione del sistema democratico, con la diffusione in Italia di culture maturate negli USA e nell'Occidente liberal democratico, con l'accelerazione del processo di industrializzazione, con l'ingresso nella progettazione industriale di ipotesi di cooperazione tra esperienze a gruppi sociali diversi (l'ipotesi di Adriano Olivetti). Tra le due fasi un periodo di vuoto nel quale si sarebbe manifestata un'aspra ostilità nei confronti dei metodi e dei contenuti della sociologia e nel quale la riflessione sui fenomeni sociali sarebbe stata monopolizzata dalla cultura della dittatura e dalla pretesa di gestire in termini autoritari non solo le scelte politiche ma anche la definizione dei bisogni.

Agli inizi del XX secolo un approccio alle relazioni umane condotte con il metodo delle scienze naturali diventa oggetto di critiche e condanne feroci. La reazione del pensiero idealistico contro il positivismo aggredisce in particolare la sociologia, e ne contesta «non solo

⁵¹ Ibid., 141.

⁵² Barbano, *La sociologia in Italia*; Idem, ""Prima" e "nuova" sociologia in Italia," 11-52.

i risultati ma anche la possibilità di essere»⁵³. Affermazioni perentorie si trovano sia nel pensiero di Croce sia in quello di Gentile⁵⁴.

Nel secondo dopoguerra non sono mancati tentativi di contrastare lo schema prima esposto sulle due fasi della sociologia e di ipotizzare una continuità nella ricerca presentando un settore dell'apparato ideologico del fascismo come forma di attenzione per le dinamiche sociali⁵⁵. Camillo Pellizzi, che non ha mai nascosto la propria adesione al fascismo, ha cercato con un'opera del 1948 e in lavori successivi di dipingere l'esistenza e la vivacità nel periodo fascista di una cultura sociologica⁵⁶. Essa si sarebbe manifestata nelle progettazioni (unite ad alcune analisi) sul ruolo dei tecnici nell'organizzazione sociale e con il ripensamento delle relazioni industriali promosso dalle teorizzazioni sul sistema corporativo.

Va osservato che l'attenzione per il ruolo dei tecnici e la necessità di un ripensamento delle relazioni industriali si manifesta in tutti i paesi che vivono negli anni venti e trenta un intreccio, di crescita e crisi, dell'economia industriale. Tuttavia le apologie italiane del sistema corporativo (redatte prevalentemente da filosofi e da cultori di dottrine dello Stato) non possono essere definite come esempio di imparziale ricerca sociologica così come non può essere spacciata per ricerca l'apologia fatta dagli scarsi teorici della pianificazione politica ed economica staliniana, dello stakanovismo, della collettivizzazione forzata dell'agricoltura.

⁵³ Spirito, "Sociologia"; Idem, "La sociologia in Italia," 318-354.

⁵⁴ «La negazione ha assunto termini perentori specialmente nell'idealismo italiano contemporaneo per opera di B. Croce, che non ha riconosciuto valore conoscitivo alla scienza (pseudoconcetto), e di G. Gentile che, concependo la realtà come atto assolutamente creatore, ha con ciò stesso distrutto i concetti di necessità dei fenomeni storici e di legge naturale dei loro rapporti. In conseguenza di tale critica, viene a mancare, secondo gl'idealisti, ogni contenuto specifico della sociologia e i problemi sociali diventano, nella loro particolarità, oggetto delle singole scienze sociali e non sociali, e, nella loro universalità e concretezza, oggetto della filosofia e della storia», Spirito, "Sociologia."

⁵⁵ «Barbano e Treves sottolineano come Pellizzi avesse sorvolato non solo sull'idealismo ma anche sulla mancanza praticamente assoluta di analisi sociale delle aree e dei ceti sociali marginali del paese» (Scaglia, "25 anni dell'Associazione Italiana di Sociologia Materiali per scriverne la storia Università di Trento Dipartimento di sociologia, 18). Cfr. Treves, "Trent'anni di sociologia in Italia e il problema associativo," 727-731; Idem, "Continuità o rottura nella storia della sociologia italiana," 97-102. Sulla situazione della Sociologia in Italia negli anni venti cfr: Michels, "Elemente der Soziologie in Italien," 1-3; Idem, "L'enseignement des sciences politiques en Italie," 423-428.

⁵⁶ Cfr. Pellizzi, *Una rivoluzione mancata (1948)*; Idem, "Gli studi sociologici nel nostro secolo," 66-89-123-141; Idem, "Italy," 851-872.

Un fatto che sembra irrobustire la tesi dell'eclissi della sociologia nel ventennio è rappresentato dalla cessazione delle pubblicazioni della *Rivista Italiana di Sociologia*, che avviene nel 1921⁵⁷. Ma una indagine e una riflessione sul lavoro dei Filosofi del diritto che operano alla 'Sapienza' e della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* impone di segnalare che nel ventennio un settore degli studi sociologici trova ospitalità in un nuovo spazio.

La *Rivista*, come si ricorderà, si propone esplicitamente nel "Programma" del 1921 di favorire le analisi sulla fenomenologia giuridica e sulla etnologia. Sulla *Rivista* appaiono importanti articoli di Giuseppe Mazzarella uno studioso che opera a cavallo tra la storia del diritto nell'antichità e l'antropologia (proseguendo una linea di indagine che parte da H. Sumner Maine e che continua con gli antropologi che studiano la transizione tra le forme sociali premoderne e la modernità capitalistico industriale) che costruisce interessanti ipotesi di ricerca e mette in risalto aspetti scarsamente osservati dalle molte delle teorie del diritto formatesi nel secolo XIX⁵⁸. Le opere di Mazzarella sono costantemente segnalate nelle pagine della *Rivista*⁵⁹.

Nel 1927 sulla *Rivista* appare un articolo di Mazzarella che non si limita a proporre alcuni risultati raggiunti da un settore degli studi storico antropologici sul diritto, ma che mette in evidenza il ruolo esercitato dalla fenomenologia giuridica in altri due campi, quello della ontologia e quello della deontologia⁶⁰. Mazzarella segnala la presenza nelle più diverse forme di aggregazione umana di un sistema omogeneo e ricorrente di ordini (relativo alla proprietà, alle obbligazioni, alle successioni, al processo, alla pena, alla famiglia, alla parentela) e mette in risalto il ruolo centrale che assume la consuetudine nella formazione e nella vita dei sistemi giuridici. «Vi sono unità politiche nelle quali consuetudine e legislazione coesistono» con forme di variabili di concorso tra i due elementi.

⁵⁷ Barbano, Prefazione.

⁵⁸ Su Mazzarella cfr. Derrett, "Juridical Ethnology. The Life and Work of Giuseppe Mazzarella (1868-1958)," 1-44; Di Lucia, *L'universale della promessa*, 60-73; Faralli e Facchi, *L'etnologia giuridica di Giuseppe Mazzarella (1868-1958). Antologia di scritti*, 21-28; Leonardi, "Giuseppe Mazzarella (1868-1958)," 601-603.

⁵⁹ Sei opere di Giuseppe Mazzarella sono recensite sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* tra il 1924 e il 1936: Paresce recensisce il suo *Le unità elementari dei sistemi giuridici*, 323; Maroi recensisce diversi volumi dell'opera *Studi di etnologia giuridica*, nonché *Gli elementi irriducibili dei sistemi giuridici*.

⁶⁰ Mazzarella, "La concezione etnologica della legislazione," 520-534.

Vi sono poi sistemi giuridici nei quali la legislazione rappresenta la semplice «fissazione per iscritto» della norma consuetudinaria. Vi sono infine sistemi prevalentemente consuetudinari e sistemi consuetudinari puri⁶¹.

Mazzarella mette in risalto come per alcuni versi tra i fenomeni di aggregazione collettiva vadano anche catalogate quelle che Pierre Clastres, un allievo di Claude Lévi-Strauss, chiamerà le società contro lo Stato, collettività umane di diverse dimensioni nelle quali la coesistenza e le regole di coesistenza non sono garantite da un apparato coercitivo centralizzato e superiore⁶². Mazzarella mette in luce come il diritto a formazione consuetudinaria non sia espressione solo di società lontane dalle culture dell'Europa germanica, da quella romana e da quella cristiana.

È da rilevare che, anche in seno ai popoli appartenenti al complesso etnico degli ari occidentali contemporanei, che sono quelli, presso i quali la legislazione ha raggiunto il maximum del suo sviluppo, la consuetudine è dotata di una sfera di azione straordinariamente ampia. Vi sono unità politiche, la cui popolazione è costituita da molte decine ed anche da parecchie centinaia di milioni di abitanti, il cui diritto obiettivo può considerarsi come quasi completamente consuetudinario, data l'importanza minima che la legislazione realmente esercita nella vita giuridica dei relativi popoli.⁶³

Mazzarella mette in risalto la presenza nelle culture e nelle prassi giuridiche europee di sistemi di diritto consuetudinario ed anche la presenza significativa, ove il sistema legislativo è più radicato (ad es. l'Europa continentale) di spazi nei quali la consuetudine appare dominante. «Basterà ricordare l'azione che la consuetudine effettivamente esercita nel campo del diritto commerciale, costituzionale, amministrativo, processuale, in molte parti del diritto civile, e nel diritto internazionale»⁶⁴. Per Mazzarella si deve riconoscere che «il nucleo sostanziale di qualunque legge è costituito da una consuetudine, attuale o potenziale, che il rivestimento formale non esercita un'azione efficace se non nel caso in cui il nucleo sostanziale abbia il carattere di consuetudine potenziale»⁶⁵.

⁶¹ Ibid., 522.

⁶² Cfr. Clastres, *L'anarchia selvaggia*.

⁶³ Mazzarella, "La concezione etnologica della legislazione," 528.

⁶⁴ Ibid., 529.

⁶⁵ Ibid., 531.

Mazzarella sintetizza la propria posizione in alcuni principi. «La consuetudine è l'unica fonte di diritto in seno a tutti i sistemi giuridici», la consuetudine è costituita dalla «pratica degli interessati siano essi subietti individuali o subietti collettivi di diritto», nei sistemi consuetudinari (puri o misti) la formazione della consuetudine si attua «esclusivamente sotto la spinta immediata dei bisogni giuridici degli interessati», la legislazione «ha come contenuto esclusivo norme consuetudinarie», la consuetudine si forma anche sotto lo stimolo di un'azione esercitata dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla legislazione.

Mazzarella non si limita ad affermare che per una definizione del diritto occorra studiare innanzitutto le relazioni sociali che hanno dato vita alla legge e che hanno stimolato la formazione della consuetudine, l'attività dell'interprete, la volontà dell'autorità (ove essa esista), ma sottolinea la necessità di una riflessione sul diritto che non sia strettamente legata al tema dello Stato e della volontà statale. «Dal principio della consuetudinarietà del diritto ... ho ricavato molteplici ed importanti illazioni sulla natura e sui limiti dell'attività dello Stato nella sfera del Diritto»⁶⁶.

Le indagini sulla diffusione e il ruolo della consuetudine, lo studio delle regolamentazioni spontanee, rendono anche necessaria una serie di valutazioni «sui criteri positivi di legittimità delle leggi; sulla natura delle sanzioni che garantiscono l'osservanza delle norme; sul carattere operativo e non precettivo del diritto; sull'imperativo giuridico universale, etc.»⁶⁷. La valutazione del ruolo della consuetudine nella formazione della legge non serve solo insomma a una più attenta definizione del concetto di diritto, ma apre nuove prospettive alla deontologia giuridica. Gli ordinamenti positivi possono e devono essere valutati anche alla luce di quella normazione spontanea prodotta dalla consuetudine e derivata dalla natura delle relazioni sociali. Lo studio della consuetudine consente una valutazione del diritto positivo dal punto di vista della vita sociale e dei bisogni sociali. E impone «la negazione più assoluta della dottrina dell'onnipotenza legislativa, attualmente dominante nelle dottrine giuridiche e politiche»⁶⁸.

⁶⁶ Ibid., 534.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid.

La vocazione allo studio della sociologia giuridica emerge anche dall'opera che Del Vecchio svolge nell'ambito nella Società internazionale di filosofia e di sociologia del diritto. Nel 1933 la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* annuncia la formazione di un comitato provvisorio impegnato nella costituzione di un Istituto internazionale di Filosofia del diritto e sociologia giuridica. Del comitato fanno parte Francois Gény e Louis Le Fur per la Francia, Gustav Radbruch e Hans Kelsen per la Germania, Roscoe Pound per gli Stati Uniti, Giorgio Del Vecchio per l'Italia, Harols J. Laski per la Gran Bretagna.

L'influsso sempre crescente della disciplina, in pieno rinnovamento dell'intera scienza giuridica pone la necessità di una collaborazione sempre maggiore tra i suoi cultori di tutti i paesi. La Filosofia giuridica, pur essendo nel suo fondo la più internazionale fra le branche del diritto, ha avuto per forza di cose nel secolo XIX un carattere strettamente nazionale. Il suo programma ulteriore non può essere realizzato che attraverso un allargamento di prospettiva⁶⁹.

Il resoconto della terza assemblea della Società, che si svolge a Roma nel 1936, redatto da Guido Gonella, segnala come al centro del dibattito della nuova Società scientifica non siano solo temi di ontologia, fenomenologia e deontologia giuridica ma come nel dibattito siano state affrontate in senso critico le trasformazioni (e le crisi) politiche che gravano su alcuni paesi d'Europa. Gustav Radbruch, che era stato ministro socialista della repubblica di Weimar, svolge nella sua relazione, secondo il resoconto di Gonella, una appassionata apologia dei principi di libertà. Radbruch distingue:

un senso sociale, un senso organico ed un senso istituzionale del bene comune; qualifica come liberalismo ogni dottrina che permette agli individui di affermarsi contro la maggioranza e contro la totalità, rilevando che è appunto il liberalismo che pone come fine del diritto, oltre il bene comune, anche la giustizia e la sicurezza.

Radbruch, prosegue Gonella nel suo resoconto, «ritiene, a proposito dei rapporti fra il bene comune e gli altri fini del diritto che 'un ordine basato unicamente sull'idea di bene comune' e tale da mettere

⁶⁹ Anon., "Fondazione di un istituto internazionale di Filosofia del diritto e di Sociologia giuridica," 585.

gli individui nell'impossibilità di difendere i loro interessi contro il bene comune non potrebbe pretendere il nome di diritto»⁷⁰.

18.6. Certezza del diritto, legge, dittatura

Un anno dopo l'allontanamento di Del Vecchio dall'insegnamento e la chiusura della *Rivista* disposta dal governo (dal Ministero della Cultura Popolare) una seconda serie riesce ad essere pubblicata sotto la direzione di Amedeo Giannini, Felice Battaglia, Giuseppe Capograssi⁷¹. Come ricorderà nel secondo dopoguerra Rinaldo Orecchia, un fedele allievo di Giorgio Del Vecchio, la decisione fu possibile per l'autorevolezza di Amedeo Giannini ma anche per l'impegno degli altri due direttori. Nella "Premessa" che apre il fascicolo che inaugura la nuova serie nessun accenno specifico viene fatto alla persona e ai meriti di Del Vecchio. L'articolo contiene solo alcuni cauti riferimenti critici (in tono problematico e non assertivo) a trasformazioni che investono il ruolo della legge e del diritto.

L'articolo segnala l'esistenza di una crisi di fiducia nel diritto.

Tutti erano più o meno d'accordo sul diritto come mezzo, perché tutti erano tranquilli che questo mezzo era, quasi si direbbe, obbligatoriamente connesso con un fine necessario: si era tranquilli sul mezzo perché si era sicuri del fine. Si ha adesso l'impressione che questo nesso tra mezzo e fine sia rotto, perché il fine, quel fine a cui la vita sociale deve tendere, si è profondamente mutato, e quindi il mezzo, il diritto come mezzo, è diventato pericolosamente indifferente e tale che può portare e assicurare qualunque fine⁷².

Sono in crisi, aggiunge la "Premessa", i rapporti tra tutte le grandi organizzazioni sociali,

⁷⁰ Gonella, "La III sessione dell'Istituto internazionale di Filosofia del diritto e di Sociologia giuridica," 355.

⁷¹ *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, Anno XIX, Serie II, gennaio aprile 1939-XVII, fascicolo I-II. Diretta da Amedeo Giannini, Felice Battaglia, Giuseppe Capograssi. Direzione Roma via Giuseppe Ferrari 2. Amministrazione Fratelli Bocca Editori Milano, via Durini 31. Di seguito il Sommario del fascicolo. La Direzione, "Premessa della Nuova serie." Giuseppe Capograssi, "Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici." Guido Calogero, "La libertà e il diritto." Simone Malvagna, "Il pensiero politico di Sorel e il fascismo." Amedeo Giannini, "Tendenze nell'organizzazione della comunità internazionale." Felice Battaglia, "Il rapporto giuridico secondo F.B. Cicala".

⁷² La Direzione, "Premessa della Nuova serie," 2.

il mondo così ricco e così delicato della vita associata nelle sue innumerevoli formazioni, l'individuo e i suoi problemi, lo Stato con tutte le sue forze e le sue pretese, i rapporti tra gli Stati e la singolarissima formazione che si chiama la Chiesa tutto questo sta ora in una crisi che si manifesta in una interminabile serie di tentativi per trovare nuove posizioni di equilibrio.

Nel 1942 la rete del silenzio contro l'allontanamento di Giorgio Del Vecchio dall'insegnamento viene rotta da due giovani studiosi. Il primo è Rinaldo Orecchia che dà alle stampe la bibliografia completa delle opere di Del Vecchio. Il secondo è Flavio Lopez de Oñate che sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* pubblica una recensione dell'opera di Orecchia ricca di riconoscimenti per il ruolo svolto dal maestro nella cultura giuridica del '900.

Nello stesso anno Lopez de Oñate pubblica un volume, *La certezza del diritto*, nelle pagine del quale si percepisce quella cultura dei "principi" che ispira Del Vecchio e per molti aspetti la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, ma si percepisce anche un atteggiamento fortemente critico nei confronti di culture giuridiche di tipo totalitario che si erano diffuse tra le due Guerre nel continente europeo. Lopez de Oñate condanna gli orientamenti che guidano la teoria giuridica, la legislazione e la prassi giudiziaria nel sistema nazionalsocialista e in quello sovietico. Ma è più che evidente anche il riferimento a fermenti irrazionalisti presenti nella cultura giuridica italiana.

L'opera si apre con una analisi della crisi del diritto, tema che era stato affrontato nella "Premessa" al primo fascicolo della seconda serie della *Rivista*. Gli argomenti ai quali ricorre il giovane studioso sono diversi da quelli utilizzati nel cauto articolo del 1939. La crisi va fatta derivare dalla moltiplicazione di una legislazione che alimenta l'incertezza e da una tendenza a prevaricare la norma scritta con il ricorso a principi di tipo ideologico. Lopez de Oñate cita un lavoro di Calamandrei nel quale si fa derivare la crisi del diritto da una ipertrofia normativa (riduzione della tutela di diritti soggettivi, trasformazione dei rapporti civili in rapporti amministrativi dominati dal principio di autorità) ma anche da una diffusa tendenza all'allargamento dei «poteri volontari del giudice», da una aspirazione sempre più viva al diritto del caso per caso, dal discredito della codificazione e della legge intesa come norma generale preesistente al giudizio⁷³.

⁷³ Calamandrei, "La relatività del concetto di azione." Calamandrei recensirà il volume

Il singolo, intimorito dalla legge, o privo di fiducia, ha cercato rifugio nel diritto, «ma nessun rifugio era più espugnabile di quello»⁷⁴. Quando il potere costituito ha accolto la richiesta del cittadino questi si è trovato «non più di fronte alla legge, come volontà eguale e costante, cioè certa, ma di fronte ad una volontà continuamente rinnovantesi ed imprevedibile che si qualificava come diritto»⁷⁵.

Alle origini della crisi sta per alcuni versi la cultura del diritto libero ma anche e soprattutto una trasformazione che essa ha subito in alcuni regimi che si sono affermati in Europa tra le due Guerre. In Germania dove la corrente del diritto libero era nata ed era stata ampiamente coltivata negli anni della repubblica di Weimar, «si sono andate attuando e maturando le condizioni per un nuovo assalto alla certezza della legge»⁷⁶. Al diritto non è più attribuito il carattere di *valore*, «la legge non è più una volontà che deve essere considerata nella sua effettiva ed obiettiva significazione». Per rendersi conto a pieno di essa, «occorre consultare lo spirito che è latente in essa, al quale solo si deve obbedienza, anziché alla parola della norma». La norma giuridica va considerata ed esaminata «in rapporto allo scopo che essa si propone» ed ogni norma va esaminata nella sua connessione con l'ordinamento «per intenderla nella sua funzione politica, in rapporto alla funzione politica dell'ordinamento stesso»⁷⁷.

Lopez de Oñate distingue con chiarezza le trasformazioni subite dalla dottrina del diritto libero negli anni venti e trenta. Essa ha subito per molti versi un capovolgimento. Mentre l'esigenza di giustizia, che era alle origini del diritto libero, «intendeva soddisfare un'aspirazione del singolo», il nuovo diritto libero vuole soddisfare un'esigenza della collettività «del popolo come entità storica (e razziale) a sé»⁷⁸. La fuga dalla certezza e la scelta di un diritto giurisprudenziale ispirato agli interessi e al primato di una indeterminata entità storica collettiva

di Lopez de Oñate nel 1942 con vivo apprezzamento ed affermando in conclusione che l'ufficio del giurista consiste anche nel dare agli uomini la consapevolezza che «il diritto è perpetuamente in pericolo» (Calamandrei, "La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina").

⁷⁴ Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, 40.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid., 85.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid., 86.

non caratterizza ovviamente soltanto il regime nazionalsocialista che si fonda su razza e popolo ma anche la teoria e la prassi sovietica del diritto e dello Stato⁷⁹.

Lopez de Oñate, citando Norberto Bobbio, ricorda che il primato della legge non è sufficiente a garantire i popoli dall'arbitrio. Per prevenire l'arbitrio è necessario che si instauri un principio di legalità che deve investire tutto l'ordinamento dello Stato. Lopez de Oñate che nel 1942 scrive con toni durissimi della dottrina giuridica nazionalsocialista, dottrina di un paese alleato dell'Italia in guerra, sa di dover affrontare, come ipotesi migliore, la censura. Sceglie quindi di aggirare possibili ritorsioni aggiungendo a conclusione dell'opera alcuni paragrafi che potrebbero evidenziare una differenza tra le prassi del fascismo e quelle del nazionalsocialismo. Anche il fascismo che proclama lo Stato etico, scrive Lopez De Oñate, ha sentito la necessità di non elidere l'esigenza della legalità affermando che lo Stato è forza che si attua nel diritto. Lopez cita in proposito due «ferme» disposizioni del «capo del governo italiano». La prima precede di poco la legge 31 gennaio 1926, n. 100 (che instaurerà il regime negando le fondamentali libertà politiche) ed afferma che le norme concernenti l'amministrazione della giustizia «sono riservate alla legge», la seconda del 1942 dichiara che nel regime fascista «l'azione della pubblica amministrazione si svolga nella piena legalità»⁸⁰. Il riferimento alle due disposizioni interpretative impartite dal Duce è con evidenza un argomento abbastanza debole a favore di una immagine del fascismo rispettosa di una piena legalità. Lopez cita solo due provvedimenti contrapponendoli a una pratica ventennale di formazione del diritto all'esterno della legge! Se si leggono poi le righe successive e conclusive si comprende il messaggio che l'autore intende trasmettere: non un omaggio ma una dichiarazione di sfiducia! Al riconoscimento nei confronti del ruolo del capo del governo segue un breve paragrafo composto da parole alle quali Lopez de Oñate cerca con evidente sforzo di dare una parvenza di coerenza.

⁷⁹ Ibid., 87-88. «La dottrina sovietica del diritto svolge invece il concetto del carattere strumentale del diritto, che asserisce con coerenza brutale e senza alcun presupposto di indole etica. Il fondamento deriva evidentemente dalla concezione del diritto come espressione formale, come epifenomeno rispetto all'economia, nella quale concezione si concreta la dottrina marxista intorno all'esperienza giuridica. Su questo fondamento il diritto sovietico è pervenuto ad ignorare il principio della pubblicazione obbligatoria della legge (come avverte il giurista sovietico Arkhipov)».

⁸⁰ Ibid., 142.

«Così organicamente, senza inutili frasi, oggettivamente sulla sicura e valida e rigorosamente osservata certezza della legge, è determinato il fondamento ed il valore dello Stato». Unendo le iniziali delle prime tredici parole si forma una breve frase: *Così fosse vero*⁸¹!

Lopez de Oñate ricorre per spiegare il senso delle sue affermazioni sul regime ad una tecnica della composizione letteraria che consente di veicolare messaggi velati, quella dell'acrostico, un testo nel quale le lettere iniziali di ciascun verso o parola, formano una frase. Una tecnica diffusa nell'antichità e nella modernità. Una tecnica attraverso la quale erano state trasmesse comunicazioni di libertà religiosa e politica. Una tecnica che era stata legata anche a temi e principi cari a Giorgio del Vecchio. L'ἰχθύς del primo cristianesimo. Il Viva V.E.R.D.I. del Risorgimento.

Riferimenti bibliografici

- ANON. "Il diritto naturale e la sua immutabilità e assolutezza." *La civiltà cattolica*, LXXXIII, 4 (1932).
- ANON. "Fondazione di un istituto internazionale di Filosofia del diritto e di Sociologia giuridica." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XIII, fasc. 4-5 (1933).
- Associazione Nazionale fra i professori universitari. *La nostra guerra*. Firenze: Tipografia Domenicana, 1915.
- BARBANO, FILIPPO. ""Prima" e "nuova" sociologia in Italia." *Quaderni di sociologia*, 3-5 (1985).
- . "Prefazione." In *Per una storia della sociologia italiana. Gli anni '50 e il mezzogiorno*, a cura di Gianfrancesco Costantini. Napoli: Edizioni Scientifiche, 1993.
- . *La sociologia in Italia. Storia, temi e problemi 1945-1960*. Roma: Carocci, 1998.

⁸¹ L'acrostico è svelato nella nota a pagina 143 della edizione della *Certezza del diritto* curata da Guido Astuti nel 1968. L'acrostico e l'antifascismo di Lopez sono stati ricordati anche da Vittorio Frosini. «Nell'ultima pagina del libro di Lopez de Oñate, in cui si parla della logica del corporativismo, se viene letto l'acrostico, cioè le prime lettere di ogni riga, queste dicono "Magari fosse vero". Un altro esempio di nicomedismo d'epoca: Lui era senz'altro antifascista, amico di Giuseppe Capograssi, e, per conseguire la cattedra, aveva dovuto chiudere questo libro con gli elogi del regime dell'epoca, mentendo. Ma la voce girava e si sapeva ... La commissione approvò il libro di Flavio Lopez de Oñate, ancora oggi fondamentale per gli studiosi di Filosofia del diritto; salvo Volpicelli, che fiutò quanto vi fosse in esso di contrario allo spirito conformistico dell'epoca e fece una relazione di minoranza contraria», Cubeddu, e Cavera, *Il prof. Vittorio Frosini in una lucida testimonianza su Università, Normale e Collegio Mussolini*.

- BONANATE, LUIGI. *Guerra e pace. Due secoli di storia del pensiero politico*. Milano: Franco Angeli, 1998.
- BRUGI, BIAGIO. "Fatto giuridico e rapporto giuridico." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, I, fasc. 1 (1921).
- CALAMANDREI PIERO. "La relatività del concetto di azione." In *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*. Padova: CEDAM, 1939.
- . "La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina." *Rivista di diritto commerciale*, 1 (1942).
- CLASTRES, PIERRE. *L'anarchia selvaggia*. Milano: Elèuthera, 2013.
- CORRADINI, ENRICO. *Il Nazionalismo italiano*. Milano: Fratelli Treves, 1914.
- CROCE, BENEDETTO, cur. *La Critica, rivista di letteratura, storia e filosofia*. 19, 1921.
- . Recensione a Del Vecchio, Giorgio. "Sui principi generali del diritto, Pro-
lusione al corso di Filosofia-del diritto letta il 13 dicembre 1920 nella R.
Università di Roma." *La Critica*, 19 (1921).
- CUBEDDU, RAIMONDO e GIUSEPPE CAVERA. *Il prof. Vittorio Frosini in una lucida
testimonianza su Università, Normale e Collegio Mussolini*. Pisa: Associazione
ex Allievi Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari e di Perfezio-
namento, 1997.
- DE FELICE, RENZO. *Mussolini il fascista. La conquista del potere, 1921-1925*. Torino:
Einaudi, 1995.
- DE NAPOLI, OLINDO. "Roma val bene una messa: identità ebraica e fascismo in
una vicenda degli anni venti." *Contemporanea*, 4 (2013).
- DEL VECCHIO, GIORGIO, WIDAR CESARINI SFORZA, ANTONIO PAGANO e ROBERTO
VACCA. "Programma." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, I, fasc. 1
(1921).
- DEL VECCHIO, GIORGIO. *Il fenomeno della guerra e l'idea della pace*. Torino: Fratelli
Bocca, 1911.
- . *The Moral Basis of Italy's War*. London: Fisher Unwin, 1917.
- . "Roberto Vacca 1876-1925." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, IV,
fasc. 4 (1924).
- . "Relazione dell' Anno accademico 1926-1927 pubblicata dal Rettore uscente
prof. Giorgio Del Vecchio all'inizio dell'anno accademico 1927." *Annuario
della Regia Università degli Studi di Roma. Anno accademico 1927-1928* (1928).
- . "Pacifismo." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XVI, fasc. 6 (1936).
- . *Storia della filosofia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1958.
- . *Sui principi generali del diritto*. Milano: Giuffrè, 2001.
- DEMOGUE, RENÈ. "Professionisti e non professionisti nel diritto civile." *Rivista
internazionale di Filosofia del diritto*, I, fasc. 1 (1921).
- DERRETT, JOHN DUNCAN MARTIN. "Juridical Ethnology. The Life and Work of
Giuseppe, Mazarella (1868-1958)." *Zeitschrift für vergleichende Rechtswis-
senschaft*, 71 (1969).

- DESSÌ, GIOVANNI. "La ripresa del dibattito filosofico all'università di Roma." In 1945-1946 *Le Origini della Repubblica. Contesto internazionale e aspetti della transizione*, a cura di Giancarlo Monina. Soveria Mannelli: Rubettino, 2007.
- DI LUCIA, PAOLO. *L'universale della promessa*. Milano: Giuffrè, 1997.
- EHRlich, EUGEN. "La sociologia del diritto." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, II, fasc. 2-3 (1922).
- FARALLI, CARLA e ALESSANDRA FACCHI, cur. *L'etnologia giuridica di Giuseppe Mazzarella (1868-1958). Antologia di scritti*. Milano: Unicopli, 1998.
- FASSÒ, GUIDO. *Storia della Filosofia del Diritto III*. Bologna: Il Mulino, 1970.
- GAETA, FRANCO. *Il nazionalismo italiano*. Bari-Roma: Laterza, 1981.
- GANEFF, VÉNÉLIN. "La realtà giuridica secondo gli autori russi." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, I, fasc. 1 (1921).
- GENTILE, FRANCESCO. "Il ruolo della filosofia nella formazione del giurista." *L'Ircocervo*, 1 (2008).
- GHISALBERTI, ALBERTO MARIA. "La laurea honoris causa a Gabriele d'Annunzio." *Rassegna storica del risorgimento italiano*, 4 (1967).
- GOBETTI, PIERO. "Il nazionalismo italiano." *La rivoluzione liberale*, 27 (1922).
- GONELLA, GUIDO. "La III sessione dell'Istituto internazionale di Filosofia del diritto e di Sociologia giuridica." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XVII, fasc. 3 (1937).
- KOKOUREK, ALBERT. "Natura e specie dei rapporti giuridici." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, I, fasc. 1 (1921).
- La Direzione (Amedeo Giannini, Felice Battaglia e Giuseppe Capograssi). "Premessa della Nuova serie." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XIX, fasc. 1-2 (1939).
- LEONARDI, FRANCO. "Giuseppe Mazzarella (1868-1958)." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXXVI, fasc. 5 (1959).
- LOPEZ DE OÑATE, FLAVIO. *La certezza del diritto*. Milano: Giuffrè, 1968.
- MAROI, FULVIO. Recensione a *Studi di etnologia giuridica*, voll. VI (1926), VII (1927), VIII (1928), di Giuseppe Mazzarella. Catania: Tip. Zuccarello. *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, X, fasc. 6 (1930).
- . Recensione a *Studi di etnologia giuridica*, vol. IX. (1930), di Giuseppe, Mazzarella. Catania: Tip. Zuccarello. *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XII, fasc. 4-5 (1932).
- . Recensione a *Studi di etnologia giuridica*, vol. X (1932), di Giuseppe, Mazzarella. Catania: Tip. Zuccarello. *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XIV, fasc. 2 (1934).
- . Recensione a *Studi di etnologia giuridica*, vol. XI (1934), di Giuseppe Mazzarella. Catania: Tip. Zuccarello. *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XVI, fasc. 2 (1936).
- . "Gli elementi irridutibili dei sistemi giuridici." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, V, fasc. 1 (1925).

- MAZZARELLA, GIUSEPPE. "La concezione etnologica della legislazione." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, VI, fasc. 4 (1926).
- MICHELIS, ROBERT. "Elemente der Soziologie in Italien." *Kolner vierteljahreshefte für Soziologie*, 4 (1923-1924).
- . "L'enseignement des sciences politiques en Italie." *Revue des sciences politiques*, t. LVI (1933).
- ONOFRI, NAZARIO SAURO. *Ebrei e fascismo a Bologna*. Bologna: Grafica Lavino, 1980
- PARESCHE, ENRICO. Recensione a *Le unità elementari dei sistemi giuridici*, di Giuseppe Mazzarella. Messina: ed. Principato, (s. a). *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, IV, fasc. 4 (1924).
- PELLIZZI, CAMILLO. "Gli studi sociologici nel nostro secolo." *Quaderni di Sociologia*, 20-21 (1956).
- . "Italy." In *Contemporary sociology*, a cura di Joseph S. Roucek. New York: Philosophical Library, 1958.
- . *Una rivoluzione mancata (1948)*. Bologna: Il Mulino, 2009.
- POUND, NATHAN ROSCOE. "La filosofia nel diritto costituzionale americano." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, II, fasc. 1 (1922).
- QUAGLIO, DARIO. *Giorgio Del Vecchio: il diritto fra concetto e idea*. Napoli: Edizioni Scientifiche, 1984.
- SCAGLIA, ANTONIO. "25 anni dell'Associazione Italiana di Sociologia. Materiali per scriverne la storia Università di Trento Dipartimento di sociologia e ricerca sociale." *Quaderno 39* (2007).
- SERRA, TERESA. "La Filosofia del diritto: Capograssi, Cesarini Sforza, Volpicelli." Relazione al convegno *La Sapienza del giovane Leopoldo Elia: 1948-1962*. Dipartimento di Scienze politiche, 'Sapienza' Università di Roma, 27 marzo 2014.
- SIOTTO PINTOR, MANFREDI. "Diritto naturale, diritto libero e diritto legislativo nel pensiero d'un giurista filosofo americano." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, III, fasc. 2 (1923).
- SOLARI, GIOELE. Recensione a *Il diritto sperimentale* di Roberto Vacca. Torino: Bocca, 1923. *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, III, fasc. 4 (1923).
- SPANO, NICOLA. *L'Università di Roma*. Roma: Mediterranea, 1935.
- SPIRITO, UGO. "Sociologia." *Enciclopedia italiana*. Roma: Treccani, 1936.
- . "La sociologia in Italia." *Revue internationale de philosophie*, 12 (1950).
- Treves, Renato. "Trent'anni di sociologia in Italia e il problema associativo." *Quaderni di Sociologia*, 4 (1980).
- . "Continuità o rottura nella storia della sociologia italiana." *Quaderni di Sociologia*, 7 (1987).
- VACCA, ROBERTO. *Il diritto sperimentale*. Torino: Fratelli Bocca, 1923.

19. La Universidad nacionalcatólica y la reacción antimoderna

*Luis Enrique Otero Carvajal**

19.1. La Junta para Ampliación de Estudios

La Universidad española del siglo XIX se había caracterizado por la precariedad de medios, la escasa renovación de sus estudios, muchos de ellos anquilosados en las viejas estructuras y contenidos de la época de la Contrarreforma, la alergia, cuando no abierta oposición, a las corrientes racionalistas y a las nuevas corrientes científicas y de pensamiento. El ambiente intelectual al finalizar el siglo XIX quedó caracterizado por la llamada literatura regeneracionista, en la que un abigarrado conjunto de polemistas no se cansaban de denunciar los males del país. El diagnóstico era claro y contundente, España agonizaba. La *crisis del 98* no hizo sino dar argumentos a institucionistas y regeneracionistas sobre los *males de la patria*, causa y efecto del anquilosamiento de sus estructuras: políticas, atrapadas en la espesa red del caciquismo; económicas, en las que el proteccionismo actuaba de rémora para el despegue definitivo del proceso industrializador; sociales, donde una extrema polarización quedaba al descubierto en la preeminencia de las redes clientelares del caciquismo y la exclusión social de amplias capas de la sociedad; y, en fin, culturales, fruto de las altas tasas de analfabetismo.

La llamada *generación del 14*, con Ortega y Gasset a la cabeza, sintetizó esta percepción en su convicción de que la solución al atraso español estaba en Europa, entendida ésta como la apertura a las nuevas corrientes de pensamiento y científicas que recorrían el Viejo Continente, base sobre la que debería asentarse un amplio programa reformista que *modernizara* las estructuras sociales, económicas, políticas y culturales del país.

* Departamento de Historia Contemporánea, Universidad Complutense de Madrid.

La creación del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, el 28 de abril de 1900, fue un primer paso para la reforma de la educación y el impulso de la investigación científica. Francisco Giner de los Ríos trató de aprovechar la oportunidad que ofrecía el gobierno liberal para poner en marcha una institución que impulsase la investigación y desde la que se pudiese abordar, con ciertas garantías de éxito, la necesaria reforma de la Universidad. En 1907 se constituyó la Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas – JAE –.

Desde un principio la JAE tuvo que lidiar con la animadversión del conservadurismo español, tanto desde el Gobierno como desde la Universidad, que veían en ella un instrumento para poner en práctica el ideario de la Institución Libre de Enseñanza en la universidad española. El prestigio incontestable de Santiago Ramón y Cajal, su presidente, la dirección de sus centros por las figuras más destacadas de la ciencia española de la época y los resultados de su labor hicieron que no peligrase su existencia¹.

Dos fueron los ámbitos en los que la acción de la JAE resultó fundamental. El primero de ellos, el impulso y gestión de las estancias en el extranjero de los profesores y jóvenes científicos españoles, con el fin de completar su formación académica y científica, a través de una política de pensiones – el equivalente a las becas actuales – que permitieron la toma de contacto con las líneas de investigación puntera de la ciencia internacional y, a la vez, establecer contacto con las instituciones científicas extranjeras. Hasta tal punto fue importante la política de pensiones que la JAE llegó a ser conocida como *Junta de Pensiones*. El otro gran cometido de la Junta fue la creación de instituciones científicas, que permitieran dar continuidad a la formación adquirida en el extranjero por los pensionados y rentabilizar la misma, mediante la fundación de Institutos de Investigación que hicieran realidad el despegue de la Ciencia en España, uno de los principales fines para los que fue concebida. Dos fueron las grandes instituciones creadas por la JAE: el Centro de Estudios Históricos y el Instituto Nacional de Ciencias Físico-Naturales.

Los científicos más destacados de la España de la época estaban vinculados a la JAE y eran, a su vez, catedráticos de Universidad, la mayoría de ellos en la Universidad Central. Su labor docente e investigadora

¹ Otero Carvajal, López Sánchez, *La lucha por la Modernidad. Las Ciencias Naturales y la Junta para Ampliación de Estudios*.

comenzaba a dar sus frutos, alrededor de ellos fue forjándose una nueva generación de jóvenes investigadores con una sólida formación, obtenida de sus estancias en el extranjero – gracias a la política de pensiones – y su incorporación a los grupos de investigación e instituciones científicas amparadas por la JAE, merced a lo cual comenzaron a ocupar puestos académicos en la Universidad.

19.2. La renovación de la Universidad

Los jóvenes universitarios pensionados por la JAE se habían convertido en los años veinte y treinta en los científicos más destacados de la ciencia española del primer tercio del siglo XX, incorporados a las cátedras universitarias, muchos de ellos en la Universidad Central – Madrid –, mantuvieron su vinculación con los Centros, Institutos y laboratorios impulsados por la JAE. A través de ellos, la trayectoria de ambas instituciones quedó estrechamente entrelazada, favoreciendo el proceso de renovación de la enseñanza y la investigación universitaria².

La proclamación de la Segunda República dio un renovado impulso a las actividades de la JAE. Los primeros gobiernos republicanos otorgaron a la JAE una generosa financiación, a pesar de las dificultades económicas derivadas de la gran depresión. En el programa reformista del primer bienio republicano tuvo un papel destacado la política educativa del Ministerio de Instrucción Pública, a cuyo cargo estuvieron Marcelino Domingo y Fernando de los Ríos, este último entre diciembre de 1931 y junio de 1933. La reforma universitaria del 15 de septiembre de 1931 trató de renovar los sistemas de enseñanza universitaria sobre la base de criterios pedagógicos y científicos más modernos, para lo cual se aprobaron nuevos planes de estudio para las Facultades de Filosofía y Letras, Farmacia y Ciencias.

Se había alcanzado un punto de madurez que exigía dar un salto en el proceso de institucionalización de la ciencia en España. Las dificultades económicas que tuvo que enfrentar la República, consecuencia de la gran depresión, no fueron obstáculo para que el nuevo régimen afrontara un reto de dimensiones históricas para el país, hacer de la ciencia una práctica normalizada y ponerla al servicio del desarrollo

² Otero Carvajal, "La Junta para Ampliación de Estudios y la Universidad Central", en González Calleja, Á. Ribagorda (eds.), *La Universidad Central durante la Segunda República: Las Ciencias Humanas y Sociales y la vida universitaria*, 33-65.

económico, técnico y social de España, sentando las bases para hacer realidad la aspiración de situar a la sociedad española en la senda de las naciones europeas más modernas.

La creación en julio de 1931 de la *Fundación Nacional para Investigaciones Científicas y Ensayos de Reformas*, a semejanza de otras instituciones europeas, perseguía unir la investigación científica y su aplicación práctica al mundo de la industria, con el fin de potenciar la innovación científica y técnica al servicio del desarrollo del país. En octubre de 1932 se reunió, por iniciativa del ministro Fernando de los Ríos, el consejo de administración de la Fundación Nacional para Investigaciones Científicas y Ensayos de Reformas, Teófilo Hernando fue elegido presidente, entre sus vocales se encontraban hombres vinculados a la JAE, como José Castillejo o Antonio García Varela. El estallido de la guerra civil en el verano de 1936 impidió su consolidación.

Al estallar la guerra civil en 1936, la ciencia española merced a la labor de la Junta para Ampliación de Estudios había asistido a una auténtica *edad de plata*. Los resultados de las pensiones, la creación de instituciones de investigación y el establecimiento de estrechas relaciones con instituciones y científicos extranjeros habían sido sus principales logros. Centros de investigación como el Instituto Cajal, el Instituto Nacional de Física y Química, el Centro de Estudios Históricos, el Museo de Ciencias Naturales o algunos de los laboratorios de la JAE, a pesar de la precariedad de medios con los que se habían vistos obligados a desenvolverse, constituían instituciones científicas que estaban en condiciones de figurar en el panorama de la ciencia internacional, si a ellos le añadimos el Institut d'Estudis Catalans, con sus laboratorios de Bacteriología y Fisiología, podemos afirmar sin caer en exageraciones que España estaba en condiciones de establecer por vez primera en su época contemporánea un verdadero sistema de ciencia, compuesto todavía por una reducida nómina de científicos³.

Tras el fracaso del golpe de Estado del 18 de julio de 1936 y el estallido de la guerra civil la actividad de la Universidad quedó paralizada. El desmoronamiento del Estado republicano durante los primeros meses de la guerra civil y la radicalización de esos días dieron lugar a detenciones de catedráticos y científicos considerados desafectos a los aires revolucionarios que impregnaron el bando republicano.

³ Otero Carvajal, López Sánchez, *La lucha por la Modernidad*.

La JAE estaba compuesta por vocales de muy variada adscripción ideológica, desde hombres de clara significación republicana e izquierdista hasta profesores de indudable sesgo conservador, composición que despertó la desconfianza de los sectores izquierdistas en las semanas posteriores al golpe de Estado del 18 de julio, en un Madrid dominado por las milicias tras el desmoronamiento del Estado republicano. La JAE fue contemplada por estos sectores como sospechosa, debido a su espíritu liberal, vinculado con los postulados regeneracionistas e institucionistas de muchos de sus miembros fundadores, a pesar de que algunos de sus miembros habían ocupado cargos relevantes tras la victoria del Frente Popular en las elecciones de febrero de 1936.

19.3. La destrucción de la ciencia española por la dictadura franquista

La instauración de la dictadura de Franco conllevó la partida hacia el exilio o la condena a un amargo exilio interior de una parte sustancial de la intelectualidad y los científicos españoles⁴. La persecución no terminó con el exilio, también encontró su proyección en aquellos que se quedaron o retornaron a España tras la finalización de la guerra civil. Condenados al infamante trámite de la depuración, numerosos científicos y universitarios se vieron expulsados de sus cátedras y puestos como profesores universitarios, iniciando un doloroso exilio interior, en el que quedaron desbaratadas sus carreras científicas, otros muchos se vieron condenados al ostracismo o a desempeñar una callada labor, arrastrando sinsabores y, en muchas ocasiones, tardando años en recuperar su puesto en la Universidad, en el caso de lograrlo sus carreras como científicos estaban definitivamente hipotecadas.

La continuidad de la actividad científica y del espíritu con el que nació la JAE fue imposible tras la finalización de la guerra civil. El carácter ultramontano y reaccionario que alimentaba el llamado bando nacional veía a la Junta, al ideario que la inspiró y vio nacer, y a sus hombres como enemigos y causantes del mal que se pretendía extirpar a sangre y fuego. Fueron innumerables las voces que retomaron con renovada virulencia las críticas que desde los sectores más

⁴ López Sánchez, *Los refugios de la derrota. El exilio científico e intelectual republicano de 1939*; Barona, *El exilio científico republicano*, 353-382.

conservadores de la sociedad española se habían pronunciado desde su nacimiento contra la misma. Los planteamientos que iban a guiar la actuación de la Comisión de Cultura y Enseñanza y, posteriormente, del Ministerio de Educación Nacional respecto a la Universidad española, quedaron claros desde el primer momento.

La Circular de 7 de diciembre de 1936, firmada por José María Pemán, presidente de la Comisión de Cultura y Enseñanza, era clara respecto a la finalidad y objetivos que debían guiar la acción de las comisiones depuradoras:

El carácter de la depuración que hoy se persigue no es sólo punitivo, sino también preventivo. Es necesario garantizar a los españoles ... que no se volverá a tolerar, ni menos a proteger y subvencionar a los envenenadores del alma popular ... hijos espirituales de catedráticos y profesores que, a través de instituciones como la llamada "Libre de Enseñanza", forjaron generaciones incrédulas y anárquicas⁵.

En 1938, José Pemartín, a la sazón Director General de Enseñanzas Superior y Media del Ministerio de Educación Nacional con Sáinz Rodríguez e Ibáñez Martín, escribió:

nosotros lo que pretendemos es dar un sello católico general a la Universidad española en su totalidad⁶, para lo cual era preciso actuar sobre el legado y la influencia de «la Institución Libre de Enseñanza, anti-Católica, anti-española, no ha de quedar piedra sobre piedra. Se ha de transformar en Centro de Españolismo. La Alta Enseñanza madrileña habrá de ser, inexorablemente, de aquí en adelante, Patriótica, Católica y Leal. O no ser⁷

El Decreto de 19 de mayo de 1938 traspasaba al Instituto de España y a las universidades los servicios de la JAE a la que venía a sustituir⁸. La reorganización de la estructura científica se completó con la creación del Consejo Superior de Investigaciones Científicas – CSIC –, bajo la presidencia del ministro de Educación Nacional, José Ibáñez Martín, cargo que mantuvo hasta 1967⁹.

⁵ B.O.E. nº 52, Burgos 10 de diciembre de 1936, Burgos, 3 de diciembre de 1936. El Presidente de la Comisión de Cultura y Enseñanza, José María Pemán, 360-361.

⁶ Pemartín, ¿Qué es "lo nuevo"? *Consideraciones sobre el momento español presente*, 131.

⁷ *Ibid.*, 138.

⁸ B.O.E. 20 de mayo de 1938, Burgos, 7418-7419.

⁹ "Decreto de 30 de diciembre de 1939", B.O.E nº 24, 24 enero 1940, 610-611.

De los 128 catedráticos en activo de la Universidad de Madrid en junio de 1936¹⁰, el 44,35 por ciento fueron depurados, 55 sobre 124, pues cuatro habían fallecido. Por facultades, la más afectada fue la de Medicina, con el 60,71 por ciento, 17 sobre 28, le siguió la Facultad de Ciencias con el 50 por ciento, 16 catedráticos, Derecho con el 42,11 por ciento, Farmacia 40 por ciento, y Filosofía y Letras con el 28,57 por ciento. En el caso de los profesores auxiliares y ayudantes los cálculos resultan más complicados, pues al no ser funcionarios, no existe como en el caso de los catedráticos un escalafón a partir del cual conocer exactamente el número de profesores auxiliares y ayudantes, de los 492 expedientes personales localizados, entre los que se encuentran los profesores y médicos internos vinculados al hospital de San Carlos que dependía de la Facultad de Medicina, el 44,31 por ciento sufrieron algún tipo de sanción, la correspondencia con las cifras totales de catedráticos depurados hace pensar que la muestra es suficientemente representativa. Las cifras son elocuentes sobre las dimensiones de la depuración en la Universidad de Madrid, sobre todo si tenemos en cuenta que la mayoría de ellos no regreso a la Universidad¹¹.

No le fue a la zaga la Universidad Autónoma de Barcelona, todos los profesores contratados por su Patronato fueron cesados y el resto tuvo que someterse al proceso depurador, 135 profesores fueron separados de la universidad más del 50 por ciento de la plantilla. Veintisiete catedráticos fueron sancionados, 25 con la separación definitiva¹². En total de los 600 catedráticos que había en 1939 fueron objeto de sanción 193, el 32,17 por ciento, de los cuales 140 fueron expulsados de la universidad española, el 50 por ciento de los catedráticos represaliados¹³.

M. J. Santesmases, E. Muñoz, "Las primeras décadas del Consejo Superior de Investigaciones Científicas: una introducción a la política del régimen franquista", 73-94.

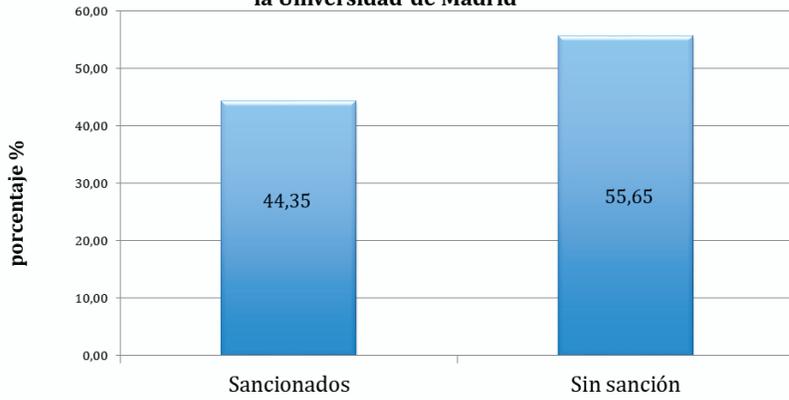
¹⁰ AUCM, Nóminas, nómina de junio de 1936.

¹¹ Carvajal, *La destrucción de la ciencia en España. Depuración universitaria en el franquismo*.

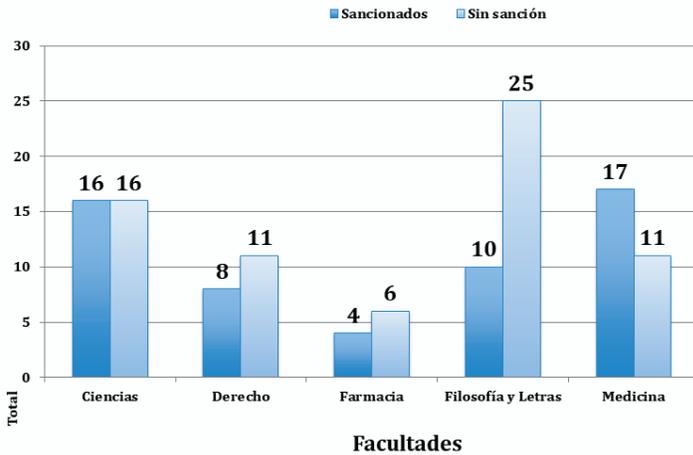
¹² Claret Miranda, *El atroz desmoche. La destrucción de la Universidad española por el franquismo, 1936-1945*, 251-286.

¹³ Baldó Lacomba, "Represión franquista del profesorado universitario," 34.

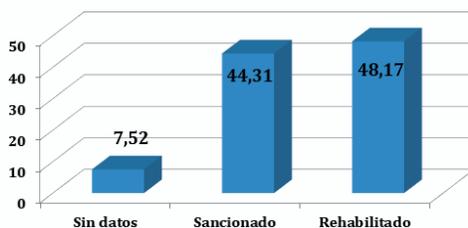
Depuración de los catedráticos en activo en junio de 1936 de la Universidad de Madrid



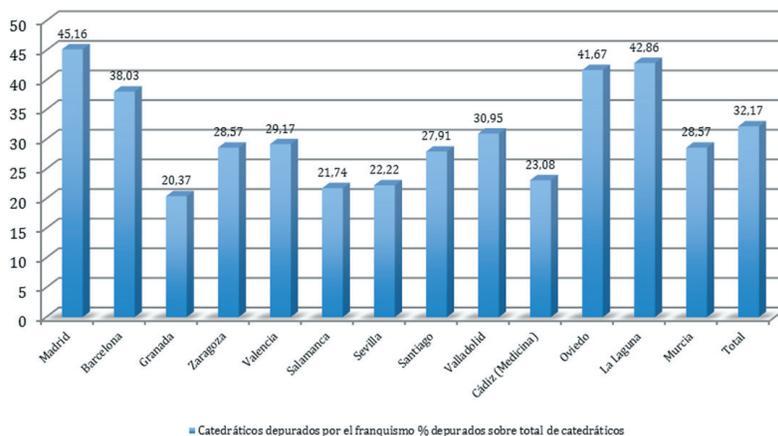
Depuración de los catedráticos en activo en junio de 1936 de la Universidad de Madrid por Facultades



Depuración de Ayudantes y Auxiliares de la Universidad de Madrid, en porcentaje



Porcentaje de catedráticos depurados por el franquismo



CATEDRÁTICOS DE UNIVERSIDAD DEPURADOS POR EL FRANQUISMO

UNIVERSIDAD	Nº CATEDRÁTICOS	CATEDRÁTICOS DEPURADOS	% DEPURADOS SOBRE TOTAL DE CATEDRÁTICOS	CATEDRÁTICOS EXPULSADOS DE LA UNIVERSIDAD	% CATEDRÁTICOS EXPULSADOS SOBRE TOTAL DE DEPURADOS
Madrid	124	56	45,16	41	73,21
Barcelona	71	27	38,03	25	92,59
Granada	54	11	20,37	8	72,72
Zaragoza	49	14	28,57	9	64,29
Valencia	48	14	29,17	9	64,29
Salamanca	46	10	21,74	6	60
Sevilla	45	10	22,22	11	110
Santiago	43	12	27,91	6	50
Valladolid	42	13	30,95	8	61,54
Cádiz (Medicina)	26	6	23,08	4	66,67
Oviedo	24	10	41,67	6	60
La Laguna	14	6	42,86	5	83,33
Murcia	14	4	28,57	2	50
Total	600	193	32,17	140	72,54

Tab. 19.1. Fuente: Marc Baldó Lacomba, "Represión franquista del profesorado universitario", Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija, nº 14, 2011, p. 35.

19.4. La universidad nacionalcatólica

En paralelo a la depuración del profesorado universitario, la dictadura del general Franco puso en marcha el nuevo edificio de la educación, en concordancia con los postulados ideológicos del *Nuevo Estado* sobre la base de un catolicismo antiliberal y antimoderno que cristalizó en el nacionalcatolicismo, santo y seña de identidad del nuevo régimen, en cuyo universo cultural e ideológico se reconocía el dictador, más allá de las componendas con la retórica y las formas del fascismo, defendidas desde el gobierno con ardor por su cuñado Ramón Serrano Suñer, obligado por las circunstancias de la guerra civil y el avance arrollador de la Alemania nazi en la Segunda Guerra Mundial hasta el desastre de Stalingrado en febrero de 1943. La influencia del catolicismo en los gobiernos del general Franco quedó expresada en el control de dos ministerios clave para afirmar su control sobre los postulados ideológico-culturales de la dictadura: el Ministerio de Educación Nacional y el Ministerio de Justicia.

Durante el ministerio de Pedro Sainz Rodríguez se promulgó la ley de reforma de la Enseñanza Media de 20 de septiembre de 1938, en la que establecía que:

El Catolicismo es la médula de la Historia de España ... La revalorización de lo español, la definitiva extirpación del pesimismo antihispánico y extranjerizante, hijo de la apostasía y de la odiosa y mendaz leyenda negra, se ha de conseguir mediante la enseñanza de la Historia Universal (acompañada de la Geografía), principalmente en sus relaciones con la de España. Se trata así de poner de manifiesto la pureza moral de la nacionalidad española; la categoría superior, universalista, de nuestro espíritu imperial, de la Hispanidad, según concepto felicísimo de Ramiro de Maeztu, defensora y misionera de la verdadera civilización, que es la Cristiandad.¹⁴

Fue una ley acogida con gran satisfacción por la jerarquía de la Iglesia católica: «*Las preocupaciones educativas de la Iglesia, que el cardenal Gomá había hecho presentes al Generalísimo en diferentes ocasiones, en nombre del episcopado español, parecían encontrar con esta ley una orientación tranquilizadora*»¹⁵.

El 14 de abril de 1939 fue aprobado el Proyecto de Ley sobre Reforma Universitaria, que expresaba el modelo de Universidad propugnado por

¹⁴ *Jefatura del Estado. Ley*, B.O.E. nº 85, 23 de septiembre de 1938, 1.385-1.395, 1.386.

¹⁵ Redondo, *Historia de la Iglesia en España, 1931-1939*, 522.

la dictadura: «Los fines a que específicamente está llamada la Universidad son: a) Desarrollar en toda la juventud estudiosa aquellos fundamentos ideales de la Hispanidad, base de la cultura auténtica española y del sentido tradicional y católico de nuestro pensamiento imperial»¹⁶.

19.5. El asalto a las cátedras

En 1940 el número de cátedras vacantes se había multiplicado, fallecimientos, asesinatos, jubilaciones y, sobre todo, el devastador proceso de depuración, que había expulsado de la Universidad a cientos de profesores, obligaban a reconstruir con rapidez el profesorado universitario con el fin de garantizar la reanudación de las clases. Fue el momento apropiado para prosperar académicamente por parte de aquellos que desde primera hora se habían incorporado a la sublevación, cuando el proceso de depuración no había culminado y numerosos catedráticos y profesores se encontraban en un limbo jurídico, por lo que su reincorporación a la Universidad estaba en suspenso. Sólo aquellos que habían superado con éxito el proceso de depuración podían optar a ocupar una cátedra universitaria¹⁷.

La Orden de 8 de mayo de 1940 establecía, acogiéndose al Decreto de 22 de abril de 1940 sobre la provisión de 62 cátedras vacantes derivadas de la depuración para lo que se determinaba la subida en el escalafón de aquellos que habían superado con éxito el proceso de depuración¹⁸. Las expulsiones y sanciones generaron en los meses siguientes los correspondientes movimientos en el escalafón.

Más interés que el ascenso en el escalafón tenía la ocupación de las cátedras vacantes, era la ocasión de oro para progresar rápidamente en la carrera académica mediante la provisión de las cátedras por concurso de traslado, tras haber superado el proceso de depuración y demostrado fehacientemente «*su incondicional adhesión al nuevo Estado*», entre los méritos de los concursantes figuraban de forma destacada «*los servicios que hubiera prestado a la Causa Nacional*»¹⁹.

¹⁶ "Orden de 25 de abril de 1939 disponiendo la publicación del Proyecto de Ley de Reforma universitaria para informe de los claustros universitarios", B.O.E. nº 117, 27 abril 1939, 2.265-2.266.

¹⁷ Otero Carvajal, *La universidad nacionalcatólica. La reacción antimoderna*.

¹⁸ Orden de 8 de mayo de 1940 dando la correspondiente corrida de escalas en el Escalafón de Catedráticos de Universidad, B.O.E. nº 134, 13 mayo 1940, 3.282.

¹⁹ Orden de 30 de mayo de 1940 por la que se dispone se anuncien para su provisión, por concurso, cátedras vacantes en Universidades, B.O.E. nº 154, 2 junio 1940, 3.792.

Fueron las conocidas *oposiciones patrióticas* en las que los méritos científicos y académicos desempeñaron un papel secundario frente a los méritos de guerra, situación que se reproduciría en numerosas ocasiones durante los primeros años de la dictadura, una vez *normalizado* el proceso de oposiciones a cátedras universitarias, hasta el punto de que en los ambientes académicos hizo fortuna el dicho «*quien es masón, el que esta por delante en el escalafón*»²⁰.

La Orden de 14 de septiembre de 1940 estableció las normas sobre las oposiciones a cátedras de Universidad²¹, 49 cátedras salieron a concurso en las semanas siguientes. Desde el Consejo Superior de Investigaciones Científicas – CSIC –, a través de su secretario general, José María Albareda Herrera, y la dirección general de Enseñanza Universitaria, con Luis Ortíz y desde enero de 1946 con Cayetano Alcázar, con la participación del ministro, que debía dar el visto bueno, se confeccionaban las propuestas de los tribunales de oposiciones y concursos de traslados de las cátedras universitarias. No era infrecuente que las propuestas originales de presidentes y vocales, titulares y suplentes, fueran corregidos a lápiz con anotaciones firmadas por Albareda o el director general de Enseñanza Universitaria en el que eran tachados algunos de los miembros propuestos o alterados el orden entre suplentes y titulares, con el fin de controlar desde el CSIC y el Ministerio los tribunales de oposiciones, casos como el de Luis Brú, catedrático de física sancionado con la prohibición de desempeñar cargos de dirección y confianza, fueran tachados de la propuesta original por dicha sanción²².

La Orden de 31 de mayo de 1940 fijó los criterios para participar en los concursos de traslado de las cátedras de Universidad, B.O.E. nº 154, 2 junio 1940, 3.792.

²⁰ Laín Entralgo, *Descargo de conciencia (1930-1960)*, 283, nota 12.

²¹ Orden de 4 octubre de 1940 por la que se dan normas sobre las oposiciones a Cátedras de Universidad, B.O.E. nº 259, 15 septiembre 1940, 6.416.

²² A.G.A., Educación, 10480 31/1.481. En el oficio fechado el 3 de septiembre de 1943 dirigido al director general de Enseñanza Universitaria, en el que realiza la propuesta de Tribunal para las cátedras de Física teórica y experimental (sección de Químicas) de las Facultades de Ciencias de las Universidades de Oviedo y Valencia, ante la presencia de Luis Brú Villaseca como vocal suplente, aparece una anotación a lápiz que indica: «*ojo Sr. Brú por Orden 18-I-40 inhabilitado para cargos directivos y de confianza*».

19.6. La Ley de Ordenación de la Universidad española de 1943

La ley de 29 de julio de 1943 sobre ordenación de la Universidad española sancionaba la visión de la Universidad y la Ciencia que caracterizó a la dictadura franquista²³, articulada sobre la base de un nacional-catolicismo profundamente alérgico a la Modernidad, causa de todos los males que debían ser extirpados de la sociedad, responsable de la secularización del saber y de una ciencia desvinculada de la religión. La respuesta era el retorno a una época idealizada y mistificada que enlazaba con los postulados ideológicos de la encíclica *Quanta Cura* y el *Syllabus complectens praecipuos nostrae aetatis errores*, publicados por el papa Pío IX en 1864, en pleno debate sobre el darwinismo²⁴.

El preámbulo de la ley era explícito al respecto:

Nació nuestra Universidad para servir, ante todo, la misión de transmitir el saber mediante la enseñanza ... Esta finalidad inicial, sometida al fiel servicio de la Religión y de la Patria ... La Ley, además de reconocer los derechos docentes de la Iglesia en materia universitaria, quiere ante todo que la Universidad del Estado sea católica. Todas sus actividades habrán de tener como guía suprema el dogma y la moral cristiana y lo establecido por los sagrados cánones respecto de la enseñanza ... Por otra parte, la Ley, en todos sus preceptos y artículos, exige el fiel servicio de la Universidad a los ideales de la Falange, inspiradores del Estado²⁵.

19.7. Las oposiciones a cátedras universitarias y el control ideológico de la universidad: reacción antimoderna

Los postulados ideológicos de la dictadura franquista resultaban incompatibles con la ciencia moderna, lo que tuvo importantes repercusiones en el campo de las ciencias naturales. Entre 1940 y 1951 los tribunales a cátedras de Universidad de Física, Química y Ciencias Naturales estuvieron controlados por una reducida nómina de catedráticos.

²³ Alted Vigil, "Bases político-ideológicas y jurídicas de la universidad franquista durante los ministerios de Sainz Rodríguez y primera época de Ibáñez Martín, (1938-1945)", 95-124; Peset Reig, "La Ley de Ordenación Universitaria de 1943," 125-158.

²⁴ Pío IX, *Encíclica Quanta Cura*, 8 de diciembre de 1864.

²⁵ Ley de 29 de julio de 1943 sobre ordenación de la Universidad española, B.O.E. n^o 212, 31 julio 1943, 7.406-7.408.

En Física las áreas que habían sido protagonistas del despertar de la Física en España durante el primer tercio del siglo XX fueron desmanteladas, la inmensa mayoría de sus protagonistas estaban en el exilio, en prisión y fuera de la Universidad, o desplazados tras su reincorporación a la Universidad. La política autárquica de la dictadura favoreció la posición de privilegio de la Química en la creación de cátedras universitarias durante los años cuarenta. En el campo de las Ciencias Naturales los postulados ideológico-culturales del franquismo chocaron frontalmente con la teoría de la evolución. Con ello la Genética, quedó descabezada, mientras la Geología y la Paleontología quedaron seriamente afectadas²⁶.

En 1940, Luis Bermejo Vida, presidente de la RSEFQ y decano de la Facultad de Ciencias de la Universidad de Madrid, dejaba claro el estrecho vínculo que ciencia y religión debían mantener «*El presidente propone que se establezca en intercambio con la revista Razón y Fe ... pues debemos considerar como fin primordial de nuestras investigaciones la hermandad entre Ciencia y Fe*»²⁷.

En 1944 Antonio Torroja Miret, catedrático de la Universidad de Barcelona, presidió el tribunal de la cátedra Física teórica y experimental de las Universidades de Valencia, Granada y Oviedo, a las que se presentaron Joaquín Catalá de Alemany, José García Santesmases, Antonio Espurz Sánchez, José Antonio Barascain Oderiz y José Biel Lucea. En primer lugar resultó elegido Catalá de Alemany que eligió la cátedra de Valencia, en su *memoria sobre concepto, método y fuentes de la disciplina*, obligada en los concursos de oposiciones a cátedras, Joaquín Catalá presentaba una interpretación de la física del siglo XX cuando menos pintoresca:

al cabo de tres siglos desde que Galileo y Descartes abrieron el derrotero, el gigantesco experimento destinado a substituir el conocimiento metafísico por una ciencia experimental, puede darse por concluido y la obra de aquellos genios ... se ha revelado como gérmen de una nueva monstruosa Torre de Babel ... Ante este estado de cosas a que ha conducido el racionalismo en la especulación científica y ante la

²⁶ Otero Carvajal, *La universidad nacionalcatólica*.

²⁷ Acta de la sesión científica de la Real Sociedad española de Física y Química, celebrada el 20 de mayo de 1940, Libro de *Anales*, 36 (II), 1940, 99-102, reproducido en Varela Candel, López Fernández, *La Física en España a través de los anales de la Sociedad Española de Física y Química, 1903-1965*, 212.

evidencia de que nuestra ignorancia tiene carácter definitivo, la mente del científico retorna a Dios como única Verdad absoluta²⁸.

José García Santesmases, que obtuvo la cátedra de la universidad de Granada al quedar en segundo lugar, se presentó como un claro defensor de la física moderna: «*El origen de esta nueva mentalidad, que caracteriza a la Ciencia moderna, debe buscarse en el siglo XVI y particularmente en el siglo XVII ... A partir de la época citada la Ciencia sigue derroteros nuevos y desde entonces se basa en la experiencia y en el método inductivo de razonamiento*».

A pesar de ello no podía sustraerse a los presupuestos ideológicos de la dictadura si quería tener algún éxito en las oposiciones a cátedra: «*la Física ... ha sufrido en el siglo actual una transformación imprevista y maravillosa. Ha sido una revolución espiritual, pero una revolución realizada bajo el signo de la tradición, separada igualmente del idealismo y del materialismo y estableciendo la íntima y misteriosa compenetración entre la materia y el espíritu*».

Afirmación que, como físico, se veía a obligado a matizar de inmediato: «*La Física moderna, a pesar de estar muy alejada de un ideal puramente positivista ... está cada vez más sujeta a la experiencia ... La historia de la Física de este siglo puede fundamentarse en estas dos grandes doctrinas de profundo alcance: La teoría de la relatividad y la de los "cuanta"*»²⁹.

La diferencia con la Memoria de Catalá era más que notable, a pesar de lo cual quedó en segundo lugar en las oposiciones.

El 19 de diciembre de 1940 fue convocada la cátedra de Química Física (sección Químicas) de las facultades de Ciencias de las universidades de Valencia, Sevilla y Murcia, bajo la presidencia de José Casares Gil, decano de la Facultad de Farmacia de la Universidad de Madrid. En las votaciones salió elegido en primer lugar Octavio Rafael Foz Gazulla, por cuatro votos, que eligió la cátedra de Valencia.

La Memoria de Octavio Rafael Foz Gazulla demostraba un actualizado conocimiento de la Física y la Química de su época. A pesar de ello, mantenía una abierta oposición respecto al alcance y significado de la teoría de la relatividad y la mecánica cuántica en su texto *Física moderna y conocimiento científico*. Con el fin de desterrar de la física la teoría de la relatividad, Foz Gazulla acudía a: «*Milne, tras haber*

²⁸ Catalá De Alemany, *Memoria acerca del concepto, método y fuentes de la asignatura*, 11, presentada como parte de la documentación de la oposición a la cátedra de Física teórica y experimental de 1944. A.G.A., Educación, 1480 31/1.481.

²⁹ García Santesmases, *Memoria acerca del concepto, método, fuentes y programa de la asignatura de Física teórica y experimental*, 2-13, adjuntada a las oposiciones a la cátedra de Física teórica y experimental de 1944, A.G.A., Educación, 1480 31/1.481.

formulado una crítica verdaderamente demoledora de la teoría de la relatividad general, ha sido capaz de elaborar una teoría cosmológica más sencilla ... sin desechar el espacio ni el tiempo ordinarios»³⁰. Foz Gazulla también la emprendía con el principio de incertidumbre enunciado por Werner Heisenberg en 1927: «el principio de causalidad reviste el más alto interés ... sobre todo ... [por] su trascendencia para las pruebas de la existencia de Dios»³¹, ante tamaño desafío Foz Gazulla acudía como cita de autoridad a Jaime Balmes, religioso español del siglo XIX y uno de los más conspicuos representantes del pensamiento reaccionario español y del neocatolicismo³².

En su obra de divulgación *La Física actual*, publicada en 1940, exponía una visión de la Física que, según él, confirmaba la existencia de Dios:

Milne afirma categóricamente que el Universo requiere la acción de un Creador. Coincide, por consiguiente, con Lemaître ... En tales condiciones no deja de producir alguna extrañeza la tenaz supervivencia de las concepciones cosmológicas de la relatividad general en determinados medios ... el interés hacia este género de elucubraciones tiende, por otra parte, a decrecer a medida que se reconoce el fracaso de la relatividad general³³.

Foz Gazulla continuaba: «Al cabo de tres siglos, el gigantesco experimento destinado a sustituir el conocimiento metafísico y místico por una ciencia experimental racionalizada puede darse por concluso; la obra de Galileo y Descartes se ha revelado como germen de una nueva torre de Babel»³⁴.

Tras semejante afirmación, no resultaba extraño que concluyera: «En suma, la física moderna no roza, en realidad, las concepciones clásicas y ortodoxas del pensamiento humano; incluso, en la medida de sus fuerzas, las apoya. Estas fuerzas son, empero, muy escasas, y también aquí se confirman las enseñanzas de la doctrina católica», para desembocar tajantemente: «Como quiera que sea, la especulación científica abandona el racionalismo y retorna a Dios»³⁵.

³⁰ Foz Gazulla, "Física moderna y conocimiento científico", 304-305.

³¹ Ibid., 305.

³² Ibid., 305-307.

³³ Foz Gazulla, *La Física actual*, 11-12.

³⁴ Ibid., 27.

³⁵ Ibid., 40-41.

En el campo de las Ciencias Naturales los postulados ideológico-culturales del nacionalcatolicismo chocaron frontalmente con la teoría de la evolución. Ronald Aylmer Fisher y John Burdon Sanderson Haldane en Gran Bretaña, y Sewall Wright, en Estados Unidos, demostraron que la selección natural, al actuar acumulativamente sobre pequeñas variaciones, a lo largo de generaciones, podía provocar cambios importantes en las especies, dando lugar a la teoría sintética de la evolución. Theodosius Dobzhansky, Julian Huxley, Ernst Mayr y George Gaylord Simpson sentaron las bases para la formulación de la nueva teoría de la evolución, mediante la conjunción de las tesis darwinistas, los desarrollos de la genética y la teoría genética de poblaciones³⁶.

Los años cuarenta fueron el gran momento de expansión de la teoría sintética de la evolución. La publicación en 1942 de la obra de Ernst Mayr *La sistemática y el origen de las especies*³⁷ marcó un hito en esta dirección, al realizar una síntesis en la que la genética, la taxonomía, la ecología y la biogeografía fueron integradas en la nueva teoría sobre la evolución. Las obras de Julian Sorell Huxley *Evolución: la nueva síntesis*³⁸ y George Gaylord Simpson *Tempo and Mode in Evolution*³⁹ desempeñaron un papel similar⁴⁰. Las primeras manifestaciones antidarwinistas de posguerra habían aparecido en una memoria escrita por Eugenio Cueto y Rui-Díaz para la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de Madrid y una traducción de un artículo del profesor de la Universidad de Lund, Nils Heribert-Nilsson, muy crítico con el darwinismo, publicado en la revista *Escorial* en 1942⁴¹. Revistas religiosas, como *Razón y Fe*, *Ibérica*, *Pensamiento*, *Verdad y Vida*, *Miscelánea Comillas*, *La Ciencia Tomista* o *Ecclesia*, entre otras fueron portaestandartes del antievolucionismo.

El 8 de marzo de 1948 fue convocada la cátedra de Paleontología y Geología histórica de las facultades de Ciencias (Sección de Naturales) de la Universidad de Madrid y Barcelona, bajo la presidencia de

³⁶ Mayr, *Así es la biología*, 210.

³⁷ Idem, *Systematics and the Origin of Species*.

³⁸ Huxley, *Evolution: the Modern Synthesis*.

³⁹ Simpson, *Tempo and Mode in Evolution*.

⁴⁰ Mayr, *Así es la biología*, 211-212.

⁴¹ Cueto y Rui-Díaz, "La evolución orgánica biogenética", *Revista de la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de Madrid*, XXXV (1941), 415-441 y 515-549; N. Heribert-Nilsson, "La idea de la evolución y la biología moderna", *Escorial. Revista de Cultura y Letras*, VI (1942), 193-209.

Maximino San Miguel, decano de la Facultad de Ciencias de la Universidad de Madrid, firmaron Bermudo Meléndez, José Ramón Bataller Calatayud y Noel Llopis Lladó, solo se presentaron los dos primeros que fueron elegidos en dicho orden por unanimidad.

En su *Memoria* Bermudo Meléndez concluía que: «una de las conquistas más importantes de la Paleontología, ha sido la demostración palpable de que no existe absolutamente ninguna contradicción entre las Ciencias Naturales y el Dogma católico, ni siquiera en la tan discutida cuestión del origen del hombre».

José Ramón Bataller defendió en su *Memoria*, en concordancia con su condición de religioso, la posición de la Iglesia sobre el origen de las especies: «Puede afirmarse por el contrario si cada especie ha sido llamada a la vida por la voluntad del Creador ... La paleontología es llamada a resolver todas estas cuestiones capitales ... a tenor de las normas recientemente publicadas por la Santa Sede referentes a la interpretación de los Libros Sagrados, en los primeros capítulos del Génesis»⁴².

El intento de hacer compatible de alguna forma el evolucionismo con el dogma católico derivó en la defensa de un evolucionismo teísta, Bermudo Meléndez y Miguel Crusafont Pairó fueron sus mayores representantes⁴³. Meléndez sostenía en 1947 en su *Tratado de Paleontología* que:

la filosofía natural exige en su origen una intervención especial del Creador. 3a las teorías que pretenden dar una explicación de la evolución desde un punto de vista puramente mecánico, antifinalista (darwinismo, neodarwinismo, neolamarckismo mecanicista, preadaptación), son científicamente insuficientes, y solo una teoría finalista y vitalista puede dar razón del conjunto de los hechos biológicos. 4a El hombre íntegro no puede ser producto natural de la evolución ... Ningún argumento firme puede oponerse a la tesis tradicional católica, según la cual Dios intervino de una manera especial en la formación de los cuerpos de la primera pareja humana de la cual desciende toda la humanidad⁴⁴.

Esta abierta oposición a la teoría sintética de la evolución encontró su traducción en la imposibilidad de acceder a la enseñanza universitaria a Faustino Cordón⁴⁵, traductor en España en 1955 de la obra de

⁴² Ramón Bataller, *Memoria pedagógica*, 6. A.G.A., Educación, 31/4.058.

⁴³ Blázquez Paniagua, "La recepción del darwinismo en la universidad española (1939-1999)", 57.

⁴⁴ Meléndez, *Tratado de Paleontología*, 79-80.

⁴⁵ Tort, "Faustino Cordón et l'unité dans la théorie biologique," 343-355.

Theodosius Dobzhansky *Genética y el origen de las especies*⁴⁶, dieciocho años después de su aparición en 1937⁴⁷. Solo a finales de los años cincuenta el panorama comenzó a cambiar tímidamente⁴⁸.

En el resto de disciplinas los resultados fueron similares⁴⁹. En el campo del Derecho los juristas que habían protagonizado la renovación de la disciplina durante el primer tercio del siglo XX, muchos de ellos vinculados con el proceso de renovación política que representó la Segunda República, marcharon al exilio o sufrieron las consecuencias de la represión y la depuración.

En el ámbito del Derecho Político y la Teoría del Estado, De los Ríos y Ayala representaban a las dos generaciones que más intensamente habían cuestionado las bases iusnaturalistas del Derecho del Estado en España. De su mano se había gestado un Derecho de raíces sociológicas y constitucionalistas, que se consolidó durante el proceso constituyente republicano ... La contribución de De los Ríos fue igualmente notable en el terreno académico, en el que su magisterio y el de otro krausista de gran influencia, Adolfo González Posada, sentaron las bases de una nueva Ciencia Política⁵⁰.

El Derecho Político fue sustituido por un «*iusnaturalismo de raíces católicas integristas, y por otro, un normativismo franquista, que adoptaba una actitud tecnocrática y acrítica hacia la práctica política gubernamental, como reflejo del desprecio de la dictadura hacia el Estado de Derecho, el parlamentarismo y el constitucionalismo*»⁵¹. De esta forma, el Derecho Administrativo se ofreció como una alternativa para la dictadura, que concebía al estado como un instrumento al servicio del ejercicio del poder, una vez superadas las veleidades ideológicas de los años inmediatamente posteriores a la finalización de la guerra civil y tras el fracaso de la política autárquica. La dictadura franquista buscaba sobrevivir en el nuevo contexto internacional surgido con la guerra fría, mediante un *aggornamiento* de su naturaleza dictatorial a través de un discurso tecnocrático para el que el Derecho Administrativo se ofrecía como una herramienta extremadamente útil,

⁴⁶ Dobzhansky, Theodosius Grigorievich. *Genética y el origen de las especies*.

⁴⁷ Pelayo, "Debatiendo sobre Darwin en España: antidarwinismo, teorías evolucionistas alternativas y síntesis moderna", 127-128.

⁴⁸ Ibid., 128.

⁴⁹ Otero Carvajal, *La universidad nacionalcatólica*.

⁵⁰ San Andrés Corral, "El Derecho Político en la universidad nacionalcatólica", 784-785.

⁵¹ Ibid., 799.

a comienzos de los años cincuenta, el administrativista Eduardo García de Enterría cuestionó la tradición liberal de los planes de estudios vigentes desde el siglo XIX. Para él, los estudios jurídicos modernos que surgieron en el contexto de la formación y desarrollo de los Estados de Derecho liberales, eran insuficientes en un nuevo contexto histórico, en el que el Estado se vaciaba de contenido político para concentrar sus fuerzas en administrar servicios⁵².

La primera cátedra de Derecho Político que se convocó tras la finalización de la guerra civil tuvo lugar en 1942 para cubrir las plazas de las universidades de Sevilla y Oviedo, bajo la presidencia de Carlos Ruiz del Castillo.

El cuestionario elaborado para el sexto ejercicio contenía las líneas maestras del nuevo Derecho Político de la postguerra. Sometida al dogma católico y orientada a legitimar políticamente la dictadura, la Teoría política del nuevo Estado se apartaba del Derecho Constitucional de la generación anterior y se interesaba por el totalitarismo, pero recelaba de las aportaciones extranjeras y buscaba sus referentes en los juristas españoles del Siglo de Oro ... El desprecio hacia la tradición jurídica positivista, la aproximación al iusnaturalismo y el sometimiento de la argumentación jurídica al discurso político oficial reflejaban el monolitismo doctrinal del Derecho Político franquista, patente en todos los ejercicios⁵³.

Los candidatos exhibían unas biografías que denotaban:

la acusada injerencia del componente extraacadémico en las oposiciones de la primera postguerra, observable en la mayoría de las disciplinas, pero singularmente en las de Derecho público. La mayoría de los aspirantes exhibían sin pudor su condición de ex combatientes o su militancia en el partido único ... En sus trabajos, [Ignacio María de] Lojendio teorizaba acerca de la revolución y del Estado totalitario. En este sentido, señalaba que España debía caminar hacia la total identificación entre el Estado y el partido único, a imagen de Alemania, Italia y la URSS ... Por su parte, [Luis] Sánchez Agesta ofrecía un perfil intelectual más ecléctico, en el que conjugaba el iusnaturalismo y el enfoque histórico⁵⁴.

⁵² Ibid., 800.

⁵³ Ibid., 803-804.

⁵⁴ Ibid., 805-809.

En 1945 se celebraron las oposiciones de las cátedras de Derecho Político de Barcelona, Murcia y Oviedo, bajo la presidencia de José María Castiella, decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de Madrid y director del Instituto de Estudios Políticos.

La mayoría de los opositores encajaban en el perfil académico patrocinado por el Ministerio Ibáñez Martín: habían hecho la Guerra al lado de los vencedores, estaban más o menos integrados en la estructura del poder, se habían formado al calor del Instituto de Estudios Políticos y el CSIC y, por tanto, estaban desvinculados del positivismo jurídico ... El cuestionario redactado por el tribunal para el sexto ejercicio reflejaba las obsesiones del Derecho Político nacionalcatólico, pero introducía algunos elementos que sugerían una cierta preocupación por la situación política que se avecinaba a la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, y en menor medida, por las cuestiones relacionadas con la Sociología. La teoría y la práctica políticas de las potencias del Eje habían desaparecido del temario, y en su lugar, se observaba una tímida apertura a las cuestiones relacionadas con el constitucionalismo y el parlamentarismo y con la naturaleza política de las que se disponían a convertirse en superpotencias en el marco de la guerra fría. El principal elemento de continuidad era la teoría política de los Siglos de Oro, aunque se suavizaba el tono de la retórica imperialista⁵⁵.

Solo en contadas excepciones triunfaron durante los años cuarenta en las oposiciones a cátedras de la universidad española candidatos que no comulgaran con la visión de la ciencia impuesta por la dictadura franquista. Figuras aisladas en un panorama científico desolador, se introdujeron en la universidad gracias a la aquiescencia de un tribunal favorable o en disciplinas de marcado perfil técnico, pero siempre pagando el precio que suponía encubrir su adhesión a la repudiada *ciencia moderna*, incluso en algunas ocasiones viéndose obligados a abjurar de ella y abrazar, aunque fuera instrumentalmente, el dogma académico que se había impuesto por las armas en 1939. La filología ofreció un ejemplo de particular supervivencia de la disciplina anterior a 1936, gracias al papel de Dámaso Alonso, pero fue más la excepción que la regla, en disciplinas afines como la Literatura o la Historia la reacción contra la Modernidad se impuso, como en el resto de las disciplinas universitarias.

A partir de mediados de los años cuarenta el rígido corsé del nacionalcatolicismo se aflojó por la confluencia de una variedad de circunstancias. De una parte, a la altura de 1945 la universidad había sido

⁵⁵ San Andrés Corral, "El Derecho Político en la universidad nacionalcatólica", 818-820.

exhaustivamente *limpiada* de todo elemento extraño a los postulados ideológicos de la dictadura franquista. Así lo expresó en 1940 con satisfacción José Ibáñez Martín, con motivo de la inauguración del curso universitario en Valladolid:

Habíamos de desmontar todo el tinglado de una falsa cultura que deformó el espíritu nacional con la división y la discordia y desarraizarlo de la vida espiritual del país, cortando sus tentáculos y anulando sus posibilidades de retoño. Sepultada la Institución Libre de Enseñanza y aniquilado su supremo reducto, la Junta para ampliación de Estudios ... era vital para nuestra cultura amputar con energía los miembros corrompidos, segar con golpes certeros e implacables de guadaña la maleza, limpiar y purificar los elementos nocivos. Si alguna depuración exigía minuciosidad y entereza para no doblegarse con generosos miramientos a consideraciones falsamente humanas era la del profesorado⁵⁶.

Laín Entralgo, falangista y alto cargo del sistema universitario franquista, escribió años después en su *Descargo de conciencia*:

Desde el Ministerio de Educación Nacional y a través del naciente Consejo de Investigaciones Científicas ... después del atroz desmoché que el exilio y la "depuración" habían creado en nuestros cuadros universitarios, científicos y literarios ... continuó implacable tal "depuración" y deliberada y sistemáticamente se prescindió de los mejores, si éstos parecían ser mínimamente sospechosos de liberalismo o republicanismo, o si por debajo de su nivel había candidatos a un tiempo derechistas y ambiciosos ... la decisión de partir desde cero o desde la más pura derecha se impuso implacablemente⁵⁷.

De otra, la derrota de la Alemania nazi en la Segunda Guerra Mundial obligó a la dictadura franquista a reacomodarse al nuevo escenario internacional para sobrevivir en un ambiente ideológica y políticamente hostil, por lo que tuvo que atemperar sus perfiles más marcadamente antiliberales y militantemente antimodernos. A partir de mediados de la década de los años cuarenta, los intentos exitosos de la dictadura por adecuarse a la nueva realidad política surgida tras el triunfo de los aliados, unido a las propias necesidades de supervivencia de un régimen asfixiado por el estrepitoso fracaso de la política autárquica y acosado por la política de aislamiento, posibilitó que

⁵⁶ Ibáñez Martí, "Hacia un nuevo orden universitario", 9-10.

⁵⁷ Laín Entralgo, *Descargo de conciencia (1930-1960)*, 283-285.

accedieran a las cátedras algunos defensores de la ciencia moderna y se abandonaran progresivamente las peregrinas ilusiones de restablecer una ciencia subordinada al dogma católico de Trento.

Los nuevos candidatos a cátedras habían realizado sus estudios universitarios o habían obtenido el doctorado en la nueva universidad nacionalcatólica, por lo que su lealtad a la dictadura no era en principio puesta en tela de juicio, ni tenía que ser retóricamente afirmada con la vehemencia de los años de la inmediata posguerra. Esta situación permitió que los desatinos de un nacionalcatolicismo que pretendía llevar a la ciencia a los tiempos de la Contrarreforma fuesen piadosamente silenciados, para acercarse a los derroteros de la anteriormente denostada ciencia moderna, aunque fuese de manera silente y esquivando cualquier polémica con los disparates solo unos años antes glorificados.

La salida del ministerio de Ibáñez Martín en 1951 y su sustitución por el también miembro de la Asociación Católica Nacional de Propagandistas, Joaquín Ruiz-Giménez, supuso un importante giro en la política del ministerio, en concordancia con el obligado viraje aperturista que el fracaso de la política autárquica exigía, con ello se iniciaba una nueva etapa más aperturista, que pretendía poner distancia respecto a la gestión de Ibáñez Martín al frente del Ministerio de Educación Nacional, etapa que quedó bruscamente interrumpida en 1956 con el cese de Ruiz-Giménez al frente del Ministerio y de Laín Entralgo y Tovar Llorente de los rectorados de Madrid y Salamanca, consecuencia de los incidentes acaecidos en la Universidad de Madrid en 1956. Ruiz-Giménez fue sustituido por el falangista Jesús Rubio García-Mina con el fin de restablecer el orden universitario, alterado por el espíritu aperturista encarnado por el anterior ministro.

El incremento de la población estudiantil durante los años sesenta obligó a ampliar el profesorado universitario. La incorporación de nuevas generaciones de profesores universitarios, que se habían formado en una universidad que desde los sucesos de 1956 se mostraba crecientemente contestataria con los valores y presupuestos de la universidad nacionalcatólica, favoreció la irrupción en las oposiciones a cátedras universitarias de una nueva generación de candidatos intelectualmente alejados de los postulados ideológico y científicos del nacionalcatolicismo de la posguerra.

El análisis de todos los concursos a cátedras realizados entre 1939 y 1951 refleja el extraordinario coste que para la ciencia española supuso

el desenlace de la guerra civil⁵⁸. En los primeros años de la dictadura franquista su abierta confrontación con los postulados de la ciencia moderna y su acérrima defensa de un catolicismo ultramontano y antimoderno se conjugó con la adhesión inquebrantable al bando nacionalista durante la guerra civil a la hora de seleccionar a los nuevos catedráticos que habían de configurar la nueva universidad nacionalcatólica. El férreo control de los tribunales de oposiciones, a través del CSIC, logró ampliamente dichos objetivos. Fue un retroceso de alcance histórico, del que la universidad española no logró recuperarse hasta el restablecimiento de la democracia, la presencia de los *ultramontanos* en numerosas cátedras a lo largo de toda la dictadura franquista lastró irremediablemente a la ciencia española durante la segunda mitad del siglo XX.

Riferimenti bibliografici

- ALTED VIGIL, ALICIA. "Bases político-ideológicas y jurídicas de la universidad franquista durante los ministerios de Sainz Rodríguez y primera época de Ibáñez Martín, (1938-1945)," en Carreras Ares, Juan José et Ruiz Carnicer, Miguel Ángel (eds.). *La universidad española bajo el régimen de Franco (1939-1975.*, Zaragoza: Institución Fernando el Católico, 1991.
- BALDÓ LACOMBA, MARC. "Represión franquista del profesorado universitario," *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 14 (2011).
- BARONA, JOSEP LLUIS. *El exilio científico republicano*. Valencia: Publicacions de la Universitat de València, 2010.
- BLÁZQUEZ PANIAGUA, FRANCISCO. "La recepción del darwinismo en la universidad española (1939-1999)," *Navarra, Anuario de Historia de la Iglesia*, AHig, 18 (2009).
- CLARET MIRANDA, JAUME. *El atroz desmoche. La destrucción de la Universidad española por el franquismo, 1936-1945*. Barcelona: Crítica, 2006.
- CUETO Y RUI-DÍAZ, EUGENIO. "La evolución orgánica biogenética," *Revista de la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de Madrid*, XXXV (1941).
- DOBZHANSKY, THEODOSIUS GRIGORIEVICH. *Genética y el origen de las especies*. Madrid: Revista de Occidente, 1955.
- FOZ GAZULLA, OCTAVIO RAFAEL. "Física moderna y conocimiento científico," *Las Ciencias*. VI n. 2.
- . *La Física actual*. Madrid: ediciones El Escorial, 1940.
- HERIBERT-NILSSON, NILS. "La idea de la evolución y la biología moderna," *Escorial. Revista de Cultura y Letras*. VI (1942).
- HUXLEY, JULIAN SORELL. *Evolution: the Modern Synthesis*. London: Allen & Unwin, 1942.

⁵⁸ Otero Carvajal (dir.), *La universidad nacionalcatólica*.

- IBÁÑEZ MARTÍ, JOSÉ. "Hacia un nuevo orden universitario," Valladolid, 1940.
- LAÍN ENTRALGO, PEDRO. *Descargo de conciencia (1930-1960)*. Barcelona: Barral, 1970.
- . *Descargo de conciencia (1930-1960)*. Barcelona: Barral, 1976.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA. *Los refugios de la derrota. El exilio científico e intelectual republicano de 1939*. Madrid: Los libros de la Catarata-CSIC, 2013.
- MAYR, ERNST. *Systematics and the Origin of Species*. New York: Columbia University Press, 1942.
- . *Así es la biología*, Madrid: Debate, 2005.
- MELÉNDEZ, BERMUDO. *Tratado de Paleontología*. Madrid: Instituto Lucas Mallada Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1947.
- OTERO CARVAJAL, LLUIS ENRIQUE (dir.). *La destrucción de la ciencia en España. Depuración universitaria en el franquismo*. Madrid: Editorial Complutense, 2006.
- . *La universidad nacionalcatólica. La reacción antimoderna*. Madrid: Dykinson, 2014.
- OTERO CARVAJAL, LLUIS ENRIQUE e JOSÉ MARÍA LÓPEZ SÁNCHEZ. *La lucha por la Modernidad. Las Ciencias Naturales y la Junta para Ampliación de Estudios*, Madrid: Residencia de Estudiantes-CSIC, 2012.
- OTERO CARVAJAL, LLUIS ENRIQUE. "La Junta para Ampliación de Estudios y la Universidad Central." In González Calleja, Eduardo and Pelayo, Francisco. "Debatiendo sobre Darwin en España: antidarwinismo, teorías evolucionistas alternativas y síntesis moderna", *Asclepio*, vol. LXI, 2, (2009).
- PEMARTÍN, JOSÉ. *¿Qué es "lo nuevo"? Consideraciones sobre el momento español presente*. Santander: Cultura Española, 1938, 3ª ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1940.
- Pío IX, *Encíclica Quanta Cura*, 1864.
- RAMÓN BATALLER, JOSÉ. *Memoria pedagógica*. A.G.A., Educación, 31/4.058.
- REDONDO, GONZALEZ. *Historia de la Iglesia en España, 1931-1939: La Guerra Civil, 1936-1939*. Vol. II, Madrid: Rialp, 1993.
- Ribagorda Álvaro. *La Universidad Central durante la Segunda República: Las Ciencias Humanas y Sociales y la vida universitaria*. Madrid: Universidad Carlos III, 2013.
- SIMPSON, GEORGE GAYLORD. *Tempo and Mode in Evolution*, New York, Columbia University Press, 1944.
- TORT, PATRICK. "Faustino Cordón et l'unité dans la théorie biologique: repères pour une bibliographie intellectuelle", en P. Tort, Patrick (ed.). *Pour Darwin*. Paris, PUF, 1997.
- VARELA CANDEL, MANUEL et CARLOS LÓPEZ FERNÁNDEZ. *La Física en España a través de los anales de la Sociedad Española de Física y Química, 1903-1965*, Universidad de Murcia, 2001.

20. Una *Sociological Jurisprudence* oltre la tecnica del diritto. *Justice according to law*

Giovanna Petrocco*

Il confronto dialettico tra Roscoe Pound e Giorgio Del Vecchio si inquadra nella cornice storica di un ventennio di significative trasformazioni di tipo strutturale che riguardano il trasferimento degli studi filosofico-giuridici, da Sant'Ivo in corso Risorgimento all'attuale Sede universitaria e la fondazione dell'Istituto di Filosofia del diritto (1933)¹ dove, nel 1921, nasce la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*. L'apertura al pensiero di studiosi appartenenti ad altre aree giuridiche specifica l'orientamento 'internazionale' della *Rivista*, tra cui emergono gli scritti di Pound², pubblicati contestualmente ad un intenso e continuo carteggio con Del Vecchio³.

* Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici, Sapienza Università di Roma. Viene sopra riproposto il titolo del libro di Pound, *Justice According to law*, del 1952, *Giustizia secondo la legge*, che evoca l'idea socratica del «fare giustizia secondo le leggi». Si veda Romano, *Due studi su forma e purezza del diritto*, 19, in commento alle pagine di Platone, *Apologia di Socrate*.

¹ La Chiesa di Sant'Ivo in corso Risorgimento è sede della prima Università di Roma, istituita da papa Bonifacio VIII nel 1303, con il nome di *Studium Urbis*, trasferita con il completamento dei lavori nell'attuale città universitaria nel 1935.

² Si vd., a questo proposito, il carteggio tra G. Del Vecchio e R. Pound con particolare attenzione alla corrispondenza con la 'National Association of Claimnt's Compensation Attorneys'. Dalle missive emerge la stima che lega i due studiosi, in particolare, cfr. G. Del Vecchio, Lettera del 1960: «Se è vero, secondo l'antica sentenza, che i giuristi sono ministri di quella specie di religione che ha per divinità la giustizia, nessuno tra i moderni giuristi ha adempiuto questa sublime missione più pienamente e nobilmente di Roscoe Pound».

³ Nell'archivio della biblioteca Giorgio Del Vecchio sono conservate 73 missive tra Del Vecchio e R. Pound e 119 lettere con l'Associazione nord-americana di cui Pound ed altri studiosi erano membri e soci fondatori. L'intensa e significativa relazione tra Giorgio Del Vecchio e Pound è testimoniata, tra l'altro, da alcune lettere che i due studiosi si scambiano in occasioni formali e in circostanze conviviali che rappresentano solo un segmento di una relazione intellettuale che inizia tra le due

La pluralità dei saperi trova nell'Università 'Sapienza' possibilità di discussione e critica, in un contesto giuridico e politico problematico, nel progetto di internazionalizzazione inaugurato da Giorgio del Vecchio⁴ e proficuamente realizzato da Sergio Cotta e Bruno Romano⁵.

Si tratta di un significativo tessuto di relazioni che contribuiscono alla trasformazione dell'Università di Roma, secondo le intenzioni di Del Vecchio, in un «faro di luce e di progresso nel mondo» nella

guerre per poi maturare in un periodo successivo. Si segnalano, in particolare, tra le altre, le seguenti lettere che rinviano ad una continua e reciproca sollecitazione inerente gli studi e le attività scientifiche (congressi, convegni, pubblicazioni di articoli etc.). Cfr. lettera del 5 novembre 1960 inviata da Del Vecchio in occasione dei 90 anni di R. Pound; cfr. lettera del 18 marzo 1963 in cui Del Vecchio accoglie benevolmente la notizia dell'arrivo di Pound in Italia. Significativi sono anche i commenti che accompagnano lo scambio di recensioni in cui emergono le preoccupazioni legate alla diffusione dei rispettivi scritti. Le difficoltà incontrate sono mostrate con amarezza, soprattutto da Del Vecchio. Cfr. lettera del 29 settembre 1960 alla quale viene allegato l'articolo *Toward a World Law*; lettera del 25 settembre 1961; lettera del 13 febbraio 1961; lettera del 21 dicembre 1961; lettera del 24 novembre 1961. Si veda anche la lettera di Pound del 12 aprile 1962; lettera del 23 maggio 1961; lettera del 22 agosto 1962; lettera del 10 maggio 1961 in cui risponde sullo stato dei rapporti nelle relazioni con Horowitz; lettera del 5 maggio 1961 su alcune considerazioni inerenti il diritto agrario; lettera del 7 giugno 1961. Lo scambio culturale tra i due studiosi è documentato dalla ricchezza delle pubblicazioni e dei contributi apparsi sulle riviste italiane e americane, tra cui si veda Del Vecchio, *La verità nella morale e nel diritto*. Il contributo è apparso sulla "Rivista Internazionale di Filosofia del diritto" (1957) nel volume in onore di Roscoe Pound. Aa.Vv., "Interpretations of modern philosophies". Si vd. anche Pound, "Sulle condizioni attuali della Filosofia e della scienza del diritto," 465-488; Idem, "Comparative Law in Space and Time"; Leonardi, "Il diritto comparato nello spazio e nel tempo", 102-103; Idem, "Education in a unifying world"; Idem, "The Development of American Law and its deviation from English Law"; Negri, "The Place of the Family Court in the Judicial System", recensione a Roscoe Pound; Cattaneo, "The Place of the Family Court in the Judicial System", 756-757; Frosini, "The ideal element in law," recensione a Roscoe Pound, 620-621; Orecchia, "Jurisprudence", recensione a Roscoe Pound; Orecchia, "Giustizia, diritto, interesse," recensione a Roscoe Pound. A questo proposito, si veda, la lettera del 29 dicembre 1961 in cui Pound apprezza la collaborazione con l'Istituto di filosofia del diritto in particolare con Orecchia.

⁴ In particolare si segnala Cotta, "Le basi storicistiche della concezione del diritto di Roscoe Pound," *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 51-67. Si veda anche Bagolini, "Il problema del valore in alcuni recenti scritti", *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 465. Sulla «conciliazione degli interessi» nel pensiero di R. Pound, Frosini, "Pragmatismo e giusnaturalismo nel pensiero di R. Pound", *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 525, sul carattere pratico della filosofia del diritto di Pound.

⁵ Anche negli ultimi anni, l'Istituto di filosofia del diritto dell'Università di Roma 'Sapienza' è attenta al pensiero internazionale; si veda a questo proposito la traduzione dei testi di Legendre, *Il giurista artista della ragione*; cfr. anche Luhmann, *Mercato e diritto*; Binder, *Principi di filosofia del diritto*; Luhmann, *Diritto della società*.

realizzazione di un programma culturale, pubblicato nella premessa alla terza Serie della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*⁶ che, in quegli anni, si consolida nella funzione «di [coordinamento] degli studi di filosofia del diritto» e come momento di «incontro ... senza esclusione di alcuna scuola e tendenza, sia filosofica [che] politica, nazionale ed internazionale»⁷.

Sono gli anni in cui si affermano, tra gli altri, gli studi di E. Husserl e G. Radbruch che contribuiscono a sollecitare l'attenzione sulla posizione e il ruolo dell'uomo nella dimensione giuridica⁸, discusso anche da Del Vecchio e da Roscoe Pound⁹.

Quel che li avvicina riguarda proprio la comune tensione verso la valorizzazione della specificità dell'essere umano.

L'uomo – afferma Del Vecchio – è giuridicamente persona, non per ciò che appartenga ad un determinato consorzio politico, ma perché uomo, è stato accolto come uno dei capisaldi del vigente sistema: che è giunto sino a considerare la distinzione tra cittadino e straniero ... la parola straniero non significa qui il cittadino d'un altro Stato, ma anche l'«apolide»¹⁰.

La questione lascia emergere un preciso itinerario speculativo, orientato a scardinare l'idea dell'essere umano come ente confinato nello *status* del 'suddito obbediente' e sollecita la valorizzazione della sua 'specificità ipotizzante'¹¹ oltre ogni omologazione funzionale. Pound quando asserisce che: «The legal systems have their periods in which science degenerates, in which system decays into technicality, in which a scientific jurisprudence becomes a mechanical jurisprudence»¹²,

⁶ Del Vecchio, "Premessa alla terza serie," *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1-3.

⁷ Idem, *Sui principi generali del diritto*.

⁸ Si veda in quegli anni il pensiero di Weil, *Riflessioni sulle cause della libertà e dell'oppressione sociale*, 108.

⁹ Pound, *Introduzione alla filosofia del diritto*, 58. «Il problema sociale [è] quello di riconciliare libere volontà contrastanti di individui coscienti che affermano indipendentemente le loro volontà nelle varie attività della vita. L'eguaglianza naturale diviene un'uguaglianza della libertà della volontà». Sulla poliedricità degli interessi di R. Pound si veda la lettera del 3 dicembre 1962 di Del Vecchio con particolare riferimento alla partecipazione di Pound alla Botanical Survey of Nebraska e la lettera del 21 novembre 1962 in cui Pound illustra la sua teoria sulla botanica.

¹⁰ Del Vecchio. *Sui principi generali del diritto*, 30-31.

¹¹ L'espressione è ripresa da Romano, *Ortonomia della relazione giuridica*.

¹² Pound, *Mechanical jurisprudence*, 607.

individua nel metodo scientifico, finalizzato al raggiungimento del paradigma della 'certezza' e 'completezza' dell'ordinamento giuridico, una forma di decadenza del diritto, manipolato da una '*mechanical jurisprudence*' che ne oscura la genesi essenzialmente umana e insieme la qualità di 'atto dello spirito'¹³.

La conoscenza settoriale, propria del metodo delle scienze, non considera l'interesse del diritto come fenomeno istituito dall'uomo per l'uomo che esige l'incidenza di un'attività interpretativa, aperta alla comprensione di prassi sociali, posizioni ideologiche, convincimenti consolidati come componenti essenziali al coglimento del senso delle singole norme. In questa direzione, afferma:

We must not make the mistake in American legal education of creating a permanent gulf between legal thought and popular thought. But we may commit this mistake not merely by teaching legal pseudo-science and obsolete philosophy but quite as much by the more prevalent method of saying nothing about these matters at all, leaving the student to pick up what he may here and there in the cases and texts, with no hint that there are other conceptions and other theories entertained by scholars of no small authority, and to go forth in the belief that he is completely trained¹⁴.

Oltre il 'sillogismo giudiziale', fondato su una mera conoscenza 'meccanica' del diritto, è l'intensa trama dei principi giuridici, discussi anche come '*standards*', ad orientare, secondo giustizia, l'applicazione dei modelli teorici (norme) nella tensione costante verso la sintesi tra *law in the books* e *law in action*. Queste riflessioni sollecitano un'analisi del giuridico a partire da opposte direzioni teoretiche: come fenomeno aperto alla creatività del *dialogo*¹⁵ e come tecnica radicata sul 'computo'¹⁶ dei dati normativi. Se la sentenza viene emessa da una macchina nell'esecuzione del calcolo aritmetico, la persona scompare come il diritto

¹³ Romano, *Filosofia del diritto e questione dello spirito*.

¹⁴ Pound, "The Need of a sociological jurisprudence," 14.

¹⁵ Romano, *Scienza giuridica senza giurista, il nichilismo 'perfetto'*, 122, discute della trasformazione del linguaggio da forma comunicativo-discorsiva a strumento di trasmissione delle informazioni che si esauriscono\consumano nel transito stesso nell'uomo, trasformato in una 'entità parlata'. Si veda anche Idem, *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*; Idem, *Filosofia della forma relazioni e regole*.

¹⁶ Pagallo, *Introduzione alla filosofia digitale. Da Leibniz a Chaitin*; il testo offre un *excursus* da Gödel a Turing fino a Chaitin e Leibniz circa la possibilità di spiegare con metodo scientifico la maggior parte dei fenomeni sociali.

fenomenologicamente inteso, trasformati, rispettivamente, in una mera 'unità di conto'¹⁷ e in una operazione che, per dirla con Luhmann, si svolge nella più 'elevata amoralità'¹⁸ e nella più 'efficace agiuridicità'¹⁹.

In un'architettura 'legale' così costituita, l'uomo è solo un 'vivente' qualitativamente affine agli animali, per dirla con Romano, un' 'entità senziente' che vive uno stato «di solipsismo dell'io ..., (rimanendo) estraneo alla discorsività dialogica» disvelante, «per ogni parlante, la consapevolezza di essere soggetto delle ipotesi»²⁰.

Il rapporto tra giustizia e legalità è il tema discusso negli scritti di Del Vecchio e di Pound che, in quegli anni, dà alle stampe *La filosofia nel diritto costituzionale americano* e *Sulle condizioni attuali della Filosofia e della scienza del diritto*, da cui emerge una interpretazione della legge che apre nuovi itinerari speculativi e promuove più moderni progetti giuridico-politici.

In particolare, nei suoi scritti Del Vecchio²¹ concentra l'attenzione su un orientamento anti-formalista che ricorda la '*Sociological jurisprudence*' di Pound, improntata all'idea del diritto come una '*social engineering*'²² in cui l'attività del giudice, tradizionalmente impegnato a dedurre meccanicamente la sentenza a partire dal dato normativo, non rimane circoscritta al mero adeguamento del diritto alla realtà sociale²³, ma è orientata alla sua inesauribile ristrutturazione, mediante il bilanciamento tra precedenti giudiziari e istanze sociali emergenti in un'opera creativa che fa capo all'attività dell'ingegnere sociale o '*social engineer*'.

¹⁷ Romano, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, 197.

¹⁸ Luhmann, *Il paradigma perduto*, 51.

¹⁹ Romano, *Male ed ingiusto. Riflessioni con Luhmann e Boncinelli*, 107.

²⁰ La genesi 'fenomenologica' del diritto viene discussa da Bruno Romano a partire dalla relazione Io-Tu. Si veda Romano, *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, 35.

²¹ Del Vecchio ne *La giustizia* discute il 'possibile' contrasto tra 'giustizia' e 'legalità' nell'ambito del preventivo riconoscimento degli enunciati normativi, come momento costitutivamente 'imperfetto' rispetto al soddisfacimento del desiderio di giustizia.

²² Si vedano, tra gli altri, Pound, "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence". Cfr. anche Pound, "The Need of a Sociology of Jurisprudence".

²³ Si veda a questo proposito la distanza tra il realismo americano e il realismo scandinavo, determinato dalla diversità del sistema giuridico in cui si sviluppano rispettivamente: il primo fondato sul *common law* e il precedente giudiziario e il secondo su un ordinamento codificato in cui le norme influenzano il comportamento sociale. Castiglione, *Diritto, linguaggio, realtà: saggi sul realismo giuridico*.

La valorizzazione dell'elemento storico-giuridico, quanto del momento metafisico, discusso da Pound come necessità di garantire la «libertà di volontà per ciascuno, libertà avente come unico limite la libertà degli altri»²⁴, rinvia al '*law in action*'²⁵, contrapposto al diritto dei codici, o '*law in the books*', mai definitivamente chiuso al dirsi dell'uomo²⁶ attraverso l'opera del giurista che, nell'interpretazione, non ricerca «la volontà del legislatore ... ma lavora sulla materia fornita dalla tradizione ... attraverso un processo di sperimentazione dei principi, delle norme e delle regole nei casi concreti»²⁷. Il giudice ha il compito di giudicare rinviano costantemente ad elementi e valori extra giuridici, di natura politica, giuridica, economica e scientifica tanto nell'istituzione del diritto quanto nell'amministrazione della giustizia.

In questa prospettiva, si registra sia una tensione verso l'esigenza di garantire una legalità certa sia la necessità di custodire il diritto nella sua flessibilità, secondo la nota affermazione «il diritto deve essere stabile e tuttavia non può restare immobile»²⁸ mediante l'opera creativa del giurista nella rivalutazione della persona: con le sue scelte, il suo pensiero e, in genere, ogni modalità di partecipazione alla formazione condivisa del mondo in cui abita.

Se Del Vecchio discute, con criticità, i condizionamenti personali del giurista quando afferma che:

un elemento fra quelli infiniti che danno vita al diritto positivo, e lo erigono a causa prima [è] normalmente ... la tendenza dottrinale del singolo studioso: così lo storico troverà che i principi generali si identificano con le linee di costanza dello svolgimento storico, il commercialista, più a contatto con la vivace vita del diritto che si fa, ricorrerà alla natura delle cose, il romanista alla tradizione del diritto romano, e così via²⁹.

²⁴ Pound, *Lo spirito della "Common Law"*, 137. Cavallari, *Istituzione e individuo nel neoidealismo anglosassone*, 169. In particolare, viene riproposta una lettera di Pound a Follet dove afferma: «L'esperienza didattica mi ha insegnato che il modo migliore di affrontare un problema è far esercitare un gruppo di studenti su materiale già accuratamente scelto, quindi di verificare, da un lato, il metodo che l'insegnante ha in mente, dall'altro, o metodi che emergono dai componenti del gruppo e verificare questi spunti». Lettera di Pound del 13 marzo 1924 in *Corrispondenza Pound-Follet*, Harvard Law School Library, 1920-1925.

²⁵ Pound, "Law in Book and Law in Action".

²⁶ Romano, *Il dovere nel diritto. Giustizia, uguaglianza, interpretazione*, 47.

²⁷ Pound, *Lo spirito della "Common law"*, 157.

²⁸ Idem, *Interpretations of Legal History*, 7.

²⁹ Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, 14.

Pound elabora un metodo orientato proprio ad arginare l'arbitrio del 'terzo' nella formazione del suo libero convincimento, attraverso un'opera non meccanica ma orientata al rigore della conoscenza della condotta dell'essere umano (*social engineering*), nel tentativo di arginare il pericolo di un vuoto esercizio normativo. A questo proposito, commenta:

We must not make the mistake in American legal education of creating a permanent gulf between legal thought and popular thought. But we may commit this mistake not merely by teaching legal pseudo-science and obsolete philosophy but quite as much by the more prevalent method of saying nothing about these matters at all, leaving the student to pick up what he may here and there in the cases and texts, with no hint that there are other conceptions and other theories entertained by scholars of no small authority, and to go forth in the belief that he is completely trained³⁰.

Non basta la mera conoscenza dei codici né delle leggi perché il giurista possa orientarsi alla 'ricerca del giusto nel legale' ma è necessaria una «ragione giuridica»³¹, concettualmente affine alla *ratio juris* di Del Vecchio³², capace di «organizzare», «tracciare» e «ricercare i fondamenti filosofici» mediante un'attività riflessiva³³ che assume i tratti dell'interpretazione ingegneristica' quando lavora alla costruzione della più «grande opera di ingegneria sociale»³⁴: il diritto.

In questa architettura, i diritti individuali³⁵ e la giustizia sono riconosciuti superiori e anteriori all'istituzione dello Stato e della società³⁶, confermando il ruolo dell'uomo, come origine e scopo della dimensione giuridica: «il più grande degli interessi sociali è la vita morale e sociale

³⁰ Pound, "The Need of a sociological jurisprudence,".

³¹ Idem, *Lo spirito della «Common law»*, 173.

³² Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, 11, «è patrimonio comune della nostra coscienza giuridica».

³³ Si vd. in particolare Lacan, *Il seminario, L'etica della psicoanalisi*, VII; si vd. anche Sartre, *La responsabilità dello scrittore*, 14. Berdjaev, *Schiavitù e libertà dell'uomo*, 115-117: «Caratteristico per la persona è il fatto che non può bastare a se stessa, non può essere autosufficiente, per la sua esistenza è necessario altro, superiore, uguale o inferiore, senza cui non è possibile la coscienza della distinzione». Per un approfondimento Scheler, *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori*, 963; Fichte, *Sullo spirito e la lettera*, 14.

³⁴ Pound, *Lo spirito della «Common law»*, 177.

³⁵ Idem, "Interest of Personality".

³⁶ Idem, *Lo spirito della «Common law»*, 136.

dell'individuo ... non [bisogna] dimenticare gli interessi individuali, e soprattutto la più grande rivendicazione che un essere umano può fare, cioè l'affermazione della sua personalità e la richiesta di esercitare liberamente la volontà e la ragione»³⁷. Si tratta di temi vicini alle riflessioni pronunciate da Giorgio Del Vecchio nella "Prolusione" all'anno accademico del 1921, pubblicata in Italia, sia sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* che nell'*Archivio giuridico*³⁸, dove si sofferma proprio sulla specificità dell'essere umano: «la qualità di soggetto non dipende per l'uomo da una concessione estrinseca ed arbitraria di chicchessia, ma gli deriva immediatamente dal suo stesso essere uomo; tanto che nemmeno l'individuo medesimo avrebbe il potere di alienare codesta qualità, o di rinunciarvi»³⁹.

Sono argomenti «di interesse sempre vivo e attuale» capaci di «attrarre l'attenzione degli studiosi anche di paesi dove vige un sistema giuridico assai diverso dal nostro»⁴⁰, tra cui Pound che in quegli anni traduce le pagine di Del Vecchio⁴¹ sulla soggettività giuridica come 'qualità' della persona che prescinde da generiche e arbitrarie concessioni', interpretata, nella prospettiva del giusfilosofo americano, a partire dall'esercizio dell'attività creativa e discrezionale del terzo giudice quando non rimane irrigidito nelle forme di una giustizia meramente meccanica⁴²: «Quasi tutti i problemi della teoria giuridica» afferma Pound, «si riducono al problema fondamentale della alternativa tra regolarità e discrezionalità, tra giustizia secondo regole di diritto e giustizia attuata tramite la più o meno esercitata intuizione di magistrati dotati di larga esperienza»⁴³.

Quello di Pound è un progetto di valorizzazione dell'elemento sociologico nella dimensione giuridica che scardina la '*mechanical jurisprudence*', intesa come:

³⁷ Ibid., 99.

³⁸ Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, 33-90.

³⁹ Ibid, p. 27. Del Vecchio, interpretando il pensiero di Rousseau afferma: tra «i principi fondamentali di tutto l'ordinamento giuridico: il principio della sovranità della legge, intesa la legge non come arbitrario comando, ma come sintesi del diritto di tutti», p. 29. Si vd. A questo proposito Rousseau, *Il contratto sociale*.

⁴⁰ Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, VIII.

⁴¹ Pound si impegna a livello internazionale nella traduzione del testo di Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*.

⁴² Si veda a questo proposito Luhmann, *Il diritto della società*, XXVIII.

⁴³ Pound, *Introduzione alla filosofia del diritto*, 84.

rigida applicazione del precedente, senza avere alcun riguardo alle conseguenze che tale applicazione comporta»⁴⁴ sull'uomo, sul sistema giuridico e sulla società. Sebbene «i sistemi giuridici [conoscano] periodi in cui la scienza giuridica degenera, il sistema decade in tecnicismo [e] la giurisprudenza ... diviene una giurisprudenza meccanica che tratta le regole, a prescindere dai principi, come forme fisse e finali»⁴⁵.

Pound promuove un itinerario che riconosce la superiorità, in termini di giustizia⁴⁶, del diritto, applicato caso per caso, rispetto al pragmatismo scientifico anche attraverso il rinvio ai principi: «Poiché siamo in cerca dei principi, dobbiamo cercare i principi che regolano i mutamenti, non meno che quelli che assicurano la stabilità»⁴⁷ nel riconoscimento dell'uomo come genesi ineliminabile del fenomeno giuridico: «*Ubi homo, ibi ius*. Dovunque sia traccia di vita umana, è indefettibilmente, almeno in germe, un ordinamento giuridico»⁴⁸.

Questi temi alimentano lo scambio epistolare tra Del Vecchio e Pound, tracciando un itinerario utile all'approfondimento del pensiero filosofico-giuridico tra le due guerre⁴⁹, fortemente condizionato dal successo del positivismo giuridico, criticato anche come una forma di 'tecnicismo giuridico', di stampo kelseniano. In questa direzione, si colloca la critica di Pound alla «giurisprudenza meccanica»⁵⁰ e, in generale, verso la minaccia di un «diritto senza giustizia»⁵¹ nella sua applicazione pratica al caso concreto: «la norma meccanicamente applicata, opera per ripetizione e preclude l'adattamento individuale dei risultati ... D'altra parte, nel prodotto manufatto, distinto dal prodotto della macchina, l'abilità specializzata dell'artigiano ci dà qualcosa di infinitamente più fine di quanto può essere espresso in norme»⁵².

Il passaggio, metaforico, dalla società artigiana (del diritto) alla società industriale (della legalità), sotto il profilo giuridico, segna la cesura

⁴⁴ Idem, *Mechanical jurisprudence*, 607.

⁴⁵ Ibid., 605.

⁴⁶ Idem, *Giustizia, diritto, interesse*, 225.

⁴⁷ Ibid., 7.

⁴⁸ Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, 27.

⁴⁹ Si veda a questo proposito Pound, *Justice accordind to law*.

⁵⁰ Idem, *Introduzione alla filosofia del diritto*, 101-118.

⁵¹ Idem, *Giustizia, diritto, interesse*.

⁵² Idem, *Introduzione alla filosofia del diritto*, 108.

tra la forma e la sostanza del diritto e, insieme, l'affermazione del formalismo giuridico⁵³. L'applicazione meramente 'deduttiva' e 'meccanica' delle norme generali ed astratte ai casi concreti⁵⁴ oscura la creatività che specifica l'opera del magistrato, centrale nell'«ingegneria sociale» del sociologo americano, rispetto alla ripetitività identica del funzionamento proprio del software (*sporting theory of justice*)⁵⁵. Afferma Pound che «la maggiore causa di insoddisfazione verso il diritto di tutti i tempi è da cercare nel funzionamento necessariamente meccanico delle regole giuridiche»⁵⁶, determinato dall'influenza delle teorie:

dei codici nell'Europa continentale [che hanno fatto delle corti una specie di *slot machine* ... [invece] i fatti non sempre si adattano alla macchina, e quindi noi dobbiamo dare pugni e scuotere la macchina per tirare fuori qualcosa. Ma perfino nei casi di estremi di deviazione dal puro automatismo, la decisione è opera, di questi pugni e di questi scossoni ma solamente della macchina⁵⁷.

Oltre il mero meccanicismo di un sistema che «non valuta ma calcola»⁵⁸, prende forma la 'creatività' originale del giudice a partire dalla distanza critica rispetto alle rigide schematizzazioni del primo giusnaturalismo in cui all'uomo è riconosciuto uno *status* biologico che non ammette emancipazione né l'esistenza di qualità presupposte e logicamente preesistenti all'organizzazione giuridica⁵⁹.

⁵³ Sull'insufficienza di un'applicazione meramente tecnica e meccanica del diritto istituito si veda F. A. von Hayek quando, citando Pound, afferma: «Che il giudice possa, o debba, giungere alle proprie decisioni in base ad un procedimento di inferenza logica da premesse esplicite, è sempre stata, e deve necessariamente essere, una finzione, poiché, di fatto, il giudice non procede mai in questo modo. Com'è stato giustamente detto «L'allenata intuizione del giudice lo conduce continuamente a giusti risultati, ai quali deve scervellarsi di fornire impeccabili ragioni giuridiche». Hayek, *Legge, Legislazione e Libertà*, a partire dal testo Pound, "The Theory of judicial decision,".

⁵⁴ Si vd. a questo proposito, Idem, *The political and Social Factor in Legal Interpretation . An introduction*, 599-604. «Put the fact in the slot, pull a lever, and pull out the pre-appointed decision».

⁵⁵ Idem, "The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice".

⁵⁶ Ibid., 412.

⁵⁷ Pound, *Lo spirito della «Common law»*, 154-155.

⁵⁸ Mannoni, *Lettere personali*, 29. Vd. Anche Romano, *Il dovere nel diritto*, XX.

⁵⁹ La questione viene discussa da Pintor, "Introduzione alla filosofia del diritto," recensione a Roscoe Pound.

Il diritto naturale, discusso da Del Vecchio e da Pound, rinvia ad un «pensiero preliminare ... implicito in tutte le dottrine dello *jus naturae* ... cioè ... il diritto corrisponde a un'umana necessità ed è inseparabile dalla vita stessa dell'uomo ... un giudizio sul diritto ... deve potersi pronunciare in qualsiasi caso di relazione *hominis ad hominem*».

Si tratta di una dottrina sul giusnaturalismo lontana dai sistemi di Hobbes e Spinoza, definiti anche «esperimenti logici negativi»⁶⁰, capace di restituire centralità ai principi del vivere comunitario dal momento che: «la legge non serve l'individuo particolaristico ma il vivere in comunità «*from contract to community*»⁶¹.

La *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* ha il merito di documentare questo 'viraggio di senso' a partire dalla voce di coloro che ne hanno discusso, nelle poche pagine messe ancora a disposizione per la diffusione della conoscenza, sottraendosi alla chiusura narcisistica di una sola ed esclusiva direzione di senso.

Questo *humus* culturale sollecita lo sguardo verso orientamenti alternativi rispetto ai canoni propri del *civil law* che avviano un cambiamento radicale, sia nelle istituzioni che nella società, a partire dal mutato atteggiamento verso «il compito [della filosofia del diritto] di dar corpo alle riforme istituzionali e di guidare alla luce dei *social standards*, formatisi sulla base dei rinnovati ideali di giustizia»⁶² perché «una Giurisprudenza priva di elementi filosofici sarebbe, secondo il paragone che Kant desume dalla favola antica, come una testa senza cervello»⁶³.

⁶⁰ Del Vecchio, 28, nota 41, *Sui principi generali del diritto*.

⁶¹ Pound, *The Scope and purpose of Sociological Jurisprudence*.

⁶² Idem, *Lo spirito della «Common law»*, VII. Si veda anche Pound, *Introduzione alla filosofia del diritto*, 3-36.

⁶³ Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, 66. Il rilievo riconosciuto alla questione del giusto è documentato anche dai contributi presenti sulla "Rivista Internazionale di filosofia del diritto" tra cui, in particolare, va segnalato *La filosofia nel diritto costituzionale americano del 1921 e Sulle condizioni attuali della filosofia e della scienza del diritto* del 1932. A questi si aggiungono i numerosi scritti sul pensiero del filosofo gius-americano Pintor, "Diritto naturale, diritto libero e diritto legislativo nel pensiero di un giurista-filosofo americano"; Idem, "La verità nella morale e nel diritto," presente anche nel volume in onore di Roscoe Pound, Aa.Vv., *Interpretations of modern philosophies*. Si veda anche Aa.Vv., *Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, in part. si veda il contributo di Del Vecchio, *On the Functions and Aims of the State*, 142-150. Non vanno tralasciati i riferimenti intensi riservati a Pound in Cotta, *Le basi storicistiche della concezione del diritto in Roscoe Pound*. Frosini, *The ideal element in law*, recensione a Roscoe Pound.

La trama di relazioni che si dirama dall'Istituto di Filosofia del diritto si colloca nel progetto di comparazione che ha reso Pound uno dei giuristi nord-americani più apprezzati⁶⁴ anche da Del Vecchio che, nel contributo *Verso un diritto mondiale*, riconosce allo studioso americano il merito di aver individuato, nel pensiero filosofico che sottende quello giuridico, l'universalità della ricerca del giusto nella sua accezione di valore universale⁶⁵.

Lo scambio che deriva dal progetto di Del Vecchio scardina criticamente l'idea stessa di globalizzazione tecno-economica e avvia un processo più impegnativo e 'rivoluzionario' che accompagna la diffusione dei saperi, coinvolgendo anche istituzioni internazionali come la *Juridique Bar Association* e *The Dante Society of America* e i suoi membri, tra cui, Wilkins al quale nel 1955 esprime le sue preoccupazioni per l'unità mondiale⁶⁶ e Felix⁶⁷.

Si fortifica in quegli anni il convincimento critico di Del Vecchio diretto a scardinare il 'feticismo' della legge e, in generale, ogni teoria capace di immobilizzarla in una mera cristallizzazione codicistica. Il filosofo americano nella *social engineering* immagina la dimensione giuridica come un edificio costruito dagli uomini nell'inesauribile ricerca di norme e principi, continuamente ampliato, nelle sue formulazioni scritte attraverso l'apporto imprescindibile del pensiero filosofico-giuridico, per rispondere ai cambiamenti sociali e scongiurare l'avvento di una giustizia meccanica:

io non credo che il diritto costituzionale americano debba far a meno della filosofia ... la teoria del diritto naturale del secolo decimo ottavo ebbe ad assolvere un grande compito come strumento costruttivo

⁶⁴ È merito di alcuni studiosi aver dato inizio con serietà di propositi allo studio del diritto anglo-americano comparato con quello dell'Europa, tra cui proprio Roscoe Pound.

⁶⁵ La questione viene discussa, tra l'altro, anche nella recensione di Orecchia, *Jurisprudence*, recensione a Roscoe Pound; Del Vecchio, *Problemi insoluti delle organizzazioni internazionali*, recensione a Roscoe Pound. Si veda a questo proposito la lettera del 3 luglio 1962 di Del Vecchio sul reciproco scambio di recensioni.

⁶⁶ Presidente della Dante Society of America con il quale Del Vecchio coltiva contatti culturali ed ha la possibilità di pubblicare sulle riviste della società e su "Scienza Nuova" (Oxford).

⁶⁷ Tra gli altri vanno ricordati John Freschi, capo dell'ordine dei Figli d'Italia, che su Il giornale del 6 agosto 1929 scriveva: «è indispensabile che sorga in Italia ... la creazione di una casa americana ... essa dovrà essere un entro utilissimo di collegamento che assicuri ... lo scambio di studenti e professori». Tra i rapporti di G. Del Vecchio si veda lettera dell'8 giugno 1961.

nel periodo di formazione delle nostre istituzioni ... si sente chiaramente il bisogno di una teoria filosofica relativa alla interpretazione e all'applicazione delle leggi costituzionali, adeguata a compiti costruttivi⁶⁸.

In questa architettura, si comprende l'origine e lo scopo di una *sociological jurisprudence*, attenta all'evoluzione della società e al contributo delle scienze sociali che arriva dall'attività riformatrice del giudice, riconosciuto come il centro del sistema giuridico nell'esercizio dell'attività di miglioramento del diritto vigente.

Emerge dal confronto dei due studiosi la valorizzazione della formazione 'filosofica' del giurista, giudice o legislatore, nello svolgimento del suo compito prioritario: la sintesi necessaria tra '*law in book*' e '*law in action*'⁶⁹, secondo la nota partizione di Pound, che rinvia implicitamente al rapporto tra il diritto come *opus operarum* e come *opes operans*: come 'prodotto' e come 'prodursi', di teoresi e prassi insieme. In questa direzione, la riflessione sul diritto segna il passaggio essenziale dalla legalità al principio di giustizia che eccede il lavoro tecnico-calcolante della macchina, capace di garantire la certezza del diritto solo a fronte di una preventiva deresponsabilizzazione del legislatore nel ruolo di «giuridicizzatore degli atti umani»⁷⁰ e del giudice nello svolgimento della sentenza «che prende forma a poco a poco nel processo»⁷¹.

L'incompletezza del diritto positivo viene ripresa anche da Del Vecchio nel 1921 a partire dalla necessità di ricorrere alla: «ragione naturale che governa la creazione e l'interpretazione delle norme» per la corretta soluzione delle questioni giuridiche in una sintassi che ricorda 'la valutazione delle circostanze di ogni singolo caso concreto' di Pound.

Alla ricostruzione dei fatti procede il magistrato nell'esercizio di un'opera di 'ingegneria sociale', intesa con riferimento al lavoro di ricerca degli interessi in conflitto, ma anche come calcolo degli effetti, in termini di pace sociale, che il 'giurista-ingegnere' ha il compito\responsabilità di costruire. Il significativo contributo al diritto di Pound sta proprio nel trasferimento di competenze dal legislatore al giudice per l'attuazione di un diritto 'supremo' che si pone al di sopra

⁶⁸ Pound, *Introduzione alla filosofia del diritto*, 39.

⁶⁹ Idem, "Law in Book and Law in Action," 10.

⁷⁰ Idem, *Introduzione alla filosofia del diritto*, 61.

⁷¹ Si legge in Kafka: «la sentenza non viene ad un tratto, è il processo che poco a poco si trasforma in sentenza». Kafka, *Il processo*, 253; si vd. anche Satta, *Il mistero del processo*.

del sovrano, del principe e dell'assemblea legislativa: si tratta, nello specifico, del diritto naturale che attraverso l'attività del giudice trova riscontro nella legge, il *Common Law*. Il sistema di regole astratte dell'ordinamento giuridico inglese è scandito dalle decisioni giurisprudenziali che gradualmente emergono a partire dalla formalizzazione di consuetudini e prassi consolidate apprezzato anche dalla cultura giuridica italiana come dimostra la ricca presenza di contributi sul *common law* anche nella *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*⁷² e da Del Vecchio quando afferma che i principi naturali del diritto «ove siano rettamente dedotti dalla ragione, rispondono a un'intima realtà, che può restare latente sotto l'involucro di formule e di meccanismi fattuali, ma è però eternamente viva e operosa ... [quando il diritto naturale confluisce nel positivo] ... vivono ed operano nelle stesse norme speciali»⁷³.

Sono questi i prodromi del *Sociological Movement in Jurisprudence*, un movimento che rifiuta «il metodo della de-duzione da concezioni predeterminate» e spinge «per adeguare i principi e le dottrine alle condizioni umane piuttosto che a supposti principi primi», e mette «il fattore umano al centro per relegare la logica alla sua naturale posizione di strumento», dando seguito all'indirizzo inaugurato dalla sentenza del giudice Holmes nel caso *Lochner* che si può sintetizzare nell'affermazione '*general propositions do not decide concrete cases*'

Si comprende la formula di Pound «diritto naturale positivo»⁷⁴ che riconduce alla 'naturalità' e alla 'positività' come elementi costitutivi della giuridicità secondo un itinerario in cui 'la legge deve seguire la vita' non come flusso vitalistico che genera il culto della forza ma «come garanzia delle libertà individuali»⁷⁵ attraversata dalla riflessione sulla vita che mai coincide con i processi vitali stessi⁷⁶.

⁷² In particolare, si vedano i contributi apparsi sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* nella sezione *Sunti di Riviste*: (Michels 1929, 493-497), "Soziol. Und npolit. Wissenschaften in America", *Zeitschr f. ges. Staatswiss*, 1929; (Schmitt 1930, 803-807), "Staatsethik und pluralistischer Staat", *Kantstudien*, 1930; (Kocourek 1927, 350-352), "Subjective and objective Elements", *Law in Illinois Law Review*, 1927; (George 1929, 140-142) "Auguste Comte: Sociology and the New Politics", *The American Journal of Sociology*; (Gill Reuschlein 1957, 102-103) "Journal of Legal Education", *Duke University*; (Pound 1954, 313-314) Pound, Roscoe. "Il diritto comparato nello spazio e nel tempo", *The American Journal of comparative Law*.

⁷³ Del Vecchio, *Sui Principi generali del diritto*, 2022.

⁷⁴ Pound, *Natural law and Positive Natural law*. La questione viene discussa anche nell'istituto di filosofia del diritto di Roma; Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, XII.

⁷⁵ Pound, *Law and Federal Government*.

⁷⁶ Anche Sergio Cotta conferma l'interesse verso la cultura giusfilosofica americana in

Il *fil rouge* che lega il pensiero gius-filosofico italiano e quello nordamericano si dipana nella critica costante al formalismo giuridico che ‘congela’ il sistema diritto in un ordine statico, definito nei suoi elementi costitutivi e trasformato in uno strumento al servizio degli interessi di uno Stato, trasformato in un ‘service state’⁷⁷. Il ‘metodo sociologico’ di Pound è una delle risposte all’ansia di ‘simmetria tra la forma e la sostanza del diritto’ che sollecita il giurista (giudice o legislatore) a lavorare sui casi concreti piuttosto che sulle astrazioni concettuali. In questa direzione, si giustifica l’attuale diffusione del precedente giudiziario nei paesi di *civil law* e una generale contaminazione di istituti e principi alla quale ha contribuito anche l’assiduità delle relazioni dell’istituto di filosofia del diritto con studiosi internazionali lavorando inintenzionalmente alla demolizione dei molti pregiudizi del ricercatore quanto del giurista pratico. La tradizione culturale nordamericana continua ad interferire sul pensiero filosofico giuridico italiano anche negli anni successivi alla seconda guerra mondiale come testimonia la traduzione del testo di Del Vecchio, *Justice* a cura di Campbell nel 1953 e ai numerosi contributi sul pensiero di Dworkin e a Rawls presenti sulla *Rivista*⁷⁸.

In ogni contatto matura e si fortifica l’attenzione ai diritti pre-statali, come limiti necessari all’esercizio del potere in una considerazione sempre maggiore del *Common Law* come modello giuridico e culturale che consente di travalicare i confini di un diritto affidato esclusivamente nelle mani del potere legislativo per lasciare posto, afferma Pound, ad una rete senza semi, che non permette di rintracciarne agevolmente le origini. Il *Common Law* scardina l’idea del legislatore come fonte esclusiva del diritto e, «alla scelta politica apertamente conservatrice delle Corti ... contrappone ... l’interpretazione del diritto come opera d’ingegneria sociale [integrata] con la teoria della conciliazione degli interessi»⁷⁹. Se nel ventennio fascista, rispondeva al desiderio

Cotta, *Prospettive di filosofia del diritto*, 40, dove discute lo stretto rapporto di derivazione del realismo giuridico di Pound con la scuola storica del Savigny, riconosciute specularmente vicine nel radicamento sociale del diritto e nell’idea del testo normativo come un materiale che esige di essere ‘ricostruito’ dall’interpretazione del giudice alla luce della dimensione storico-sociologica che lo ambienta.

⁷⁷ Pound, “Sulle condizioni attuali della Filosofia e della scienza del diritto,” 485.

⁷⁸ Schiavello, “Riflessioni sulla distinzione rules/principles nell’opera di Ronald Dworkin,” LXXII. Viola, “Rawls e il Rule of law in Omaggio a John Rawls (1921-2002)”.

⁷⁹ Pound, *Lo spirito della «Common law»*, X. Ibidem.

di giustizia oggi diventa uno strumento nelle mani del potere economico e un *escamotage* al servizio degli interessi più forti. Al recupero della dimensione sociale del diritto, intesa da Pound e Del Vecchio come esigenza di umanità⁸⁰, fa riscontro una revisione dell'identità del giurista: l'intera comunità giuridica è chiamata a dare ossequio al primato della prassi sulla teoresi nelle dinamiche veloci proprie della sfida globale che esige adeguamento a scapito dell'interpretazione, celerità in luogo della riflessione, al servizio delle esigenze di mero adeguamento. Gli esiti impreveduti della diffusione su scala mondiale del *Common law* ha ribaltato i suoi principi ispiratori «collocare il fattore umano in posizione centrale e relegare la logica a quello che le compete di strumento»⁸¹ nella «macchinalizzazione della giustizia»⁸²: «i principi fondamentali della *common law* ... in realtà altro non erano che i principi del liberismo economico»⁸³ che rende il diritto uno strumento al servizio degli interessi contingenti, costitutivamente estraneo alla lentezza che esigerebbe il rispetto dei «diritti dell'uomo»⁸⁴.

Riferimenti bibliografici

- AA.VV. "Interpretations of modern philosophies", NY, 1947.
 —. *Essays in Jurisprudence* in honor of Roscoe Pound, Indianapolis, 1962.
 BAGOLINI, LUIGI. "Il problema del valore in alcuni recenti scritti", *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXVI, fasc. IV, (1949).
 BERDJAEV NIKOLAJ. *Schiavitù e libertà dell'uomo*, Milano: Bompiani, 2010.
 BINDER, JULIUS. *Principi di filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli, 2012;
 CASTIGNONE, SILVANA. *Diritto, linguaggio, realtà: saggi sul realismo giuridico*, Torino: Giappichelli, 1995.
 CAVALLARI, GIOVANNA. *Istituzione e individuo nel neoidealismo anglosassone*, Roma: La Sapienza, 1988.
 COTTA, SERGIO. "Le basi storicistiche della concezione del diritto di Roscoe Pound", *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXIX, fasc. I-II, (1952).

⁸⁰ Idem, Pound, *Introduzione alla filosofia del diritto*, 161. «Vi deve essere un modo di mettere il diritto al servizio degli ideali umanitari diverso da quello di Roobin Hood o del borsaiolo di Lord Bramwell che, impressionato dal sermone, borseggiò tutti i fedeli e mise il maltolto sul piatto dell'elemosina».

⁸¹ Idem, *Mechanical jurisprudence*, 25.

⁸² Romano, *Il dovere nel diritto. Giustizia, uguaglianza, interpretazione*, 129.

⁸³ Pound, *Lo spirito della «Common law»*, IX. In questa direzione si collocano le osservazioni di Tarello, *Il realismo giuridico americano*.

⁸⁴ Idem, *Lo spirito della «Common law»*, 79-99.

- . *Le basi storicistiche della concezione del diritto in Roscoe Pound*, Milano: Giuffrè, 1952.
- . *Il diritto nell'esistenza*, Milano: Giuffrè, 1991.
- . *Prospettive di filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli, 2014.
- DEL VECCHIO, GIORGIO. "Sui principi generali del diritto", *Archivio giuridico*, LXXXV, 1921.
- . *La giustizia*, Bologna: Nicola Zanichelli, 1929.
- . "Premessa alla terza serie", *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XIV, serie III, fasc. I, (1947).
- . "Verità e inganno nella morale e nel diritto", *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXIV, fasc. I, (1947).
- . *La verità nella morale e nel diritto*, Roma: Studium, 1952.
- . *Sui principi generali del diritto*, Boston: University Press, 1956.
- . *Problemi insoluti delle organizzazioni internazionali*, Milano: Giuffrè, 1961.
- . *Sui principi generali del diritto*, Milano: Giuffrè, 2002.
- FICHTE, JOHANN GOTTLIEB. *Sullo spirito e la lettera*, Torino: Rosenberg & Sellier, 1989.
- FROSINI, VITTORIO. "Pragmatismo e giusnaturalismo nel pensiero di R. Pound", *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXX, fasc. IV, (1953).
- . Recensione a *The ideal element in law* di Roscoe Pound. *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXVI, fasc. V, (1959).
- HAYEK, FRIEDRICH AUGUST. *Legge, Legislazione e Libertà*, Milano: Il Saggiatore, 2010.
- KAFKA, FRANZ. *Il processo*, Trento: Reverdito, 1995.
- LACAN, JACQUES. *Il seminario, L'etica della psicoanalisi*, Torino: Piccola biblioteca Einaudi, 2008;
- LEGENDRE, PIERRE. *Il giurista artista della ragione*, Torino: Giappichelli, 2000;
- LEONARDI, FRANCO. "Il diritto comparato nello spazio e nel tempo", *Rivista internazionale di Filosofia del diritto, Sunti di Riviste*, XXXIV, fasc. I, (1957).
- LUHMANN, NIKLAS. *Il paradigma perduto*, Roma: Meltemi, 2005.
- . *Mercato e diritto*, Torino: Giappichelli, 2004.
- . *Diritto della società*, Torino: Giappichelli, 2012.
- MANNONI, OCTAVE. *Lettere personali*, Milano: Spirali, 2006.
- NEGRI, ANTIMO. R. Pound, "The Place of the Family Court in the Judicial System", Recensione a Roscoe Pound, *National Probation and Parole Association*, (1959).
- ORECCHIA, RINALDO, *Jurisprudence*, recensione a Roscoe Pound, "Rivista internazionale di Filosofia del diritto", XXXVIII, fasc. V, (1961).
- . "Giustizia, diritto, interesse" recensione a Roscoe Pound, *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXXIX, fasc. VI, (1962).
- PAGALLO, UGO. *Introduzione alla filosofia digitale. Da Leibniz a Chaitin*, Torino: Giappichelli, 2005;
- PERTICONE, GIACOMO. "Il movimento pan-americano nel diritto", *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, IX, fasc. III, (1929).

- PLATONE, *Apologia di Socrate*, Milano: Bompiani, 2008.
- POUND, ROSCOE, "The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice", *American Bar Association Reports*, 29, (1906).
- . "The Need of a sociological jurisprudence", *The Green Bag*, (1907).
 - . *Mechanical jurisprudence*, Columbia, 1908.
 - . "Law in Book and Law in Action", *American Law Review*, (1910).
 - . "The Scope and purpose of Sociological Jurisprudence." *Harvard Law Review*, 1912.
 - . "Interest of Personality", *Harvard Law Review*, 1915.
 - . "La filosofia nel diritto costituzionale americano", *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, II, fasc. I, (1922).
 - . "The Theory of judicial decision", *Harvard Law Review Association*, XXVI, (1923).
 - . *Interpretations of Legal History*, Cambridge: At the University Press, 1923.
 - . *Law and Federal Governement*, New Brunswick, 1942.
 - . *The political and Social Factor in Legal Interpretation. An introduction*, Michigan, 1947, vol. 45.
 - . *Interpretations of modern philosophies* New York, (1947).
 - . 'La giustizia secondo la legge', 1951.
 - . "Sulle condizioni attuali della Filosofia e della scienza del diritto", *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXVIII, fasc. III, (1951).
 - . *Justice Accordind to law*, New Haven: Yale University Press, 1951.
 - . *Justice According to law*, New Haven: Yale University Press, 1952.
 - . *Natural law and Positive Natural law*, Londra, 1952.
 - . "Education in a unifying world", *New York University Law Review*, (1952).
 - . "Comparative Law in Space and Time," *The American Journal of Comparative Law*, 4, n.1, (1955).
 - . *The ideal element in law*, Calcutta: University of Calcutta, 1958.
 - . *Giustizia, diritto, interesse*, Bologna: Il Mulino, 1962.
 - . "The Development of American Law ant its deviation from English Law", (1963);
 - . *Introduzione alla filosofia del diritto*, Firenze: Sansoni, 1963.
 - . *Lo spirito della «Common law»*, Milano: Giuffrè, 1970.
- ROMANO, BRUNO. *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, Torino: Giappichelli, 1999.
- . *Il dovere nel diritto. Giustizia, uguaglianza, interpretazione*, Torino: Giappichelli, 2014.
 - . *Filosofia della forma relazioni e regole*, Torino: Giappichelli, 2010.
 - . *Male ed ingiusto. Riflessioni con Luhmann e Boncinelli*, Torino: Giappichelli, 2009.
 - . *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, Torino: Giappichelli, 2009.

- . *Due studi su forma e purezza del diritto*, Torino: Giappichelli, 2008.
 - . *Filosofia del diritto e questione dello spirito*, Torino: Giappichelli, 2007.
 - . *Scienza giuridica senza giurista, il nichilismo 'perfetto'*, Torino: Giappichelli, 2006,
 - . *Ortonomia della relazione giuridica*, Roma: Bulzoni, 1997.
- ROUSSEAU, JEAN JACQUES. *Il contratto sociale*, Brescia: La scuola, 1990.
- SARTRE, JEAN PAUL. *La responsabilità dello scrittore*, Milano: Archinto, 2012;
- SATTA SALVATORE. *Il mistero del processo*, Milano: Giuffrè, 1994.
- SCHELER, MAX. *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori*, Milano: Bompiani, 2013;
- SIOTTO-PINTOR, MANFREDI. "Diritto naturale, diritto libero e diritto legislativo nel pensiero di un giurista-filosofo americano", *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, III, fasc. II, (1923).
- TARELLO, GIOVANNI. *Il realismo giuridico americano*, Milano: Giuffrè, 1962.
- VIOLA, FRANCESCO. "Rawls e il Rule of law, in Omaggio a John Rawls (1921-2002)", quaderni della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, IV, Milano: Giuffrè, (2004).
- WEIL, SIMON. *Riflessioni sulle cause della libertà e dell'oppressione sociale*, Milano: Adelphi, 2008.

21. La forma del tempo. Prospetti di modernismo giuridico

Roberto Righi*

22.1.

“Modernismo” è etichetta agile, ricca di varianti, atta a diverse applicazioni. Widar Cesarini Sforza l’ha impiegata a «riaccostare il movimento per il libero diritto al movimento modernistico nel campo della religione»: «la *Freirechtsbewegung* è una sorta di *modernismo giuridico*», appunto. I due modernismi hanno la stessa mira. L’uno si oppone «all’assolutismo dogmatico della religione, al suo ordinamento autoritario ed esteriore», l’altro «si pone contro la rigidità dogmatica dei codici e l’autorità formalistica della giurisprudenza»¹. Viene subito in luce una doppia trama di contrasti e di apparentamenti: “modernismo” cozza contro “dogma” e fa rima invece con fluidità. I modernismi sono forme, o almeno auspici, di “movimento”.

Questa mossa di Cesarini Sforza trova echi molteplici, si inserisce in un contesto folto e variegato. Tra i primi che Cesarini chiama a fargli da sponda è Hermann Kantorowicz. *La lotta per la scienza del diritto*,

* Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici, Sapienza Università di Roma.

La comunicazione al convegno fu a braccio, disarticolata; la riproduco mondata solo di qualche sporgenza estemporanea, serbandone comunque le pause, le esitazioni (è per sottolinearle che le pur brevi didascalie vengono qui scandite e separate da numeri). Un’altra versione di queste pagine, sotto altro titolo, è andata negli *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*.

¹ Cesarini Sforza, “Il modernismo giuridico”, 10-11 (qui e nel seguito vengono riprodotti i corsivi del testo). Il saggio era uscito nel 1912 nella rivista *Il Filangieri*, poi come opuscolo a sé. Un repertorio e un bilancio dei primi impianti della locuzione “modernismo giuridico” è in Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, 219-220 n38. A una ricognizione dei presupposti, anche dalla parte della teologia, giova di certo Fantappiè, *Chiesa Romana e modernità giuridica* (osservazioni puntuali nel vol. 1, 978).

celebre manifesto giusliberista, fa oggetto nel «campo della religione» e riguarda il «parallelismo», anzi il «coniugio», «fra la giurisprudenza dommatica e la teologia ortodossa»². Il diritto, garantiva Kantorowicz, non si sarebbe potuto raggelare nell'immoto cristallo di una dogmatica se alle spalle non avesse avuto appunto «la teologia ortodossa». A dare il cattivo esempio, a disorientare il giurista, è stato infatti l'esegeta di sacri testi, inesausto confezionatore di sistemi lisci, chiusi. «Ma dopo che la giurisprudenza apprese tanto male dalla sua precettrice, la teologia, ha ora essa l'occasione di essere novellamente da questa indirizzata su la retta via». Fatto è che all'esigenza di un diritto libero corrisponde, anzi dà stimolo, un largo filone di ricerca che appare finalmente intento a sgravare la teologia, a scrostarla di dogmi. E risulta nitida «l'identità di essenza di questo libero movimento religioso col nostro movimento pel libero Diritto»³.

Paolo Grossi ha situato "Il modernismo giuridico" di Cesarini contro lo sfondo della «fitta circolazione» di «messaggi» che venivano di Germania e di Francia e ha sottolineato che «il problema del momento» era quello «del ruolo e della funzione dell'interprete»⁴. Al crescere del ruolo dell'interprete è facile che la dogmatica si incrina, si fenda; che diventi strumento più o meno docile, da inflettere e adattare, e smetta di accamparsi al centro, di valere come compatta e ferma pietra di paragone. Ma intanto, negli «anni infuocati del modernismo», si profila il tentativo di dare nuova articolazione alle accezioni di "interpretare": a venire in questione sono proprio gli attrezzi, i modi, le esigenze degli interpreti.

Kantorowicz si appoggia su Otto Pfleiderer, un teologo che era allora di gran lustro, e ne cava il carattere eminente del nuovo, del «novellamente» che addita «la retta via». Per Pfleiderer, nuovo è da considerarsi

² Kantorowicz, *La lotta per la scienza del diritto*, 123. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* fu pubblicato, con lo pseudonimo Gnaeus Flavius, nel 1906; la traduzione di Raffele Majetti, apparsa nel 1908, fu occasione di una revisione del testo.

³ *Ibid.*, 131-132. Kantorowicz non fa riferimento esplicito al "modernismo": adopera «libero movimento religioso», ossia *freireligiöse Bewegung*, come contrassegno largo e non specifico (al di là o al di qua, insomma, dell'arcipelago di piccole comunità e sette, di *Deutschkatholiker* e *Lichtfreunde* protestanti).

⁴ Grossi, *Scienza giuridica italiana*, 104. Altrove, a proposito di Raymond Saleilles, ossia di un perno dell'incrociarsi di «campo della religione» e diritto, Grossi osservava: «il motivo di fondo è sempre e soltanto il rifiuto della immobilizzazione di un testo, sia pure il testo sacro, la necessità di renderlo vivo nel contatto con la vita che prosegue, nella disponibilità ad arricchirsi in quel contatto e a trasformarsi». E di seguito annotava: «Sono gli anni infuocati del modernismo».

in primo luogo lo «spirito» di chi sappia riconoscere «nel contenuto dei dogmi cristiani “miti”, favole senza valore storico». Molto importa il corollario: chi si appronti a siffatta dismissione dei dogmi «non ha bisogno di quella tecnica teologica che dovette essere inventata per la difesa di tali false premesse». Il «libero movimento religioso» dà ora il buon esempio: la scuola che ne raccoglie l'impulso «si allontana, inorridita, dalle “equivocche arti dell'interpretazione”»⁵. Interpretazione è qui in figura di risoluto dislogismo: serva della dogmatica, si impegna a spacciare “miti” per verità; è arte di cavilli, è fabbricazione di un congegno «artificioso, disonesto». L'interpretazione ritrova credito se invece punta sull'efficacia del semplice: se dà spazio a un approccio franco, diretto; se si affida al «sentimento», se ascolta «la voce della coscienza». E si darebbe, così, compimento alla Riforma, che ha inaugurato il prevalere dello «spirito» sulla «lettera». Sempre nel nome e nel segno di una schietta semplicità.

21.2.

Cesarini dice che i modernismi hanno «una stessa anima»; vuol dire che non hanno soltanto gli stessi avversari e bersagli, che hanno anche comuni o contigue premesse e comuni o contigui obiettivi. A una religione che si blocchi in dogmi, «al suo ordinamento autoritario ed esteriore», il modernista oppone «l'intimità della fede, il misticismo». Si dà anche un «misticismo giuridico», e a caratterizzarlo è «il senso della “naturalità” e della vitalità libera e pulsante del diritto». Si schiude un orizzonte di analogie. «Il modernista cerca il Dio immanente, e vuol trovarlo nel fondo della propria anima, farlo *vivere* in questa». E, quasi di concerto, anche il libero giurista «propugna una “giuridicità immanente”, non ricavata dalle astrazioni, sempre imperfette, dei codici, ma scaturiente volta a volta dalla realtà, adeguantesi a questa, che la riproduca nella sua immediatezza forse contraddittoria, ma *viva*»⁶.

Sono passi di straordinaria densità, un ordito di implicazioni e di allusioni. Risulta comunque nitida l'indicazione di uno strategico

⁵ Kantorowicz, *La lotta*, 132. Il virgolettato di Kantorowicz è da Pfloderer, *Die Entstehung des Christentums*. Pfloderer era professore di Systematische Theologie a Berlino. Traspaiuno (in una versione di certo assai oltranzista) gli esiti, se non gli intenti, della lezione di Schleiermacher.

⁶ Cesarini Sforza, “Il modernismo”, 11.

nodo di convergenze; a segnare o almeno a evocare l'orizzonte dei modernismi è la protagonista di tante imprese e avventure di pensiero, in quel primo Novecento: è la vita. Libero diritto, libero movimento religioso: liberi, sì, liberi dal rigore dei dogmi; liberi, però, di raccogliere e assecondare quel *vinculum* che «volta a volta», in «immediatezza», si dà nella vita, come vita⁷.

Lo ha detto chiaro Cesarini: la vita è esposta a contraddizioni, che non ha modo né bisogno di scansare. E anche qui gli fa sponda Kantorowicz: il quale avvisava che a guastare la vecchia teologia (e, per infausto contagio, anche la vecchia dottrina del diritto) era la pretesa di allestire e coltivare «sistemi senza contraddizione, nei quali niente si riveli delle evoluzioni millenarie»⁸. È un punto capitale. È anche un intrico, sul filo degli equivoci.

21.3.

Del modernismo religioso compare in Cesarini solo un profilo tenue. Mancano riferimenti a testi e testimoni⁹. Non è però difficile ritrovare nella letteratura modernista pagine con le quali gli assunti di Cesarini di certo consonano. Ne è specialmente ricco uno degli episodi maggiori del modernismo, *Il vangelo e la chiesa* di Alfred Loisy: dove è alle «evoluzioni millenarie» che principalmente si bada; dove a scandire e illustrare il discorso è la larga famiglia di metafore che si dispiega intorno al «vitale». L'acme della proposta di Loisy è l'esigenza di «mettere l'essenza del cristianesimo nella pienezza e nella totalità della sua vita, che per il fatto stesso d'essere vita è movimento e varietà». «Perché si dovrebbe ritenere che l'essenza dell'albero sia contenuta in una particella del seme dal quale è sorto, e perché non si sarebbe anche effettivamente e più perfettamente realizzata nell'albero che nel suo seme?»¹⁰.

⁷ Prendo così a sfondo quella matura *summula* di movenze moderniste che è, mi è parso, Blondel, *Une énigme historique: le "vinculum substantiale"*.

⁸ Kantorowicz, *La lotta*, 127.

⁹ Se non a un saggio di Gentile (*Il modernismo e i rapporti fra religione e filosofia*, del 1909) che, a dire proprio il minimo, nei confronti del modernismo mantiene molte riserve e perplessità. Spicca l'assenza di Giuseppe Rensi. Nel 1912 Rensi teneva a Ferrara un corso di filosofia del diritto, e da assistente gli faceva proprio Cesarini (fu anche approntata una dispensa, firmata da entrambi). Rensi era stato tra gli animatori di *Coenobium*, rivista che usciva a Lugano dal 1906 e che al modernismo non aveva mai lesinato attenzioni e simpatie.

¹⁰ Loisy, *Il vangelo e la chiesa*, 76. La prima edizione di *L'Évangile et l'Église* è del 1902. È appena il caso di rammentare che sono metafore di antica e inesausta tradizione:

Si avverte almeno un'eco, in Cesarini, e proprio nella pagina che apre il saggio; nell'*incipit*, anzi: «Il movimento per il libero diritto», si legge, «può esser studiato anche da un punto di vista filosofico, cercando di scoprirne e di seguirne le radici fino a quelle più lontane diramazioni per cui esso in realtà si connette a tutto il pensiero contemporaneo, anzi a tutto il pensiero umano che vive nel tempo». Il punto di vista filosofico è quello che abbraccia, «nel tempo», una trama di connessioni, e le proietta «nella totalità della vita dello spirito». Questo capoverso d'inizio si chiude ricapitolando: di mira è la «transvalutazione in un ordine di realtà più comprensiva e ideale di quei singoli fatti che di solito si trattano atomisticamente, empiricamente»¹¹. L'orizzonte è nel tempo; l'orizzonte, anzi, è il tempo. È il tempo, così, che si fa *vinculum*.

Ne consegue un ripensamento della nozione medesima di "interpretare". Tra interprete e *interpretandum* non c'è, «nel tempo», neppure un diaframma sottile. Nella prospettiva che Loisy addita, e che Cesarini accoglie, interpretare non significa affannarsi a ricuperare un che di iniziale, di avviluppato nelle origini; significa invece seguire seguire un moto (lo sviluppo, dal seme all'albero), assecondare passaggi e variazioni: significa, dunque, sperimentare. L'esegeta fa i conti con un testo. Invece l'interprete, così come Loisy lo evoca e lo esige, fa i conti, o ha da farli, con ciò di cui un testo è e può essere solo traccia o controfigura o residuo. La vita si interpreta così come si interpreta un ruolo, o una parte in commedia, o un brano musicale: si interpreta nell'adottare e nell'adattare.

La contraddizione, in questa prospettiva, appare non come un'aporia, che appunto interrompe il discorrere, lo svolgersi, ma come una specie di ritmo. Così, la contraddizione è appena un sinonimo di «movimento e varietà»: cioè, insomma, di vita.

21.4.

Cesarini condensa la lezione dei modernismi, tanto del religioso quanto del giuridico, nel privilegio accordato a ciò che esibisca qualità di «immanente». In quel primo Novecento, l'immanenza si definisce come carattere precipuo della vita in quanto tale; di converso, la nozione di vita si costruisce come riferimento antonomastico all'immanenza.

quella del seme e dell'albero era stata ripresa anche in pagine celebri del cardinale Newman.

¹¹ Cesarini Sforza, "Il modernismo", 9-10.

Cesarini ha segnalato la posta in gioco; l'ha fatto con discrezione, un po' obliquamente, quando nelle pieghe di una nota ha voluto precisare che il modernismo (il modernismo giuridico) «si presenta come riforma relativa non al contenuto del diritto, bensì alla sua *forma di vita*»¹².

L'espressione "forma di vita" ha radici antiche, una storia lunga¹³. L'aveva riproposta, in nuovo assetto, Schleiermacher, e da Schleiermacher la ereditava Dilthey, che ne ha fatto il perno di diverse operazioni¹⁴. Se una forma è "forma di vita", nel solco dell'accezione di Schleiermacher, non è di certo la forma che si potrà ritrovare nel formalismo giuridico che Cesarini deplora. Se è "forma di vita", è e ha da essere forma elastica, porosissima; ciò che più conta: è forma che non cala dall'alto, non si innesta dall'esterno: è forma che non si applica, che piuttosto concreosce. I due termini che si congiungono in una "forma di vita" risultano eminentemente solidali: non indiscernibili, tuttavia inseparabili.

Aveva adoperato l'espressione anche un altro lettore attento di Schleiermacher, Georg Simmel. Il quale però suggeriva che tra i termini di una "forma di vita" i rapporti siano meno ovvi, meno semplici di una tranquilla simbiosi. Una "forma di vita", dice Simmel, è «flusso»; ma perché si mantenga, ovvero perché sia «flusso continuativo», gli occorrono anche pause, intervalli. Del paradosso di un fluire che prosegue non a dispetto ma in virtù di zone o livelli di sosta dà esempio, in Simmel, la fedeltà: un istituto morale che garantisce il fluire proprio perché gli dà guise di stabilità, proprio perché è «forma che deve contraddire al ritmo o all'aritmia della vita»¹⁵. C'è fedeltà quando un rapporto regge, permane, anche se siano scomparse le motivazioni, le condizioni che lo avevano instaurato; ovvero, quando di chiamarle in causa, motivazioni e condizioni, non c'è neppure più bisogno.

Plastico e rigido non sono più opposti netti, poli di un'immediata alternativa.

¹² Ibid., 10-11 n3.

¹³ Ha insegnato a leggerla, basti qui un riferimento solo, Agamben, *L'uso dei corpi*.

¹⁴ Un luogo specialmente eloquente è in Dilthey, *Der Aufbau der geschichtlichen Welt*, 150-151. *Der Aufbau* usciva proprio a ridosso del saggio di Cesarini, nel 1910.

¹⁵ Simmel, *Excursus sulla fedeltà*, 503 (traduzione lievemente ritoccata). La *Soziologie* simmeliana era uscita nel 1908. Simmel è menzionato da Kantorowicz con alto elogio («il grande sociologo e filosofo, di cui si onora la Germania»); era molto caro anche a Rensi (che poi lo tradusse).

21.5.

Quando Cesarini lo attraversa, il campo della religione è spartito da un'imponente sequela di dibattiti, intorno all'essenza del cristianesimo. La proposta di Loisy prende avvio dalla replica indirizzata a Adolf von Harnack, protagonista della teologia riformata, che quel dibattito aveva innescato e orchestrato.

Anche Harnack, comunque, principiava sottolineando che il cristianesimo, prima e piuttosto che dottrina, è «vita»: ha percorsi, sviluppi; è un che di temporale. E gli sviluppi comportano «una chiarezza sempre maggiore». «Come si conosce interamente un albero osservando non solo il tronco o le radici, ma anche esaminando la corteccia, i rami ed i fiori, così la religione cristiana può essere valutata solo dopo un esame completo, che si deve estendere a tutta la sua storia». Ritrovare l'essenza è poi opera non tanto dello storico quanto della storia medesima; l'essenza è frutto non della ricerca ma della vita cristiana, nel suo farsi e disfarsi: «la storia stessa mostrò con chiarezza indubitabile», ebbe una volta a dire Harnack, «qual era il nucleo e quale la scorza»¹⁶. Bastino questi frammenti a mostrare che il momento iniziale, *ut sic*, preme a Harnack tanto, ossia tanto poco, quanto a Loisy. Viene però in luce anche un punto di radicale divergenza, tra Harnack e Loisy. A indicarlo alla svelta si potrà dire che per Harnack l'essenza è quella che nella storia si dispiega e si dispensa (l'essenza è nella storia, insomma); per Loisy, invece, essenza è ciò che il tempo effettua (essenza è la storia medesima).

Ma il punto davvero principale è un altro. Per Harnack nell'iniziale è incluso un «nucleo», che non è solo un innesco, un avvio, una specie di basamento transeunte. Nel «nucleo» è latente un che di originario. L'originario, però, non è che si dia una volta per tutte, in un istante privilegiato, aurorale; è invece sempre pronto a darsi e ridarsi. Figura esemplare dell'originario è in Harnack per l'appunto il cristianesimo, giacché «il cristianesimo non è un'entità la cui validità fu legata ad una precisa epoca»: «in esso, o per suo mezzo, si sono sprigionate forze posenti *non una sola volta*, bensì sempre di nuovo»¹⁷.

¹⁶ Harnack, *L'essenza del cristianesimo*, rispettivamente 71 e 181. *Das Wesen des Christentums* usciva nel 1901.

¹⁷ *Ibid.*, 71.

Il punto diventa tesi ferma, e dirimente, se si aggiunge che l'originario di Harnack non è un *proprium* integro, tutto omogeneo, squisitamente puro. "Nucleo" ha come un'aura nobile, al contrario di "scorza": ma il nucleo si dà sempre in scorza.

A mo' di *enumeratio*. Il massimo rimprovero che Loisy muove a Harnack è di non concepire il cristianesimo come una semenza «identica a se stessa dall'inizio della sua evoluzione fino al termine attuale, e dalla radice fino alla cima», e di riguardarlo invece «come un frutto maturo, o piuttosto guasto, che bisogna spolare per arrivare al nocciolo incorruttibile»¹⁸. È raffigurazione, lucidissima, di un divario fondo. Da una parte, dalla parte di Loisy, un'identità sempre satura, che non conosce riserve né pause né scarti; un'identità che semplicemente si svolge e di questo svolgersi consiste: e che sempre e comunque è una cosa sola con le sue espressioni e modulazioni. Dall'altra, che è la parte di Harnack, la tesi di una radicale non-identità. Essenziale per Harnack non è il nucleo mondato della scorza, è la differenza tra nucleo e scorza: una differenza che consente e nutre, tra nucleo e scorza, una varietà di rapporti, anche di opposizione, di conflitto.

21.6.

È sommamente improbabile che nel parlare di «nucleo» e di «scorza» Harnack non avesse a mente il *sermo* di Lutero "In Natali Christi". È una predica sull'Incarnazione, un commento all'*incipit* di Giovanni, «In principio erat verbum». È anche un sottile esercizio di teologia trinitaria, che Lutero ricapitola in una distinzione: tra «verbum indivisibile» e «verbum incarnatum». L'uno è «indivisibile» perché, dice Giovanni, «verbum erat apud Deum et Deus erat verbum»: è pretto, «sine voce, sono, literis». Il «verbum incarnatum» è invece quello che «sono, voce, literis est involutum, sicut mel in favo, nucleus in testa, medulla in cortice, vita in carnem et verbum in carne.» Pure, anche il «verbum incarnatum», Lutero lo sottolinea con un'esclamazione, «verum est!»¹⁹. Cristo, «verbum incarnatum», è il «verum»; ma si dà come «nucleus in testa», come il gheriglio nel guscio. La verità, se si dà a noi, si dà in figure, in tropi²⁰.

¹⁸ Loisy, *Il vangelo*, 77.

¹⁹ Lutero, "In Natali", 417. Il testo fu recitato nell'avvento 1514.

²⁰ Fuor di teologia (o quasi) si può ricordare la lezione di Pareyson, *Verità e interpre-*

Lutero chiosava Giovanni ma teneva d'occhio Agostino, qui specialmente l'Agostino del *De doctrina christiana*, che aveva dichiarato: «Troporum cognitio necessaria». Di tropi infatti è intessuta la Scrittura, che ha da parlare la lingua degli uomini. Il *verbum* è il *verum* e (e, non: ma) è anche *aptum, accomodatum*: si adegua alla finitezza, all'opacità dell'umano.

Di qui si dipartono le vie dell'interpretare, e sono vie divergenti.

Pfleiderer, il teologo di Kantorowicz, chiudeva l'*Einleitung* a *Die Entstehung des Christentums* con un severo monito di metodo:

la nascita del cristianesimo può essere compresa storicamente soltanto *quando non è più il dogma a dominare la storia ma la ricerca viene condotta con gli stessi principi e metodi di ogni altra storia*. Dunque non abbiamo da partire da altro che dalle premesse comuni a ogni storiografia: dalla *analogia dell'esperienza umana*, dall'uniformità della natura umana nel passato e nel presente²¹.

È di qui che Pfeiderer poteva procedere all'apologia del «sentimento»; smantellati i dogmi e dismessi i tropi, si ottiene facilmente codesta «uniformità della natura umana» di cui «la voce della coscienza» è, prima e piuttosto che interprete, testimone. La trasparenza è facile: basta ricuperare immediatezza e andare a diritto. Il resto è scoria, che fa ostacolo.

Le premesse della linea agostiniana che passa anche per Lutero erano altre: simmetriche, opposte. L'assunto basilare è che la Scrittura parli in figure per adeguarsi all'umana capacità di ricezione e comprensione, aggiustandosi dunque a una varietà di situazioni, a condizioni mutevoli: in *accomodatio* a eventi e circostanze.

Un conto è dire che nel guscio c'è un gheriglio; altro conto è dire, invece, che il gheriglio è sempre, pur sempre in un guscio. Può apparire un modesto spostamento d'accento; pure, ha corollari importantissimi, che riguardano gli attrezzi e le movenze dell'interpretare.

Nella veduta di Agostino, non è che si acceda al gheriglio nonostante il guscio; è proprio mediante il guscio che si ottiene il gheriglio.

tazione: la verità (la «verità una») è presente tutt'intera nelle diverse, variabili formulazioni o interpretazioni che se ne possano dare, senza che il nucleo (lo strato di verità che si supponga comune) si possa distinguere dai «rivestimenti» che ciascuna formulazione ha da offrire.

²¹ Pfeiderer, *Die Entstehung*, 16.

Il guscio non è d'ingombro, così come le figure non sono schermo e barriera: sono veicoli, piuttosto. Il corollario è che chi legga la Scrittura non può disporre di una via diretta; interpretare è un lavoro, e una prova, un rischio²².

Se il messaggio divino si dà in tropi, allora il *verum* risulta solo a una veduta prospettica: architettata a seconda di condizioni, situazioni, circostanze. Questo secondo corollario ha rilevanza massima, permea tutt'intera quella che chiamiamo la modernità.

Terzo corollario. Il messaggio, se viene dispensato in figure, non prevede né immediatezza né univocità; anzi, sconta una quota di *ambiguitas* (è parola di Agostino). La figura non calza a pennello; rinuncia all'esattezza per garantirsi latitudine. L'interprete procede così a cavallo di una coppia di assetto incerto e inquieto, quale è quella che compongono il determinato e l'indeterminato.

21.7.

Una ripresa della locuzione "modernismo giuridico" è in un saggio di Lorenzo Mossa, distante vent'anni da quello di Cesarini. A fare da sfondo è ancora adibita la medesima rete di opposizioni, a partire da quella che anche a Cesarini appariva fondamentale: «le norme espresse hanno carattere di dogmi (o cristallizzazioni), mentre il fatto giuridico è in movimento»²³. In guisa di programma, l'esempio dei pionieri del diritto dell'economia, i quali, proclamata «la superiorità della verità economica sulla forma giuridica», «manipolavano la norma positiva con la più grande libertà nell'intento di adattarla, e di trasformarla senza scrupolo per i bisogni dell'economia»²⁴.

Determinanti, per Mossa, sono gli «scopi sociali»: che esigono non confezioni di «pura norma» ma una variabile compagine di misure, interventi, provvedimenti. E sono, hanno da essere, misure, interventi e provvedimenti determinatissimi: vincolati a contingenze, sollecitati al «movimento», dunque schivi di «dogmi» e di «norme espresse»;

²² Faccio riferimento (forfettariamente, per così dire) al libro III del *De doctrina christiana*. Il libro principia così: «La persona timorata di Dio cerca diligentemente [*diligenter*] nelle Sacre Scritture la volontà divina»; e poche righe sotto è annotato che chi ricerca ha da essere «equipaggiato», *instructus*.

²³ Mossa, "Modernismo giuridico", 37. Alle stampe nel 1931.

²⁴ *Ibid.*, 35.

e pronti, così, a cedere il passo ad altre, ulteriori determinazioni, ovvero a nuove configurazioni della determinatezza.

In Mossa è ormai caduto ogni riferimento al modernismo religioso. Ma non è la sua un'applicazione, a oltranza, del principio della divina *accomodatio*? Il fatto è che gli «scopi sociali» si perseguono in diverse maniere, sono però un che di integro, un'istanza di compattezza. Non c'è spazio per alcuna *ambiguitas*. E, soprattutto, non c'è verso di contraddirli, gli «scopi sociali», né di inserirvi contraddizioni.

Cesarini poi li bocciava entrambi, i modernismi, in nome della filosofia, ovvero della libertà. Il punto è che la libertà «consiste nel sottrarsi all'impero (al bisogno) di *qualunque* norma, provenga essa dalla legge scritta o da altra fonte.» Così, «chi è passato nell'attività pura, nella fase della spontaneità e dell'etica, non sa che sia comando, decisione, giustizia: egli *agisce* – e nient'altro». E insomma: «La vera libertà è l'azione pura e semplice»²⁵. Ovvero: ogni determinazione o determinatezza è un che di spurio, è remora, per quanto il prudente possa accettare di patirla.

21.8.

In un saggio sulla condotta in società, Schleiermacher aveva detto che società in senso proprio, ossia *Gesellschaft*, è quella dei salotti, è il «libero gioco» che si dà in luoghi e occasioni in cui vigono regole, al riparo però dal rigore di norme scritte. Si chiama invece comunità, *Gemeinschaft*, quella che abbia un qualche determinato scopo: uno scopo che sia altro da quello di ritrovarsi insieme, altro dalla pura socialità in quanto tale. Si entra in una *Gemeinschaft* perché si ha già un che di comune (lo scopo, appunto); il “comune”, qui, viene prima. In una *Gesellschaft* invece il “comune” si ottiene dalla e nella società stessa, consiste in reti di relazioni reciproche; qui tutto è, e ha da essere, *wechselseitig*: ovvero, tutto risulta da un incrociarsi di agire e di patire. L'azione non è mai «pura e semplice»; non è neppure azione, se non è insieme ricezione. L'agire, in questa veduta, comporta l'interpretare: non è agire se non può formulare ciò che si aspetta e pretende, da altri, e non fa conto di ciò che altri si aspettano e pretendono. E così altri vengono da noi determinati se sono in condizione di determinarci.

²⁵ Cesarini Sforza, “Il modernismo”, 14.

Una veduta edificante, parenetica? No davvero. Gli effetti di reciprocità non generano da per sé fratellanza, non comportano armonia o compattamenti. Schleiermacher si preoccupa anzi di sottolineare che *wechselseitig* «significa propriamente in contrapposizione [*entgegengesetzt*]»²⁶. Il punto è che in una *Gesellschaft* il “comune” non sovrasta; non è neppure dato: è, piuttosto che il prodotto, il prodursi della *Gesellschaft*.

Le lezioni delle quali Schleiermacher gli avrà o gli avrebbe potuto impartire almeno uno spunto, Cesarini le ritrova poi e le conferma nell'esplorazione del “diritto dei privati”. A comporre e ricomporre il “diritto dei privati” sono mondi al di qua e al di là delle norme fatte cristallo; sono mondi nei quali si incontrano rapporti che fanno eco a quelli che Schleiermacher considera²⁷: dove tutto si fa, o si disfa, nel modo *wechselseitig*. Nel “diritto dei privati” la coesione è nell'agonismo. E alle divergenze, alle discordie, alle contraddizioni è serbato spazio.

Riferimenti bibliografici

- AGAMBEN, GIORGIO. *L'uso dei corpi*. Vicenza: Neri Pozza, 2014.
- AUGUSTINUS, AURELIUS. *De doctrina christiana: La dottrina cristiana*. Tradotto da V. Tarulli. Roma: Città Nuova, 1992.
- BLONDEL, MAURICE. *Une énigme historique: le “vinculum substantiale” d'après Leibniz et l'ébauche d'un réalisme supérieur*. 2. ed. Paris: Beauchesne, 1930
- CESARINI SFORZA, WIDAR. *Il diritto dei privati*, a cura di Salvatore Romano. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1963. Edizione originale Roma: Sampaolesi, 1929.
- . “Il modernismo giuridico”. In Idem. *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, 1. *Filosofia e teoria generale*. Milano: Giuffrè, 1967.
- DILTHEY, WILHELM. *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*. In Idem. *Gesammelte Schriften*, vol. VII. 6. ed. Stuttgart: Vandenhoeck & Ruprecht, 1973.
- FANTAPPIÈ, CARLO. *Chiesa romana e modernità giuridica*, 2 voll. Milano: Giuffrè, 2008.
- GROSSI, PAOLO. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*. Milano: Giuffrè, 2000.
- HARNACK, ADOLF VON. *L'essenza del cristianesimo*, a cura di Gianfranco Bonola e Pier Cesare Bori. Brescia: Queriniana, 1980.

²⁶ Schleiermacher, “Versuch einer Theorie”, 8-10. Era apparso (anonimo, in un periodico) nel 1799.

²⁷ Delle leggi della cavalleria, per fare un esempio solo, tratta *Il diritto dei privati*, 30 (Cesarini lo pubblica nel 1929). 30.

- KANTOROWICZ, HERMANN. *La lotta per la scienza del diritto*. Tradotto da R. Majetti. Sala Bolognese: Forni, 1988 (ristampa dell'edizione milanese 1908).
- LOISY, ALFRED. *Il vangelo e la chiesa*. Tradotto da R. Fodde e V. Sorge. Roma: Ubaldini, 1975.
- LOMBARDI VALLAURI, LUIGI. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1967.
- LUTHER, MARTIN. "In Natali Christi". In *Luthers Werke in Auswahl*, vol. 5, a cura di E. Vogelsang, 406-417. 3. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1963.
- MOSSA, LORENZO. "Modernismo giuridico e diritto privato". In *L'impresa nell'ordine corporativo*, 29-57. Firenze: Sansoni, 1935.
- PAREYSON, LUIGI. *Verità e interpretazione*. Milano: Mursia, 1971.
- PFLIEDERER, OTTO. *Die Entstehung des Christentums*. München: Lehmann, 1905.
- SIMMEL, GEORG. "Excursus sulla fedeltà e la gratitudine". In Idem, *Sociologia*. Tradotto da Giorgio Giordano. Milano: Comunità, 1989.
- SCHLEIERMACHER, FRIEDRICH. "Versuch einer Theorie des geselligen Betragens". In Idem. *Werke. Auswahl in vier Bänden*, a cura di O. Braun e J. Bauer, vol. 2. Leipzig: Meiner, 1913.

22. Il contributo di Giorgio Del Vecchio al problema del fondamento della giustizia penale e alla sua umanizzazione. Il riscontro latino-americano

*Abelardo Rivera Llano**

«Anche l'autore del danno ed il reo di un delitto di qualunque entità hanno ... "il diritto morale di essere riconosciuti come persone e come esseri morali dotati di una propria dignità". In un modo solo apparentemente paradossale, Scheler segnala che il reo ha un "diritto alla pena" che però gli potrebbe venir negato ... da quanti intendessero ridurlo esclusivamente ad un mero oggetto dei loro provvedimenti cautelativi».

Bruno Romano¹

«Non voglio vendetta, ma giustizia ... quella che comunemente viene intesa come giustizia non può coincidere con la vendetta ... In modo forse meno ipocrita di quello europeo, negli Stati Uniti si dichiara apertamente che la giustizia coincide con la vendetta».

Federico Stella²

Sono particolarmente onorato di prendere parte a questo importante incontro accademico, il cui scopo è quello di ricordare la presenza *attiva, critica e costruttiva*, dei filosofi del diritto alla Sapienza, in un periodo storico di particolare importanza per il mondo del *diritto*, della *libertà*, della *giustizia* e della *democrazia*, valori insostituibili in una società che difende la *priorità ontologica* del pensiero dell'uomo e rifiuta la sua *riduzione* a funzione biologica.

* Università di Bogotà.

¹ Romano, *Scienza giuridica senza giurista*, 161.

² Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, 179.

Nel periodo storico fra le due guerre, si inserisce la crisi della cultura europea (cioè il vuoto fondante di essa) esaminata da Walter Benjamin nel *dramma barocco tedesco* e già intravista non solo da Spengler, nella sua diagnosi profetica sul tramonto dell'Occidente, ma dallo stesso Husserl.

Tale crisi diede inizio ad un *totalitarismo moderno* senza confini, sfociato nella cultura nazista³, definita come visione del mondo (o ideologia) che fu trasformata in una vera e propria "religione politica". La "sacralizzazione" della sfera politica generò, con tutte le conseguenze che la storia ha registrato, una deviazione del potere, che venne inteso come relazione di *forza* in un rapporto di *potenza* distante dalla democrazia. Il risultato fu l'annichilimento della virtù della persona umana, nodo centrale dei valori prima accennati, con particolare riguardo al diritto, tanto più quello penale, chiamato ad esaminare l'essere come tale e il suo *esistere* come senso nel mondo.

Siamo dunque in presenza di una tematica complessa che ha visto impegnati, fortunatamente, schiere di giuristi e di illustri filosofi del diritto, tra i quali Giorgio Del Vecchio, che non rimase indifferente alla questione dell'essere nella sua integralità e umanità, così come alle domande sul *perché* punire e sul *come* farlo. Ciò rimanda al fondamento della giustizia penale, che ha origine nella libertà e responsabilità.

La figura umana ed intellettuale di Del Vecchio, oltrepassò i confini dell'Italia, con particolare presenza nell'America Latina, dove il suo fecondo pensiero umanistico e filosofico, trovò terreno fertile, non solo nella filosofia del diritto – di cui fu il punto di riferimento necessario nelle facoltà di giurisprudenza – ma anche in campo politico-legislativo, attraverso l'introduzione nei codici penali, degli istituti relativi alla sostituzione condizionale della pena, al perdono giudiziario per alcune categorie di reati, così come alle case di lavoro all'aperto, alle colonie agricole e alla giurisdizione sui minorenni dotata di *norme* e *fini* specifici. Tutti istituti che perseguono finalità lontane dalla repressione punitiva.

I punti essenziali del suo pensiero filosofico e culturale sul tema del fondamento della giustizia penale, muovono senza dubbio dal *metodo ideografico*, che prende le distanze dal naturalismo positivista allora dominante poiché limitato a *conoscere-spiegare* le cause endogene-esogene del reato e la pericolosità del delinquente, come strumento unico per quantificare la pena. A maggiore pericolosità, maggiore pena e viceversa; questo era, in breve, il motto di partenza del naturalismo.

³ Weil, *Sulla Germania totalitaria*.

La premessa centrale da cui scaturiscono i punti cardine del pensiero di Del Vecchio si può riassumere con una frase breve ma efficace: «*il male non si ripara col male*». Diversamente, infatti, ci si ritroverebbe nel campo della mera vendetta. L'Autore, conseguentemente, si sforza di cercare soluzioni alternative, in grado sia di salvare la certezza della pena, sia di assicurare, allo stesso tempo, il recupero dei delinquenti, quale funzione centrale della pena, compito affidato dalla Costituzione ai sistemi penitenziari.

A partire da tale premessa, Del Vecchio mette a fuoco i temi legati alla dinamica del punire, all'apparato sanzionatorio dello Stato, al risarcimento del danno⁴ cagionato col delitto, (la *satisfactio operis* della *paenitentia*⁵, per fare giustizia alla vittima)⁶, così come alle strategie politico-criminali sulla *prevenzione generale* della pena e, finalmente, al rapporto tra *pena* e *colpevolezza*, non più intesa come pericolosità, fattore, quest'ultimo, che attraverso l'episteme positivista, ha aperto la strada, nei sistemi più autoritari, all' "igiene sociale".

Tra *pena* e *colpevolezza* ci deve essere allora, un'intima correlazione che consenta di stabilire la proporzionalità del *quantum punitivo*, includendo i *moventi dell'azione* e rendendo possibile, allo stesso tempo, la funzione retributiva della pena, la quale è chiamata ad abbinare due fattori: uno *utilitaristico*, l'altro *umanitario*. Già Cesare Beccaria, ripudiando la pena di morte e la tortura come strumenti giudiziari, aveva ben chiaro l'equilibrio tra *malum culpae* e *malum penae*, sintetizzabile con la celebre massima di Carnelutti: «non ti punisco solo *quia peccatum est*, *sed ne peccetur*».

In caso di mancata connessione tra i vari fattori la funzione retributiva della pena viene meno, come si evince oggi attraverso l'imputazione oggettiva, che risulta imperante nel diritto penale come riduttore della complessità.

Del Vecchio era ben consapevole, inoltre, della dilagante crisi culturale europea e intravedeva già il fallimento tanto del diritto penale, quanto dello Stato, titolare unico del controllo sociale istituzionalizzato. Per questa via si stava aprendo la strada al *controllo indiretto*, *sussidiario* o *diffuso*, che costituisce il punto di riflessione attuale tanto

⁴ Del Vecchio, "Nota sul risarcimento del danno in relazione alla pena," 151.

⁵ Foucault, *Del governo dei viventi*, 88-197.

⁶ Che oggi è puramente simbolico, data l'impossibilità per il reo di adempierlo nella maggior parte dei reati commessi.

nell'ambito della dottrina penale più autorevole, quanto nella cerchia delle scienze sociali critiche del *principio sistemico* di stampo luhmanniano, caratteristico della fisica sociale e della biopolitica, luoghi in cui la *natura sostanziale* dell'uomo viene esclusa. Nella cosiddetta "*teoria come scandalo*", del sociologo tedesco la società è senza uomini.

La crisi di cui si parla ha fatto sì che il diritto penale diventasse una mera espressione simbolica, al pari della funzione di prevenzione generale della pena, tema già sollevato dal positivismo penale impegnato nella difesa sociale e nel processo rieducativo e risocializzante del delinquente.

Enrico Ferri, principale esponente del positivismo, parla a tal proposito dei cosiddetti "*sostitutivi penali*", ritenuti strumenti più efficaci nella prevenzione del delitto. Questi, mediante l'investimento dello Stato nel sociale, hanno un ruolo fondamentale nella prevenzione e nella lotta contro la delinquenza ed hanno il fine di *rallentare la repressione*.

La premessa posta da Del Vecchio, trova chiara espressione nelle sue puntuali parole, frutto della penetrante conoscenza del *mondo* e della *realtà* che esso presenta, nonché del fenomeno delittuoso e della criminologia che ha dimostrato che è riscontrabile una "*co-responsabilità sociale*" del delitto riguardo alle *cause* che lo producono. Lo stesso Ferri aveva avvertito tale questione nella sua disanima oggettiva del problema.

Scriva, infatti:

il delitto non è soltanto un fatto individuale, del quale il suo autore deve rispondere per ripararlo in quanto possibile; ma è anche, specialmente nelle sue forme più gravi e costanti, un fatto sociale, che indica colpevolezza e squilibri nella struttura della società dove ha avuto origine. Esso suscita perciò ben altri problemi, oltre quello della pena o della riparazione dovuta dal delinquente: problemi morali, politici, pedagogici ed economici, e diciamo anche giuridici, in quanto il diritto regola in generale la vita umana, pur fuori della ristretta cerchia della penalità. Alla soluzione di codesti problemi, possono e devono cooperare, direttamente o indirettamente tutte le virtù e le potenze umane; sovrastando sempre ad esse come principio direttivo e suprema fonte di luce quell'ideale della giustizia, che assegna ed insegna il valore fondamentale della persona umana, l'obbligo assoluto di rispettarlo, la necessità di sanare ed eliminare gli abusi, le iniquità e le oppressioni, comunque e dovunque si manifestino nelle relazioni tra le persone.⁷

⁷ Del Vecchio, "Il problema del fondamento della giustizia penale ed una sua possibile soluzione," 888-889.

La priorità attribuita al primato della persona umana, evidenzia l'altissima testimonianza della sensibilità umana del celebre filosofo, accompagnata da una visione reale dell'*imperfezione* e dell'*insufficienza* degli odierni sistemi di giustizia penale (e, in genere, del diritto come norma di vita, nei confronti dell'"*homo juridicus*"⁸), che hanno evidenziato, da una parte, il declino di questa disciplina; dall'altra – come già detto – il *fallimento dello Stato nell'adempimento dei fini della pena* e nel recupero del reo.

L'inadeguatezza dei sistemi giuridici intravista da Del Vecchio, è svelata in queste sue parole:

conviene che il problema sia guardato da un punto di vista ancor più generale, e si riconosca che la lotta contro il delitto non può essere condotta esclusivamente con sanzioni giuridiche. È una vana illusione che l'attività criminosa trovi in tali sanzioni un mezzo adeguato di repressione. Questa illusione, che perdura da secoli, è probabilmente la causa, o una delle cause per cui altri istituti e mezzi di tutela, di reazione e di prevenzione non ebbero fin qui lo sviluppo che sarebbe stato necessario. Ricondurre il diritto penale nei propri limiti, segnati da una più vera ed alta giustizia, non significa già (mi sia permesso di insistere ancora su ciò) abbandonare la lotta contro la delinquenza, ma è e deve essere piuttosto uno stimolo per intensificare altre opere, morali e sociali, dirette al medesimo fine.

Per cercare *nuove soluzioni a vecchi problemi irrisolti*, occorre una chiarificazione del *concetto di diritto e giustizia* nel loro inscindibile rapporto; dall'altro, occorre insistere sul ruolo dell'*educazione* che ha bisogno – ricorda M. Recalcati – di *un'erotica dell'insegnamento*⁹. L'educazione può essere la più efficace forma di controllo indiretto della repressione poiché «un'ora di lezione può cambiare la vita», creando i presupposti per la *creazione di pace e futuro*.

Tutto ciò comporta un *cambio culturale* nel modo di guardare il problema, contribuendo così alla tutela effettiva della vita umana e della *coesistenza sociale* secondo ragione pratica presente in Kant.

Non a caso Del Vecchio fa perno proprio sulle parole di uno degli apostoli più puri dell'umanità, Giuseppe Mazzini, il quale si chiedeva a suo tempo: «come proverete voi all'individuo che egli deve confon-

⁸ Idem, "Dos ensayos. 1.".

⁹ Recalcati, *L'ora di lezione*.

dere la sua volontà con la volontà de' suoi fratelli sulla Patria e nell'Umanità? Col carnefice, con le prigioni? Le Società fin ora esistenti hanno fatto così. Ma questa è guerra, e noi vogliamo pace: è espressione tirannica, e noi vogliamo educazione»¹⁰.

A questo punto, sorge spontanea la domanda: *ma, cosa significa educare?* Lo stesso interrogativo è presente in Recalcati, quando parla di «far pensare in modo nuovo» aggiungendo che «educare non è un oggetto tecnologico, non il funzionario grigio di un sapere senza corpo, totalmente disincarnato, non è il rappresentante di un sapere senza inciampi»¹¹.

Infatti, la visione ideale di Mazzini scompare totalmente in un sistema politico incentrato sul funzionalismo sistemico che guarda soltanto alla legalità senza curarsi giustizia. Un simile sistema non si interroga – come invece fanno i filosofi – sul rapporto tra *etica* e *punizione*, *pena* e *risocializzazione*, *riconciliazione* e *perdono*, quali presupposti della pace; né, tantomeno, si interroga sulla *giustizia* che è chiamata a svolgere una funzione preventiva generale.

Per il funzionalismo, la lotta per la giustizia e per un *ordine sociale* diverso non ha alcun senso. Tornano in mente, le parole di Agostino: «se tagli la giustizia, che cosa è il potere se non una violenza più in larga scala?». In tale sistema politico, domina pertanto il *kratos*, ovvero il potere politico interpretato in maniera “faziosa”, per cui qualsiasi preoccupazione dello Stato circa i fini della pena, specialmente quelli indicati nell'articolo 27, comma 3 della Costituzione, sono considerati obiettivi irrealizzabili e pertanto destinati a non essere raggiunti.

Si chiudono allora le porte alla *speranza*, quindi al futuro, di cui parla Dostoevskij e sarà impossibile fare del delinquente “*un uomo nuovo*” tramite la giustizia restaurativa, il pentimento, la riconciliazione con la vittima e la ricostruzione della sua vita quale diritto irrinunciabile e non disponibile, presente esplicitamente nel pensiero del filosofo oggi ricordato.

Non favorire questa possibilità, equivarrebbe ad aprire le porte alla fatalità, cioè al determinismo positivista dei naturalisti, quando invece si dovrebbe imporre una nuova *cultura della pena*, come premessa di un processo di pacificazione. La cultura è chiamata a trovare una *dimensione pubblica* ed istituzionale, in modo da allontanare il concetto di pena

¹⁰ Del Vecchio, “Il problema del fondamento,” 890.

¹¹ Recalcati, *L'ora di lezione*, 125.

dalla semplice *vendetta*, ed al fine di ripristinare la giustizia, l'ordine *sociale* e quello *pubblico*, infranti dal delitto.

Un'ultima riflessione, presente nel pensiero illuminante di Del Vecchio, compare quando si analizza uno dei principi cardini della scienza giuridica penale tradizionale ormai superata, cioè il *principio del fatto*, in una visione dualista, secondo cui la condotta può essere regolata solo dal punto di vista del *soggetto* e dell'*oggetto*. Da tale visione parte Carrara per la costruzione della teoria bipartita del reato, visto come composto da due *forze* o *energie* proprie della causalità naturalista: quella *psichica volitiva* e quella *fisica materiale*.

In conformità con il funzionalismo sistemico dominante, oggi si guarda soltanto al *fatto*, e si apre la via ad un diritto penale visto come *diritto penale del nemico*, che rimanda al concetto di *hostis* dei romani. Colui che ha commesso il fatto, non è riconosciuto come persona nella sua dignità ed umanità e la giustizia, allora, coincide con la vendetta, secondo il modello americano.

Ed è qui, appunto, che si può individuare l'attualità del pensiero gius-penalista di Del Vecchio che ha lasciato tracce degne di essere raggiunte nella realtà del *post-umano*. Il filosofo si dimostra essere precursore di alternative culturali, (tra cui quella dell'arte del punire cui fa esplicito riferimento la Weil¹²), capaci di risvegliare nel reo la capacità di "fare il bene" e di contribuire al miglioramento dell'uomo delinquente, trasformando catarsicamente la pena, in responsabilità.

Il senso ultimo della "rieducazione del condannato" presente nello spirito costituzionale, sembra recepire la visione spiccatamente umanitaria della disciplina penale di Del Vecchio, il quale parte da un fondamento ontologico irriducibile al riduzionismo di Spinoza. Occorre decostruire il modello per il quale la volontà umana è da ricercare solo attraverso un'esplorazione del funzionamento del cervello e dei neuroni.

Una simile visione è frutto di un riduzionismo scientifico, che cancella il senso del diritto e conduce ad una pena senza umanità ed al nichilismo "perfetto", presagito da Nietzsche. Quindi, la colpevolezza, che costituisce la ragione fondante della giustizia retributiva, viene ridotta a pura *ascrizione* in un processo di radicale normativizzazione.

¹² Weil, *Riflessioni sulle cause della libertà e dell'oppressione sociale*.

Cade allora, la preoccupazione e l'interesse per l'accertamento dei dati soggettivi, non immediatamente percepibili dall'esterno, specie se di natura psicologica. Questa realtà la si avverte appunto nel divario tra l'epistemologia ontologica e quella propria delle neuroscienze che non possono spiegare il "mistero della soggettività" quale presupposto dell'imputabilità. Il giudizio resta compito esclusivo del giudice che non può delegare solo ed esclusivamente alle scienze tale compito.

In quest'ottica, il pensiero di Del Vecchio, acquista particolare importanza specie alla luce del fallimento del diritto penale come controllo diretto della società. La disciplina, nata come filosofia – come affermato da G. Bettiol – man mano se ne è allontanata fino a rimanere senza risposte valide al problema dei fini della pena e del riadattamento sociale del delinquente, il quale viene spogliato finanche della sua condizione di essere umano, viene annichilito, così da essere visto – nella visione funzionalista di G. Jakobs – semplicemente come un nemico.

Riferimenti bibliografici

- DEL VECCHIO, GIORGIO. "Dos ensayos. 1. El "homo juridicus" y la insuficiencia del derecho como norma de vida." *Justicia y derecho*, 1 (1943).
- . "Nota sul risarcimento del danno in relazione alla pena." *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, 1 (1951).
- . "Il problema del fondamento della giustizia penale ed una sua possibile soluzione." *Rivista italiana di diritto penale*, XXXIV, fasc. 6 (1957).
- FOUCAULT, MICHEL. *Del governo dei viventi. Corso al Collège de France (1979-1980)*. Milano: Feltrinelli, 2014.
- RECALCATI, MASSIMO. *L'ora di lezione. Per un'erotica dell'insegnamento*. Torino: Einaudi, 2014.
- ROMANO, BRUNO. *Scienza giuridica senza giurista. Il nichilismo perfetto*. Torino: Giappichelli, 2006.
- STELLA, FEDERICO. *La giustizia e le ingiustizie*. Bologna: Il Mulino, 2006.
- WEIL, SIMONE. *Riflessioni sulle cause della libertà e dell'oppressione sociale*. Milano: Adelphi, 1983.
- . *Sulla Germania totalitaria*. Milano: Adelphi, 1990.

23. Certezza del diritto e relatività dei concetti giuridici: il carteggio fra Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo tra le due Guerre

Beatrice Serra*

23.1. Premessa

Le pagine che seguono ricostruiscono alcuni momenti del confronto scientifico intercorso fra Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo tra le due Guerre mondiali. In armonia con il tema del Convegno, la ricostruzione – basata, anzitutto, sui dati emersi dal carteggio conservato nell'Archivio "Giorgio Del Vecchio" della Biblioteca di Filosofia del Diritto dell'Università degli Studi di Roma Sapienza¹ –, è animata da un duplice intento.

Il primo è quello di guardare alla figura di Giorgio Del Vecchio² da una prospettiva peculiare e dinamica, quale è quella del dialogo fra

* Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici, Sapienza Università di Roma.

¹ Il carteggio fra Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo, conservato nell'Archivio 'Giorgio Del Vecchio' della Biblioteca di Filosofia del Diritto G. Del Vecchio dell'Università degli Studi di Roma Sapienza, consta, attualmente, di due fascicoli: il fascicolo I (189), che comprende il periodo 1919-1939 e il fascicolo II (107), che comprende il periodo 1940-1969.

² Esula dai limiti di questo scritto una compiuta ricostruzione biografica, bibliografica e scientifica della figura di Giorgio Del Vecchio (Bologna, 26 agosto 1878 - Genova, 28 novembre 1970). Per un primo orientamento al riguardo si veda: Orecchia, *Bibliografia di Giorgio Del Vecchio*; Idem, *La filosofia del diritto nelle Università italiane*, VII-XLII, 128-192; Idem, "Del Vecchio," 1454-1456; Frosini, "Del Vecchio," 391-396; Vela, *El Derecho Natural en Giorgio Del Vecchio*; Vidal, *La filosofia giuridica di Giorgio Del Vecchio*; Marchello, *La metafisica dello Stato secondo Giorgio Del Vecchio*; Gurrieri, *Questioni e note di filosofia contemporanea*; Ballesteros, "Del Vecchio," 969-971; Montanari, "Del Vecchio," 744-747; Belloso Martìn, *Derecho natural y derecho positivo*; Peticone, "Ricordo di Giorgio Del Vecchio (1878-1970)," 3-7; Quaglio, *Giorgio Del Vecchio*; Quintas, "La filosofia di Giorgio Del Vecchio," 119-127; Zampetti, "La filosofia giuridica di Giorgio Del Vecchio," 1-38; Losano, "Il filosofo e il processualista," 3-46; *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, 2 voll.; Ambrosetti, "La vocazione della classicità nel

il Maestro della filosofia del diritto e Arturo Carlo Jemolo³, personalità, parimenti, centrale dell'esperienza giuridica del Novecento.

Il secondo intento è quello far emergere, da tale angolo di osservazione, tratti di uno dei periodi più difficili e fecondi della storia della riflessione scientifica italiana: difficile, poiché è tra le due guerre che si profilano le profonde incrinature del modello liberale dello Stato di diritto⁴; fecondo, poiché la consapevolezza di tali incrinature indusse parte della scienza giuridica alla ricerca di nuove soluzioni⁵.

23.2. Il rapporto fra i due Maestri

pensiero di Giorgio Del Vecchio," 1-27; Barillari, "Dal Petrone a Del Vecchio," 43-63; Bobbio, "Diritto e morale nell'opera di Giorgio Del Vecchio," 71-91.

³ Per i riferimenti essenziali sulla figura di Arturo Carlo Jemolo (Roma, 17 gennaio 1891 - ivi, 12 maggio 1981) si veda Margiotta Broglio, "Jemolo," 1121-1125; Idem, "Jemolo," 196-201; Idem, "Jemolo e Buonaiuti," 965-999; Idem, "Per Arturo Carlo Jemolo," 513-515; Idem, "Jemolo e «Voce operaia»," 143-163; Idem, "Fascismo, antifascismo e concordato," 129-133; Idem, "Arturo Carlo Jemolo e Vincenzo Del Giudice," 225-257; Idem, Introduzione; Idem, Premessa, V-XVIII; Idem, "Appunti per una biografia di Arturo Carlo Jemolo," 497-503; Navarro Valls, "Jemolo," 247-249; Dalla Torre, *Un altro Jemolo*; Fantappiè, "Arturo Carlo Jemolo e il modernismo," 83-110; Idem, "Riforma religiosa e laicità in Arturo Carlo Jemolo," 183-210; Idem, *Arturo Carlo Jemolo*; Gismondi, de Luca, Spinelli e Barillari, Prefazione, III-XII; Finocchiaro, "Arturo Carlo Jemolo (1891-1981)," 3-13; Bellini, "Il contributo metodologico di Aldo Checchini e Arturo Carlo Jemolo," 54-84; Gismondi, "Jemolo, lo studioso di diritto ecclesiastico," 18-24; Berri, "L'«Avvocato» Arturo Carlo Jemolo," 12-16; Spinelli, "I rapporti tra Stato e Chiesa nella dottrina di Jemolo," 33-39; Lariccia, "Arturo Carlo Jemolo," 1-61; Valbusa, *I pensieri di un malpensante*; Ferrari, "Storia di due concorsi" 267-279; Calderone, *La libertà degli altri*; Mattone, "I 'cani vagabondi di Stambul'" 38-46; Spadolini, *Jemolo, testimone di un secolo*, Aa.Vv., *Arturo Carlo Jemolo*; Aa.Vv., *Giornata Lincea nel Centenario della nascita di Arturo Carlo Jemolo*; Zuanazzi, e Bertolino, *La lezione di un maestro*; Cassandro, Leoni e Vecchi, *Arturo Carlo Jemolo*. Oltre gli scritti su Jemolo, sono poi fondamentali due suoi scritti natura autobiografica: Jemolo, "Confessioni di un giurista," conferenza tenuta per iniziativa della facoltà giuridica dell'Università degli Studi di Messina il 26 febbraio 1947, ora in Idem, *Pagine sparse di diritto e storiografia*, 165-191 e Idem, *Anni di prova*. Parimenti risultano preziose le notizie che emergono dai seguenti carteggi e raccolte di scritti: Jemolo, *Lettere a Mario Falco*, Tomo I (1910-1927), Tomo II (1928-1943); Vismara Missiroli, *Caro Falco*, 258-260, 264-268, 280-281, 285; Galante Garrone, Avalle, *Arturo Carlo Jemolo*; Cassandro, "Le novelle giovanili di Arturo Carlo Jemolo," 1-69; Jemolo, *Novelle*, 11-29; Quaranta, *Arturo Carlo Jemolo*.

⁴ Al riguardo si veda per tutti il quadro di sintesi di Mazzarella, "Una crisi annunciata," 329-397, cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici.

⁵ Sul ventennio fra le due guerre quale arco temporale delicatissimo e peculiare della storia della scienza giuridica italiana si veda ampiamente Grossi, *Scienza giuridica italiana*, 119-214.

Prima di guardare ai temi oggetto del confronto tra i due studiosi, è necessario ricostruire, seppure nelle sue linee essenziali, il rapporto che legò Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo. Tale rapporto – documentato nell'*Archivio "Giorgio Del Vecchio"* per quasi un cinquantennio, dal 29 novembre 1919 al 23 aprile 1968 –, si svolse lungo tre profili.

Fu, anzitutto, un rapporto scientifico, costruito attraverso lo scambio dei propri scritti e il dialogo sulle tematiche in essi affrontate⁶; la collaborazione di Jemolo – quale autore, recensore, *referee* e membro del Consiglio direttivo –, alla Rivista diretta da Giorgio Del Vecchio, *l'Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*; il comune impegno nell'attività congressuale⁸.

⁶ Difatti, il primo documento, in ordine cronologico, presente nel carteggio, è una lettera con la quale Jemolo ringrazia Del Vecchio per le pubblicazioni che gli ha inviato ed apprezza la difesa dell'autonomia dell'insegnamento della filosofia del diritto che emerge dalle pubblicazioni stesse (Cfr. *Archivio "Giorgio Del Vecchio"*, Carteggio Jemolo/Del Vecchio, (d'ora in poi A.D.V.), fascicolo I (189), lettera autografa, priva di busta, datata Roma, 29 novembre 1919, scritta su carta intestata (Commissione per lo studio delle questioni sociali in dipendenza dello stato di guerra, per l'esecuzione di opere pubbliche). Un apprezzamento quello di Jemolo, sincero, come risulta da un'altra lettera, del 6 agosto 1920, scritta all'amico Mario Falco, nella quale Jemolo – ritenendo ottima cosa la chiamata di Giorgio Del Vecchio alla Facoltà di Giurisprudenza di Roma –, si rallegra «che siasi scartata l'idea di prendere professori di altre materie, giuristi a tendenze filosofiche: idea cattiva, anche se avesse portato la scelta su persona a noi cara»: cfr. in Jemolo, *Lettere a Mario Falco*, Tomo I (1910- 1927), 332. Sulla crisi della filosofia del diritto all'inizio del Novecento e sul decisivo contributo dato dagli studi di Del Vecchio alla rivendicazione della autonomia della disciplina si veda ampiamente Vidal, *La filosofia giuridica di Giorgio Del Vecchio*, 19-22.

Per le altre missive Jemolo-Del Vecchio relative allo scambio dei propri scritti si veda Serra, "Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo (frammenti di un carteggio)": 4-11.

⁷ Giorgio Del Vecchio fu direttore dell'*Archivio Giuridico "Filippo Serafini"* dal 1921 – anno in cui ne riprese la pubblicazione sospesa nel 1910 –, al 1938, quando lasciò la direzione della Rivista per effetto delle leggi razziali. Sul punto e sul lavoro svolto da Jemolo per *l'Archivio Giuridico "Filippo Serafini"* – di cui lo stesso Jemolo assumerà la direzione nel 1964 –, si veda dettagliatamente Frosini, "Del Vecchio", 392-393; Orecchia, *La filosofia del diritto nelle Università italiane*, 99; Serra, "Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo", 11-18; Vecchi, "Dalla cattedra di Roma al suo epilogo personale," 36.

⁸ Soprattutto per impulso di Giorgio Del Vecchio, infatti, i due studiosi collaborarono alla realizzazione di numerosi Convegni. Per le missive aventi ad oggetto questo aspetto del rapporto cfr. A.D.V., fascicolo I (189): lettera dattiloscritta datata Nova Levante, 1° settembre 1932, indirizzata a Prof. Gr. Uff. Giorgio Del Vecchio, via Appennini, 52, Roma; lettera dattiloscritta datata Roma, 3 settembre 1932, indirizzata al Ch.mo Sig. Prof. Avv. A. C. Jemolo, via Zamboni 6, Bologna; lettera dattiloscritta, datata Roma, 13 febbraio 1935, indirizzata al Ch.mo Sig. Prof. Avv. A. C. Jemolo, Via

Fu, in secondo luogo, un rapporto di solidarietà accademica. Quando, nel giugno 1933, la cattedra di diritto ecclesiastico della Regia Università di Roma restò vacante – in seguito alla collocazione a riposo di Francesco Scaduto –, fu Giorgio del Vecchio, allora Preside della Facoltà di Giurisprudenza, a proporre il nome di Arturo Carlo Jemolo, votato, invero, all'unanimità dalla Facoltà stessa⁹. Parimenti, fu Jemolo ad adoperarsi affinché l'incarico di Filosofia del diritto presso la Facoltà di Giurisprudenza della Regia Università di Bologna fosse affidato a Felice Battaglia¹⁰, allievo di Del Vecchio¹¹.

Fu, infine, un rapporto di vera amicizia. Ne è prova il fatto che nulla mutò fra i due studiosi dopo l'autunno del 1938, quando, in obbedienza alle leggi razziali, Giorgio Del Vecchio fu dispensato dal servizio presso l'Università e privato di ogni ruolo scientifico ed accademico¹². Particolarmente significativo, al riguardo, un biglietto – rinvenuto nell'*Archivio "Giorgio del Vecchio"* – con il quale Jemolo il 2 settembre 1938 –, e cioè lo stesso giorno in cui il Consiglio dei Ministri del Regno di Italia varò un primo gruppo di Decreti legge che sancivano l'espulsio-

Gombruti 5, Bologna; lettera dattiloscritta, datata Roma, 31 maggio 1935, indirizzata al Ch.mo Sig. Prof. Avv. Arturo Carlo Jemolo, via Catone, 6 Roma; lettera autografa, datata Bologna, 9 giugno 1935, indirizzata al Chiar. Prof. Gr. Uff. Giorgio Del Vecchio, via Appennini 52, Roma; lettera dattiloscritta su carta intestata (Avv. Arturo Carlo Jemolo, Professore ordinario nella R. Università di Roma) datata Bologna, 12 agosto 1935, indirizzata all' Illustre Prof. Gr. Uff. Giorgio Del Vecchio, via Appennini 52, Roma; lettera dattiloscritta, datata Roma, 14 agosto 1935, indirizzata al Ch.mo Sig. Prof. Avv. Arturo Carlo Jemolo via Catone, 6 Roma; lettera dattiloscritta datata 29 luglio 1937, indirizzata al Prof. Arturo Carlo Jemolo, via Paulucci de' Calboli, 9 Roma; A.D.V., fascicolo II (107): lettera dattiloscritta, datata Roma, 15 novembre 1952, indirizzata all'Illustre Prof. Giorgio Del Vecchio, via Appennini 52, Roma.

⁹ Sul trasferimento di Jemolo dalla Regia Università di Bologna alla Regia Università di Roma e, in generale, sui legami di natura accademica intercorsi fra Jemolo e Del Vecchio si veda Serra, "Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo", 18-24.

¹⁰ Per un profilo biografico di Felice Battaglia si veda Testoni Binetti, "Battaglia," 194-195.

¹¹ Sull'interessamento di Jemolo e Del Vecchio per l'attribuzione dell'incarico di Filosofia del diritto a Felice Battaglia cfr. A.D.V., fascicolo I (189): lettera dattiloscritta, datata Roma, 17 ottobre 1933, indirizzata al Ch.mo Sig. Prof. A.C. Jemolo, via Zamboni, 6, Bologna; lettera autografa su carta intestata (Regia Università di Bologna. Facoltà di Giurisprudenza), datata Bologna, 21 ottobre 1933, indirizzata all'Illustre Prof. Gr. Uff. Giorgio Del Vecchio, via Appennini 52, Roma; lettera in parte dattiloscritta e in parte autografa su carta intestata (Avv. Arturo Carlo Jemolo - Professore ordinario nella R. Università di Roma), datata Bologna, 5 aprile 1934, indirizzata all'Illustre Prof. Gr. Uff. Giorgio Del Vecchio, via Appennini, 52, Roma; lettera autografa su carta intestata (Università degli Studi di Roma. Facoltà di Giurisprudenza) datata Roma, 12 giugno 1934, indirizzata all'Illustre Prof. Gr. Uff. Giorgio Del Vecchio.

¹² Sulla espulsione, in seguito alle leggi razziali, di Giorgio Del Vecchio dall'Università e da ogni altra attività accademica e scientifica cfr. Montanari, "Del Vecchio, Giorgio", 746.

ne degli ebrei dalla scuola pubblica italiana –, esprime sentimenti di riconoscenza e profonda solidarietà all'amico filosofo¹³.

23.3. Sulla crisi del diritto

Ebbene, è all'interno di questo rapporto – nato e sorretto da interessi scientifici e divenuto, poi, di natura anche accademica e amicale –, che Jemolo e Del Vecchio dialogarono su due questioni particolarmente avvertite dalla scienza giuridica tra le due Guerre: le forti tendenze antilegitarie dell'epoca e il problema della natura dei concetti giuridici, espressione, a sua volta, dello smarrimento metodologico dei giuristi di fronte alla crisi del positivismo dei primi decenni del Novecento.

Su entrambi i temi, il dialogo originò e si svolse intorno a due saggi di Jemolo: "Il nostro tempo ed il diritto", pubblicato nell'*Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*¹⁴ e "I concetti giuridici", pubblicato negli *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino*¹⁵.

Guardiamo al primo saggio, "Il nostro tempo ed il diritto". Nel marzo 1931 Jemolo confida a Del Vecchio il suo proposito di scrivere sulle tendenze antilegitarie comuni a tutti gli Stati del tempo¹⁶ e,

¹³ Cfr. A.D.V., fascicolo I (189), Biglietto autografo, datato 2 settembre 1938, indirizzato all'Illustre Prof. Gr. Uff. Giorgio Del Vecchio, via Appennini 52, Roma. Al riguardo e sul sentimento di sincera amicizia che legò Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo si veda Serra, "Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo", 24-26.

¹⁴ Cfr. Jemolo, "Il nostro tempo ed il diritto," 129-170. Parte del nucleo concettuale di questo si rinviene nel Discorso inaugurale dell'anno accademico 1931-1932 tenuto da Jemolo all'*Istituto Superiore di Scienze economiche e Commerciali* di Bologna: Idem, *Il diritto come lo vedono i non giuristi*, 1-25; anche in Idem, *Pagine sparse di diritto e storiografia*, 3-25 (le citazioni si riferiscono a questa edizione). È lo stesso Jemolo, infatti, che, scrivendo a Del Vecchio, definisce il Discorso tenuto all'*Istituto Superiore di Scienze economiche e Commerciali* come una volgarizzazione de "Il nostro tempo ed il diritto": cfr. A.D.V. Fascicolo I (189), lettera autografa, datata Bologna, 9 novembre 1931, indirizzata all'Illustre Prof. Giorgio Del Vecchio, via Appennini, 52, Roma.

¹⁵ Cfr. Jemolo, "I concetti giuridici," 246-264; anche in Idem, *Pagine sparse di diritto e storiografia*, 100-116 (le citazioni si riferiscono a questa edizione) e in Calogero, Cesarini Sforza, Jemolo, Pugliatti, *La polemica sui concetti giuridici*, 19-40.

¹⁶ Cfr. A.D.V., fascicolo I (189), lettera autografa su carta intestata (Studio Redenti. Avv. Arturo Carlo Jemolo Professore stabile nella R. Università di Bologna), datata Bologna, 23 marzo 1931, indirizzata all'Illustre Prof. Giorgio Del Vecchio, via Appennini, 52, Roma. Con questa lettera Jemolo chiede a Del Vecchio di pubblicare, in una delle riviste di cui è direttore, uno scritto di Tullio Pinelli, *La natura dello Stato sovietico*, dal quale Jemolo si ripropone di prendere le mosse per analizzare la crisi della legalità del Novecento. Del Vecchio accetta di pubblicare il lavoro di Pinelli con alcune integrazioni: cfr. A.D.V. Fascicolo I (189), lettera dattiloscritta, datata 25

da quel momento, nelle lettere all'amico filosofo accennerà più volte a questo studio, definendolo come «l'articolo cui tengo»¹⁷; «la cosa che ho scritto con più gusto in questi mesi, e non so decidermi a mandartela, perché la sua sede naturale sarebbe la Rivista Internazionale [di Filosofia del Diritto] ed ho paura (te lo dissi già altra volta) di comparire lì»¹⁸.

Quando, nel gennaio 1932, il lavoro – intitolato “Il nostro tempo ed il diritto” – è finalmente inviato a Del Vecchio, il commento di questi allo scritto di Jemolo è lapidario: «magnifico»¹⁹.

Ciononostante, Jemolo preferisce che l'articolo sia pubblicato nell'*Archivio Giuridico*, per «il mio vecchio timore che alcuno possa pensare che io abbia la presunzione di credermi filosofo!»²⁰ e, anche dopo aver licenziato le bozze, chiede a Del Vecchio un incontro per poter discutere più dettagliatamente del lavoro²¹.

Quale, dunque, il contenuto di questo scritto – dai risvolti, evidentemente, filosofici²² –, per il quale Jemolo mostra una peculiare tensione e che Del Vecchio approva pienamente?

“Il nostro tempo ed il diritto” si articola, essenzialmente, su tre capisaldi: a) l'analisi delle tendenze dell'universo giuridico del Novecento; b) l'individuazione delle radici di tali tendenze; c) la definizione del compito del giurista.

Lo scritto si apre, infatti, con una constatazione: ciò che caratterizza il Novecento è la propensione a smantellare l'edificio delle leggi in

marzo 1931, indirizzata al Prof. Avv. A. C. Jemolo, via Zamboni 6. Il lavoro apparirà infatti sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 470-489.

¹⁷ Cfr. A.D.V., fascicolo I (189), lettera autografa datata Bologna, 9 novembre 1931, indirizzata all'Illustre Prof. Giorgio Del Vecchio, via Appennini, 52, Roma.

¹⁸ Cfr. *ibid.*, lettera autografa su carta intestata (Regia Università di Bologna. Facoltà di Giurisprudenza), datata Bologna, 10 luglio 1931, indirizzata all'Illustre Prof. Giorgio Del Vecchio, via Appennini, 52, Roma.

¹⁹ Cfr. *ibid.*, lettera dattiloscritta, datata Roma, 10 gennaio 1932, indirizzata a Ch.mo Sig. Prof. Avv. A. C. Jemolo, via Zamboni, 6, Bologna.

²⁰ Cfr. *ibid.*, cartolina postale autografa, datata Bologna, 12 gennaio 1932, indirizzata all'Illustre Prof. Gr. Uff. Giorgio Del Vecchio, via Appennini, 52, Roma.

²¹ Cfr. *ibid.*, lettera autografa su carta intestata (Regia Università di Bologna. Facoltà di Giurisprudenza), datata Bologna, 11 aprile 1932, indirizzata all'Illustre Prof. Gr. Uff. Giorgio Del Vecchio, via Appennini, 52, Roma.

²² È significativo, al riguardo, che nell'indice bibliografico della *Rivista di diritto processuale civile* il lavoro di Jemolo, “Il nostro tempo ed il diritto” è menzionato nella sezione *Storia e filosofia del diritto*: cfr. Indice bibliografico, in *Rivista di diritto processuale civile*, 307-308.

nome della forza dei fatti²³. Una propensione che – benché sempre presente nella storia del diritto –, nel Novecento appare particolarmente teorizzata, intensa e capillare, cosicché, pur non riscontrandosi nell’ordinamento specifici mutamenti formali, «è il ritmo della vita del diritto che ha subito alterazioni profonde»²⁴.

Trattasi di una constatazione lucida, in un momento nel quale, per un verso, parte della scienza giuridica – portando a compimento germi del primo dopo guerra²⁵ –, proclamava la fine della identificazione fra legge e diritto²⁶; mentre, per l’altro verso, la rivoluzione fascista incideva sull’assetto sociale, politico e giuridico senza vistose e immediate modifiche della struttura formale dell’ordinamento²⁷.

Eppure Jemolo coglie intorno a sé diversi esempi di alterazioni del ritmo della vita del diritto, fra i quali, due particolarmente significativi.

Il primo è la dissoluzione della separazione dei poteri, evidente nell’attività normativa della burocrazia²⁸; nella dilatazione del margine di apprezzamento dell’esecutore della legge e, soprattutto, nella diffusa pretesa che il giudice, senza riferirsi al dato legislativo, si faccia interprete dell’idea sociale che anima lo Stato, trasformando ogni sentenza in una legge speciale²⁹.

Il secondo, emblematico, esempio di alterazione del diritto è l’attenuazione del principio dell’irrelevanza giuridica del foro interno; attenua-

²³ Cfr. Jemolo, “Il nostro tempo ed il diritto,” 130-134.

²⁴ *Ibid.*, 153.

²⁵ Sulla prima guerra mondiale quale evento che, ponendo l’esigenza di leggi speciali e di commissioni arbitrali con giudici di equità, travolse l’impalcatura formale dello Stato di diritto si veda per tutti: Grossi, *Scienza giuridica italiana*, 130-134.

²⁶ Per una visione di insieme di questa dottrina cfr. *ibid.*, 119-273. Nello scritto “Il nostro tempo ed il diritto” Jemolo richiama espressamente la letteratura francese e belga sulla rivincita dei fatti rispetto alle forme legislative, e nella dottrina italiana, oltre al già citato scritto di Pinelli (cfr. nota 16), richiama il contributo di Battaglia, “L’interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese,” 185-237, 376-413 e di Maggiore, “La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica,” 364-385.

²⁷ Sulla scelta iniziale del Regime fascista di lasciare in piedi le strutture normative esistenti e le formule dello Stato di diritto si veda Pignatelli, “I controlli politici sul giudice dallo Stato liberale al regime fascista,” 103-126; Costa, Pagina introduttiva, 16-17; Grossi, *Scienza giuridica italiana*, 152-153.

²⁸ Questo profilo, considerato antitetico ai postulati del liberalismo, è particolarmente evidenziato in Jemolo, “L’errore legislativo,” 313-323.

²⁹ Cfr. *Idem*, “Il nostro tempo ed il diritto,” 153-159. Su questo aspetto del Novecento, si vedano i saggi raccolti in *Quaderni fiorentini per lo studio del pensiero giuridico moderno*. 40 (2011), dedicati al tema *Giudici e Giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Ottocento e Novecento*.

zione che Jemolo considera, ormai, dominante ad opera, principalmente, delle scuole penalistiche che sottopongono a valutazione giuridica non solo gli atti ma, anche, la persona del delinquente, erodendo, così, uno dei tratti caratteristici della legalità penale di stampo settecentesco³⁰. Appurata la crisi del sistema della legalità, Jemolo ne individua, poi, le radici in due caratteri del Novecento: l'ingresso definitivo delle masse sulla scena politica e sociale e il peculiare senso statale del secolo³¹.

La psicologia delle masse, scrive Jemolo, è antitetica alla legalità, giacché le masse – prive della capacità di astrazione e della esperienza storica delle élites borghesi –, disprezzano la legge positiva, pretendono un diritto che realizzi, sempre, il giusto, ignorando che l'idea del giusto varia con il variare degli interessi e delle coscienze³². Osservazione, quest'ultima, a sostegno della quale è richiamata, anche, la definizione dei rapporti fra giustizia e legalità elaborata da Del Vecchio³³.

³⁰ Cfr. Jemolo, "Il nostro tempo ed il diritto," 166-167. Va sottolineato che, nell'evidenziare il tema del rilievo giuridico del mondo interiore del soggetto – trattato già nello scritto *Il diritto come lo vedono i non giuristi*, 15 – Jemolo richiama in nota due diversi dati che ritiene funzionali all'inquadramento del tema stesso. Il primo, di natura teorica, è la tesi di Giorgio Del Vecchio, secondo la quale l'azione non è separata dal suo fattore psichico, cosicché il principio di diritto naturale secondo cui il diritto non deve punire o vincolare il pensiero non si tramuta nel principio per il quale l'attività del pensiero, nelle sue estrinsecazioni, è irrilevante o inesistente per il diritto: cfr. Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, 9-41. Il secondo dato, di natura empirica, è una sentenza del Consiglio di Stato, IV Sez., 8 marzo 1929, n. 104 (cfr. *Rivista di diritto pubblico* 1 [1929]: 183-184), che dispensava dal servizio un impiegato per manifestazioni contrarie alle direttive politiche del Governo fascista. Il Consiglio di Stato aveva ritenuto che ogni atto o fatto che palesasse un pensiero o una convinzione, anche in forma privata o comunque non comunicata ad altri, poteva risolversi in una manifestazione politica contraria al regime. Nel caso di specie due considerazioni (una sua altezzosità dei mediocri e l'altra sulla non coincidenza fra l'immagine di Roma sostenuta dal Partito dominante e la realtà storica), contenute in una lettera scritta dall'impiegato e aperta dalla Pubblica Sicurezza, erano state considerate prove di sentimenti avversi al fascismo e, dunque, manifestazione contraria alle direttive politiche del Governo. Su questa sentenza e sulla particolare attenzione ad essa dedicata da Jemolo si veda anche Jemolo, *Lettere a Mario Falco*, Tomo II (1928-1943), 116-118.

³¹ Cfr. Idem, "Il nostro tempo ed il diritto," 136-137, 146-149.

³² Cfr. *ibid.*, 135-139, 141-142. Jemolo aveva ampiamente trattato il tema della diffidenza, se non avversione, delle masse per il diritto positivo e i giuristi anche nello scritto *Il diritto come lo vedono i non giuristi*, spec. 3-17, nel quale, tuttavia, evidenziava la scarsa considerazione che anche gli studiosi di altre discipline mostravano per il diritto, non potendo quest'ultimo condurre ai risultati definitivi o potenzialmente definitivi delle altre scienze.

³³ Cfr. Idem, *Il nostro tempo ed il diritto*, 138, nota 1. Il riferimento è a Del Vecchio, *La giustizia*, ove – definita la distinzione fra il giusto assoluto ed il giusto legale e la possibilità di un loro contrasto – si ribadisce, tuttavia, che la legge positiva è un

Il secondo aspetto del Novecento ostile al diritto è, invece, lo spirito dell'epoca e l'affermarsi – come conseguenza e, al contempo, causa di tale spirito –, di un nuovo tipo di Stato.

Il Novecento, scrive Jemolo, è avverso alla legalità, in quanto secolo di guerra, di forte passioni politiche, di disconoscimento di valori universali; da ciò uno Stato che non riconosce limiti al suo volere e considera l'osservanza della legge un mero intralcio alla realizzazione del proprio progetto politico³⁴.

Ad ulteriore chiarimento dell'analisi è poi operato un interessantissimo paragone con l'ordinamento della Chiesa cattolica³⁵.

Per un verso, Jemolo indica il sistema canonico – elastico e con un assetto costituzionale peculiare –, come il più aperto a soluzioni giuridiche individuali e, dunque, come il più prossimo a quello desiderato dalle masse. E ciò perché in tale ordinamento la certezza e prevedibilità del diritto cedono all'esigenza – cui l'ordinamento stesso è finalizzato –, di perseguire il bene assoluto della salvezza delle anime³⁶.

Per l'altro verso, è evidenziata un'assimilazione (esteriore) del diritto statale a quello canonico, giacché legandosi alla realizzazione di una

appagamento imperfetto ma, indispensabile, del bisogno di giustizia e che la ribellione alla legge ingiusta è spesso confusa con il tentativo di sottrarsi ai doveri imposti dall'ordinamento giuridico per perseguire i propri interessi e le proprie passioni.

³⁴ Cfr. Jemolo, "Il nostro tempo ed il diritto," 146-149.

³⁵ La scelta di guardare all'esperienza giuridica della Chiesa – già operata nello scritto *Il diritto come lo vedono i non giuristi*, 24 – riflette la peculiare importanza che Jemolo attribuiva alla conoscenza del diritto canonico, sia per la sua valenza formativa, dacché riteneva impossibile «studiare anche elementarmente, il diritto dello Stato se s'ignori quello della Chiesa»: Idem, "Insegnamento del 'diritto ecclesiastico' e del 'diritto canonico'," 13; sia per il rilievo della materia sul piano speculativo, convinto che deve «considerarsi come pietra di paragone per saggiare la bontà delle varie definizioni che si tenta di dare del diritto la circostanza se la definizione si adatti o meno anche al diritto della Chiesa»: Idem, *Elementi di diritto ecclesiastico*, 16. Sul rapporto fra Jemolo e il diritto canonico si veda Fedele, "Contributi di Arturo Carlo Jemolo allo studio del diritto canonico," 331-346; De Luca, "Jemolo «Canonista»," 501-507; Berlingò, "Jemolo e il diritto canonico," 115-137; Dalla Torre, *Un altro Jemolo*, 51-54.

³⁶ Cfr. Jemolo, "Il nostro tempo ed il diritto," 143-144. I richiami di Jemolo al tema della certezza nel diritto canonico, si ricollegano al rinnovamento metodologico che, negli anni Trenta del Novecento, fu posto in essere dalla dottrina canonistica italiana. Un rinnovamento che aprì tale dottrina al dialogo con le altre discipline e evidenziò l'importante contributo offerto dalla esperienza giuridica della Chiesa alla definizione dei più avvertiti problemi di teoria generale del diritto. Per un primo orientamento sul punto si veda Condorelli, "Tra storia e dogmatica," 917-949; Nacci, "La cultura giuridica del Diritto canonico," 73-147; Grossi, *Scienza giuridica italiana*, 266-273; Feliciani, "La scuola canonistica italiana," 61-81; Fantappiè, "Scienza canonica del Novecento," 151-198.

idea politica indiscussa – che deve informare lo sviluppo dello Stato e penetrare le coscienze dei cittadini –, l'ordinamento statale tende a emanciparsi dalla legge e dalla distinzione fra foro interno e foro esterno, al pari dell'ordinamento canonico ma senza il substrato religioso dell'ordinamento canonico³⁷.

Ciò posto, Jemolo non si limita a cogliere e spiegare le tendenze dell'universo giuridico del Novecento. A fronte di tali linee direttrici egli vuole sancire quale è il compito del giurista nel Novecento: riaffermare il valore sociale del diritto come legalità³⁸.

Un compito questo, che il giurista deve adempiere ribadendo, anzitutto, che ciò che può raggiungersi nella vita quotidiana tramite il diritto non è il giusto assoluto invocato dalle masse ma, realisticamente, il bene della certezza garantito dalle leggi scritte³⁹.

Un compito che, in secondo luogo, impone al giurista di rigettare il legame tra politica e potere giudiziario, dissentendo dal giudice che, asservito all'ideologia dominante, frantuma la legge nelle sue applicazioni e spossessa il legislatore, violando l'ordine costituzionale dello Stato di diritto e le sue guarentigie. Jemolo, infatti, crede fermamente

³⁷ Cfr. Jemolo, "Il nostro tempo ed il diritto," 149-151, 166-167. Il tema della tendenziale assimilazione del diritto statale a quello canonico sarà ripreso in un saggio di poco successivo a "Il nostro tempo ed il diritto" e precisamente in Idem, "Peculiarità del diritto penale ecclesiastico," 723-733, ove l'analisi delle peculiarità del diritto penale canonico, e, in particolar modo, delle deroghe alla legalità, si conclude con la constatazione che, in un momento nel quale il diritto dello Stato appare finalizzato a uno scopo supremo da raggiungere, cosicché una finalità politica guida l'applicazione delle norme, le differenze fra il diritto penale canonico e il diritto penale statale potrebbero divenire meno evidenti. Va, in ogni caso, tenuto presente che nel configurare il diritto canonico come un diritto funzionale ai desideri delle masse e nello stesso tempo, per certi versi, rispondente ai postulati dei regimi totalitari, Jemolo si muove nel contesto ecclesiologico e giuridico delineato dal Concilio Vaticano I e dal *Codex Iuris Canonici* del 1917. Da ciò il suo riflettere sul tema della legalità canonica su tre presupposti oggi superati dall'ecclesiologia del Concilio Vaticano II e dal Codice del 1983: la dimensione esclusivamente pubblicistica del diritto canonico; la totale assenza di una divisione dei poteri; la configurazione del rapporto gerarchia – fedeli quale rapporto fra superiori e sudditi. La non assimilazione della Chiesa allo Stato di diritto, è da Jemolo ampiamente evidenziata – soprattutto sotto il profilo delle modalità di tutela delle posizioni dei singoli – anche in altri scritti fra i quali: Idem, "Esiste un diritto dei fedeli al Sacramento?," 133-147; Idem, "La tutela dei diritti dei fedeli," 449-470; Idem, "L'interesse dei fedeli," 146-169; Idem, "Il Codex Iuris Canonici," 311-316.

³⁸ Cfr. Idem, "Il nostro tempo ed il diritto," 169-170.

³⁹ Cfr. *ibid.*, 139-142. Già nello scritto *Il diritto come lo vedono i non giuristi*, 11-25, Jemolo aveva affermato l'idea per la quale il diritto, in quanto espressione dell'uomo, non può realizzare la giustizia assoluta, ma solo garantire, attraverso norme scritte, la prevedibile qualificazione giuridica dei comportamenti.

nel paradigma liberale e contrattualistico dello Stato che riconosce i diritti fondamentali come limiti al proprio operare, nella legge quale difesa contro l'arbitrio, nel volto garantista della legalità⁴⁰.

Ciò che l'autore di "Il nostro tempo ed il diritto" sembra auspicare, quindi, è il ricrearsi, dopo i primi tre decenni del Novecento, dei presupposti che condussero allo Stato di diritto ottocentesco, il ricostituirsi dell'orizzonte concettuale proprio del liberalismo europeo. In una lettera a Del Vecchio, del resto, Jemolo si riferisce al mondo spirituale dell'Ottocento come al *loro* mondo spirituale⁴¹, ed è, probabilmente, anche in ragione di questa comune visione di fondo che Del Vecchio – il quale ritiene, parimenti, la certezza del diritto una preziosa garanzia della libertà⁴² –, sembra condividere pienamente lo scritto dell'amico.

Eppure la posizione di Jemolo non è, semplicemente, quella di uno studioso che, anacronisticamente, non accetta la complessità sociale e giuridica del Novecento, la sostituzione delle masse alla borghesia o il declino della legge a fronte di altre fonti di produzione del diritto.

È, invero, evidente che "Il nostro tempo ed il diritto" – oltre ad essere un sincero atto di fede nel diritto (certo) quale condizione di esistenza della vita collettiva ed individuale⁴³ –, è, anche, un atto

⁴⁰ Cfr. Idem, "Il nostro tempo ed il diritto," 154-159, 160-169. Il riferirsi di Jemolo ad una legalità sostanziale è peraltro particolarmente evidente allorché egli considera l'insindacabilità degli atti amministrativi discrezionali che si sono tradotti in una violazione dei diritti soggettivi come una limitazione dello Stato di diritto.

⁴¹ Cfr. A.D.V., fascicolo I (189), lettera dattiloscritta, datata Bologna, 15 luglio 1931, indirizzata all'Illustre Prof. Gr. Uff. Giorgio Del Vecchio, via Appennini, 52, Roma. Dello scarto, in negativo, fra Ottocento e Novecento, Jemolo scrive anche all'amico Mario Falco: Jemolo, *Lettere a Mario Falco*, Tomo II (1928-1943), 356-358.

⁴² Nell'analizzare la pretesa che il giudice si emancipi dall'obbligo di attenersi alle leggi, avanzata dalla *scuola del diritto libero*, Del Vecchio obietta infatti che se non si osservasse la legge per correggere la rigidità della stessa, si perderebbe un bene molto più importante: la certezza del diritto, che è di per sé preziosa garanzia di libertà: Cfr. Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, 268. Quanto alla adesione di Del Vecchio al *Rechtsstaat* kantiano e alla sua nascosta ostilità allo Stato-centrismo mussoliniano si veda Montanari, "Del Vecchio," 745-746.

⁴³ Il tema della crisi del diritto e delle sue ragioni sarà, infatti, ripreso da Jemolo in modo particolare in altri due saggi: Jemolo, "Confessioni di un giurista," 165-191 e Idem, "Lo scetticismo del nostro tempo nei riguardi del diritto," 242-264. Tali scritti, elaborati l'uno nel 1947 e l'altro nel 1949, appaiono particolarmente significativi sotto due profili. Anzitutto perché nel primo di essi ("Confessioni di un giurista," 178-182) l'autore ammette di aver reagito alle conseguenze nefaste conseguenti alla applicazione delle leggi razziali dando vita ad interpretazioni contro la *voluntas legis*, nella acquisita consapevolezza che la complessità della vita non può essere arginata dentro formule e che il giurista deve sempre ricordare che il diritto è costruito dagli uomini per gli uomini. In secondo luogo perché, nonostante questa consapevolezza, in entrambi gli scritti Jemolo ribadisce, comunque, che «rivalutazione del diritto è

di (sottile) contestazione degli Stati totalitari e del Governo fascista; un tentativo di reagire al consolidarsi di tale governo, svelando, per un verso, la funzionalità di certe posizioni di teorici e pratici del diritto a questo consolidamento e, per l'altro verso, indicando la fedeltà alle leggi di matrice liberale come l'ultimo baluardo dei diritti di libertà dei cittadini. Col che – pur senza alcuna pretesa di definizione dell'atteggiamento di Jemolo nei confronti del fascismo⁴⁴ – sembra plausibile includere Jemolo tra gli studiosi che, in opposizione alle inclinazioni totalitarie del regime, guardarono al principio di stretta legalità e alla tecnica e forma del diritto come a strumenti per delineare una ideale barriera fra diritto e potere⁴⁵.

23.4. Sulla relatività dei concetti giuridici

Il secondo saggio oggetto del confronto fra Del Vecchio e Jemolo è "I concetti giuridici". Ricevuta la versione inedita dello scritto Del Vecchio ne coglie, immediatamente, i pregi:

Carissimo, ... hai messo in luce crudamente, come non credo fosse stato fatto sinora, le più gravi aporie della scienza del diritto positivo⁴⁶. Ciò ti

... spirito di rinuncia, con quel suo *dura lex sed lex*, sacrificio dell'interesse particolare a quel bene astratto che è la certezza della regola, ... è nell'ambito politico la lotta contro le soluzioni caso per caso che possono essere strumento ad ogni arbitrio» ("Confessioni di un giurista," 173) e che «tutto quanto ho visto e considerato nella mia vita, anche e soprattutto nelle ore di crisi, ha rafforzato in me il vecchio convincimento, che la giustizia non abbia ... ancilla più fedele della legalità» ("Lo scetticismo del nostro tempo nei riguardi del diritto," 264). Sulla lotta di Jemolo a favore della legalità e del ripristino di tutte le garanzie dello Stato di diritto nella Italia del dopoguerra si veda Valbusa, *I pensieri di un malpensante*, 59-78.

⁴⁴ La posizione di Jemolo nei confronti del fascismo, idealmente oscillante fra i due estremi della firma del *Manifesto Croce* (1925) e del giuramento di fedeltà al regime (1931) non sembra infatti agevolmente definibile. Sul punto si veda Fantappiè, "Riforma religiosa e laicità dello Stato," spec. 61-72; Valbusa, *I pensieri di un malpensante*, 24-57; Lariccia, "Arturo Carlo Jemolo".

⁴⁵ In Jemolo, "Confessioni di un giurista," 174-175, lo stesso Jemolo qualifica l'impassibilità del giurista che si chiude nelle proprie costruzioni scientifiche e nella propria tecnica come uno strumento di resistenza contro il fanatismo e la tirannide. Sul richiamo alla osservanza rigida della legge scritta quale mezzo utilizzato, almeno fino alle leggi razziali del 1938, da alcuni giudici italiani per difendere la dignità del proprio operato e i diritti e le libertà dei cittadini si veda Borgna e Cassano, *Il giudice e il principe*, 49-55. Sulla autonomia del diritto dalla società e dalla politica come strumento con il quale i giuristi, teorici e pratici, tentarono di neutralizzare le inclinazioni totalitarie del regime fascista cfr. per tutti Ferrajoli, *La cultura giuridica*, spec. 7-12, 37-48.

⁴⁶ Il corsivo è nostro.

fa grandissimo onore, perché dalla consapevolezza della empiricità di certe nozioni non può non derivare uno stimolo a una revisione critica delle nozioni stesse. Il tuo scritto, dunque, come è stato molto pensato, così farà molto pensare⁴⁷.

È, questo di Del Vecchio, un giudizio profetico, giacché – contro ogni previsione dello stesso Jemolo⁴⁸ –, il saggio diventerà, effettivamente, un elemento costitutivo del dibattito sui concetti giuridici; dibattito che coinvolse la scienza giuridica italiana fra il 1935 e il 1942⁴⁹.

Ora, senza ripercorrere, in questa sede, i momenti di tale dibattito, quel che preme evidenziare è la micro-polemica che si sviluppò tra Jemolo e Del Vecchio su alcuni profilo dello scritto. Ma, intanto, quale è il nucleo contenutistico della «breve nota»⁵⁰ “I concetti giuridici”?

In questo saggio Jemolo sancisce e dimostra la natura empirica e relativa dei concetti giuridici, ai quali egli applica, esplicitamente, la categoria filosofica – elaborata da Benedetto Croce –, di *pseudo-concetti*⁵¹ e, dunque, di schemi astratti privi del carattere della nota essenziale dei concetti puri: l’universalità⁵².

In particolare, Jemolo costruisce la sua tesi analizzando il processo di formazione dei concetti giuridici, che si compongono, in parte, risalendo dal dato positivo (cercando di generalizzare ciò che è comune a

⁴⁷ Cfr. A.D.V., fascicolo II (107), lettera dattiloscritta, datata Roma 21 luglio 1940, indirizzata all’Illustre Sig. Prof. Arturo Carlo Jemolo, Via Paolucci de’ Calboli, 5-9, Roma.

⁴⁸ Ritornando sul tema con un secondo scritto, infatti, Jemolo afferma che non avrebbe mai immaginato che il lavoro *I concetti giuridici* sarebbe divenuto il punto di partenza di ulteriori ed eccellenti studi: cfr. Jemolo, “Ancora sui concetti giuridici,” 119.

⁴⁹ Per gli scritti attraverso i quali e sui quali si svolse la discussione – aperta da Pugliatti, “Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali,” 158-169) – si veda: Calogero, Cesarini Sforza, Jemolo, *La polemica sui concetti giuridici*. Sui termini del dibattito sui concetti giuridici cfr. Irti, “La polemica sui concetti giuridici,” 9-22; Tedeschi, Mario. “Il contributo della scienza giuridica italiana,” 615-618; Idem, *Sulla Scienza del Diritto Ecclesiastico*, 64-73; Grossi, *Scienza giuridica italiana*, 138; Lariccia, “Arturo Carlo Jemolo,” 14; De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 4-20.

⁵⁰ Così infatti l’autore definisce il suo scritto: Jemolo, “Ancora sui concetti giuridici,” 105, 119.

⁵¹ Cfr. Croce, *Lineamenti di una logica come scienza del concetto puro*.

⁵² Cfr. Jemolo, “I concetti giuridici,” 103. Pur con risultati diversi, la considerazione dei concetti giuridici di cui sono costituite le norme quali *pseudo-concetti*, si rinviene anche alla base della tesi di Pugliatti, “La logica e i concetti giuridici,” spec. 44. Al riguardo si veda Irti, “La polemica sui concetti giuridici,” 15-19; Giarrizzo, “Note per uno studio su S. Pugliatti (1903-1976),” 187-198; Tedeschi, *Il contributo della scienza giuridica italiana*, 617.

più leggi), e, in parte, attraverso argomentazioni di pura logica, con le quali il giurista integra la volontà del legislatore nel formare l'immagine ideale dell'istituto giuridico⁵³.

Ciò posto, poiché il diritto positivo si scinde, ormai, in una serie di molteplici leggi, emesse in tempi diversi per finalità diverse, i concetti giuridici, tratti da dati frammentari, disorganici e fortuiti, non hanno valore assoluto, essendo sempre necessario rielaborarli, abbandonarli o, comunque, controllarne l'utilità⁵⁴. E ciò, scrive Jemolo, soprattutto nel suo tempo, nel quale, per un verso, il legislatore si affranca dai principi primi e dalle costruzioni teoriche della dottrina; e, per l'altro verso, una data ideologia, ispirando tutte le norme, porta alla frammentazione del sistema⁵⁵, giacché quasi mai l'attuazione totale di una idea politica significa «accettazione e realizzazione di concetti teorici unitari e organici»⁵⁶.

Il riferimento al disfacimento della barriera fra diritto e politica, già presente in "Il nostro tempo ed il diritto", è, dunque, evidente. Al contempo, ciò che sembra emergere dalle pagine dello scritto è la posizione nostalgica e disincantata dell'autore. Jemolo, pur denunciando lucidamente la relatività dei concetti giuridici (inidonei a connettere generazioni e popoli diversi, essendo ogni norma frutto di una specifica cultura giuridica); pur sancendo la posizione secondaria del giurista, che opera sulla norma data dal legislatore – e, dunque, nei limiti di ciò che la norma consente –, non può, infatti, fare a meno di rimpiangere il secolo precedente, ove «le nozioni astratte, i principi primi, le forme mentali, ... hanno potuto essere [per il legislatore] come una rete di strade da cui non sia dato uscire»⁵⁷.

Ora, se è questa, nel suo nucleo essenziale, la tesi di Jemolo, Del Vecchio, pur riconoscendone l'intensità speculativa, esprime riserve su alcuni presupposti della tesi stessa.

In primo luogo, sull'adesione alla dottrina crociana degli *pseudo-concetti*, che Del Vecchio contesta, indirettamente (e ironicamente), ri-

⁵³ Cfr. Jemolo, "I concetti giuridici," 102-103, 109.

⁵⁴ Cfr. *ibid.*, 103-111.

⁵⁵ Cfr. *ibid.*, 111-115.

⁵⁶ *Ibid.*, 115.

⁵⁷ Cfr. *ibid.*, 111.

cordando a Jemolo che nel diritto non tutto è empirico, che il diritto stesso non è uno *pseudo-concetto*, ma una forma universale a priori⁵⁸.

Notoriamente distante dal neoidealismo italiano – e, in particolare, da Benedetto Croce⁵⁹ –, Del Vecchio, che dedica parte del suo magistero proprio alla fondazione trascendental-formale del concetto di diritto⁶⁰, non può infatti condividere la rappresentazione di tale concetto (e di altri ad esso inerenti) quale formazione arbitraria, sostanzialmente rimessa a una volontà umana assoluta ed incondizionata.

Senza rinnegare «il “veleno” crociano»⁶¹, Jemolo, tornando a riflettere sui concetti giuridici, terrà poi conto di questa osservazione di Del Vecchio, sostenendo, tuttavia, che, pur ammettendo, in una prospettiva filosofica, che il diritto ha una forma logica immutabile, questa forma non è sufficiente a fondare o dimostrare «l'esistenza aprioristica, razionale, di determinati concetti giuridici»⁶² che il giurista può trarre solo dalle mutabili disposizioni del diritto positivo.

La seconda, più specifica, argomentazione dello scritto “I concetti giuridici” che Del Vecchio, coerentemente, non approva, è la considerazione della nozione di Stato quale esempio di *pseudo-concetto*⁶³.

⁵⁸ Cfr. A.D.V., fascicolo II (107), lettera dattiloscritta, datata Roma 21 luglio 1940, indirizzata all'Illustre Sig. Prof. Arturo Carlo Jemolo, Via Paolucci de' Calboli, 5-9, Roma.

⁵⁹ Emblematico del dissenso con Benedetto Croce è lo scritto di Del Vecchio, “Croce e Don Ferrante,”: 567-569. Quanto alla polemica culturale condotta da Giorgio Del Vecchio contro il neoidealismo italiano si veda per tutti Montanari, “Del Vecchio,” 745.

⁶⁰ Segnatamente, contro le istanze del positivismo giuridico Del Vecchio distingue fra forma e contenuto del diritto. Il contenuto, essendo il diritto un fenomeno storico, è per sua natura condizionato e mutevole. La forma logica è, invece, l'elemento immutabile del diritto, che si ritrova in ogni sua manifestazione e costituisce un elemento universale *a priori*, che è poi la condizione limite dell'esperienza giuridica in generale: cfr. Del Vecchio, “I presupposti filosofici della nozione del diritto,” 69-122. Sul punto si veda altresì Vidal, *La filosofia giuridica di Giorgio Del Vecchio*, 27-34; Orecchia, “Del Vecchio,” 1455.

⁶¹ È in questi termini, ironici ed affettuosi, infatti che lo stesso Jemolo parla a Del Vecchio della sua adesione agli insegnamenti di Benedetto Croce: cfr. A.D.V., fascicolo II (107), lettera dattiloscritta su carta intestata (Istituto di Diritto Pubblico-Giurisprudenza), datata 8 marzo 1954, indirizzata all'Illustre Prof. Giorgio Del Vecchio, Roma. Sull'influenza del pensiero di Benedetto Croce nella formazione di Jemolo si vedano Margiotta, “Jemolo,” 196-200; Fantappiè, “Riforma religiosa e laicità dello Stato,” spec. 13-20, 37-40, 65-72.

⁶² Jemolo, “Ancora sui concetti giuridici,” 124.

⁶³ Cfr. Idem, “I concetti giuridici,” 104-105.

Richiamando esplicitamente il suo scritto, "Sulla statualità del diritto"⁶⁴, Del Vecchio riconosce, invero, che nello Stato vi è un elemento empirico, poiché la statualità è, per sé stessa, un processo, un divenire che ammette infiniti gradi. Tuttavia, egli ritiene che il *principium cognoscendi* della statualità sia fermo, e dimostrabile deduttivamente «partendo dal concetto puro del diritto e combinandolo con quello della positività, che deve essere inteso storicamente»⁶⁵.

Convinto che il diritto scaturisce dallo spirito umano, e che lo Stato si forma progressivamente, quale centro comune nel quale convergono i dettami delle volontà individuali che postulano una volontà superindividuale che imponga l'osservanza dei dettami stessi⁶⁶, Del Vecchio ritiene lo Stato il centro e il soggetto dell'ordine giuridico, e pertanto, non può che dissentire dalla inclusione del concetto di Stato fra gli schemi astratti privi di universalità e concretezza.

La replica di Jemolo alle osservazioni dell'amico filosofo non si fa attendere⁶⁷. Jemolo, premettendo che ha perfettamente presenti i lucidissimi scritti di Del Vecchio⁶⁸, afferma di condividere, di questi scritti, l'assunto per il quale dal diritto, prodotto della singole coscienze individuali, si deve giungere ad una organizzazione. Parimenti egli condivide l'assunto per il quale quando il diritto supera certe forme primordiali, l'organizzazione non può essere una qualsiasi, ma deve avere certi caratteri e rispondere a precisi estremi. Ciò di cui, invece, Jemolo non è, però, convinto è che «questi estremi integrino la nostra nozione storica di Stato»⁶⁹.

⁶⁴ Cfr. Del Vecchio, "Sulla statualità del diritto," 1- 21.

⁶⁵ Cfr. A.D.V., fascicolo II (107), lettera dattiloscritta, datata Roma 21 luglio 1940, indirizzata all'Illustre Sig. Prof. Arturo Carlo Jemolo, Via Paolucci de' Calboli, 5-9, Roma

⁶⁶ Cfr. Del Vecchio, "Sulla statualità del diritto,"; Idem, *Saggi intorno allo Stato*; Idem, *Teoria del Estado*; Idem, *Lo Stato moderno e i suoi problemi*; Idem, *Lezioni di filosofia del diritto*, 170-185. Sul tema si veda altresì Aquilanti, "Un Maestro," 1-8; Vela, *El Derecho Natural en Giorgio Del Vecchio*, 64-68; Vidal, *La filosofia giuridica di Giorgio Del Vecchio*, 103-113; Orecchia, "Del Vecchio," 1455.

⁶⁷ Cfr. A.D.V., fascicolo II (107), lettera dattiloscritta su carta intestata (*Studium Urbis*, Facoltà di Giurisprudenza), datata Roma, 25 luglio 1940, indirizzata all'Illustre Prof. Giorgio Del Vecchio, via Appennini, 52, Roma.

⁶⁸ Nel carteggio si rinviene la missiva con la quale Jemolo ringrazia Del Vecchio proprio per l'invio dello scritto "Sulla statualità del diritto": cfr. A.D.V., fascicolo I (189): cartolina postale, datata Bologna, 21 febbraio 1929, indirizzata all'Illustre Prof. Giorgio Del Vecchio, via Appennini 52, Roma.

⁶⁹ Cfr. A.D.V., fascicolo II (107), lettera dattiloscritta su carta intestata (*Studium Urbis*,

Chiarendo e ribadendo un postulato di fondo della sua tesi, Jemolo ritiene cioè che, anche nel definire il concetto di Stato, i giuristi scambiano ciò che hanno sempre visto per il frutto di una esigenza logica, ignorando che, proprio i concetti astratti da realtà ad essi familiari, possono ridursi a scatole vuote, a «creazioni spirituali che in dati periodi storici rimangono senza contenuto»⁷⁰.

In ogni caso, nel concludere la lettera a Del Vecchio, Jemolo si dice consapevole di avere una rudimentale preparazione filosofica, cosicché facilmente l'amico potrebbe opporgli, sui temi trattati, il *ne sutor ultra crepidam*⁷¹. Pur tuttavia, Jemolo non recede dalle sue posizioni, nella persuasione che «i ciabattini, che mai potranno dire cose definitive, è bene talora parlino, per far scendere i filosofi dalle vette troppo alte su cui sono e da cui talora più non scorgono la terra»⁷².

Questa ultima affermazione apre, invero, un ulteriore spiraglio sull'atteggiamento spirituale ed intellettuale maturato dall'autore dello scritto "I concetti giuridici".

Nel saggio "Il nostro tempo ed il diritto", infatti, Jemolo è il giurista liberale che trova il suo punto di riferimento nella legge parlamentare, che accetta che la pressione delle forze politiche si dispieghi solo nel momento di formazione della legge, mentre si oppone a che tali elementi riemergano nella interpretazione ed applicazione della legge stessa. E ciò, come si è visto, nella convinzione che la certezza del diritto è un bene tangibile – che distingue lo Stato di diritto dallo Stato dove vige il diritto del più forte –, e nella persuasione che, rifugiandosi nella oggettività dogmatica della norma e nella coerenza del sistema, il giurista possa, a suo modo, resistere «al politico, all'uomo di Stato, ai facitori di storia»⁷³.

Jemolo autore de "I concetti giuridici", invece, è il giurista che, pur continuando a proclamarsi (necessariamente) fedele al dato positivo, ammette che tale dato, frammentario e arbitrario, non consente (più)

Facoltà di Giurisprudenza), datata Roma, 25 luglio 1940, indirizzata all'Illustre Prof. Giorgio Del Vecchio, via Appennini, 52, Roma.

⁷⁰ Jemolo, "Ancora sui concetti giuridici," 153.

⁷¹ Cfr. A.D.V., fascicolo II (107), lettera dattiloscritta su carta intestata (*Studium Urbis*, Facoltà di Giurisprudenza), datata Roma, 25 luglio 1940, indirizzata all'Illustre Prof. Giorgio Del Vecchio, via Appennini, 52, Roma.

⁷² Cfr. *ibid.*

⁷³ Jemolo, "I concetti giuridici," 116.

di elaborare categorie dai limiti sicuri e dal contenuto costante; che lo stesso procedimento di astrazione con cui si elaborano i concetti, poiché determinato dall'orientamento politico contingente, fa sì che sulle stesse norme si possano costruire figure diverse.

Testimone, per un verso, dell'ampio problema metodologico aperto con la crisi del positivismo e, per l'altro verso, della destabilizzazione conseguente all'irrompere delle leggi speciali e delle misure di emergenza volute dal regime, Jemolo constata che non è (più) possibile arginare le trasformazioni del potere elaborando un sistema giuridico fatto di regole chiare e di interpretazioni radicate e irreversibili.

La convinzione, confidata a Del Vecchio, che sia bene parlare per ricondurre filosofi (e giuristi) dalle "vette" della logica o del sistema alla realtà delle cose, manifesta, dunque, la volontà di Jemolo di ricondurre la scienza giuridica ai propri limiti.

Eppure questo postulare una scienza cosciente della temporalità dei concetti e delle norme non sembra fine a sé stesso, quando, piuttosto, quasi funzionale ad evidenziare una nuova responsabilità del giurista, che, di fronte alla norma, deve essere «non soltanto l'esperto, conscio come tale di tutto ciò che può rendere lo strumento che egli adopera, bensì anche l'uomo giusto, l'uomo dalla profonda sensibilità morale»⁷⁴.

Non a caso, tornando a meditare sui concetti giuridici, Jemolo sceglierà di chiudere la sua riflessione con le parole di Guido Calogero «i valori sono eterni solo se si opera perché siano eterni, non già se si sta seduti a teorizzare che siano eterni»⁷⁵.

23.5. Postilla conclusiva

La crisi della legge, il rapporto tra giudici e potere politico, l'arbitrarietà o assolutezza dei concetti giuridici: questi temi – oggetto di un dialogo a tratti quasi implicito, a tratti più evidente –, sono tessere di un mosaico in via di composizione, segmenti che consentono sia di approssimarsi alla comprensione dell'itinerario riflessivo di Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo, sia di intravedere profili del Novecento giuridico.

⁷⁴ Idem, "Confessioni di un giurista," 181.

⁷⁵ Cfr. Idem, "Ancora sui concetti giuridici," 156, ove l'autore riproduce quanto scritto da Calogero, *La scuola dell'uomo*, 84-85, 88.

Ma non solo. Dal dialogo fra i Maestri emergono, invero, almeno altri due elementi di rilievo. Il primo è che tale dialogo appare come una realizzazione, storica e concreta, del concetto di ricerca interdisciplinare.

La cautela di Jemolo verso i temi (anche) filosofici, la difesa della autonomia della filosofia del diritto che caratterizzò il magistero di Del Vecchio⁷⁶, il disaccordo sul pensiero di Benedetto Croce⁷⁷, non hanno, infatti, impedito ai due studiosi di aprirsi a uno scambio rigoroso e proficuo, esempio, appunto, di interdisciplinarietà, che non significa ecletticità (so di tutto un po') ma consapevolezza della unitarietà dell'ordine e del sapere giuridico. Una consapevolezza che sorregge ogni attività di ricerca capace di valorizzare la specificità del proprio settore senza chiudersi nel proprio settore, senza partizioni rigide.

In secondo elemento che emerge dal dialogo fra i due Maestri è la stringente attualità dei temi da essi affrontati e, dunque, la persistente fruibilità del loro magistero. Esiste, infatti, oggi, il problema della definizione del rapporto fra potere giudiziario e potere politico?

Precisi eventi della recente storia politico-istituzionale italiana, dal caso "mani pulite" alla sentenza n. 224/ 2009 della Corte Costituzionale⁷⁸, evidenziano, per il vero, una tangibile tensione fra politica e magistratura⁷⁹.

Esiste nella nostra società, multiculturale e multireligiosa, la questione della relativizzazione del momento legislativo⁸⁰? Jemolo indivi-

⁷⁶ Si vedano al riguardo i riferimenti presenti alla nota 6 di questo scritto.

⁷⁷ La capacità di Jemolo e Del Vecchio di dialogare nonostante diverse visioni di fondo, appare ancor più significativa se si considera che nello scritto "Ancora sui concetti giuridici," l'autore afferma di avere difficoltà a rispondere, per la mancanza di capisaldi e di una terminologia comune, alle osservazioni fatte al suo lavoro da chi non accetta i presupposti della filosofia crociana: cfr. Jemolo, "Ancora sui concetti giuridici," 149, 151.

⁷⁸ Cfr. Corte Cost. 17 luglio 2009, n. 224 in www.corte.costituzionale.it. Con questa pronuncia la Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3, 18, 49 e 98 Cost., dell'art. 3, comma 1, lett. h) del d.lgs. n. 109 del 2006, che vieta, fra l'altro, ai magistrati la formale iscrizione ad un partito politico e l'organico schieramento con delle parti politiche in gioco.

⁷⁹ Si veda sul punto Borgna e Cassano, *Il giudice e il principe*, 55-67; Zagrebelski, *Il diritto mite*, 179-208; Brutti Liberati et al., *Governo dei giudici*; Ferri, *Magistratura e potere politico*.

⁸⁰ Fra le recenti riflessioni sull'attuale atteggiarsi della crisi del principio di legalità si veda: Sorrentino, "Legalità e delegificazione," 359-380; Maggio, "Problemi di diritto transitorio ed intertemporale e 'crisi' della legalità processuale," 1549-1562; Ferrajoli, "Crisi della legalità e diritto penale minimo," 44-55; Geninatti Satè, "I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità," 885-944; Merusi, *Sentieri*

dua nell'avvento delle masse sulla scena sociale e nella loro partecipazione alla vita dello Stato una delle cause della crisi del principio di legalità. Oggi sono altre masse, quelle dei migranti, dotati di una peculiare identità religiosa e culturale, che pongono in crisi il circuito comunicativo legge/soggetto di diritto, che svuotano di effettività la norma costruita per fattispecie prescrittive tipiche ed astratte⁸¹.

Ancora: esiste oggi un problema di ridefinizione del contenuto, della natura e del valore dei concetti giuridici? A fronte di dati concreti che emergono dalla vita quotidiana e che mettono in discussione il significato dei termini maternità, paternità, filiazione, matrimonio, famiglia⁸² (si pensi al tema della fecondazione eterologa; allo scambio di ovuli fra coppie, avvenuto per errore in una struttura ospedaliera al momento dell'impianto; alle insistenti istanze di riconoscimento giuridico delle unioni di fatto e fra persone dello stesso sesso), mi sembra innegabile che la questione della storicità e relatività dei concetti giuridici sia ancora aperta e, con essa, la questione della definizione o ridefinizione del compito dei giuristi.

Riferimenti bibliografici

- AA.VV. *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento (1904-1929)*. Modena: Società Tipografica Modenese, 1930-1931.
- AA.VV. *Arturo Carlo Jemolo: giurista, storico, scrittore, giornalista*, Roma: Istituto Regionale di Studi Giuridici del Lazio A.C. Jemolo (Città di Castello: Delta Grafica), 1993.
- AA.VV. *Giornata Lincea nel Centenario della nascita di Arturo Carlo Jemolo*, Roma, 18 dicembre 1991, Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 1993.
- Ambrosetti, Giovanni. "La vocazione della classicità nel pensiero di Giorgio Del Vecchio." In *Scritti Vari di Filosofia del Diritto raccolti per l'inaugurazione della Biblioteca Giorgio Del Vecchio*. Milano: Giuffrè, 1961.
- AQUILANTI, FRANCESCO. "Un Maestro: Giorgio Del Vecchio (con particolare riferimento alla ricerca intorno alla "Statualità del Diritto")." In *Studi*

interrotti della legalità; Dogliani, "Il principio di legalità dalla," 18-20; Perlingieri, "Il principio di legalità nel diritto civile," 164-201.

⁸¹ Sul punto si veda per tutti Ricca, *Pantheon*, spec. 151-161.

⁸² Fa riflettere al riguardo che Jemolo apra lo scritto sui concetti giuridici chiedendosi se c'è un concetto definito di famiglia: «Ho scelto questo esempio della famiglia come quello di un istituto a tutti noto, e di un istituto la cui giuridicità è a tal punto fissata dalla tradizione ed inserita nella coscienza comune, che a nessuno passerebbe per la mente di contestarla», Jemolo, "I concetti giuridici," 101.

- filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*. Modena: Società Tipografica Modenese, 1930-1931.
- BALLESTEROS, JORGE S. "Del Vecchio, Giorgio." In Rafael Domingo, dir. *Juristas universales*, III. Madrid-Barcelona: Marcial Pons Ediciones, 2004.
- BARILLARI, MICHELE. "Dal Petrone a Del Vecchio." In *Scritti Vari di Filosofia del Diritto raccolti per l'inaugurazione della Biblioteca Giorgio Del Vecchio*, Milano: Giuffrè, 1961.
- BATTAGLIA, FELICE. "L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, IX, fasc. 2 (1929).
- BELLINI, PIERO. "Il contributo metodologico di Aldo Checchini e Arturo Carlo Jemolo alla scienza del diritto ecclesiastico e il significato del loro magistero." In *La tradizione dottrinale nel diritto ecclesiastico*, a cura di Mario Tedeschi, Napoli: Jovene, 1994.
- BELLOSO MARTÍN, NURIA. *Derecho natural y derecho positivo. El itinerario iusnaturalista de Giorgio Del Vecchio*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1993.
- BERLINGÒ, SALVATORE. "Jemolo e il diritto canonico." In *La lezione di un maestro. Atti del Convegno in memoria di Arturo Carlo Jemolo, Torino 8 giugno 2001*, a cura di Ilaria Zuanazzi, e Rinaldo Bertolino. Torino: Giappichelli, 2005.
- BERRI, MARIO. "L'«Avvocato» Arturo Carlo Jemolo." *Il diritto ecclesiastico* 1 (1982).
- BOBBIO, NORBERTO. "Diritto e morale nell'opera di Giorgio Del Vecchio." In *Scritti Vari di Filosofia del Diritto raccolti per l'inaugurazione della Biblioteca Giorgio Del Vecchio*. Milano: Giuffrè, 1961.
- BORNGNA, PAOLO e MARGHERITA CASSANO. *Il giudice e il principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*. Roma: Donzelli Editore, 1997.
- BRUTI LIBERATI, EDMONDO, ADOLFO CERETTI e ALBERTO GIASANTI, cur. *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Milano: Feltrinelli, 1996.
- CALDERONE, SANTI. *La libertà degli altri. Sulle tracce di Arturo Carlo Jemolo*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2012.
- CALOGERO, GUIDO. *La scuola dell'uomo*, Firenze: Sansoni, 1939.
- CASSANDRO, GIORGIA, ALESSIA LEONI e FABIO VECCHI. *Arturo Carlo Jemolo: vita ed opere di un italiano illustre. Un professore dell'Università di Roma*. Napoli: Jovene, 2007.
- CASSANDRO, GIORGIA. "Le novelle giovanili di Arturo Carlo Jemolo: scritti inediti dall'Archivio Centrale di Stato." *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (2010). http://www.statoechiese.it/images/stories/2010.11/cassandro_le_novelle2.pdf.
- CONDORELLI, ORAZIO. "Tra storia e dogmatica: momenti e tendenza dello studio e dell'insegnamento del diritto canonico in Italia (secoli XIX-XX)." *Il diritto ecclesiastico* 1 (2004).
- COSTA, PIETRO. "Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)." *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 36 (2007).

- CROCE, BENEDETTO. *Lineamenti di una logica come scienza del concetto puro. Memoria letta all'Accademia pontaniana nelle tornate del 10 aprile e 1 maggio 1904, e del 2 aprile 1905 dal socio Benedetto Croce*. Napoli: F. Giannini, 1905.
- DALLA TORRE, GIUSEPPE. *Un altro Jemolo*. Roma: Studium, 2013.
- DE GENNARO, ANTONIO. *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*. Milano: Giuffrè, 1974.
- DE LUCA, LUIGI. "Jemolo «Canonista»." In Idem. *Scritti di diritto canonico*, 501-507, vol. II. Padova: Cedam, 1997.
- DEL VECCHIO, GIORGIO. *Il concetto del diritto*. Bologna: Ditta Nicola Zanichelli, 1906.
- . *La giustizia*, Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1924.
 - . "Sulla statualità del diritto." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* IX, fasc. 1 (1929).
 - . *Lezioni di filosofia del diritto*. Città di Castello: Società anonima Tip. Leonardo Da Vinci, 1930.
 - . *Saggi intorno allo Stato*. Roma: Istituto di Filosofia del Diritto della Università di Roma, 1935.
 - . "Croce e Don Ferrante." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* XVI, fasc. 6 (1936).
 - . *Teoría del Estado. Traducción y escreto preliminar sobre algunas ideas fundamentales para la elaboración de una nueva teoría del estrado*, por Eustaquio Galán y Gutiérrez. Barcellona: Bosch, 1956.
 - . "I presupposti filosofici della nozione del diritto." In Idem, *Presupposti, Concetto e Principio del Diritto (Trilogia)*. Milano: Giuffrè, 1959.
 - . *Lo Stato moderno e i suoi problemi*. Torino: Giappichelli, 1967.
- Dogliani, Mario. "Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima." *Diritto pubblico* 1 (2008).
- FANTAPPIÈ, CARLO. "Arturo Carlo Jemolo e il modernismo." *Il diritto ecclesiastico* 1 (1999).
- . "Riforma religiosa e laicità in Arturo Carlo Jemolo." In *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1 (2002).
 - . "Scienza canonica del Novecento. Percorsi nelle chiese cristiane." In *Itinerari culturali del diritto canonico nel Novecento*, a cura di Carlo Fantappiè. Torino: Giappichelli, 2003.
 - . *Arturo Carlo Jemolo. Riforma religiosa e laicità dello Stato*, Brescia: Morcelliana, 2011.
- FEDELE, PIO. "Contributi di Arturo Carlo Jemolo allo studio del diritto canonico." *Ephemerides Iuris Canonici*, 45 (1963).
- FELICIANI, GIORGIO. "La scuola canonistica italiana dal dogmatismo giuridico al post-Concilio." In *Scienza giuridica e diritto canonico*, a cura di Rinaldo Bertolino. Torino: Giappichelli, 1991.
- FERRAJOLI, LUIGI. *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*. Roma: Editori

- Laterza, 1999.
- . “Crisi della legalità e diritto penale minimo.” *Critica del diritto*, 1 (2001).
- FERRARI, SILVIO. “Storia di due concorsi. Arturo Carlo Jemolo e Vincenzo Del Giudice tra Perugia e Sassari.” *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1 (1994).
- FERRI, GIAMPIETRO. *Magistratura e potere politico*. Padova: Cedam, 2005.
- FINOCCHIARO, FRANCESCO. “Arturo Carlo Jemolo (1891-1981).” *Giurisprudenza italiana*, pars. IV (1981).
- FROSINI, VITTORIO. “Del Vecchio, Giorgio.” In *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XXXVIII. Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, 1990.
- GALANTE GARRONE, ALESSANDRO E MARIA C. AVALLE. *Arturo Carlo Jemolo, da lettere inedite 1913-1981*, Torino: La Stampa, 1994.
- GENINATTI SATÈ, LUCA. “I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità.” *Diritto pubblico* 3 (2005).
- GIARRIZZO, GIUSEPPE. “Note per uno studio su S. Pugliatti (1903-1976).” In *Filosofia e storiografia: studi in onore di Girolamo Cotroneo*, a cura di Francesco Rizzo. Soveria Mannella: Rubettino, 2005.
- GISMONDI, PIETRO. “Jemolo, lo studioso di diritto ecclesiastico.” *Il diritto ecclesiastico* 1 (1982).
- GISMONDI, PIETRO, LUIGI DE LUCA, LORENZO SPINELLI e DOMENICO BARILLARO. “Prefazione.” In Jemolo, Arturo C., *Tra Diritto e Storia*. Milano: Giuffrè, 1982.
- GROSSI, PAOLO. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*. Milano: Giuffrè, 2000.
- GURRIERI, AGOSTINO. *Questioni e note di filosofia contemporanea: la critica delle fonti della conoscenza del diritto secondo Ruggiero Schiattarella e Giorgio Del Vecchio*. Perugia: Unione tip. Cooperativa, 1914.
- IRTI, NATALINO. “La polemica sui concetti giuridici.” *Rivista Trimestrale di diritto processuale civile* 58, 1 (2004).
- IRTI, NATALINO, cur. *La polemica sui concetti giuridici*. Milano: Giuffrè, 2004.
- JEMOLO, ARTURO C. “Esiste un diritto dei fedeli al Sacramento?” *Rivista di diritto pubblico* 2 (1915).
- . “La tutela dei diritti dei fedeli nell’ordinamento giuridico vigente.” *Rivista di diritto pubblico*, 1 (1915).
- . “L’interesse dei fedeli alla venerazione di una immagine sacra.” *Rivista di diritto pubblico*, 2 (1919).
- . “L’errore legislativo. La legge violata.” *Rivista di diritto pubblico*, 1 (1925).
- . *Elementi di diritto ecclesiastico*. Firenze: Vallecchi, 1927.
- . *Il diritto come lo vedono i non giuristi*. Bologna: Soc. tip. Già Compositori, 1932.
- . “Il nostro tempo ed il diritto.” *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”* Quarta

- Serie, vol. XXIII, Fasc. 2 (dell'intera collezione vol. CVII-fasc. 2) (1932).
- . "Il nostro tempo ed il diritto" *Rivista di diritto processuale civile*, 9, 1 (1932).
 - . "Peculiarità del diritto penale ecclesiastico." In *Studi in onore di Federico Cammeo*, vol. I. Padova: Cedam, 1933
 - . "Insegnamento del 'diritto ecclesiastico' e del 'diritto canonico'." *Il diritto ecclesiastico*, 48 (1937).
 - . "I concetti giuridici." *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino, classe scienze morali*, 75, 2 (1939-1940).
 - . "Il Codex Juris Canonici nel suo primo venticinquennio di vita." *Rivista di diritto pubblico*, 1 (1943).
 - . "Ancora sui concetti giuridici." In Idem. *Pagine sparse di diritto e storiografia*, scelte e ordinate da Luigi Scavo Lombardo. Milano: Giuffrè, 1957.
 - . "Confessioni di un giurista. Conferenza tenuta per iniziativa della facoltà giuridica dell'Università degli Studi di Messina il 26 febbraio 1947." In Idem. *Pagine sparse di diritto e storiografia*, scelte e ordinate da Luigi Scavo Lombardo. Milano: Giuffrè, 1957.
 - . "Lo scetticismo del nostro tempo nei riguardi del diritto," In Idem. *Pagine sparse di diritto e storiografia*, scelte e ordinate da Luigi Scavo Lombardo. Milano: Giuffrè, 1957.
 - . *Anni di prova*, ristampa con prefazione di Francesco Margiotta Broglio. Firenze: Passigli, 1991.
 - . *Lettere a Mario Falco*, tomi I e II, a cura di Maria Vismara Missiroli. Milano: Giuffrè, 2005-2009.
 - . *Novelle*, a cura di Giorgia Cassandro. Roma: Aracne, 2013.
- LARICCIA, SERGIO. "Arturo Carlo Jemolo: una voce di 'coscienza laica' nella società italiana del Novecento." *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 23 (2013). doi: <http://dx.doi.org/10.13130/1971-8543/4882>.
- LOSANO, MARIO G. "Il filosofo e il processualista. Il carteggio tra Giorgio DEL VECCHIO e EDUARDO J. COUTURE." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, LXXVIII, fasc. 1 (2001).
- MAGGIO, PAOLA. "Problemi di diritto transitorio ed intertemporale e 'crisi' della legalità processuale." *Diritto penale e processo*, 12 (2001).
- MAGGIORE, GIUSEPPE. "La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica," *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, VI, fasc. 3 (1926).
- MARCHELLO, GIUSEPPE. *La metafisica dello Stato secondo Giorgio Del Vecchio*. Torino: Tip. Collegio Artigianelli, 1936.
- MARGIOTTA BROGLIO, FRANCESCO. "Per Arturo Carlo Jemolo." In *Il Ponte*, 6 (1981).
- . "Jemolo e «Voce operaia»." *Nuova Antologia* (1983).
 - . "Fascismo, antifascismo e concordato in una lettera di V. Del Giudice ad A. C. Jemolo." *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* (1988).

- . “Arturo Carlo Jemolo e Vincenzo Del Giudice.” *Jus*, 3 (1992).
 - . Introduzione a “Lettere di Ernesto Buonaiuti ad Arturo Carlo Jemolo. 1921-1941.” In *Pubblicazioni degli Archivi di Stato, Fonti 24*, a cura di Carlo Fantappiè. Roma: Ministero per i Beni Culturali e Ambientali, Ufficio Centrale per i Beni Archivistici, 1997.
 - . “Jemolo e Buonaiuti.” In *Studi in onore di Gaetano Catalano*, t. III. Soveria Mannelli: Rubbettino, 1998.
 - . “Jemolo, Arturo Carlo.” In *Dizionario biografico degli italiani*, vol. LXII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2004.
 - . “Appunti per una biografia di Arturo Carlo Jemolo.” *Il diritto ecclesiastico*, 1 (2005).
 - . Premessa ad *Arturo Carlo Jemolo, Lettere a Mario Falco, Tomo I (1910- 1927)*, a cura di Maria Vismara Missiroli. Milano: Giuffrè, 2005.
 - . “Jemolo, Arturo Carlo.” *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX Secolo)*, vol. I, diretto da Italo Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattone e Marco N. Miletti. Bologna: il Mulino, 2013,
- MATTONE, ANTONELLO. “I ‘cani vagabondi di Stambul’. Arturo Carlo Jemolo e l’insegnamento del Diritto ecclesiastico nell’Università di Sassari (1920-1923).” *Le Carte e la storia* 1 (2014).
- MAZZARELLA, FERDINANDO. “Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di Diritto.” *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 41 (2012).
- MERUSI, FABIO. *Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo*. Bologna: Il mulino, 2007.
- MONTANARI, BRUNO. “Del Vecchio, Giorgio.” In *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX Secolo)*, vol. I, diretto da Italo Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattone e Marco N. Miletti. Bologna: Il mulino, 2013.
- NACCI, MATTEO. “La cultura giuridica del Diritto canonico: il “laboratorio” degli anni Trenta del Novecento in Italia.” *Apollinaris*, 85 (2012).
- NAVARRO VALLS, RAFAEL. “Jemolo, Arturo Carlo.” In *Juristas universales*, vol. IV, diretto da Rafael Domingo. Madrid-Barcelona: Marcial Pons Ediciones, 2004.
- ORECCHIA, RINALDO. *Bibliografia di Giorgio Del Vecchio con cenni biografici*. Bologna: Licinio Cappelli Editore, 1949.
- . “Del Vecchio, Giorgio.” In *Enciclopedia filosofica*, vol. I. Firenze: Sansoni, 1957.
 - . *La filosofia del diritto nelle Università italiane. 1900-1965. Saggio di bibliografia*. Milano: Giuffrè, 1967.
- PERLINGIERI, PIETRO. “Il principio di legalità nel diritto civile.” *Rassegna di diritto civile*, 1 (2010).
- PERTICONE, GIACOMO. “Ricordo di Giorgio Del Vecchio (1878-1970).” *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XLVIII, fasc. 1 (1971).

- PIGNATELLI, AMOS. "I controlli politici sul giudice dallo Stato liberale al regime fascista." *Politica del diritto*, 1 (1975).
- PUGLIATTI, SALVATORE. "Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali." *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, 113 (1935).
- QUAGLIO, DARIO. *Giorgio Del Vecchio. Il diritto fra concetto ed idea*. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1984.
- QUARANTA, BRUNO. *Arturo Carlo Jemolo. Il malpensante. Raccolta di scritti comparsi sulla Stampa dagli anni '50 agli anni '70*. Torino: Aragno, 2011.
- QUINTAS, AVELINO M. "La filosofia di Giorgio Del Vecchio. Note in margine a un libro recente." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, LXIII, fasc. 1 (1986).
- RICCA, MARIO. *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*. Palermo: Edizioni Torri del Vento, 2012.
- SERRA, BEATRICE. "Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo (frammenti di un carteggio)." *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 30 (2014). doi: <http://dx.doi.org/10.13130/1971-8543/4338>.
- SORRENTINO, FEDERICO. "Legalità e delegificazione." *Diritto amministrativo*, 3-4 (1999).
- SPADOLINI, GIOVANNI, cur. *Jemolo, testimone di un secolo*. Firenze: Le Monnier, 1981.
- SPINELLI, LORENZO. "I rapporti tra Stato e Chiesa nella dottrina di Jemolo." *Il diritto ecclesiastico* 1 (1982): 30-45.
- TEDESCHI, MARIO. *Sulla Scienza del Diritto Ecclesiastico*. Milano: Giuffrè, 1987.
- . "Il contributo della scienza giuridica italiana nell'ambito del diritto canonico e del diritto ecclesiastico." *Il diritto ecclesiastico* (2003).
- TESTONI BINETTI, SAFFO. "Battaglia, Felice." *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX Secolo)*, vol. I, diretto da Italo Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattone e Marco N. Miletta. Bologna: Il mulino, 2013.
- VALBUSA, PAOLO. *I pensieri di un malpensante. Arturo Carlo Jemolo e trentacinque anni di storia repubblicana*. Venezia: Marsilio, 2008.
- VELA, LUIS. *El Derecho Natural en Giorgio Del Vecchio*. Roma: Gregoriana, 1965.
- VIDAL, ENRICO. *La filosofia giuridica di Giorgio Del Vecchio*. Milano: Giuffrè, 1951.
- VISMARA MISSIROLI, MARIA, cur. "Caro Falco. Lettere di Francesco Ruffini a Mario Falco (1906-1932)." *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 1 (1993).
- ZAGREBELSKI, GUSTAVO. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.
- ZAMPETTI, PIER L., "La filosofia giuridica di Giorgio Del Vecchio." *Rivista di filosofia neoscolastica* 45, 2 (1949).
- ZUANAZZI, ILARIA e RINALDO BERTOLINO. *La lezione di un maestro. Atti del Convegno in memoria di Arturo Carlo Jemolo, Torino 8 giugno 2001*. Torino: Giappichelli, 2005.

III SESSIONE

24. Il diritto tra idea e fenomeno: il 'caso' Widar Cesarini Sforza

Gianpaolo Bartoli*

24.1. Diritto e spirito

È stato Pietro Costa a definire la riflessione filosofica sul diritto di Widar Cesarini Sforza come un 'caso', un paradigma con cui continuare a confrontarsi¹. In effetti, se è vero che il pensiero giusfilosofico di Cesarini Sforza si situa nell'ambito della cosiddetta 'rinascita idealistica',

* Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici, 'Sapienza' Università di Roma.

¹ Costa, "Widar Cesarini Sforza," 1031-1095; ma già Piovani, *Momenti della filosofia giuridico-politica italiana*, 50 ss. Dopo il conseguimento, a Bologna nel 1914, della libera docenza in Filosofia del diritto, Widar Cesarini Sforza (Forlì, 1886 - Roma, 1965) fu a Pisa dal 1930 e poi nell'Ateneo romano dal 1939 al 1956. Queste pagine intendono offrire un'interpretazione della Filosofia del diritto di Widar Cesarini Sforza per come si mostra nelle opere apparse negli anni tra le due Guerre mondiali o appena fuori da quei limiti temporali, anni che lo videro Maestro di tale disciplina alla 'Sapienza' di Roma, benché, del resto, al di là delle epoche politiche che si trovò ad attraversare - Italia monarchica liberale, regime fascista, Italia repubblicana - il pensiero suo animato da una coerenza profonda. A tal fine si avranno qui presenti soprattutto: *Il diritto dei privati*, apparso in prima edizione nel 1929; alcuni dei lavori oggi ricompresi nei volumi *Idee e problemi di filosofia giuridica* (il riferimento sarà ai saggi: "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," del 1934; "Il problema dell'autorità," del 1940; "Avventure del diritto soggettivo," del 1941; "Responsabilità e redenzione," del 1942; "Crisi della libertà e crisi della legge," del 1945; "L'eterna ragion di Stato," del 1953) e *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*. I. *Filosofia e teoria generale* (limitatamente ai saggi "Intorno alla storia e alla storiografia," del 1914; "Filosofia del diritto e filosofia della storia," del 1915; "Il progresso nella scienza del diritto," del 1918; "Ex facto ius oritur," del 1930; "Fatto e diritto," del 1943; "Il diritto come arte," del 1949). Per una scelta di merito e metodologica si è escluso di prendere in considerazione i temi propri del diritto corporativo, cui pure Cesarini Sforza dedicò, negli anni che qui interessano, non pochi scritti. Un'esauriente bibliografia di Widar Cesarini Sforza è in Orecchia, *La filosofia del diritto nelle università italiane*, 87-98, nonché in Tarello, "Cesarini Sforza". Sul nostro Autore può ora vedersi anche il contributo offerto in questi *Atti* da Gaetano Carcaterra, *Widar Cesarini Sforza alla 'Sapienza'*.

propria di un neohegelismo riferibile alle posizioni, per molti versi non convergenti, di Croce e di Gentile e ampiamente diffuse nella dottrina italiana², tuttavia percorre itinerari originali che hanno un peculiare riscontro nella sua riflessione sul diritto³.

Nel registrare come l'ingresso della Filosofia del diritto italiana nella direzione dell'idealismo giuridico sia fatto risalire proprio ad un'opera di Cesarini Sforza – *Il concetto di diritto e la giurisprudenza integrale*, pubblicata nel 1913⁴ – vanno allora subito presi in considerazione il contesto e i motivi di fondo in cui vengono a formarsi e ad incidere le sue idee; un primo orientamento in tal senso può avviarsi anche con il riferimento alle esigenze che – sin dagli inizi del nuovo secolo (il XX) – muovono la ricerca giusfilosofica di Giorgio Del Vecchio, alimentata dalle prospettive kantiane⁵.

Con Del Vecchio, Croce e Gentile si sono infatti nominati i 'tre maestri' capaci, come osserva Sergio Cotta, di condizionare «in maniera decisiva l'orientamento della ricerca giusfilosofica»⁶ degli anni qui considerati, e di sollecitare nella riflessione dei filosofi del diritto l'urgenza di un superamento delle 'tendenze antifilosofiche' del tempo, secondo la nota formula di Cammarata⁷. Una tendenza di fatto dominata dalle concezioni positiviste, tese ad esaurire il diritto unicamente nel lato dell'oggettività giuridica (il dato normativo).

Per riprendere ancora l'analisi di Cotta, Cesarini Sforza si trova dunque a concepire la sua opera in un tempo che chiama ad una nuova

² In generale, sul 'concetto dell'idealismo', cfr., da ultimo, Rinaldi, *L'etica dell'idealismo moderno*, 37-79; con riferimento all'idealismo italiano ed in particolare a Croce e a Gentile, ibid., 429-500. Sull'idealismo giuridico italiano si vedano Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, III, 239 ss.; Frosini, *L'idealismo giuridico italiano*, in particolare 3-32; Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, 211-222; Pinazzi, *Attualismo e problema giuridico*. Sulle plurivoche accezioni in cui si declina l'idealismo giusfilosofico italiano Piovani, *Momenti*, 34 ss. Le indicazioni sulle opere di Benedetto Croce e di Giovanni Gentile, limitatamente ai temi che qui rilevano, sono fornite in seguito, ma possono vedersi intanto, oltre a Rinaldi, i volumi di Sasso, *Filosofia e idealismo*, I e II.

³ Perticone, Presentazione, XI-XXXII; Baratta, "Tra idealismo e realismo," 421-456; Marini, *Widar Cesarini Sforza*, 13 ss.

⁴ Cesarini Sforza, *Il concetto di diritto e la giurisprudenza integrale*; secondo Tarello, "Cesarini Sforza", è appunto questo «il libro che giustamente è considerato termine *a quo* dell'indirizzo idealistico nella filosofia del diritto italiana».

⁵ Per la prospettiva giusfilosofica di Giorgio del Vecchio e sulla sua opera possono vedersi in questi *Atti* le relazioni di Luisa Avitabile e di Andrea Bixio.

⁶ Cotta, "Cinquant'anni di filosofia giuridica in Italia," 4.

⁷ Cammarata, "Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia," 234-258.

'fondazione filosofica della filosofia del diritto' italiana, che, agli inizi del secolo, si attua «richiamandosi in generale all'idealismo: in particolare ad Hegel, con Croce e Gentile, a Kant con Del Vecchio», contribuendo in modo «originale alla cultura europea del tempo»⁸ e ad essa ispirandosi.

In tal senso, come afferma Guido Fassò, la riflessione si apre così ad un «capovolgimento dell'impostazione del problema filosofico del diritto che sarà poi radicalmente sviluppato dagli idealisti neohegeliani: il diritto venne osservato cioè non dalla parte dell'oggetto, come fenomeno che il pensiero passivamente conosce, ma dalla parte del soggetto, in relazione ad un'attività, entro limiti più o meno ampi creatrice, del pensiero dell'uomo»⁹.

Se per il positivismo giuridico l'unico versante da prendere in considerazione sembra essere quello del dato normativo, assimilabile alla consistenza dell'oggetto naturalistico e, pertanto, indagabile con i metodi della scienza¹⁰, comincia a delinearsi un ambito di riflessione più vasto, capace di interrogarsi sul senso del diritto, dunque di riconnettere le sue espressioni fenomeniche al pensiero che le concepisce e le crea, all'itinerario ideale che continua a presentarsi quale genesi ed orizzonte della normatività¹¹. In questa direzione, per Cesarini Sforza «chi veramente disgrega l'oggettività è il pensiero filosofico, non però per vanificarla, ma per scoprire il segreto del suo perpetuo nascere»¹² nelle forme sempre novellate della normatività.

Per Cesarini Sforza il compito della Filosofia del diritto non è confinabile all'aspetto conoscitivo, proprio della scienza giuridica, che avvicina i fenomeni giuridici nella loro immediatezza, nella loro datità di precetti che regolano obbligatoriamente la vita degli individui. Tuttavia, anche la ripresa – operata da Del Vecchio – degli elementi della filosofia di Kant, per Cesarini Sforza permanendo in ambito cognitivo-formale, risulta insufficiente per comprendere il diritto dal lato della sua genesi, individuata con Hegel (e con Croce e Gentile) nelle forme di uno spirito inteso come sintesi di pensiero ed azione¹³.

⁸ Cotta, "Cinquant'anni di filosofia giuridica in Italia," 8.

⁹ Fassò, *Storia della filosofia del diritto*. III, 231.

¹⁰ Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, 30 ss.

¹¹ Cotta, "Cinquant'anni di filosofia giuridica in Italia," 8-9.

¹² Cesarini Sforza, "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," 23.

¹³ Cotta, "Cinquant'anni di filosofia giuridica in Italia," 9.

In questa prospettiva, per intendere il significato filosofico del diritto occorre, in primo luogo, prescindere dal *corpus* dei precetti e delle norme, per considerarlo come un complesso di *attività volontarie umane*, costitutivamente orientato all'«*esigenza spirituale della creazione giuridica*»¹⁴.

Il diritto, in altri termini, non si offre all'osservazione come un dato della realtà fattuale, riducibile in formulazioni scientifiche che poi, nella loro attuazione, non esigono altro che una loro applicazione automatica. Si tratta, invece, di avviare una riflessione sulla volontà umana e sui suoi limiti¹⁵, perché unicamente alla volontà, afferma Cesarini Sforza, attiene la formulazione dei precetti giuridici, la loro applicazione ai casi concreti attraverso il giudizio e, più in generale, solo nella volontà può radicarsi l'interezza dell'*esperienza giuridica*.

In Cesarini Sforza risulta chiara, come si vedrà poi anche nel prendere in considerazione il problema dell'autorità, la differenziazione tra mondo del diritto – che esibisce l'incidenza nella realtà degli atti dello spirito umano – e la fattualità propria della dimensione naturalistica.

Dalle premesse indicate, è agevole rintracciare in Cesarini Sforza gli elementi centrali del cosiddetto neohegelismo italiano, che, come osservato all'inizio, trova i suoi riferimenti nelle diversificate declinazioni di Croce e di Gentile. Si tratta, quindi, certo di collocare il pensiero di Cesarini Sforza nel suo rapporto con le posizioni, per molti versi tra loro inconciliabili, di Croce e di Gentile, ma anche di marcarne le differenze, rilevabili soprattutto in relazione al diritto come specifico luogo dello spirito¹⁶, coordinato ad una realtà, la realtà normativa, intesa come esperienza storica 'non eliminabile da parte di nessuna dialettica'; un'esperienza, quella giuridica, che Cesarini Sforza indica a sua volta come «realtà che il pensiero come volontà non trova, ma crea»¹⁷.

Viene così subito in rilievo anche l'impegno di Cesarini Sforza ad evitare «una sorta di intellettualismo idealistico, pago d'un generalissimo concetto definitorio della forma giuridica dell'agire che ... comportava una superba noncuranza per una analisi attenta del concreto agire giuridico e per la comprensione delle sue ragioni esistenziali»¹⁸.

¹⁴ Cesarini Sforza, "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," 24.

¹⁵ Idem, *Il diritto dei privati*, 24.

¹⁶ I rilievi critici di Cesarini Sforza rispetto alle concezioni che del diritto presentano rispettivamente Croce e Gentile possono leggersi nel suo "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," 34 ss., sintetizzati con efficacia da Piovani, *Momenti*, 49 ss.

¹⁷ Cesarini Sforza, "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," 70.

¹⁸ Cotta, "Cinquant'anni di filosofia giuridica in Italia," 9.

Occorre quindi specificare il senso della Filosofia del diritto di Cesarini Sforza, che non si lascia ricondurre senza obiezioni ad un idealismo dominato da uno spirito astratto e sostenuto dall'«assolutizzazione della dimensione spirituale», in cui «il *Geist* segna l'idea di una società utopistica calata in un contesto privo di ricadute nel reale»¹⁹. Sono questi gli esiti che Cesarini Sforza intende evitare, delineando un «nuovo realismo idealistico»²⁰, che assegna «alla filosofia del diritto il compito di scoprire la realtà spirituale che sottende al dato giuridico», mostrando come «la concretezza del valore soggettivo si proietta nella oggettività, s'integra col processo astraente per cui la realtà oggettiva ritorna alla soggettività in formazioni tipiche, in norme, in istituti giuridici»²¹.

In effetti, Cesarini Sforza avverte come rimanendo all'interno delle filosofie di Croce e Gentile, nella profondità e ricchezza delle loro rispettive interpretazioni dell'eredità hegeliana, si rischia di vedersi impediti in una riflessione sul diritto, perché le due direzioni convergono in una sua riduzione in qualcosa di altro da sé, annichilendone la specificità²².

Detto in termini iniziali: per Cesarini Sforza il diritto non si risolve né nell'economia, come per Croce, né può risultare assorbito nella morale, come per Gentile, in una interezza non sufficientemente differenziata dell'attività creatrice del pensiero, inteso come spirito; con riferimento al diritto, quanto viene rivendicato da Cesarini Sforza è un ambito autonomo dell'attività spirituale, che investe il momento della volontà individuale e quello della dimensione sociale dell'esistenza.

Una prima distanza, nettamente disegnata da Cesarini Sforza nel tentare una 'correzione' della filosofia di Benedetto Croce – che giunge a riconoscere unicamente due versanti dello spirito nel suo agire

¹⁹ Avitabile, *Cammini di Filosofia del diritto*, 11.

²⁰ De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, VIII.

²¹ Cesarini Sforza, "Notizie autografe," IX-X.

²² Sinteticamente può dirsi che «il periodo fra le due guerre mondiali sia stato caratterizzato in Italia, per ciò che riguarda la filosofia giuridica, dai tentativi degli idealisti di recuperare la legittimità di essa, dettati dalla ripugnanza ad ammettere l'elisione del diritto come realtà: ripugnanza che nasceva, a dispetto di tutti gli schemi dialettici dell'idealismo tanto gentiliano quanto crociano, dall'esperienza stessa del diritto, che è esperienza di una realtà storica non eliminabile da parte di nessuna dialettica», Fassò, *Storia della filosofia del diritto*. III, 319. Oltre a Widar Cesarini Sforza, in questo contesto vanno ricordati anche i nomi di Felice Battaglia ed Angelo Ermanno Cammarata, il pensiero dei quali è rispettivamente ripercorso, in questi *Atti*, dalle relazioni di Carla Faralli e Franco Modugno.

pratico, ovvero la forma utilitaria o *economica* e quella morale o *etica*²³ – è rappresentata dalla irriducibilità del diritto all'economia²⁴.

Come è noto, Croce pubblica nel 1907 una *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, incentrata sulla categoria dell' 'utilità', intesa come volizione dell'individuale. All'interno della dialettica dei distinti²⁵, Croce individua nell'utilità una delle due forme costitutive ed esaustive dell'attività pratica, appunto come volizione dell'individuale, l'altra essendo la moralità o volizione dell'universale²⁶.

Senza poter qui ulteriormente seguire il complesso svolgimento del pensiero crociano sul punto²⁷, deve però osservarsi come, alla luce della categoria economica dell'utilità, sorda all'esigenza – tipicamente giuridica per Cesarini Sforza – di mediare tra individuale ed universale, tra ricerca del bene particolare ed orizzonte comune del bene²⁸, Croce intende risolvere ogni rapporto giuridico nel primo aspetto (l'economia), operante attraverso un calcolo delle convenienze – una 'condiscendenza di fatto' nel rispetto della regola giuridica, di una legge che nulla condivide con la *socialità*²⁹ – giungendo per questa via, come osservato da Guido Calogero, ad «un processo di eliminazione della stessa giuridicità»³⁰, esito che, come risulta chiaro, Cesarini Sforza recisamente rifiuta.

²³ Croce, *Filosofia della pratica*, 217.

²⁴ Per questi aspetti è rilevante De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*: sulla crociana 'riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia' 93 ss.; sull'interpretazione di Croce da parte di Cesarini Sforza 214 ss.

²⁵ Come è noto, Croce indica nella 'dialettica dei distinti' un superamento della formulazione hegeliana dello Spirito come 'dialettica degli opposti' costituita dal susseguirsi di tesi, antitesi e sintesi. I distinti devono intendersi come *gradi* dell'attività spirituale, forme distinte e connesse della sua unità. Anche se dimenticassimo, scrive Croce, tale "distinzione, uno sguardo alla vita ce la ricorderebbe: la vita, che ci mostra quasi anche esteriormente distinte le sfere dell'attività economica, scientifica, morale, artistica", Croce, *Ciò che è vivo e ciò che è morto della filosofia di Hegel*, 81-82.

²⁶ Idem, *Filosofia della pratica*, 251.

²⁷ Per cui può vedersi Pezzino, *La fondazione dell'etica in Benedetto Croce*, 17-92.

²⁸ È però qui prudente osservare che, con tale rilievo, deve, appunto, intendersi unicamente l'insufficienza della filosofia crociana rispetto al ruolo assegnato al diritto come attività dello spirito. Più in generale, va osservato come Croce, proprio concependo l'unità di fondo dei 'distinti', si impegni con intensità nella 'conciliazione' tra i due termini – volizione dell'*individuale* (utile, economia) e volizione dell'*universale* (bene, etica) – rivendicando il carattere responsabile (in senso morale) di ogni agire in quanto libero, ma senza lasciare spazio al diritto come elemento autonomo dello spirito. Su questo Giordano, "Ripensando *Filosofia della pratica*," 101-120.

²⁹ Croce, *Filosofia della pratica*, 317; Giordano, "Il concetto di legge nella *Filosofia pratica* di Benedetto Croce," 407-426.

³⁰ Calogero, "Croce e la scienza giuridica," 2.

Più complessi, invece, i rapporti di Cesarini Sforza con l'attualismo di Giovanni Gentile³¹. Un elemento che avvicina Cesarini Sforza alla prospettiva di Gentile risiede nella comune persuasione secondo cui, «la Filosofia del diritto avrà diritto a vivere, finché si manterrà filosofia»³².

Inoltre, quando Cesarini Sforza nomina la volontà umana e la sua peculiarità creatrice le collega entrambe all'attività dello spirito, mostrando di recepire il magistero di Gentile. Per Gentile lo spirito umano è attività creativa e mai passivamente conoscitiva, perché, scrive, anche «lo spirito che conosce, è invero spirito autore della propria conoscenza» e tale conoscenza «non è l'atto di una presunta realtà agente sul mio spirito, ma l'atto stesso del mio spirito»³³. Nell'originalità del suo itinerario speculativo Cesarini Sforza tiene sempre fermo questo presupposto di Gentile, secondo cui nella vita dello spirito nulla si ripete, perché la ripetizione è propria del meccanismo, mentre lo spirito è tale perché libero³⁴.

Tuttavia, come osservato, in Cesarini Sforza il diritto si attua come un terzo genere delle attività spirituali – rispetto all'economia ma anche alla morale, cui Gentile riconduce il diritto – che trova la sua genesi nella concretezza dei rapporti sociali e costituisce la ragione della normatività giuridica. Di conseguenza, ogni attività spirituale, anche in ambito giuridico, si sottrae alla conoscenza scientifica, che resta estranea alla possibilità di avvicinarne la genesi creatrice, limitandosi, al più, ad una descrizione sempre esteriore, incapace di cogliere, come si esprime lo stesso Gentile, l'«atto inoggettivabile» dell'autocoscienza³⁵.

A differenza di Gentile, dunque, per Cesarini Sforza il diritto si colloca in modalità autonome all'interno dell'attività spirituale: con il diritto acquista centralità e conciliazione il lato apparentemente tragico dell'esistenza individuale, della sua volontà, immessa nella dimensione sociale. Il compito della Filosofia del diritto, quindi, non coincidendo con la *metodologia* della scienza giuridica, implica una riflessione 'dall'interno' dello spirito umano, finalizzata a prendere coscienza dell'attività creatrice del diritto diretta alla istituzione delle leggi.

³¹ Come è noto Gentile dispiega il suo idealismo attuale riferito al diritto principalmente in due opere: *I fondamenti della Filosofia del diritto*, del 1916 (e poi in forma accresciuta del '37) e *Genesi e struttura della società. Saggio di filosofia pratica*, del '43, ma pubblicato postumo nel '46.

³² Gentile, *Filosofia del diritto*, VII.

³³ *Ibid.*, 4.

³⁴ *Idem*, *Genesi e struttura della società*, 1.

³⁵ *Ibid.*, 3.

Prendendo in considerazione il versante della normatività, viene anche nominata, oltre alla generalità, anche l'astrattezza, propria del diritto che si fa regola. In Gentile «il diritto ... è un momento astratto della volontà; nella cui effettiva attualità la forma giuridica è sempre superata e assorbita. L'attualità del volere è infatti etica»³⁶. Diversa la valutazione di Cesarini Sforza, per cui il nucleo giuridico dell'attività spirituale, non riducibile certo all'attività puramente utilitaristica dell'economia, né integralmente risolvibile nell'etica, trova la sua genesi nella concretezza dei rapporti sociali, costituendo la ragione della normatività giuridica.

Se è vero che la norma giuridica si presenta nelle forme dell'astrattezza, tuttavia, per Cesarini Sforza una tale astrattezza non implica un intrinseco limite del diritto, ma, al contrario, ne segnala la dimensione spirituale, propria di ogni attività del pensiero e della sua creatività. «Il pensiero – come coscienza e come volontà – non può creare che astraendo, e lungi dal negarsi nell'astrazione ... solo per mezzo di questa s'individualizza e si trasforma in realtà d'esperienza, in storia concreta»³⁷.

Rifiutando dunque di individuare una stigmatizzazione negativa nel momento dell'astrattezza, nel diritto quest'ultima segna l'ingresso dello spirito nell'opera della *giuridicizzazione*, attività spirituale che si fa norma, e che, però, subito, ricerca nell'esperienza concreta del giurista l'incontro con la volizione individuale. Il giurista, chiamato a fare i conti nella concretezza della realtà sociale con il dato astratto della norma e fedele al testo normativo, mostra così di non esserne un mero esecutore: se ne fa subito interprete, con-creatore, nel medio dell'interpretazione giuridica.

L'astrattezza normativa dunque costituisce un aspetto del diritto, quello della giuridicizzazione dell'attività spirituale, capace di sollecitare un momento di integrazione essenziale, che vive nell'esperienza giuridica. In particolare, nel giudizio giuridico l'astrattezza normativa perde il tratto della sua generalità, ricava una volizione individuale che, pur nella fedeltà dovuta al testo giuridico, alimenta la realtà dell'interpretazione e prepara la decisione.

³⁶ Idem, *Filosofia del diritto*, 121. In questo senso, nella direzione di Gentile si muovono Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*; Pekelis, *Il diritto come volontà costante*. Cfr. Grossi, *Ritorno al diritto*, 52-54.

³⁷ Cesarini Sforza, "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," 29.

Può dirsi che l'interpretazione sottrae il diritto al destino dell'astrattezza, che conserverebbe intatta in quanto norma, tornando a regolamentare e a decidere, in concreto, i rapporti tra quelli che Cesarini Sforza chiama i 'privati', titolari infungibili di volontà plurime, in occasione del conflitto³⁸. Nell'orizzonte del diritto non esiste quindi unicamente il dato normativo – la legge positiva – che resta l'oggetto privilegiato della scienza giuridica, capace di sistematizzarlo e di organizzarlo in strutture più ampie, in un sistema³⁹; o meglio, la stessa realtà delle norme si riscatta nell'idea del diritto, che orienta l'interpretazione, per giungere a regolare, in concreto, le confliggenti manifestazioni delle volontà individuali, sempre al di là di un «volere già voluto», un 'già istituito' in cui Gentile costringe le espressioni della giuridicità, ridotte a «forza senza libertà»⁴⁰, in ultimo, ad un mero fatto.

In questa interpretazione critica del pensiero di Gentile offerta da Cesarini Sforza, ma oltre la lettera dei suoi scritti, si dischiude il considerare che certo le norme istituite possono essere incontrate come 'fatti giuridici', nella consapevolezza, però, di una dimensione extrafattuale che è «l'orizzonte dell'opera di istituzione di senso mediante l'*istituire* le leggi giuridiche. Quest'opera rimane nascosta in ciò che è manifesto, l'*istituito*, e però ne costituisce il senso e il fondamento: *che si istituisca* (senso e fondamento, il diritto) rimane nascosto nell'*istituito* (fatto, le norme)»⁴¹.

Del diritto, se vuole trovarsene il significato profondo, reale ed ideale allo stesso tempo, occorre reperire il tratto universale – non deducibile dal dato positivo in operazioni di progressiva generalizzazione, perché sempre ancora da realizzare come 'quel che manca', come il 'che ancora si istituisca' – al di là della mutevolezza degli ordinamenti normativi, del già voluto ed istituito, perché il compito dell'interprete non coincide con l'applicazione della legge fine a se stessa, pur metodologicamente corretta, non converge con la mera esecuzione del già istituito: il 'vero giurista' – secondo l'espressione di Cesarini Sforza – in effetti finisce sempre per accorgersi che il diritto sorge come esigenza spirituale di regolamentazione giuridica della coesistenza tra liberi individui ed è la legge, se questa deve mantenere un senso giuridico, a doversi piegare a quell'esigenza, mai potendosi fissare nella lettera del suo 'voluto'⁴².

³⁸ Idem, "Responsabilità e redenzione," 191.

³⁹ Idem, "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," 19.

⁴⁰ Gentile, *Filosofia del diritto*, 89.

⁴¹ Romano, *Filosofia del diritto*, 40.

⁴² Cesarini Sforza, "Il problema dell'autorità," 94.

Con le parole di Bruno Romano, qui utili anche ad illuminare questo aspetto della Filosofia del diritto di Cesarini Sforza, deve dirsi che nessun 'volere voluto' «nessun 'istituito' (norme-leggi) esaurisce il 'che si istituisca' (diritto)»⁴³, perché l'ordine della coesistenza mai si lascia strutturare in un ordine giuridico ultimo, assolutizzato nel dogma della sua completezza.

Si chiarisce ancora che il diritto non si offre all'osservazione come un dato della realtà fattuale, riducibile in formulazioni scientifiche che poi, nella loro attuazione, non esigono altro che una applicazione automatica, ma chiama alla sua interpretazione, che trova la sua fonte nella volontà e nel pensiero. Nelle argomentazioni di Cesarini Sforza emerge come il diritto certo non regola i fatti naturali e necessitati, data l'impossibilità teoretica di ricondurre questi ultimi ad una concezione unitaria capace di assimilarli alla libera attività umana, a meno di non procedere verso la mistificante negazione di questa⁴⁴. Infatti, scrive, «l'esperienza giuridica si risolve in attività spirituali, per cui ogni situazione giuridicamente definibile viene ad esistenza con un atto di volontà, non con il verificarsi di un fatto»⁴⁵.

Tutti gli accadimenti di origine naturale che interessano l'esistenza umana – la nascita, la morte, la salute etc. – non hanno in sé alcuna qualificazione per il diritto, se un atto della volontà non conferisce loro «un senso giuridico»⁴⁶. Quando si nomina la volontà si sta al contempo indicando la sua peculiarità creatrice, che Cesarini Sforza, recependo con originalità le prospettive dell'idealismo, collega all'attività dello spirito.

Ogni attività spirituale, anche in ambito giuridico, si sottrae alla conoscenza scientifica, che resta estranea alla possibilità di avvicinarne la genesi, limitandosi, al più, ad una descrizione sempre esteriore. Si mostra, così, chiara, in Cesarini Sforza, l'attenzione a lasciare avvertiti che l'opera dell'istituire le leggi giuridiche «non si lascia discutere nella direzione del *sapere scientifico*, ma viene posta in questione dal *domandare filosofico*, segnando il confine tra scienza del diritto e filosofia del diritto»⁴⁷.

⁴³ Romano, *Filosofia del diritto*, 158.

⁴⁴ Sulla questione Idem, *Nietzsche e Pirandello*, 37 ss.

⁴⁵ Cesarini Sforza, "Fatto e diritto," 145.

⁴⁶ Ibid. Sulla qualificazione giuridica, con puntuale riferimento a Cesarini Sforza, Capozzi, *Temporalità e norma*, 162-163.

⁴⁷ Romano, *Filosofia del diritto*, 19.

In questa prospettiva, se è vero che il diritto regola le situazioni che sorgono a partire dalla volontà, non giunge però a determinarla in modo necessitato, capace di ridurre le donne e gli uomini in «automi giuridici»⁴⁸, perché la volontà può considerarsi tale, e le scelte che gli agenti compiono possono venire in rilievo per il diritto, solo a condizione che permangano libere nelle loro determinazioni soggettive, per cui deve dirsi che «all'esperienza giuridica la volontà è dunque essenziale non come sua materia, bensì come sua fonte»⁴⁹.

Al di là delle oggettivazioni che trovano necessaria forma nelle formulazioni della legalità, il diritto sorge come esigenza individuale al cospetto dell'altro, legandosi all'altrui obbligo, un'esigenza spirituale, dunque, di garanzia al riconoscimento, in primo luogo, della propria soggettività. Dunque, pur nell'esplicita consapevolezza dell'essenziale funzione della norma nel rapporto giuridico, come suo elemento necessario⁵⁰, per Cesarini Sforza il diritto, inteso in senso soggettivo, il *mio diritto*, 'è qualcosa di più'⁵¹ rispetto ad ogni datità normativa ordinamentale, perché presenta un *plus* di senso non derivato e non esauribile in alcuna espressione positiva⁵².

La constatazione iniziale è che ogni singolo, ogni spirito individuale, è un «essere parlante»⁵³ che esiste conferendo un senso ad un contesto sociale in cui gli altri soggetti operano con la medesima attività creatrice, esercitata in uno spazio e in un tempo comuni – condivisi e delimitati certo, ma non 'chiusi' in un mondo definitivamente istituito – in cui il pensiero si individualizza attraverso le espressioni personali, una declinazione soggettiva del linguaggio che, però, solo dal pensie-

⁴⁸ Cesarini Sforza, "Fatto e diritto," 146.

⁴⁹ Ibid., 147.

⁵⁰ Idem, *Il diritto dei privati*, 15.

⁵¹ Idem, *Avventure del diritto soggettivo*, 123 ss.

⁵² Pertanto, «quando Kelsen nega il concetto tradizionale di 'diritto subbiettivo' non fa che trarre una conseguenza assolutamente necessaria dalla sua concezione obbiettivistica per cui l'ordinamento giuridico è un ordinamento di norme», Idem, *Il diritto dei privati*, 9-10. Queste osservazioni critiche di Cesarini Sforza non preludono ad una scissione tra legalità oggettiva (ordinamento positivo e sistema normativo) e diritto soggettivo (inteso come desiderio di giustizia), perché quest'ultimo può incidere nella realtà dei rapporti giuridici unicamente nelle forme della legge: Idem, *Crisi della legge e crisi della libertà*, 197. Come Kelsen, anche Gentile, *Filosofia del diritto*, 92, nega l'originarietà del diritto soggettivo: «il diritto soggettivo è un diritto derivato, che ha nell'obbiettivo la sua ragion d'essere e la sua essenza ... il diritto soggettivo non si differenzia dall'oggettivo, ma coincide con esso interamente».

⁵³ Cesarini Sforza, "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," 53.

ro riceve senso, senza mai potervi corrispondere, perché il pensiero «come infinita virtualità trascende ogni suo senso, cioè ogni pensiero pensato»⁵⁴. Si alimenta così una chiarificazione del diritto che coglie la sua genesi nell'essere «garanzia, per ogni parlante» affinché «il suo *esistere il senso* non sia confinato e dissolto nella dimensione assoggettante dell'*eseguire-ripetere un senso*»⁵⁵ già dato.

Questa originaria condivisione ed il plurivoco esercizio della parola comportano la possibilità di conflitti che l'esperienza giuridica è specificamente chiamata a risolvere, in primo luogo regolando la coesistenza tra altrettanti soggetti spirituali, che colorano l'esistenza di mutevoli, differenziate prospettive, progetti segnati dalla particolarità del loro carattere singolare, che si inverano e convergono sì nell'orizzonte dell'universale, ma non tollerano di essere soppressi senza che la libertà tradisca se stessa, così negando al diritto la sua genesi⁵⁶.

In questo senso per Cesarini Sforza il diritto mantiene la sua specificità partecipando alla multiforme vita dello spirito, specificamente conferendo *stabilità* a rapporti altrimenti destinati all'insanabilità del conflitto tra volontà rivolte al futuro, perché mai, scrive, la volontà «può volere il passato, l'accaduto, il voluto»⁵⁷. L'incidenza del futuro viene così ad integrarsi nella struttura temporale del diritto, che non si lascia congruamente intendere come «un che di meccanico», «non suscettibile di svolgimento», connotato da «fissità e invariabilità»⁵⁸.

In questo itinerario si chiarisce perché, in Cesarini Sforza, la domanda della Filosofia del diritto si ponga come quella intesa a ricercare quel che vi è di *unitario* e di *universale* nelle espressioni normative, oltre la molteplicità e la particolarità dei dati che compongono l'esperienza nei suoi innumerevoli aspetti. In questa ricerca il diritto mostra l'inesauribile urgenza «nell'esistere del parlante che si compie come il trascendimento

⁵⁴ Ibid., 47 ss. (48).

⁵⁵ Romano, *Filosofia del diritto*, 158.

⁵⁶ Così, invece, è per Gentile, *Filosofia del diritto*, 75-76: «il valore universale s'instaura con l'immanente soppressione dell'elemento particolare ... in quanto tutti gli uomini sono, rispetto al loro essere spirituale, un uomo solo, che ha un solo interesse, in continuo svolgimento e incremento».

⁵⁷ Cesarini Sforza, "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," 57.

⁵⁸ Gentile, *Filosofia del diritto*, 130; per Gentile così è «il diritto per sé solo», bisognoso del «processo della vita politica» per poter variare e rinnovarsi di continuo (ibid.), riaffermando la sua concezione statica e derivata del momento giuridico. Cfr. sul punto Capozzi, *Temporalità e norma*, 327 ss.

delle singole forme storiche degli enunciati istituiti, esigendo la ripresa continua del '*che si istituisca*', differenziato dall'*istituito*'»⁵⁹.

Occorre ancora considerare come, in Cesarini Sforza, il fenomeno giuridico non si presenta con le modalità oggettive del fatto, che possa costituire elemento di analisi scientifica, proprio perché il dato ideale, come volontà non anticipabile, contribuisce concretamente a realizzarlo e la parola lo significa con espressioni attraversate dall'originalità dei singoli. Non si dà una possibile spiegazione scientifica dell'idea e della parola che l'esprime e la performa, quindi nessuna scienza giuridica può sostituire la riflessione filosofica sul diritto, che non ne rappresenta una mera analisi esteriore, bensì ne risulta quale dimensione costitutiva⁶⁰.

In questa prospettiva, il diritto è una creazione, non un dato naturalistico, un orizzonte in continua formazione, non un 'volere voluto' – proprio di leggi non istituite, *trovate*, assimilabili alle leggi della fisica, della biologia, etc. – perché sempre è attraversato dalla libertà che caratterizza ogni manifestazione umana della volontà, tanto da potersi affermare che è solo riflettendo «sull'atto di volontà individuale e libero, che si finisce per scorgere l'aspetto più profondo della vita del diritto»⁶¹.

24.2. L'universale giuridico

Nel senso costitutivo indicato da Cesarini Sforza, il tratto ideale, che rende possibile la creazione reale del diritto e degli istituti giuridici, non può prescindere dallo spirito individuale, inteso come centro autonomo di volontà; con questo, il diritto non trova una sua giustificazione filosofica nell'eteronomia delle leggi, nel processo teso alla subordinazione dei singoli, fosse pure da parte di uno Spirito oggettivo, manifestazione dell'Assoluto incarnato nello Stato. Si tratta allora, nella riflessione sul diritto, di pensarne l'idea in relazione alla dimensione sociale degli individui, i 'privati'. Si chiarisce come il processo ideal-costitutivo del diritto, di riflessione filosofica, si emancipa, così, dal piano dell'astrazione pura, poiché l'*idealità* giuridica costituisce l'orizzonte di senso della *realtà* normativa.

⁵⁹ Romano, *Filosofia del diritto*, 158.

⁶⁰ Cesarini Sforza, "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," 49 ss. Sull'originalità di questa posizione di Cesarini Sforza si veda Leoni, *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, 85 ss.

⁶¹ Cesarini Sforza, "Volontà privata ed autonomia," 127.

Può anche dirsi che la dimensione ideale del diritto, che si avvia nella riflessione giusfilosofica, costituisce il momento creativo della realtà del fenomeno giuridico. Tuttavia, questa direzione è possibile unicamente insistendo nella liberazione della spiritualità umana dalla pretesa di relegarla nella dimensione naturalistica, in una processualità necessitata; *per Cesarini Sforza si entra, con la filosofia, nel mondo dello spirito, ed in particolare, con la Filosofia del diritto si apre lo spazio per la sua libertà, che è libertà di ognuno, pensata e realizzata nel diritto.*

La libertà, propria dello spirito individuale, trova nella riflessione filosofica gli strumenti per la sua realizzazione comunitaria, la dimensione giuridica, controfattuale, rispetto ad una immediata affermazione soggettiva. La volontà dell'individuo, termine ideale per definire l'uomo come essere libero, non naturalisticamente predeterminato, nel diritto viene riguardata nella concretezza delle sue possibili scelte, che incidono nell'esistenza altrui, sollecitando la formazione di una disciplina giuridica.

Si delinea l'attenzione a non confondere la centralità del concetto di 'privato' con gli argomenti dell'individualismo, dove la disciplina e la tutela giuridiche investono certo i singoli, ma affermando la primazia delle questioni economiche, in particolare quelle che si legano al diritto di proprietà. Per Cesarini Sforza il merito storico dell'individualismo – che si lega a molte correnti del diritto naturale condividendone quindi anche i limiti della sua storica fissità *aeterna ratione*⁶² – consiste nell'aver sottolineato la differenza tra diritto, che attiene all'individuo in quanto tale nel suo rapporto con l'alterità, e legge, intesa come espressione del diritto positivo. Il diritto di cui è titolare l'individuo, non è un che di derivato, certo non è una concessione dell'ordinamento giuridico, in primo luogo dello Stato, inteso «come sintesi di un intero sistema di norme date»⁶³, ma inerisce alla sua essenza spirituale.

Il proprio del diritto, allora, è di attenere a rapporti tra più soggetti, liberi eppure legati in un «rapporto di interdipendenza»⁶⁴, evidenziandosi come il momento dell'affermazione del diritto, che si traduce nella pretesa giuridica, comporta una contemporanea doverosità nel comportamento altrui, in una reciprocità che realizza il *vincolo giuridico*⁶⁵.

⁶² Idem, "Filosofia del diritto e filosofia della storia," 75.

⁶³ Idem, "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," 20.

⁶⁴ Ibid., 61.

⁶⁵ Su questo tema Romano, *Il dovere nel diritto*, 28, secondo cui solo l'«adempimento di un

Il diritto c'è dove sussiste reciprocità, quindi unicamente in rapporti tra gli individui e le loro posizioni spirituali, manifeste nelle scelte⁶⁶. Quella che così si guadagna, tuttavia, è una disciplina esteriore dei rapporti, su cui è possibile certo edificare un ordinamento normativo ed un corrispondente sistema di rapporti che si specificano in ragione delle funzioni, come nel diritto di famiglia, il diritto di proprietà etc., senza però coinvolgere il tratto peculiare della libertà umana, che non può fissarsi in ruoli predefiniti una volta per tutte⁶⁷.

A questa concezione esteriore, formale del diritto, contraddice la possibilità di una comunità umana fondata sul consenso all'autorità. La ricerca di Cesarini Sforza sulla 'ragion d'essere dell'autorità' si avvia dalla considerazione secondo cui, a tal fine, occorre «lasciar da parte le astrazioni del pensiero scientifico»⁶⁸, inoltrandosi nella realtà del mondo giuridico e dei rapporti che lo costituiscono e qualificano come tale, anche constatando come, storicamente «lo Stato costituzionale e 'giuridico' ... trae la sua autorità dal libero riconoscimento delle coscienze individuali»⁶⁹.

Nel discutere il problema dell'autorità nella sua specificazione giuridica il tentativo è quello di realizzare una unità più alta, sia di quella esteriore propria di qualunque ordinamento normativo, che di quella particolare rappresentata dall'individuo, dunque una partecipazione all'universale che forgia i diritti ma anche i doveri del singolo verso l'altro della relazione. Come osservato, per Cesarini Sforza la consapevolezza propria della Filosofia del diritto è quella di intendere l'individuo, anche nella sua concreta dimensione comunitaria, come un soggetto libero, *causa sui*, capace di scelte che attengono alla sua volontà.

Il riferimento alla questione dell'autorità consente di intendere il perché:

una volontà possa essere superiore a un'altra, in grado cioè di piegare l'altra volontà a fini che sono definiti dal soggetto di questa. E poiché la volontà va filosoficamente concepita come infinita potenzialità di volere,

dovere concretizza un diritto».

⁶⁶ Cesarini Sforza, "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," 62.

⁶⁷ Richiama la rilevanza di questo aspetto in Cesarini Sforza Capozzi, *Temporalità e norma*, 171-172.

⁶⁸ Cesarini Sforza, "Il problema dell'autorità," 95.

⁶⁹ Idem, "Crisi della legge e crisi della libertà," 183.

quindi come libertà, il problema è ancora d'intendere come una volontà superiore, cioè l'autorità di un soggetto, possa imporsi a un'altra volontà ... possa cioè limitare la libertà di un altro soggetto⁷⁰.

Il diritto e l'autorità che vi trova espressione, non possono concepirsi come costruzioni dogmatiche di regioni fisse dell'esistenza, che, benché non possa emanciparsi dalla forma, ne cerca sempre una nuova, per realizzare se stessa⁷¹. Nella realtà storica in cui solo può affermarsi l'ordine giuridico, quest'ultimo non viene in rilievo come una «rete di deduzioni o qualificazioni formali, bensì come serie infinita di atti spirituali di volontà»⁷², sempre individuali, che implicano l'esigenza della loro regolamentazione, dunque del sorgere dell'autorità. L'autorità, nel suo implicare l'idea e la realtà del diritto, non è tale per attuare se stessa, né le astratte norme di un ordinamento, ma per realizzare la giustizia nelle relazioni: «La nostra profonda aspirazione di uomini liberi è che l'autorità sia abbastanza forte da garantire a ciascuno di noi la libertà nella giustizia, al quale scopo l'ordine giuridico, il sistema delle leggi è il massimo strumento di cui l'autorità ... dispone»⁷³, secondo l'intenzione ciceroniana per cui *legibus omnes servimus ut liberi esse possimus*.

L'impegno è allora anche quello di riflettere sulla soluzione giuridica dei conflitti intersoggettivi, che sorgono come contrasti tra distinte volontà individuali, per realizzare nel mondo una ipotesi intesa come atto dello spirito, che chiama a riconoscere come «né l'autorità né la libertà possono essere, ciascuna di per se stessa, assolute»⁷⁴. Disconoscere tale dimensione spirituale, tipicamente umana, significa predisporre i modi

⁷⁰ Idem, "Il problema dell'autorità," 95.

⁷¹ Romano, *Forma del senso*, 45 ss.; Idem, *Filosofia della forma*, 17 ss.

⁷² Cesarini Sforza, "Il problema dell'autorità," 101.

⁷³ Ibid., 115. Il concetto classico dell'idea di giustizia, nelle sue molteplici declinazioni, come pure quello di diritto soggettivo, – valorizzato da Cesarini Sforza, come si vedrà più avanti – trovano una diversa lettura nella direzione del funzionalismo sistemico di Niklas Luhmann. Esemplarmemente, l'idea di giustizia viene interpretata come *formula di contingenza*, capace di autonomizzare il sistema giuridico dagli altri sistemi sociali e comparabile con formule intrasistemiche come, ad esempio, l'idea di Dio nel sistema religioso. In nessun caso, comunque, l'idea di giustizia può assimilarsi ad un principio giuridico. Luhmann, *Il diritto della società*, 196-198. Nella citazione riportata sopra, Cesarini Sforza mostra di distanziarsi da questa concezione della giustizia, per affermarne il tratto qualitativo proprio dell'universale ragione giuridica. La 'profonda aspirazione di uomini liberi' può quindi leggersi come 'desiderio di giustizia', momento iniziale del diritto e luce dei suoi principi universali secondo Romano, *Principi generali del diritto*, 110 ss.

⁷⁴ Cesarini Sforza, "Il problema dell'autorità," 114.

di un assoggettamento che incontra i singoli come cose, oggetti, materiali. Una costruzione puramente logico-formale che rintracci nell'immediatezza di una superiore volontà – come è, in modo eminente, quella dello Stato – l'origine ed il senso dell'autorità giuridica, si mostra come il mascheramento di una legittimazione «attaccata nel vuoto»⁷⁵.

Si muove su questa linea la forma di un processo logico, proprio della conoscenza scientifica, che giunge non più in là della legittimazione del fatto, che si impone perché più forte, sanzionando una situazione quantitativa, propria della dimensione naturalistica e solo ivi sussistente, che viene indebitamente a connotarsi secondo una qualità che attiene unicamente al mondo sociale⁷⁶. La forza, quindi, non è il diritto, ovvero, con espressione hegeliana, *il diritto non è il fatto*⁷⁷, ed una simile concezione mistifica la genesi dell'autorità, colmando con un mero procedimento astrattivo quello che Cesarini Sforza chiama il 'vuoto giuridico'.

In effetti, in Cesarini Sforza si delinea chiara una concezione distante dalle premesse fattuali della genesi del diritto e dell'autorità, nell'affermarne la priorità rispetto ad ogni volontà che possa disporre dei loro contenuti⁷⁸:

La volontà come puro fatto, ecco quanto si trova alla base logica del diritto e dello Stato, quando questa base è determinata, come fa e non può non fare la conoscenza scientifica, mediante un procedimento astrattivo. L'astrazione compie un taglio netto tra il fatto e il diritto: onde accade che, quando si sia percorsa tutta, in senso ascendente, la catena delle qualificazioni, si arriva inevitabilmente in un punto oltre il quale non si può procedere, perché là il diritto finisce e vi si trova il vuoto giuridico, il fatto⁷⁹.

⁷⁵ Ibid., 102.

⁷⁶ Idem, "Ex facto ius oritur," 151.

⁷⁷ Si veda al riguardo l'interpretazione offerta in Romano, *Il diritto non è il fatto*.

⁷⁸ Esplicitamente, si tratta di concepire una 'autorità sociale' che «appartiene ai membri stessi essendo una 'autorità' effettiva', vale a dire non scende su di loro da un ente superiore, e tuttavia non è nella loro libera disponibilità», Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, 122.

⁷⁹ Idem, "Il problema dell'autorità," 102. Non condivisibile appare, in questa luce, l'interpretazione che di questi passaggi offre Natalino Irti, che giunge a conclusioni distanti dalle premesse giusfilosofiche di Cesarini Sforza: Irti, *Diritto senza verità*, 26. Nello stesso senso anche Marini, *Widar Cesarini Sforza*, 36 ss.

Tuttavia, l'inesauribile vocazione giuridica dello spirito manifesta un perpetuo *horror vacui* che non lascia spazio al vuoto giuridico e all'immediatezza del fatto⁸⁰, perché il diritto sorge allorché si manifesta la coesistenza, che dell'esistenza del singolo è premessa e radice. In nessun senso, afferma recisamente Cesarini Sforza, è concepibile un diritto nato dal fatto⁸¹. Il diritto e l'autorità non riguardano un semplice «blocco di 'fatti'»⁸², ma – nella direzione sempre con coerenza percorsa da Cesarini Sforza – gli atti della volontà libera, atti dello spirito che è «ognora spirito dell'uomo reale»⁸³, per cui può dirsi, ancora con Hegel, che il 'diritto è spirito e tratta l'uomo come spirito'⁸⁴.

L'intenzione di Cesarini Sforza è allora quella di illuminare la presenza individuale di ognuno in una ricerca condivisa delle condizioni – costitutive e regolative – della coesistenza, libera, perché libero è lo spirito umano. Si mostra qui anche la differenza tra autorità, che trova il suo senso nel diritto, e la sovranità che attiene alla classe dei dominanti, *autocratica* e, in quanto tale, non riconducibile ad alcuna qualificazione giuridica, estranea «al campo del diritto. Invano ... si tenta di concepire la sovranità giuridicamente»⁸⁵, giusta la definizione classica di Bodin, secondo cui la sovranità è *summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*, potere fattuale che si impone da parte dei più forti, viatico per l'affermazione dei regimi dittatoriali, dove la ragione giuridica è subordinata alla ragione politica (intesa come *raison d'Etat*), ovvero annichilita dalle forme di schiavitù economica proprie di società in cui il dominio è esercitato dai detentori dell'aver⁸⁶.

La forma giuridica ed il senso esistenziale dell'autorità, invece, acquistano una vitalità nuova, che corrisponde alla libera creatività del singolo, ma in connessione con l'altrui creatività, facendo emergere

⁸⁰ Può ricordarsi con Hegel che lo spirito è il «togliente ciò che è immediatamente», Hegel, *Filosofia dello spirito jense*, 105.

⁸¹ Cesarini Sforza, "Ex facto ius oritur," 152: «L'affermazione che il diritto nasca dal fatto non è ammissibile».

⁸² Idem, "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," 21.

⁸³ Idem, "Il problema dell'autorità," 103.

⁸⁴ Sul punto Romano, *Filosofia del diritto e questione dello spirito*, 45.

⁸⁵ Cesarini Sforza, "Il problema dell'autorità," 104n.

⁸⁶ Idem, "Crisi della legge e crisi della libertà," 183-197; Idem, "L'eterna ragion di Stato," 289-295. L'attualità di queste riflessioni di Cesarini Sforza converge con le analisi condotte in Romano, *Nichilismo finanziario e nichilismo giuridico*, 5 ss. Significativamente, al contrario, autorità e sovranità sono sinonimi in Gentile, *Filosofia del diritto*, 76-79.

l'esigenza di un ordine che non disconosca la sua genesi, la relazione libera, istituita tra liberi soggetti, infrangendo ogni ordine che si prenda assoluto e disconoscendo al fatto il momento iniziale ed istitutivo del diritto. Esemplarmente, poiché «non accade mai che, dato un puro e semplice fatto, sia costituito immediatamente un diritto»⁸⁷, soltanto la dimensione spirituale della persona consente la disciplina giuridica delle cose, come nel diritto di proprietà, che non trae il suo inizio in una mera occupazione inaugurale dell'ordine giuridico, secondo la direzione di Carl Schmitt criticamente richiamata da Cesarini Sforza⁸⁸.

Questa prospettiva consente una definizione della Filosofia del diritto tesa a definire *l'universale del diritto* ossia la *ragion d'essere*, il *perché del diritto* al di là dell'infinita varietà delle sue manifestazioni e nonostante i profondi contrasti d'interessi e di forze che l'esperienza giuridica continuamente presenta. La Filosofia del diritto, pertanto, indaga, al di là dei fenomeni mutevoli dell'esperienza, quello che Cesarini Sforza nomina come l'universale giuridico, radice dei «diritti individuali innati»⁸⁹.

Si palesa allora un primo ambito di riflessione, che riguarda i due versanti della realtà in cui è immessa l'esperienza giuridica; da un lato, infatti, è dato osservare il tratto *oggettivo* della realtà, il suo lato fenomenico (realismo), mentre, d'altra parte, lo spirito umano avverte la sua essenza creatrice, che alimenta la certezza di un momento *soggettivo* costitutivo della realtà (idealismo)⁹⁰.

⁸⁷ Cesarini Sforza, "Ex facto ius oritur," 152.

⁸⁸ Idem, "Il problema dell'autorità," 104n. Il riferimento è alla concezione del *nomos* sviluppata in Schmitt, *Il nomos della terra*, 22 ss.

⁸⁹ Cesarini Sforza, "Il problema dell'autorità," 111.

⁹⁰ Per la sua affinità con alcune posizioni speculative di Cesarini Sforza, è qui utile il rinvio a Binder, *Principi di filosofia del diritto*, 18-139 ("Realismo e idealismo"). In effetti Julius Binder, in quest'opera comparsa nel 1935, muovendo dall'insoddisfazione per le soluzioni offerte dal neokantismo tedesco – in particolare da Hermann Cohen – alle questioni proprie della filosofia del diritto, per quella via assorbita in una metodologia critica della scienza giuridica, giunge ad una concezione che intende «riportare lo spirito di Hegel nella filosofia del diritto», con ciò volendo «mettere in atto il principio che di filosofia del diritto non si può parlare, se il concetto del diritto non viene inserito nello svolgimento totale della realtà». Si veda sul punto Giolitti, "Avvertenza", XXV-XXX (da cui derivano le citazioni rispettivamente XXVII e XXIX). Nel delineare un raffronto tra le esperienze giusfilosofiche tedesca ed italiana negli anni tra le due Guerre, Antonio Giolitti osserva come la prospettiva sollecitata da Binder sia rimasta isolata in patria, mentre in Italia ebbe una tradizione robusta (anche, e non secondariamente, con l'opera di Cesarini Sforza). Tuttavia, Giolitti rileva un'ulteriore, più incisiva differenza: se il neohegelismo giuridico italiano ha

Questa constatazione impegna Cesarini Sforza in una riflessione diretta al superamento di una radicalizzazione di uno dei due aspetti, e proprio il diritto consente di formulare una definizione della realtà umana, caratterizzata dalla creatività dello spirito, che riconnetta i fenomeni giuridici – i dati normativi oggettivi – alla loro unità di senso, per ricondurli alla loro *genesis soggettiva ed intersoggettiva*, il diritto.

Per Cesarini Sforza il diritto, inteso come universale giuridico, in quanto universale non si esaurisce in nessun momento della sua attuazione concreta, ma anzi della realtà giuridica concreta e storica costituisce la 'fonte inesauribile'. Non si tratta allora, secondo Cesarini Sforza, di rintracciare un qualche *fondamento* oggettivo ed assiomatico del diritto⁹¹, ovvero di determinare la base cui ricollegare il diritto positivo per riconoscerlo come tale, come pure è insufficiente una prospettiva che definisca il diritto come 'pura forma'; occorre, piuttosto, interrogarsi sull'*origine spirituale* del diritto, sull'atto del pensiero giuridicizzante.

Al di là di una possibile definizione del diritto, ferma ai suoi connotati esteriori, al *come*, la domanda sul *perché* il diritto, sulla sua ragion d'essere, si colloca sul piano della riflessione filosofica; in particolare, poiché il momento iniziale della giuridicità consiste in un atto del pensiero, è allora possibile ripercorrerne l'originarietà creativa. Il pensiero, infatti, si riconosce nelle sue creazioni, non certo a partire dai dati passibili di analisi e di combinazione da parte della scienza giuridica (compresi i cosiddetti *concetti* giuridici, se intesi come mere astrazioni⁹²), bensì rinvenendo nella trama stessa dei fenomeni la qualità ideale del concreto svolgersi dell'universale giuridico, in cui si raggiunga una dimensione unitaria tra momento soggettivo-creativo (l'idea della giuridicità) e manifestazione oggettiva (il dato normativo incontrato nell'esperienza). Con le parole di Cesarini Sforza,

l'universale giuridico di cui si va in cerca dev'essere tale da non consentire che il mondo del diritto presenti un irrimediabile *hyatus*

originalmente ripreso ed interpretato «lo spirito della filosofia di Hegel» alla luce di «un nuovo clima e con nuovi problemi, l'opera di Binder ci appare complessivamente un puro e semplice ripensamento di temi hegeliani sul terreno del diritto e dello Stato, o addirittura una riesumazione» dell'idealismo assoluto, che però, e proprio per questo, mostra meritorio interesse per la *Filosofia del diritto* di Hegel, opera in gran parte tralasciata proprio dal «neo-hegelismo nostrano» (ibid., XXVIII-XXIX).

⁹¹ Cesarini Sforza, "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," 20.

⁹² Idem, "Il problema dell'autorità," 94.

fra oggettività e soggettività, ossia fra la giuridicità, da una parte, e una esperienza, dall'altra, che non riesca ad adeguarvisi⁹³.

A questo contesto pertiene anche la riflessione che Cesarini Sforza dedica ai concetti giuridici, intervenendo nel confronto tra Guido Calogero, Arturo Carlo Jemolo e Salvatore Pugliatti, intercorso nel decennio 1935-1945⁹⁴. Per Cesarini Sforza i concetti giuridici non sono da intendere principalmente come elaborazioni del pensiero scientifico, ovvero dati astratti derivanti dalla sistemazione degli enunciati normativi e degli ordinamenti; anche con riguardo ai concetti giuridici, infatti, per Cesarini Sforza occorre considerare che si tratta di 'concetti del pensiero'.

Riguardo al lato della loro validità scientifica, i concetti giuridici rivelano al giurista la consapevolezza che anche una simile validità è nel diritto connessa alla facoltà creatrice dello spirito, ripercorsa e creata dalla riflessione giusfilosofica. Con attenzione alla cosiddetta *polemica sui concetti giuridici* tra gli Autori sopra ricordati, Bruno Romano chiarisce che «la Filosofia del diritto discute il diritto dell'uomo nei concetti fondamentali del pensiero, che mettono in questione il senso, il perché e gli scopi dell'esistere-coesistere nelle istituzioni giuridiche»⁹⁵, questioni che per Romano, come per Cesarini Sforza, restano estranee ai concetti della scienza giuridica.

Una trasformazione radicale dei concetti giuridici, che, sin dagli anni che qui interessano, da concetti del pensiero tendono ad essere considerati concetti della scienza, oscura la differenza tra il diritto e le norme – di cui invece Cesarini Sforza serba una consapevolezza alta – ed avviano «una formazione del giurista che si modella sulla 'teoria del reale' e dunque si orienta, con accelerazione crescente, a rimuovere l'opera della filosofia, sino a produrre una *scienza giuridica senza giurista*»⁹⁶.

Al contrario, le riflessioni di Cesarini Sforza inducono a considerare come per il legislatore i concetti giuridici non possono essere esauriti nella trattazione scientifica, perché costitutivi del nucleo di senso delle manifestazioni normative, che attiene alla riflessione filosofica sul diritto.

⁹³ Idem, *Guida allo studio della filosofia del diritto*, 40.

⁹⁴ I documenti di quel confronto sono stati raccolti da Natalino Irti nel volume *La polemica sui concetti giuridici*. Ne ripercorre i termini De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, I parte. Cfr. anche Capozzi, *Temporalità e norma*, 149 ss.

⁹⁵ Romano, *Scienza giuridica senza giurista*, 255.

⁹⁶ Ibid., 74.

In questa direzione i concetti giuridici non consistono né in elementi assoluti ed astorici (come ieri nelle diversificate immagini offerte dal diritto naturale) né possono essere affidati all'arbitrio di una volontà contingente (come oggi nelle direzioni del cosiddetto nichilismo giuridico), bensì rilevano quali momenti ideali in cui si proietta la struttura del diritto, che è tale perché plasma la realtà attraverso i precetti, che si traducono in pretese ed obbligazioni, nella principalità della giustizia, non riducibile agli schemi astratti ed a-esistenziali dei concetti della scienza giuridica. *I concetti del pensiero, formativi del diritto, costituiscono gli elementi nel medio dei quali il legislatore reca al mondo la sua forma giuridica.*

La dimensione storica, in cui si svolge ed incide l'atto del legislatore, è dunque certo astraente-tipizzante, ma non può intendersi «come ciò che si vuole astrattamente, ma non si realizza attualmente»⁹⁷, ineffettuale, ferma al dato normativo⁹⁸; non resta nella disponibilità del legislatore, né viene a realizzarsi attraverso qualche automatismo, bensì importa una dialettica costante con il lavoro del giurista-interprete; come scrive Cesarini Sforza: «basta che l'interprete riadoperi un concetto quale plasmatore della realtà perché questa e il diritto tornino a saldarsi insieme»⁹⁹.

24.3. Cosa pensa il pensiero quando pensa il diritto?

Poiché, come si è visto, per Cesarini Sforza il diritto si svolge come un complesso di attività volontarie umane, radicate nell'attività creativa dello spirito, l'universale giuridico, ovvero il tratto che specifica questa particolare modalità dell'esperienza interindividuale, si presenta come un elemento qualitativamente spirituale, connotato dalla «inesauribile vocazione giuridica del pensiero»¹⁰⁰. Non si tratta quindi di ricercare i principi regolativi di dati ordinamenti positivi, bensì il principio costitutivo del diritto che presiede alla formazione di qualunque ordine giuridico; «un ordine giuridico è – afferma Cesarini Sforza – qualcosa che continuamente si riforma per l'inesauribile impulso spirituale a creare diritto»¹⁰¹, a istituire quindi un ordine concreto che sia espressione autentica dell'universale giuridico, manifesto nell'autorità.

⁹⁷ Gentile, *Filosofia del diritto*, 88.

⁹⁸ Piovani, *Momenti*, 50.

⁹⁹ Cesarini Sforza, «Concetti e precetti», 127.

¹⁰⁰ Idem, «Il problema dell'autorità», 93.

¹⁰¹ Idem, *Guida allo studio della filosofia del diritto*, 103.

Tuttavia, quell'inesauribile impulso spirituale a creare il diritto si rivela unicamente come volontà, propria dell'esperienza soggettiva, destinata ad incidere nella realtà in modo controfattuale, immettendo nella relazione, non solo il dato della certezza legale (momento oggettivo), bensì anche la traduzione concreta degli elementi formativi del suo stesso principio costitutivo, che, in una parola, Cesarini Sforza nomina come *giustizia* (momento soggettivo)¹⁰².

La questione della giustizia viene affrontata da Cesarini Sforza anche nel confronto con la filosofia di Henri Bergson¹⁰³. La prima considerazione, al riguardo, consiste nella non riconducibilità della giustizia ad elementi del piano utilitaristico, proprio del mondo economico degli scambi. In questa direzione, Cesarini Sforza, come già aveva fatto con Croce, legge criticamente l'opera di Bergson, per il suo non pieno riconoscimento della differenza qualitativa tra mondo umano ed ambiente animale. In questo oscuramento anche nelle società umane sussisterebbe l'attuazione armonica di un equilibrio relativamente stabile, capace di mantenerne il funzionamento, come accade nel regno animale dominato dagli istinti di conservazione¹⁰⁴.

Al contrario, per Cesarini Sforza la giustizia si connota per una gratuità – assimilabile a quanto sostiene ogni «creazione artistica»¹⁰⁵ – che

¹⁰² Si tratta allora di illuminare il rapporto tra il momento legale-oggettivo (certezza del diritto) e quello dell'esigenza soggettiva ed intersoggettiva di giustizia; al proposito è nota la posizione di Gustav Radbruch, secondo cui, nel caso di leggi ingiuste «la certezza del diritto positivo non ha più peso» e può farsi valere l'eccezione del rifiuto ad applicare simili leggi proprio a causa della loro ingiustizia: Radbruch, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, 123. Come osserva Pasini, "Il Pensiero giuridico di Radbruch," *ibid.*, 15-79 (15), la filosofia del diritto di Radbruch, di matrice neokantiana, «rientra nel vasto e complesso movimento, iniziatosi nella seconda metà del secolo XIX, di reazione sia al positivismo, quale realismo ingenuo e accettazione dommatica dei dati di fatto esterni alla nostra attività conoscitiva, sia al disconoscimento dell'originarietà della vita spirituale», movimento cui deve ascrivere anche il pensiero di Cesarini Sforza, sia pure dalla prospettiva neoidealista.

¹⁰³ Cesarini Sforza, "La giustizia secondo Bergson," 567-571; il riferimento è all'opera di Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*.

¹⁰⁴ A proposito della filosofia di Bergson sui temi del diritto, della giustizia e della 'vita sociale', è interessante notare l'affinità della lettura critica di Cesarini Sforza con l'interpretazione offerta da Romano, *Il diritto non è il fatto*, 107 ss. (in particolare 132-134).

¹⁰⁵ Cesarini Sforza, "La giustizia secondo Bergson," 568. Altrove Cesarini Sforza nega il carattere artistico alla creazione della norma e alla sua applicazione, ma solo nei limiti in cui tale carattere intende Carnelutti nel suo *Arte del diritto*, ovvero come mera attività rappresentativa: Cesarini Sforza, "Il diritto come arte," 99 ss. D'altronde, la gratuità disinteressata che segna il proprio dell'arte giuridica, capace di orientare l'attività umana mediante regole di giustizia è esplicitamente ricordata da Cesarini Sforza nell'articolo "Il progresso nella scienza del diritto," 122.

è tale perché attua, in modo mai definitivo, la «realizzazione della personalità umana»¹⁰⁶. In questa prospettiva, la giustizia mantiene un carattere non escludente, proprio dell'ideale – da realizzare volta per volta in creazioni giuridiche che si susseguono nel tempo – «di una repubblica universale, comprendente tutti gli uomini»¹⁰⁷.

Anche nella tradizione inaugurata dal mondo giuridico romano la giustizia non era mai intesa come un ordine concluso ed oggettivo, ma come espressione della soggettività, come virtù orientata dal principio dello *ius suum cuique tribuere*, uno *ius suum* di cui è titolare ognuno, proprio di un mondo giuridico «in cui non la soggettività scompare nell'oggettività, ma, al contrario, la soggettività è la radice dell'oggettività»¹⁰⁸, ne costituisce il senso. «Allora», scrive Giacomo Perticone con esplicito richiamo a Cesarini Sforza, «l'oggettività diventa più propriamente una posizione del soggetto ... Si tratta di creare una realtà oggettiva col mio volere soggettivo, una realtà oggettiva che è il contenuto della mia libertà»¹⁰⁹.

Dunque, «attraverso quale processo» – si chiede Cesarini Sforza – «il diritto, che nasce nella e dalla volontà soggettiva, assume validità oggettiva? Questo è il problema stesso della giustizia». In altri termini,

si tratta di spiegare come l'atto soggettivo di creazione del diritto dia vita a un ordine di giustizia, ossia generi da sé la realtà oggettiva di un ordine vincolante di quella stessa volontà. Se le norme e i precetti formano l'oggettività dell'ordinamento giuridico, se rappresentano il prodotto materializzato del processo di creazione giuridica, occorre allora indicarne la fonte, non attraverso il riferimento ad un fondamento (a sua volta situato nell'oggettività, sia pure di tipo logico), ma rivolgendosi alla stessa volontà creatrice¹¹⁰.

La questione così posta non è risolvibile con il mero richiamo alla volontà dello Stato e alla sua autorità, perché anche lo Stato è il prodotto di un volere spirituale che lo istituisce come ordinamento vincolante, come diritto positivo.

¹⁰⁶ Idem, "La giustizia secondo Bergson," 568.

¹⁰⁷ Ibid., 569.

¹⁰⁸ Idem, "Avventure del diritto soggettivo," 122.

¹⁰⁹ Perticone, *Lezioni di filosofia del diritto*, 167.

¹¹⁰ Cesarini Sforza, *Guida allo studio della filosofia del diritto*, 110.

Se nella prospettiva di Widar Cesarini Sforza il compito della Filosofia del diritto si pone anche come impegno a superare le posizioni proprie del positivismo, volgendosi alla ricerca del momento di universalità del diritto, tuttavia, occorre anche muovere da una ricerca fenomenologica, sviluppando una dialettica tra l'idea universale del diritto e il fenomeno giuridico, la datità concreta del diritto. In questo senso, per Cesarini Sforza il fenomeno giuridico non esiste al di fuori del suo ideale, inteso come concetto del pensiero non risolvibile in una categoria astratta. Il concetto, inteso come idea, non è tale in quanto qualcosa di già pensato, di già concepito, bensì è il pensiero stesso nella sua attualità, nel suo infinito divenire, nella sua inesauribile produttività. Pertanto, non convince una separazione tra idea del diritto e fenomeno giuridico, perché entrambi questi elementi convergono in una posizione del pensiero, dello spirito, ovvero nel porsi del pensiero come diritto.

Viene così a mostrarsi che il fenomeno giuridico non consiste unicamente, anche dal punto di vista fenomenologico, nella sua datità materiale, ma rinvia alla dimensione spirituale, consiste in una creazione, caratterizzata dall'inesauribilità. Cesarini Sforza propone allora una definizione di Filosofia del diritto intesa come presa di coscienza di un tale porsi del pensiero come diritto, del diritto in quanto pensiero, non costretto nella datità fenomenica, nella finitudine dell'oggetto, ma quale nucleo di senso che alimenta una continua opera creativa ed ermeneutica, di ricerca di corrispondenza tra idea e fenomeno storico, tra legalità e giustizia. In questo senso, afferma Cesarini Sforza, la continua, inesauribile attività creatrice dello spirito, di per sé infinita, deve trovare volta per volta la forma che del diritto 'sopravvive' nel mondo fenomenico.

Per Cesarini Sforza, quindi, non è proponibile una scienza del diritto, ovvero una sua conoscenza oggettiva che possa esaurirne l'essenza, perché il fenomeno, anzi la molteplicità dei fenomeni giuridici, insistono sull'attività creatrice dello spirito. Certo, il tratto dell'infinitezza, propria dell'idealità giuridica, non è un che di raggiungibile, ma rimanda alla creazione continua del diritto, una aspirazione eterna dello spirito affinché la realtà del dato giuridico corrisponda, in una approssimazione infinita, all'idea del diritto.

Occorre allora chiedersi in cosa consista l'idea del diritto, quale sia il contenuto specifico di un'attività di pensiero che, pensando, pone il diritto. In altri termini, che cosa pensa il pensiero, cosa propriamente crea

e pone nella storia, quando pensa il diritto? Si mostra evidente un'opera di differenziazione rispetto ad altre attività dello spirito, principalmente rispetto al momento economico, a cui, al contrario, come già discusso, Croce riduce il diritto¹¹¹.

Oltre l'ipotesi 'vanificatrice' di Croce, per Cesarini Sforza occorre individuare il tratto specifico dell'idea del diritto, nella persuasione che questo costituisca un momento nell'universale attività dello spirito, in particolare una forma di attività per cui si creano e si attuano norme giuridiche. In primo luogo, le norme sono generali ed astratte, perché hanno per contenuto non un'azione nella sua individualità concreta, ma un'azione considerata come 'tipo', quindi non hanno un contenuto pratico, bensì logico.

Se è vero che il contenuto logico, astratto, delle norme, può essere conosciuto, anzi è logico proprio perché è conoscibile, va osservato come nessuna attività conoscitiva, scientifica, coglie l'originaria creatività dello spirito che pensa il diritto.

A questo punto è utile richiamare ancora la filosofia di Gentile, secondo cui il diritto consiste in una obiettivazione della volontà, un che di 'già voluto', attinente al passato della volontà, non più in 'atto'¹¹² essendo proprio e soltanto «questo voluto, come volere già voluto» a costituire l'ambito del «diritto in senso stretto», perché solo la morale «è volontà che si realizza»¹¹³.

In una simile restrizione del diritto si mostra forse la distanza più acuta dell'attualismo con l'idealismo giuridico di Cesarini Sforza, secondo cui il tratto obiettivabile del diritto, 'il già voluto' che coincide con le espressioni della legalità, non esaurisce l'attività giuridica dello spirito. In una battuta può dirsi che lo spirito della legge non è la legge dello spirito, ovvero la creatività dello spirito, che si esplica nel mondo giuridico anche certo attraverso le forme della legge, non è preceduta a sua volta da una legge, come un che di già dato, capace di formalizzarne l'attività.

Riprendendo alcune riflessioni di Schiller sulla 'educazione estetica dell'uomo', può dirsi che, per quanto riguarda la sua attività giuridica, creatrice di norme, lo spirito osserva una *legalità senza legge*, propria

¹¹¹ Idem, "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," 34 ss.

¹¹² Ibid., 36 ss.

¹¹³ Gentile, *Filosofia del diritto*, 90.

della creazione estetica¹¹⁴, ovvero, come dice lo stesso Cesarini Sforza, nel suo momento iniziale il processo di creazione giuridica non è preceduto da una norma su cui modellarsi, da assumere come 'dato' da potersi avvicinare scientificamente¹¹⁵. Per le stesse ragioni, ma in una prospettiva ulteriore, per Cesarini Sforza l'attuazione del diritto non resta assorbita dalla posizione della norma, se non vuole obliterarsi del diritto il suo momento centrale, quello della giurisprudenza, intesa come attività ermeneutica del giudicare in termini giuridici.

Si verifica qui una non coincidenza tra posizione ed attuazione della norma che apre alla questione, afferma Cesarini Sforza, intorno all'interpretazione delle leggi, al rapporto fra legge e sentenza e fra legge ed atto giuridico. Per la sua attuazione non è allora sufficiente che lo spirito abbia pensato e voluto il diritto, ponendo le norme, ma deve continuare a pensarlo e a volerlo, attraverso le sentenze che risolvono i singoli casi concreti e attraverso ogni possibile atto giuridico: in questo senso, per Cesarini Sforza, lo spirito soffia sempre come spirito individuale.

La legge, nella sua generalità ed astrattezza si riferisce a posizioni dello spirito individuale, alle singole condotte, ma, per così dire, non le riguarda da vicino. Questo significa che l'attuazione del diritto non consiste in una automatica applicazione della legge, tanto da potersi sostenere che la decisione concreta dell'interprete «debba, qualche volta, essere trovata al di fuori della legge»¹¹⁶, intesa come dato normativo esaustivo del diritto.

Certo, l'individuo, inteso come spirito soggettivo, pone in essere le proprie condotte, prende consapevolezza che queste sue condotte rientrano in una possibile definizione astratta, in un *tipo*, quello stabilito dalla norma; possono cioè acquistare rilevanza giuridica e questo perché l'individuo non può intendersi nella sua absolutezza, nessuno spirito individuale è assoluto.

¹¹⁴ L'espressione è in Heidegger, *Introduzione all'estetica*, 79; sul punto Romano, *Giudizio giuridico e giudizio estetico*, 55.

¹¹⁵ In tal senso, in questi passaggi deve apprezzarsi l'infungibilità del pensiero giusfilosofico, perché, se la scienza giuridica avvicina l'esperienza giuridica «sotto forma di norme e di rapporti obbiettivi», per la Filosofia del diritto «l'esperienza giuridica è realtà che il pensiero come volontà non trova, ma crea», Cesarini Sforza, "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," 70.

¹¹⁶ Idem, "Ex facto ius oritur," 159.

La rilevanza giuridica delle condotte individuali riscontra l'essenzialità del momento sociale dell'esistenza soggettiva, all'esterno della quale il diritto resta *impensabile*. Si mostra così un tratto che appartiene all'idea del diritto, al diritto in quanto idea, non in una prospettiva metastorica, bensì con attenzione specifica alla dimensione antropologica che sostiene ogni realtà ideale, al fine di «chiarire perché e come l'uomo pensa giuridicamente ossia trae dal proprio pensiero quel particolare criterio di valutazione delle azioni che è il criterio giuridico»¹¹⁷.

In tal senso, la Filosofia del diritto è chiamata a riflettere sulle *condizioni di pensabilità del diritto*, che mai si compie come una verità giuridica assoluta, né può limitarsi, come nel caso della scienza giuridica, a dedurre concetti generali dai sistemi di diritto positivo. Per Cesarini Sforza è questo il contributo che l'idealismo può fornire alla Filosofia del diritto, che quindi riguarda gli atti spirituali nella loro universalità e concretezza.

24.4. Il problema dell'autorità e il 'diritto dei privati'

Finora si è soltanto rinviata la questione del contenuto dell'idea del diritto. Esemplicando, esiste o no una differenza qualitativa tra le norme giuridiche, poste dallo spirito nella loro generalità ed astrattezza e le norme che regolano le associazioni criminali? Quel che qui si consuma è un allontanamento di Cesarini Sforza tanto dalle posizioni degli istituzionalisti¹¹⁸ che da quelle del formalismo giuridico di matrice neokantiana e kelseniana. Se nel considerare il diritto quello che rileva è unicamente l'aver a che fare con norme poste, per il lavoro del giurista sarebbe sufficiente una loro conoscenza pratica, attuandole alla lettera, come risultati non problematici di una 'scelta arbitraria' del legislatore.

In questo senso, per giudicare del contenuto del diritto, per qualificare una norma come giuridica, sarebbero sufficienti strumenti concettuali propri di una Filosofia del diritto ridotta a 'gnoseologia della scienza giuridica'. Tuttavia, per questa strada si perde il tratto ulteriore

¹¹⁷ Idem, "Il problema dell'autorità," 93.

¹¹⁸ Idem, "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica," 21-22. Questo nulla toglie all'ammirazione per autori come Maurice Hauriou, di cui Cesarini Sforza curerà l'edizione italiana dell'opera *Teoria dell'istituzione e della fondazione*. Comunque, sulle influenze dell'istituzionalismo sul 'diritto dei privati' Marini, *Widar Cesarini Sforza*, 24 ss.

che qualifica la norma come giuridica, residuando un'attenzione unicamente verso le cosiddette *fonti* del diritto; si avrebbe un disinteresse per la *genesis* del diritto, capace di fornire il criterio di selezione per l'attività giuridica e donde sorge l'idea del diritto come tale. Al proposito, questa è la conclusione di Cesarini Sforza rispetto alla gnoseologia della scienza giuridica, l'esito è quello di concepire il diritto come una forma pura, in cui può confluire qualunque contenuto, come nella *Allgemeine Rechtslehre* di Kelsen.

L'insufficienza teoretica di una tale soluzione, che fa coincidere il diritto con la funzione normativa dello spirito, porta Cesarini Sforza a ripercorrere la via che conduce al 'principio del diritto', alla sua genesi, che viene qui evocata come idea di giustizia. Si acquista consapevolezza che tra posizione ed attuazione del diritto, da parte dello spirito, in modalità originarie, si situa un momento irriducibile per ogni donna e per ogni uomo, un'idea metastorica, che rinvia ancora all'inesauribilità della creatività spirituale, ma che urge nella storia per la sua realizzazione, necessariamente finita, limitata.

Si illumina il momento dell'interpretazione giuridica che nell'idea di giustizia trova il 'principio del diritto', ovvero la ricerca di una qualità relazionale che seleziona ed attua i contenuti normativi della volontà definendoli come autenticamente giuridici, fornendo quello che Cesarini Sforza nomina come il 'criterio permanente del giudizio'.

A questo punto è indispensabile riprendere le riflessioni che Cesarini Sforza conduce a proposito del diritto dei privati. Attraverso l'espressione 'diritto dei privati', Cesarini Sforza vuole connotare il nucleo di una dimensione giuridica intersoggettiva, propria di un diritto *creato e istituito* dalle donne e dagli uomini nelle loro relazioni interpersonali; non si tratta di un diritto destinato a residuare quale ambito 'privato', particolare, bensì a definire giuridicamente tipologie di rapporti «di interesse collettivo, in mancanza, o nell'insufficienza, della legge statale»¹¹⁹.

Quindi un diritto, quello dei privati, non individualistico, scisso dal riferimento al bene comune, né posto al di là della legge, ma che mostra come il dato normativo statale non sia esauriente rispetto all'esigenza di regolamentazione giuridica che sorge nella realtà dei rapporti interpersonali.

¹¹⁹ Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, 3.

Pertanto, attraverso l'osservazione di una dimensione giuridica non immediatamente statuale, la critica di Cesarini Sforza riguarda in primo luogo l'equazione tra diritto e Stato, fatta propria da generazioni di giuristi sin dal sorgere dello Stato moderno come potere giuridico assolutamente sovrano¹²⁰. Esiste quindi un diritto che non è espressione della volontà dello Stato, né di alcuno dei suoi organi, un diritto che non emana dallo Stato; si tratta allora di impegnarsi in una ricerca relativa alla sua genesi, attraverso una riflessione che coinvolge i modi delle sue manifestazioni, i fenomeni in cui si rende nota la realtà giuridica.

Se è vero che la realtà giuridica non può designare unicamente un ambito materiale oggettivamente osservabile, occorre allora dedicare attenzione alla dimensione spirituale, che, nella direzione di Cesarini Sforza, esibisce il dualismo tra subbiiettivo ed obbiettivo. In questo senso, scrive, «il dualismo tra obbiettività e subbiettività, ineliminabile ... dai processi della vita spirituale, riappare nella relazione tra il pensiero e il dato giuridico»¹²¹.

Privilegiando unicamente il lato dell'obbiettività del diritto si afferma la concezione che vede nello Stato il solo soggetto della giuridicità, come manifestazione di una volontà che si impone ad altre volontà, in quanto norma, imperativo. In questa prospettiva, il principio inteso come vigente è riferibile ad un potere che implica sempre una «supremazia o priorità di fatto»¹²², perché in grado di affermarsi nella contrapposizione a forze avversarie, capace quindi di instaurare la 'priorità logica' propria del dato normativo.

In tale direzione, ogni possibile questione relativa ad un valore giuridico originario si riduce in una simile obbiettività del dato giuridico, che acquista la forma e la forza della norma statale, avviando la costruzione concettuale di una gerarchia normativa, che vede la sua base nella *Grundnorm* «che fa necessariamente capo al potere più forte»¹²³.

Si assiste, per questa via, ad una coincidenza tra giuridicità e legalità, che riposa sulla contingenza fattuale di un volere sovrano, definendo un contesto in cui il giurista incontra unicamente «concetti

¹²⁰ Sul punto Grossi, *Ritorno al diritto*, 4-7.

¹²¹ Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, 6.

¹²² *Ibid.*, 7.

¹²³ *Ibid.*, 13.

di norme, che scaturiscono da norme e sboccano in norme»¹²⁴, senza contatto con la complessa realtà della concreta esistenza sociale e della sua costante esigenza di giustizia.

Il risultato di una simile concettualizzazione del normativo registra una cristallizzazione dogmatica, che tradisce il senso storico in cui è chiamato ad operare lo stesso giurista; in effetti, «mentre le norme hanno una realtà storica ... i dogmi fingono una vita metastorica e perdurano come idee assolute, anche quando le norme hanno perduto la loro primitiva funzione»¹²⁵.

Al proposito, vale la pena di notare come la prospettiva di Cesarini Sforza operi una cesura rispetto ai canoni classici dell'idealismo, delineando una propria direzione che considera l'esperienza giuridica alla luce di una realtà che non si lascia trascurare, né risolve, d'altro canto, l'interezza del fenomeno giuridico. Vengono così posti gli elementi essenziali per un superamento, certo del positivismo giuridico e del normativismo, ma anche di un idealismo astratto ed assoluto, verso quel che per Cesarini Sforza assume i tratti di un «nuovo realismo idealistico»¹²⁶. Vengono così anche a precisarsi i termini di una posizione originale nella Filosofia del diritto italiana, quella secondo cui l'ideale, anche l'ideale del diritto, «ha tante facce quante son quelle della realtà, e ciascuna di esse è relativa a ciascun momento di questa, relativa cioè a situazioni storiche continuamente diverse»¹²⁷.

Al contrario, in un 'eterno presente' di là dalla storia¹²⁸, il processo di obbiettivazione del diritto, come imperativo statutale, in cui esemplarmente Gentile lascia assorbire il diritto, comporta una prospettiva di definitività dell'opera legislativa statutale¹²⁹, sottraendosi alle esigenze

¹²⁴ Ibid., 8.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, VIII.

¹²⁷ Cesarini Sforza, "Filosofia del diritto e filosofia della storia," 77.

¹²⁸ Idem, "Intorno alla storia e alla storiografia," 42 ss.

¹²⁹ Vale la pena, al proposito, ripercorrere specificamente queste argomentazioni: «La concezione della volontà dello Stato come unica fonte del diritto non è che lo svolgimento di un'idea nella quale si riassume il criterio obbiettivistico, cioè dell'idea che il diritto, di per se stesso, altro non sia che manifestazione di una volontà che s'impone ad altre volontà. Perciò, secondo codesto criterio, la realtà giuridica è realtà di 'norme' o di 'regole imperative'. In questa direzione, posta l'esistenza «in una società, di un complesso di norme, non si può non risalire a un principio supremo di scelta, che è tale in quanto emana dal potere sociale più alto e perciò prevalente ... Si forma così un sistema di norme, la cui norma suprema, o primo principio, coincide col criterio adoperato per sceglierlo fra tutti gli altri sistemi possibili ...

sempre nuove e diverse della realtà sociale che invocano regolamentazione, quindi una scissione, afferma Cesarini Sforza, tra diritto-norma e diritto-vita, intesa non come mero fatto biologico, bensì come vivacità non comprimibile dell'esperienza coesistenziale, che rende possibile al diritto la sua storia, non come «registrazione di semplici mutamenti normativi, ma come comprensione del sempre diverso strutturarsi dell'esperienza giuridica»¹³⁰.

Nella concezione obbiettivistica resta intatto un concetto normativo che non prevede se non esecutori, un momento volitivo – quello statutale – privo di corrispettivi obblighi. Si scioglie – come è proprio, osserva Cesarini Sforza, della direzione kelseniana – il momento costitutivo dell'intersoggettività, genesi del fenomeno giuridico, in favore di un ordinamento di norme sorretto da una interna logica non ulteriormente questionabile¹³¹.

Tuttavia, quel che Cesarini Sforza nomina come il lato subbiettivo del diritto, ovvero la centralità del riferimento alla volontà individuale nella costituzione di rapporti – non con le norme o con l'ordinamento statutale ma – con altre persone in carne ed ossa, invoca una 'giuridicità sostanziale' per il rapporto medesimo che solo così viene a formarsi garantendo 'a ciascuno il suo'. Non sussiste, in effetti, la possibilità di un autentico rapporto giuridico se non nella compresenza di due soggetti interdipendenti, inizio e significato per i rispettivi diritti ed obblighi: «Così concepito, il rapporto giuridico è veramente la cellula primitiva ed il nucleo irriducibile della realtà sociale»¹³², che non può essere fatta risalire a spiegazioni logico-scientifiche, ma può aprirsi alla ricerca filosofica.

La prima osservazione al proposito è che né l'etica né l'economia – con il rispettivo, ma univoco riferimento all'altro come scopo cui l'io si sacrifica oppure come suo mezzo di realizzazione – possono rendere conto della reciprocità implicita ai rapporti sociali, che, attraverso l'esigenza di giuridicità, configurano gli ambiti del diritto e dell'obbligo.

In altri termini, questa supremazia o priorità di fatto (pratica, politica) degli imperativi statuali si trasforma irresistibilmente in priorità logica, ossia il concetto *di un dato potere* normativo si converte nel concetto *del potere* normativo» con la conseguenza che «'giuridicità' equivale a 'conformità' a un sistema normativo, che dall'essere uno dei possibili diventa l'unico possibile», Idem, *Il diritto dei privati*, 7.

¹³⁰ Costa, "Widar Cesarini Sforza," 1047.

¹³¹ Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, 11.

¹³² Ibid., 11-12.

«Sono esclusivamente i rapporti giuridici, (nei quali l'*ego* e l'*alter* si trovano in una situazione di equilibrio e di equivalenza) che costituiscono la trama sociale, sulla quale si stende poi la complicatissima orditura dei rapporti etici, politici, economici»¹³³, etc. Questa reciprocità propria del rapporto giuridico costituisce anche il senso dell'ordinamento, non riducibile ad un insieme di norme, ma qualificato dal suo sociale costituirsi, appunto, come giuridico.

La prospettiva subbiettiva, valorizzata in tal modo da Cesarini Sforza, non deve però far pensare ad uno spontaneismo immanente al rapporto giuridico, che, al contrario, mostra l'esigenza di una forma regolata dal dato normativo. Non si tratta di subire dall'esterno la regola giuridica, in modalità eteronome, bensì di rinvenirne il nucleo nella dinamica stessa del rapporto, che si mantiene nella reciprocità dell'io e dell'altro, nel rispetto del principio di uguaglianza e dell'interdipendenza mediate dal diritto.

Lo Stato medesimo, in questo senso, non viene negato nel suo ruolo legislativo e, soprattutto, attuativo del diritto, ma messo al riparo da una concezione assolutistica della sua sovranità ed inteso come espressione storicamente la più ampia del rapportarsi giuridico intersoggettivo¹³⁴. In ogni caso, infatti, il momento della creazione giuridica risiede nelle esigenze del rapporto intersoggettivo e non attiene all'esclusiva competenza di un potere più forte, come fattualmente può essere quello di una delle parti che lo costituiscono, perché il processo della creazione giuridica è tale da mai potersi trasformare nell'imposizione eteronoma di una volontà rispetto all'altra.

Si tratta dunque di concepire il diritto come una creazione intersoggettiva, esistito in un ordinamento che non può avere qualunque contenuto, in primo luogo il contenuto contingente di una volontà sovrana cui non competano obblighi, ma contenuti selezionati a partire dalla genesi e dal senso della medesima relazione intersoggettiva, formata dall'io e dall'altro nel *medium* del diritto; in altri termini, non interessa più, in questa prospettiva, stabilire «di quale ordinamento si tratta ... ma se si tratta di un ordinamento»¹³⁵ giuridico. Si profila così un orientamento in cui la selezione dei contenuti normativi risulta convergente con la struttura stessa del rapporto intersoggettivo, che quei contenuti sono,

¹³³ Ibid., 12.

¹³⁴ Idem, "Volontà privata ed autonomia," 126.

¹³⁵ Idem, *Il diritto dei privati*, 13.

in primo luogo, chiamati a custodire. In tal senso, «che la norma sia o non sia giuridica già risulta ... nella fase della sua *creazione*»¹³⁶ e trova riscontro nella sua attuazione.

Quel che resta centrale in Cesarini Sforza è il momento attuativo del diritto, che, se non coincide con le direzioni volitive di quanti si trovano a costituire il rapporto giuridico, richiede il momento della coattività e, prima ancora, del giudizio giuridico che ne giustifichi, motivandolo, un intervento altrimenti arbitrario. Si avverte, d'altro canto, l'insufficienza di una concezione che vede il diritto come continuativa attuazione spontanea dell'equilibrio relazionale tra io ed altro; se così fosse non sorgerebbe tra le donne e gli uomini l'esigenza del diritto, che sempre, almeno implicitamente – quindi strutturalmente – indica la strada della sua realizzazione, anche e soprattutto nel presentarsi del conflitto¹³⁷.

Per una tale realizzazione resta essenziale la mediazione di un giudizio che non può essere reso dall'una o dall'altra parte del rapporto, bensì proveniente da una dimensione terza, non esplicitamente nominata da Cesarini Sforza, ma tratteggiata coll'indicare una sostanza spirituale sottoposta al diritto – ma non allo Stato e all'esclusività della 'sua' legge – capace di attuarne l'unitarietà dei principi nella molteplicità dei casi concreti, attraverso l'applicazione delle norme, non passiva, bensì propria di una coscienza creatrice¹³⁸.

In questi passaggi, e principalmente nel riferimento alla centralità del giudizio giuridico, si rintraccia la dialettica tra concezione obbiettivistica e subbiettivistica operata da Cesarini Sforza, laddove le volontà dei soggetti non si oppongono al dato normativo obbiettivo, ma lo vivificano anche nella possibilità di un conflitto che chiede di essere superato grazie all'opera della giurisdizione, capace di svelare l'unità profonda del diritto, oltre le particolarità degli interessi perseguite dai singoli, un'«unità interiore corrispondente al processo spirituale, che dà alle fonti materiali di diritto la possibilità di funzionare».

¹³⁶ Ibid., 16n.

¹³⁷ Questi aspetti sono approfonditi da Cesarini Sforza nell'articolo "Norma e sanzione," 60-67.

¹³⁸ In tal senso, si profila una modalità dell'ermeneutica giuridica distante sia «dalla riduzione del giurista-interprete a mera esplicazione 'logica' delle soluzioni già implicite in un 'corpus juris' preconstituito, quanto dalla sua identificazione con una 'creatività' irrazionalistica e arbitraria ... prescindendo dall'ineliminabile significato 'tipologico' di qualsiasi valutazione 'sub specie juris'», De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, X.

Se il giurista, e in particolare il giudice, «dopo aver materialmente accolto i dati dell'esperienza giuridica ... perverrà a ricrearli nel proprio spirito, a riviverli nel processo della loro creazione spirituale, conquisterà veramente il senso della *creazione giuridica* e della profonda armonia che ne regge i prodotti»¹³⁹.

A questo punto della sua riflessione viene in chiaro il riferimento di Cesarini Sforza al mondo dei fenomeni giuridici, depotenziati da Gentile nella loro assimilazione alla mera fattualità¹⁴⁰. Il fenomeno giuridico, invece, con la sua capacità espressiva mostra di non consistere nella forma esteriore della norma obbiettiva, ovvero nell'obbligo che unidirezionalmente da essa deriva, e non ancora nel lato subbiettivo in cui il singolo interpreta il suo avere un diritto. Fenomeno giuridico è la manifestazione costitutiva di un mondo sociale in cui la norma delimita il rapporto, giuridico a sua volta perché genesi reciproca di obblighi e diritti. In ogni fenomeno giuridico così conformato respira lo spirito di una autorità che non è tale perché coincidente con la forza del più forte, ma che è più forte perché incarna, come volontà, la ragione stessa del diritto, un mezzo per la sua rivelazione.

L'autorità, quale fenomeno giuridico come sopra definito, non coincide con lo Stato, ma si serve della sua forza ed è capace di legittimarla, non di *fatto*, ma di *diritto*, come il suo 'ambiente sociale sovrano', ovvero *super partes*. Per Cesarini Sforza è questa autorità che sostiene il nucleo delle consuetudini e, ancor più, di quanto rientra nella sua definizione di 'diritto dei privati', che affiora e «si concreta in una serie di ordinamenti la cui giuridicità non deriva dalla loro posizione entro la gerarchia del diritto statale»¹⁴¹.

L'armonia della relazione giuridica – *tra l'io e l'altro* – non può quindi mai fare a meno del riferimento alla norma, che però, pur nella sua obbiettività, non può ricondursi esclusivamente alla volontà statale.

¹³⁹ Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, 19-20.

¹⁴⁰ Gentile, *Filosofia del diritto*, 34 ss. Lo stesso Gentile, tuttavia, afferma che alla «filosofia del diritto spetta di ricercare a quale momento della vita dello spirito si debba il fenomeno giuridico» (ibid., 46), tanto da poter affermare che il «diritto in verità appartiene a quelle forme ... della realtà [del pensiero], dove più facilmente si vede la spiritualità dell'essere» (ibid., 53). Nonostante queste premesse, secondo Gentile il diritto non può essere individuato nella sua specificità, ma solo 'dedotto' dalla sfera morale e quindi ad essa riducibile, perché morale è sinonimo di spirituale, dunque relativo alla libera volontà. La realtà morale, per Gentile, è il valore immanente ad ogni momento della vita dello spirito, anche giuridico ed estetico, mostrando così la sua universale validità attiva in ogni ordine del dovere individuale (cfr. ibid., 54 ss).

¹⁴¹ Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, 26.

Il fenomeno giuridico che si costituisce come ordine trova nella norma una sua definita regolamentazione che, però, si attua solo nel confronto tra le volontà delle parti del rapporto – i 'privati' – senza poter prevedere la supremazia dell'una sull'altra.

L'unitarietà degli elementi – subbiettivi ed obbiettivi – del fenomeno giuridico conferiscono all'ordinamento così sorto, costituito dall'interdipendenza di diritti e di obblighi reciproci tra le parti, un valore *super partes*, la struttura di un *medium* in cui le parti possono incontrarsi e confrontarsi in merito alla giustizia dei loro intendimenti volitivi. Risulta questa definizione: «il diritto dei privati è quindi definibile come il complesso delle norme che autorità non statuali emanano per regolare determinate relazioni giuridiche tra le persone ad esse sottoposte»¹⁴².

Anche nel mondo dei 'privati', quindi estraneo all'incidenza del potere dello Stato ma non a quella 'costitutiva' del diritto (un mondo forse concepibile anche intendendo come 'privati' gli stessi soggetti statali nei loro reciproci rapporti, nella possibilità di un riconoscimento dell'incidenza del diritto anche in ambito internazionale, nel delineare una autorità sovrastatale) il risultato della decisione giuridica non attiene ai singoli, né pertiene ad un potere che li sovrasti, ma ad una autorità che li aduna e misura la qualità giuridica dei rispettivi scopi, che valuta gli obblighi e definisce i diritti e li attua¹⁴³.

L'intento di Cesarini Sforza non è certo quello di disconoscere la legittimità dell'intervento dello Stato in ogni aspetto della cosiddetta vita sociale; si tratta, piuttosto, di conseguire un duplice risultato teorico: da una parte quello di non far coincidere il diritto con le norme emanate dal legislatore statale, e dunque, con la sua forza; dall'altra di pervenire al riconoscimento dell'esistenza e della vitalità di realtà sociali non interessate dall'attività normativa dello Stato, ma che esigono comunque una regolamentazione giuridica, espressione di quella armonia – non prestabilita e mai definitiva – chiamata a reggere i rapporti intersubbiettivi.

In effetti, per Cesarini Sforza la 'società umana' – anche e forse soprattutto quella *in interiore homine*, intesa da Gentile in modalità trascendentali¹⁴⁴ – è una astrazione che vive solo nella realtà inesauribile

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid., 14.

¹⁴⁴ *Genesi e struttura*, cap. XIII; Pesce, *L'interiorità intersoggettiva dell'attualismo*, 151 ss.

degli scopi posti dalle donne e dagli uomini, che nessun complesso normativo 'dall'alto' potrebbe mai regolamentare senza soffocarne lo spirito innovatore. Una realtà che però, nella coscienza soggettiva, invoca una struttura giuridica che viene a crearsi come autorità da rispettare.

Il diritto non si afferma che conferendo forma ai rapporti che la coscienza giuridica chiama a regolare, certo attraverso lo Stato – inteso come organizzazione giuridico-politica della società e non come «sostanza etica»¹⁴⁵ – ma anche attraverso fonti differenziate, quelle proprie del diritto dei privati, da concepire dunque come «una formazione giuridica non sottoposta, ma *parallela* al diritto dello Stato»¹⁴⁶.

Gli scopi che le organizzazioni intersoggettive possono rappresentarsi come meritevoli di tutela giuridica qualificano una declinazione del bene comune non opposta, ma neanche coincidente con la sua possibile definizione da parte degli organi statuali. Si tratta di organizzazioni che devono avvicinarsi a quelle che Schleiermacher nomina come proprie della *libera socievolezza*¹⁴⁷, a loro volta costitutive di un ordine giuridico autonomo, benché coordinato con le esigenze del diritto dello Stato.

Il diritto dei privati trova allora la sua genesi nella libera scelta partecipativa ad una condivisa direzione di senso e di scopo, propria di un'organizzazione ideale prima che reale, ma che solo nell'efficacia dei suoi principi giuridici, trasfusi nella realtà storica delle relazioni intersoggettive, riesce a conferire validità agli ordinamenti che vengono così a formarsi. In queste organizzazioni, attraverso la creazione del diritto dei privati, deve scorgersi all'opera quello 'spirito legislatore' evocato da Schiller a proposito del gioco¹⁴⁸.

È importante notare, per così dire, l'atteggiamento che lo Stato osserva nei confronti di un diritto non di sua emanazione. In effetti, per Cesarini Sforza lo Stato può assorbire le norme scaturite dalle organizzazioni rette dal diritto dei privati, ovvero rinviare esplicitamente ad esse.

¹⁴⁵ Gentile, *Filosofia del diritto*, 108 ss.

¹⁴⁶ Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, 27.

¹⁴⁷ Schleiermacher, "Etica (1812/13)," 405 ss.

¹⁴⁸ Sul punto Romano, *Giudizio giuridico e giudizio estetico*, 42-43. Il confronto con il fenomeno ludico, in effetti, resta centrale anche nella ricerca giusfilosofica di Cesarini Sforza sul diritto dei privati. Sull'influenza di Schleiermacher su questo aspetto della Filosofia del diritto di Cesarini Sforza si sofferma Roberto Righi nel suo contributo a questi *Atti*.

In tali casi, tuttavia, le norme indicate vengono a far parte dell'ordine giuridico statale e le organizzazioni, che pure ne costituivano il momento iniziale, smarriscono la loro qualità autorale, rendendo concreti i motivi della ribellione alla regola¹⁴⁹.

Laddove una volontà si impone sulle altre si profila, parafrasando Cesarini Sforza, una 'Città senza diritti', perché in tale evenienza le donne e gli uomini non possono intendersi quali liberi titolari di una volontà propria, bensì meri esecutori del potere vigente¹⁵⁰.

Un simile ordine cessa di incarnare l'autorità da rispettare e delegua il *plus* di senso del diritto soggettivo, che, come spirito individuale, cerca nell'altro il suo riconoscimento per non conchiudersi in una spenta autonomia, per inverarsi nell'universalità del diritto sovra-individuale, intersoggettivo, di volta in volta da presentarsi nel tempo dei fenomeni giuridici obbiettivi, in cui il lampo di quell'universalità si mostra¹⁵¹.

Riferimenti bibliografici

- AVITABILE, LUISA. *Cammini di Filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2012.
- BARATTA, ALESSANDRO. "Tra idealismo e realismo. A proposito della filosofia del diritto di Widar Cesarini Sforza." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XLII, 3, (1965).
- BERGSON, HENRI. *Les deux sources de la morale et de la religion*. Paris: Alcan, 1932.
- BINDER, JULIUS. *Principi di filosofia del diritto*, a cura di Luisa Avitabile. Torino: Giappichelli, 2012.
- CALOGERO, GUIDO, WIDAR CESARINI SFORZA, ARTURO CARLO JEMOLO e SALVATORE PUGLIATTI. *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di Natalino Irti. Milano: Giuffrè, 2004.
- CALOGERO, GUIDO. "Croce e la scienza giuridica." *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 89 (1953).
- CAPOZZI, GINO. *Temporalità e norma*. Napoli: Jovene, 2000.
- CAMMARATA, ANGELO ERMANNO. "Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, II, fasc. 2 (1922).
- CARNELUTTI, FRANCESCO. *Arte del diritto*. Padova: Cedam, 1934.
- CESARINI SFORZA, WIDAR. *Il concetto di diritto e la giurisprudenza integrale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1913.

¹⁴⁹ Scarpelli, "La «Filosofia del diritto» di Widar Cesarini Sforza," 365.

¹⁵⁰ Cesarini Sforza, "Avventure del diritto soggettivo," 120-121.

¹⁵¹ *Ibid.*, 124 ss.

- . “Norma e sanzione.” *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, I, fasc. 1 (1921).
 - . *Il diritto dei privati*, Milano: Giuffrè, 1963. Edizione originale Roma: Sampaolesi, 1929.
 - . “Volontà privata ed autonomia.” *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, X, fasc. 1 (1930).
 - . “La giustizia secondo Bergson.” *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XIII, fasc. 4-5 (1933).
 - . “Concetti e precetti.” In *La polemica sui concetti giuridici*. (Edizione originale in *Bollettino dell’Istituto di Filosofia del diritto della Regia Università di Roma*, II (1941).
 - . *Guida allo studio della filosofia del diritto*. 5 ed. Roma: Edizioni “Ricerche”, s.d. [ma 1956].
 - . *Idee e problemi di filosofia giuridica*. Milano: Giuffrè, 1956 [da cui si citano i saggi: “Oggettività e astrattezza nell’esperienza giuridica.” Edizione originale in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, IX (1934); “Il problema dell’autorità.” Edizione originale in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XX, fasc. 2. (1940); “Avventure del diritto soggettivo.” Edizione originale in *Bollettino dell’Istituto di Filosofia del diritto della Regia Università di Roma*, II (1941); “Responsabilità e redenzione.” Edizione originale in *Bollettino dell’Istituto di Filosofia del diritto della Regia Università di Roma*, III (1942); “Crisi della libertà e crisi della legge.” Edizione originale in Carabellese, Pantaleo, Francesco Carnelutti, Enrico Castelli, Widar Cesarini Sforza, Cornelio Fabro, Giacomo Perticone, Arturo C. Jemolo e Ugo Spirito. *La crisi dei valori. Quaderni dell’Archivio di Filosofia*, 1. Roma: Paternia, 1945; “L’eterna ragion di Stato.” Edizione originale in *Cristianesimo e Ragion di Stato. L’umanesimo e il demoniaco nell’arte*, a cura di Enrico Castelli. Roma-Milano: Bocca, 1953].
 - . *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*. I. *Filosofia e teoria generale*. Milano: Giuffrè, 1967 [da cui si citano i saggi: “Notizie autografe”; “Intorno alla storia e alla storiografia.” Edizione originale in *Archivio storico italiano*, LXXII, 2 (1914); “Filosofia del diritto e filosofia della storia.” Edizione originale Bologna: Coop. Tip. Azzoguidi, 1915; “Senso e condizioni del progresso nella scienza del diritto.” Edizione originale in *Rivista italiana di sociologia*, XXII, 3-4 (1918); “Ex facto ius oritur.” Edizione originale in *Studi filosofico-giuridici per Giorgio Del Vecchio*, Modena: Società Tipografica Modenese, 1930; “Fatto e diritto.” Edizione originale in *Bollettino dell’Istituto di Filosofia del diritto della Regia Università di Roma*, IV (1943); “Il diritto come arte.” Edizione originale in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, III, fasc. 1-4 (1949)].
- COSTA, PIETRO. “Widar Cesarini Sforza. ‘Illusioni’ e ‘certezze’ della giurisprudenza (in margine a *Crocianesimo e cultura giuridica italiana* di Antonio De Gennaro).” In *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6, t. II (1976-1977).

- COTTA, SERGIO. "Cinquanta anni di filosofia giuridica in Italia." In Idem. *Diritto, persona, mondo umano*. Torino: Giappichelli, 1989.
- CROCE, BENEDETTO. *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia: memoria letta all'Accademia pontaniana nelle tornate del 21 aprile e 5 maggio 1907 dal socio Benedetto Croce*. Napoli: Francesco Giannini e figli, 1907.
- . *Ciò che è vivo e ciò che è morto della filosofia di Hegel*. Bari: Laterza, 1907.
- . *Filosofia della pratica. Economia ed etica*, a cura di Maurizio Tarantino. Napoli: Bibliopolis, 1996. Edizione originale Bari: Laterza, 1909.
- DE GENNARO, ANTONIO. *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*. Milano: Giuffrè, 1974.
- FASSÒ, GUIDO. *Storia della filosofia del diritto*. III. *Ottocento e Novecento*. Roma-Bari: Laterza, 2001.
- FROSINI, VITTORIO. *L'idealismo giuridico italiano*. Milano: Giuffrè, 1978.
- GENTILE, GIOVANNI, *I fondamenti della Filosofia del diritto*. In Idem, *Opere Complete*. IV. 4 ed. (1937). Firenze: Le lettere, 2003.
- . *Genesi e struttura della società. Saggio di filosofia pratica*. In Idem, *Opere Complete*. XVI. Firenze: Sansoni, 1946.
- GIOLITTI, ANTONIO. Avvertenza a *Principi di filosofia del diritto* di Julius Binder, XXV-XXX. Torino: Giappichelli, 2012.
- GIORDANO, GIUSEPPE. "Il concetto di legge nella *Filosofia pratica* di Benedetto Croce." In *Croce filosofo*, vol. I, a cura di Giuseppe Cacciatore, Girolamo Cotroneo e Renata Viti Cavaliere. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2003.
- . "Ripensando 'Filosofia della pratica'." *Complessità*, V, 1-2 (2010).
- GROSSI, PAOLO. *Ritorno al diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2015.
- HAURIOU, MAURICE. *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di Widar Cesarini Sforza. Milano: Giuffrè, 1967.
- HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH. *Filosofia dello spirito jense*, a cura di Giuseppe Cantillo. Bari: Laterza, 1971.
- HEIDEGGER, MARTIN, *Introduzione all'estetica. Le Lettere sull'educazione estetica dell'uomo di Schiller*, a cura di Adriano Ardovino. Roma: Carocci, 2008.
- IRTI, NATALINO. *Diritto senza verità*. Roma-Bari: Laterza, 2011.
- LEONI, BRUNO. *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*. Torino: Giappichelli, s.d. [ma 1942].
- LOPEZ DE OÑATE, FLAVIO. *La certezza del diritto*. Roma: Tip. Consorzio nazionale, 1942.
- LUHMANN, NIKLAS. *Il diritto della società*, a cura di Luisa Avitabile. Torino: Giappichelli, 2012.
- MARINI, GAETANO. *Widar Cesarini Sforza. Tra idealismo e positivismo giuridico*. Padova: Università degli studi, Scuola di perfezionamento in filosofia, 1980.
- OPOCHER, ENRICO. *Lezioni di filosofia del diritto*. Padova: Cedam, 2002
- ORECCHIA, RINALDO. *La filosofia del diritto nelle università italiane. 1900-1965: saggio di bibliografia*. Milano, Giuffrè, 1967.

- PASINI, DINO. "Il Pensiero giuridico di Radbruch." In Gustav Radbruch. *Propedeutica alla filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 1959.
- PEKELIS, ALESSANDRO. *Il diritto come volontà costante*. Padova: Cedam, 1930.
- PERTICONE, GIACOMO. Presentazione a *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*. I, *Filosofia e teoria generale* di Widar Cesarini Sforza, XI-XXXII. Milano: Giuffrè, 1967.
- . *Lezioni di filosofia del diritto*, a cura di Ciro Palumbo. Torino: Giappichelli, 2012.
- PESCE, ANTONIO GIOVANNI. *L'interiorità intersoggettiva dell'attualismo. Il personalismo di Giovanni Gentile*, Roma: Aracne, 2012.
- PEZZINO, GIUSEPPE. *La fondazione dell'etica in Benedetto Croce*. Catania: CUECM, 2008.
- PINAZZI, ANDREA. *Attualismo e problema giuridico. La filosofia del diritto alla scuola di Giovanni Gentile*. Roma: Aracne, 2015.
- PIOVANI, PIETRO. *Momenti della filosofia giuridico-politica italiana*, Milano: Giuffrè, 1951.
- RADBRUCH, GUSTAV. *Propedeutica alla filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 1959.
- RINALDI, GIACOMO. *L'etica dell'idealismo moderno*. Roma, Aracne, 2016.
- ROMANO, BRUNO. *Il diritto non è il fatto. Tre domande di filosofia del diritto su diritto e memoria*. Roma: Bulzoni, 1998.
- . *Filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2002.
- . *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*. Torino: Giappichelli, 2006.
- . *Filosofia del diritto e questione dello spirito*. Torino: Giappichelli, 2007.
- . *Nietzsche e Pirandello. Il nichilismo mistifica gli atti nei fatti*. Torino: Giappichelli, 2008.
- . *Filosofia della forma. Relazioni e regole*. Torino: Giappichelli, 2010.
- . *Forma del senso. Legalità e giustizia*. Torino: Giappichelli, 2012.
- . *Nichilismo finanziario e nichilismo giuridico. Conoscenza e coscienza*. Torino: Giappichelli, 2012.
- . *Giudizio giuridico e giudizio estetico. Da Kant verso Schiller*. Torino: Giappichelli, 2013.
- . *Il dovere nel diritto. Giustizia, uguaglianza, interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2014.
- . *Principi generali del diritto. Principio di ragione e principio dialogico*. Torino: Giappichelli, 2015.
- SASSO, GENNARO. *Filosofia e idealismo*. I. *Benedetto Croce*. Napoli: Bibliopolis, 1994.
- . *Filosofia e idealismo*. II. *Giovanni Gentile*. Napoli: Bibliopolis, 1995.
- SCARPELLI, UBERTO. "La «Filosofia del diritto» di Widar Cesarini Sforza." *Rivista di diritto civile* a. 3, n. 3 (1957).

- . *Cos'è il positivismo giuridico*, a cura di Alfonso Catania e Mario Jori, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 1997.
- SCHLEIERMACHER, FRIEDRICH DANIEL ERNST. "Etica (1812/13)." In Idem. *Scritti filosofici*, a cura di Giovanni Moretto. Torino: Utet, 1998.
- SCHMITT, CARL. *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello Jus publicum Europæum*. Tradotto da Emanuele Castrucci. Milano: Adelphi, 1991.
- TARELLO, GIOVANNI. "Cesarini Sforza, Widar". In *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXIV. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1980.

25. Felice Battaglia e la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*

Carla Faralli*

Il legame di Felice Battaglia con la 'Sapienza' è duplice. Nato a Palmi nel 1902, dopo il terremoto del 1908 si trasferì con la famiglia a Roma, dove studiò, laureandosi alla 'Sapienza' nel 1925 con una tesi su Marsilio da Padova, avendo come maestro Giorgio Del Vecchio. Ottenuta la libera docenza in Filosofia del diritto (1927) insegnò prima con un contratto a Roma, poi a Siena e dal 1938 a Bologna, dove compì tutto il *cursus honorum* universitario fino a diventare Rettore.

Il secondo legame è quello con la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*. Degli oltre suoi mille scritti – tra libri, saggi, articoli, note e recensioni – circa duecento (una cinquantina di articoli e centocinquanta recensioni) sono comparsi nella *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*: una collaborazione cominciata nel 1924 con l'articolo su "Marsilio da Padova e il Defensor pacis," che rappresenta il primo contributo del giovanissimo studioso al pensiero di un autore al quale saranno in seguito dedicati numerosi altri studi² e terminata l'anno prima della morte, nel 1976, con la nota su "La morale nel sistema dei valori,"

* Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Bologna.

Una precedente versione di questo saggio è apparsa sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, LXVII, fasc. 4 (1990): 618 ss.

¹ Per una bibliografia completa degli scritti di Felice Battaglia si veda: Polato, "Bibliografia degli scritti di Felice Battaglia".

² Battaglia, "Il genio di Marsilio da Padova," 3-6; Idem, "Il pensiero religioso di Marsilio da Padova," 23-38; Idem, "La dottrina conciliare di Marsilio da Padova"; Idem, "Marsilio da Padova e la filosofia politica del medio evo"; Idem, "Sul «Defensor paci» di Marsilio da Padova," 128-146; Idem, "Marsilio da Padova nell'interpretazione di Cristiano Thomasio," 571-575; Idem, "Marsilio da Padova," 425; Idem, "Marsilio da Padova," 61-63; Idem, "Modernità di Marsilio da Padova," 99-141.

che testimonia il perdurare della riflessione del filosofo su un tema, quello del valore, che – come ebbe a confessare lo stesso Battaglia in una retrospettiva autobiografica – «è stato, mi preme dirlo, fin dai giovani anni, la mia croce e insieme la gioia della ricerca»³.

Due estremi significativi, dunque, di un itinerario intellettuale che, per oltre cinquant'anni, s'incrocia con le vicende della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* che, come è noto, fu fondata, nel 1921, da Giorgio Del Vecchio per farne uno strumento «a disposizione degli studiosi di Filosofia giuridica, intesa nel senso più largo», senza alcun esclusivismo di scuola.

Unica nota comune – scrive Del Vecchio nel programma premesso al primo fascicolo – sarà l'implicita ammissione a ciò che è appunto il presupposto e la ragione di vita della Filosofia giuridica in generale: cioè che la coscienza umana non è, rispetto al diritto, solamente recettiva o passiva, ma anche, ed in primo luogo, autrice e giudicatrice; di guisa che la nostra attività intorno al diritto non può limitarsi a una raccolta amorfa di dati estrinseci o a una ruminazione sterile dei digesti e delle leggi vigenti. Il principio di ogni legislazione deve trovarsi, in ultima analisi, non fuori, ma dentro di noi, cioè nello stesso spirito umano; e questo generale criterio metodologico vale, se ben si guardi, anche quando si tenti uno studio rigidamente obbiettivo e naturalistico dei fenomeni giuridici, perché la stessa obbiettività di cotesta indagine si affida, in ultima istanza, al potere gnoseologico del soggetto e ne suppone l'autonomia⁴.

Battaglia condivideva pienamente l'ispirazione antipositivistica del programma di Del Vecchio (che era stato, come si è detto, suo maestro alla facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma), programma che comportava un capovolgimento dell'impostazione del problema filosofico del diritto. Il positivismo aveva considerato il diritto dalla parte dell'oggetto come fenomeno che il pensiero passivamente conosce, mentre tanto Del Vecchio quanto Battaglia – pur seguendo indirizzi diversi, l'uno il neokantismo, l'altro il neoidealismo – erano concordi nel ritenere che il diritto andasse considerato dalla parte del soggetto in relazione ad un'attività, entro limiti più o meno ampi, creatrice del pensiero dell'uomo.

³ Idem, "Oggettività e valori nell'idealismo assoluto," 143-156.

⁴ Del Vecchio, "Programma," 1-4; Idem, "Premessa alla terza serie," 1-3; Idem, "Parerga II," 207-211.

È proprio negli anni Venti, infatti, che Battaglia, appena laureatosi in giurisprudenza (1925), affronta una serrata disamina del problema del diritto, improntata, sotto l'aspetto critico, alla polemica col positivismo e, sotto l'aspetto costruttivo, ad un riesame della dottrina di Croce e di Gentile che, come è noto, riducevano il diritto, il primo, al momento dell'utilità o economia, il secondo, al "volere in atto" o moralità. Tale disamina culminerà in un lungo saggio, apparso nel 1931 su *Studi senesi* col titolo "Diritto e filosofia della pratica"⁵, anticipato per alcuni aspetti da un articolo pubblicato due anni prima, nel 1929, proprio sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*⁶. In quest'ultimo Battaglia, analizzando le posizioni di Gény, Saleilles, Duguit ed altri, lamentava l'incapacità del positivismo sociologico di affrontare il problema del diritto da un punto di vista rigorosamente filosofico, «di una Filosofia – egli scriveva – che celebri lo Spirito, che non rinneghi l'oggetto, ma questo consideri come posizione del soggetto e i due termini medi in una superiore relazione, coscienza della vita in atto, sviluppo autocreativo». Tra questi due poli, critica del positivismo e riesame dell'idealismo, Battaglia viene maturando la propria originale posizione, di cui espressione fondamentale è il saggio del 1931 sopra citato, nel quale il diritto, lungi dall'essere eliso come momento astratto, come momento di irrealtà, viene inteso come il momento dello Spirito in cui questo trova la sua attuazione concreta (esso è «momento originario dello Spirito, sua assoluta posizione»). Economicità ed eticità, prese in se stesse, sono per Battaglia astratte, così come astratti sono l'individuale e l'universale, presi di per se stessi. Soltanto nella loro relazione essi sono reali e solo la vita di relazione si mostra «storica e concreta di fronte all'astrattezza delle forme indistinte». A queste premesse è strettamente connessa la concezione dello stato etico, inteso – secondo la definizione che Battaglia ne dà in un importante saggio comparso nel 1937 sempre sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* col titolo "Stato etico e stato di diritto" – come «organizzazione che l'ethos fonda, cui l'ethos dà senso, di cui l'ethos è legge immanente». Essendo, a sua volta, l'ethos concepito quale relazione, quale «universale concreto, idea che plasma effettuali rapporti di vita», Battaglia intende, anche sul piano della concezione statale, superare sia la tesi crociana della sostanziale economicità dello stato, sia la posizione gentiliana che fa dell'eticità un momento del tutto astratto.

⁵ Tale saggio apparve l'anno seguente in volume, con lo stesso titolo.

⁶ Battaglia, "L'interpretazione giuridica nella letteratura moderna francese," 376-413.

Con questi ed altri scritti Battaglia portava un contributo prezioso a quel processo di revisione critica delle posizioni crociane e gentiliane che caratterizza la cultura giuridica italiana tra le due guerre, processo che si svolse in gran parte sulle pagine della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, ad opera di filosofi del diritto, discepoli di Croce o di Gentile (Battaglia, ad esempio, era stato allievo di Gentile all'Università di Roma) che si ribellavano alle conseguenze estreme che questi avevano tratto dalle premesse idealistiche e tentavano di recuperare una sfera di autonomia al diritto, convinti che l'esperienza giuridica costituisse una realtà storica non eliminabile da parte di nessuna dialettica⁷.

La profonda consapevolezza della crisi attraversata dalla filosofia del diritto:

(Si osserva oggi da più parti – si legge sempre nel saggio del 1931 – come la Filosofia in generale e la Filosofia del diritto in ispecie attraversino un periodo di crisi e domandino chiarimenti e sviluppi che le attuali posizioni scientifiche, per quanto ricche di originali motivi faticosamente conquistati, non sembrano capaci di dare. Lo stesso idealismo che, nelle sue varie guise, ha dominato la speculazione italiana nel primo lustro del secolo, rinnovando metodi e sistemi, non è oggi sicuro nei suoi teorizzamenti come lo era in precedenza»),

e il riconoscimento del ruolo fondamentale del diritto nella storia più compiutamente danno ragione dell'adesione di Battaglia al programma di Del Vecchio che, proprio grazie alla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, intendeva restaurare in Italia gli studi filosofico-giuridici e promuoverne la rinascita in uno spirito di collaborazione fra filosofi e giuristi, i quali, invece,

troppo spesso s'ignorano e quasi ostentano una reciproca incomprendimento, mentre grande sarebbe da ambo le parti il vantaggio se, abbandonando vietati abiti mentali e diffidenze ingiustificate, si stabilisse tra gli uni e gli altri una certa comunione di lavoro e un attivo scambio di idee per ciò che concerne la vita del diritto e i nuovi problemi fondamentali. Noi vorremmo – continua Del Vecchio nel programma premesso al primo numero della rivista – che i cultori dei singoli rami del diritto fossero attratti e sollecitati a riflettere sull'aspetto più generale delle loro discipline, sui criteri direttivi in esse applicati, e sulle questioni vive che hanno attinenza colla logica e colla metodologia del diritto in genere,

⁷ Fassò, *Storia della filosofia del diritto*. III. *Ottocento e Novecento*, 275 ss., 385 ss; De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*.

comunicando le loro riflessioni di tal natura ai cultori della Filosofia, i quali, a loro volta, ameremmo che portassero le loro speculazioni viepiù a contatto colla concreta realtà del diritto, e saggiassero a questa prova la forza e la verità dei puri principi, così da collaborare effettivamente alla soluzione di quei problemi, che si presentano d'ordinario ai giuristi sotto aspetti empirici e contingenti.

Dell'adesione al programma di Del Vecchio, Battaglia diede ulteriore testimonianza quando, nel 1929, entrò nel comitato di direzione della rivista. Nel 1938, poi, quando in attuazione della politica razziale contro Giorgio Del Vecchio, ebreo, il Ministero della cultura popolare decise di sopprimere il periodico⁸, Felice Battaglia si impegnò, insieme ad Amedeo Giannini e a Giuseppe Capograssi, perché la rivista non morisse e infatti nel 1939, sotto la direzione dei tre studiosi sopra citati, essa poté iniziare una seconda serie, interrotta nel 1943 a causa degli eventi bellici.

Quando, poi, nel 1947, la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* tornò ad essere pubblicata, di nuovo sotto la direzione di Giorgio Del Vecchio, Felice Battaglia fu tra i condirettori insieme a Norberto Bobbio, Giuseppe Capograssi e Benvenuto Donati.

Nel pensiero del filosofo calabrese era intanto maturata una svolta – o meglio, un'evoluzione –, che Matteucci¹⁰ colloca tra il 1943 e il 1946 quando cominciarono a penetrare in Italia esperienze filosofiche straniere, tra cui, in primo luogo, l'esistenzialismo, alle quali Battaglia prestò grande attenzione. Lo testimoniano, ad esempio, i corsi universitari tenuti negli a.a. 1945/46 e 1946/47 (pubblicati nel 1949 in un volume dal titolo *Il problema morale nell'esistenzialismo*)¹¹, lo testimonia una relazione tenuta a Messina nel 1948 al XV Congresso nazionale di filosofia, pubblicata l'anno seguente sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* col titolo "Razionalismo ed irrazionalismo nella filosofia moderna".

⁸ Del Vecchio, "Programma," 1-2; Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*.

⁹ In data 21 dicembre 1938 la Questura di Roma inviava all'Ufficio di P.S. di Porta Pia per i provvedimenti del caso la seguente comunicazione: «Il Ministero della Cultura popolare è venuto nella decisione di sopprimere la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, diretta dal Prof. Giorgio Del Vecchio, di razza ebraica, abitante in Via Appennini 52 e che si stampa nella tipografia Poliglotta Cuore di Maria, in Via Banchi Vecchi 12. Pregavi di voler diffidare il sunnominato Del Vecchio Giorgio e la tipografia dove si stampa a non più stampare e pubblicare tale rivista». Sulla vicende della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* si veda la premessa di Orecchia all'"Indice generale".

¹⁰ Matteucci, "Felice Battaglia, filosofo della pratica. Atti della Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna. Classe di scienze morali," 301.

¹¹ Battaglia, "Il problema morale nell'esistenzialismo."

In essa Battaglia riconosce all'esistenzialismo il merito della concretezza e della storicità, ma gli rimprovera di essere una «filosofia senza valori e senza finalità e appunto, perciò, senza speranza e senza luce». «Ciò che agli esistenzialisti manca – scrive Battaglia – è il vero dominio per cui oltre l'assunzione e l'accettazione, e quindi la descrittiva e l'analitica, si costituisca la spiritualità, epperò davvero liberi ci si apre ad un genuino processo che sia storia, alla storia che è arricchimento e progresso, al progresso che è realizzazione di fini e moralità e religione. Il singolo che nell'irrazionale prende avvertimento consapevole di sé ed esiste, ancorché se ne arricchiscano i momenti e li si segni, ancorché se ne determinino le strutture e le si analizzi, non è ancora persona. Questa appare quando, dominato l'irrazionale, il suo destino si ponga nella libertà, conquista e non dato, la vita che si fa, la storia che è nostra». Con ciò egli dichiara di non voler tornare alle posizioni idealistiche, ormai superate, ma di tentare una mediazione: esclusa «ogni compiutezza delle sintesi cui l'idealismo ottimista nelle possibilità dello spirito aveva affidato le sue sorti» e preso atto dell'esistenza dell'irrazionale – inteso non come volevano gli idealisti quale mero termine di opposizione, ma come anima del processo dello spirito – Battaglia conclude che «le sintesi che abbiamo dinanzi ... dobbiamo constatarle aperte, sia nel senso di una inesauribile idealità che le regge, sia di un residuo non eliminabile di irrazionalismo che esse si lasciano dietro».

Lungo questo percorso e sotto la spinta di questa esperienza si compì l'avvicinamento di Battaglia allo spiritualismo cristiano, o meglio, come egli stesso lo definisce, allo «spiritualismo valorativo»¹². Il che non equivale – sono parole di Piovani – «a un abbandono o, tanto meno, a un ripudio [dell'idealismo], bensì al perfezionamento di un processo di approfondimento critico avviato già nei primi anni dell'iniziazione idealistica»¹³.

Nello stesso anno della relazione sopra citata Battaglia scriveva: «l'idealismo è entrato in crisi. È entrata in crisi la veduta storicistica della vita con tutta la sua orgogliosa costruzione, per cui la vita, essendo storia e soltanto storia, alla fine si chiudeva in sé medesima, filosofia, sapere assoluto, coscienza anzi autocoscienza, che tutto riprende in sé risolvendolo» e proponeva una teoria del valore «in vista di uno

¹² Battaglia, "Premessa" in *Economia, diritto e morale*, IX.

¹³ Piovani, "Felice Battaglia," 5.

spiritualismo che del consumato idealismo tenga fermo il metodo di immanenza, ma concluda nella trascendenza attraverso l'inesauribilità del valore ed il limite che esso sempre incontra»¹⁴.

Ciò va interpretato nel senso indicato dallo stesso Battaglia come un passo ulteriore verso la realizzazione del «genuino idealismo, se è vero che l'idealismo è l'assunzione della spiritualità umana come capace di attribuire al mondo (e alla storia) un valore»¹⁵.

In questa nuova prospettiva la riflessione di Battaglia si concentra sul valore in rapporto alla formazione del soggetto nel contesto storico, un valore colto nella concretezza dell'azione, nella dinamica di un'esperienza che nella tensione col valore diventa esperienza morale. Il diritto è un valore legato ad altri valori che trova il suo fondamento anch'esso nella morale, la quale si pone tra i valori ed è il valore (è uno specifico valore, ma è anche valore che tutti i valori ordina e compone, reintegra e unifica) e, perciò, riesce ad innalzare il valore giuridico alla sua essenza, favorendo la piena realizzazione del soggetto inteso, con chiari echi rosminiani, come persona¹⁶. Al tema della morale nel sistema dei valori è dedicato, come si diceva all'inizio, l'ultimo contributo di Battaglia alla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, nel quale il filosofo calabrese, commentando il volume di Troeltsch, *Etica, religione, filosofia della storia*, riafferma la sua avversione «ad ogni morale che si affidi esclusivamente alla ragione» e rivendica «una morale che celebra i valori». «Questi sono promossi dall'uomo – egli conclude – ma nel contempo lo travalicano perché scoprono un valore assoluto. Lo storicismo relativistico è, pertanto, superato e trasceso ... La grande operazione è, appunto, quella di rilevare Dio nella storia senza che, peraltro, si miri a fare della storia una sorta di Dio vivente».

Queste parole ben sintetizzano l'epilogo dell'itinerario filosofico di Battaglia che approda alla dimensione religiosa della trascendenza cristiana. «La soluzione di ogni filosofia consapevole ... non può essere – sono parole di Battaglia – che spiritualisticamente religiosa. La religione è la conclusiva soluzione che la filosofia ci porta circa il problema della vita»¹⁷.

¹⁴ Battaglia, "Il valore nella storia."

¹⁵ Idem, "La mia prospettiva etica," 25-31.

¹⁶ Si veda, in particolare, Idem, "Il diritto nel sistema dei valori," 465-507.

¹⁷ Idem, "Morale e storia nella prospettiva spiritualistica," 49. Sull'itinerario filosofico di Felice Battaglia si veda il recentissimo Anzalone, *Felice Battaglia*.

Fin qui il profilo teorico del pensiero di Battaglia che emerge dalle pagine della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, ma Battaglia fu «scrittore fecondo, multiforme» (la definizione è di Norberto Bobbio)¹⁸ che affrontò parecchi altri temi – oltre quelli teorici –, in particolare quelli storici che egli sentiva di stretta pertinenza del filosofo del diritto. «Pensare al diritto storico, non degno di storia – scriveva Battaglia in un articolo pubblicato nel 1940 sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*¹⁹ – significa ritenere che il pensiero, il quale concretamente è giudizio e giudizio storico, non lo penetri, e non penetrandolo a sé non lo elevi, come non penetra e a sé non eleva la natura, significa, appunto, ritenere che il diritto non già pertinente allo spirito, spirito, sia pertinente alla natura, naturalezza».

Battaglia concepiva la storia della filosofia del diritto in un senso molto lato, dal momento che «il diritto – egli rilevava nel saggio sopra citato – acquista senso in quanto si articola nello spirito e si ponga accanto all'economia e alla morale, si intenda in rapporto a Dio e via dicendo in un sistema di nessi e di relazioni che invano si cerca di trascurare. Ed è, appunto, per ciò che non si può pensare ad una storia della filosofia del diritto che non impegni, sia pure indirettamente, la storia della filosofia dell'economia o la storia della filosofia morale; come è pur vero il contrario, non esservi storia della filosofia dell'economia o storia della filosofia morale che non abbia legami e vincoli con la storia della filosofia del diritto. La vivezza attuale dell'interesse che pone al centro della storia una categoria speculativa non può precludere, senza cadere nell'astrattezza, la visione di altre categorie, che a quella collegate nel ritmo dialettico, ad essa pur danno rilievo e vita efficiente». In questa chiave vanno letti i contributi storici apparsi a firma di Battaglia sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*: mi riferisco, ad esempio, al primo saggio su Marsilio da Padova del 1924, ai saggi su Vincenzo Cuoco (1926), su Francesco Saverio Salfi (1927), su Cristiano Thomasio (1933 e 1934), su Carlo Pisacane (1943), su Francesco Suarez (1950 e 1951), su Rosmini (1973).

Per concludere, infine, qualche considerazione sulle numerose note e recensioni (circa centocinquanta) che Battaglia scrisse per la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*: il loro numero è particolarmente elevato

¹⁸ Bobbio, "Un'amicizia nel lavoro," 48.

¹⁹ Battaglia, "Storia della filosofia del diritto e storia delle dottrine politiche," 90-99; Idem, "Storia delle dottrine politiche, storia etico-politica, azione politica," 209-229.

nel periodo compreso tra gli anni '20 e gli anni '40, periodo che coincide con il maggior impegno di Battaglia nella rivista (di cui, come si è detto, fu dal 1929 condirettore e dal 1939 direttore). Ciò sta a sottolineare che egli, in prima persona, si adoperava per adempiere all'impegno assunto nella premessa alla seconda serie di «seguire con quanta maggior completezza è possibile il movimento bibliografico sia con notizie sia con recensioni in modo che lo studioso abbia un repertorio preciso, sempre più indispensabile nel continuo arricchirsi della letteratura scientifica»²⁰. È impossibile dare un resoconto preciso di tali recensioni data la loro grandissima varietà: mi limiterò a dire che esse riguardano sia opere di diritto positivo, sia opere di storia del pensiero, di autori italiani e stranieri. Esse dimostrano, quindi, una vastissima gamma di interessi e una grande sensibilità ed apertura anche verso orientamenti di pensiero nuovi e molto lontani dal suo come, solo per fare qualche esempio, il diritto sovietico, il nazionalsocialismo e il realismo²¹.

Riferimenti bibliografici

ANZALONE, ANGELO. *Felice Battaglia. Per una teoria giuridica tra idealismo crociano e gentiliano*. Enna: Euno Edizioni, 2014.

BATTAGLIA, FELICE. "Il pensiero religioso di Marsilio da Padova." *Ricerche religiose*, II (1926).

—. "Il genio di Marsilio da Padova." *Nosside*, (1926).

—. "La dottrina conciliare di Marsilio da Padova." *Ricerche religiose*, III (1926).

—. *Marsilio da Padova e la filosofia politica del medio evo*. Firenze: Le Monnier, 1928.

—. "Sul «Defensor paci» di Marsilio da Padova." *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, II (1929).

—. "L'interpretazione giuridica nella letteratura moderna francese," *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, IX, fasc. 2-3 (1929).

—. *Diritto e filosofia della pratica. Saggio su alcuni problemi dell'idealismo contemporaneo*. Firenze: La Nuova Italia. 1932. Edizione originale in *Studi senesi*, XLV, fasc. 1-5 (1931).

—. "Marsilio da Padova nell'interpretazione di Cristiano Thomasio." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XIII, fasc. 4-5, (1933).

—. "Marsilio da Padova". *Enciclopedia italiana*. Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, XXII, (1934).

²⁰ La Direzione, "Premessa alla nuova serie," 1-2.

²¹ A proposito del realismo mi piace ricordare che fu Battaglia ad assegnare ad Enrico Pattaro una tesi su Alf Ross e da questa è nato l'interesse della scuola bolognese per il realismo.

- . "Marsilio da Padova". *Dizionario di politica*. Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, XX, 3, 1940.
 - . "Storia della filosofia del diritto e storia delle dottrine politiche." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XX, fasc. 2 (1940).
 - . "Storia delle dottrine politiche, storia etico-politica, azione politica". *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXI, fasc. 4-5 (1941).
 - . "Modernità di Marsilio da Padova". Marsilio da Padova. Studi raccolti nel VI centenario della morte, Padova: Cedam, III, (1942).
 - . "Oggettività e valori nell'idealismo assoluto". *Filosofi italiani contemporanei*. Como: Marzorati, (1944).
 - . *Il valore nella storia*. Bologna: Zuffi, 1948.
 - . *Il problema morale nell'esistenzialismo*. Bologna: Zuffi, 1949.
 - . *Morale e storia nella prospettiva spiritualistica*. Bologna: Zuffi, 1953.
 - . "Il diritto nel sistema dei valori." *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2 (1964).
 - . *La mia prospettiva etica*. Forlì: Ethica, 1964.
 - . Premessa a *Economia, diritto e morale*. Bologna: Clueb, 1972.
- BOBBIO, NORBERTO. "Un'amicizia nel lavoro." Bologna: Clueb, 1980.
- CAIANI, LUIGI. "La filosofia dei giuristi italiani." Padova: Cedam, 1955.
- DE GENNARO, ANTONIO. "Crocianesimo e cultura giuridica italiana." Milano: Giuffrè, 1974.
- DEL VECCHIO, GIORGIO. "Programma." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, I, 1 (1921).
- . "Premessa alla terza serie." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXIV, fasc. 1 (1947).
 - . "Parerga II." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, (1963).
- FASSÒ, GUIDO. *Storia della filosofia del diritto*. III. *Ottocento e Novecento*. Bologna: Il Mulino, 1970.
- LA DIREZIONE. "Premessa alla nuova serie." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, (1939).
- MATTEUCCI, NICOLA. "Felice Battaglia, filosofo della pratica. Atti della Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna. Classe di scienze morali." (1977/78).
- PIOVANI, PIETRO. "Felice Battaglia." Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 1978.
- Polato, Franco. "Bibliografia degli scritti di Felice Battaglia." Bologna: Clueb, 1987.
- RINALDO, ORECCHIA. *Rivista internazionale di Filosofia del diritto fondata da Giorgio Del Vecchio. Indice generale, 1921-1973*. Milano: Giuffrè, 1975.

26. La ricezione di Giorgio del Vecchio in Brasile tra le due Guerre

Beatrice Leucadito*

26.1. Introduzione

Nel tentativo di tracciare un itinerario della ricezione del pensiero e dell'opera di Giorgio del Vecchio¹ in Brasile tra le due guerre, le componenti da prendere in considerazione sono, oltre alla produzione scientifica² e alla vita accademica proiettata ad instaurare relazioni internazionali, anche il percorso speculativo vissuto nel peculiare quadro storico che vede molti Stati asservirsi all'ombra del totalitarismo.

L'orizzonte filosofico-giuridico di Del Vecchio va ricostruito alla luce della sua vocazione internazionalizzante, dell'attenzione per una

* Università degli Studi di Cassino.

¹ In particolare, per un approfondimento sulla formazione culturale di Del Vecchio: Ambrosetti, *La vocazione della classicità nel pensiero di Giorgio Del Vecchio*, 484-501; Cfr. anche Di Carlo, *Il concetto della natura ed il principio del diritto di G. Del Vecchio*, 1-11; Cfr. anche Viglietti, *Le premesse metafisiche della dottrina di Giorgio Del Vecchio*, 12-24; Cfr. Gonella, *La filosofia del diritto secondo Giorgio Del Vecchio*, 246-263; Perticone, *Ricordo di Giorgio Del Vecchio*, 3-7. Inoltre, al di là della crono-biografia, utile a ricostruire alcuni aspetti esistenziali più intimi della vita di Del Vecchio, è la "Lettera a me stesso." Un inedito di Giorgio Del Vecchio, pubblicato sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1-16. In questo manoscritto del luglio 1899, rimasto inedito fino al 2006, sono contenute rilevanti informazioni sulla vita ed il modo di pensare di Del Vecchio nel periodo della sua prima formazione, anteriore alla laurea. Sono presenti infatti in essa notizie e giudizi che l'autore offre di se stesso, facendo emergere alcune convinzioni e principi che rimarranno in buona sostanza inalterati per tutto il corso della sua vita.

² Tra le opere più significative di Del Vecchio: *Il sentimento giuridico*, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, *Il concetto del diritto*, e *Il concetto della natura e il principio del diritto*, la cosiddetta *Trilogia* (pubblicata unitariamente nei *Presupposti, concetto e principio del diritto*, 1959). Sui temi etici e politici si ricorda il saggio su *La giustizia*. Tra gli altri scritti principali: *Sui principi generali del diritto*; *Lezioni di filosofia del diritto*; *La crisi della scienza del diritto*; *Storia della filosofia del diritto*; *Mutabilità ed eternità del diritto*; *Studi sul diritto*; "Parerga."

visione ecumenica dei saperi e per un'autentica inclinazione liberale, tradotta puntualmente nella naturale apertura verso esperienze culturali anche molto distanti dalle proprie³. Dalla analisi dei discorsi inaugurali degli atti dei Congressi nazionali di Filosofia del diritto coordinati da Del Vecchio, emerge un chiaro intendimento: che ognuno offra il proprio contributo al sapere, pur conservando la propria tradizione scientifica, al fine di mantenere l'unità spirituale e la lealtà intellettuale per la storia di cui si è parte. Del Vecchio, nel ricordare che la comunità accademica accoglie e avvicina i cultori di tutto il mondo, si augura la formazione e il rinsaldarsi di una coscienza filosofica specifica, volta a sollecitare il confronto internazionale con gli studiosi, e a scongiurare un asserragliamento solipsistico in una scuola di pensiero. Aggiunge, inoltre, che le questioni nodali che vengono all'attenzione del filosofo e del giurista di una data epoca, ricorrono – con le dovute peculiarità – ad ogni latitudine, e pertanto l'aspirazione a cui rivolgere le proprie energie è che una sempre più estesa varietà di opinioni scientifiche contribuiscano a creare un terreno proficuo di crescita per lo studioso.

³ A questo proposito, si riportano alcuni passaggi delle considerazioni fatte da Giorgio Del Vecchio estrapolati dal "Programma": «L'opportunità di una pubblicazione periodica, dedicata agli studi filosofici sul diritto e alle dottrine giuridiche, sociali e politiche in generale, è così manifesta, che una dimostrazione giustificativa ne sarebbe superflua. Piuttosto può esser cagione di meraviglia che, salvo qualche rara e breve eccezione (come la *Rivista scientifica del diritto*, pubblicata dal 1897 al 1899 dai prof. M. A. Vaccaro e S. Frangipane), un organo così fatto sia mancato e manchi in Italia, dove pure cotesti studi hanno avuto ed hanno tuttora largo incremento... A questo inconveniente noi vorremmo, per quanto possibile, ovviare mettendo a disposizione degli studiosi di Filosofia giuridica intesa nel senso più largo, un organo periodico proprio, che coordini i frutti della loro attività e, con frequenti scambi e comunicazioni, ne moltiplichi il rendimento. Soprattutto vorremmo che questa rivista, fosse il punto d'incontro di filosofi e di giuristi, i quali troppo spesso s'ignorano e quasi ostentano una reciproca incomprensione, mentre grande sarebbe da ambo le parti il vantaggio se, abbandonando vieti abiti mentali e diffidenze ingiustificate, si stabilisse tra gli uni e gli altri una certa comunione di lavoro e un attivo scambio di idee, per ciò che concerne la vita del diritto e i suoi problemi fondamentali. Noi vorremmo che i cultori dei singoli rami del diritto fossero attratti e sollecitati a riflettere sull'aspetto più generale delle loro discipline, sui criteri direttivi in esse applicati, e sulle questioni vive che hanno attinenza colla logica e colla metodologia del diritto in generale, comunicando le loro riflessioni di tal natura ai cultori della Filosofia; i quali, a loro volta, ameremmo che portassero le loro speculazioni vieppiù a contatto colla concreta realtà del diritto, e saggiassero a questa prova la forza e la verità dei puri principi, così da collaborare effettivamente alla soluzione di quei problemi, che si presentano d'ordinario ai giuristi sotto aspetti empirici e contingenti. Specialmente nelle discussioni sul *jus condensum* e nella preparazione di nuove leggi, un tal metodo di collaborazione potrà dare, se non erriamo, i migliori frutti, inducendo naturalmente a contemperare le esigenze del tecnicismo giuridico e il riguardo allo stato di fatto colle aspirazioni ideali ad una più perfetta giustizia».

Tale confronto, oltre ad arricchire il patrimonio esperienziale dell'intellettuale, del giurista e del filosofo, svolge la funzione di corroborare le tesi professate con argomenti nuovi, stimolati dal vaglio critico e dalla ricomprensione di posizioni culturali divergenti. Sin dagli inizi della sua carriera accademica come professore di filosofia del diritto presso l'Università di Ferrara, Del Vecchio mostra una marcata propensione ad un approccio aperto e dinamico dell'insegnamento, che lo porterà ad intraprendere numerosi viaggi e a coltivare rapporti personali e istituzionali⁴. In Europa frequenta l'Università di Berlino, dove conosce alcuni dei più significativi filosofi del diritto, come Adolf Lasson e Josef Kohler, l'uno profondo conoscitore dell'opera di Hegel e l'altro giurista comparatista, parallelamente dedito alla speculazione filosofica. Oltre ad intessere relazioni umane e scientifiche in Germania, Del Vecchio ha la possibilità di venire a contatto più direttamente con la corrente neokantiana di inizio secolo⁵.

⁴ Nel Fascicolo I della *Rivista* datata 1921, alcuni passaggi chiariscono la posizione di Giorgio Del Vecchio riguardo alla formazione del giurista e del filosofo: «Noi ci proponiamo eziandio di far posto, in questa rivista, a quei rami della scienza giuridica che, pur avendo grande importanza per la teoria e per la pratica, mancano fino ad ora tra noi di una propria organizzazione e sono trascurati altresì dall'insegnamento ufficiale: come l'Etnografia giuridica, il Diritto comparato e la Psicologia giudiziaria. Cultori di questi rami non fecero né fanno difetto in Italia, che anzi alcuni si potrebbero ricordare, i quali per l'uno o l'altro rispetto meritano il nome di precursori; ma pure qui è necessaria un'opera di coordinazione, acciocché si ricostruisca la nostra tradizione scientifica nazionale, e le si imprima un carattere di continuità, onde siano agevolati e promossi i futuri progressi. Per consimile intento, noi ci proponiamo altresì di raccogliere i materiali e preparare gli studi per una Storia della Filosofia del diritto in Italia, della quale ogni dì più si avverte il desiderio e il bisogno», e ancora: «Se però la nostra attenzione avrà precipuamente in mira l'Italia, non trascureremo tuttavia di por mente agli studi ed alle riforme che, rispetto agli ordinamenti sociali e giuridici, si vengono compiendo negli altri paesi; e ciò non tanto per accademica informazione, quanto perché ne derivino tra noi nuovi impulsi al meditare ed al fare. Il carattere umano ed universale del diritto, e la sua comunicabilità da nazione a nazione, vogliono esser tenuti presenti, almeno come criteri euristici. Anche per questa considerazione, sarà da noi bene accolta la collaborazione di eminenti filosofi e giuristi stranieri.»

⁵ Del Vecchio non manca di rivendicare le sue ascendenze filosofiche di matrice kantiana, senza lasciare però che il suo pensiero venga completamente assimilato nella struttura ideologica di ispirazione. Nel definire il concetto di diritto, giunge ad enucleare questa formula, che manterrà quasi inalterata nel corso dei suoi itinerari ideologici, quanto meno nella sua portata essenziale: «il diritto dunque è la coordinazione obiettiva delle azioni possibili tra più soggetti, secondo un principio etico che le determina, escludendone l'impedimento». Immancabile il richiamo alla formula kantiana che descrive però il diritto come quell'insieme di condizioni, per le quali l'arbitrio di ognuno può accordarsi con l'arbitrio degli altri secondo una legge universale di libertà. Del Vecchio intuisce un substrato ulteriore rispetto al

Gli anni dal 1905 al 1920, vissuti tra Sassari, Messina, Bologna e finalmente Roma, sono densi e proficui sia dal punto di vista della produzione scientifica⁶, che da quello dell'espansione dei propri orizzonti filosofici all'estero, attività questa che agevola la conoscenza delle sue opere anche fuori dall'Europa e, contestualmente, rafforza il suo disegno di implementazione di iniziative culturali transnazionali⁷. Del Vecchio, nominato Rettore dell'Università di Roma nel novembre 1925, conosce un periodo di grande fortuna e lo dedica a consolidare e diffondere la sua opera, a sviluppare e approfondire i tratti essenziali del suo pensiero: alla riflessione sui temi di logica filosofica (caratterizzanti la *Trilogia*) è seguita poi quella sui temi di etica e di politica, segnata dall'apparizione del suo saggio su *La Giustizia*. Questo testo, originariamente costituente il corpo del discorso tenuto per l'inaugurazione dell'anno accademico 1922 nell'Università di Roma, viene successivamente arricchito di note

concetto puro di diritto, distinguendone l'aspetto logico (il concetto assoluto) da quello deontologico (l'idea di diritto), che non solo si pone su un piano ontologico diverso, ma è al tempo stesso criterio di valutazione del diritto positivo. Anche in virtù di queste prossimità ideologiche con la tradizione filosofica dell'idealismo tedesco, Del Vecchio si afferma come un risoluto critico del positivismo filosofico e giuridico, tanto da giustificare la definizione di alcuni passaggi del suo pensiero come 'neidealista'.

- ⁶ La *Trilogia*, composta dalle opere *I presupposti filosofici della nozione del diritto, Il concetto del diritto e Il concetto della natura e il principio del diritto*, è stata pubblicata a Milano nel 1959 con il titolo di *Presupposti, concetto e principio del diritto*, ma già nel 1914 erano state riunite in un solo volume, intitolato *The formal bases of law*; la fama del Del Vecchio aveva dunque raggiunto una larga espansione, confermata dalla ristampa dell'opera nel 1921 a New York e dalla sua inclusione nella prestigiosa "The modern legal philosophy series."
- ⁷ Per un approfondimento di questi temi, in particolare sul contributo di Giorgio Del Vecchio alla corrente neokantiana, si rimanda al testo di Tabaroni, *La terza via neokantiana*, 15 ss. Oltre a Del Vecchio, si ricordano altri illustri fondatori della scuola neokantiana, tra cui: Eduard Zeller, fondatore della gnoseologia come disciplina; Friedrich Albert Lange, autore di una storiografia critica del materialismo e fondatore della scuola di Marburg; Paul Natorp, che si è occupato soprattutto della logica delle scienze; Karl Vorländer, storico della filosofia e marxista, oltre che biografo ed editore di Kant; Rudolf Stammler, filosofo del diritto; Wilhelm Windelband, che ha affrontato la dottrina dei valori universali e si è fatto promotore di una lettura moderna delle opere di Kant, assieme ad Alois Riehl; Heinrich Rickert, impegnato nella trattazione della filosofia dei valori secondo la visione kantiana, in una prospettiva critico-comparativa che vede contrapporsi il polo della Scienza della cultura con quello della Scienza della Natura; Emil Lask, che ha approfondito la teoria delle categoria e dei giudizi; Robert Reiniger, sul problema psicofisico e filosofia dei valori; Ernst Cassirer, e la visione storica dell'epistemologia; Jonas Cohn, studioso di filosofia delle forme simboliche; Richard Höningwald, che si è confrontato sul problema del "dato" all'interno della sua Teoria generale del metodo; Hans Vaihinger, fondatore della rivista *Kant-Studien*, Georg Simmel, filosofia della vita (*Lebensphilosophie*), e altri.

e di una larga e precisa erudizione filosofica, così da poter essere ripubblicato prima sulla *Rivista internazionale di filosofia del diritto* e poi in un volumetto nel 1924 a Bologna. Corredato con l'aggiunta di altri scritti, viene ristampato prima nel 1946 e poi di nuovo nel 1959 in un volume edito dalla casa editrice cattolica *Studium* di Roma. L'opera conosce, nel corso degli anni che vanno dalla sua apparizione all'edizione conclusiva, una straordinaria fortuna all'estero, essendo stata tradotta in nove lingue e pubblicata in undici paesi, compresi quelli dell'America Latina⁸. Quest'ultima, in particolar modo il Brasile, mostra un interesse costante per le teorie di Del Vecchio, dove le sue opere e i suoi insegnamenti attecchiscono a tal punto da divenire la base concettuale dei filosofi del diritto brasiliani⁹. Tra i numerosi studiosi che hanno scambi scientifici con Del Vecchio¹⁰, per la continuità col suo pensiero e per la posizione centrale in Brasile, è doveroso

⁸ Questo successo è una conferma del carattere aperto, anzi universale, dell'indagine condotta da Del Vecchio sull'argomento: sostiene che una concezione formale della giustizia deve coincidere con la giuridicità, ma che la coscienza giuridica avverte un'esigenza più alta ed assoluta della giustizia come valore assoluto della persona umana. È interessante qui rilevare come il Del Vecchio ponga a fondamento del principio di giustizia «il riconoscimento eguale 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», e insieme affermasse che la stessa nozione di giustizia comporta «un originario diritto alla solitudine», così anticipando il tema del diritto alla riservatezza (*right to privacy*), già trattato in un saggio del 1957, *Diritto, società e solitudine*, apparso sulla rivista *Filosofia*.

⁹ Come affermato nella Premessa alla terza Serie da Del Vecchio: «Ci sarebbe facile, ma sarebbe superfluo, citare qui esempi di cultori della filosofia del diritto, italiani e stranieri, che, quantunque invisibili ai governi per motivi di razza o di partito, poterono nondimeno esporre qui le loro dottrine con quella filosofica libertà, che trova soltanto un limite nel rispetto delle opinioni altrui». Negli anni che vanno dal 1921 fino al 1953, sono numerosi gli interventi sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* da parte di collaboratori di origine spagnola, portoghese e sudamericana, in gran parte brasiliani. Per quanto riguarda la Sezione articoli, hanno infatti offerto il loro contributo, tra gli altri: E. Aftalion, J. Benito, M. Caetano, G. De Montemayor, G. De Reynold, F. E. De Tejada, P. Dorado De Gusmão, L. Legaz y Lacambra, C. Pizarro Crespo, M. Reale, L. Recaséns Siches, C. Ruiz Del Castillo, ecc.

¹⁰ Come si legge nella traduzione portoghese del 2010 di Storia della Filosofia del diritto a cura di João Baptista da Silva, Del Vecchio si sofferma a considerare alcuni importanti filosofi del diritto del Brasile: «No Brasil, a Filosofia do direito teve numerosíssimos e egrégios cultores, dentre os quais, especialmente: C. Beviláqua (1859/1944), conhecido também como civilista e internacionalista; Romero, de Farias Brito, Lessa, Mendes, Diniz, Serrano, Pontes de Miranda (autor de uma vasta síntese sociológica intitulada *Sistema de ciência positiva do direito*), Arruda, Reale, Campos, Dourado de Gusmão, de Queiroz Lima, Alves da Silva, etc.».

ricordare la figura di Miguel Reale¹¹: apprezzato avvocato, giurista, filosofo, accademico e politico brasiliano, è stato anche l'architetto dell'attuale Codice Civile.

Come Del Vecchio, anche Reale¹² condivide la necessità di perseguire un sapere ampio, consapevole, non sminuito dalla marcatura monologante dell'una o dell'altra scuola di pensiero. Il filosofo paolista ripudia ogni criterio totalizzante, volto ad escludere altre forme di pensiero: per Reale, ogni atteggiamento teso a tenere al riparo la propria filosofia dal confronto con le sollecitazioni che vengono dal fuori, è un passo verso la mistificazione della verità e della leale ricerca di uno studioso. Nella sua *Filosofia do direito*¹³ afferma che in seno allo sviluppo del processo

¹¹ A questo proposito, è interessante constatare che nella *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* molti sono i riferimenti, i richiami e i tributi a Reale. Losano scrive "in memoriam" di Reale, definendolo «l'ultimo tra i suoi vecchi maestri». Particolarmente rilevante nel suo percorso, è stata l'esperienza accademica in Brasile: è stato professore visitante presso la Universidade do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, e professore visitatore permanente presso la Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, dove ha stretto e approfondito i suoi contatti con Reale. È stato socio corrispondente dell'Accademia delle Scienze di Torino e, in Brasile, della Academia Pernambucana de Letras, Recife, e della Academia Sergipana de Letras, Aracaju. Sempre sulla Rivista italiana Filosofia del Diritto, tra le notizie del 1951 è riportata la nascita della prima rivista brasiliana di Filosofia, fondata e diretta da Miguel Reale, il cui primo numero annovera anche collaboratori italiani quale Guido de Ruggiero, storico della filosofia, professore universitario e politico italiano. Ha insegnato storia della filosofia prima presso l'Università di Messina (dal 1923), quindi presso la facoltà di magistero della Università di Roma (dal 1925). Sempre nel primo numero, tra gli altri articoli si segnala quello di Glauco Veiga, dell'Università di Recife, intitolato *Kant e il Brasile*, ove viene ripercorsa la storia della filosofia del diritto brasiliana alla luce dell'opera kantiana, e viene citato anche Giorgio Del Vecchio come uno dei primi fautori di questa visione.

¹² Conseguita la laurea in Legge presso l'Università di San Paolo nel 1934, Miguel Reale inizia la sua attività di insegnamento presso la cattedra di Filosofia del diritto nel 1940. Rettore dell'Università di San Paolo nel 1949 e nel 1969, si distingue nell'attività forense e come consulente giuridico. In ambito pubblico, propugna alcune tra le più importanti riforme costituzionali, tanto da essere nominato Segretario di Stato di Giustizia, e in tale veste ha rappresentato il suo paese a livello internazionale. È stato membro onorario di diverse Università e Presidente dell'Istituto di filosofia brasiliana, oltre che fondatore della rivista Brasiliana di filosofia e della Società Interamericana di filosofia.

¹³ Questa opera ha conosciuto varie edizioni, di cui la prima risale al 1953, la seconda nel 1957, poi nel 1962, nel 1965, nel 1969. È stata anche tradotta in italiano: *Filosofia del Diritto*, a cura di Bagolini e Ricci, assieme a *Il Diritto come esperienza*, con un saggio introduttivo di Domenico Coccopalmerio, Preside Emerito della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Trieste, ha insegnato e insegna Filosofia del Diritto, Storia delle dottrine economiche, Diritto costituzionale italiano e comparato, Teoria dei partiti politici, Istituzioni di diritto pubblico, Dottrina dello Stato, Diritti umani. La produzione scientifica di Reale è estremamente ricca (una quarantina di opere in tutto, edite fino al 1999) e tocca una varietà di temi sociali, politici, giuridici

storico culturale, si costituiscono numerose unità polivalenti, corrispondenti a diversi cicli assiologici distinti, come unità storiche dell'umanità nel suo flusso esistenziale, che vengono chiamate civilizzazioni. La storia della cultura non è, in fondo, unilineare e progressiva, non c'è una preordinazione che genera quella particolare civilizzazione, ma si dispiega e si oggettivizza nel convergere di una moltitudine di cicli che si definiscono ontologicamente in una data realtà sociale e culturale. È proprio nell'opera sopra citata, *summa* del suo insegnamento, che Reale dedica un intero capitolo, il XXIV, nella parte inerente l'ontogno-seologia giuridica, a discutere la concezione del diritto nella dottrina di Del Vecchio¹⁴; inoltre, nel capitolo XX, vengono tracciate le differenze più significative tra la divisione tripartita della Filosofia del diritto secondo Stammler e Del Vecchio¹⁵.

Nell'approfondire la concezione del diritto secondo Del Vecchio, Reale mette in luce l'influenza che sui suoi studi hanno esercitato Aristotele, Sant'Agostino, Fichte e Kant, discutendone criticamente i passaggi più significativi, soprattutto per quello che concerne la questione dell'agire *giuridico*, in particolare il profilo della *esteriorità* o *interiorità* di un'azione e della sua dimensione intersoggettiva; altra tematica che ha suscitato l'interesse di Reale nella impostazione filosofica di Del Vecchio riguarda la dimensione del diritto nella prospettiva che sta tra giustizia e alterità. Riporta i nomi di alcuni pensatori brasiliani che hanno ragionato a partire dagli spunti offerti dalla dottrina di quello che lui considera uno dei più eminenti maestri italiani, dicendo in particolare:

Segundo Antonio José Brandão, è na obra de Del Vecchio que, 'pela primeira vez na história do pensamento filosófico-jurídico, Direito e Justiça, reunidos no mesmo conceito lógico-formal, passam a corresponder a mesma coisa, embora refenda diferentemente a duas funções distintas da Razão: a teórica e a prática, com duplo alcance, gnoseológico e deontológico. Acrescenta o jurista-filósofo português que, no entanto, permanece misteriosa a sua passagem de princípio gnoseológico para

e filosofici. Ci si riferisce in particolare a: *O Estado Moderno; Formação da Política Burguesa; O Capitalismo Internacional; Atualidades de um Mundo Antigo; Atualidades Brasileiras; Fundamentos do Direito*; e la più volte citata *Teoria do Direito e do Estado; "A Doutrina de Kant no Brasil"*; *Teoria Tridimensional do Direito*..

¹⁴ Reale, *Filosofia do direito*, 300-308.

¹⁵ *Ibid.*, 259-265.

principio deontológico¹⁶. È que, como veremos, o conceito de Direito de Del Vecchio implica em elementos axiológicos inconciliáveis com seu formalismo transcendental.

Reale dunque esprime, in più di un passaggio, un chiaro richiamo agli insegnamenti di Del Vecchio, rivolgendo tributi di riconoscenza espliciti e frequenti, anche laddove lo studio critico delle sue teorie non porta ad allineare la *Weltanschauung* con quelle proposte dal maestro italiano: la storia del loro dialogo scientifico non può essere ridotta ad un'influenza unidirezionale che va dalla scuola di Roma a quella brasiliana, quanto più testimonia uno scambio proficuo e stimolante, che ha arricchito delle realtà filosofiche peculiari e per molti aspetti distanti, ma inclini all'apertura e al benefico confronto con l'alterità.

26.2. Miguel Reale e il neokantismo in Brasile

Una delle prime questioni che bisogna porsi per comprendere il successo riscosso dall'opera di Del Vecchio nell'America Latina lusofona, è quale sia la ragione che ha spinto alcuni intellettuali latinoamericani, nella fattispecie brasiliani, ad interessarsi alle sue opere, e quando queste siano permeate in modo significativo nel tessuto culturale del Brasile¹⁷. Tale ricerca va effettuata nella direzione del riconoscimento

¹⁶ Brandão, *O direito, Ensaio de Ontologia Jurídica*, 63 ss. Per una sintesi del pensiero di Del Vecchio, cfr. Luisi, "Prefazione" in "Direito, Estado e Filosofia". La nota è stata tradotta liberamente dall'originale, presente in Reale, *Filosofia do direito*, 306.

¹⁷ Della simbiosi culturale e filosofica che è stata intessuta tra Italia e Brasile, si può prendere in esame l'articolo di Reale, "La cultura giuridica italiana in Brasile", 733-738. Inoltre, dall'Archivio Giorgio Del Vecchio, si desume la intensa e proficua attività di scambio e collaborazione con il Dipartimento di Filosofia del Diritto diretto da Giorgio Del Vecchio con eminenti centri culturali e scientifici spagnoli, portoghesi e sudamericani, quali: la Sociedad De Bibliófilos Españoles Madrid, Sociedad De Estudiantes De Derecho De Managua, Academia De Ciencias Políticas Y Sociales Caracas, Academia R. De Ciencias Moroleo Y Políticas, Biblioteca Central De La Universidad De Los Andes, Biblioteca Da Faculdade De Direito Da U.M. Gerais, Biblioteca Da Faculdade De Direito Da Universidade De Sao Paulo, Biblioteca De La Constitucion Santa Fe, Biblioteca De La Facultad De Derecho - Lima (Peru'), Biblioteca De La Facultad De Derecho (Universidad Central De Venezuela (Caracas), Biblioteca De La Facultad De Derecho Y Ciencias Sociales De Asuncion, Biblioteca De La Facultad De Filosofia Y Letras (Tucuman), Biblioteca De La Universidad De Costa Rica, Biblioteca Del Congreso Nacional (Buenos Aires), Universidad Católica Andres Bello (Caracas), Universidad Católica Andres Bello (Caracas), Universidad De Antioquia, Universidad De Antioquia, Universidad De Costa Rica, Universidad De Deusto, Universidad De Granada, Universidad De La Habana, Universidad De Madrid, Universidad De Merida, Universidad De Salamanca, Universidad

della marcata matrice kantiana della filosofia del diritto brasiliana della prima metà del diciannovesimo secolo: nell'etica, nell'estetica, nell'epistemologia, nella storia, nella politica e nel diritto, la presenza di Kant e la vigenza dei risultati della sua *Critica* sono indubitabili. I primi cenni di tale influenza si intravedono probabilmente già all'epoca in cui Napoleone nel 1807 invade il Portogallo per assumerne il controllo; in quel frangente, l'allora Principe Reggente Dom João de Bragança dispone il trasferimento della famiglia reale, la corte e la sua preziosa biblioteca a Rio de Janeiro, nel nord del Brasile. Approdati nel 1808, nello stesso anno il Principe si prodiga affinché la biblioteca reale sia installata al sicuro nell'edificio del Terzo ordine delle Carmelitane. Numerosi i volumi pregiati presenti nella biblioteca tra cui, curiosamente, anche un trattato su Kant sui principi fondamentali della filosofia trascendentale ad opera di Charles Villers, del 1801. In assenza di rinvenimenti anteriori, si ipotizza che questo sia stato il primo testo pubblicato sul pensiero di Kant in Brasile.

Storicamente, il primo autore ad aver tentato la diffusione dell'opera di Kant è Francisco Bento Targini, visconte del Paranà, che, anche a fronte del severo decreto di censura del 27 luglio del 1801, non interrompe la sua instancabile opera di traduzione e diffusione dei testi vietati dal regime; solo nel 1820, infatti, la libertà di stampa vede la luce anche in Brasile. E se da un lato l'attività di traduzione è un indicatore dello statuto morale del Targini, dall'altra consente di fare alcune considerazioni sul dato storico. È infatti rilevante notare che il pensiero di Kant (entusiasta sostenitore della Rivoluzione Francese nonché strenuo difensore della libertà di espressione delle proprie idee, del credo religioso e delle convinzioni politiche), inizia a permeare la cultura brasiliana come un esempio di pensiero razionale, in armonia con la maggioranza delle ideologie politiche e liberali al tempo in discussione. Tuttavia, nonostante gli sforzi diffusivi di Targini, i semi kantiani che inizialmente sembravano aver germogliato, non avevano invero messo radici troppo salde. L'influenza di Kant si dissolve assieme alla figura del suo primo traduttore, e anche in seguito, tranne alcuni periodi di

De Santiago De Compostela – Facultad De Derecho, Universidad De Sevilla, Universidad De Valencia, Universidad De Valladolid, Universidad Javeriana, Universidad Mayor De San Marcos, Universidad Nacional De Cordoba, Universidad Nacional De Tucumán, Universidad Nacional Mayor De San Marcos, Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad Católica Boliviana, Universidade De S. Paulo – Bibliotheca Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, ecc.

intenso ma fugace rigoglio, non si può parlare di continuità nella scuola filosofica kantiana¹⁸. Nella prima metà del XIX secolo, a partire dall'anno 1827, viene istituito un corso introduttivo sulla dottrina kantiana dall'Università di San Paolo. Contestualmente, vede la luce un lavoro accademico inerente le teorie su spazio e tempo come categorie sensibili *a priori* per l'Università di San Paolo, e l'esplicita menzione della scuola kantiana paolista nel Manuale di Storia della Filosofia a cura di Wilhelm Gottlieb (*Grundriss der Geschichte der Philosophie für den akademischen Unterricht*), testimonia una qualche sopravvivenza, seppure in sordina, degli studi su Kant, quantomeno a livello di ricerca universitaria. Comunque, è assodato che dal 1830 in poi l'inclinazione per il kantismo, in termini di studi e di pubblicazioni, può dirsi praticamente estinta; se è attendibile il dato che vede Kant progressivamente rarefarsi nelle pagine degli studiosi,

¹⁸ Alcune di queste fasi sono descritte nel contributo di Perez, Rauscher, *Brazilian Work on Kant*, «Also during the early years of the nineteenth century, another of the court's intellectuals, Martim Francisco, offered a course and wrote a book called *A filosofia transcendental de Kant* (Kant's Transcendental Philosophy). The book, nonetheless, disappeared, and apparently its contents never received further commentary. In the second and third decades of the nineteenth century, Kant's works continued to spread in Brazil. In this respect, a distinguished scholar notes that when the São Paulo College of Law was created in 1827, Kant's doctrine was already known in some way, to the extent that a priest named Father Mimi, who offered the preparatory courses, usually exposed his students to the Kantian theory of space and time as *a priori* forms of sensibility. Although incipient, the presence of Kant in philosophical thought in São Paulo at the time even earned an explicit mention in the work of Wilhelm Gottlieb Tennemann's *Grundriss der Geschichte der Philosophie für den akademischen Unterricht* (Manual of the History of Philosophy for Academic Instruction), where he speaks of 'São Paulo Kantianism'. This manual dates from 1829, making it clear that Kantian influence already existed for some time, since a school of philosophy does not come into being overnight. In addition to this, the testimony lets us figure out that Kant's influence could have survived into the following decade. If it is true that a school needs a year to be consolidated, it is also correct that neither is it possible for it to be extinguished from one hour to the next. Thus, it is valid to say that it could have continued to exist during the whole of the following decade. The reference in Tennemann's manual can be understood as a demonstration of the endurance of São Paulo Kantianism, especially Feijó's. Also during the early years of the nineteenth century, another of the court's intellectuals, Martim Francisco, offered a course and wrote a book called *A filosofia transcendental de Kant* (Kant's Transcendental Philosophy). The book, nonetheless, disappeared, and apparently its contents never received further commentary. Another thinker influenced by Kant, the politician and later regent of Brazil Father Diogo Antônio Feijó (1784-1843), could be the source of São Paulo Kantianism. Because in his *Cadernos de Filosofia* (Philosophical Notebooks) written between 1818 and 1821, Feijó began to develop a *sui generis* and influential way of interpreting Kantianism. Distancing himself from scholasticism and combating the political conservatism of some sectors of the rural aristocracy, his appropriation of Kant developed along the lines of the new liberalism».

altrettanto vero che i suoi ideali sulla libertà, sulla morale, sulla partecipazione politica, sembrano essere stati assorbiti al punto da aver animato le trasformazioni politiche dal cosiddetto 'primo impero', attraverso il periodo di reggenza fino al 'secondo impero'. Questa latenza del pensiero kantiano nelle fila brasiliane va interpretata forse non già come un affievolimento dell'interesse per le sue idee, quanto più come un periodo di incubazione che poi, nell'ultima metà del XIX secolo, trova il suo naturale sbocco nella scuola di Recife. Nata inizialmente come una risposta agli echi dello spiritualismo e del positivismo continentale, finisce per mostrare la sua influenza in modo sempre più marcato, fino a costituire una corrente autonoma di pensiero e a imporsi come la corrente neo-kantiana in Brasile¹⁹.

¹⁹ Al fine di tracciare le linee della storia della penetrazione della corrente neokantiana in Brasile, e della diffusione più massiccia in alcune aree specifiche, tra cui Recife, uno dei centri nevralgici del neokantismo, cfr. Mendonça de Brito, *O Neokantismo no Brasil*, 117 e ss., di cui si riportano gli stralci più significativi: «O neokantismo como filosofia da ciência perdura em nosso país aproximadamente nas três primeiras décadas deste século. Compreende uma nítida recusa ao positivismo e uma compreensão clara de que a ciência que se forma a partir dos fins do século anterior já não parte da observação e da catalogação, como supunham os positivistas. A nova ciência, que restringe profundamente as ambições da física newtoniana, valoriza a hipótese, como queria Galileu. Em vista dessa vinculação ao novo entendimento da Ciência, o neokantismo desloca-se das Faculdades de Direito, em especial as do Nordeste, onde se busca preservar o legado de Tobias Barreto, para a Escola Politécnica do Rio de Janeiro. É neste estabelecimento que o positivismo será anulado como filosofia da ciência e onde tem lugar a adoção de renovada aceção de ciência. Do ponto de vista filosófico, a fonte inspiradora essencial é a filosofia francesa, em especial as idéias de Leon Brunschvicg e seus discípulos, acompanhada do reconhecimento de que seu fundamento último se encontra em Kant. As comemorações do segundo centenário do nascimento do filósofo são disso, como veremos, uma prova irrecusável. Ao lado desse fulcro principal, a presença do neokantismo é observada em diversos outros centros culturais e instituições. Na Faculdade de Direito de São Paulo, os remanescentes kantistas parecem palpitar com tamanha intensidade que Pedro Lessa, como representante da Escola Positivista, sente-se na obrigação de escrever o seguinte: desde os seus primórdios, o sistema de Kant é falso. Análise rigorosa dos melhores filósofos do século XIX destruiu, totalmente, as bases da *Crítica da Razão Pura* e da *Crítica da Razão Prática*. Segue idêntico caminho seu colega e contemporâneo José Mendes (1861-1918), professor na mesma Faculdade. A ação política dos positivistas iria, entretanto, afastar paulatinamente os mestres paulistas do contato com a ortodoxia, tendo o último dos seguidores dessa Escola, João Arruda (1861-1943), aderido ao ideário liberal. A circunstância há de ter contribuído para clarear o ambiente naquela academia, a julgar pela exaltação da obra de Kant que se sente em liberdade para empreender Reynald Porchat, na comemoração do Centenário dos Cursos Jurídicos no Brasil (*O pensamento filosófico no primeiro século da Academia, Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 333-374). No Nordeste, embora as novas Faculdades de Direito se tenham criado por influência da Escola de Recife, adotando-se os Estudos de Direito, de Tobias Barreto, como texto básico oficial, com o correr

La scuola acquista sempre maggiore prestigio, potendo peraltro annoverare tra i suoi sostenitori autori come Sílvio Romero, Arthur Orlando, Clóvis Bevilacqua²⁰ e Tobias Barreto²¹. In particolare, si oppone al progetto di matrice positivista della creazione della cosiddetta «fisica sociale», in cui gli esseri umani vengono riguardati solo come soggetti di schemi deterministici causalmente prestabiliti, e non in quanto enti dotati di coscienza e di capacità di autodeterminazione. I neokantiani di Recife avevano preso le distanze da quel modello ermeneutico-interpretativo di tipo naturalistico-determinista che si identificava in una concezione ingegneristica della società, a favore di un'idea di filosofia intesa come una teoria della conoscenza e la cultura come una dimensione antropologica libera dell'universo umano, e non una mera contingenza. In sostanza la scuola di Recife, e in particolare Barreto, contrasta la visione riduttivistica e funzionalista dell'essere umano, finendo per riorientare l'indagine filosofica in base alle coordinate kantiane della valorizzazione della cultura e della libertà morale del singolo²².

dos tempos inclinam-se por dar ao direito tratamento exclusivamente sociológico, desinteressando-se da inquirição filosófica. Preserva-se, no entanto, o que se denominou culturalismo sociológico. Este se constituiria, segundo entendimento de Francisco Martins de Souza, numa das formas de preservação do culturalismo de Tobias Barreto. No Rio de Janeiro, além do movimento anti-positivista da Escola Politécnica, que servia para difundir o kantismo, a obra de Kant parece ocupar uma posição de destaque na Faculdade de Filosofia, criada em 1924, onde ensinavam, entre outros. Alcides Bezerra, a julgar do discurso de seu representante na solenidade comemorativa do bicentenário, Nuno Pinheiro, adiante referido. Sobressai no período, por ser manifestação nitidamente inserida na perspectiva da Escola de Marburgo, o livro *A teoria do conhecimento de Kant*, de Januário Lucas Gaffrée, em 1909».

²⁰ Anche Bevilacqua fu uno studioso molto vicino a Giorgio Del Vecchio, come si evince dal massiccio carteggio che intercorre tra i due nel corso degli anni e viste le numerose collaborazioni del brasiliano nella *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*.

²¹ Cfr. Da Costa Oliveira, *Reflexões Filosóficas*, 66: «Desta forma, partiremos agora numa tentativa, se bem que sumária, de analisar a presença de Kant no Brasil, nos atendo mais a fase representada por Tobias Barreto, por entendermos ser este autor a mola mestra para a compreensão do desenvolvimento posterior de uma literatura que traz em menor ou maior conta a presença de Kant, isto a partir já da Escala de Recife e mais recentemente com o Culturalismo de Miguel Reale e outros».

²² Per ulteriori approfondimenti in merito, cfr.: Lessa, *Estudos de Filosofia do Direito*; Souza, *O culturalismo sociológico de Alcides Bezerra*; Paim, *O estudo do pensamento filosófico brasileiro*; Apud Paim, *A Filosofia da Escola do Recife*; Barreto, *Estudos de Filosofia*.

Talmente profonda e palpabile si è rivelata l'influenza delle opere del filosofo tedesco, mediate dalla scuola neo kantiana di Recife, che gli studi a lui dedicati riprendono a diffondersi in modo rapido e capillare²³. In sostanza, come afferma Miguel Reale nel saggio "A doutrina de Kant no Brasil", uno studio a margine dell'opera di Clovis Bevilacqua, scritto nel 1924, in occasione della commemorazione del secondo centenario nella nascita del filosofo²⁴, uno degli aspetti fondamentali del neo-kantismo giuridico è quello di aver evidenziato l'impossibilità, dopo Kant, di determinare il concetto di diritto e di giusto mediante un processo meramente induttivo, ossia avvalendosi di elementi puramente esperienziali. In primo luogo, come affermato sia da Stammler che da Del Vecchio, l'esperienza comunica all'intelligenza solo ciò che è particolare e transitorio, ossia ciò che è essenzialmente storico, mentre se il fine è quello di fondare una definizione di diritto e un'idea di giustizia di carattere universale, suscettibile dunque di una applicazione che attraversi la storia del diritto e che abbracci il passato, ma che sia in grado di ricomprendere anche il futuro, ci si dovrà avvalere di una nozione di giuridicità distinta e indipendente dalle modulazioni concettuali che il suo contenuto può sopportare, ed essere loro superiore.

²³ Cfr. Perez, Rauscher, Ivi, si legge in merito alla diffusione dell'opera di Kant in Brasile dopo la Scuola di Recife: «First, there were those texts by Father Charles Sentroul, a professor at the University of Louvain in Belgium who taught for a certain period at the University of São Paulo, wrote, among other texts, *La philosophie religieuse de Kant* (Kant's Religious Philosophy) and *L'objet de la métaphysique selon Kant et selon Aristote* (The Object of Metaphysics in Kant and Aristotle) (1905), both published in France. In 1908, the second edition of Silvio Romero's *Ensaio de Filosofia do Direito* (Essay on the Philosophy of Right) was published with a part that corresponds to *Kant e a metafísica* (Kant and Metaphysics). In 1909, Januário Lucas Gaffrée wrote, under the influence of the Marburg School, his *Teoria do conhecimento de Kant* (Kant's Theory of Knowledge), published in Rio de Janeiro. In 1912 Pedro Lessa, ex-chief of police and Judge of the Supreme Court, published a text against Kant *O idealismo transcendental ou criticismo de Kant* (Transcendental Idealism, or Critique of Kant) in his *Estudos de Filosofia do Direito* (Studies in the Philosophy of Right). Although it is a text that is worth the trouble of reading, more as a curiosity within the history of Brazilian Kantianism, its contents are rather poor and its criticisms irrelevant. In 1924, a Commemorative Conference for the Bicentennial of Kant's Birth was organized that resulted in the publication of a collection edited in Rio de Janeiro by the publishers Canton & Bayer. Amoroso Costa's *Kant e as ciências exatas* (Kant and the Exact Sciences), Abelardo Lobo's *Kant e o Direito* (Kant and Right), Nuno Pinheiro's Kant, and Pontes de Miranda's *Kant Em face à cultura geral Kant* (Regard to General Culture) are some of the papers found in this collection. The work offers a general overview of the relation between Kant's philosophy and the sciences and culture and is seriously achieved».

²⁴ Reale, "A doutrina de Kant no Brasil," 5-14.

Reale, ispirandosi a Del Vecchio, ritiene che l'osservazione del dato empirico non può condurre da solo a determinare il concetto formale del diritto, in quanto l'osservazione medesima presuppone una nozione preesistente di diritto stesso. Nel momento in cui si prende in esame il dato storico in generale e si intende espungere da questo quello giuridico, lo si fa affidandosi ad una nozione già anticipatamente assimilata, e che consente di distinguere ciò che è giuridico da ciò che non lo è, ciò che pertiene alla logica del diritto e ciò che da questa viene esclusa. Di conseguenza, il criterio distintivo, è logicamente anteriore alla osservazione. Si riportano a tal proposito le parole di Reale:

Del Vecchio è, ao nosso ver, o mais claro expositor da doutrina, segundo a qual só é possível conceber e fundamentar o Direito a priori. A observação dos dados empíricos, ou seja, dos fenómenos do direito não pode conduzir por si só à determinação do conceito formal do Direito, porque ela pressupõe este conceito. Quando empreendemos o exame dos dados históricos em geral e queremos discernir entre êles os dados jurídicos, confiamos numa certa noção que está implícita em nossa mente, e que permite distinguir o que é jurídico e o que não o é, o que pertence à espécie lógica do Direito e o que dela se exclue²⁵.

Come Del Vecchio, anche Reale riconosce che anche nell'ipotesi in cui si volessero desumere i concetti di diritto e di giusto da una operazione di pura astrazione, si darebbe per risolto solo il problema di conoscere *ciò che il diritto è (Sein)*, e non già *ciò che il diritto deve essere (Sollen)*: in altre parole, non è possibile trarre un imperativo da un indicativo.

In questo senso, il concetto di diritto deve essere *a priori* e il dovere giuridico si può fondare nell'autocoscienza delle personalità, postulato dalla libertà di ogni individuo come condizione di vita etica. Da una critica parallela di alcuni passaggi speculativi, al di là dei vasti punti di tangenza tra la dottrina di Del Vecchio e quella realiana, emergono alcune specificità, che denunciano sì una reciproca comprensione, ma anche una riflessione ragionata delle altrui sollecitazioni sulla base del proprio percorso filosofico. Nel primo capitolo di *Fundamentos do direito*, intitolato *O direito como pura criação racional*, Reale espone la concezione delvecchiana del concetto di giusto, che non può prescindere dalla considerazione della alterità (o della bilateralità) come elemento fondativo necessario e imprescindibile, commentando così:

²⁵ Reale, *Fundamentos do direito*, 24.

Embora não nos convença o apriorismo del Del Vecchio, não podemos deixar de notar aqui o alto volar de sua monografia sobre a Justiça, uma das mais subtis e elegantes dopensamento jurídico contemporâneo. Neste trabalho, escrito ‘con amore’, como disse bem Levy Ullmann, o antigo mestre de Roma faz a análise do conceito de justiça na antiguidade clássica e na Idade Média, procurando demonstrar que, de maneira implícita ou explícita, sempre houve a noção ao justo como ‘alteridade’ ou ‘bilateralidade’, analisando o pensamento dos pitagóricos, dos juristas romanos, de Platão, de Aristóteles, de St. Tomaz, de Dante, De Crocio, de Vico, de Rosmini, etc. Pensamos que a proporção de homem para homem nos dá, sem dúvida, o significado fundamental da noção de Justiça (e Dante exprime bem esta verdade quando no *De Monarchia* define o direito como *realis ac personalis hominis ad hominem proportio quae servata hominum servat societatem, corrupta corrumpit*), mas não nos parece que esta seja uma noção formada a priori, independente de toda experiência. No sentido de Del Vecchio, cfr. Petrone, *Contributo all’analisi dei caratteri differenziali del Diritto*, Torino, 1897. Como se depreende do texto, é notável no pensamento de Del Vecchio, a influência da doutrina de Fichte, pelo seu esforço de reduzir a um só princípio (à auto-consciência) as várias formas da atividade espiritual²⁶.

In questo senso, si registra uno iato tra il pensiero di Del Vecchio e quello di Reale, laddove quest’ultimo non ritiene che la nozione di alterità sia formata a priori, indipendentemente dall’esperienza, come invece sostiene Del Vecchio.

A ulteriore testimonianza della continuità che esiste tra il pensiero di Del Vecchio e quello di Reale si riportano, significativamente, le parole di Miguel Reale: «Não é por mera coincidência que os mais profundos interpretes do contratualismo como ‘critério de valoração do Direito Positivo e do Estado’ pertencem ao neokantismo ou se ligam diretamente a Kant, como é o caso de Renouvier, de Stammler, de Del Vecchio, de Kelsen e de Radbruch»²⁷. Inoltre, nel 1958 appare nella *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* un contributo di Reale, intitolato “La cultura giuridica italiana nel Brasile”. Si legge:

Qui mi rimane ormai da ricordare, nel corso di questi rapidissimi cenni, ciò che la mia disciplina deve, in Brasile, ai pensatori italiani: all’inizio

²⁶ Ibid., 28-29.

²⁷ Ibid., 21-22.

del secolo con Filomusi Guelfi, Carle, Icilio Vanni, Fragapane, Puglia, ecc., in seguito con i meravigliosi contributi dell'insigne maestro Giorgio Del Vecchio e dell'imponente seguito dei suoi collaboratori e discepoli e, ancora, con la profonda operosità di pensatori illustri quali, tra gli altri, Giuseppe Capograssi, Alessandro Levi, Cesarini Sforza, Bava, Felice Battaglia, Luigi Bagolini, Norberto Bobbio: i quali, tutti, assicurano un innegabile primato italiano alla filosofia giuridica del nostro tempo. È un dialogo antico, dunque, a partire da Pedro Sessa e João Arruda: dialogo fecondo e significativo nella cultura delle Americhe²⁸.

26.3. La corrente culturalista brasiliana e la teoria tripartita del diritto in Reale

La teoria tridimensionale del diritto di Reale ha esercitato una profonda influenza nel mondo accademico non solo del suo paese originario, ma di tutta l'America Latina. In gioventù è stato uno dei leader dell'integralismo brasiliano, per poi convertirsi in uno dei principali liberali sociali del paese. Reale è anche affiliato alla corrente culturalista, considerata l'erede naturale e la figlia legittima della sopra citata scuola di Recife, per continuità di visioni e di contenuti soprattutto con le opere di Barroso il quale, nell'opinione di molti, avrebbe anticipato il movimento neo-kantiano tedesco di diverse decadi. E proprio al neokantismo, secondo Gonzalez²⁹, il culturalismo deve le sue principali ascendenze concettuali. Kant infatti, nella sua opera *Critica della ragion pratica*, osserva che la produzione, in un essere razionale, della capacità di scegliere i propri fini in generale e conseguentemente, di essere libero, si deve alla cultura.

La teoria tridimensionale del diritto di Reale si inserisce dunque nell'ambito del culturalismo giuridico³⁰. Reale, come dichiara in un

²⁸ Ibid., 38.

²⁹ Nella continuità della discussione sulla concezione della giuridicità in Reale, cfr. Gonzalez, *A Teoria Tridimensional do direito de Miguel Reale e o novo Código Civil Brasileiro*, 3.

³⁰ Sempre dall'opera di Perez, Rauscher, *Brazilian Work on Kant*: «During the 1940's, Miguel Reale initiated the culturalist current with works in a neo-Kantian vein such as *Fundamentos do Direito* (Elements of Right) and *Teoria do Direito e do Estado* (Theory of Right and the State). Several years later, after the foundation of the Instituto Brasileiro de Filosofia (Brazilian Institute of Philosophy) and of the *Revista Brasileira de Filosofia* (Brazilian Journal of Philosophy), Reale extended his criticism of the "formal" concept of culture and reformulated his reflections on right, culminating in such seminal texts as *Experiência e Cultura* (Experience and Culture) 1977 and *Verdade e Conjetura* (Truth and Conjecture) (1983), in which he used a systematic analysis

articolo del 1992, "Linha evolutiva da teoria tridimensional do direito"³¹, per strutturare la sua visione tripartita del diritto, si ispira alla concezione di Icilio Vanni e di Giorgio del Vecchio. Vanni, come positivista critico, attribuisce più importanza a quella che chiama fenomenologia giuridica, che intende il diritto come fatto sociale, rispetto alla gnoseologia giuridica, che riguarda invece la norma e la deontologia giuridica, afferente i doveri che dalle norme scaturiscono. Del Vecchio, suo discepolo, in quanto neo-kantiano, mantiene la tripartizione di Vanni, ma la interpreta secondo un altro paradigma: la teoria dell'idea del diritto o giustizia (deontologia giuridica), la teoria del concetto del diritto o gnoseologia giuridica, riservando poche pagine alla fenomenologia giuridica.

Reale, sulla base di queste sollecitazioni, si interroga sull'idea della tripartizione così come proposta dai filosofi del diritto italiani, in particolare sulla possibilità che nel fondo di questa divisione non si nasconda un problema essenziale in merito alla struttura dell'esperienza giuridica tutta e se, pertanto, non sia necessario andare oltre una mera ripartizione metodologica per comprendere a pieno la realtà giuridica in sé. Reale, come prima cosa, prende le distanze dalla concezione kelseniana del diritto, riguardata come pura norma, come sovrapposibilità perfetta e assoluta del testo con il concetto astratto del diritto, tanto quanto non accoglie la concezione marxista-economicista del diritto come fatto puro con rilevanza economica. E in ultimo, il diritto secondo Reale non è neanche principalmente assimilabile nel valore,

partially inspired in Kant's work to address the fundamental problems of philosophy in dialogue with contemporary philosophers. His work appears to recreate an arc which goes from the neo-Kantianism of the Baden School, represented by Rickert and Windelband (in opposition to the Marburg School, represented by Cohen and Natorp) to the reflection about right and culture in a clearly phenomenological tenor. Other culturalists engaged in Reale's project, such as Luis W. Vita, Djacir Menezes, Antônio Paim, Paulo Mercadante and Nelson Saldanha, also applied themselves to Kantian texts, producing important commentaries and reflections on diverse aspects of Brazil's intellectual history. In 1932, Djacir Menezes, today better known as a pioneer of Hegelianism in Brazil, wrote a doctoral thesis entitled *Kant e a idéia do direito* (Kant and the Idea of Right); in 1982, Nelson Saldanha published *Kant e o criticismo* (Kant and Critique) in the *Revista Convivium* (Petropolis); and in 1997 practically an entire volume of the *Revista Brasileira de Filosofia* was devoted to Paim's work with Kant's texts. After culturalism, however, neo-Kantism took other paths, notably during the 1980's and 1990's».

³¹ L'articolo in realtà è la trascrizione di un intervento di Reale alla Facoltà di Diritto presso l'Università di Rio de Janeiro il 25 marzo 1992, in occasione di una giornata di studi in suo onore organizzata da Antonio Paim, Ubiratan de Macedo e Aquiles Cortes Guimaraes.

come vorrebbero gli adepti del diritto naturale tomista. La visione del diritto da lui proposta è di natura sintetica rispetto alle teorie sopra citate: il diritto si pone contestualmente come fatto, come norma, e anche come valore, costituisce cioè un' *integrazione normativa* di fatti in base a determinati *valori*³². Questi tre elementi, che si interrelazionano reciprocamente in modo dialettico, si comportano secondo una dinamica viva, *in fieri*, che li integra e li fa convergere continuamente nel diritto. Secondo Reale, il diritto dunque è una realtà trivalente, tridimensionale, i cui elementi costitutivi non possono essere separati né logicamente né metodologicamente. Il fatto, il valore e la norma dunque, sarebbero tre angolazioni di uno stesso prisma: quello della dimensione giuridica.

26.4. Il neocorporativismo in Brasile e l'interesse per la questione sociale in Miguel Reale. L'eredità di Giorgio Del Vecchio

Miguel Reale, da studente, si avvicina a gruppi politici di stampo socialista, nutrendo simpatie per tale impostazione ideologica. L'atmosfera nella facoltà di diritto è di grande effervescenza e di sincero interesse per gli affari brasiliani. La Rivoluzione del '30 aveva portato con sé un massiccio bagaglio di speranza ma già nel '32 le aspettative per un cambiamento concreto e sostanziale si erano spente in un franco disincanto, che Reale stesso esprime con queste parole:

Quando è iniziata la Rivoluzione Paulista, io mi trovavo in uno di quei momenti di profonda disillusione, in me albergava un perfetto stato di disponibilità, la mia mente era un cimitero di idee che avevano avuto forza e vigore nel passato, da quelle mirabili del liberismo alle pulsioni agitatrici del marxismo. Mi preparavo come chi va in guerra alla ricerca di se stesso, certo di trovarne nel pericolo il senso nuovo della vita. Al ritorno, compresi che la mia crisi spirituale era stata, come per molti della mia generazione, la crisi di chi si chiude in se stesso, divorando idee nel silenzio egoista del proprio studio, senza capire che l'idea è tanto più nostra, quanto più la spargiamo per il mondo.

Reale, come tanti suoi compagni quali Helder Câmara e Jehovah Mota, era alla ricerca di una politica di idee e non di cieco personalismo.

³² Questa formula si deve a Josef Kunz, discepolo di Kelsen, che egli definì formula realeana.

Ciò che egli scorge nel movimento integralista di Plínio Salgado è quello che lo porterà ad aderirvi a 23 anni per lasciarlo nel 1937, dopo il *golpe* che aveva sancito l'inizio dell'*Estado Novo*.

Dal 1940 in poi, Reale ottiene la cattedra di filosofia del diritto all'Università di San Paolo, e da quel momento la speculazione filosofica e l'insegnamento lo assorbono completamente. Nel corso degli anni la sua idea in merito alle questioni politiche che interessavano il Brasile subisce varie evoluzioni, soprattutto dirette a superare le tesi a cui aveva aderito nella decade degli anni '30, ragione per la quale Reale non affianca Plínio Salgado quando questi, sotto la dicitura di Estado Novo, finisce per ricompattare i vecchi integralisti nel Partido de Representação Popular. Nel periodo in cui Reale abbraccia il movimento integralista, concepisce due gruppi di opere: il primo corrisponde alla storia delle idee politiche e consiste in cinque libri, ossia *Formação da política burguesa* (1934); *O Estado moderno* (1935); *O capitalismo internacional – introdução à economia nova* (1935); *Atualidades de um mundo antigo* (1936) e *Atualidades brasileiras* (1937). Il secondo gruppo è formato da tre testi cui espone la sua versione della dottrina integralista: *A posição do integralismo* (1933); *Perspectivas integralistas* (1935) e *ABC do integralismo*.

Quegli stessi anni segnano per Del Vecchio un periodo di gravi traversie politiche che influiscono pesantemente anche sul piano personale e lavorativo, tale per cui solo dal 1944 in poi riprende a svolgere nell'Università di Roma le sue mansioni ordinarie. La sua attività è ora incentrata sul versante didattico e organizzativo, all'interno di un più vasto campo culturale, riuscendo a fare della sua cattedra romana un punto di riferimento per gli studiosi di filosofia del diritto d'ogni paese. Sono degli anni '20-21, in cui inizia il suo insegnamento, le *Lezioni di filosofia del diritto*, prima apparse sotto forma di dispense litografate, poi in forma di volume a stampa nel 1930, quando pervengono alla tredicesima edizione nel 1965. Anche quest'opera viene tradotta in nove lingue (fra cui il russo e il giapponese, nel 1941) e nella sua edizione spagnola raggiunge l'ottava edizione nel 1964: considerando la vasta diffusione di questo saggio e l'interesse dimostrato per la traduzione dello stesso in diversi idiomi, *Lezioni di filosofia del diritto* è stato veicolo della cultura italiana su un piano che può ben dirsi mondiale. Nel 1921 Del Vecchio assume la direzione dell'*Archivio giuridico*, che fa risorgere a nuova vita dopo una interruzione decennale, e nello stesso anno

fonda la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, alla quale assicura larga diffusione in Italia e all'estero, con una attenzione costante verso studiosi che vi parteciparono a preservare un'autentica libertà di interessi, tratto questo che sta alla base di ogni forma di collaborazione a livello scientifico; in breve tempo, la *Rivista* diventa dunque davvero 'internazionale' non solo nella vocazione, ma anche nella sua diffusione e nei contenuti³³.

Nel 1936 Del Vecchio fonda la *Società Italiana di Filosofia del Diritto* (la cui designazione viene in seguito mutata in quella *Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*), di cui è stato presidente fino alle dimissioni del 1938, e che torna a presiedere al suo ritorno all'Università, coordinando l'organizzazione di congressi nazionali tenutisi a partire dal 1953, e continuando così, dopo la cessazione dell'insegnamento, ad esercitare un suo magistero di notevole influenza sui giovani studiosi della disciplina. Ripresa anche la direzione della *Rivista*, vi continua a collaborare fino al 1967. Profonda resta la gratitudine che i suoi allievi sparsi per tutto il mondo – tra cui Miguel Reale –, nutrono nei confronti del loro maestro, e plurime sono le manifestazioni di riconoscenza che costellano la carriera di Del Vecchio. Quel che è certo è che il suo percorso, a volte tormentato, resta esemplare in quanto rappresenta il paradigma di un intellettuale che, seppur con la fatica dovuta a contingenze storiche particolarmente complesse, non rinuncia al suo percorso di uomo di studio. Altri suoi colleghi, costretti anch'essi a vivere sotto regimi totalitari, vedono in Del Vecchio una possibilità di orientare la propria parabola di studioso verso orizzonti più aperti, più elevati, che contemplino uno studio intenso e assiduo da un lato, e dall'altro, la ricerca e il confronto con interlocutori internazionali, con cui condividere, parallelamente all'impegno scientifico, un percorso anzitutto umano.

³³ Uno degli autori che nella *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* contribuisce in modo determinante alla promozione della collaborazione culturale tra Brasile e Italia è Leo Magnino, Docente presso l'Università di Roma La Sapienza e L'Orientale di Napoli. Probabilmente ciò è dovuto al fatto che negli anni Cinquanta egli ricopre la carica di Presidente dell'Associazione degli Amici del Portogallo (associazione da lui fondata nel novembre del 1947) e, nell'ambito del Comitato Internazionale per l'Unità e l'universalità della Cultura, è anche membro della Presidenza onoraria della Commissione di studi luso-brasiliani, oltre ad avere incarichi istituzionali di un certo rilievo presso il Ministero della Pubblica Istruzione, per conto del quale dirige il Bollettino di legislazione scolastica comparata.

Riferimenti bibliografici

- AMBROSETTI, GIOVANNI. "La vocazione della classicità nel pensiero di Giorgio Del Vecchio", *Jus*, IV (1961).
- BARRETO, TOBIAS. *Estudos de Filosofia*, Rio de Janeiro: Editorial Grijalbo, 1966.
- BRANDÃO, ANTONIO JOSÉ. *O direito: ensaio de ontologia jurídica*, Tip. Jornal do Comércio e da Colonias: Lisbona, 1942.
- DA COSTA OLIVEIRA, SILVÉRIO. *Reflexões Filosóficas: uma pequena introdução à filosofia*, s.n.: Rio de Janeiro, 2013.
- DEL VECCHIO, GIORGIO. *Il sentimento giuridico*, Torino: Fratelli Bocca, 1902.
- . *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna: Zanichelli, 1905.
 - . *Il concetto del diritto*, Bologna: Zanichelli, 1906.
 - . *Sui principi generali del diritto*, Modena: Società tipografica modenese, 1921.
 - . *Il concetto della natura e il principio del diritto*, Bologna: Zanichelli, 1922.
 - . *La giustizia*, Bologna: Zanichelli, 1929.
 - . *Lezioni di filosofia del diritto*, Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1930.
 - . "La crisi della scienza del diritto," *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XIV, fasc. (1934).
 - . *Storia della filosofia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1950.
 - . *Mutabilità ed eternità del diritto*, Milano: s.n., 1954.
 - . *Diritto, società e solitudine*, Torino: Edizioni Filosofia, 1957.
 - . *Studi sul diritto*, Milano: Giuffrè, 1958.
 - . "La cultura giuridica italiana in Brasile," in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, Anno XXXV, fasc. 6 (1958).
 - . *Presupposti, concetto e principio del diritto*, Milano: Giuffrè, 1959.
 - . *Parerga*, Milano: Giuffrè, 1963-66.
 - . "Lettera a me stesso", *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, LXXXII, fasc. 1 (2005).
- DI CARLO, EUGENIO. "Il concetto della natura ed il principio del diritto di G. Del Vecchio: nota critica", *Rivista filosofica*, V (1908).
- GONELLA, GUIDO. "La filosofia del diritto secondo Giorgio Del Vecchio", *Rivista di Filosofia neoscolastica*, XXIII, fasc. 3, (1931).
- GONZALEZ, EVERALDO TADEU QUILICI. *A Teoria Tridimensional do direito de Miguel Reale e o novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- LESSA, PEDRO. *Estudos de Filosofia do Direito*. Tip. do Jornal do Comércio: Rio de Janeiro, 1912.
- LOSANO, MARIO GIUSEPPE. "Miguel Reale". *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, LXXXIII, fasc. 5, (2006).
- MENDONÇA DE BRITO, ROSA. *O Neokantismo no Brasil*. Editora da Universidade do Amazonas: Manaus, 1997.
- PAIM, ANTONIO. *A Filosofia da Escola do Recife*, São Paulo: Editôra Saga, 1966.
- . *O estudo do pensamento filosófico brasileiro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1979.

- PÉREZ, DANIEL OMAR e FREDERICK RAUSCHER. *Kant in Brazil*. Rochester: Rochester Press, 2012.
- PERTICONE, GIACOMO. "Ricordo di Giorgio Del Vecchio (1878-1970)." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XLVIII (1971).
- REALE, MIGUEL. *A Doutrina de Kant no Brasil Revista da Academia de Letras (Notas à margem de um estudo de Clovis Bevilacqua)*. San Paolo: Saraiva, 1929.
- . *O Estado Moderno*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935.
- . *A formação da Política Burguesa*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935.
- . *O Capitalismo Internacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935.
- . *Atualidades de um Mundo Antigo*. São Paulo: Saraiva, 1936;
- . *Fundamentos do Direito*. São Paulo: ed. Própria, Revista dos Tribunais, 1940.
- . *Teoria do Direito e do Estado*. livr. Martins: Saraiva, 1940.
- . *Filosofia do direito*. San Paolo: Saraiva, 1965.
- . *Teoria Tridimensional do Direito*. San Paolo: Saraiva, 1968.
- TABARONI, NEREO. *La terza via neokantiana. Della gius-filosofia in Italia*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 1987.
- VIGLIETTI, VITALE. *Le premesse metafisiche della dottrina di Giorgio Del Vecchio*. Napoli: Lo stato corporativo, 1938.

27. Filosofia e diritto penale negli anni '30. Il dibattito nella *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*

Gilda Losito*

27.1. Giuristi e filosofi

I filosofi del diritto, è questo il messaggio che lancia Giorgio Del Vecchio attraverso la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, non devono limitarsi alla speculazione teorica, alla costruzione di grandi categorie interpretative. Essi devono lavorare a fianco dei giuristi positivi e vivere in una costante comunicazione con coloro che sono chiamati ad applicare il diritto.

Soprattutto vorremmo che questa Rivista fosse il punto d'incontro di filosofi e di giuristi, i quali troppo spesso s'ignorano e quasi ostentano una reciproca incomprensione, mentre grande sarebbe da ambo le parti il vantaggio se, abbandonando vietati abiti mentali e diffidenze ingiustificate, si stabilisse tra gli uni e gli altri una certa comunione di lavoro e un attivo scambio d'idee, per ciò che concerne la vita del diritto e i suoi problemi fondamentali¹.

I filosofi, scrive ancora la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* devono essere costantemente attenti alle modificazioni che intervengono nel diritto positivo.

Noi vorremo che i cultori dei singoli rami del diritto fossero attratti e sollecitati a riflettere sull'aspetto più generale delle loro discipline, sui criteri direttivi in esse applicati, e sulle questioni vive che hanno attinenza colla logica e colla metodologia del diritto in genere, comunicando le loro riflessioni di tal natura ai cultori della Filosofia; i quali a loro volta

* Dipartimento di Scienze Sociali ed Economiche, 'Sapienza' Università di Roma.

¹ La Direzione, "Programma," 1.

ameremmo che portassero le loro speculazioni viepiù a contatto colla concreta realtà del diritto, e saggiassero a questa prova la forza e la verità dei puri principi, così da collaborare alla soluzione di quei problemi, che si presentano d'ordinario ai giuristi sotto aspetti empirici e contingenti².

27.2. Mutamenti sociali e mutamenti giuridici

La *Rivista internazionale* e il gruppo dei filosofi romani che opera al fianco di Del Vecchio si impegnano anche a studiare le modificazioni organizzative e normative che sono intervenute e che si profilano in due campi: la gestione dell'economia e dei rapporti tra le classi sociali, il controllo repressivo della devianza. Quest'ultimo deve manifestarsi sul piano morale ("l'uomo nuovo"), e su quello giuridico (la severità della punizione come veicolo di rieducazione).

La *Rivista* segue con attenzione l'organizzazione della produzione (industriale ed agricola) e del lavoro introdotta dal regime fascista attraverso il sistema corporativo. Non va dimenticato che tra i fondatori della *Rivista* vi è Widar Cesarini Sforza che negli anni del regime avrà posizioni di rilievo nella cultura del Nuovo Stato e che contribuirà a definire (insieme ad altri studiosi) il carattere di un sistema corporativo chiamato a rappresentare gli interessi del lavoro dipendente senza produrre lacerazioni nel tessuto produttivo (e senza, ovviamente, incidere sulle prerogative e sugli interessi della proprietà privata e di quella industriale).

Sul tema della nuova dimensione dello Stato corporativo appariranno sulla *Rivista* alcuni importanti articoli di Sergio Panunzio, un giurista/filosofo, organico al regime, impegnato ad interpretare e ad illustrare i cambiamenti introdotti dallo Stato fascista nelle relazioni industriali, nel diritto di proprietà, nella organizzazione della produzione, nella rappresentanza degli interessi, nel collegamento tra vita politica e vita economica, tra legislazione e formazione delle risorse.

Un altro tema al quale la *Rivista* e il gruppo dei teorici romani del diritto si mostra interessato è quello della devianza e della punizione. In materia, con l'inizio del XIX secolo sono intervenute forti modificazioni teoriche e pratiche. Il dibattito di fine secolo vedeva la contrapposizione tra la scuola classica (retributiva) e quella positiva (che cerca di

² Ibid., 2.

calibrare la punizione alla personalità del soggetto punito e di orientarla a un processo di risocializzazione). Tra i temi al centro delle discussioni di quell'epoca vi era quindi anche il cambiamento dei sistemi di esecuzione della pena, il ruolo del carcere, delle misure preventive di sicurezza³. La *Rivista* parteciperà al dibattito dedicando alcuni articoli alla questione della pena, alle nuove prospettive del diritto penale, alla riformulazione delle leggi, alla definizione di devianza contribuendo al processo di integrazione dei due indirizzi, quello positivisticò e quello retributivo, che avevano diviso le scienze penalistiche.

27.3. Dibattito sul diritto penale nel ventennio fascista

Le ricerche sul diritto penale contenute nei fascicoli della *Rivista internazionale* consentono di comprendere a pieno la posizione che molti di coloro che la animano assumono nel regime fascista.

Gli studiosi romani pensano che le trasformazioni imposte dal regime vadano accompagnate e sostenute. Ma sullo sfondo rimane sempre il problema della tutela della persona, dallo strapotere dello Stato e dei limiti che vanno posti a una legislazione invasiva ed eccessivamente severa. Nelle riflessioni sul diritto penale si legge insomma un aspetto centrale del pensiero di Del Vecchio: la necessità di porre un limite ai poteri e alle facoltà dei legislatori.

Del Vecchio negli anni venti e trenta sostiene la necessità di valorizzare alcuni principi di diritto naturale (non codificato, collegato alle prerogative innate della persona umana). Il richiamo al diritto naturale non vuole essere un rifiuto della legislazione. I principi non devono cancellare le leggi stabilite dalle autorità che rappresentano la volontà statale. I principi del diritto naturale devono impedire tuttavia che la legge in alcune materie, come quella della punizione, nella quale il cittadino si trova di fronte al potere dello Stato si trasformi in strumenti di prevaricazione e di oppressione. Nel ventennio fascista, infatti, l'attività legislativa in materia penale è intensa e cancella alcune norme e principi di civiltà giuridica introdotti durante il periodo liberale. Il fascismo reintroduce la pena di morte, costruisce nuove figure di reato

³ Sulla trasformazione dei sistemi punitivi in Italia e nei paesi più sviluppati dell'Occidente cfr. Melossi e Pavarini, *Carcere e fabbrica*; Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*; Garland, *La cultura del controllo*; Wacquant, *Punire i poveri. Il nuovo governo dell'insicurezza sociale*.

tese a colpire il dissenso politico, rende più severe le sanzioni detentive, prevede nuove aggravanti.

La punizione deve essere inflitta in conseguenza della commissione del reato. Eventuali effetti sociali della sanzione devono derivare dall'esecuzione della pena e dallo stimolo alla emenda che può venire dall'espiazione. Il retribuzionismo è integrato dal sistema del doppio binario che affianca alla sanzione una misura di sicurezza di tipo afflittivo. La pena, mezzo di difesa della Società nazionale, ha una funzione repressiva, intimidatrice ed emendatrice.

I cambiamenti del diritto penale (o i progetti di mutamento) suscitano l'attenzione di alcuni degli studiosi romani per la centralità che essi hanno nelle trasformazioni politico/istituzionali del tempo. Lo sviluppo di un robusto impianto repressivo dello Stato è, negli anni nei quali si afferma la *Rivista*, considerato da chi governa il Paese un obiettivo politico primario. Il fascismo cerca di rafforzarsi e di radicarsi proprio cambiando alcuni aspetti liberali del Codice Zanardelli. Il fascismo produrrà, nell'immediato, leggi speciali limitative della libertà. Il fascismo vorrà poi caratterizzarsi con l'approvazione di un nuovo Codice penale chiamato ad affermare la certezza della sanzione, la severità della punizione, l'ordine contro ogni forma di disordine sociale e di incitamenti al disordine. Il Codice Rocco si caratterizzerà anche per la estrema severità nella repressione di una criminalità di opinione e nella dura limitazione della libertà di manifestazione del pensiero⁴.

27.4. Progetto Rocco e riforma del Codice penale

La *Rivista* cerca di accreditare anche un aspetto "pluralistico" della politica penale del fascismo. Con il processo di codificazione, è quanto traspare da alcuni saggi, i giuristi impegnati nel nuovo testo e il Regime hanno potuto conciliare diverse culture penali e raccogliere i suggerimenti provenienti da scuole tradizionalmente opposte. La codificazione è considerata apprezzabile dalla *Rivista* perché non si muove a senso unico: riesce a fondere alcune proposte dalla Scuola positiva con quelle della Scuola classica.

Domenico Rende è lo studioso che sulla *Rivista* s'impegna in modo più intenso nell'analisi delle trasformazioni che intervengono negli anni venti e trenta in materia di codificazione penale.

⁴ Cfr. Bettiol et al., "Il codice Rocco cinquant'anni dopo."

Rende, tra gli altri temi trattati, sviluppa una valutazione critica del nuovo sistema penale nel Progetto Rocco, e poi del Codice approvato dal Regime.

Secondo lo studioso «il progetto, come mira a reprimere più severamente l'attività del colpevole, mira d'altra parte a promuovere più efficacemente la riabilitazione e la rieducazione, cosicché accorda attenuanti per il ravvedimento operoso e per la confessione piena determinata da sincero ravvedimento»⁵. Questi principi (di riabilitazione e rieducazione) sono in parte antitetici ai contenuti meno garantisti presenti nella parte speciale del Codice, finalizzati ad assicurare il consolidamento del Regime attraverso misure repressive nei confronti soprattutto dell'avversario politico. Il Progetto,

nella parte speciale, conformemente allo spirito di tutta la legislazione fascista, mira a rafforzare la protezione dello Stato, della famiglia, del sentimento religioso, della persona, della libertà individuale, dell'amministrazione della giustizia, dell'ordine pubblico, della nuova fede, dell'economia nazionale, dove allargando certe figure di reato, dove introducendone delle altre⁶.

In linea con la tradizione, la Parte generale del Codice ripresenta principi fondamentali come quello di legalità, di irretroattività della legge penale e del divieto di interpretazione analogica. Contemporaneamente è mantenuta l'attenzione per la persona e la riabilitazione sociale.

La morale sostenuta dal nuovo Codice in difesa dell'integrità della famiglia, comporta anche la repressione di fenomeni come l'incitamento a pratiche abortive, l'aborto, la prostituzione non regolamentata. La tutela della stirpe è un principio che il regime utilizza per criminalizzare la libertà della donna in materia di procreazione, prevedendo nel codice penale dure sanzioni per l'aborto. La discriminazione verso la donna è evidente anche nella previsione del delitto d'onore nonché nelle sanzioni riservate al solo adulterio femminile.

Secondo Rende il testo del nuovo Codice ha un fermo impianto retributivo (considera la pena come risposta alla trasgressione e al delitto); poggia sul concetto di personalità morale e, strettamente connesso a esso, su quello di responsabilità morale del delinquente.

⁵ Rende, "Il nuovo sistema penale italiano nel progetto Rocco," 65.

⁶ *Ibid.*, 65-66.

Se ne ricava che anche la pena deve avere un contenuto morale, anche se Rende non esclude una classificazione di tipo antropologico del delinquente⁷.

27.5. Costituzione delinquenziale e riabilitazione del reo

La "costituzione delinquenziale" (un tema analizzato da Giuseppe Montalbano) per Rende va considerata come un'espressione morale e psicologica e non, come intendono i positivisti come un dato fisico (dove psiche e morale sono considerate una manifestazione dell'organismo fisico). Rende si mostra favorevole ad accogliere alcuni principi che erano stati elaborati da Agostino Gemelli⁸ e a proporre nella applicazione del diritto anche il ricorso ad indagini di tipo psicologico.

Per Gemelli:

la legge deve prescrivere al giudice anche la valutazione della personalità del reo ossia di tutto quel complesso di fattori soggettivi che tanto giuoco potente hanno nell'azione delittuosa, e ciò per determinare quando il reo si deve punire e quando invece si deve porre nella condizione di non nuocere alla società⁹.

Ciò è utile, secondo Gemelli, ad una "difesa preventiva" necessaria soprattutto a combattere le nuove forme di delinquenza come quella minorile, ovvero la prostituzione e l'alcolismo¹⁰. Lo psicologo potrà dare, attraverso le sue osservazioni, elementi valutativi al giudice circa l'azione delittuosa posta in essere¹¹. Le considerazioni e le indagini dello psicologo saranno inoltre utili agli istituti di pena nel fornire elementi diagnostici finalizzati alla definizione del piano trattamentale del detenuto. La psicologia dovrà tuttavia essere orientata principalmente a costruire una particolare tempra morale del condannato senza escludere una riabilitazione di tipo fisico.

⁷ Idem, "Il nuovo sistema penale nel progetto Rocco. II. La valutazione critica del sistema," 107.

⁸ Idem, "Intorno alla costituzione delinquenziale," 206.

⁹ Gemelli, "Il Progetto preliminare di un nuovo codice penale dal punto di vista della psicologia e della antropologia criminale," 4.

¹⁰ Ibid., 30.

¹¹ Rende, "Intorno alla costituzione delinquenziale," 206; Gemelli, "Il Progetto preliminare di un nuovo codice penale dal punto di vista della psicologia e della antropologia criminale," 13.

«Il miglior rimedio, noterà Rende, contro la delinquenza è quello di rafforzare la moralità dell'individuo, come sta operando il Fascismo, senza trascurare, si intende, la bonifica fisica: è questa la bonifica integrale da praticarsi specialmente sui minorenni»¹².

La concezione di Agostino Gemelli permette quindi di formulare strategie di riabilitazione senza cedere a forme di elementare materialismo. Il progetto di riabilitazione non viene fatto dipendere da dati semplicemente biologici e "materiali" ma da un complesso percorso di crescita etica.

A noi sembra che la costituzione delinquenziale debba intendersi in senso prevalentissimamente morale e psicologico, mentre i materialisti (e i positivisti sono quasi tutti, se non tutti materialisti) l'intendono prevalentissimamente, se non completamente, in senso fisico, giacché per essi la psiche e la morale non sono che una manifestazione, un prodotto, dell'organismo fisico. Onde, salvi i casi di vera e propria malattia, clinicamente accertabile, il delitto, secondo noi, è il genuino prodotto della moralità del delinquente, in modo che questo deve studiarsi appunto nella sua varia attività, più che nelle sue condizioni somatiche¹³.

27.6. Studi internazionali nella Rivista: il sistema penale sovietico

I filosofi del diritto dell'Istituto romano della Sapienza non si mostrano solo attenti alla codificazione voluta in Italia dal Fascismo. La *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* è estremamente attenta alle trasformazioni dello Stato e del diritto che si manifestano all'estero. Le stesse indagini di Domenico Rende non riguardano solo l'esperienza italiana ma anche i cambiamenti nel sistema penale di altri paesi.

Un tema che ricorre spesso nella *Rivista* è la costruzione del comunismo sovietico. La *Rivista* studia le trasformazioni dello Stato in Russia, i rapporti tra diritto ed economia, una Costituzione sovietica che attribuisce direttamente a una classe sociale il potere politico.

Un interessante articolo¹⁴ pubblicato sulla *Rivista* analizza il sistema penale sovietico. Il testo segnala come alcune innovazioni in Russia derivino da principi già formulati dalla scuola positiva.

¹² Rende, "Intorno alla costituzione delinquenziale," 207.

¹³ *Ibid.*, 206.

¹⁴ *Idem*, "Il sistema penale sovietico e il sistema penale fascista," 76-94.

Il sistema sovietico cerca di cancellare la devianza alle radici, aspira a incidere sulla genesi di essa. Vi sono però alcune caratteristiche del sistema sovietico che lo mettono in netto contrasto con fondamentali principi che animano la civiltà giuridica e penalistica europea.

L'art. 1 della Costituzione della Repubblica sovietica russa, scrive Rende, dichiara formalmente che il nuovo ordinamento tende a garantire la dittatura del proletariato allo scopo di distruggere la borghesia, sopprimere lo sfruttamento dell'uomo sull'uomo e realizzare il comunismo, con la conseguente abolizione delle classi sociali e di ogni potere statale. Da ciò la dottrina ... nega addirittura lo Stato come complesso di istituzioni politiche e giuridiche dirette ad assicurare la vita ordinata dei consociati, e, praticamente, gli assegna un carattere di provvisorietà ... Così nello Stato sovietico tutto appare provvisorio e destinato allo scopo transitorio di preparare l'avvento della società comunista ... E il diritto penale sovietico ha anch'esso questo carattere di provvisorietà, e non si presenta ... con finalità etiche, ma come semplice strumento di difesa degli interessi della classe degli operai ... Il Codice fascista concepisce sì il diritto penale come strumento di difesa sociale, variabile e contingente, ma anche, e principalmente, come strumento di perfezione etica¹⁵.

Il Codice russo, prosegue Rende, ha concesso ai giudici poteri così ampi «che, in forza di essi, quasi si può dire che il giudice, più che applicarla, crei esso stesso la norma e la sanzione penale»¹⁶. Il Codice russo, secondo lo studioso, si caratterizza soprattutto per il rifiuto radicale del principio della irretroattività della norma penale.

Esso non rispetta nemmeno il principio della irretroattività della legge penale, generalmente riconosciuto, poiché applica perfino la fucilazione al reato di 'lotta attiva contro la classe degli operai e dei contadini, dimostrata con incarichi segreti o di responsabilità espliciti sotto il regime zarista'. Ben diversi principi, afferma Rende, pone l'art. 2 del Codice fascista per il quale non sono retroattive le disposizioni contrarie all'imputato e sono retroattive quelle favorevoli¹⁷.

Così l'autore nota a conclusione che:

¹⁵ Ibid., 85.

¹⁶ Ibid., 91.

¹⁷ Ibid., 91-92.

pur senza rilevare tanti altri difetti tecnici, sia nella parte generale che nella parte speciale, possiamo dire che il codice russo, pur sembrando adeguarsi in qualche parte agli ultimi risultati della scienza penale, che poi è la scienza italiana, rivela invece, una mentalità quasi primitiva e può dirsi che stia, di fronte al codice penale italiano, come una costruzione fanciullesca di fronte ad un'opera architettonica dell'arte più pura¹⁸.

27.7. Sistema penale fascista tra autoritarismo e totalitarismo

Riprendendo un testo di Gustav Radbruch del 1932, Mario Cattaneo¹⁹ segnala come la codificazione fascista non abbia assunto quelle caratteristiche di dittatura totale che saranno tipiche della legislazione e delle pratiche (formali o informali) del nazionalsocialismo e del regime sovietico.

In contraddizione con i principi filosofici-politici che lo ispirano da un punto di vista generale, il Codice Rocco ha mantenuto quindi il caposaldo della concezione giuridica illuministico-liberale ... L'inserimento del principio fondamentale della certezza del diritto, nel contesto dei principi statalistici, collettivistici, anti-liberali, affermati in linea generale, caratterizza quindi il Codice Rocco come codice penale di uno Stato autoritario sì, ma non arbitrario. Ben più radicale ... nel rifiuto dell'eredità illuministico-liberale è stata la legislazione nazional-socialista²⁰.

La *Rivista* esprime una tendenza a una concezione della pena severa ma non arbitraria. Un esempio di ciò viene da un articolo pubblicato nel 1933 e firmato da Arturo Rocco nel quale si difende la decisione del regime di reintrodurre la pena di morte. Il testo di Arturo Rocco nella sua asprezza non giustifica la pena di morte in termini totalitari, come strumento di terrore sanzionatorio. La pena di morte rientra per l'autore nella tradizione illuministica. «Lo stesso Beccaria che da molti viene gabellato come il più fervente, autorevole ed assoluto apostolo della abolizione della pena di morte, ammetteva invece (come nota il Manzini) la pena capitale almeno per certi più gravi delitti e la riteneva se non un diritto una guerra della Nazione contro un cittadino»²¹.

¹⁸ Ibid., 93.

¹⁹ Cattaneo, "Il Codice Rocco e l'eredità illuministico-liberale".

²⁰ Rende, "Il sistema penale sovietico e il sistema penale fascista," 99-102.

²¹ Rocco, "Intorno alla pena di morte," 402.

La pena capitale secondo Arturo Rocco può avere anche caratteristiche *umanitarie*. Essa è giustificabile perché evita una penosa indefinita detenzione a patto tuttavia che faccia morire senza soffrire.

A chi dice poi che alla nostra antica civiltà, alla mitezza dei nostri costumi, all'umanità del nostro sentimento morale ripugna, nella sua essenza, la pena di morte, non c'è che da rammentare le parole del Tarde: 'in fatto di alta penalità noi non abbiamo altra scelta se non tra questi due modi, realmente efficaci di repressione: far morire senza soffrire o far soffrire senza far morire'. La pena di morte se spoglia di sofferenze è, chi ben consideri, la più umana delle pene eliminatrici.²²

La severità di Arturo Rocco pur ispirata a idee che già allora forse non appartenevano a Del Vecchio (in un testo scritto nel secondo dopoguerra per il centenario dell'abolizione della pena di morte in Portogallo, Del Vecchio sosterrà la sua ostilità alla pena capitale) rientra ancora in una concezione della pena che è autoritaria, ma si mantiene lontana da un totalitarismo che (come ricorda Hannah Arendt²³) cerca di radicarsi e di penetrare in ogni ambito della società attraverso una comunicazione assolutamente pervasiva: quella del terrore.

La vicenda della filosofia del diritto a Roma negli anni trenta deve far ricordare però che nel fascismo la distinzione tra concezione autoritaria e concezione totalitaria della punizione non sempre è limpida e non sempre è riconoscibile. Ne è testimonianza il documento del Regime fascista qui di seguito citato che un riguarda non solo la libertà e il diritto all'eguaglianza di Giorgio Del Vecchio, ma che demolisce l'identità e la dignità delle persone. In data 21 dicembre 1938 la Questura di Roma comunicava all'ufficio di P.S. di Porta Pia per i provvedimenti del caso: «Il ministero della cultura popolare è venuto nella decisione di sopprimere la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, diretta dal prof. Giorgio Del Vecchio, di razza ebraica, abitante in via Appennini 52, e che si stampava nella tipografia "poliglotta cuore di Maria" in via dei Banchi Vecchi. Pregovi di voler diffidare il sunnominato Del Vecchio Giorgio e la tipografia ove si stampa, a non più stampare e pubblicare tale rivista»²⁴. La *Rivista* potrà riapparire due anni dopo in una seconda serie. Diretta da studiosi coraggiosi ma costretti ad accettare l'umiliante selezione etnica imposta dal regime.

²² Ibid., 406.

²³ Arendt, *Le origini del totalitarismo*; Fisichella, *Totalitarismo. Un regime del nostro tempo*.

²⁴ Orecchia, "Prefazione", IX.

Riferimenti bibliografici

- ARENDE, HANNAH. *Le origini del totalitarismo*. Torino: Einaudi, 2009.
- CATTANEO, MARIO. "Il Codice Rocco e l'eredità illuministico-liberale." In BETTIOL, GIUSEPPE ET AL. "Il codice Rocco cinquant'anni dopo." *La questione criminale*, 1 (1981).
- DIREZIONE. "Programma." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, I, fasc. 1 (1921).
- FASSONE, ELVIO. *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*. Bologna: Il Mulino, 1980.
- FISICHELLA, DOMENICO. *Totalitarismo. Un regime del nostro tempo*. Roma: La nuova Italia Scientifica, 1987.
- GARLAND, DAVID. *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*. Milano: Il saggiatore, 2004.
- GEMELLI, AGOSTINO. "Il Progetto preliminare di un nuovo codice penale dal punto di vista della psicologia e della antropologia criminale." *Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore*, XVI, Milano: Società editrice Vita e pensiero, 1927.
- MELOSSI, DARIO e MASSIMO PAVARINI. *Carcere e fabbrica*. Bologna: Il Mulino, 1977.
- ORECCHIA, RINALDO. "Prefazione," *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXXIV (1957).
- RENDE, DOMENICO. "Il nuovo sistema penale italiano nel progetto Rocco," *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, VIII, fasc. 1 (1928).
- . "Il nuovo sistema penale nel progetto Rocco. II. La valutazione critica del sistema." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, IX, fasc. 1 (1929).
- . "Il sistema penale sovietico e il sistema penale fascista," *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XII, fasc. 1 (1932).
- . "Intorno alla costituzione delinquenziale," *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XVII, fasc. 2 (1937).
- ROCCO, ARTURO. "Intorno alla pena di morte," *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XIII, fasc. 3 (1933).
- WACQUANT, LOÏC. *Punire i poveri. Il nuovo governo dell'insicurezza sociale*. Roma: Derive approdi, 2006.

28. Julius Binder e la filosofia del diritto italiana: il carteggio con Giorgio Del Vecchio

*Andrea Mastropietro**

È opportuno, in via preliminare, spendere qualche parola per giustificare la presenza dell'opera di uno studioso tedesco quale tema di una relazione presentata in un Convegno che intende celebrare i Filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre. Numerose sono le tracce di Julius Binder rinvenibili nel riflessione giusfilosofica di quegli anni ed in particolar modo nell'Ateneo romano: nel 1924 compare nelle pagine della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* la traduzione di un suo corposo lavoro¹, seguita nel 1930 dalla pubblicazione, in una raccolta edita per festeggiare i venticinque anni di insegnamento di Giorgio Del Vecchio, di un saggio in tedesco². E ancora: già a partire dalla metà degli anni Venti del secolo scorso, per poi proseguire nel decennio successivo, un numero consistente di recensioni illustra le opere di Binder³, cui deve aggiungersi un breve contributo sugli aspetti metafisici della sua speculazione⁴, sino al necrologio firmato da Bruno Leoni⁵; tutti documenti che segnano la rilevanza dei suoi scritti nell'ambito della filosofia del diritto italiana.

* 'Sapienza' Università di Roma

¹ Cfr. Binder, "Stato e società nella moderna filosofia politica," 205-243.

² Cfr. Idem, *Der Staat der Musik*, 31-37.

³ Cfr. Pagano, "Nota bibliografica a Julius Binder, Philosophie des Rechts.," 648-649; Zapponi, "Nota bibliografica a Julius Binder, Rechtsbegriff und Rechtsgeschichte," 619; Treves, "Nota bibliografica a Julius Binder, Der deutsche Volksstaat."102-104; Binder, "Grundlegung zur Rechtsphilosophie," 102-104; Darmstaedter, "Nota bibliografica a Julius Binder, System der Rechtsphilosophie," 343-344; Quadri, "Recensione a Julius Binder, System der Rechtsphilosophie," 285-289.

⁴ Cfr. Zoras, "L'evoluzione verso la metafisica nella filosofia del diritto di Julius Binder," 676-677.

⁵ Cfr. Leoni, "Julius Binder (1870-1939)," 280-283.

Ulteriore ed eloquente sintomo della relazione sussistente tra il filosofo tedesco e il mondo italiano è poi lo scambio epistolare con Del Vecchio, da Binder intrattenuto dal 16 ottobre 1924 al 30 marzo 1938, per un totale di otto lettere⁶, nelle quali, oltre alla stima reciproca manifestata dai due filosofi, si trova traccia di quelle polemiche che, come vedremo meglio, scaturiranno dalla nomina dello stesso Binder a membro dell'*Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologique Juridique*.

Volendo ricostruire brevemente la parabola della speculazione binderiana, è d'uopo partire dalle pagine della celeberrima *Storia della filosofia del diritto* di Guido Fassò⁷, nelle quali lo studioso italiano ripercorre le varie fasi del pensiero dello studioso tedesco, transitato da un originario neokantismo ad un hegelismo connotato da una forte valenza politica, che lo aveva condotto persino alla celebrazione dello Stato totalitario, realizzatosi storicamente nell'esperienza nazionalsocialista. Sfogliando i *Principi di filosofia del diritto* del 1935⁸, infatti si legge: «l'umanità può divenire reale nei singoli, solo come nazione, e il singolo può elevarsi alla coscienza della sua umanità solo come membro di una nazione»⁹; per il filosofo re,

il diritto e lo Stato non sono più la coercizione brutale che incatena la libertà del suo arbitrio; per lui l'universalità non significa più l'esigenza categorica e l'obbligo della coscienza ... bensì è l'espressione della sua stessa essenza spirituale, il contenuto della sua stessa volontà, che vuole soltanto se medesima in quanto vuole l'universale, il bene¹⁰;

⁶ In particolare si tratta delle lettere del 16 ottobre 1924, del 23 marzo 1937, del 13 aprile 1937 e del 30 marzo 1938 (da Binder a Del Vecchio); e inoltre del 6 ottobre 1932, del 18 marzo 1937, del 4 aprile 1937 e del 25 marzo 1937 (da Del Vecchio a Binder). L'epistolario è parte del vasto e prezioso Archivio Giorgio Del Vecchio, conservato nella biblioteca omonima, presso i locali della Sezione di Filosofia del diritto del Dipartimento di Studi giuridici, filosofici ed economici della 'Sapienza'. Ho avuto l'opportunità di lavorare alla classificazione e alla sistemazione del materiale custodito nell'Archivio, unitamente alla Dottoressa Laura Cappelli, proseguendo e concludendo un'attività già iniziata anni or sono, prendendo parte alla ricerca 'La cultura filosofico-giuridica e penalistica internazionale della prima metà del Novecento attraverso l'Archivio G. Del Vecchio', finanziata dall'Università degli studi di Roma 'Sapienza' (finanziamenti d'Ateneo, anno 2011, responsabile scientifico: Prof. Bruno Romano).

⁷ Cfr. Fassò, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, 194.

⁸ La cui versione italiana, tradotta da Antonio Giolitti nel 1945, è stata recentemente ripubblicata per i tipi di Giappichelli nel 2012, a cura di Luisa Avitabile.

⁹ Binder, *Principi di filosofia del diritto*, 113.

¹⁰ *Ibid.*, 299.

e per la determinazione del diritto non bisogna affaticarsi inerpicandosi sul sentiero del trascendente, essendo sufficiente riferirsi al «diritto umano che gli uomini in generale e i giuristi in particolare sanno e riconoscono come diritto, quello che, in quanto appartenente alla realtà storica ... può essere oggetto di indagine filosofica ... diritto positivo, in quanto viene compreso da noi come posto per opera della volontà umana»¹¹; e il canone per valutare tale diritto positivo non sarà astratto, ma dovrà formarsi riferendosi ad «un determinato popolo di razza, sviluppo e cultura determinati», considerando il solo contenuto che quegli uomini così definiti «possono accogliere e accolgono nel loro spirito formato»¹²; e infine, la giustizia si consegue solo realizzando il diritto quale «è in grado di concepirlo una nazione in base al suo sviluppo storico, nella sua maturità o immaturità etica» e che trova manifestazione coerente nella «forma di Stato» valida per la nazione «come forma della vita sociale», lasciandosi alle spalle l'ormai l'inutile «uguaglianza schematica, che l'antico e il moderno illuminismo hanno fatto risalire al diritto naturale e all'idea di giustizia»¹³. Ma è dell'anno precedente lo scritto in cui Binder però paga il tributo più pesante al regime hitleriano e in cui si rincorrono elogi sperticati al *Führer* e alle sue eccelse qualità politiche¹⁴, toni sinistri peraltro già avvertiti in quegli stessi anni e con perplessità dai lettori italiani più accorti¹⁵.

¹¹ Ibid., 337-339.

¹² Ibid., 407.

¹³ Ibid., 419.

¹⁴ Nel testo binderiano si legge: «*Es ist der Zweck dieses Schriftchens, dem deutschen Geiste als dem politischen Denken und Wollen zu helfen, aus dem Traum der sinn- und wesenlos gewordenen Vergangenheit zu erwachen und den neuen Staat als den Staat seines Wesens, als seine Freiheit und Wirklichkeit zu begreifen. Es soll gezeigt werden, daß dieser Staat, den wir dem politischen ingenium Adolf Hitlers verdanken, nicht nur die Verwirklichung des richtig begriffenen Staates ist – des Staates der Idee –, sondern daß er zugleich, wenn er nur selbst richtig begriffen wird, dem Wesen des Volkes entspricht, dessen Lebensform er sein will, und daß er insofern der wahre Volksstaat und der deutsche Volksstaat ist*»; e ancora: «*Das Wesen des Staates ist überhaupt, daß er Nationalstaat, Kultur- und Machtstaat ist, wie das bereits ausgeführt worden ist. Indem der Staat Adolf Hitlers sich auf der Rasse aufbaut und sich einen völkischen Charakter gegeben hat, hat er sich auf die natürliche Grundlage alles Volkstums besonnen, aber mit dem Volke zugleich das Bereich der bloßen Naturbestimmtheit verlassen und sich auf die Höhe des Geistes des seiner selbst bewußtwerdenden Geistes erhoben*»; e infine: «*wir erblicken in Adolf Hitler, dem Führer, der das Wesen des Führers und des Volkes mit genialer Sicherheit begriffen und ergriffen hat, das Vorbild und die Wirklichkeit des neuen Reichs*». Binder, *Der deutsche Volksstaat*, 5-32-40.

¹⁵ Recensendo *Der deutsche Volksstaat*, Renato Treves scrive: «Esso costituisce l'atto con cui Binder ha aderito al nuovo regime tedesco dopo aver militato per molti anni nel

Tuttavia l'atteggiamento complessivo dell'Accademia italiana si mostra piuttosto distratto nei confronti della nuova prospettiva ormai assunta da Binder, ed è emblematico al riguardo, in considerazione di quanto lo stesso filosofo italiano preciserà poi a distanza di anni, il comportamento di Norberto Bobbio. Nel 1943 viene pubblicato, ironia della sorte, in una raccolta in onore del romanista ebreo Gino Segré, da poco scomparso, un contributo dello studioso torinese proprio sul pensiero del filosofo tedesco e nel quale si sottolinea che «la filosofia del diritto del Binder è una delle più vive e convincenti espressioni del rinnovamento filosofico-giuridico del nuovo secolo», potendosi apprezzare ancor meglio dopo la sua dipartita, avvenuta nel 1939, poiché non «abbiamo più il giudizio offuscato dalla polemica contingente che negli ultimi anni della vita mise in rilievo e talvolta sferzò il suo atteggiamento, che parve, e forse fu, ingenuamente prammatico di fronte ai rivolgimenti nazionali del suo Paese»; nonostante il «concetto dello Stato di popolo, come realizzazione dell'idea del diritto» costituisca per il filosofo tedesco «la strada aperta verso l'adesione al movimento nazionalsocialista, di cui appunto nella *Fondazione*¹⁶ accoglie con lieto animo l'avvento, abbandonando la tendenza conservatrice di cui era stato sino allora sostenitore e seguace», in tal modo dirigendosi «verso una più stretta connessione dell'attività teoretica con la passione politica, onde un maggior fervore che va a danno di una più chiara e disinteressata intimità speculativa», tuttavia, secondo Bobbio, «la voce del Binder, da tutti coloro (giuristi e filosofi) che alla filosofia del diritto

partito conservatore ed aver combattuto il nazionalsocialismo fin dal suo sorgere ... In questo saggio vi è soltanto lo sforzo di giustificare e conciliare l'adesione al nuovo regime con l'atteggiamento ostile al nazionalismo tenuto dai conservatori tedeschi ancora mesi addietro. Gli argomenti trattati, per lo più, sono poco convincenti». (Treves, "Nota bibliografica"; cfr. Binder, *Principi di Filosofia del diritto*, 102) È però vero che lo stesso recensore, sempre nel 1934, considerando l'atteggiamento del filosofo tedesco, si domanda se «il Binder abbia ormai adibito a semplice uso di dialettica o di politica contingente tutti quei concetti e valori culturali in cui un tempo effettivamente credeva, o se piuttosto egli non spera ancora di poter svolgere qualche azione benefica nel campo della cultura, facendo richiamo a valori e concetti che, per il modo stesso con cui vengono usati, hanno ormai perso, secondo me, ogni valore e significato»; rispondendosi più benevolmente che «fra queste due ipotesi, si deve scegliere la seconda ... quando con ciò non si voglia però generalizzare, ma ci si limiti invece unicamente al caso specifico del Binder, il quale, per la sua formazione di spirito e di mente, è certo ancora del tutto legato alla vecchia Germania». Treves, "La filosofia di Hegel e le nuove concezioni tedesche del diritto e dello Stato".

¹⁶ Si tratta dell'opera *Grundlegung zur Rechtsphilosophie* tradotta appunto con il titolo *La fondazione della filosofia del diritto* nella pubblicazione del 1945, divenuta poi, nella successiva e citata edizione del 2012, *Principi di filosofia del diritto*.

rivolgono l'attenzione e la meditazione, è una voce che merita di essere ascoltata»¹⁷. Analogamente, poco tempo dopo, nel recensire il *System der Rechtsphilosophie* senza ulteriori commenti critici o particolari osservazioni, Quadri si limita a registrare «il superamento completo della concezione dello Stato di diritto, per altro priva di senso, di fronte alla responsabilità che il *Führer* assume solo di fronte alla storia»¹⁸; e infine, scorrendo il necrologio di Bruno Leoni, salta agli occhi la mancanza di qualsiasi riferimento all'opera del 1934¹⁹.

L'atteggiamento muta dopo il 1945, e già negli anni immediatamente successivi Vincenzo Palazzolo in un saggio su Binder tratteggia inequivocabilmente la consonanza tra le idee dell'autore tedesco e il regime hitleriano, giungendo a concludere che le tesi binderiane poggino sul convincimento che lo Stato nazionalsocialista è «la più cospicua traduzione storica dell'universalismo ... , in cui le contraddizioni tipiche della società liberale venivano superate, non già in virtù di un'effettiva trasformazione delle relazioni interindividuali, ma solo di una violenta compressione», Stato la cui trascendenza nei confronti dei singoli viene a tradursi «nella legittimazione del dispotismo individuale»; dunque il pensiero del filosofo tedesco mostrerebbe quell'«attitudine del formalismo a coprire ed a legittimare la crisi della libertà, nel nostro secolo, e la sua precipitazione in una forma di convivenza palesemente oppressiva»²⁰. Ma a lasciare allibiti è il commento di Bobbio, formulato all'inizio della seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso, in un saggio pubblicato nella raccolta di scritti in onore di Antonio Giolitti, il traduttore, come già ricordato, della *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*: nel rivedere su quella scelta, che lo stesso Bobbio ora non esita a qualificare erronea, il filosofo piemontese, mutando avviso rispetto a quanto affermato circa cinquant'anni prima e rallegrandosi per la mancata ristampa della traduzione, pur non riuscendo a determinare le ragioni che lo indussero a preferire l'opera di Binder tra quelle da pubblicare, così dichiara, forte del tempo trascorso: «[L'hegelismo] allora in Germania, come del resto in Italia, era in declino ... declino di cui io stesso ero consapevole»²¹, individuando in quest'ultima e alquanto esile argomentazione il solo motivo dell'abbaglio editoriale.

¹⁷ Bobbio, "La filosofia del diritto di Julius Binder," 87-96-98.

¹⁸ Quadri, "Recensione a Julius Binder, *System der Rechtsphilosophie*," 287.

¹⁹ Leoni "Julius Binder (1870-1939)," 280.

²⁰ Palazzolo, *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e di Julius Binder*, 249-173.

²¹ Bobbio, "Una vecchia amicizia," 34.

Le criticità dell'opera di Binder non si manifestano, a condizione che si osservi però con accuratezza, soltanto nelle poche critiche che già all'epoca si affacciano timidamente nell'opera di recezione dei suoi scritti, ma anche, e soprattutto, nella polemica, cui si è già fatto cenno, scaturita a seguito del suo ingresso tra i componenti dell'*Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, querelle* ricostruibile seguendo gli scambi epistolari intrattenuti da Del Vecchio. Ripercorriamo la vicenda: il 4 aprile del 1937, stesso giorno di chiusura del III Congresso, tenutosi a Roma, dell'*Institut*²², Del Vecchio invia a Binder una lettera, in lingua italiana, in cui lo informa dell'elezione, con voto unanime, avvenuta il giorno precedente e su proposta dello stesso filosofo italiano, a membro del prestigioso consesso internazionale²³; dopo circa dieci giorni lo studioso tedesco sigla una risposta di ringraziamento, stesa anch'essa in lingua italiana²⁴. All'incirca un anno dopo, il 25 marzo 1938, Del Vecchio comunica di nuovo al filosofo tedesco, ma ufficialmente stavolta, in lingua francese e in qualità di Presidente dell'*Institut*, l'avvenuta elezione, ribadendo il carattere unanime della decisione adottata dall'Assemblea, su proposta del *Bureau*. Dalla lettera traspaiono immediatamente le resistenze che la recente nomina stava incontrando, in particolare ad opera del Segretario generale nonché Professore a Strasburgo, Georges Gurvitch, il quale, assente alla sessione romana del 1937, aveva sollevato dei vizi procedurali tali da inficiare l'avvenuta l'elezione. Sebbene Del Vecchio individui nell'Assemblea convocata per l'anno successivo ad Oxford, il luogo in cui si dovrà sciogliere il contrasto, appare chiaro dal testo della stessa epistola quale fosse la reale sostanza della disputa: il filosofo italiano, tenendo ferma la bontà della scelta effettuata e ribadendo che l'Istituto, secondo quanto stabilito all'art. 2 dello Statuto, «*ayant pour but la coopération internationale la plus étendue possible entre les philosophes du droit des différentes nationalités*»²⁵, per fugare qualsiasi ulteriore perplessità sulla determinazione romana, rimarca lo scopo «*purement scientifique*» dell'Associazione da lui

²² Il Congresso, svoltosi dal 31 marzo al 4 aprile, i cui relatori designati furono Delos e Radbruch, ebbe come tema: 'Il fine del diritto: bene comune, giustizia, sicurezza giuridica'.

²³ Cfr. *Lettera di Del Vecchio a Binder del 4 aprile del 1937*. Come detto, tutte le epistole citate sono consultabili presso l'Archivio Del Vecchio.

²⁴ Cfr. *Lettera di Binder a Del Vecchio del 13 aprile 1937*.

²⁵ *Lettera di Del Vecchio a Binder del 25 marzo 1938*.

presieduta, la quale «doit admettre dans son sein les personnalités les plus éminentes dans le domaine de la Philosophie du droit, quelles que soient leurs opinions politiques»²⁶. La polemica proseguirà nei mesi successivi e Del Vecchio – prima di presentare le dimissioni dalla carica per sopravvenuta mancanza dei titoli necessari, conseguenza dell’entrata in vigore della legislazione razziale in Italia, che lo aveva escluso dall’insegnamento²⁷ – invierà ulteriori lettere, sia ai membri del *Bureau* sia ai Vicepresidenti, Professori Djuvara e Le Fur, in risposta a quanto ribadito da Gurvitch in successive comunicazioni e manifestando ancora una volta la volontà di risolvere la pretestuosa diatriba nel Congresso convocato ad Oxford per il mese di settembre del 1939²⁸. Ma la questione non venne mai risolta, poiché il 28 agosto di quell’anno Julius Binder moriva.

Ricostruita la vicenda, occorre ora formulare la domanda cruciale: ma perché Del Vecchio sostenne così convintamente l’elezione di Binder? Non certo per appartenenza di scuola – neokantiano il primo, hegeliano il secondo – e nemmeno per le comuni convinzioni politiche – fascista della prima ora e ancor più mussoliniano, ma di origine ebraica, Del Vecchio, nazionalsocialista, Binder²⁹.

²⁶ Corsivo mio. Binder risponderà alla comunicazione il 30 marzo, evitando di entrare nel vivo della questione e limitandosi a ringraziare per l’elezione. Cfr. *Lettera di Binder a Del Vecchio del 30 marzo 1938*.

²⁷ Scriverà Del Vecchio al Vicepresidente Le Fur: «*En vertu d’une loi récente, je viens de perdre mes qualités de Doyen et de Professeur de Philosophie du droit dans l’Université de Rome. Comme je pense ces qualités, et notamment la seconde, n’ont pas été sans influence sur mon élection, survenue en 1937, à Président de l’Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, je crois de mon devoir de présenter ma démission de cette charge*». *Lettera a Le Fur del 15 ottobre 1938*.

²⁸ L’incalzare degli eventi condusse ad uno spostamento a Parigi della sede dell’incontro che si sarebbe dovuto tenere dal 18 al 23 settembre. Com’è noto, con l’invasione da parte delle truppe tedesche del territorio polacco, il 1° settembre del 1939 ebbe inizio il secondo conflitto mondiale. Per le modificazioni di luoghi e date, cfr. *Lettera circolare (I) del Bureau del gennaio 1939*; *Lettera del Segretario generale a Del Vecchio del 5 febbraio 1939*; *Lettera circolare (II) del Segretario generale a nome del Bureau del marzo 1939*; *Lettera circolare (III) del Bureau dell’aprile del 1939*.

²⁹ È lo stesso Del Vecchio, in una lettera indirizzata a Eustaquio Galán Gutierrez nel 1940, a ricostruire il proprio percorso formativo e le esperienze accademiche: «Feci i miei studi universitari a Genova, dove seguii il corso di Filosofia del diritto del prof. Vittorio Wautrain Cavnagnari; ma nell’anno precedente alla mia laurea (1899-1900) frequentai per parecchi mesi l’Università di Roma, seguendo le lezioni di Icilio Vanni e di Francesco Filomusi Guelfi: grandi maestri, che sempre ricordo con riverente gratitudine. Appena laureato nell’Università di Genova (Luglio 1900) ... partii per Berlino, ove frequentai per due semestri (1900-1901) l’Università, seguendo specialmente i corsi dei professori Adolf Lasson, Josef Kohler e Friedrich Paulsen: anch’essi insegnanti valorosissimi, dai quali ho appreso. Posso dire che il mio orientamento filosofico si formò in modo indipendente, ed anzi con una certa antitesi rispetto a quello dei miei maestri, tanto italiani quanto tedeschi, che erano

La risposta è forse in quel principio che il filosofo italiano enuncia nella lettera già citata, in base al quale l'unico requisito richiesto per l'ammissione all'*Institut* era l'accertamento della statura scientifica del candidato, prescindendo dalle sue convinzioni politiche: l'ebreo Del Vecchio, dalle scelte ideologiche più che discutibili – l'adesione convinta al fascismo che lo portò a intraprendere battaglie imbarazzanti (come, ad esempio, il riconoscimento della risalente affiliazione al movimento) e ostentazioni non meno sconcertanti (si pensi all'esposizione nel suo ufficio della teca che custodiva un foglio di carta screziato dalle stille del sangue di Mussolini, versato da questi in occasione dell'attentato di cui era stato vittima nell'aprile del 1926) – difende l'ammissione di chi fornisce, con la propria attività speculativa, argomenti filosofico-giuridici a sostegno di un sistema di potere che nella discriminazione razziale vede la sua cifra e il suo fondamento (discriminazione che una volta recepita in Italia, colpirà senza esitazione alcuna lo stesso Del Vecchio³⁰).

Dunque, quale lezione è possibile trarre da quanto s'è visto? La filosofia del diritto, che si eserciti con la realtà o s'interroghi su se stessa – e soprattutto in quest'ultimo caso – non deve mai abbandonare quella postura che le consente e le consentirà, anche in futuro, di disassoggettarsi dal potere³¹ e da qualsiasi fascinazione che, in particolare, trasformerebbero colui che di questa filosofia è l'autore, ossia il filosofo del diritto, in un mero servitore degli interessi vincenti³², una sorta di cicisbeo diligente e premuroso, lacchè senza scrupoli e manipolatore indefesso di rabberciate costruzioni dogmatiche, sempre solerte nel giustificare qualsivoglia costruzione giuridica.

tutti o hegeliani o positivisti. Avevo già formato del tutto il mio orientamento (critico o, se si vuole, kantiano nel metodo, ma idealistico e quasi platonico nei principi e nella sostanza) quando conobbi gli scritti del prof. Igino Petrone, che suscitavano in me molta simpatia e ammirazione. Sarebbe però un errore di fatto il credere (come qualcuno ha creduto) che io sia stato discepolo di lui o ne abbia risentito effettivamente l'influsso. Si trattava invece di una certa spontanea affinità di pensiero, non totale, ma limitata ad alcuni aspetti o motivi (opposizione al positivismo, inclinazione idealistica, ecc.); la differenza di temperamento e anche di dottrine tra noi apparvero in realtà sempre più chiare col proceder del tempo. Il Petrone morì ancora giovane nel 1913, dopo avere avuto vari ondeggiamenti nel suo pensiero. Quanto a me, ho continuato a svolgere il mio sistema sempre colle medesime direttive, che avevo fissato in me per le mie prime meditazioni giovanili. In realtà, il mio opuscolo "Il sentimento giuridico", pubblicato la prima volta nel 1902, contiene in germe tutte le mie opere successive». *Lettera di Del Vecchio a Eustaquio Galán Gutierrez del 19 settembre 1940.*

³⁰ Discriminazione poi ricordata dallo stesso Del Vecchio in Del Vecchio, *Una nuova persecuzione contro un perseguitato. Documenti*, 18.

³¹ Cfr. Romano, *Assoggettamento, diritto, condizione logotecnica*, 6.

³² Cfr. Idem, *Nichilismo finanziario e nichilismo giuridico. Conoscenza e coscienza*, 25.

Riferimenti bibliografici

- BINDER, JULIUS. "Stato e società nella moderna filosofia politica." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, IV, fasc. 3 (1924).
- *Der Staat der Musik*. In Aa.Vv. *Studi filosofico-giuridici dedicati a Del Vecchio in occasione del XXV anno di insegnamento (1904-1929)*. Modena: Società Tipografica Modenese, 1930.
- *Der deutsche Volksstaat*, Tübingen: Mohr, 1934.
- "Grundlegung zur Rechtsphilosophie." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XVI, fasc. 1 (1936).
- *Principi di Filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2012.
- BOBBIO, NORBERTO. "La filosofia del diritto di Julius Binder." In Aa.Vv. *Studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segrè*. Milano: Giuffrè, 1943.
- "Una vecchia amicizia." In *La virtù del politico. Scritti in onore di Antonio Giolitti*, a cura di Giuseppe Carbone. Venezia: Marsilio, 1996.
- DARMSTAEDTER, FRIEDRICH. "Nota bibliografica a Julius Binder, System der Rechtsphilosophie." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XVIII, fasc. 3 (1938).
- DEL VECCHIO, GIORGIO. *Una nuova persecuzione contro un perseguitato. Documenti*. Roma: Tipografia Artigiana, 1945.
- FASSÒ, GUIDO. *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*. Bologna: Il Mulino, 1994.
- LEONI, BRUNO. "Julius Binder (1870-1939)." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXI, fasc. 4-5, (1941).
- PAGANO, ANTONIO. "Nota bibliografica a Julius Binder, Philosophie des Rechts." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, V, fasc. 3 (1925).
- PALAZZOLO, VINCENZO. *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e di Julius Binder*. Milano: Giuffrè.
- QUADRI, GOFFREDO. "Recensione a Julius Binder, System der Rechtsphilosophie." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XVII, fasc. 4-5 (1940).
- ROMANO, BRUNO. *Assoggettamento, diritto, condizione logotecnica*. Roma: Bulzoni, 1992.
- *Nichilismo finanziario e nichilismo giuridico. Conoscenza e coscienza*. Torino: Giappichelli, 2012.
- TREVES, RENATO. "Nota bibliografica a Julius Binder, Der deutsche Volksstaat." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XVI, fasc. 1 (1936).
- "La filosofia di Hegel e le nuove concezioni tedesche del diritto e dello Stato." *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Regia Università di Messina*, 7, (1935).
- ZAPPONI, ALFREDO. "Nota bibliografica a Julius Binder, Rechtsbegriff und Rechtsgeschichte." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XIII, fasc. 4-5 (1933).
- ZORAS, GIORGIO. "L'evoluzione verso la metafisica nella filosofia del diritto di Julius Binder." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XI, fasc. 6 (1931).

29. Teoria generale delle norme e filosofia della giustizia. Kelsen e Perticone

Ciro Palumbo*

«Dire che non vi è nulla di giusto e ingiusto all'infuori di ciò che ordinano e proibiscono le leggi positive, è lo stesso che dire che prima che fosse tracciato il circolo, i raggi non erano tutti uguali».

Montesquieu

29.1. Norma e attività regolata

In questo studio si avvicina il pensiero giuridico nella direzione di due autori, Kelsen e Perticone, in riferimento alle questioni sul diritto positivo e alle riflessioni filosofico-giuridiche nella direzione di una filosofia della giustizia.

In particolare ci si riferisce alla produzione scientifica che va dal '20 al '40, in particolare gli scritti che sono stati presi in considerazione in questo studio sono, per il primo, *Diritto pubblico e privato*¹ e *Lineamenti di dottrina pura del diritto*²; per il secondo, *Diritto naturale e diritto positivo*. *Diritto dello stato e diritto dei privati*³, *Scienza, filosofia e diritto*⁴ e *Scienza e Filosofia del diritto*⁵.

* Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici, ed Economici, 'Sapienza' Università di Roma

¹ Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, 340.

² Cfr. Idem, *Reine Rechtslehre*.

³ Perticone, *Diritto naturale e diritto positivo*, 500.

⁴ Idem, *Scienza, filosofia e diritto*, 273.

⁵ Idem, *Scienza e filosofia del diritto*, 22.

Attraverso i lavori *Dottrina pura del diritto* e *Teoria generale delle norme*⁶, Kelsen, all'interno del positivismo giuridico, segna il passaggio dall'iniziale decisionismo al normativismo, ossia alla sempre più marcata formalizzazione della legge in cui l'*ordinamento giuridico* si presenta come sistema di norme: il nucleo della *Reine Rechtslehre*⁷ è, per l'appunto, l'analisi del sistema giuridico come *ordinamento di norme*, dove l'espressione "dottrina pura" va intesa nel senso di *dottrina non ideologica*, priva di presupposti morali e valoriali, in un evidente richiamo all'a-valutatività weberiana.

In Perticone la norma assume tratti essenziali nella *regola* dove il diritto non è propriamente norma ma si presenta nella dimensione di mondo dell'attività regolata⁸, che chiede di verificare i contenuti della *Grundnorm* alla luce di una chiarificazione attuata dalla *Urnorm*⁹, avendo riguardo sì al 'posizionamento' della norma e quindi del diritto positivo, ma diviene essenziale la «posizione di un contenuto»¹⁰ e la sua giustificazione giuridica nell'ambito del normativo.

I problemi davanti ai quali ci si trova nell'*attività regolata* costituiscono la genesi giuridico-esistenziale in quanto «la vita dell'uomo nel mondo è vita di relazione»¹¹ nel senso che la dimensione del diritto è il *mondo dell'attività regolata* e la regola è esplicativa della relazione come incontro dell'io e del tu, nella direzione del rispetto e della comprensione.

L'analisi delle norme senza l'attenzione ai loro contenuti determina l'accrescimento di valore sistemico alla formalizzazione del diritto, centrale nella dottrina pura, e spiegabili secondo i meccanismi della legalità. Quando, invece, in Perticone si parla di regola(ata), le formule assumono una diversa luce in quanto si coglie che in esse si esplica la soggettività dell'io davanti alla legalità, i suoi modi di fare, parlare, dare, pretendere il riconoscimento del diritto, del giusto nel legale.

Nel formalismo vi è una 'coincidenza nomologica' tra legalità e giustizia, questa è in quella e quella esprime questa. I contenuti delle norme non sono oggetto di studio o di indagine intorno all'enigma della soggettività umana, e non possono esserlo in quanto la stessa norma

⁶ Cfr. Kelsen, *Teoria generale delle norme*.

⁷ Cfr. Idem, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*.

⁸ Perticone, *Lezioni di filosofia del diritto*, 15.

⁹ Husserl, *Meditazioni cartesiane*, 144. Si veda anche Theunissen, *Der Andere*, 141-151.

¹⁰ Perticone, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., 15.

¹¹ Ibid.

fondamentale, che conferisce validità a tutte le altre norme, non deve rendere alcuna ragione giuridica del suo stesso contenuto, evidentemente posto dal potere di chi in una contingenza storica ha il potere di porlo: il più forte. Il più forte è il più giusto, tale in quanto fortemente legale: il giusto ed il legale non sono coalescenti¹² ma coincidenti; il più debole non è meno giusto, è meramente un assoggettato al potere del più forte.

L'oggetto della scienza del diritto è tale, ovvero scientifico, per la natura specifica delle norme e non perché si prescrivano modelli o fini da seguire: in questo risiede per Kelsen una 'purezza', per Perticone si annuncia che qualsiasi scienza giuridica è, invece, scienza del normativo, incapace di contenere itinerari valoriali di giustizia, intesi come modelli o valori da porre sempre nel nuovo della ricerca del giusto. Questo 'stare per formare' è segnato dalla certezza della fissità del modello legale, al punto che – come Kelsen spiega nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934) e nella successiva *Teoria generale delle norme* (rimasta incompiuta) – «il diritto è l'ordinamento giuridico, il quale a sua volta è un sistema di norme»¹³.

In questa direzione il concetto di sistema consente di intuire che sia qualcosa di sistemato, fermo, sempre uguale a se stesso; anzi, suscettibile anche di mutamenti, tutti interni e quindi coincidenti.

Anche un siffatto sistema, però, deve presentare certezza e garanzia o, comunque, riferirsi ad un qualche principio di unità normativa.

A tal proposito la domanda che sorge in una sede giusfilosofica è così formulabile: *cosa fonda l'unità della molteplicità delle norme del sistema? E, a seguire, come vengono gerarchizzate le norme?* La risposta kelseniana presenta l'unità come garantita da una norma chiamata *fondamentale* (*Grundnorm*), che in tanto rassicura l'unità in quanto 'mantiene' la validità delle singole norme e del sistema: unità e validità sono riconducibili ad un'unica norma fondamentale, che conferisce unità alla pluralità delle norme. E siccome in essa si contemplan unità e validità, queste si presentano come *concetti*, per quanto l'attenzione si soffermi sul problema della validità e, in parte, sull'efficacia; trascurando, però, il problema della giustizia (che non a caso rimanda alla sfera dei valori e delle ideologie).

¹² Romano, *Legge del testo*, 70 ss.

¹³ Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 287 ss.

La fedeltà alla teoria pura del diritto si rinviene anche nella coerenza che lo stesso nomina in riferimento allo Stato nazista come ad uno 'Stato di diritto', proprio nel senso puro che lo stesso intendeva, ovvero strutturato secondo un ordinamento giuridico valido ed efficace, derivando la *giuridicità* dell'ordinamento dal fatto che questo sia 'posto'.

Di qui si giustifica anche l'espressione secondo la quale «la dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo»¹⁴.

29.2. Norma, ordinamento e giustizia

La descrizione kelseniana può apparire semplicistica, in maniera voluta, quando si riferisce all'affermazione per la quale la teoria generale:

del diritto positivo semplicemente, non di un particolare ordinamento giuridico ... è teoria generale del diritto, non interpretazione di norme giuridiche particolari, statali o internazionali. Essa, come teoria, vuole conoscere esclusivamente e unicamente il suo oggetto. Essa cerca di rispondere alla domanda: che cosa e come è il diritto, non però alla domanda: come esso deve essere o deve essere costituito. Essa è scienza del diritto, non già politica del diritto¹⁵.

Si coglie qui la relatività dell'indagine sui contenuti di giustizia delle norme, argomento invece centrale negli studi di Perticone: in Kelsen le norme giuridiche sono valide perché sono presentate secondo un metodo specifico – in cui il diritto vale soltanto come diritto posto – nella sua assoluta indipendenza da norme morali, e in ciò risiede la positività del diritto, posto autonomamente rispetto alle norme morali, in antitesi col giusnaturalismo.

Nella teoria pura non si danno controversie di senso, anzi: la controversia interpretativa è letta come un dissentire dall'ordine giuridico delle norme e dell'ordinamento; l'attività interpretativa del diritto è ricompresa nell'attività conoscitiva del solo ordinamento giuridico, ovvero al suo solo interno; un qualunque conflitto, così, è solo un conflitto tra norme nel senso che esso si ha quando due norme sono contemporaneamente valide: se una delle due non lo è non si ha conflitto tra norme, in quanto una delle due non esiste come tale ma è un non-normativo.

¹⁴ Ibid., 48.

¹⁵ Ibid.

La teoria del positivismo giuridico presenta un rapporto costante tra diritto e forza, non curante della più grave separazione che segna tra diritto e giustizia. E ciò in quanto il giusto coincide con quanto è legale, e viceversa.

Non esistono 'ulteriori' o alternative istanze o prospettive di giusto che non siano quelle contemplate nel complesso normativo stesso, come definito nel sistema giuridico ordinamentale.

Le norme ricevono validità dalla *Grundnorm*, ma *chi conferisce validità alla Grundnorm* è un quesito che lascia sempre aperto il paradigma kelseniano. In questo punto si traccia l'orizzonte non dato di una genesi dell'antiformalismo, un non possibile formalismo, in quanto la validità, che per Perticone afferisce la sfera dei valori, non può essere assegnata dal decisionismo normativistico.

Muovendosi in questa direzione, si deve affrontare il problema dell'efficacia delle norme, che non possono dirsi valide se non hanno una qualche efficacia nella realtà: il rischio che la decisione del 'più forte' fondi (è) la forza della validità della norma fondamentale appare evidente quando Kelsen, nella *Teoria generale delle norme*, dice che «non c'è norma senza un atto di volontà che la statuisca»¹⁶ e, di conseguenza, «non c'è nessun imperativo senza un *imperator*»¹⁷: tale affermazione sollecita la ripresa del pensiero di Schmitt, che, nel rapporto tra *diritto e potenza*¹⁸, pensa la decisione a partire dallo 'Stato d'eccezione' e cerca di tenere insieme diritto e politica, con tratti che però lasciano scorgere l'attenzione al valore della singolarità dell'individuo nello Stato (cosa che Kelsen si guarda bene dal fare), riflessione che si coglie nell'espressione «se il diritto può essere dedotto dai fatti, allora non esiste alcun diritto»¹⁹.

La mera statuizione/posizione della *norma fondamentale* pone la stessa come giuridica: secondo la definizione di Kelsen, essa è «la regola fondamentale per la quale sono prodotte le norme dell'ordinamento giuridico»²⁰: è il punto di partenza di un procedimento e ha un carattere dinamico-formale. E continua: «la coazione deve essere posta nella condizione e nel modo determinato dal primo costituente o dagli organi da lui delegati e che questa è la norma fondamentale»²¹.

¹⁶ Idem, *Teoria generale delle norme*, 6.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Schmitt, *Valore dello stato*, 31.

¹⁹ Ibid., 42.

²⁰ Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 52.

²¹ Ibid.

L'insistenza sulla coattività, in virtù della quale il diritto è forza organizzata, insieme alle problematiche logico-giuridiche che deriverrebbero da una definizione netta della norma fondamentale, lo porta ad ammettere che la norma fondamentale ha solo un fondamento ipotetico, rivelando in ciò l'influenza di un pensiero filosofico, quello del "come se"; e, di qui in poi, nei successivi scritti, queste argomentazioni lo allontanano dal tentativo di definire la norma fondamentale.

Ne deriva che tutte le norme sono 'come poste' in quanto la "norma fondamentale" è presupposta in quanto atto di volontà e tale 'posizionamento' coinvolge sia l'istituire che il decidere.

Per il formalismo *istituire* consiste sempre in un fatto normativo che produce immediati effetti giuridici: quindi l'effettività opera kelsenianamente come *conditio sine qua non* della giuridicità.

Gli studi di Perticone, anche mediante la critica al formalismo, portano lo stesso ad affermare, ben più realisticamente, che l'effettività opera come *condicio per quam* della giuridicità, ammettendosi così l'obiettivo incertezza su una scienza del normativo che avvolge il momento istitutivo in cui l'istituire divenga effettivo, a favore invece del pensiero giuridico che ricerca l'unità del molteplice senza l'assegnazione di principi a schemi legali o a concetti dati in un ordinamento costituito.

L'interrogativo che avvicina Perticone a Kelsen è:

che cosa fonda l'unità della molteplicità delle norme del sistema?

Per Kelsen è la norma fondamentale, qualunque essa sia, nel suo esatto e logico funzionamento piramidale; per Perticone una genesi di questa unità della molteplicità del normativo si ha nella *ricerca dei contenuti di uguaglianza e parità nei fondamenti valoriali di un sistema normativo*, da cui nascono soggetti liberi.

Nel porre una norma, come quella fondamentale, come accade per una costituzione, si pensa al destinatario, in quanto le norme sono sempre verso qualcuno: 'pensare all'altro', come attività che implica a sua volta una riflessione sulla *solidarietà*, chiede che «si incontrano e si unificano, fra gli altri, questi elementi: *l'interdipendenza*, cioè la relativa indipendenza economica; la *parità di diritto*; la effettiva *partecipazione di tutti all'opera comune*; il superamento della molteplicità dei soggetti, cioè la loro fusione *nell'unità*. Infine la *certezza* e la sicurezza del diritto»²².

Si tratta delle condizioni essenziali per la realizzazione della comunità giuridica: l'interdipendenza è il legame tra diritto ed economia

²² Perticone, *Lezioni di filosofia del diritto*, 26.

e sottolinea l'importanza del diritto nel non lasciarsi asservire dal nucleo economico; la parità di diritto rappresenta l'uguaglianza nella differenza; la partecipazione all'opera comune indica la via per l'istituzione della norma che riporta alla certezza del diritto, alimento della sicurezza.

In Perticone diritto non è norma, o meglio è norma intesa come sintesi di forma e contenuto. Alla dottrina pura non interessa il contenuto del normativo; preme piuttosto che il normativo abbia dei contenuti, indipendentemente dalla qualità, ricordando che lo stesso Kelsen, nonostante lo abbia sofferto, ha definito l'ordinamento nazista come un ordinamento giuridico, proprio per la sua connotazione formale normativa che lo caratterizzava come tale.

Osserva Perticone che nell'*Allgemeine Staatslehre* (1925) Kelsen sottolinea «sarebbe assurdo dubitare che in regime dispotico non esista un ordinamento giuridico e che negare a questo ordinamento il carattere giuridico non è che una ingenuità o una presunzione giusnaturalistica»²³. Nella traduzione del 1949 (*Gen. Theory of Law and State*) questo passo è stato omissivo²⁴.

Stato e ordinamento giuridico assoggettano la vita di relazione: il singolo è un tutt'uno con l'ordinamento giuridico e il *privato* è tale nella misura in cui il *pubblico* glielo consente.

In Perticone l'unico legame tra il singolo e lo Stato è dato dal fatto che nell'azione di ogni singolo, per quanto volitiva come Kelsen dice sia quella dell'ordinamento, questa 'validità che lega' il soggetto al diritto oggettivo è rappresentata solo dalla spinta a *voler interpretare* i contenuti di giustizia, letta come attività di *volere l'azione legante*, ordinata alla relazione interpersonale attraverso il *logos*, momento creativo di scelta della parola adeguata, nel tentativo di formare un giudizio che Perticone definisce il «nostro giudizio sul mondo e sulla vita»²⁵, precisando però che l'«espressione non nasce ad un parto con il giudizio»²⁶.

Con questa espressione Perticone chiarisce che ogni proposizione non è tale in quanto semplicemente posta, ma, prima di tutto, è espressione in quanto la facoltà di parlare e di giudicare è peculiare per ogni essere umano, pur non essendo contestuale all'espressione.

²³ Ibid., 113, così in nota.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid., 6.

²⁶ Ibid., 113.

29.3. Rapporto e relazione giuridica: il linguaggio giuridico

L'astrazione pura della *Grundnorm*, come concepita da Kelsen, è speculare a quella dei contenuti: la norma fondamentale non è solo una forma vuota ma è priva anche della fundamentalità che la porrebbe come *Grund*, in quanto la sua stessa validità non trova riscontro in quella sfera valoriale che la giustizia si pone come compito.

Perticone coglie che il pensiero filosofico-giuridico è del tutto avulso da qualsivoglia teoria generale del diritto, e si presenta come *filosofia della giustizia*²⁷.

Il formalismo puro, di cui genesi e ambiguità si intuiscono a partire dall'idea di 'purezza' di una dottrina, diventa in Perticone un punto centrale se letto nella direzione dei 'contenuti', in quanto il formalismo svuota i contenuti di giustizia delle leggi e mantiene un contenuto vuoto. In questa direzione, il filosofo del diritto che riflette sulla dimensione della giustizia è colui che non vive astrattamente la dimensione del 'giuridico' – restando a guardare lo scorrere di queste forme vuote – ma è immerso nell'azione del ricercare²⁸ continuamente una verità che non prescinde da una dimensione dello spirito.

Scrive Perticone:

Il vero si concepisce in filosofia e in quanto abbraccia le conclusioni del pensiero, si distingue da quello delle scienze. Non è una copia della obbiettività delle cose, nel senso che si suole dare a questa espressione nelle scienze particolari; ma è la proiezione, nel mondo della cultura, di un tipo di mentalità, che si rivela in una data concezione delle cose. Il mondo ci si offre come una somma di frammenti; ogni sforzo della filosofia è diretto ad integrare la parte col tutto, e vi riesce sostituendo al tutto la parte. Il filosofo non vede, nel tessuto della realtà, che uno solo dei suoi fili innumerevoli; e questo filo unico serve a tener legati tutti gli altri, è il solo elemento di continuità; e lo segue di maglia in maglia sebbene non appaia alla superficie che saltuariamente e sia spesso nascosto da altri fili. Così il filosofo lo eleva, oltre il relativo, verso il piano del valore assoluto ed universale²⁹.

²⁷ Ibid., 13.

²⁸ Ibid., 113.

²⁹ Ibid., 29.

Così non si ha mai che la realtà dell'ordinamento giuridico è il tutto del mondo della giustizia: «dello stesso giudizio si può dare più d'una espressione e formulazione»³⁰ e l'uomo deve dare la più adeguata che ne assicuri la comprensione, la comunicazione, la circolazione e la ricerca del giusto nel legale.

Sembrerebbe però che ogni scelta appaia, in tal modo, impropria, traditrice della forma e del valore di verità che risiedono nel giudizio giusto, invece «la nostra scelta è giustificata dalla critica che noi compiamo delle formule che abbiamo respinte; ma questa critica è conclusa con la *scelta*»³¹.

Sulle considerazioni kelseniane non si poggiano le riflessioni di Perticone in quanto l'azione del singolo, da quella parte, è ricondotta alla ascrizione logico-formale della condotta alla norma regolatrice che la prevede, indefettibilmente, secondo lo schema puro del diritto. Nella purezza del diritto, infatti, anche la dimensione filosofica del dovere³² è ridotta alla logica delle forme, riflessione rinvenibile nella condizionale espressione *se A allora deve essere B*; in Perticone «l'azione è portatrice di un'esigenza, l'esigenza di rivolgere l'attività dell'uomo al suo fine, come sforzo, volontà consapevole di adeguare l'atto come mezzo al fine come valore»³³.

Il binario essere-dover essere non si stabilisce secondo lo schema della logica 'se A allora deve essere B' o secondo un principio esecutivo di un qualche diritto naturale. In Perticone è proprio *tra* queste due dimensioni, ontica e deontica, che «sorge il problema dei rapporti del potere e dell'obbligo giuridico, che rappresentano, nel processo dell'azione, il momento decisivo in cui essa si qualifica; come azione genericamente politica e specificamente giuridica»³⁴.

Secondo Kelsen, *l'idea* del diritto naturale costituisce una condizione per determinare quella del diritto positivo. E poiché il diritto naturale non vige per il suo modo di essere ma per il suo contenuto, questo finisce col penetrare nel sistema della *dottrina pura*. Ecco che *l'idea pura* si presenta con un suo contenuto (puro).

³⁰ Ibid., 6.

³¹ Ibid., 173.

³² Cfr. Romano, *Dovere nel diritto*.

³³ Perticone, *Lezioni di filosofia del diritto*, 20.

³⁴ Ibid.

È vero che il diritto naturale si esprime come un *dovere*, e quindi secondo la struttura della norma; ma nello stesso tempo esso vige per un suo intrinseco valore non formale, anzi materiale, per una sua realtà obbiettiva che lo pone nell'ordine delle esigenze assolute, dei bisogni e dei fini dell'uomo, che si conviene chiamare naturali. Se si respinge questa validità obbiettiva, si deve respingere l'intera pensabilità del diritto naturale (che pure troviamo posto a base del sistema positivo), e la razionalità dell'idea stessa di giustizia (se questa deve operare nello svolgimento storico del diritto).

Ciò accade in quanto la differenza posta da Kelsen a base della sua costruzione tra «valore» e «validità» della norma giuridica è una differenza fra giudizio valutativo e giudizio esistenziale, che si propaga sulle materie giuridiche pubblicistiche e privatistiche.

Il giurista che ignora la vita del diritto è un assurdo dell'umano, perché il diritto è vita; il giurista che ignora i valori giuridici è un tale assurdo, perché è nella quotidiana pratica interpretativa che gli occorrono tutti i sussidi della riflessione filosofica che significa conoscenza valoriale nel mondo del diritto.

Non è possibile concepire la vita del diritto, il diritto come vita, senza guardare al contenuto della norma, su cui si regge la stessa attestazione di validità della norma, in quanto portatrice di un'esigenza.

Le relazioni giuridiche in Kelsen sono meri rapporti tra fatti, non tra persone, e le qualità giuridiche hanno importanza in quanto sono i fatti ad avere qualità solo in forza di una norma, che tanto è in quantità e tanto vale in qualità.

La qualità dei rapporti privati, o del privato, col pubblico si misura solo in questa forza. Perticone osserva che la distinzione del diritto pubblico da quello privato è considerata fondamentale nella sistematica giuridica. Le teorie su cui essa si fonda, sono molteplici. Questa distinzione, secondo Perticone, è arbitraria, poiché, se è vero che la norma protegge anche un interesse individuale, la protezione di questo è un interesse collettivo. Per Perticone la distinzione si fonda più sul rapporto tra autonomia/libertà e legge, vissuto come un dilemma interiore, risolvibile nel ricercare un infinito nei limiti dell'umano e non il limite nell'infinito, come vorrebbe più Kelsen, secondo il quale «il diritto è lo stato» e la meta-giuridicità dello stato è una posizione teologica; lo stato è nient'altro che la sistematica unità del diritto.

Per Perticone lo Stato è diritto se si sforza di ricercare nelle formule «un problema di tutti»³⁵. Questa rappresentazione del diritto è la rappresentazione della giustizia.

Perticone, infatti, osserva che nel sistema di Kelsen, nelle 'forme pure' appunto, non vi è una «esigenza del sentimento, una volontà di giustizia, una lotta contro l'ingiustizia razionalmente giustificata, che si possa dire soddisfatta una volta per tutte: così l'archetipo come il modello sono schemi e posizioni astratte o posizioni-limite»³⁶. Qui Perticone avverte che archetipi e modelli delle forme pure costituiscono per l'individuo la situazione-condizione dell'ingiusto, apparentemente e concretamente insormontabile, quel limite che nello sforzo di essere valicato lascia emergere la sentimentalità (antropologica) dell'essere-uomo, quella esigenza di sentimento che traccia la più alta distinzione teoretica tra ente umano e non umano, la punta in cui si legge chiaro quello *status* di essere-eccezione alla biologicità e alla forma. È in questa eccezione che il diritto è illuminato dall'attività non puramente formale dell'interpretazione, che l'uomo esercita costantemente verso la forma formata della normazione, attraverso l'arte della ragione³⁷.

Secondo Perticone

si tratta di un'aspirazione reale e non illusoria dello spirito, di cui esiste il termine, come l'aspirazione insopprimibile alla verità (oggettiva o posta come oggetto). Senza questa aspirazione, senza questo movimento perenne dell'uomo verso le sue mete, si ricadrebbe, precisamente, nell'assurda immutabilità dell'idea eterna, del modello, dell'archetipo. Ora come la ricerca della verità non si ferma in quel punto o approssimazione che chiamiamo «certezza», così la ricerca della giustizia non può essere soddisfatta e si muove perennemente verso un ideale, che perennemente risorge di là dell'esperienza, perché, precisamente, questa si muova verso di lui. Il fine è nulla, il movimento è tutto. E non si tratta di un'oscillazione perpetua tra il sì e il no, di un naufragio nello scetticismo e nella problematicità – che è lo stesso – ma di adeguazione continua alla situazione storica che rende eternamente insoddisfacenti o parziali le posizioni raggiunte³⁸.

³⁵ Ibid., 4.

³⁶ Ibid., 101.

³⁷ Cfr. Legendre, *Il giurista artista della ragione*.

³⁸ Ibid.

Per questo *il diritto* in Perticone, a differenza di Kelsen, è *la giustizia*, in quanto il diritto è «*semper aequum ac bonum*» e perciò diritto giusto, sia che per «*aequitas*» si intenda, coi greci, il diritto fuori della legge o, coi romani, il diritto che si ricava, con l'interpretazione, dalla legge. Il diritto come «*constans et perpetua voluta jus suum cuique tribuendi*» è il diritto giusto. «*Jus suum*» è, per il giureconsulto romano, quello che è la dignità della persona per i greci, e dunque non vi è tautologia in questo principio che non significa, come vuole Kelsen, tu devi ciò che devi; anzi, nella tavola dei valori di Ulpiano, esso conclude e armonizza il valore della socialità con quello della generica razionalità (*alterum non laedere*) e dell'umanità (*honeste vivere*). Tavola di valori, che rappresenta l'eredità più cospicua del mondo antico³⁹.

Perticone, appunto, osserva che «vi è, dunque, una giustizia indipendente dalla legalità, una giustizia nella legalità; tra di esse si stabilisce una tensione, che possiamo considerare come il simbolo di uno svolgimento continuo della legalità nella giustizia»⁴⁰.

Gli studi kelseniani affrontati da Perticone lo portano ancora oltre nella critica alla dottrina pura del diritto, al punto che lo stesso afferma:

ordine come forma [legalità] ... e il giusto come contenuto dell'azione giuridica [giustizia], sono i termini tra i quali si svolge la nostra costruzione di una filosofia del diritto come filosofia della giustizia. Questa costruzione non soddisfa alla pretesa ambiziosa del pensiero filosofico di superare i limiti dell'umano, dell'esperienza storica come esperienza giuridica e di battere alla porta dell'assoluto che noi sentiamo come dovere, tutto il dovere, e in questo senso assoluto, per noi: il dovere dell'azione *che dobbiamo compiere*⁴¹.

Si chiarisce così anche il nesso tra diritto e dovere, lontano dalla purezza assoluta dei sistemi normativi e calato nella dimensione giuridico-esistenziale dell'agire relazionale. È in questo agire che si dà il linguaggio del diritto, inserito costitutivamente nella coesistenza relazionale, da ogni relazione verso la vita di relazione, nella pluralità delle ipotesi di senso intersoggettive, chiarendosi col linguaggio che in ogni attività, come quella del giudizio e del linguaggio giuridico, si viene immessi nella regola del dialogo 'stimolante lo spirito', lasciando che

³⁹ Ibid., 85.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid., 13.

sia «il caso a presentare l'argomento»⁴², chiarificando che il diritto e la giustizia si curano del caso concreto non potendosi fermare davanti alla norma generale ed astratta che non può contenere ne' una parola come ultima ed universale, poiché ogni parola è polisensa, ne' le infinite ipotesi di accadimenti in quanto la stessa vita di relazione è ignota nel suo stesso darsi e nella sua prevedibilità formativa del futuro giuridico-esistenziale.

Riferimenti bibliografici

- HUMBOLDT, WILHELM VON. *Scritti filosofici*, a cura di Fulvio Tessitore. Torino: Utet, 2004.
- KELSEN, HANS. "Diritto pubblico e privato", *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, IV, fasc. 4 (1924).
- *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig-Wien: F. Deuticke, 1934; *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di Renato Treves. Torino: Einaudi, 1967.
- *Teoria generale delle norme*. Tradotto da Mirella Torre. Torino: Einaudi, 1985.
- PERTICONE, GIACOMO. "Diritto naturale e diritto positivo. Diritto dello stato e diritto dei privati". *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, X, fasc. 5, 1930.
- "Scienza e filosofia del diritto". *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, IX, fasc. 1 (1929).
- *Lezioni di filosofia del diritto*. 2 ed. Torino: Giappichelli, 2012.
- HUSSERL, EDMUND. *Meditazioni cartesiane*, a cura di Filippo Costa. Milano: Fabbri, 1994.
- LEGENDRE, PIERRE. *Il giurista artista della ragione*, a cura di Luisa Avitabile. Torino: Giappichelli, 2000.
- ROMANO, BRUNO. *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*. Torino: Giappichelli, 1999.
- *Il dovere nel diritto. Giustizia uguaglianza interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2014.
- SCHMITT, CARL. *Il valore dello stato e il significato dell'individuo*, a cura di Carlo Galli. Bologna: Il Mulino, 2013.
- THEUNISSEN, MICHAEL. *Der Andere*. Berlin: De Gruyter, 1997.

⁴² Von Humboldt, *Scritti filosofici*.

30. Riflessioni su Emilio Betti filosofo e costituzionalista, suo malgrado

Giovanna Razzano*

30.1. Introduzione

Nel considerare Emilio Betti nella particolare prospettiva del titolo di questo studio, occorre in primo luogo premettere che le riflessioni che seguiranno desiderano essere uno spunto per ulteriori e più approfondite considerazioni, come meritano gli autori, i temi e le questioni lambite dalle prossime pagine.

Nell'intraprendere questo percorso, sembra poi fondamentale muovere dalla celebre prolusione con cui il 13 dicembre 1920 Giorgio Del Vecchio inaugurò il corso di filosofia del diritto della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza di Roma¹. Emilio Betti, in una delle sue maggiori opere, vi si riferì espressamente, rivelando il forte impatto che ebbe anche su di lui:

È sempre degno di attenzione e di rispetto il tentativo di identificare i principi generali di diritto, intrapreso con una ben altrimenti consapevole serietà d'intenti e purità di cuore da chi ritiene di potersi rifare alle dottrine del "diritto naturale", e di attingere ad un loro rinnovamento in senso moderno la riflessa coscienza storica dei problemi etici e politici da proporsi e dei valori della civiltà che oggi sono da tutelare².

* Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici, 'Sapienza' Università di Roma.

¹ Del Vecchio, "Sui principi generali del diritto".

² Betti, *Teoria generale della interpretazione*, II, 848. Occorre notare che la stesura di quest'opera e soprattutto la riflessione sui problemi che affronta sono precedenti. Nella prefazione lo stesso Emilio Betti ne dà conto, precisando, fra l'altro, che il 14 novembre 1927, a Milano, aveva già trattato dell'*hermeneutica iuris* nell'indagine storica del diritto; che in una comunicazione svolta il 18 giugno 1942 all'istituto lombardo aveva dato già conto dell'indirizzo ermeneutico; che in un corso nel 1943

Certamente non può tralasciarsi il dato per cui, nella stessa prefazione all'opera appena citata, Betti mostra di sgomberare il campo da qualsiasi malinteso, dichiarando di voler restare sul terreno fenomenologico della scienza, senza ascrivere a nessun particolare sistema filosofico, in quanto «la sua mèta è una teoria generale, pur se animata dalla fiducia nello spirito»³.

Eppure, proprio dopo aver elogiato il «tentativo» di Del Vecchio, Betti enuncia la sua nota dottrina dei principi generali, caratterizzati da un'*eccedenza di contenuto assiologico*, da *virtualità e forza di espansione non già di indole logica e dogmatica, bensì valutativa*, al punto che essi si pongono a fondamento dell'ordine giuridico, con una *funzione genetica* rispetto alle singole norme⁴.

Ora non vi è chi non veda come questa affermazione e i successivi sviluppi, per quanto Betti assicuri di non volersi porre sul terreno filosofico, non manchino di avere conseguenze proprio in questo ambito. Inoltre, per quanto il Betti non risparmi graffianti critiche alla Costituzione del 1948 e al suo tentativo di fissare i principi⁵, appare chiaro che la concezione bettiana dei principi generali dell'ordinamento non è affatto priva di portata costituzionale. Ne è una riprova il fatto che, in ripetute occasioni, Franco Modugno si sia richiamato ad essa, accogliendone la definizione in riferimento all'ordinamento giuridico costituzionale⁶.

L'intento di questa ricerca è dunque quello di rintracciare, attraverso alcuni punti nevralgici della teoria di Emilio Betti, come egli in realtà possa considerarsi *filosofo* e perfino *costituzionalista*, suo malgrado.

aveva riflettuto sulla gnoseologia del giudizio assiologico, al centro della teoria generale dell'interpretazione; e che, infine, nell'aprile del 1948, aveva pubblicato una prolusione sulle categorie civilistiche dell'interpretazione, considerandole un manifesto ermeneutico (Idem. "Le categorie civilistiche dell'interpretazione," 34-86).

³ Idem. *Teoria generale della interpretazione*, I, IX.

⁴ Ibid., II, 850.

⁵ Ibid., 847: «Così non poche enunciazioni della recente "costituzione" italiana, ove siano esaminate alla luce di quella tecnica (si riferisce alla tecnica dell'attività legislatrice, n.d.r.), si palesano o mere enunciazioni programmatiche, carenti di contenuto precettivo e quindi tali da lasciare il tempo che trovano, o illusorie formole di compromesso fra partiti».

⁶ Cfr., ad es., Modugno, *Principi generali dell'ordinamento*, 10; Idem, *Appunti per una teoria generale del diritto*, 140 e Idem, *Lineamenti di teoria di diritto oggettivo*, 79.

30.2. Emilio Betti filosofo. La critica al positivismo e al normativismo kelseniano

Quanto al Betti *filosofo*, conviene prendere le mosse proprio dalla concezione dell'ermeneutica bettiana. Da questa si ricavano infatti importanti osservazioni in merito al pensiero che ne è alla base, che implica, come ora si avrà modo di constatare, precise scelte di campo in ambito giuridico-filosofico e, anche, propriamente filosofico.

In primo luogo, nell'enunciarne i caratteri della sua ermeneutica, Betti comincia con il chiarire che altro è la neutralità ermeneutica⁷, altro è il positivismo giuridico e, più in particolare, il normativismo kelseniano. Quest'ultima dottrina, egli afferma, mentre rivendica a sé il merito di aver escluso dal campo del giurista l'istanza etica del diritto e quella politica, di competenza della sociologia⁸, dimentica che le norme non sono pure enunciazioni di giudizi, ma sono invece *strumenti al fine di una convivenza sociale*. Pertanto l'interpretazione del giurista, lungi dal ridursi, come vorrebbe il positivismo, ad una sorta di interpretazione filologica del discorso legislativo, è piuttosto volta ad identificare *i tipi di interessi* che hanno formato oggetto di disciplina legislativa, la "*materia segnata*", la quale *opera prima ancora della disciplina giuridica*.

Betti trova infatti riduttivo confinare la scienza del diritto all'analisi del discorso legislativo, lasciando fuori l'esperienza, il reale, la valutazione critica della validità della norma in rapporto ai fatti e, dunque, la sua adeguazione a quelli. Scrive Betti:

Lungi dall'essere copia di una realtà presupposta e dal desumere la propria validità (verità) da una pretesa adeguazione a quella, il concetto così costruito non sarebbe da apprezzare se non in ragione della sua utilizzabilità; e questa dipenderebbe solo dal grado di rigore con cui il giurista è giunto a stabilire le regole del suo uso⁹.

⁷ Per Betti la neutralità ermeneutica è quella che «vieta all'interprete, giudice o giurista teorico, di risalire ad istanze metagiuridiche, etiche, religiose, sociali o economiche, secondo preferenze sue personali, e gl'impone di attenersi alle valutazioni normative che determinano la disciplina positiva dei rapporti e sono immanenti all'ordine giuridico di cui si tratta».

⁸ Betti si riferisce espressamente a Kelsen e alla sua "teoria pura" (*Teoria generale della interpretazione*, I, 796, n15).

⁹ *Ibid.*, 797.

Al contrario, il giurista:

deve procedere ad una interpretazione storica e tecnica, che abbia riguardo tanto alla materia disciplinata, quanto ai criteri della disciplina destinata. Non basta, dunque, analizzare la logica della lingua usata dalla legge: si deve altresì indagare, in indirizzo storico e tecnico, sia la logica dei rapporti sociali disciplinati, sia la logica del loro trattamento giuridico¹⁰.

Diversamente, conclude Betti, la giurisprudenza fallirebbe nel suo fondamentale compito ermeneutico, proprio perché, sotto l'influenza di una prevenzione dottrinarica, ignorerebbe i problemi di convivenza affrontati dalla legge e i criteri di valutazione che ne governano la soluzione¹¹.

Così facendo, mentre critica il formalismo kelseniano e mentre sostiene un'ermeneutica *obiettiva* e rispettosa dell'*alterità* e della *verità storica*, il nostro autore sottolinea allo stesso tempo un connotato essenziale della sua teoria dell'interpretazione, ossia l'importanza dell'*oggetto* da interpretare, pur nella consapevolezza della componente temporale, esperienziale e pre-comprensiva. Per questo, secondo Betti, l'atto di interpretare è un *processo triadico*, i cui estremi sono da un lato l'interprete, spirito vivente e pensante, dall'altro lo spirito che si è oggettivato in forme rappresentative e, infine, le stesse forme rappresentative «come qualcosa d'altro, come una oggettività irremovibile»¹².

30.3. L'importanza dell'oggetto da interpretare. L'ascendenza vichiana

Rimarcare l'esistenza di un oggetto da interpretare, nella sua identità e nella sua autonomia rispetto all'autore e all'interprete, è un'affermazione non priva di importanza, specie ove considerata nel panorama filosofico del Novecento. Si è autorevolmente osservato, infatti, che questa individuazione dell'*oggetto* proprio dell'ermeneutica è particolarmente importante nel contesto del dibattito interno

¹⁰ Ibid., 795-798.

¹¹ Ibid., 798.

¹² Idem, *L'ermeneutica*, 64.

all'ermeneutica postgadameriana¹³. Si tende infatti a sostenere, in particolare da parte dei rappresentanti di un'ermeneutica debole, che con l'ermeneutica ci troveremmo di fatto di fronte alla "scomparsa" dell'oggetto in filosofia. E questo perché, da una parte, l'epistemologia contemporanea è caratterizzata dalla crisi dell'oggettivismo; e, dall'altra, perché il tradizionale oggetto della speculazione filosofica – l'essere – è stato ormai vanificato dalla critica kantiana¹⁴:

Ne risulta che l'ermeneutica dovrebbe essere considerata non come una disciplina che ha un proprio "oggetto" di ricerca, ma piuttosto come la filosofia della consapevolezza di questo statuto della filosofia postmoderna, che non avrebbe più oggetti a cui rivolgersi. Ne risulta l'assolutizzazione del solo orizzonte di precomprensione ermeneutica, ovvero del punto di vista soggettivo dell'interprete, che non ha più un vero oggetto da interpretare, e resta chiuso nella sua intrascendibilità precomprensiva di carattere essenzialmente linguistico. È quella che Betti denunciava come *Sinngebung*, ovvero attribuzione soggettiva di significato, e che considerava come il maggiore pericolo dell'ermeneutica contemporanea, la quale, qualora rinunciasse a riconoscere il proprio oggetto, rinuncerebbe anche alla propria intenzionalità veritativa, a favore di un prospettivismo interpretativo di stampo relativistico¹⁵.

Sotto questo profilo, si assiste peraltro ad una esplicita e consapevole adesione, da parte di Emilio Betti, alla filosofia di Giambattista Vico. Per il fondatore italiano della scienza ermeneutica, infatti, se è certo che l'oggetto dell'ermeneutica non è un oggetto della natura, né l'essere della metafisica, è nondimeno il termine conoscitivo, il vichiano mondo civile, le "forme rappresentative", che possono essere insieme interpretate e comprese nella loro genesi e nella loro intima costituzione. Per Betti, come per Vico, il "mondo civile" è fatto, creato e prodotto dagli uomini e può dunque essere conosciuto dagli uomini nella sua verità: *verum ipsum factum*. Verità del *factum* che è un cammino di *hermeneutica historiae*, riconosciuto dal Betti come il nuovo statuto epistemologico della conoscenza¹⁶. Quel *mondo civile* – le *forme rappresentative* – che è stato fatto dagli uomini e che può essere conosciuto dagli uomini, ha modificato infatti «i modi d'essere e gli atteggiamenti con cui

¹³ Mura, *Verità e storia in Vico e in Betti*, 17-28.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

questa mente è nata»; e poiché, se vogliamo conoscere la natura delle cose, dobbiamo ricercare quale sia il loro *nascimento*, la loro genesi, ne consegue che sussiste uno stretto rapporto tra le modificazioni della mente umana e la nascita del mondo civile. Le modificazioni della mente umana formano il mondo civile; la conoscenza del mondo civile non è solo dunque genetica ma ermeneutica, perché la mente umana coglie la verità del mondo civile non solo nei suoi momenti genetici, ma in quelle "forme interiori" che lo rendono partecipe della "comunione" dell'umanità¹⁷.

Questa prospettiva bettiana, come acutamente osservato¹⁸, ha come conseguenza la fiducia nell'interconnessione e nella comunicazione dell'uomo con l'umanità intera e porta con sé, fra l'altro, la critica al solipsismo egocentrico di Heidegger¹⁹. Afferma Betti che la giusta prospettiva è quella, umile, di «un soggetto che è ben consapevole di non essere al centro dell'universo che discopre»²⁰. Una prospettiva "eccentrica" in senso etimologico, ossia fuori dal centro dell'universo, per la raggiunta consapevolezza della condizione umana rispetto al mondo. Una prospettiva al tempo stesso "cosmocentrica", perché «il singolo si colloca in una comunione di esseri pari a lui, si subordina e si coordina in un cosmo di valori, che lo trascende ed ha il suo centro al di fuori di lui»²¹. Al contrario la concezione solipsistica o egocentrica è quella che Vico chiama la "boria", perché fa del singolo dotto o della nazione la "regola dell'universo"²² ed è quella che, per Betti, spinge «a credere che il mondo illuminato e cosciente incominci da loro, quali punte estreme di un progresso scientifico che ha per mèta la razionalizzazione dell'esistenza»²³.

Si può dunque sostenere che l'originalità dell'ermeneutica bettiana, che è *metodica generale delle scienze dello spirito*, risieda soprattutto nel *canone dell'autonomia ermeneutica dell'oggetto, ovvero dell'immanenza dell'oggetto*. Uno dei maggiori studiosi di Betti, Giuliano Crifò, ha notato come «proprio l'antica vocazione storica consentisse al Betti di rivendicare la relatività e strumentalità della dogmatica e

¹⁷ Betti, *I principi di scienza nuova di G.B.Vico*, 462.

¹⁸ Mura, *Verità e storia in Vico e in Betti*.

¹⁹ Cfr. Betti, *Teoria generale*, I, 25, 104 e 956.

²⁰ *Ibid.*, 104-105.

²¹ *Ibid.*, 956.

²² Vico, *La scienza nuova*, 104-106 e anche 157, così come richiamato da Mura, *Verità e storia*.

²³ Betti, *Teoria generale*, II, 962.

di porre costantemente l'accento sul problema storico-giuridico, al quale i testi danno una risposta, un significato da ricavare e non certo da imporre»²⁴. In altri termini, così come per il Betti studioso del diritto romano non è concepibile un approccio scientifico a tale ambito di studi, nel solo orizzonte soggettivo di precomprensione ermeneutica, allo stesso modo è per lui inimmaginabile anche rispetto ad altri ambiti disciplinari un'ermeneutica che prescindendo dal reale e dall'autonomia oggettività di ciò che si presenta all'attenzione dell'interprete, che è *dato* e non è *posto* e che va quindi umilmente *indagato, scoperto, compreso*²⁵. Del resto Crifò ha definito Betti un epigono insospettabile e indiscutibile del *realismo storico vichiano*, contro ogni confuso storicismo spiritualistico²⁶ e, come aggiunge Gaspare Mura, contro ogni relativismo storico di origine idealistica o esistenziale²⁷.

30.4. L'elemento valutativo assiologico è parte della scienza dell'interpretazione

Oltre alla critica al normativismo e oltre al canone dell'autonomia ermeneutica dell'oggetto, Betti sostiene l'importanza di «spiritualizzare la logica del diritto, che non è mai logica formale»²⁸. Egli difende infatti *il carattere scientifico dell'interpretazione giuridica, anche quando viene in considerazione l'elemento valutativo assiologico*. E scrive:

Come sul terreno noetico sarebbe assurdo negare all'attività conoscitiva la capacità di conoscere la verità ... così sul terreno pratico è parimenti assurdo assumere che il nostro senso morale – solo perché senso di un soggetto – sia impotente ad attingere valori etici oggettivi costanti (ancorché storicamente condizionati nella loro problematica) e brancoli nel buio perenne di una soggettività incomunicabile e sempre variabile. Al contrario: che non sia nel nostro arbitrio spostare, rimuovere, rovesciare, ridurre, alterare i valori, ce lo insegna la quotidiana esperienza²⁹.

²⁴ Crifò, *Emilio Betti. In memoriam*, 298.

²⁵ Mura, *Saggio introduttivo*, 14.

²⁶ Così Crifò, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, 182.

²⁷ Mura, *Saggio introduttivo*, 27-30.

²⁸ Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 180-182.

²⁹ Idem, *Teoria generale della interpretazione*, I, 7 ss.

È questo il punto in cui, richiamandosi a Nicolai Hartmann, Betti svolge una serrata critica al soggettivismo e al relativismo, confutando le tesi avverse. Afferma infatti che non vale, al fine di dimostrare l'inconsistenza oggettiva dei valori, addurre l'argomento per cui vi sono fenomeni di falsificazione e disconoscimento dei valori, perché ciò suppone comunque un'oggettività che può essere attinta o mancata. Il fatto poi che i valori etici si trovino in correlazione con determinate entità del mondo reale, e quindi siano "in correlazione fenomenologica", non deve essere confuso con una supposta relatività del valore. Ciò significa, piuttosto, che tali istanze esistono in concreto come *momenti di un processo*, il che è presupposto fenomenologico del loro esistenzialarsi, non già presupposto assiologico della loro essenza di valori.

Betti rifiuta così espressamente la tesi per cui i valori etici sarebbero una creazione del singolo soggetto. Contesta inoltre la concezione kelseniana, secondo cui essi sarebbero entità prive di contenuto e puramente formali. Respinge altresì l'idea secondo cui sarebbero concetti costruiti col pensiero discorsivo. Citando Seneca in una lettera a Lucilio³⁰, Betti sostiene invece che i valori etici sussistono già in anticipo, prima dell'esperienza, come un *a priori*, trattandosi di valutazioni precedenti all'esistenza concreta, che suggeriscono come essi siano dei *beni*. Il fatto che l'esistenza reale non gli sia conforme, nulla prova contro la loro validità. Tali valori appartengono infatti ad una *seconda dimensione dell'oggettività*, che non è quella puramente fenomenica e che pure, come quest'ultima, si distingue dalla soggettività della coscienza. Si tratta infatti, spiega Betti, di una *oggettività ideale* che ubbidisce infallibilmente ad una propria legge, anche se è legata alla coscienza dell'uomo da un nesso intimo e profondo, che rende ragione dell'attitudine della coscienza a scoprire tali valori etici ideali che, altrimenti, le resterebbero «inattangibili»³¹.

Sotto questo profilo egli si colloca in modo assai originale nella filosofia contemporanea. Betti riconosce certamente, con Del Vecchio, la consistenza inevitabilmente giuridica della "*natura delle cose*" e della "*logica della materia*", ma avverte, come si è visto, che essa stessa è oggetto di una interpretazione storica e tecnica. Riceve l'apprezzamento di Benedetto Croce – che affermò che «il Betti ha senso storico così

³⁰ Seneca ad Lucilium, 92, 10, come richiamata da Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, I, 10.

³¹ Ibid., 11.

severo da non negare certamente ... per la storicità del soggetto la storicità dell'oggetto»³² – ma non può certamente definirsi uno storicista in senso proprio.

In ogni caso la teoria ermeneutica bettiana e la relativa cornice filosofica vennero elaborata, fin dagli anni Quaranta, in dialogo con i maggiori giuristi del tempo, importanti estimatori di Betti³³. Fra questi Carnelutti, in particolare, sosteneva che egli possedeva «una vastità di dominio dei campi del diritto che va dall'internazionale al commerciale, dal materiale al processuale, dalla storia alla filosofia, una informazione minutissima, una capacità di analisi da diventare un tormento, una sensibilità sempre più sveglia ai nuovi problemi»³⁴.

30.5. Betti “costituzionalista”. Importanza e limiti della giurisprudenza

Quanto al suo essere “costituzionalista”, sempre suo malgrado, vi sono almeno due temi che indirizzano verso questo riconoscimento. Riprendendo infatti le fila dell'ideale dialogo con Del Vecchio sulla questione dei principi, Betti arriva a domandarsi chi abbia la competenza a identificare i principi generali del diritto. Si tratta di un interrogativo che interessa certamente l'ermeneutica, ma si tratta nondimeno di un'importante tematica di diritto costituzionale. Sul punto egli risponde che la pietra di paragone della competenza all'identificazione dei principi generali è offerta dal rinvio alla “*natura delle cose*”. E avverte che quest'ultima, altresì definita “*la logica della materia*”, è essa stessa oggetto di una interpretazione storica e tecnica³⁵. Si tratta infatti di individuare l'ambiente sociale e storico dell'ordine giuridico in cui si dispiegano tali principi, che potrebbe anche condurre «ad elaborare un diritto vivo che è diverso non ostante l'identità delle formulazioni legislative»³⁶.

³² Croce, *Per una Poetica moderna*, 315-328.

³³ Mura, *Saggio introduttivo*, 20, il quale cita fra gli altri Carnelutti, De Francisci, Arangiu-Ruiz, Schiavone, Calasso, Bonfante, Biondi, Satta. Sulle incomprensioni da parte dei giuristi nei confronti di Betti, Crifò, *Emilio Betti, Note per una ricerca*, 196.

³⁴ Carnelutti, recensione, 223.

³⁵ Betti, *Teoria generale*, II, 855.

³⁶ Ibid.

Si tratta di un punto nevralgico della teoria di Betti, di notevole attualità. Egli approda infatti alla conclusione che l'organo della coscienza sociale competente ad interpretare la coscienza sociale del tempo è senz'altro la giurisprudenza, segnalando, al tempo stesso, due opposte esagerazioni. Da un lato, quella di Santi Romano, per cui le lacune sono apparenti e l'attività interpretativa inutile, perché sarebbero sufficienti i principi generali a determinare la soluzione del caso concreto; dall'altro, quella per cui si giunge a qualificare come "fonte del diritto" l'attività interpretativa della giurisprudenza³⁷. In tal modo infatti si disconoscerebbe la fondamentale differenza che intercorre fra l'ordinamento moderno e quello della Roma antica e del diritto romano classico, come se "nell'ambiente moderno" – come lo definisce Betti³⁸ – sussistessero, come in quell'ordinamento antico, un complesso di *iura* determinato dalla *interpretatio prudentium*, in contrapposizione ad un complesso di *leges*. Per Betti insomma la giurisprudenza, con il suo importantissimo ruolo, deve comunque restare nell'ambito dell'interpretazione ed è escluso che sia essa stessa una fonte del diritto.

La questione e la soluzione che ne dà il Betti sembrano riecheggiare nell'importante sentenza dell'11 luglio 2011, n. 15144 delle sezioni unite della Cassazione civile. Si tratta infatti di una pronuncia che è entrata nel vivo della questione della natura dell'attività interpretativa dei giudici. Ovviamente il riferimento è al contesto odierno, che è quello costituzionale, laddove l'art. 101 Cost. dispone che i giudici siano soggetti soltanto alla legge. La suprema Corte ha escluso che una sequenza di interventi accertativi del contenuto di una norma si trasformi nella creazione di un *novum ius* e ha escluso che vi siano atti fonte del diritto di provenienza giudiziale. Quanto al diritto vivente – afferma ancora la Cassazione – il giudice certamente «disvela ma non per questo crea». Questo assetto realizza «l'unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità popolare, di cui la legge, ad opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l'espressione prima»³⁹.

³⁷ Ibid., 862-863.

³⁸ Ibid., 863.

³⁹ In proposito, quanto all'interesse processuale della pronuncia, Verde, *Mutamento di giurisprudenza*, 6 ss.; Punzi, *Il ruolo della giurisprudenza*, 1337 ss.; Ruffini, *Mutamenti di giurisprudenza*, 1390 ss.; Costantino, *Il principio di affidamento*, 1073 ss., con dettagliati richiami di dottrina e di giurisprudenza; Santangeli, *La tutela del legittimo affidamento*.

30.6. I valori etici e i principi

Ma l'importanza e l'attualità della tesi bettiana, nella prospettiva propriamente costituzionale, si apprezzano anche altrove. In particolare rileva la sua concezione dei principi fondamentali e la sua tesi circa i "valori etici". Questi temi attengono infatti ai fondamenti dell'ordinamento giuridico e in special modo dell'ordinamento giuridico costituzionale, come ha avvertito Franco Modugno⁴⁰. E soprattutto attengono ad una questione che oggi, quando l'ordinamento statale si integra e si confronta con ordinamenti giuridici più ampi, di cui è esso stesso parte, è divenuta centrale. Ma sembra opportuno procedere ancora in stretto riferimento al nostro autore.

Betti sostiene, come si è visto in precedenza, che i "valori etici", lungi dall'aver una consistenza soggettiva o formale, si presentano all'interprete nella loro *oggettività* e nella loro *sostanza*. Egli sostiene inoltre il carattere scientifico dell'interpretazione giuridica, anche quando viene in considerazione l'elemento valutativo assiologico. Anzi, sia il momento logico, sia quello teleologico, sia quello assiologico sono inscindibili nel processo ermeneutico⁴¹. L'apprezzamento interpretativo rimane infatti «pur sempre vincolato e subordinato alla linea di coerenza logica, immanente all'ordine giuridico considerato nella sua totalità»⁴². *Il momento assiologico non sfugge dunque alla razionalità e alla razionalità giuridica in particolare; non è fuori dal diritto, come vorrebbe Kelsen*. Scrive Betti: «L'ordinamento giuridico non è qualcosa di bell'e fatto (come può credere una visione statica e immobilizzante, alla Kelsen), né un organismo che si sviluppi da sé per mera legge naturale: è qualcosa che non è, ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato, proprio per opera assidua d'interpretazione»⁴³.

Per concretizzare la norma astratta e addivenire alla massima di decisione occorre quindi necessariamente attingere a «quel criterio o intuito assiologico il quale attinge alla nostra sensibilità per i valori e in essa ha la sua fonte»⁴⁴. In ciò compare nuovamente, peraltro,

⁴⁰ Cfr. soprattutto Modugno, *Il concetto di costituzione*, 210. Sia consentito rinviare anche a Razzano, *Il concetto di costituzione in Franco Modugno*, 2771-2798.

⁴¹ Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 181 ss.

⁴² *Ibid.*, 22.

⁴³ *Ibid.*, 35.

⁴⁴ *Ibid.*, 10.

l'ascendenza vichiana "cosmocentrica", dove il singolo si colloca in una comunione di esseri pari a lui, in un cosmo di valori, che lo trascende ed ha il suo centro al di fuori di lui⁴⁵.

Nel trasferire il ragionamento interpretativo sul piano della giurisprudenza e di quella costituzionale in particolare, si ha modo di saggiare come la stessa storia del processo costituzionale, a prescindere dalle singole decisioni e dalle specifiche soluzioni, mostri costantemente come l'orizzonte si senso, cui si appellano le argomentazioni e le motivazioni delle sentenze del giudice delle leggi, confermino l'impostazione bettiana. La Corte costituzionale, in questi quasi sessant'anni di attività, ricorre infatti ai principi supremi, ricorre ai diritti inviolabili, ricorre, in special modo, al comune valore della ragione e, in ogni caso, mostra una continuità fra il piano logico, teleologico (la *ratio* della norma) e assiologico. Soprattutto postula, ne sia o meno consapevole, la comune capacità di riconoscere la realtà, quando comunque distingue o assimila – in maniera più o meno condivisibile e soddisfacente – diverse categorie di lavoratori, diverse categorie di pensionati, diverse situazioni economiche, diverse condizioni di salute, diverse tipologie di reati in relazione alle relative pene.

In altri termini, la giurisprudenza costituzionale, come rivelano le motivazioni, non può fare a meno di fare appello alla nozione di *ragionevolezza* e a quella di *significato*, supponendo l'*universalità di tali fondamenti*, quale comune capacità di condividere similitudini e differenze, di discendere da ciò che è generale a ciò che è particolare e viceversa, di seguire un ragionamento deduttivo o intuitivo.

Il che, anziché essere ovvio, è piuttosto in contrapposizione con una parte della filosofia contemporanea e con una parte considerevole della filosofia giuridica in particolare, allorché tali posizioni di pensiero muovono da quel purismo metodologico che prescinde dai contenuti. Ne discende anche quello scetticismo che considera, fra l'altro, irrimediabilmente *ideologica* l'attività interpretativa del giudice: «Il principio di non contraddizione, le regole di inferenza, il ragionamento per analogia e l'*argumentum a maiore ad minus* non sarebbero altro che paraventi dietro cui si celano atti di volontà del giudice»⁴⁶. È insomma la giurisprudenza costituzionale come tale, ossia intesa nel suo insieme e nella sua ormai apprezzabile evoluzione storica, a smentire l'idea

⁴⁵ Supra, § 3.

⁴⁶ Losano, Prefazione, XXXI.

per cui il procedimento di decisione del giudice, sganciato dai contenuti, sia basato su regole procedurali date, su un sistema di segni chiuso, su canoni tipizzati, su argomentazioni stabili e, in ultima analisi, sul procedimento come tale⁴⁷.

30.7. La continuità fra interpretazione logica, teleologica ed assiologica: la sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale

La presenza dell'elemento valutativo assiologico come parte integrante del ragionamento giuridico "scientifico", è infatti costantemente riscontrabile nella giurisprudenza costituzionale italiana, come emerge soprattutto dall'analisi di quelle pronunce che maggiormente la caratterizzano. Fra queste, sembra di poter menzionare la recente e già celebre sentenza n. 238 del 2014. Questa, com'è noto, ha stabilito che la norma consuetudinaria internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, non vale nell'ordinamento italiano in tutta la sua portata, in quanto le si oppongono i *controlimiti rappresentati* dai diritti inviolabili e dalla dignità della persona umana⁴⁸. In questione sarebbero infatti i principi e i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana, che mai potranno essere intaccati da norme esterne di qualsiasi rango e provenienza.

Ciò che più interessa, infatti, è il riferimento alla teoria dei *controlimiti*, la quale, com'è noto, è una dottrina ma anche una giurisprudenza consolidata⁴⁹. Infatti l'esistenza di un nucleo duro di principi supremi e di diritti inviolabili di livello costituzionale che fungono da *controlimite* alle limitazioni di sovranità consentite dalla stessa Costituzione è stata affermata dal giudice delle leggi in molte circostanze. E ciò sia rispetto alle limitazioni di sovranità determinate dall'ordinamento europeo

⁴⁷ Il riferimento è certamente a Luhmann, *Sociologia del diritto* e, recentemente, Idem, *Il diritto della società*. Per le argomentazioni a sostegno di quanto affermato nel testo rinvio a Razzano, *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale* e a Idem, "Principi fondamentali".

⁴⁸ Senza voler qui entrare nel merito della complessa questione, si rinvia alla lucida ricostruzione di Lamarque, *La Corte costituzionale*.

⁴⁹ Com'è noto, le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute – di cui all'art. 10, primo comma, Cost. – non possono produrre l'effetto di adeguamento previsto dalla citata norma costituzionale, nel caso in cui violino i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano (sentenze n. 48 del 1979, n. 15 del 1996, n. 73 del 2001).

e da altri ordinamenti esterni, come quello canonico, sia rispetto alle stesse altre norme costituzionali. La sentenza n. 1146 del 1988, che si riferisce proprio a quest'ultimo versante, non manca di richiamare le precedenti sentenze 30/71; 12/72; 175/73; 18/82, 183/73 e 170/84, relative piuttosto all'ambito dei rapporti con l'ordinamento europeo, per affermare che esistono principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana e che non possono dunque essere modificati neppure con un procedimento di revisione costituzionale. Dunque non solo *controlimiti* verso gli ordinamenti esterni che limitano la sovranità, ma anche parametri inviolabili per la valutazione della legittimità delle leggi di revisione e delle altre leggi costituzionali.

Ora di tali *controlimiti*, nel loro insieme, può fornirsi tanto una lettura formale, quanto una sostanziale. Si può ritenere, ad esempio, che si tratti di «una clausola di stile e che di fatto non è mai stata utilizzata»⁵⁰. Si può dire, ancora, che si tratta di un «usbergo della statualità»⁵¹, utile a difendere la sovranità statale nel caso in cui questa sia minacciata dal primato comunitario in alcuni valori considerati irrinunciabili dall'ordinamento interno. Si può ritenere invece, in una prospettiva che va oltre la dialettica fra l'ordinamento statale e gli ordinamenti esterni al nostro, che la consistenza di tali entità – *controlimiti*, principi supremi, diritti inviolabili – sia propriamente *etica*. Ossia che tali entità non siano *strumenti utili* a contrassegnare o meno i confini al potere e alla sovranità, ma abbiano una qualità appunto *assiologica*. In questa diversa visione essi avrebbero dunque un significato *in sé* a prescindere dalla loro *funzione*. Ed affermerebbero diritti inalienabili, anche a prescindere dalla relazione fra lo Stato e altri ordinamenti e, quindi, a prescindere dalla questione della sovranità.

Di fatto la sentenza n. 1146 del 1988, che si riferisce all'ordinamento interno e afferma l'esistenza di principi che appartengono all'essenza

⁵⁰ Caretti, *I diritti e le garanzie* (traccia provvisoria della relazione pubblicata sul sito AIC, convegno annuale "Costituzionalismo e globalizzazione", Salerno, 23-24 novembre 2012. L'autore peraltro auspica, nella medesima relazione, che la Corte costituzionale, anziché rinchiudersi «nell'auto-isolamento», dovrebbe piuttosto aprirsi senza timore ai diritti fondamentali così come riconosciuti e interpretati dalla Corte di Giustizia europea, per una piena integrazione, che sul punto, a differenza di quanto ormai avviene in relazione alla Carta europea dei diritti umani CEDU, ancora mancherebbe.

⁵¹ Espressione utilizzata da Luciani, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, 89.

dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana, limite per le stesse leggi di revisione costituzionale, si comprende solo in questa seconda prospettiva. Quella cioè di un'interpretazione sostanziale di tali principi, propriamente *etica* – *valori* – e nondimeno *giuridica*. Afferma la Corte che essi hanno «una valenza superiore rispetto alle *altre norme o leggi* di rango costituzionale».

La sentenza n. 238 sembra confermare questa interpretazione *etica* dei principi, qualunque sia la valutazione che si voglia dare alla decisione e alle sue conseguenze. La Corte afferma infatti che, fra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, vi è il diritto di agire e di resistere in giudizio a difesa dei propri diritti, riconosciuto dall'art. 24 Cost. Questo vale, a maggior ragione, quando il diritto in questione è fatto valere a tutela dei diritti fondamentali della persona, tra i quali, a titolo primario, vi è appunto la dignità⁵². Come si è osservato, questa sentenza «utilizza i controlimiti non già per tutelare, ma per limitare la statualità, escludendo che alcune categorie di atti o comportamenti, sia pure adottati o tenuti *iure imperii*, siano sottratti all'altrui giurisdizione»⁵³. E la motivazione di fondo attraverso cui si giunge a tale conclusione non è affatto formale, non è basata su di una «clausola di stile», né, appunto, su di un «usbergo della statualità», ma sui principi supremi e sui diritti fondamentali della persona che, proprio in ragione del loro contenuto sostanziale, hanno la forza *etica e giuridica* di limitare la norma consuetudinaria internazionale che afferma l'immunità degli Stati dalla giurisdizione di altri Stati. Appare chiara allora, ancora una volta, la continuità fra il discorso logico, teleologico e assiologico.

Non a caso si è autorevolmente affermato, al riguardo, che la libertà e l'uguaglianza si confermano come *la coppia assiologica fondamentale dell'ordinamento*⁵⁴. E che la sentenza in questione

rappresenta il riconoscimento, da parte del giudice delle leggi, che l'avvento della Costituzione democratica del 1948, dopo la dittatura, gli orrori della guerra e la Resistenza al nazifascismo, ha sostituito il fondamento di valore a quello di autorità ... Alla luce della tradizionale nozione di sovranità, e dell'altrettanto tradizionale positivismo

⁵² Punto 3.4. del considerato in diritto. Per Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti"* 8, il principio di dignità non tollera alcun bilanciamento, perché è esso stesso la bilancia. *Contra* Luciani, *I controlimiti*, 91.

⁵³ *Ibid.*, 90.

⁵⁴ Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti"*, 8.

legalistico, sarebbero difficilmente giustificabili sia i "controlimiti" all'efficacia interna delle norme internazionali e sovranazionali, sia lo stesso limite posto dalla citata sentenza n. 1146, che apparirebbe (ed a taluno continua ad apparire) un controsenso giuridico⁵⁵.

Si assiste insomma ad un'interpretazione giuridica, specificamente costituzionale, in cui l'elemento valutativo relativo ai diritti inviolabili dell'uomo, che la Costituzione italiana all'art. 2 *ricosce*, è parte integrante del ragionamento giuridico "scientifico", secondo quella continuità fra l'uno e l'altro piano, quello assiologico e quello logico, sostenuta molti decenni fa da Emilio Betti. Per concretizzare la norma astratta nella massima di decisione, si è infatti attinto a «quel criterio o intuito assiologico il quale attinge alla nostra sensibilità per i valori e in essa ha la sua fonte»⁵⁶.

30.8. Conclusioni

Al termine di queste riflessioni sembra allora di poter sintetizzare con due paradossi il discorso condotto sin qui, riallacciandosi alle considerazioni introduttive. Infatti mentre Emilio Betti, allorché enuncia la sua teoria ermeneutica, assicura di non volersi con ciò ascrivere a nessun particolare sistema filosofico, di fatto egli può invece collocarsi in quella parte della filosofia contemporanea che si propone fiduciosamente di poter scorgere l'*oggetto*, la cosa in sé, come appare chiaro soprattutto in riferimento all'enunciazione del *canone dell'autonomia ermeneutica dell'oggetto*. Tale fiducia, come si è visto, gli deriva peraltro dalla sua formazione originaria, ossia da quella metodologia storico-scientifica reclamata dagli studi romanistici, certamente indecifrabili nell'ottica ristretta dell'orizzonte soggettivo della precomprensione e dell'attribuzione di senso da parte dell'interprete. Egli prende inoltre chiaramente posizione contro il normativismo e il positivismo imperanti nel suo tempo.

Analogamente, nonostante le sue pungenti critiche all'esperienza costituente, da cui si è tenuto ben distante, anche per le note posizioni politiche, la sua concezione dell'interpretazione giurisprudenziale risulta all'opposto di estremo interesse nel quadro del dibattito attuale sul ruolo e sui limiti della giurisprudenza in generale, con riguardo

⁵⁵ Silvestri, *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, 60.

⁵⁶ Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 10 ss.

all'art. 101 Cost., e di quella costituzionale in particolare⁵⁷. Per non parlare della sua concezione dei principi e, più in generale, del ruolo che nel processo interpretativo spetta alle valutazioni assiologiche e al ragionamento deduttivo, considerati omogenei l'uno all'altro. Non solo questa concezione ha trovato una vasta eco in dottrina, ma la continuità fra il ragionamento logico, teleologico e assiologico può nei fatti anche ritenersi comprovata dalla giurisprudenza costituzionale, come attestano tante motivazioni, anche recenti.

Riferimenti bibliografici

BETTI, EMILIO. "Le categorie civilistiche dell'interpretazione." *Rivista italiana di scienze giuridiche* (1948).

— . *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano: Giuffrè, 1949.

— . *Teoria generale della interpretazione*. 2 voll. II. Milano: Giuffrè, 1955.

— . *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, con *Saggio introduttivo* di Gaspare Mura. Roma: Citta Nuova, 1987.

— . "I principi di scienza nuova di G.B.Vico e la teoria dell'interpretazione storica." In Idem. *Diritto Metodo Ermeneutica*, a cura di Giuliano Crifò, Milano: Giuffrè, 1991.

CARETTI, PAOLO. "I diritti e le garanzie."

<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/convegno-annuale-aic-costituzionalismo-e-globalizzazione-salerno-23-24-novembre-2012-relazioni.html>.

CARNELUTTI, FRANCESCO. Recensione di *Diritto processuale civile* di Emilio Betti, *Rivista di diritto processuale civile* (1936).

COSTANTINO, GIORGIO. "Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto," *Rivista di diritto processuale*, LXVI, 5 (2011).

— . *Emilio Betti. In memoriam*, Milano: Giuffrè, 1968.

CRIFÒ, GIULIANO. *Emilio Betti. Note per una ricerca*, Milano: Giuffrè, 1978.

CROCE, BENEDETTO. "Per una Poetica moderna (1922)." In Idem. *Nuovi saggi di estetica* (1926), 3 ed. Bari: Laterza, 1948.

DEL VECCHIO, GIORGIO. "Sui principi generali del diritto." *Archivio giuridico* 85, fasc. 1 (1921).

LAMARQUE, ELISABETTA. "La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere."

http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2015-1_14.pdf.

⁵⁷ Laddove rileva l'art. 28 della legge n. 87 del 1953, per cui il «controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

- LOSANO, MARIO G. Prefazione a Hans Kelsen, *Teoria generale delle norme*. Torino: Einaudi, 1985.
- LUCIANI, MASSIMO. "I controlimiti e l'eterogenesi dei fini."
http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2015-1_15.pdf.
- LUHMANN, NIKLAS. *Il diritto della società*. Tradotto da Luisa Avitabile. Torino: Giappichelli, 2012.
- . *Sociologia del diritto*. Tradotto da Alberto Febbrajo. Roma-Bari: Laterza, 1977.
- MODUGNO, FRANCO. "Il concetto di costituzione." In *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. 1. Diritto costituzionale generale. Storia costituzionale e politica costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1977.
- . "Principi generali dell'ordinamento." In *Enciclopedia giuridica*, XXIV, 1991.
- . *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino: Giappichelli, 1994.
- . *Lineamenti di teoria di diritto oggettivo*. Torino: Giappichelli, 2009.
- MURA, GASPARE. "Verità e storia in Vico e in Betti." In *Le idee fanno la loro strada. La Teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, a cura di Giuliano Crifò. Roma: Istituto di studi romani 2010.
- PUNZI, CARMINE. "Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali," *Rivista di diritto processuale*, LXVI, 6 (2011).
- RAZZANO, GIOVANNA. "Principi fondamentali, supremi, essenziali e inviolabili nella giurisprudenza costituzionale." *Diritto e Società* (2006).
- . *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2002.
- . "Il concetto di costituzione in Franco Modugno, fra positivismo giuridico e 'giusnaturalismo'." In *Studi in onore di Franco Modugno*. Vol. III, Napoli: Editoriale Scientifica, 2011.
- RUFFINI, GIUSEPPE. "Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»," *Rivista di diritto processuale*, LXVI, 6 (2011).
- RUGGERI, ANTONIO. "La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)." <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri42.pdf>.
- SANTANGELI, FABIO. "La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l'istituto del prospective overruling, con particolare riguardo al precedente in materia processuale."
<http://www.diritto.it/docs/33688-la-tutela-del-legittimo-affidamento-sulle-posizioni-giurisprudenziali-tra-la-cristallizzazione-delle-decisioni-e-l-istituto-del-prospective-overruling-con-particolare-riguardo-al-precedente-in-ma?page=3>.
- SILVESTRI, GAETANO. "Sovranità vs. Diritti fondamentali."
http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2015-1_11.pdf

VERDE, GIOVANNI. "Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e leggi)," *Rivista di diritto processuale*, 1 (2012).

VICO, GIAMBATTISTA. *La scienza nuova* (1744), a cura di Paolo Rossi. Milano: BUR, 1963.

31. Spunti dal dibattito giuspubblicistico sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* (1940-1943)

Irene Sigismondi*

31.1. La scelta del tema

La *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* è da sempre un punto di riferimento per lo studio della Filosofia del Diritto, sia per il panorama italiano, sia per la sua apertura internazionale. La scelta di mettere in luce alcuni profili della Rivista nel periodo 1940-43 deriva dal desiderio di osservare e cercare di comprendere come la cultura filosofico-giuridica si è espressa in questo contesto storico di riferimento.

La ragione, se vogliamo, è legata ad un duplice interesse. Da una parte vi è la finalità, precipuamente di carattere storiografico, di seguire il movimento, il flusso bibliografico delle pubblicazioni effettuate, anche per conoscere la letteratura giuridica, in particolare quella legata al dibattito gius-pubblicistico, che circolava ed era a disposizione tra i filosofi del diritto in questo periodo. Dall'altra parte, vi è anche uno scopo ulteriore, di carattere/interesse più marcatamente storico-filosofico, di tentare di trarre qualche spunto di riflessione di secondo grado da questa prima osservazione, attraverso una sorta di *meta-ricerca*, che, sulla base di questi stessi dati relativi alle pubblicazioni presenti, ne azzardi un'analisi in controluce e, cioè, provi, anche attraverso una griglia di criteri quantitativi e qualitativi, ad estrarne indicatori indiretti di fermenti o frammenti ideologici alla vigilia dell'ingresso dell'Italia in guerra, nell'intento di tracciare un quadro di alcuni di questi temi del dibattito.

Il Convegno, dedicato al tema "*I Filosofi del diritto alla Sapienza tra le due Guerre*", cui ho l'onore di partecipare, attraverso numerosi e preziosi contributi sembra rivolto soprattutto ad incoraggiare le giovani

* 'Sapienza' Università di Roma.

generazioni, che si affacciano al mondo del diritto e degli studi giuridici a combinare il giusto interesse per il futuro e per "l'evoluzione" attuale del diritto globalizzato ed al tempo stesso frammentato, con la dimensione storica e le ricostruzioni teoriche che ci sono state lasciate dai grandi studiosi del passato, che devono fornirci strumenti di riflessione e di consapevolezza critica anche per rispondere agli interrogativi del mondo contemporaneo. Sono profondamente persuasa della fecondità di questo approccio.

Oggi la realtà appare in continua trasformazione e spesso la ricerca sul passato può rappresentare se non un metodo – e non a caso l'etimologia di questo termine richiama il concetto di strada, percorso – certamente uno punto di partenza per affrontare le questioni che via via si presentano al giurista.

La molteplicità di spunti, che emergono, appunto, negli anni 1940-43, se posta sotto una lente di ingrandimento alla luce delle vicende del contesto storico tragico e drammatico nell'ordinamento giuridico italiano di quel tempo, fornisce un formidabile ritratto di sensibilità, apertura e vivacità di pensiero.

Come è emerso nei fondamentali contributi di questo stesso Convegno, i Filosofi, e la Filosofia del Diritto si è trovata al centro di un dibattito cruciale e, dunque, la Rivista si è trovata ad essere un punto di equilibrio tra diversi mondi e modi di pensare. La dialettica che emerge tra le pagine degli scritti di questi anni, all'occhio del lettore di oggi, è evidente, ma, al tempo stesso, non può non rilevarsi lo sforzo di collocarsi in una dimensione teoretica e filosofica. Può accadere così che, accanto ad accorate pagine di apologetica del regime, vi siano scritti in aperta contrapposizione ideologica, ma in un sapiente equilibrio, se si può dire, così elegante e raffinato, che va anche oltre le regole di *par condicio* attualmente imposte per disciplinare un dibattito politico certamente democratico, ma spesso acceso oltre misura.

La regia di questa politica editoriale va sicuramente ascritta ai Direttori, e principalmente alla figura di Felice Battaglia, su cui si è soffermata diffusamente e magistralmente la relazione di Carla Faralli, che assume la direzione della II Serie e si dedica con grande passione a seguire il "movimento" bibliografico, anche curando direttamente diverse recensioni, sia in termini numerici che qualitativi, dando così una testimonianza di sensibilità ed acume straordinari.

31.2. Alcuni spunti dal dibattito pubblicistico

Proprio di Felice Battaglia è infatti un articolo su cui vorrei soffermarmi, che, per l'annata 1940, ripercorre il pensiero di Vittorio Emanuele Orlando con particolare riguardo al diritto pubblico generale: Felice Battaglia, "Il Diritto pubblico generale nel pensiero di Orlando"¹, presentando la raccolta degli scritti di Orlando edita da Giuffrè nel 1940.

Sappiamo che, storicamente, Vittorio Emanuele Orlando è stato l'artefice di quella svolta metodologica che non solo ha collocato il diritto pubblico al di fuori della prospettiva fino ad allora prevalente, ossia quella storiografica, filosofica, politica e politologica, o sociologica, portandolo tra gli studi giuridici, ma anche ha cercato di avviare il percorso verso una vera e propria scienza giuridica.

L'articolo, di cui cerco di conservare le parole originali con gli opportuni collegamenti, si apre ricordando tutto questo, per cui «avendo sotto gli occhi la vasta produzione dell'Orlando, si contempla d'un solo sguardo tutto il cammino percorso dalla scienza del diritto pubblico italiano, dai primi timidi passi, diretti a svincolarlo dai seducenti eclettismi alla francese, dalle commistioni sociologiche e politico-filosofiche, ad una più coerente impostazione formale e concettuale, secondo il modello germanico, al conseguimento di una più fondata e piena autonomia, secondo il genio nazionale»². Va, poi, soffermandosi sull'aspetto più vicino alla filosofia del diritto³, considerando che «non mancarono e non mancano, infatti, coloro che per rivendicare il diritto pubblico alla scienza giuridica credettero e credono che il diritto sia solo norma positiva, l'insieme degli imperativi quali emergono dalla consuetudine e dalla legge, epperò [e perciò credono che] fare della scienza giuridica [sia], se non proprio interpretare quelli, lavorare unicamente su quelli. Ne è nato un formalismo dei più angusti, la cosiddetta dommatica, la quale, mentre inaridisce il diritto privato, nel campo del diritto pubblico, poi più che altrove appare nefasta». E più oltre mette in guardia dal formalismo dommatico che è poi «indifferenza etica, la più triste, poiché tutto esaurisce in nozioni, pseudoconcetti, quali intellettualisticamente si estrarrebbero dalle norme; per non dire assenza addirittura alla vita ... vuota forma»⁴, che più avanti

¹ Battaglia, "Il Diritto pubblico generale nel pensiero di Orlando," 330.

² Ibid.

³ Ibid., 331-332.

⁴ Ibid., 332.

è definita «adiafora», sospesa «nel vuoto dell'intelletto, inutile a se stessi ed altrui»⁵. Viene definita la distinzione tra il diritto pubblico positivo ed il diritto pubblico generale, come categoria astratta di teoria generale dello Stato, che si deve alla ricostruzione di Orlando⁶, soffermandosi anche sugli elementi costitutivi e comuni che pongono lo Stato non come «l'idea dello Stato, ma lo Stato oggetto, natura»⁷, isolati e ricomposti in una unità logica che ne ricostruisce la nozione, che è scientifica, ma è anche propria «del reale che incarna nelle sue oggettivistiche posizioni lo spirito»⁸. Al riguardo sono posti in evidenza anche i caratteri peculiari del pensiero di un allievo di Orlando, Santi Romano – su cui in questo convegno si è soffermata la relazione di Augusto Cerri – per il quale «non è la convivenza che genera l'ordine giuridico, che determina i precetti normativi, ma l'istituzione è già ordinamento giuridico, come l'ordinamento giuridico è già diritto, anzi, sottacendo il termine intermedio, l'istituzione è senz'altro diritto. Più avveduto, l'Orlando parla di generazione, di termini distinti, non di identità»⁹.

La ricostruzione che viene offerta della c.d. svolta metodologica di Orlando, sembra, con lo sguardo del lettore contemporaneo, accuratamente presentata in modo da mettere in guardia dalle derive di un formalismo sterile o anche di un «determinismo storico o culto del fatto compiuto nella specie storica»¹⁰, perché lo storicismo potrebbe generare, se non opportunamente inteso, «conseguenze deteriori, stati d'animo che tutto consacrino, persino il male nella vita, tutte le enormità assolvendo. È necessario per evitare ciò rilevare nella storia l'immanenza di insopprimibili valori, canone e misura delle posizioni storiche»¹¹ che rimandano al senso etico del diritto, vivo, immanente, fecondo¹².

Richiamando anche le questioni di terminologia, tecnica e metodo e la varietà dei riferimenti presenti nel pensiero di Orlando, pare quasi che vi sia una ulteriore finalità. Con l'accompagnare il lettore nella ricostruzione di una svolta di metodo, evidenziando tutti i passaggi in cui si potevano annidare pericolose ambiguità interpretative,

⁵ Ibid., 339.

⁶ Ibid., 334.

⁷ Ibid., 335.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid., 337.

¹⁰ Ibid., 339.

¹¹ Ibid., 340.

¹² Ibid., 341.

L'Autore sembra mosso da uno spirito "didascalico", volto ad educare, stimolarne ed affinarne la capacità di riconoscere e tener desto uno spirito critico nell'interpretazione dei problemi giuridici e filosofici, i quali, per teorici che siano, recano sempre risvolti pratici.

Se vogliamo, con questa stessa chiave di lettura si può rinvenire proprio un intento pratico nello spazio che viene dedicato alla definizione dei principi generali ed alle "polemiche" sull'interpretazione presenti nell'annata del 1941. Mi riferisco a: Vezio Crisafulli¹³ e Norberto Bobbio, Massimo Severo Giannini e Giuseppe Capograssi¹⁴, come anche è ben emerso nella relazione di Cesare Pinelli per questo Convegno, che ha accuratamente ripercorso il contributo di Vezio Crisafulli al dibattito sui principi generali. Infatti se vi si può leggere, da un lato, il dato storico di diritto positivo del varo del codice civile, frutto di un intenso lavoro sistematico, dall'altro vi si coglie anche un intento metodologico, dato dal desiderio di imprimere una precisa direzione alle categorie in esame – i principi generali e l'interpretazione – anche in contrapposizione con la tradizione. Apertamente Crisafulli parla di un «insoddisfacente stato della dottrina»¹⁵, da correggere mediante un approccio funzionale e scientifico.

31.3. Alcune riflessioni d'insieme

In effetti, per allargare il campo della visuale, traendo spunto da questi lavori, nel triennio posto sotto osservazione, sembrerebbe di poter affermare che molti scritti sono dedicati, in via diretta o riflessa, a consolidare il concetto di scienza giuridica, con l'acquisizione e la consapevolezza che il diritto sia e debba essere affrontato come una scienza: questa scelta appare essere anche una efficace manovra per conservare alla *Rivista* uno spazio di dialettica giuridica, proteggendolo da influenze esterne.

Senza entrare in un dettaglio di mero inventario, ricorderei altri articoli, in questi anni, che scelgono di disegnare categorie giuridiche universali, proponendo un rigore scientifico che supera il contesto storico in cui sono stati scritti, e consacra questi scritti come solidi lasciati

¹³ Crisafulli, "Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto".

¹⁴ Bobbio, Giannini e Capograssi, "Polemiche sull'interpretazione," 96.

¹⁵ Crisafulli, "Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto," 41.

di teoria generale del diritto e, per quel che qui ci interessa, punti di riferimento nell'ambito del diritto pubblico.

Si pensi, per l'annata 1940, allo scritto di Giuseppe Capograssi, "Leggendo la 'metodologia' di Carnelutti"¹⁶ o a quello di Salvatore Satta¹⁷, o, ancora, ai lavori nelle "Note e discussioni" di Norberto Bobbio, Sulla "filosofia dell'istituzione"¹⁸.

Vale la pena di soffermarci su una recensione di Massimo Severo Giannini, "Un saggio sul problema delle fonti"¹⁹, in cui presenta un saggio di Jung del 1939²⁰ mettendone in luce alcuni aspetti critici. Questo Autore, non certo a caso, per avviare la parte critica del suo scritto, apre il ragionamento con la proposizione: «ognuno di noi, più o meno inavvertitamente, paga il tributo agli errori dominanti nel periodo e nel circolo in cui scrive»²¹ poi, con sapiente argomentazione, arriva a muovere l'appunto critico allo Jung «di essere informato a una problematica che la successiva dottrina ha superato». Spiega, infatti, che in generale era chiaro alla dottrina che l'applicazione del diritto non debba prendere

in considerazione solo la pura e semplice norma scritta, ma qualche altra cosa, che nella norma non è contenuta. Però non ci si chiedeva come, giuridicamente, dovesse concepirsi questo *quid* estraneo alla norma scritta, ma si restava su un piano più empirico, additando tale *quid* come fattore da tener presente nell'interpretare la legge, o nel colmare le lacune, o nell'applicare il diritto in genere, ecc. e riconoscendolo poi in questo o quel fatto, o modo di essere, o in questa o quella coscienza, o sentimento, o elemento teleologico, e così via. Nell'ambito di tale problematica trovasi appunto il lavoro dello Jung»²².

E procede ricordando che tale problematica «si trovi su un piano falso», come si è scorto in seguito; per cui

si è trovato che mentre in alcuni ordinamenti la norma scritta ha valore esclusivo per la formulazione di ogni proposizione giuridica concreta, in altri ordinamenti non ogni proposizione giuridica concreta deve

¹⁶ Capograssi, "Leggendo la «metodologia» di Carnelutti," 22.

¹⁷ Satta, "Ultime tendenze della teoria dell'azione," 1.

¹⁸ Bobbio, "Sulla «filosofia dell'istituzione»," 100.

¹⁹ Giannini, "Un saggio sul problema delle fonti," 278.

²⁰ Jung, *Subjektives und objektives Recht*.

²¹ Giannini, "Un saggio sul problema delle fonti," 281.

²² *Ibid.*, 282.

necessariamente ascrivere alla norma scritta, ma p.e. alla buona fede, in altri ordinamenti, al di là della stessa legge si ammette la possibilità di ricorrere a determinati fatti, di varia specie, p.e. la coscienza giuridica, l'equità; in altri ordinamenti ancora vi sono fatti normativi paralleli e della stessa importanza istituzionale della norma scritta, p.e. il precedente giurisprudenziale, *l'opinio doctorum*²³.

E mette in guardia dall'assumere qualsiasi istituto giuridico come assoluto e necessario e dunque immanente, per il rischio di «confusioni tra fonte dell'ordinamento e proposizione giuridica, tra ricerca del diritto e integrazione della proposizione giuridica, tra applicazione del diritto e interpretazione dell'atto giuridico, tra atto di ricerca del diritto e fonte del diritto»²⁴ e ne ricava che «in questo senso un ordine di problemi politici delle fonti urge ora in Italia e in Germania. Si comprende però che tale ordine di problemi è, per sua natura, elastico, indeterminabile e anche senza precisi confini in altre scienze o arti»²⁵. Si prospetta, allora, la necessità di una ricerca da parte di chi del diritto «vive e si tormenta», cioè del giurista.

Si tratta, per usare una metafora, come di un «messaggio in una bottiglia», in cui si lancia un appello all'interno di una tempesta, nella quale però si deve cercare di continuare a navigare. Così accade anche per l'annata 1942, dove Vittorio Emanuele Orlando ripercorre la teoria generale del diritto di Francesco Carnelutti²⁶, Massimo Severo Giannini descrive gli scritti giuridici in onore di Santi Romano²⁷ e, per l'annata 1943, dove Francesco Carnelutti descrive l'esperienza del diritto²⁸, ancora una volta ripercorrendone le categorie generali, attraverso una descrizione appassionata ed affascinante. Il giurista pratico convive, in feconda dialettica, con il teorico generale.

Allo stesso tempo, però, la *Rivista* ospita scritti che assumono una valenza diversa, perché animati da obiettivi eterogenei: si pensi ad esempio al saggio, nell'annata 1940, di Sergio Panunzio, «Prime linee di una

²³ Ibid.

²⁴ Ibid., 283.

²⁵ Ibid., 284.

²⁶ Orlando, «La teoria generale del diritto di Francesco Carnelutti», 289.

²⁷ Giannini, «Gli «Scritti giuridici in onore di Santi Romano»,» 235.

²⁸ Carnelutti, «L'esperienza del diritto», 97.

teoria dell'Impero"²⁹ o a quello, nell'annata 1942, di Vincenzo Mazzei, "Le basi filosofiche e giuridiche della nuova rappresentanza politica"³⁰. La finalità di legittimazione del presente, che appare nemmeno troppo in secondo piano, se così si può dire, perde la sfida con il tempo e lascia a noi un ritratto di valore storico, politico ed ideologico di quegli anni.

Vi è poi una sorta di terza via: una serie di saggi accomunati dall'interesse puramente letterario, anche se solo in apparenza: perché, letti in controluce, potrebbe riconoscersi una valenza metaforica. Spesso, infatti, parlando di temi non direttamente giuridico-positivi, si vuole rimettere al centro una riflessione filosofica scevra da un impegno, *rectius* da uno schieramento politico. Si pensi al saggio, nell'anno 1940, di Gustav Radbruch, "Il diritto nella visione goethiana del mondo"³¹ o a quello di Enrico Opocher sul problema della giustizia nei Promessi Sposi³², o quello sull'oratoria politica del Cinquecento, di Manlio Fancelli³³, come pure il saggio su "Guicciardini e la Ragion di Stato" di Francesco Ercole³⁴. Questo impegno letterario, che richiama anche il pensiero di Dante, Machiavelli, Vico ed altri, è sintomatico di una sensibilità e cultura profonda che offrono prospettive di riflessione su piani avulsi dal diritto, ma sempre per ritornarvi, pregni di significati nuovi. Si potrebbe quasi scorgervi l'arguzia di un Galileo Galilei che, per non tradire il sistema tolemaico in modo aperto, e pericoloso per la sua stessa incolumità, andava dicendo nei suoi scritti che la Madre degli Amori, Citera si comporta come Cinzia, per non dire che Venere segue le fasi, proprio come la Luna, e dunque anch'essa gira e non è ferma...

Il ruolo della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* si fa fortemente sentire anche con i saggi che fanno riferimento a riflessioni su ordinamenti giuridici di impostazione diversa: si pensi al saggio di Adriano Tilgher del 1942 sul Marxismo³⁵, o a quello del 1943 sulla romanità del diritto romeno di Andrei Radulescu³⁶ o alla presentazione,

²⁹ Panunzio, "Prime linee di una teoria dell'Impero," 206.

³⁰ Mazzei, "Le basi filosofiche e giuridiche della nuova rappresentanza politica," 20.

³¹ Radbruch, "Il diritto nella visione goethiana del mondo," 193.

³² Opocher "Il problema della giustizia nei «Promessi Sposi»," 116.

³³ Fancelli "L'oratoria politica del Cinquecento," 220.

³⁴ Ercole "Guicciardini e la «Ragion di Stato»," 359.

³⁵ Tilgher, "Interpretazione del Marxismo," 1.

³⁶ Radulescu, "Sulla romanità del diritto romeno," 17.

sempre nello stesso anno, della teoria di Venelin Ganev, studioso bulgaro, intorno ai soggetti del diritto da parte di Zeko Torbov³⁷. E questa ricerca di apertura verso l'esterno, su temi nuovi e lontani, con recensioni di scritti stranieri e con auspici di reciprocità (si pensi allo scritto di Francesco Carnelutti, "Dell'utilità delle opere giuridiche italiane per i lettori stranieri," del 1941³⁸), mostra tra le righe il desiderio di alzare lo sguardo e restare in piedi, mentre la storia stava per consegnare l'Italia alla guerra.

Le pagine dell'anno 1943 sono numericamente la metà di quelle del 1940, ed anche questo è un segnale inequivocabile delle difficoltà oggettive che dovevano essere superate per consentire alla *Rivista* di andare in stampa, ma pare quasi che anche lo sforzo di consegnare proprio queste pagine alla storia sia testimone di una speranza ed un orientamento al pensiero che è passione e rigore, sacrificio e slancio, in una dialettica che resta a testimoniare la carica irresistibile del diritto, per chi lo studia, lo vive e lo ama, in qualunque tempo.

Riferimenti bibliografici

- BATTAGLIA, FELICE. "Il Diritto pubblico generale nel pensiero di Orlando." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XX, fasc. 6 (1940).
- BOBBIO, NORBERTO, MASSIMO SEVERO GIANNINI e GIUSEPPE CAPOGRASSI. "Polemiche sull'interpretazione." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXI, fasc. 1-2 (1941).
- BOBBIO, NORBERTO. "Sulla «filosofia dell'istituzione»." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XX, fasc. 6 (1940).
- CAPOGRASSI, GIUSEPPE. "Leggendo la «metodologia» di Carnelutti." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XX, fasc. 1 (1940).
- CARNELUTTI, FRANCESCO. "Dell'utilità delle opere giuridiche italiane per i lettori stranieri." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXI, fasc. 6 (1941).
- . "L'esperienza del diritto." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXIII, fasc. 2-4 (1943).
- CRISAFULLI, VEZIO. "Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto," *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXI, fasc. 1-5 (1941).
- ERCOLE FRANCESCO. "Guicciardini e la «Ragion di Stato»." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXII, fasc. 4-5 (1942).
- FANCELLI, MANLIO. "L'oratoria politica del Cinquecento." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXII, fasc. 3 (1942).

³⁷ Torbov, "La teoria di Venelin Ganev intorno ai soggetti del diritto," 184.

³⁸ Carnelutti, "Dell'utilità delle opere giuridiche italiane per i lettori stranieri," 305.

- GIANNINI, MASSIMO SEVERO. "Un saggio sul problema delle fonti." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XX, fasc. 4-5 (1940).
- . "Gli «Scritti giuridici in onore di Santi Romano»." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXII, fasc. 3 (1942).
- JUNG, ERICH. *Subjektives und objektives Recht. Die neue Rechtsquellenlehre*. Marburg: Elwert, 1939.
- MAZZEI, VINCENZO. "Le basi filosofiche e giuridiche della nuova rappresentanza politica." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXII, fasc. 1 (1942).
- OPOCHER, ENRICO. "Il problema della giustizia nei «Promessi Sposi»." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXII, fasc. 2 (1942).
- ORLANDO, VITTORIO E. *Diritto Pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano: Giuffrè, 1940.
- . "La teoria generale del diritto di Francesco Carnelutti." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXII, fasc. 4-5 (1942).
- PANUNZIO, SERGIO. "Prime linee di una teoria dell'Impero." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XX, fasc. 4-5 (1940).
- RADBRUCH, GUSTAV. "Il diritto nella visione goethiana del mondo." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XX, fasc. 4-5 (1940).
- RADULESCU, ANDREI. "Sulla romanità del diritto romeno." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXIII, fasc. 1 (1943).
- SATTA, SALVATORE. "Ultime tendenze della teoria dell'azione." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XX, fasc. 2 (1940).
- TILGHER, ADRIANO. "Interpretazione del Marxismo." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXII, fasc. 1 (1942).
- TORBOV, ZEKO. "La teoria di Venelin Ganeev intorno ai soggetti del diritto." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XXIII, fasc. 2-3-4 (1943).

32. Il concetto di Dittatura nelle pagine della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*: Gerhard Leibholz e Sergio Panunzio

Antonio Siniscalchi*

Il presente lavoro discute del concetto di dittatura dibattuto negli articoli di Sergio Panunzio e Gerhard Leibholz pubblicati nelle pagine della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* nel periodo ricompreso tra il 1923 e il 1945.

Si sottolinea come, in un periodo segnato dalla negazione della libertà di espressione in Italia ed in Europa, la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* fu un luogo di confronto, pur fra molte limitazioni, rappresentando una raro spazio di libertà nell'universo filosofico, giuridico, accademico e culturale dell'epoca. A sostegno di questa tesi è stato pensato, per questo lavoro, il seguente confronto tra Leibholz, un liberale "sui generis" la cui critica coinvolge sia le dittature – con particolare riferimento alla Germania – sia gli stati liberali precedenti e contemporanei al nazifascismo e Panunzio, fascista di regime fedele a Mussolini – al quale lo lega una forte amicizia – è maturato filosoficamente negli ambienti dell'anarco-sindacalismo – ispirato da Francesco Saverio Merlino – e del corporativismo sindacale, si converte al fascismo nel quale egli trova, come afferma nell'articolo "La politica in Sismondi," pubblicato sulla *Rivista* nel gennaio 1927, «rispetto al mefitofelico disordine della sinistra ... la cessazione del caos e l'ordine sia nella produzione che nella distribuzione nel campo economico; l'ordine, l'armonia e la gerarchia nel campo politico; lo Stato ordinato e animato»¹.

* Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici, 'Sapienza' Università di Roma

¹ Panunzio, "La politica in Sismondi," 6.

Leibholz, invece, si forma nel diritto positivo – è docente di diritto pubblico in Germania – ma è attento alle questioni della filosofia del diritto influenzato, in particolar modo, come lui stesso ammette, dal «“nuovo metodo fenomenologico” inaugurato da Husserl e trasportato in particolare dallo Scheler e dal Litt nel campo degli studi sociali»². Proprio attraverso l'approccio fenomenologico Leibholz, pur partendo dalle considerazioni legate al periodo storico nel quale vive, cerca di andare, negli articoli presi in esame, a scoprire e a discutere del “fenomeno” della dittatura nella sua universalità, afferma Leibholz in “La formazione dei concetti di diritto pubblico,” apparso sulla *Rivista* nel maggio-giugno 1931: «L'impiego concreto di questo metodo fenomenologico nella dottrina del diritto pubblico, ha lo scopo di cogliere intuitivamente l'essenza stessa di una forma che si è radicata empiricamente nell'essere. Con ciò essa viene anche spogliata delle accidentalità che le sono storicamente aderenti e dimostrata nella sua essenziale ed astorica necessità»³.

Leibholz tenta, cioè, di delineare una *fenomenologia della dittatura*, che non si limiti a descrivere il funzionamento e la struttura di uno Stato dittatoriale ma che ne illumini il senso chiedendosi: *perché nella natura umana sorge la possibilità della dittatura che offusca la possibilità democratica?*

Sia in Leibholz che in Panunzio l'analisi della dittatura parte da una considerazione sul *popolo* divenuto, in seguito all'evoluzione economica e alle nuove istanze portate avanti dai partiti di massa, *politicamente maggiorenne*⁴. Ciò porta alla nascita di una coscienza sociale che non è più legata alle *élite* culturali ma che si diffonde in vari strati sociali. Ma qual è il discrimine tra il dover considerare questo fenomeno come originario di una ricerca degli individui uniti in comunità e l'essere un nuovo metodo di assoggettamento “dolce” da parte dell'oligarchia che detiene il potere? In effetti, sia per Leibholz che Panunzio la coscienza di massa può – come è stato – divenire strumento della dittatura. In Panunzio questo è – anzi – l'unico risultato al quale deve portare la creazione di una coscienza, la quale, dunque, non è coscienza di essere un singolo con gli altri, in un rapporto di con-divisione, ma è coscienza

² Leibholz, “La formazione dei concetti nel diritto pubblico,” 275. Vedi in particolare di Scheler, *Il formalismo nell'etica*; Idem, *La posizione dell'uomo nel cosmo*; Idem, *Politica e morale*; Idem, *Conoscenza e lavoro*. Di Litt, *Le scienze e l'uomo*; Idem, *Natura e compiti dell'educazione politica*. Per una discussione filosofico giuridica sulle opere di Scheler vedi Romano, *Il dovere nel diritto*, in particolare capp. XII-XIV e XVI.

³ Leibholz, “La formazione,” 275-276.

⁴ Idem, “Il secolo XIX e lo Stato totalitario del presente,” 2.

di un noi univoco nel quale viene estirpata la singolarità dell'io ed il fenomeno della coscienza residua come una presa di conoscenza di un sapere imposto, cioè, la persona deve unicamente adeguarsi e prendere atto del fatto che il proprio io si disperde nel molteplice. Leibholz descrive questo *defluxus in multa*⁵ della coscienza individuale precisandolo come un'operazione non della dittatura in sé e per sé ma del sistema che domina la dittatura cioè l'economia, come afferma Leibholz nell'articolo "Il secolo XIX e lo Stato totalitario del presente" del gennaio 1938: «il principio economico del *laissez faire, laissez aller*, che vieta qualsiasi intervento statale nell'economia e considera il proprio interesse come l'unica forza d'impulso e norma regolatrice»⁶.

La dittatura è strumento del potere economico che ha come essenza il profitto e lo rende *Grundnorm* dello Stato, la dittatura è il braccio armato che opera per il mantenimento del potere. Il livellamento spirituale delle coscienze avviene tramite il livellamento dell'economia, le persone smettono di essere cittadini per divenire funzioni economiche. Una volta raggiunto il livellamento economico, che operando con il denaro è il livellamento più annichilente poiché non si lascia interpretare, lo Stato dittatoriale opera una selezione gerarchica di valori che possono essere di volta in volta diversi ma strumentali al mantenimento del controllo. Così nel caso sovietico l'ordine imposto ha come obiettivo il raggiungimento di una «meccanicizzazione e materializzazione della vita»⁷, ma l'ordine valoriale può essere deciso «secondo i concetti naturalistici del sangue e della razza»⁸, come nel caso nazista, nel quale l'individuo non è accettato per le sue libere scelte esistenziali ma è individuato sulla base della provenienza genetica in base alla quale «predomina un biologismo che elimina la struttura linguistica di intra-appartenenza tra uomo e società, indice del legame tra soggettività e istituzioni»⁹.

Nel caso del fascismo italiano, prosegue Leibholz, l'esigenza di garantire l'ordine dello Stato porta a far sì che tutto quanto è assorbito nello Stato, come dice Leibholz citando Mussolini «*Tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato*»¹⁰. Di questa strategia prima vittima è l'individuo, infatti continua Leibholz «lo Stato fascista –

⁵ Agostino, *Le confessioni*.

⁶ Leibholz, "Il secolo XIX," 28.

⁷ Ibid., 32.

⁸ Ibid..

⁹ Avitabile, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, 180.

¹⁰ Mussolini, *Scritti e discorsi*, 192.

come tutti gli stati totalitari – riconosce l'individuo soltanto in quanto gli interessi degli individui coincidano con gli interessi dello Stato. Soltanto in quanto gli individui siano nello Stato essi sono immaginabili»¹¹. Anche lo stesso partito fascista è, secondo quanto Leibholz sostiene sempre nell'articolo "Il Secolo XIX e lo stato totalitario," nella struttura mussoliniana, servo dello Stato, cioè si erge a garante dell'ordine statale ma non si sostituisce allo Stato; allo Stato già si è sostituita l'economia.

La coscienza di massa che si impone nel fascismo è la coscienza di essere funzione e meccanismo di uno Stato che è dice Leibholz parafrasando Felice Battaglia «pedagogo, promuove la cultura in tutti i gradi e le forme, vive ed è presente nelle manifestazioni dell'artista e del pensatore, dell'apostolo e dell'uomo di fede, ispirazione centrale dell'umana personalità, lo Stato è anima dell'anima, è potenza e speranza ... insomma riassume tutte le forme della vita morale e intellettuale dell'uomo ... assorbe in sé, per trasformarla e potenziarla, tutta l'energia, tutti gli interessi, tutta la speranza di un popolo»¹². Questo senso di appartenenza ad uno Stato che ordina, gestisce, amministra e custodisce è, in Panunzio, il fine che il fascismo deve ottenere dalle persone; come per Leibholz anche per Panunzio il fascismo, la dittatura, è altra cosa rispetto allo Stato, ma se per Leibholz ciò avviene in quanto la dittatura è lo strumento di controllo dell'economia sullo Stato e sul Popolo, per Panunzio avviene il contrario cioè attraverso la dittatura si ristabilisce il potere di controllo e gestione dello Stato sugli altri fenomeni: economia, politica, religione etc. La dittatura, che per Panunzio è orgogliosamente innanzi tutto il Fascismo, è – come afferma in "Il sentimento dello Stato," articolo della *Rivista* del 1928 – «una forza spirituale, una forza che è insieme volontà e pensiero, è fondamentalmente e essenzialmente un sentimento; bisogna specificare ancora che questo sentimento è il sentimento dello stato, ossia il sentimento dell'unità morale e sociale dal popolo espressa vivente e personificata nello stato»¹³. La dittatura, creando una coscienza unica, nella quale sono assorbite le questioni economiche, politiche, persino religiose, opera come una *reductio ad unitatem* di tutte le forze sociali. Nel fascismo – secondo Panunzio – scompare la differenza tra Stato e società e lo Stato attraverso il fascismo diviene il *minimo comune denominatore di sindacati*, corporazioni magistrature etc.:

¹¹ Leibholz, "Il secolo XIX," 19.

¹² Battaglia, "Lo Stato," 29.

¹³ Panunzio, "Il sentimento dello Stato," 465.

«lo Stato fascista ricongiunge la società allo Stato; salda in una poderosa unità l'economia e la politica, scisse dal liberismo; non corre così il pericolo di essere sommerso dalle società particolari e dai sindacati; non scioglie quest'ultimi, ma li ammette nel suo seno, li riconosce, li "colloca" al loro giusto posto, riservando loro la coscienza di "funzione" ... di parti subordinate al tutto, non di "fine", di parti subordinate al tutto, non di parti erigentisi esse al tutto, e primieramente li comanda, li signoreggia e li piega ai suoi fini»¹⁴.

Questo è ciò che Panunzio cerca e vede avverarsi nel fascismo, che tutto quel disordine – da lui stesso sostenuto, afferma, in passato attraverso il corporativismo – trova un ordine nel quale si acquieta, un fine ultimo indiscutibile che si impone come forza più forte. Panunzio, da kantiano che ha sempre criticato aspramente lo Stato hegeliano, trova giustificazione proprio in Hegel, nel concetto hegeliano di corporativismo espresso nei *Lineamenti di filosofia del diritto*, ove la corporazione è solo una forma che vive in uno Stato ma il cui fine, pur se spacciato per particolare, è in realtà Assorbito dal fine generale¹⁵.

Il fine generale della dittatura è quello di mantenere in vita se stessa, è in pratica un meccanismo che si autoriproduce di continuo ed annulla ogni persona che diviene funzione della dittatura, Panunzio propone come Leibholz il motto mussoliniano «*tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato*»¹⁶ come sintesi della natura e dell'essenza della dittatura. Il mantenimento dello Stato, del suo apparato, delinea la dittatura come una burocrazia; difatti per Panunzio – come sostiene in *Linee di una teoria dell'impero* pubblicato sulla rivista nel 1940 – nello Stato dittatoriale si realizza il sublime kantiano inteso come sublime matematico ossia lo Stato diviene misura di tutte le cose, ogni attività della persona viene stimata e regolata in una legge specifica¹⁷, il diritto – sostiene Panunzio in "Il sentimento dello Stato" – «ritorna al suo centro giuridico essenziale ed ai suoi puri caratteri classici della giurisdizione e dell'impero ... è controllo giuridico-economico, tecnico-amministrativo – che si manifesta continua Panunzio – nel parastatalismo nell'abbondare di enti dalle funzioni e gestioni amministrative e economiche»¹⁸.

¹⁴ Ibid., 468-469.

¹⁵ Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, 297. Vedi anche Marx, *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, 109.

¹⁶ Mussolini, *Scritti*, 192.

¹⁷ Panunzio, "Prime linee di una teoria dell'impero," 210.

¹⁸ Idem, "Il sentimento dello Stato," 476.

Tutta la mitologia fascista – che segue un processo, sostiene Leibholz, di automitizzazione necessario alla narrazione di ogni dittatura – e che lo stesso Panunzio celebra con una stucchevole retorica nei suoi articoli, si riduce ad essere controllo burocratico sulle persone. La dittatura si manifesta in Panunzio e in Leibholz, pur con argomentazioni diverse, come la banalità del male che diviene elemento ragionieristico e burocratizzato. Così il diritto perde ogni sua specificità, non è più garanzia delle libertà personali nella comunità, ma è strumento di assoggettamento e controllo, ed ogni manifestazione del diritto è svuotata di significato: per Panunzio la costituzione – dice in “La politica di Sismondi” – «è la forma che assicura la vita e l’esercizio delle funzioni alla dittatura»¹⁹ e difatti secondo Leibholz nelle dittature la costituzione è solo un ornamento, sostiene in “Il secolo XIX e lo stato totalitario,” «la costituzione scritta ha solo un effetto dichiarativo non più costitutivo, si limiterebbe a pronunciare i fondamenti di uno stato in forma solenne»²⁰.

Anche il diritto di voto che, segnala Leibholz, viene mantenuto vivo in ogni regime dittatoriale, nella realtà si riduce ad essere un vuoto calcolo statistico, poiché le vere decisioni vengono prese “per acclamazione” cioè il sistema economico le decide, la dittatura le applica, i cittadini si limitano a subirle e l’acclamazione avviene perché non è prevista altra soluzione²¹ e il livellamento delle coscienze opera al fine di estirpare ogni ipotesi di “dirsi diversamente” rispetto al sapere totale dell’economia²². Non si può non osservare come questo svuotamento degli istituti giuridici operato dalla dittatura – politica per Panunzio, economica per Leibholz – si manifesti nella realtà attuale ove i diritti

¹⁹ Idem, “La politica in Sismondi,” 18.

²⁰ Leibholz, “Il secolo XIX,” 24.

²¹ Ibid., 4-9.

²² Il riferimento è ai concetti di sapere parziale e sapere totale così come discussi da Bruno Romano. Nel sapere parziale è ambientata la persona portatrice di una personalità mai pienamente definibile ma sempre in formazione, medesimo modello segue il diritto quando si alimenta alla sua genesi fenomenologica di non esclusione dell’altro, delineando un ordinamento giuridico nel quale la forma normativa – nella quale è posta il diritto – è sempre aperta alla discussione comunitaria e alla ricerca del giusto e non è chiusa nel concetto di “forma per la forma”. Di contro nel sapere totale viene sistematicamente operata l’esclusione dell’altro visto come “nemico” e non come portatore di una diversa – se pur contrastante – ipotesi di senso, a tale modello si ispirano i sistemi odierni di dittatura finanziaria che usano la legge, epurata dalla ricerca del giusto, come strumento per imporre il sapere totale economico cioè l’utile nel quale il numero più alto deve vincere sul più debole. Vedi in particolare Romano, *Nietzsche e Pirandello*; Idem, *Ricerca pura e ricerca*; Idem, *Dono del senso e commercio dell’utile*.

della persona sono mantenuti come un vuoto ornamento subordinato alle necessità dell'economia finanziaria e la costituzione è un elegante vestito tessuto intorno al principio cardine del pareggio di bilancio quindi del profitto.

Il diritto è subordinato ai giochi della finanza nei quali non si cerca più di comprendere, aprendosi al dialogo partecipato della comunità, le necessità materiali (prima ancora che spirituali) della comunità. Le regole sono stabilite come in un lancio di dadi basandosi sugli "umori" del mercato, sulle sue utilità, decise di volta in volta, in base a chi deve avere più profitto, dalle *agenzie di rating*²³.

Compito della filosofia del diritto – qualora non resti parola vuota – è comprendere, criticare e alimentare il dialogo sulla realtà giuridica contemporanea, cercando nuovi strumenti tramite i quali addivenire nella pratica quotidiana ad una diversa e più partecipata idea di ordinamento giuridico. La reazione alla dittatura avviene nel recupero del concetto di libertà, che non è un assoluto egoistico, ma è come afferma Leibholz «scuola di responsabilità»²⁴, non è una sconfinata libertà ma che chiede – continua Leibholz – un creativo compromesso tra la libertà e la legge. Nell'esercizio della libertà nel rispetto della legge decisa dalla comunità ognuno è signore di sé in quanto si subordina alla legge non per imposizione esterna, e né tantomeno perché segue una legge personale di cui è l'unico custode, ma in quanto subentra la coscienza del proprio dovere che è quello di rispondere all'altro delle proprie scelte, la comunità giuridica così intesa diviene condizione dell'autocoscienza, Stato e diritto recuperano il significato originale di luogo di libero confronto dialogico tra libere persone emancipate da qualsiasi forma di dittatura.

Riferimenti bibliografici

- AGOSTINO. *Le confessioni*. Torino: Einaudi, 2000.
- AVITABILE, LUISA. *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*. Torino: Giappichelli, 2004.
- BATTAGLIA, FELICE. "Lo Stato." *Studi senesi* (1936).
- HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH. *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di Giuliano Marini. Roma-Bari: Laterza, 2009.
- LEIBHOLZ, GERHARD. "La formazione dei concetti nel diritto pubblico." *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* 3 (1931).

²³ Idem, *Nichilismo finanziario e nichilismo giuridico*.

²⁴ Leibholz, "Il secolo XIX," 14.

- . “Il secolo XIX e lo Stato totalitario del presente”. *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* 1 (1938).
- LITT, THEODOR. *Le scienze e l'uomo*. Tradotto da Carlo d'Altavilla. Roma: Armando Editore, 1967.
- . *Natura e compiti dell'educazione politica*. Tradotto da Leone Agnello. Messina: Providente, 1971.
- MARX, KARL. *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*. Tradotto da Galvano della Volpe. Macerata: Quodlibet, 2008.
- MUSSOLINI, BENITO. *Scritti e discorsi di Benito Mussolini*. Milano: Hoepli, 1934-1940.
- PANUNZIO, SERGIO. “La politica in Sismondi.” *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1 (1927).
- . “Il sentimento dello Stato.” *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* 4 (1928).
- . “Prime linee di una teoria dell'impero.” *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 4 (1940).
- ROMANO, BRUNO. *Nietzsche e Pirandello. Il nichilismo mistifica gli atti nei fatti*. Torino: Giappichelli, 2008.
- . *Ricerca pura e ricerca applicata nella formazione del giurista. Diritto e bio economia*. Torino: Giappichelli, 2008.
- . *Dono del senso e commercio dell'utile. Diritti dell'io e leggi dei mercanti*. Torino: Giappichelli, 2011.
- . *Nichilismo finanziario e nichilismo giuridico. Conoscenza e coscienza*. Torino: Giappichelli, 2012.
- . *Il dovere nel diritto. Giustizia, Uguaglianza, Interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2014.
- SCHELER, MAX. *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori*. Tradotto da Roberta Guccinelli. Milano: Bompiani, 2013.
- . *La posizione dell'uomo nel cosmo*. Tradotto da Guido Cusinato. Milano: Franco Angeli, 2009.
- . *Politica e morale*, a cura di Leonardo Allodi, Brescia: Morcelliana, 2011.
- . *Conoscenza e lavoro*. Tradotto da Leonardo Allodi. Milano: Franco Angeli, 2007.

33. Ugo Spirito: diritto ed economia nella filosofia come ricerca

Laura Zavatta*

33.1. Le novità dell'approccio intellettuale di Ugo Spirito

Prima di trattare la questione del diritto e dell'economia nella filosofia come *ricerca* di Ugo Spirito, è significativo riportare la testimonianza di uno psicologo che si è occupato di psicologia del lavoro, di orientamento professionale, selezione e formazione. È una testimonianza relativa agli anni in cui Spirito teneva i suoi corsi nell'Università di Roma e nel pomeriggio organizzava *incontri a tema*, durante i quali ciascuno dei presenti poteva dare il suo apporto esprimendosi liberamente e apprendendo dal confronto con gli altri. Il professore «raccolgeva e sistematizzava gli apporti di tutti e di ciascuno, facendo crescere il discorso e stimolando a proseguirlo»¹. Grazie a tali incontri, Del Lungo sostiene di aver vissuto

* Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi Quantitativi, Università degli Studi del Sannio

¹ «Sessanta anni orsono», scrive Del Lungo in *Un cammino attraverso la formazione*, «ero iscritto al corso di laurea in Filosofia all'Università La Sapienza di Roma. Nei primi due anni di corso molti insegnamenti erano comuni. Lo scenario era il seguente. Un'aula enorme con qualche centinaio di studenti. Un professore in cima a una cattedra che con toni, talora dimessi, talora retoricamente roboanti, talora efficacemente modulati e alternati, pronunciava la sua lezione. Nessuna interlocuzione, nessuna domanda rivolta agli studenti, nessun dialogo tra docenti e assistenti seduti in assoluto silenzio in prima fila con le braccia conserte ... Evitavo questo genere di insegnamenti, pur obbligatori, per frequentare, invece, corsi di insegnamenti facoltativi meno frequentati, ma dove c'era scambio tra studenti e professori. In questa mia esplorazione scopersi che nell'istituto di Filosofia si teneva, ogni giovedì pomeriggio, non un corso di insegnamento con esame conclusivo, bensì un *incontro a tema*, a frequentazione libera, aperto non solo agli studenti ma a chiunque volesse partecipare. Era organizzato e guidato da Ugo Spirito, il filosofo idealista, padre del *Problematicismo*. Era frequentato da una trentina di persone di tutte le età e condizioni, da molti assistenti degli insegnamenti di filosofia e da un certo numero di studenti curiosi. Questo incontro durava un intero pomeriggio e si ripeteva ogni settimana. Era un incontro a tema, sempre lo stesso tema per un

la sua prima e rilevante esperienza di *formazione*, prezioso meccanismo di cui, in molti contesti, afferma di essersi servito in seguito, nel corso della sua professione di psicologo del lavoro. Questa testimonianza conferma – laddove ce ne fosse bisogno – che un nuovo approccio intellettuale, interessi molteplici, gli argomenti trattati e le scelte politiche compiute, fanno di Spirito una figura di spicco della grande generazione della filosofia italiana del Novecento². Il suo percorso speculativo ha suscitato e suscita un interesse ininterrotto, ma si imbatte tuttavia, in una sorta di ambiguità di pensiero, di cui, in questa sede, si tenterà di spiegare le ragioni.

intero anno accademico. Il tema di quell'anno era *Il Sogno*. Un fenomeno, cioè, di cui tutti i presenti avevano presumibilmente fatto esperienza. Ognuno dei presenti (matricole, studenti, assistenti, professori, uditori, anziani signori...) era autorizzato a intervenire e a dire la sua sul concetto di sogno, attingendo alla propria esperienza. Tutti erano alla pari. Ognuno interveniva rispondendo allo stimolo ricevuto dall'altro o avanzando nel discorso per proprio conto. Di questa discussione Ugo Spirito, seduto sulla cattedra, era il catalizzatore. Egli interveniva di tanto in tanto, facendo il punto su ciò che era stato detto, senza nulla aggiungere di suo, ma aiutando a procedere nel discorso. Fui sorpreso di potermi esprimere liberamente, di ascoltare il pensiero degli altri, di apprendere dai confronti e dagli scambi con gli altri, di apprendere dal modo in cui il professore raccoglieva e sistematizzava gli apporti di tutti e di ciascuno, facendo crescere il discorso e stimolando a proseguirlo. Nessuno chiamava allora *formazione* questa singolare esperienza di discussione del giovedì pomeriggio, ma a distanza di tanti anni mi accorgo, oggi, che questa è stata la mia prima e rilevante esperienza di formazione. Gli ingredienti della formazione c'erano tutti. 'Ecco voi siete finora arrivati a dire questo', diceva il professore nelle vesti di formatore. Restituiva, cioè ciò che era stato fatto e detto e nel corso della mia professione di psicologo del lavoro ho successivamente adoperato in molti contesti questo prezioso meccanismo formativo che stimolava la discussione e ne raccoglieva e restituiva gli esiti ... La varietà arretra fino a ridursi alla voce catalizzatrice dell' 'insegnante' che riporta la molteplicità degli interventi al tenue filo dei passi in avanti compiuti dagli allievi nell'esplorazione del tema meditato sotto il profilo filosofico, pur lasciando largo spazio alle relazioni orizzontali che si stabiliscono tra i presenti generando confronti, scontri, incontri, apprendimenti, ripensamenti, ecc.». Cfr. Del Lungo, "L'orientamento Individuale. Una risorsa chiave per aprire all'innovazione". Per un interessante approfondimento dello sviluppo del pensiero filosofico-giuridico, cfr. Abbagnano, *Storia della filosofia*; Idem, *Le sorgenti irrazionali del pensiero*; Carcaterra, De Sanctis e Romano, *Filosofia del diritto*.

² Cfr. Capozzi, *Giovanni Gentile*, 24. Ugo Spirito (Arezzo, 9 settembre 1896 - Roma, 28 aprile 1979) è stato uno dei più importanti pensatori italiani e filosofi dell'Ateneo Romano (insieme con Carlo Antoni, allievo di Benedetto Croce, Guido Calogero, filosofo del 'dialogo' e Bruno Nardi). Allievo di Giovanni Gentile e autore della *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, nell'evoluzione del suo pensiero, passa da posizioni neoidealiste all'affermazione del problematicismo. Tra le sue opere si ricordano: *La vita come ricerca* (1937), *La vita come arte* (1941), *Il Problematicismo* (1948), *La vita come amore* (1953), *Dal mito alla scienza* (1966), *Cattolicesimo e Comunismo* (1975), *Dall'attualismo al problematicismo* (1976) e l'autobiografica *Memorie di un incosciente* (1977). Il pensiero di Spirito è stato da me trattato nella monografia *La pena tra espiare e redimere*.

Occorre innanzitutto esaminare le relazioni con le persone che influirono significativamente sulla sua formazione filosofica; *in capite argumenti*, il rapporto con Gentile, il maestro dell'attualismo, che si può considerare il nutrimento del suo noviziato di pensatore. Si deve poi accennare, concisamente, alla relazione di Spirito con Croce, prima sodale, poi dissenziente nel rapporto con Gentile, per ragioni che sono attribuite alla diversa posizione assunta dai 'dioscuri della filosofia italiana' nell'avvento del fascismo, l'uno *contra*, l'altro *pro*. Infine si deve far luce sul pensiero di Spirito e sulla sua posizione nei rapporti con il fascismo dapprima sugli 'altari' e poi nella 'polvere' dell'egemonia del regime.

33.1.1. Spirito e Croce

La rottura del rapporto solidale tra Gentile e Croce vede dissolversi la loro fama di 'dioscuri della filosofia italiana' e formarsi quella di antagonisti che si contendono la sua *leadership*. Tuttavia, anche in questo conflitto, non esente da durezza ed asprezza, come osserva Capozzi,

Gentile e Croce continuano ad essere un punto di riferimento e un 'asse di equilibrio' per la cultura italiana, perché non si può contraddire o contestare l'uno senza rifarsi e appoggiarsi idealmente all'altro, a prescindere da immancabili eccezioni. Ma il dissidio è irrimediabile. Da questo momento Gentile diventa l'anti-Croce, Croce diventa l'anti-Gentile. La cultura italiana si spacca nella divisione dei seguaci dell'uno e dell'altro filosofo, con non poche defezioni e passaggi specie da Gentile a Croce³.

In questo clima di conflittualità, perseverante oltre la morte di Gentile, Spirito pubblica sul *Giornale critico della filosofia italiana*⁴, nel novembre del 1949, una "Lettera aperta al Senatore Benedetto Croce", in cui si rivolge al filosofo abruzzese quasi per chiedere in modo provocatorio l'avvallo di una correzione controversa. Secondo Spirito, la datazione della cronologia del rapporto tra i due filosofi, nello sviluppo del loro pensiero, non si svolgerebbe da Croce a Gentile, così come ritiene il senso comune, bensì da Gentile a Croce. A prova di questa sua attestazione, il filosofo aretino «adduce una filologia di documenti in diverse direzioni tematiche: il rapporto tra forma e materia come sintesi *a priori* alla maniera desantisciana; gli studi su Marx; l'iniziazione all'hegelismo;

³ Capozzi, *Giovanni Gentile*, 24.

⁴ Spirito, "Lettera aperta al Senatore Croce", 75-93.

l'identità di filosofia e storia»⁵. Sulla premessa della documentazione filologica, Spirito sollecita Croce a sciogliere i veti che ostacolano la pubblicazione di oltre un migliaio di lettere appartenenti al suo carteggio con Gentile, e afferma polemicamente: «Lei è il primo seguace di Gentile e apre quella scuola che diventerà poi fiorente a partire dal secondo decennio di questo secolo»⁶. E contestando un'affermazione di un libro di Ciardo dai toni critici sull'idealismo attuale⁷, il filosofo conclude che «[dell'attualismo si discuterà] almeno fino a quando – ma sicuramente molto di più – si parlerà della filosofia di Benedetto Croce»⁸. Ma se è certamente fondata la tesi che alcuni orientamenti dell'itinerario filosofico di Croce siano interpretabili e spiegabili con l'influenza di Gentile, non è ragionevole supporre che Gentile, dal rapporto con Croce, non abbia ritratto incentivi di riflessione e arricchimento nello sviluppo della sua filosofia. Dunque, se i sistemi di Gentile e Croce sembra abbiano in comune fondamenti che appartengono più alle fonti del filosofo siciliano che del filosofo napoletano, tuttavia è certo che l'influenza tra i due grandi pensatori non sia unilaterale ma si alimenti in una circolazione di idee che va da Croce a Gentile, da Gentile a Croce. Allora, in sintonia con la 'profezia' di Spirito, secondo cui dell'attualismo si parlerà almeno fino a quando si parlerà della filosofia di Croce – per quel filone che regredendo da Giovanni Gentile, Donato Jaia, Silvio Spaventa, conduce infine alla fonte insigne di Hegel e Kant – non è possibile comprendere appieno Croce se non risalendo a Gentile. Ma è di certo vero pure il contrario, ovvero non è possibile comprendere appieno Gentile se non risalendo a Croce, anche quando il sodalizio tra i filosofi si sfalda nella rottura di un aspro antagonismo.

Di qui la conseguenza che l'esigenza di correzione della cronologia dello sviluppo dei sistemi crociano e gentiliano, benché abbia motivate giustificazioni nella richiesta di Spirito a Croce, si trova più equilibratamente soddisfatta nella locuzione che è prospettata da Guzzo, ma con una minuscola variante, consistente in una anticipazione o in una posticipazione. La cultura italiana nella prima metà di questo secolo è un'epoca che si può definire genericamente ed essenzialmente *gentiliano-crociana, crociano-gentiliana*.

⁵ Capozzi, *Giovanni Gentile*, 26.

⁶ Spirito, *Giovanni Gentile*, 79-93.

⁷ Ciardo, *Un fallito tentativo di riforma dell'hegelismo*, VIII-216.

⁸ Spirito, *Giovanni Gentile*, 88.

33.1.2. Spirito e la scuola filosofica gentiliana

L'attenzione maggiore va riservata alla relazione di Ugo Spirito col maestro Gentile, che ebbe due fiorenti scuole filosofiche, una a Roma, di cui egli è, appunto, l'esponente *maior*, e l'altra a Palermo, con Adolfo Amodio, allievo destinato ad avere un ruolo importante nelle Università italiane. Tuttavia nell'opinione corrente ha poca divulgazione l'approccio gentiliano di Omodeo, del quale si percepisce con maggiore evidenza la solidarietà con Croce, che fu non solo successiva alla sua appartenenza alla Scuola filosofica gentiliana a Palermo, ma fu anche preceduta da qualche schermaglia col filosofo napoletano, che non mancò di dolersene con Gentile esprimendo un rimprovero in riferimento proprio a 'quel suo allievo...'.

Ugo Spirito comincia il suo percorso intellettuale nel primo decennio del '900 nella facoltà di Legge dell'Università di Roma, in cui frequenta le lezioni di economia politica di Maffeo Pantaleoni e quelle di diritto penale tenute dal criminologo Enrico Ferri, di cui ammira l'intuizione positivista di collegare i fattori sociali ed economici alla condotta delinquenziale. Questo iniziale entusiasmo nei confronti del positivismo si smorza quando, nel gennaio del 1918, subito dopo la laurea in giurisprudenza, Spirito – dotato di un connaturato estro, per non dire furore filosofico – dopo aver ascoltato una lezione di Giovanni Gentile, e muovendosi alla ricerca di «una rivoluzione più intima, capace di dare attraverso un'energia interiore l'energia necessaria ad un'opera creatrice», si accorge di aver trovato nelle parole del filosofo idealista la «metafisica della libertà»⁹, ovvero una concezione della realtà molto più seducente e convincente rispetto a quella del positivismo. Il pensatore aretino decide allora di iscriversi a Lettere e filosofia, e nel 1920 si laurea proprio con Giovanni Gentile discutendo una tesi sul *Pragmatismo italiano*, che darà alle stampe nel 1921, divenendo uno dei suoi più brillanti allievi e più stretti collaboratori. Nominato segretario di redazione del *Giornale critico di filosofia italiana*, nel 1925 sottoscrive il "Manifesto degli intellettuali fascisti" e nel 1927, quando lavora all'*Enciclopedia Italiana* come assistente alla cattedra di pedagogia dell'Università di Roma, dà vita al bimestrale *Nuovi studi di politica, economia e diritto* insieme ad Arnaldo Volpicelli, con l'obiettivo

⁹ Spirito, *Memorie di un incosciente*, 33, una sorta di autobiografia pubblicata alla fine degli anni '70.

di diffondere nelle scienze sociali i principi della filosofia di Gentile¹⁰. Per tale motivo non risparmia le sue energie intellettuali nel promuovere l'affermazione delle teorie del maestro, profondamente persuaso che l'attualismo rappresenti l'espressione più importante della filosofia moderna.

33.2. Gli scritti di Spirito sul diritto

Tra gli scritti più rilevanti di Spirito, in questa fase del suo pensiero, è da ricordare la *Storia del diritto penale italiano*, in adozione fino a qualche anno fa nell'Università di Napoli 'Federico II' tra le discipline penalistiche. Non meno perspicace è l'attenzione che Spirito rivolge al dibattito giuridico delle due massime scuole penalistiche esistenti in Italia, la scuola classica e la scuola positiva, e la sua critica al Codice Rocco compilato ad opera del guardasigilli Alfredo Rocco e di suo fratello Arturo, ideatore dell'indirizzo tecnico-giuridico. Secondo Spirito, questione di massima urgenza è specificare la posizione assunta dal legislatore nei confronti dei criminalisti e delle principali scuole di diritto penale. La relazione del ministro, infatti, rivela che egli «si è preoccupato un po' troppo di conciliare i dissidi di carattere scientifico, incorrendo così nel pericolo di un eclettismo, che potrebbe aggravarsi e far sentire maggiormente le sue conseguenze all'atto della formulazione concreta delle norme legislative»¹¹. La lacuna del nuovo codice, per Spirito, trova la sua causa proprio nell'incapacità di assumere un atteggiamento deciso

¹⁰ Come Spirito riporta ne *L'idealismo italiano e i suoi critici* del 1930. Cfr. Tarquini, "Spirito".

¹¹ Spirito, *Il nuovo diritto penale*, 10-14, cap. I, *La relazione Rocco*. Spirito denuncia l'eclettismo del codice Rocco sottolineando la gravità di un pericolo che non va trascurato. La dimostrazione più eclatante di ciò è data dal «modo con cui il progetto è stato accolto dai massimi rappresentanti delle due scuole, e cioè dal Lucchini, che è oggi ritenuto il più autorevole classicista e il più fiero oppositore delle teorie positivistiche, e dal Ferri, che di queste teorie è, invece, non solo il maggior difensore, ma l'autore stesso. Ora è strano, per non dir altro, che entrambi questi giuristi sostengano con la massima convinzione che il progetto Rocco rappresenti *ad oculos* la vittoria della propria scuola e la correlativa liquidazione di quella avversaria ... Se classicisti e positivisti sono egualmente soddisfatti, ciò vuol dire che la relazione si presta a interpretazioni diverse e opposte. Resta ora da vedere se la differenza dei giudizi sia dovuta a errore degli interpreti, ovvero risponda a un difetto proprio della stessa relazione. Ché, se si trattasse del primo caso, basterebbe una semplice rettifica dell'interpretazione sbagliata, e se invece si trattasse di una manchevolezza costitutiva del progetto di legge, allora occorrerebbe ricercare la ragione di essa e procurare di eliminarla radicalmente. Ma purtroppo bisogna convenire che la verità risponde proprio al secondo caso, e che il contrasto dei giudizi è possibile

nei confronti di classicisti e positivisti, propendendo a marciare, tradizionalmente, sui passi dei primi, pur assecondando, con maggiore o minore consapevolezza, le esigenze dei secondi. In Rocco si accentua la predilezione verso la scuola positiva e si attenua, invece, il consenso ai postulati della scuola classica, passati un po' di moda, tanto che il nuovo progetto sembra tratteggiare il successo dei positivisti piuttosto che quello dei classicisti. Ma il trionfo degli uni o degli altri, secondo Spirito, è da reputare evento di scarso interesse se non viene superata l'inconciliabilità per la quale essi non sono ancora in grado di elaborare una teoria più coerente e da tutti fruibile. Due principi eterogenei, di fatto, ispirano il codice Rocco e ne causano l'essenza contraddittoria, rinfocolando il perenne conflitto tra scuola classica e scuola positiva. «Par che il compilatore abbia solo avuto l'intenzione di far posto a tutte le esigenze che si son venute prospettando in questi ultimi decenni, ma non si sia affatto preoccupato di esaminare fino a che punto esse fossero reciprocamente compatibili e in forza di quale nuovo principio potessero organizzarsi e sistemarsi»¹².

33.2.1. La legislazione dell'avvenire

Da quasi un cinquantennio scuola classica e scuola positiva si affrontavano sul problema fondamentale riguardante la libertà umana e la responsabilità morale del delinquente, giungendo dogmaticamente a due soluzioni «opposte ed ugualmente astratte e illusorie»¹³. La scuola classica finiva con l'appiattare la libertà sul concetto tradizionale del libero arbitrio, e si ritrovava a dover fare i conti con una libertà vuota, «puntuale e irrelata», contrastante con l'esperienza concreta della vita. La scuola positiva, dal suo canto, giungeva a negare completamente il concetto di libertà affermando che le azioni del mondo umano, così come gli eventi naturali, sono sottoposti a leggi assolutamente necessarie, in linea con la prospettiva del determinismo universale, chiudendo in effetti la strada ad ogni possibile soluzione dei problemi del diritto penale¹⁴.

solo in quanto le linee direttive del nuovo codice conservano quell'eclittismo, che caratterizza il codice Zanardelli e che ne costituisce la debolezza essenziale».

¹² Idem, "Il progetto del nuovo Codice penale," 81.

¹³ Idem, *Il nuovo diritto penale*, 16-17.

¹⁴ Ibid. La questione, scrive Spirito, non è «di carattere accessorio o addirittura accademico, come è stato molte volte affermato da giuristi fossilizzati nel loro

Il dualismo nato dal «concetto tradizionale di *libertà*» e dal «concetto positivistico di *necessità*»¹⁵, conduce alla contrapposizione di *pene* e di *misure di sicurezza*, che Arturo Rocco introduce distintamente nel codice penale senza riuscire tuttavia ad andare «oltre le concezioni delle due scuole»¹⁶ ma includendole entrambe, ovvero conservando l'orientamento tradizionale della scuola classica sulla responsabilità del delinquente e il significato della pena, ma accogliendo, nel contempo, le teorie innovative della scuola positiva sulla difesa sociale, la pericolosità del reo, le misure di sicurezza. L'effetto finale è un codice dotato di buoni requisiti, avviato a esigenze moderne e riformatrici, ma irrimediabilmente contraddittorio e disomogeneo. Avvalorando i principi di due dottrine opposte, infatti, il nuovo codice non può che dar vita ad una grossolana convivenza di concetti antitetici: pene e misure di sicurezza, libertà e determinismo, responsabilità morale e responsabilità sociale, malvagità e pericolosità, retribuzione etica e difesa sociale. Ma il nostro paese, scrive Spirito, si trova «di fronte alla legislazione dell'avvenire», alla «esegesi del nuovo codice»¹⁷. I giuristi non possono tradire il loro compito scientifico e devono ridurre il molteplice in unità, depurando eclettismi e antinomie. Il terreno va livellato senza attribuire fondamento logico a ciò che ne è privo, ovvero senza *sistemare* elementi antinomici che non sono passibili di sistemazione, e questo è possibile solo bloccando il dannoso processo attivato dal codice Rocco.

tecnicismo o da empiristi superficiali sostenitori del buon senso: ma problema la cui mancata o deficiente soluzione si ripercuote con funeste conseguenze nelle aule di Corte d'Assise e nella vita della nazione, contribuendo ad affievolire il senso dell'umana libertà e responsabilità. Di fronte a questo problema il codice Zanardelli afferma, o meglio presuppone, un certo concetto di libertà morale, ma poi lo contamina di tante limitazioni e di tante contraddizioni da ridurlo a ben misera cosa. E l'esperienza di ogni giorno c'insegna quale negazione di esso si faccia nelle Corti di Assise con l'abituale riconoscimento della infermità o semi-infermità di mente. Una libertà così ridotta, che alle volte c'è, e alle volte non c'è: alle volte c'è tutta, e alle volte solo in parte, è qualche cosa che necessariamente deve sfuggire a ogni seria determinazione, e dar luogo a sentenze ambigue e ingiuste, che scontentano tutti, infiacchiscono col loro esempio la sensibilità morale dei più, e abbandonano a sé il delinquente che avrebbe bisogno di redimersi».

¹⁵ Ibid., 20.

¹⁶ Idem, "Il progetto del nuovo Codice penale," 83.

¹⁷ Idem, "Il nuovo Codice e la nuova scienza del diritto penale," 239.

33.3. L'identificazione di scienza e filosofia

La *Storia del diritto penale italiano* verrà data di nuovo alle stampe durante il regime democratico-liberale degli anni '70, nel periodo buio degli anni di piombo, e questa circostanza sarà propizia a Spirito per porre al centro del dibattito nazionale e internazionale la domanda su cosa si possa fare di fronte all'aumento della criminalità. Nel nostro paese, scrive il filosofo aretino all'amico Guzzo, non si può certo confidare sulla logica e la congruenza del codice penale. «Il nostro codice distingue le pene e le misure di sicurezza, e riconosce al giudice la capacità divina di determinare dove finisce l'anima e dove comincia il corpo. Ma è chiaro che il nostro codice è fondato sulla assoluta incoscienza di quello che dice. Né il problema è meglio chiarito dalla legislazione penale di tutto il mondo»¹⁸.

Ma è opportuno tornare agli anni '20, nella fase del pensiero in cui Spirito, seguendo il pensiero di Gentile, manifesta una maggiore vicinanza al maestro, il quale si sente gratificato dall'impegno dell'allievo che applica i principi della sua filosofia, vale a dire l'attualismo o idealismo attuale, a tematiche di filosofia del diritto penale. Tuttavia, tale fase del pensiero di Spirito, benché abbia il diritto come tema centrale, lascia intravedere gli embrioni di un originale sviluppo filosofico. Nel tentativo di riformare la filosofia della politica con il progetto corporativo applicato al diritto e all'economia, infatti, egli comincia a delineare il progetto di un attualismo costruttore. Attraverso la rivista bimestrale *Nuovi studi di diritto, economia e politica* fondata, come si è detto, nel 1927 insieme all'amico Arnaldo Volpicelli, Spirito si prefigge l'obiettivo di impostare le scienze sociali sulle teorie di Gentile, ribadendo, in tal modo, totale dedizione e pieno sostegno al pensiero del maestro, ma rilevando nello stesso tempo la difficoltà dell'attualismo di riuscire a influenzare concretamente il panorama politico, nonché il diritto e l'economia del fascismo, e assumendo la consapevolezza che, per trasformare nel vivo l'organizzazione di una società, sia necessario delineare un nuovo rapporto tra scienza e filosofia. Nel programma di *Nuovi studi* si legge:

Scienza, quella da noi propugnata, e non filosofia, se per questa ha da intendersi la non mai troppo derisa e scansata metafisica, che si sequestra dal mondo e dalla storia e alla realtà effettuale contrappone

¹⁸ Idem, "Discussione di amici. Il giudizio e la sanzione," 351.

trascendenti chimere ...; ma scienza e insieme filosofia, se per questa ha da intendersi ... la riflessa coscienza della realtà e dello spirito, la determinazione dei criteri adeguati d'indagine e d'intelligibilità del reale. Questa filosofia, più modesta ma utile, non è che la scienza stessa rettamente intesa nella sua storicità¹⁹.

In questo periodo, Spirito imposta il suo intervento al 7° Congresso nazionale di filosofia del 1929 sulla tesi dell'identificazione di scienza e filosofia; tesi secondo la quale scienza è sinonimo di un sapere storico che deve confrontarsi con la realtà per riuscire ad andare oltre la distinzione tra teoria e prassi, e risolvere i quesiti posti dalla società superando le definizioni astratte proprie della filosofia. Qualche anno dopo, nel 1933, in un articolo intitolato "Attualismo costruttore", il giovane filosofo si allontana definitivamente da Gentile, sostenendo di aver ritrovato «la vera filosofia nella politica, nella pedagogia, nel diritto, nell'economia, nell'arte, dovunque la vita chiamasse con l'urgenza di uscire da vecchi schemi e da metodi infecondi»²⁰. A partire da questa nuova consapevolezza, che l'attualismo sia una filosofia che può manifestarsi e consolidarsi nelle diverse manifestazioni della realtà ritrovando concretezza nelle scienze sociali, Spirito imbecca due differenti vie: diviene, per un verso, un teorico convinto del corporativismo fascista, per un altro verso, comincia ad abbozzare un indirizzo filosofico che poi definirà *problematicismo*²¹.

33.3.1. Dal corporativismo alla filosofia del comunismo

Nella *Critica all'economia liberale* e nei *Fondamenti dell'economia corporativa*, il filosofo aretino sottolinea come la figura di *homo oeconomicus* dell'economia classica sia definitivamente fallita, e come, dopo la crisi del 1929, sia necessario abbracciare una tesi totalitaria in cui lo Stato si configuri come un «organismo unico armonicamente costituito ... con il quale l'individuo, in quanto animale sociale», non può che coincidere²². Così, nel maggio del 1932, mentre insegnava alla scuola di Studi corporativi di Pisa, dopo aver stretto un legame di collaborazione con Giuseppe Bottai, il filosofo interviene al 2° Convegno di Studi corporativi

¹⁹ Idem, "Programma," 1. Cfr. Tarquini, "Spirito".

²⁰ Spirito, *Scienza e filosofia*, 5-16.

²¹ Cfr. Tarquini, "Spirito".

²² Spirito, *La critica dell'economia liberale*; Idem, *I fondamenti dell'economia corporativa*, 41.

organizzato a Ferrara, e in quella occasione propone di tagliare il nodo di Gordio con la spada della 'corporazione proprietaria'. Denunciando l'inadeguatezza della *Carta del Lavoro* del 1927, che mantiene intatti gli aspetti tipici dell'organizzazione statale capitalistico-borghese, e lodando il fascismo, il quale era sorto ispirandosi alla *Carta del Carnaro*, Spirito espone con dovizia di particolari la tesi della corporazione proprietaria, da configurare quale corpo sociale intermedio tra individuo e Stato. Allo stesso modo, secondo il filosofo, deve essere radicalmente mutato il concetto di proprietà che non è più da intendersi come un diritto inalienabile e assoluto dell'individuo, ma come uno strumento utile all'organismo sociale, ovvero come una risorsa messa al servizio esclusivo della collettività. La Rivoluzione fascista deve vincere il sentimento egoistico che ha animato la Rivoluzione francese alimentato dall'"individuocrazia" liberale e dalla sua pretesa della proprietà privata, affermando l'estendersi della sfera di competenza dello Stato nelle singole parti che lo costituiscono. Nel suo intervento, Spirito prospetta il superamento della distinzione tra datori di lavoro e lavoratori, e spiega di voler trasformare le singole aziende in enti di proprietà dei corporati, consentendo ad essi, in base al grado gerarchico di cui ciascuno è investito, di condividere il patrimonio e la gestione della corporazione²³.

Con la teoria della "corporazione proprietaria", criticando radicalmente la concezione tradizionale della proprietà privata, e affermando che la produzione, avendo un peso sociale, non può essere soggetta all'arbitrio individuale ma solo all'interesse della Nazione, Spirito diviene, da allora in poi, il più autorevole teorico del corporativismo fascista, inserendosi in un dibattito innegabilmente fascista e non potendosi non dire anche lui un fascista. Ma, come si è visto, c'è nelle sue teorie la possibilità di un risvolto del giudizio sulla concezione della corporazione proprietaria pensata come un organismo nel quale la proprietà degli operatori si estende dal prodotto agli strumenti di produzione. In questa prospettiva, e per effetto di questa interpretazione, Spirito va, o andrebbe, dalle corporazioni oltre le corporazioni, in una conseguenza che rende lecita l'affermazione che Spirito non fu fascista, anzi fu un comunista.

²³ *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi*, vol. I. Cfr. Tarquini, "Spirito".

In *Filosofia del comunismo*, infatti, egli scrive:

la civiltà liberale e borghese ha potuto fare della libertà il monopolio di una classe solo a patto che i molti non liberi ne pagassero il prezzo; ma se oggi la stessa libertà vuole essere rivendicata da tutti, sì che nessuno resti a condizionarne il privilegio, la lotta di classe si muta in lotta di gruppi e di individui, tutti al privilegio anelanti e tutti impegnati nella corsa degli egoismi più sfrenati. La presunta libertà diventa il principio della disgregazione, dell'atomismo e del conseguente caos, del quale già si avvertono i segni premonitori. Perché a questa logica sia dato sottrarsi, occorre vivere di un'altra fede, credere in un nuovo mondo sociale, che vada al di là del liberalismo e realizzi nella comunità degli uomini un ideale che non sia quello del tornaconto del singolo e del calcolo economico di chi guarda alla propria persona come centro del mondo²⁴.

Negli anni successivi, questa fede induce Spirito ad ammirare il mondo sovietico e a condividere sempre più gli ideali del comunismo; ciò nonostante il suo comunismo, come nota Rodolfo Sideri, continuerà ad identificarsi in una forma di corporativismo antindividualistico e antimaterialistico che con il realismo sovietico non ha molto da spartire.

33.4. Equipossibilità circa l'appartenenza di Spirito al fascismo

Durante il 1° Congresso internazionale di filosofia, svoltosi nel 1946 dopo la Seconda guerra mondiale, Spirito ricorda di aver teorizzato già all'inizio degli anni '30 la prima identificazione fra individuo e Stato, e manifesta la reale possibilità che il comunismo diventi il suo nuovo orizzonte politico cominciando ad interessarsi a fondo di questioni politiche concrete e di arti economiche internazionali. In *Gentile e Marx*, pubblicato nel 1947, scrive che è giunto il tempo di porre in risalto la radice idealistica che accomuna sia il socialismo che l'idealismo e di rettificare il giudizio sul marxismo dopo essere stato colpito positivamente dallo spettacolo di un «miliardo di uomini che hanno creduto alla nascita della verità»²⁵. Di ritorno da una visita all'Unione Sovietica e alla Cina, nel 1962, scrive *Comunismo russo e comunismo cinese*

²⁴ Spirito, *La filosofia del comunismo*, 152. Cfr. Sideri, *La visione 'corporativa' di Ugo Spirito*, 80.

²⁵ Spirito. *Memorie di un incosciente*, 68.

per spiegare la superiorità, su quella russa, dell'esperienza orientale, nella quale si intravede la reale possibilità, per le nuove generazioni rivoluzionarie, di dar vita ad un marxismo autentico e ad una società basata sulla scienza²⁶.

La 'corporazione proprietaria' viene vista come l'antesignana di un comunismo raffinato ispirato alla concezione delle 'comuni cinesi' che a suo dire sono in grado di interpretare Marx più autenticamente dei *kolkhoz* sovietici, in una convinzione talmente radicata che induce il filosofo aretino a girare per le università italiane ad illustrarne l'identità originale nell'interpretazione della dottrina del filosofo di Treviri. Ma il comunismo di Spirito è più platonico che marxista, come osserva Sideri, e diventa stile di vita più che sistema politico; è rivoluzione interiore delle coscienze che può realizzarsi prima e senza la rivoluzione delle strutture socio-economiche. La sua concezione corporativistica si sublima a momento spirituale che mira a unificare moralmente la vita sociale «nella gioia del dare e del sacrificarsi» escludendo ogni fine privato dell'esistenza. Allora il comunismo potrà dare luogo ad istituzioni sociali e giuridiche, egli scrive nel 1947, e potrà

tendere ad una vita collettiva in cui il criterio di distribuzione dei beni sia fissato in funzione della produttività di ognuno; può eliminare le sperequazioni più gravi della vita attuale e le forme più chiare di sfruttamento. Ma, detto questo, risulta altresì evidente che il comunismo può realizzarsi, prima e senza la trasfigurazione della società, in quella più profonda società che è in ognuno di noi – la *societas in interiore homine* – e che da noi soltanto acquista valore²⁷.

Il filosofo aretino spiega con queste parole in modo esaustivo la sua posizione intellettuale e politica.

Quando ... spontaneamente e gioiosamente rinuncio al di più, io so di avere realizzato, anche nel mezzo del più anticomunistico regime politico, l'ideale del comunismo. E questo, dunque, può vivere non soltanto in un paese solo ... ma anche e soprattutto in un uomo solo, vale a dire nella coscienza del singolo; là dove può rivelarsi nella pura spiritualità²⁸.

²⁶ Cfr. Idem. *Critica della democrazia; Il comunismo*. Cfr. Tarquini, "Spirito".

²⁷ Spirito, *Il comunismo*, 67-68.

²⁸ Ibid., 68.

33.4.1. La vita come ricerca

Dopo aver sottoposto a decisa critica l'attualismo di Gentile e l'intera metafisica, come si è accennato, Spirito propone la soluzione filosofica del *problematicismo* che può essere definito in sintesi il riconoscimento dell'irriducibile contraddittorietà del sapere, ovvero un'incessante aspirazione a comprendere che non intende affermare alcuna verità assoluta e che non accetta forme limitanti di giudizio. Queste riflessioni non tardano a crescere come un organismo che viene articolato, nel 1937, in un volume che ha sul frontespizio il paradigma della novità filosofica: *La vita come ricerca*. Il 'risveglio filosofico' di Spirito non può non suscitare qualche perplessità in Gentile, che prende forma in un esplicito dissenso, scritto pur nella dichiarazione di un'autentica devozione dell'allievo per il maestro. Alla recensione dell'opera del filosofo aretino da parte di Delio Cantimori – pubblicata sul *Giornale critico della filosofia italiana*²⁹ – Giovanni Gentile, direttore del *Giornale*, maestro amato e seguito fino a quel tempo senza riserve dall'allievo, premette una nota in cui dichiara in modo esplicito tutta la sua perplessità nei riguardi del libro «dell'ottimo e carissimo Spirito»³⁰. Gentile sostiene di attenersi, come sempre, «al criterio di lasciare che i suoi collaboratori dicano liberamente quello che pensano, anche se in quello che dicono egli non possa, in tutto o in parte, consentire, convinto che soltanto così [sia] utile collaborare con gli altri alla ricerca della verità»³¹; ma ritiene che, quello di Spirito, sia un libro *fondamentalmente sbagliato*, e che, pertanto, possa essergli attribuita importanza solo come «documento schiettissimo e veramente significativo d'uno stato d'animo diffuso tra i più intelligenti studiosi italiani di filosofia»³². Si tratta di uno stato d'animo, aggiunge Gentile, in cui «la filosofia, idealistica o no, non entra davvero, se non per minima parte», e conclude la nota con una critica mordace: «senz'essere presuntuosi si potrebbe affermare che la verace storia della crisi filosofica di Ugo Spirito altri potrebbe forse scriverla meglio di lui, senza ricorrere alle lammiccate sottigliezze di certe sue astruse autocritiche, che nella loro stessa fretolosità hanno qua e là del sofistico»³³.

²⁹ Cantimori, Recensione a *La vita come ricerca*, di Ugo Spirito, 356-370. Questo argomento è stato da me trattato in *La pena tra espiazione e redimere*, 243-268.

³⁰ Gentile, "Nota della Direzione," 356.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Ibid.

Spirito risponde alla nota del suo maestro con una lettera pubblicata l'anno successivo sul secondo fascicolo del *Giornale critico della filosofia italiana*³⁴.

La postilla con cui lei accompagna la lunga recensione del Cantimori de' *La vita come ricerca* – si legge nelle prime righe – mi ha profondamente deluso. Essa rivela una strana distanza spirituale, che non avrei creduto possibile dopo tanti anni ... trascorsi in una quasi quotidiana opera di collaborazione. Strana distanza, dico, ch'ella inavvertitamente cela a se stesso riducendo a occasionale stato d'animo il motivo fondamentale del mio ultimo libro e ponendo tra esso e la mia precedente attività una insanabile soluzione di continuità³⁵.

Che il libro risponda ad uno stato d'animo e che voglia innanzi tutto essere un *documento psicologico*, Spirito dice di confessarlo nell'opera stessa, chiarendo il concetto di ricerca. Ma, precisando lo sviluppo del suo pensiero, egli mostra pure come il suo attuale stato d'animo altro non sia che «il risultato d'una lunga elaborazione filosofica immedesimata in una lunga esperienza scientifica e politica»³⁶. Lo studioso di filosofia, infatti, non può non dare conferma del suo pensiero nella vita e tale bisogno di unità è *il motivo dominante* del libro. Per tale ragione si dice non persuaso della taccia di dualismo di cui Gentile lo rimprovera, in un commento che è una constatazione accorata e un invito non privo di ansia: «la sua postilla mi ha dato l'impressione di una distanza spirituale molto grave e penosa. E vorrei ch'ella ritornasse sul suo giudizio e provasse a fare quella più verace storia della mia crisi cui allude»³⁷.

Spirito ripercorre la storia della filosofia moderna, spiegando di aver aderito all'attualismo perché vi aveva riconosciuto il tentativo concreto di superare la distinzione fra pensiero e azione e l'autonomia dell'autocoscienza finalmente liberata «dall'oggettività opaca dell'ignoto e del mistero»³⁸. Secondo tale linea, era persuaso che la filosofia di Gentile esprimesse un autentico sforzo creativo e antintellettualistico, aperto alle esigenze concrete e foriero di energia vitale.

³⁴ Spirito, "Lettera a Giovanni Gentile," 147-148.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

³⁸ Idem, *Memorie di un incosciente*, 81.

Alla fine degli anni '20, tuttavia, si era accorto dell'incapacità dell'idealismo attualistico di saper cogliere adeguatamente un orizzonte sociale caratterizzato da una pluralità di espressioni, e di mostrarsi «chiuso di fronte a problemi e a manifestazioni di indiscutibile valore». Esso non sapeva attribuire la giusta importanza al positivismo e alla scienza e non aveva «occhi per tutte quelle espressioni spirituali che ripugnano al rigoroso criterio di una filosofia sistematica»³⁹.

Di fronte al fallimento dell'attualismo, nel volume *La vita come ricerca*, il filosofo aretino afferma l'urgenza di una filosofia pensata come problema e non come asserzione apodittica; una filosofia che, senza abbandonare il "mito" della verità, non vesta i panni della metafisica e assuma l'antinomia come suo impronta caratterizzante. «Allo stato attuale delle cose – scrive – dobbiamo riconoscere di non avere la capacità di uscire dal mito e di acconciarci a quello della ricerca come al meno dogmatico di tutti»⁴⁰.

Gentile, nell'esprimere il suo stupore e rincrescimento per il libro 'sbagliato' scritto dall'allievo devoto, rileva al giovane pensatore l'errore intellettuale «di assumere una posizione filosofica dogmatica sostenendo, senza motivarne le ragioni, l'impossibilità di non ricercare la verità e al contempo di trovarla: considera cioè come acquisita la necessità di dare un senso all'esistenza e la percezione della sua inafferrabilità»⁴¹. E dopo aver riletto *La vita come ricerca*, secondo l'invito del suo allievo, esprime nuovamente un giudizio su quest'opera, che verrà pubblicato sul fascicolo seguente del *Giornale critico della filosofia italiana*. «Ho letto e riletto, e sono sempre, mi dispiace doverlo dire, dello stesso parere. Il tuo libro, secondo me, è sbagliato, perché è ispirato bensì sinceramente a uno stato d'animo ...; ma non è sorretto da una fede vigorosa come è quella che anima sempre ogni libro profondamente ispirato»⁴².

La vita come ricerca, per Gentile, è, sì, documento significativo di una situazione di crisi, di smarrimento e di sbandamento, ma non è scritto con quella «volontà virile di vedere chiaro dentro alla crisi e di riaffermare il possesso della realtà, con cui il pensatore, ossia l'uomo, deve reagire alla crisi e pensare»⁴³. Il filosofo siciliano disapprova l'affermazione

³⁹ Ibid., 91.

⁴⁰ Ibid., 93.

⁴¹ Tarquini, "Spirito".

⁴² Gentile, "Al prof. Ugo Spirito," citato in Spirito, *Giovanni Gentile*, 302 (*Appendice. Dall'identità di scienza e filosofia a La vita come ricerca*).

⁴³ Ibid.

iniziale del suo allievo, che, a suo avviso, contiene in germe tutto l'atto di accusa che si appresta a sostenere «contro ogni filosofia che non sia una sconsolata ricerca sfiduciata e stanca»⁴⁴.

Dici subito, come poi tante volte ripeterai: 'Pensare è obbiettare'. Che ti pare cosa evidente e da non potersi mettere in discussione ..., mentre da un pezzo eravamo tutti ben fermi a ritenere che pensare è giudicare: ossia affermare o negare, e quindi non porre ma risolvere problemi, non proporre ma superare obiezioni; non urtare in antinomie, ma superarle⁴⁵.

Ma tale concetto, continua Gentile, «che è l'anima del libro non è, a sua volta, una ricerca ma, stavo per dire, una trovata; non è critica ma dogma: metafisica, mito; filosofia insomma bella e buona, come quella che s'è sempre fatta e a te un bel giorno è venuto in mente che non sia da fare mai più»⁴⁶.

Pensare è certamente obbiettare, è anche obbiettare, ma non soltanto questo. Sembra al maestro che l'allievo debba ad un tratto essersi stancato della fatica che il pensiero costa; e abbia voluto fermarsi e 'farla finita' con l'immanente contraddizione del pensare' in un senso che gli appare tanto paradossale da fargli esclamare: come se ciò «fosse possibile!»⁴⁷. Gentile afferma non senza meraviglia che Spirito possa credere ad una tale eventualità, «che è sempre stata il sospiro dei pigri e degli scoraggiati; ansiosi di conoscere Dio, e insomma, ... di essere Dio, e spacciare una volta per sempre questa sciagurata umanità che cerca e cerca e non pare che trovi mai»⁴⁸. *Eritis sicut Dii*, ricorda Gentile al suo allievo, e ammonisce:

Tu non credi al diavolo e non c'è pericolo che ti lasci tentare anche tu dalla sua mirabolante promessa; eppure quell'ideale che egli fece brillare agli occhi dei poveri nostri progenitori, arride anche a te, e di sottocchi lo guardi, e vagheggi, e sospiri. E te la pigli con la filosofia. Di quella poi che era la tua, o, presso a poco, anche la mia, non ne parliamo!⁴⁹.

⁴⁴ Ibid., 303.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid., 303-304.

⁴⁷ Ibid., 304.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

Il maestro contesta all'allievo un senso della filosofia che «par che diventi persona», rivelando una foga aggressiva contro di essa che si moltiplica per potersi divincolare e sottrarsi al suo 'abbraccio materno'. «Pare che i lacci con cui essa ti avvinse quando il tuo animo giovanile mirava fidente all'avvenire e non aveva gustato l'amarrezza delle delusioni inevitabili della vita, ora si presentano al tuo occhio come un inganno, di cui qualcuno ti debba render conto: qualcuno che promise e non mantenne»⁵⁰. Non solo l'attualismo e lo storicismo, ma tutto il pensiero si rappresenta a Spirito «come quegli che ha promesso e non ha mantenuto. Promesso di riscattare l'uomo dal dogma o dal mito, per essersi accorto dell'antinomia immanente a ogni soluzione, ossia della contraddittorietà di ogni conclusione»⁵¹.

Con una citazione testuale tratta dall'opera dell'allievo, Gentile si sofferma sulla teoria secondo la quale il pensiero moderno nega in blocco tutto il pensiero precedente. «Secoli e secoli di speculazione non servono più a niente e occorre rifarsi da capo, tagliando tutti i ponti col passato»⁵². Questa affermazione, dice Gentile a Spirito, «ha l'aria di una di quelle semplificazioni a cui propende la tua intelligenza lucida, che prima di tutto vuole chiarezza»⁵³. In realtà, «tutta la filosofia posteriore è una catena, in cui non c'è anello che non si saldi col precedente»; ragione per la quale il pensatore più rivoluzionario «avrà pure la faccia di un conservatore che tutto prende e tutto giustifica e concilia. E infine tutto il secolo decimonono, se ha un significato, vuol dire questo: che nessuno taglierà i ponti col passato, perché la rivoluzione vera è pur vera conservazione»⁵⁴. Il più «venerando passato giace nel fondo del cuore di ogni uomo civile, patrimonio sacro e sostanza indelebile della sua spirituale personalità»⁵⁵.

Gentile giunge alle conclusioni invitando il suo allievo ad avere meno furia e ad usare «più cautela, e più rispetto del passato. Oggi si parla troppo di rivoluzione. È moda»⁵⁶. Ma tagliare tutti i ponti con il passato non è davvero possibile. «Non c'è umano linguaggio che non

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid., 305.

⁵² Spirito, *La vita come ricerca*, 31.

⁵³ Gentile, "Al prof. Ugo Spirito," 305.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid., 306.

⁵⁶ Ibid.

s'innesti in un processo storico, lingua di popolo non nato ieri e di scrittori che questo popolo hanno interpretato e rappresentato e gli han dato e gli danno un'anima»⁵⁷. C'è, dunque, un «noi profondo, come il muro di bronzo in cui la rivoluzione trova il suo limite»⁵⁸. Tuttavia tra la rivoluzione e i suoi limiti è più simpatico parlare di quella che di questi. E Spirito si è scelta la parte più simpatica. «Ma che perciò debba congratularmi con te del libro che hai scritto», sono le ultime parole di Gentile al suo allievo,

per la vita come ricerca – come ricerca senza speranza – questo, caro Spirito, mi ripugna. E preferisco cadere anch'io nella folla dei trapasati. ... E tu vorrai allora ricordare che 'pensare è obbiettare'? Quanto a me, vivo o morto, resterò a predicare che, obbiettando o non obbiettando, quel che occorre, il nostro dovere, il gran dovere, è pensare. Pensare, s'intende, con la propria testa⁵⁹.

33.4.2. Comparazione di vicissitudini tra Spirito e Gentile con Heidegger e Husserl

Quest'atteggiamento dissenziente, si può probabilmente accostare alla vicissitudine di due grandi filosofi europei, vale a dire Husserl e Heidegger, sulla quale non è sconveniente una fugace menzione. Quando Heidegger pubblica *Sein und Zeit*, Husserl, a cui il volume è dedicato, mostra un'evidente soddisfazione, nella convinzione che l'opera sia un contributo alla sua filosofia, per la ragione che Heidegger dichiara, in qualche capitolo iniziale, che il suo pensiero si ispira al metodo della fenomenologia husserliana, non è facile dire se con un pizzico di ambiguità o di assoluta autenticità. Le cose non tardano a cambiare allorché Husserl passa dalla lettura fugace allo studio attento di *Sein und Zeit*. Ad Husserl appare evidente che la filosofia esposta da Heidegger capovolga i principi del suo pensiero, con la rottura dell'«Io trascendentale» nel più elementare dei fenomeni: il *Dasein*, termine in uso nella filosofia germanica sin dai tempi di Leibniz.

Spirito, dal canto suo, ritiene di aver dato un'esauriente spiegazione del suo allontanarsi dal maestro e dall'attualismo, che coincide

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid., 306-307.

con una nuova visione filosofica e politica che chiarisce anche la sua presa di distanza dal fascismo. Nel saggio intitolato *Dall'attualismo al problematicismo*, sono elencati i motivi più salienti che determinarono la storia del passaggio dall'uno all'altro modo di filosofare, e chiarite le cause fondamentali «della crisi di pensiero»⁶⁰ che apre questo suo nuovo itinerario. Come, nel 1922, Spirito, seguendo Gentile, aveva annunciato la sua adesione al regime, così, nella seconda metà degli anni '30, trovando elementi censurabili nell'attualismo, si era distaccato dal fascismo. E rimosso dall'incarico di insegnamento nel giugno del 1944 perché accusato di apologia del fascismo, Spirito non manca di presentare ricorso sostenendo di aver aderito al regime solo per una passione politica autentica e disinteressata, per la quale si era illuso di poter condurre a buon fine il progetto di un nuovo Stato che migliorasse le sorti dell'economia e del paese. Se, dunque, da un lato riconosce pienamente la sua scelta politica, dall'altro spiega di non essersi mai sentito né di essere mai stato un fascista completamente allineato, anzi, di aver mosso, fin dagli anni '30, severe critiche nei confronti del regime, tanto da essere accusato, dopo il convegno di Ferrara, di 'eresia' comunistica e di bolscevismo⁶¹. Il filosofo scrive che, in quell'occasione, nonostante il sostegno mostratogli da Mussolini, divenne vittima di una vera e propria persecuzione da parte dei fascisti, poiché molti di loro, dopo il suo intervento, lo ritennero un infido sedizioso, motivo per il quale fu costretto a trasferirsi all'Università di Messina abbandonando la scuola di Studi corporativi di Pisa e ponendo fine alla sua collaborazione con Giuseppe Bottai. Così, negli anni successivi, pur continuando ad affermare senza esitazione il carattere pubblicistico della proprietà, e ribadendo come fosse un controsenso concepirla in senso privatistico, abbandona la tesi 'eretica' sostenuta a Ferrara. Sei mesi dopo l'epurazione verrà dichiarato non colpevole e riammesso in servizio nel maggio del 1945.

33.5. La vita come amore e l'antintellettualismo

Nei trent'anni successivi alla Seconda guerra mondiale, Spirito non cessa di esercitare la sua influenza sulla cultura italiana. Direttore della casa editrice Sansoni, della Fondazione Giovanni Gentile e del *Giornale*

⁶⁰ Spirito, *Scienza e filosofia*, 9.

⁶¹ Idem, *Memorie di un incosciente*, 183. Cfr. Tarquini, "Spirito".

critico della filosofia italiana, nel 1951 diviene ordinario di filosofia teoretica alla Sapienza di Roma, nella cattedra che era stata del suo maestro. Nel 1953 porta a compimento la trilogia iniziata nel 1937 con *La vita come ricerca* e proseguita con *La vita come arte* nel 1941, pubblicando *La vita come amore*.

L'indagine condotta da Spirito in questa opera, mette in luce, nei suoi aspetti più significativi, l'antinomicità del pensiero, ovvero quella che il filosofo reputa sia l'intrinseca contraddittorietà dell'intellettualismo. Essa trova la sua origine nel distacco e nella contrapposizione dei termini del giudizio, nel momento in cui il soggetto si estranea dalla realtà e pretende appunto di giudicarla. In tal modo, il giudizio non può che rivelarsi assurdo proprio perché il giudice si pone su un piano diverso dall'oggetto giudicato e l'eterogeneità dei piani rende impossibile un'effettiva comprensione.

Per superare l'antinomicità occorre eliminare l'estraneità nei confronti dell'oggetto da parte del soggetto⁶², che nel giudizio si isola e si entifica e arbitrariamente pretende assolutizzare la propria particolarità conferendole un carattere universale. Da ciò deriva la presunzione di poter giudicare come *male*, come negativo tutto ciò che contrasta con il suo punto di vista. Quando l'oggetto del giudizio è un altro soggetto, per di più, la distanza e l'incomprensione si aggrava perché diventa reciproca e si esprime nella reciproca condanna. L'oggetto del giudizio diventa il giudizio pronunciato dall'altro, vale a dire un giudizio che vive della particolarità di un altro punto di vista, il quale si è a sua volta isolato ed entificato.

La filosofia occidentale, dalle origini ai tempi moderni, si configura, in questo senso, «come una storia della metafisica dell'io e cioè di un soggetto giudicante, intento a dominare il mondo attraverso la ragione e quindi a separare, analizzare e valutare le diverse espressioni della realtà». Occorrono, invece, *rinuncia alla centralità dell'io e tensione verso l'oggetto in uno sforzo di comprensione che elimini il giudizio*⁶³. E se a questo atteggiamento spirituale, dice Spirito, vogliamo dare un nome, «non possiamo parlare che di *amore*»⁶⁴. Dopo aver introdotto nel discorso la parola amore, occorre delinearne le caratteristiche specifiche: se è vero che questo termine ha diversi significati, è pur vero ch'esso tende sempre ad esprimere un processo di unificazione e di comunione che

⁶² Spirito, *La vita come amore*, 223.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

è appunto caratteristico dell'antintellettualismo. Amore, perciò, in quanto si cerca di eliminare il distacco operatosi tra soggetto e oggetto, e tra oggetto e oggetto; amore in quanto si cerca di superare il limite del finito assolutizzando l'oggetto. Il soggetto cessa di porsi come giudice per sentirsi un non essere di fronte all'essere, sì che ha bisogno di amare ciò che gli manca e cioè propriamente l'essere⁶⁵.

Lo spostamento del centro dall'io all'altro diventa così radicale, dice Spirito, da togliere all'amore ogni residuo utilitaristico che si traduce in sforzo di comprensione, mentre il giudizio di valore si trasforma in giudizio di fatto. La realtà si trasfigura in un atto di amore, colorandosi della luce della verità e della bellezza che consente di guardarla con un elevato senso religioso dell'animo e una profonda convinzione nella mente⁶⁶, superando l'antinomia di cui è rimasta vittima anche la religione *istituzionale* che contraddistingue la nostra cultura occidentale: il cristianesimo. Secondo il filosofo, infatti, anche il cristianesimo, «che pure aveva rappresentato il tentativo di superare la civiltà giudaico-ellenistica, e quindi di battere l'intellettualismo di queste culture»⁶⁷, ha fallito il proprio obiettivo contrapponendo i salvati ai dannati, il bene al male, e dunque esprimendo un giudizio di valore in nome di un principio assoluto. Ciò «significa perdonare chi sbaglia senza riuscire ad amarlo veramente; significa restare prigionieri della più radicale separazione fra l'io e il mondo»⁶⁸.

L'amore, dice Ugo Spirito, deve divenire invece una tensione totale della mente e del cuore nei confronti della realtà intera che non fa più spazio all'odio; un'attitudine che permette di giungere appunto ad uno stato di 'dolce serenità' che permette di inglobare e comprendere, in uno sguardo più ampio, anche ciò che apparentemente la realtà ci mostra come male, sventura, morte. Per il filosofo, tuttavia, «l'amore è soltanto una via, che si segue con la speranza ch'essa sia giusta e che valga a vincere davvero l'intellettualismo, in cui è avvolto il nostro pensiero»⁶⁹. L'amore cioè è tensione, ma non ancora raggiungimento. La via della ricerca, si è tradotta in amore, è fede e speranza, ma la ricerca non si è esaurita.

⁶⁵ Ibid., 233.

⁶⁶ Ibid., 234.

⁶⁷ Tarquini, "Spirito".

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Spirito, *La vita come amore*, 239.

33.6. L'abito autentico del filosofo

Nel 1971, nella *Storia della mia ricerca*, Spirito conclude il suo cammino intellettuale compiendo un'accurata e anticipatrice analisi della società contemporanea, che, a suo dire, mostra, per un verso, la certezza di 'autopossedersi' tramite la capacità inventiva e i progressi della scienza, per un altro, viceversa, una progressiva sfiducia dell'uomo nei confronti della sua stessa forza innovatrice.

L'informazione «si spezza in una molteplicità di informazioni che la mente stenta sempre di più a mettere insieme in un ordine che mantenga un valore di intelligibilità. D'altra parte la molteplicità delle fonti di informazione rende sempre più passiva la capacità di assimilazione e non consente più lo sforzo necessario per mettere ordine e stabilire un criterio di effettiva utilizzazione»⁷⁰. L'uomo comincia a diffidare della propria capacità di capire e di indirizzarsi sentendosi sempre meno all'altezza del grave compito di vivere e sempre meno padrone di sé, delle proprie idee e delle proprie azioni. Lo spettacolo della realtà che si scompone in miriadi di frammenti non può che suscitare stupefatta attesa e domande senza risposta⁷¹.

I tentativi di attribuzione di senso a cui si è giunti nel corso della storia del pensiero, infatti, non possono ritenersi conclusivi e il destino dell'uomo che lavora e lotta, deve ricominciare sempre *daccapo*, alla ricerca del senso della sua esistenza. L'indagine non può arrestarsi e occorre distruggere gli *idola* che rendono schiava la mente poiché all'interno di ogni soluzione rinasce sempre e ancora il dubbio, l'antinomia risorge davanti al 'cielo stellato' e al 'mistero dell'universo', e «ogni problema si riapre nella totalità dei suoi termini con un altro perentorio *daccapo*»⁷². L'unica via da seguire può essere solo quella che vede l'uomo impegnato in una continua *ricerca*. Il cammino della storia, difatti, scrive Spirito, dimostra in modo inconfutabile che non esiste il *possesso* della verità, benché l'uomo aspiri a possederla. «La nostra ricerca si moltiplica in infinite direzioni, verso una sintesi che ci sfugge, anche se è sempre presente in noi come la ragione d'essere del nostro esistere»⁷³.

⁷⁰ Idem, *Storia della mia ricerca*, 200. L'argomento è stato da me trattato nella monografia *La pena tra espiare e redimere*, 300-302.

⁷¹ Spirito, *Storia della mia ricerca*, 202.

⁷² Idem, *La vita come ricerca*, 29-31 e ss. Tale argomento è stato da me trattato nella monografia *La pena tra espiare e redimere*, 247-249.

⁷³ Idem, *Storia della mia ricerca*, 214. Cfr. anche Idem, *Memorie di un incosciente*.

L'unica speranza consiste nel puntare gli sforzi su una possibile 'maturatione dell'unità sociale' creando «le condizioni indispensabili a quel più grande colloquio che non si riesce ancora a realizzare»⁷⁴. Si tratta di un'opera politica, giuridica e culturale, che possono assolvere soltanto il diritto e la filosofia come incessante ricerca, unica forza vitale che possa muoversi efficacemente nella crisi radicale del mondo contemporaneo.

Si può riportare, in conclusione, un giudizio che Giuseppe Semerari espresse alcuni anni fa sulla figura del filosofo di Arezzo. I rovesciamenti avvenuti nello scenario italiano, tra le due guerre e nel dopoguerra, hanno sempre visto Spirito assolvere, come se nulla mai potesse turbarlo, «alla stessa funzione di critico dell'*establishment* politico e culturale». Da questo punto di vista, egli è stato, per molti motivi, «la *pietra dello scandalo* della filosofia italiana». Nella sua professione filosofica, avrà suscitato il consenso di molti, e di molti altri il dissenso. Nessuno, però, potrà non ammirare il suo «appassionamento disinteressato, che Spinoza esaltò come l'abito autentico del filosofo, quando scrisse che il filosofo non deve né ridere né piangere e neppure rallegrarsi, bensì soltanto comprendere».

Riferimenti bibliografici

- AA.VV. *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi*. Roma: Tip. del Senato, 1932.
- ABBAGNANO, NICOLA. *Storia della filosofia*. Torino: Utet, 2006;
- . *Le sorgenti irrazionali del pensiero*, a cura di Anna Donise, Teramo: Marte, 2008.
- CANTIMORI, DELIO. "Recensione a Spirito, *La vita come ricerca*, Firenze, 1937." *Giornale critico della filosofia italiana*, fasc. V, (1937).
- CAPOZZI, GINO. *Giovanni Gentile il filosofo oltre l'uomo*. Napoli: Terzomillennio, 2000.
- CARCATERRA, GAETANO, FRANCESCO DE SANCTIS e BRUNO ROMANO. *Filosofia del diritto*. Roma: Bulzoni, 1993.
- CIARDO, MANLIO. *Un fallito tentativo di riforma dell'hegelismo. L'idealismo attuale*. Bari: Laterza, 1948.
- DEL LUNGO, SILVANO. "L'orientamento Individuale. Una risorsa chiave per aprire all'innovazione." *Quaderni Ceril* (2009).
- . *Un cammino attraverso la formazione*.
<http://www.studiostaff.it/Pubb/cammino.pdf>.

⁷⁴ Idem, "Individualità e collettività," 561.

- GENTILE, GIOVANNI. "Al prof. Ugo Spirito," *Giornale Critico della filosofia italiana*, fasc. III, (1938).
- . "Nota della Direzione." *Giornale critico della filosofia italiana*", fasc. V (1937).
- SIDERI, RODOLFO. *La visione 'corporativa' di Ugo Spirito*. <http://www.storiaverita.org/?p=80>
- SPIRITO, UGO. "Individualità e collettività." In *Actas del primer congreso nacional de filosofia, Mendoza Argentina, mar.-apr. 1949*, tomo I. Buenos Aires: Universidad Nacional de Cuyo, 1950.
- . *Cattolicesimo e Comunismo*. Roma: Armando, 1975.
- . *Critica della democrazia*. Firenze: Sansoni, 1963.
- . *Dal mito alla scienza*. Firenze: Sansoni, 1966.
- . *Dall'attualismo al problematicismo*. Firenze: Sansoni, 1976.
- . *Il Problematicismo*. Firenze: Sansoni, 1948.
- . *La vita come arte*. Firenze: Sansoni, 1941.
- . *La vita come ricerca*, Firenze: Sansoni, 1937.
- . *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai nostri giorni*. Torino Editori Bocca, 1932. Edizione originale Roma: De Alberti, 1925.
- . "Individualità e collettività." In *Actas del primer congreso nacional de filosofia, Mendoza Argentina, mar/apr. 1949*, Universidad Nacional de Cuyo, Buenos Aires, tomo I, 1950.
- . *L'idealismo italiano e i suoi critici*. Firenze: Le Monnier, 1930.
- . *Storia della mia ricerca*, Firenze: Sansoni, 1971.
- . *Memorie di un incosciente*, Milano: Rusconi, 1977
- . "Il progetto del nuovo Codice penale," *Nuovi Studi di diritto, economia e politica* I, fasc. VI (1928).
- . "Lettera a Giovanni Gentile." *Giornale critico della filosofia italiana*, fasc. II (1938).
- . "Lettera aperta al Senatore Croce [1950]." In Spirito, Ugo. *Giovanni Gentile*. Firenze: Sansoni, 1969.
- . *Il nuovo diritto penale*. Venezia: La Nuova Italia Editrice, 1929.
- . *La critica dell'economia liberale*. Milano: F.lli Treves, 1930.
- . *La filosofia del comunismo*. Firenze: Sansoni, 1948.
- . *La vita come amore. Il tramonto della civiltà cristiana*. 2 ed. Firenze: Sansoni, 1970. Edizione originale del 1953.
- . "Discussione di amici. Il giudizio e la sanzione. A Guzzo, con la sua risposta." *Filosofia* 4, N.S., XXVI (1975).
- . *Programma*," *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, a. I, fasc. 1 (1927).
- . *I fondamenti dell'economia corporativa*, Milano-Roma: Treves-Treccani-Tumminelli, 1932.
- . *Il comunismo*. Firenze: Sansoni, 1965.
- . *Scienza e filosofia*. Firenze: Sansoni, 1933.

TARQUINI, ALESSANDRA. "Spirito, Ugo."

[http://www.treccani.it/enciclopedia/ugo-spirito_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Filosofia\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/ugo-spirito_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Filosofia)/).

ZAVATTA, LAURA. *La pena tra espiare e redimere nella filosofia giuridica di Ugo Spirito*. Napoli: ESI, 2005.

L'ARCHIVIO 'GIORGIO DEL VECCHIO'

34. L'Archivio 'Giorgio Del Vecchio'

*Laura Cappelli**

L'Archivio 'Giorgio Del Vecchio' racchiude tutti gli scambi epistolari che il Professore intrattenne tra il 1900 e la seconda metà degli anni sessanta con i maggiori giuristi e filosofi del diritto italiani e stranieri e con le principali personalità italiane del mondo culturale, politico, religioso, istituzionale dell'epoca.

Tra gli studiosi e le personalità con cui Del Vecchio intrattenne una corrispondenza si possono citare tra gli altri: Max Ascoli, Felice Battaglia, Emilio Betti, Norberto Bobbio, Piero Calamandrei, Angelo E. Cammarata, Giuseppe Capograssi, Widar Cesarini Sforza, Francesco B. Cicala, Sergio Cotta, Benedetto Croce, Guido Fassò, Francesco Filomusi Guelfi, Giovanni Gentile, Hermann Kantorowicz, Arthur Kaufmann, Hans Kelsen, John M. Keynes, Bruno Leoni, Alessandro Levi, Filippo T. Marinetti, Giovan Battista Montini, Aldo Moro, Costantino Mortati, Eugenio Pacelli, Sergio Panunzio, Giacomo Perticone, Roscoe Pound, Gustav Radbruch, Adolfo Ravà, Carl Schmitt, Gioele Solari, Rudolf Stammler, Renato Treves, Trilussa, Filippo e Giuliano Vassalli.

L'Archivio contiene diverse migliaia di lettere scambiate con più di 12.000 corrispondenti, la prima, scritta dall'amico Adolfo Ravà, risale al 1900, quando i due futuri filosofi del diritto erano ancora studenti in procinto di laurearsi¹, le più recenti risalgono agli ultimi anni di vita di Giorgio Del Vecchio, morto nel 1970.

Parte integrante dell'Archivio è l'archivio fotografico, contenente circa 300 foto tra cui di particolare rilievo: foto relative alla vita

* Biblioteca 'Giorgio Del Vecchio' del Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici, 'Sapienza' Università di Roma

¹ Il ricco carteggio di cui la lettera fa parte va dal 1900 al 1957.

accademica nel periodo in cui Del Vecchio è stato Rettore della 'Sapienza' (1925-1927) nella sede di S. Ivo in Corso Rinascimento e Preside della Facoltà di Giurisprudenza (1930-1938); immagini fotografiche dell'inaugurazione della Città Universitaria nel 1935; ritratti fotografici di illustri giuristi e filosofi del diritto italiani (Perticone, Battaglia, E. Ferri, F. Vassalli, Scialoja ed altri) e stranieri (Kelsen, Radbruch, Stammler e molti altri), di uomini politici ed intellettuali dell'epoca. Fotografie che lo stesso Del Vecchio richiedeva nelle sue lettere; fotografie relative a Congressi italiani ed internazionali.

Insieme all'Archivio sono giunti all'Istituto di Filosofia del diritto anche alcuni quaderni con appunti e riflessioni personali di Del Vecchio, per lo più degli anni giovanili, particolarmente interessanti sono alcuni resoconti dettagliati dei suoi incontri con Gabriele d'Annunzio, vere e proprie cronache scritte per se stesso, divertenti e insoliti sono i testi di alcune sciarade e indovinelli da lui composti. Questo materiale, insieme ad alcune lettere della madre, scritte nel 1916 e altre, indirizzate alla moglie non fa parte dell'Archivio vero e proprio, probabilmente perché ritenuto da Del Vecchio troppo personale.

Del Vecchio teneva molto al suo Archivio, evidentemente destinato ai posteri, tanto che aveva un segretario che lo aggiornava in continuazione. L'Archivio era, infatti, perfettamente ordinato in cartelle catalogate sotto il nome del destinatario della corrispondenza, conservate in ordine alfabetico e divise per periodi. Le lingue usate per gli scambi epistolari sono oltre all'italiano l'inglese, il tedesco, il francese e lo spagnolo. Spesso le lettere spedite a Del Vecchio sono nella lingua del suo interlocutore, mentre le risposte sono in italiano, ovviamente quando l'interlocutore conosceva la nostra lingua.

Le lettere conservate nell'Archivio sono di varia natura e possono soddisfare interessi diversi, per comodità si possono identificare alcuni filoni:

1. Lettere di tipo accademico e scientifico: i carteggi, sono costituiti per la maggior parte dalla fitta corrispondenza che Del Vecchio scambiava in qualità di docente e studioso con i suoi colleghi, i suoi allievi e con altri studiosi, dimostrano la vastissima rete di contatti e relazioni che egli intratteneva con il mondo accademico ed intellettuale internazionale dell'epoca. Colpisce la sua disponibilità e attenzione, spesso affettuosa, verso gli studenti. Molto interessanti sono gli scambi epistolari intercorsi tra Del Vecchio

come Direttore (1921-1938) dell'*Archivio Giuridico* e della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, da lui fondata nel 1921, con i collaboratori delle due prestigiose testate. L'*Archivio Giuridico*, una delle più antiche riviste giuridiche italiane, nata nel 1868, aveva interrotto le pubblicazioni dal 1911, nel 1920 Del Vecchio ebbe l'incarico da parte della "Società Tipografica Modenese" di organizzare "la resurrezione" del periodico, iniziando dalla creazione di un nuovo Consiglio direttivo. L'opera di riorganizzazione della rivista si può rintracciare attraverso varie lettere come quelle scambiate con Lando Landucci a partire dall'8 febbraio 1920. Per quanto riguarda la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, molto interessante risulta la lunga e particolareggiata recensione scritta da Alessandro Levi ed inviata in copia a Del Vecchio con lettera dell'8 ottobre 1925² in cui si mette in risalto il carattere aperto e veramente internazionale del periodico: «un campo aperto a tutti i metodi d'indagine e a tutti gli studiosi della nostra disciplina, purché animati da serietà di propositi».

Dai carteggi emerge l'interesse e l'opera costante di Del Vecchio per favorire la diffusione degli studi e dell'insegnamento della Filosofia del Diritto nelle Università non solo italiane, ma di tutto il mondo, come ad esempio mostrano le lettere scambiate tra il 1938 e il 1940 con il prof. Randon, in cui Del Vecchio si interessa dell'insegnamento della Filosofia del diritto nell'isola di Malta, o quelle scambiate con Francisco Rivera Pastor in cui si discute degli sviluppi della disciplina in Spagna³.

I numerosi scambi epistolari con i colleghi forniscono anche un quadro della vita universitaria e delle varie vicende accademiche del periodo.

Un tema ricorrente è quello delle traduzioni delle sue opere, che Del Vecchio seguiva puntigliosamente, sollecitando in continuazione il traduttore di turno.

2. Lettere di interesse storico: l'Archivio è sicuramente anche un'interessante fonte storica, un quadro della vita di un intellettuale, che nel bene e nel male fu protagonista degli eventi della sua epoca.

² La lettera fa parte di un vasto carteggio che va dal 1912 al 1950.

³ Il carteggio va dal 1914 al 1932.

Le lettere del periodo della I Guerra mondiale esprimono tutto il suo fervore patriottico. Del Vecchio si arruolò come volontario, fu nominato sottotenente di artiglieria, non volle passare nel corpo della Giustizia militare, dove come docente universitario avrebbe avuto il grado di Tenente Colonnello, per rimanere al fronte, fu poi promosso Tenente e poi Capitano e, nel 1938, Maggiore per "meriti eccezionali", fu decorato con medaglia di bronzo al valor militare e con due Croci di guerra⁴. Da diverse lettere del periodo emerge che una delle sue principali attività era quella di occuparsi della distribuzione dei pacchi ai soldati al fronte, come Vicedirettore dell'Ufficio doni.

Vi si trovano testimonianze del periodo del fascismo, vissuto con entusiasmo come fascista "antemarcia", come primo docente dell'Università di Roma iscritto al Partito fascista e come "primo Rettore fascista" dell'Università di Roma⁵.

Interessanti sono anche i carteggi scritti con docenti spagnoli durante la guerra civile. Del Vecchio era franchista convinto, ma intrattenne scambi epistolari anche con docenti ed intellettuali repubblicani, e aiuterà qualcuno ad espatriare, fornendogli lettere di presentazione e referenze. Colpiscono, ad esempio, alcune lettere di carattere più personale, scambiate con Luis Recasens Siches, che fanno parte di un carteggio molto vasto⁶ incentrato principalmente sull'attività accademica e scientifica dei due, Recasens, rimasto bloccato a Madrid, allo scoppio della guerra, non avendo più notizie della fidanzata rimasta ad Oviedo, chiede a Del Vecchio di poter spedire a lui in Italia lettere indirizzate alla fidanzata, perché in Spagna era impossibile farle arrivare a destinazione, mentre era possibile dall'Italia. Del Vecchio acconsente a fare da tramite, rispedendo a sua volta le lettere.

Nell'Archivio si possono trovare riferimenti alle persecuzioni razziali in Germania, di cui Del Vecchio era a conoscenza come si può vedere da varie lettere e dall'aiuto dato ad alcune persone per espatriare. Tra le lettere quella di Hans Fried, nipote di Kelsen e traduttore di un opuscolo di Del Vecchio su suggerimento dello zio, costretto

⁴ Orecchia, Rinaldo. *Bibliografia di Giorgio Del Vecchio con cenni biografici*. Bologna: Cappelli, 1949, 15.

⁵ Frosini, Vittorio. "Del Vecchio Giorgio." In *Dizionario Biografico degli Italiani*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990.

⁶ Il carteggio, composto da numerose lettere, va dal 1925 al 1960.

a lasciare Vienna, dove non poteva più esercitare la professione di avvocato, che gli chiede qualche lettera di presentazione per trasferirsi negli Stati Uniti. Poi nel 1938 le leggi razziali in Italia, o come le chiama Del Vecchio razziste, che lo colpiscono direttamente e mutano profondamente la sua vita. Non sono molte le lettere di solidarietà ricevute da Del Vecchio, tra queste spicca quella di Giorgio La Pira che scrive: «In questo momento così doloroso per Lei permetta che io le porga i sensi della mia amicizia riverente e cordiale. Faccio questo come uomo e come cristiano, oltre che come studioso: noi Le siamo grati per l'apporto di luce che ella ha dato alla dottrina vera della giustizia»⁷. Anche il professore maltese Randon in una lettera del 19 ottobre 1938 esprime la sua solidarietà ed incredulità: «Illustre collega, ma come? ... anche Lei ... pardon! ... anche Voi dovete lasciare l'insegnamento per non far scadere la razza italiana? ... E la scienza? ... Quanti maestri del vostro calibro può contare l'Italia? ... Io non ci posso credere a tanta fanatica insipienza».

La vita di Del Vecchio e le vicende del periodo della guerra e del dopoguerra sono testimoniate da varie lettere. Le sue vicende biografiche sono riassunte da lui stesso in una lettera del 14 gennaio 1946, indirizzata a Luis Recasens Siches in cui scrive:

Io ho sofferto gravi traversie. Quando Roma fu occupata dai tedeschi, dovetti fuggire da casa, e stare nascosto per nove mesi. Ho avuto l'immenso dolore di perdere, in quel periodo, la mia adorata madre, che, in età molto avanzata, aveva dovuto essa pure fuggire da casa. Impossibile dirle il mio strazio. Dopo che per sei anni ero stato privato della cattedra per l'infame persecuzione nazifascista, nel 1944, liberata Roma, ho ripreso l'insegnamento, accolto entusiasticamente dagli studenti. Attualmente, però, sono stato collocato a riposo, per un provvedimento fazioso, contro il quale hanno protestato tutti coloro che sanno come io ho sempre difeso la libertà e lottato per essa, anche sotto l'impero del fascismo, che invano io ho tentato di preservare dalla fatale china degli errori sempre più gravi e delittuosi. La mia attività scientifica si è però sempre svolta e continua a svolgersi ininterrotta.

Si possono poi trovare anche lettere piuttosto curiose come quelle scritte nel 1939 da un presunto erede legittimo al trono di Persia Salar ed Doulat Kadjar, che si trovava in Svizzera sotto il falso nome di Mahomed Nasser e che voleva entrare in contatto con Mussolini.

⁷ Il carteggio, composto da 13 lettere va dal 1938 al 1955.

Del Vecchio chiede consiglio su come comportarsi ad Amedeo Giannini al Ministero degli esteri. O ancora una lettera indirizzata a Mussolini da parte di un francese, ma giunta a Del Vecchio tramite un amico spagnolo, che gli chiedeva di farla pervenire al Duce, lettera prudentemente mai aperta da Del Vecchio.

3. Lettere inerenti ai vari interessi di Del Vecchio: l'Archivio mette in luce anche altri innumerevoli interessi da lui coltivati come l'amore per la poesia e la sua attività letteraria, a cui teneva moltissimo, pubblicò, infatti, varie poesie, la raccolta di sonetti "Haec est Italia" e successivamente la raccolta "Allora dissi". Del Vecchio ricorda con orgoglio in alcune lettere che d'Annunzio aveva definito i suoi sonetti «belli e magnanimi», scrisse anche alcuni versi in dialetto bolognese e una raccolta "Sonetti emiliani". Del Vecchio si interessa tra le altre cose anche della traduzione in Croato delle poesie di Trilussa, con cui aveva un rapporto molto amichevole, come appare dalle lettere scambiate con il traduttore Miodrag Ristic.

Dalle lettere emerge anche il suo acceso nazionalismo e la sua difesa dell'italianità del Trentino e dell'Alto Adige, il suo interesse per tutti gli aspetti legati alla cultura e alla lingua italiana presenti in Canton Ticino, in Corsica, in Istria o in Dalmazia. I carteggi testimoniano anche il suo interesse per la storia locale, soprattutto di quella della sua città natale Bologna e il suo impegno appassionato in difesa di alcune antiche torri della città, che dovevano essere distrutte, battaglia civile portata avanti con l'appoggio di Gabriele d'Annunzio. Le torri furono abbattute nel 1918.

Il suo interesse per le tradizioni locali e popolari è testimoniato anche dalla sua partecipazione e dagli scambi epistolari con associazioni come "La Fameja Boulegnesa".

Nei carteggi si trova anche traccia dell'attività di avvocato e consulente legale che Del Vecchio esercitò, soprattutto dopo che, a causa delle leggi razziali, aveva dovuto lasciare l'insegnamento e nei limiti imposti dalle leggi stesse. Infine esistono anche lettere di carattere più privato come gli scambi epistolari con gli amministratori del suo patrimonio o con parenti ed amici. Una altra curiosità è costituita dalle lettere inviate a vari quotidiani romani in cui Del Vecchio segnalava i problemi del quartiere dove viveva, lettere sullo stesso argomento, spesso inviate da lui con firme diverse, per dare più forza alle sue segnalazioni.

Donazione Del Vecchio

L'Archivio fa parte della generosa donazione che Del Vecchio fece all'Istituto di Filosofia del Diritto dell'Università di Roma 'La Sapienza' comprendente la sua ricchissima biblioteca ed il suo Archivio.

Donazione Fondo Del Vecchio

Del Vecchio propose di donare la propria biblioteca, composta da circa 40.000 pezzi tra monografie, periodici ed opuscoli, all'Istituto di Filosofia del diritto con una lettera del 6 settembre 1957⁸. Il 6 marzo 1962, quando i volumi erano già stati collocati nei locali dell'istituto di Filosofia del diritto, fu stipulato l'atto di donazione alla presenza del Direttore Amministrativo dell'Università 'La Sapienza' Francesco Ruggeri, in veste di Ufficiale rogante, del Rettore Giuseppe Ugo Papi, di Giorgio Del Vecchio e dei professori Alfredo De Gregorio e Rinaldo Orecchia, in qualità di testimoni. Il valore della Biblioteca fu stimato in 80 milioni di lire. Nell'atto veniva stabilito che la Biblioteca avrebbe dovuto mantenere la sua unità organica, col nome di Biblioteca "Giorgio Del Vecchio" e che, pur entrando a far parte del patrimonio librario dell'Istituto di Filosofia del Diritto, avrebbe dovuto essere conservata separatamente dal resto del patrimonio e della Biblioteca, in modo che ne risultasse l'importanza e le caratteristiche scientifiche. L'Istituto si impegnava alla creazione di un catalogo per autori e ad uno per soggetto.

Il Fondo Del Vecchio costituisce una raccolta libraria di grande valore, un panorama ampio della filosofia, in particolare della filosofia giuridica e politica dalle origini agli anni '50. Vi si trovano edizioni antiche di grande interesse (2 incunaboli, più di un centinaio di cinquecentine, circa 180 edizioni del seicento e circa 400 edizioni del settecento) ed una sezione di letteratura e storia.

I volumi della Biblioteca, spesso con dediche degli autori, rispecchiano i vasti interessi di Del Vecchio e la ricchezza dei suoi rapporti internazionali con accademici ed intellettuali. Numerose sono le opere

⁸ La donazione fu accettata dal Consiglio di Facoltà di Giurisprudenza il 24 ottobre 1957, successivamente il Consiglio di Amministrazione de 'La Sapienza' deliberò di accettare la donazione nella seduta del 6 febbraio 1962 ed il Senato Accademico in quella del 23 febbraio 1962.

in lingua tedesca, francese, inglese e spagnola, ma anche in russo, polacco, ungherese, bulgaro, serbo, croato, lituano, turco e giapponese.

Di particolare interesse risulta la raccolta di periodici, che offre un ampio panorama delle riviste del mondo universitario e culturale internazionale del periodo fascista. La raccolta contiene anche pubblicazioni varie, legate ai molteplici interessi di Del Vecchio, come *Archivio per l'Alto Adige*, *Archivio storico della Corsica*, *Archivio storico della Dalmazia*, *Archivio storico della Svizzera italiana*, *Malta letteraria* ed altre che rispecchiano la sua passione per "l'italianità", evidente in molti suoi carteggi. Interessante risulterebbe un'analisi più approfondita tra i rapporti epistolari raccolti nell'Archivio e le opere contenute nel "Fondo Del Vecchio".

Donazione dell'Archivio

L'Archivio fu donato in modo molto meno formale, come si evince dalle lettere firmate dall'allora Direttore dell'Istituto, Sergio Cotta ed indirizzate al Rettore. Il trasporto dell'Archivio nei locali dell'Università avvenne nel luglio del 1970. Del Vecchio contribuì alle spese di imballaggio e di trasporto con la somma di £. 60.000.

L'Archivio era contenuto in 12 casse di legno e 4 scatoloni di cartone, che, vista la mancanza di spazio nei locali dell'Istituto, furono sistemate nell'aula 2 bis della Facoltà di Giurisprudenza, dove rimasero per venti anni, fino al giugno del 1990, quando, a causa di lavori da fare nell'aula, furono trasferiti nel magazzino libri nel seminterrato della Facoltà.

Nel maggio del 1995, nell'ultimo periodo della Direzione di Sergio Cotta ed anche grazie all'interessamento dell'allora Direttore della Biblioteca "Giorgio Del Vecchio", Maurizio Basciu, iniziarono i lavori di riordino dell'Archivio, che proseguirono con il nuovo Direttore dell'Istituto, Bruno Romano. Sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* del 1996, Gianfranco Lami pubblicò un breve nota⁹, intitolata: "Si apre l'Archivio Del Vecchio", sui lavori di sistemazione dei carteggi e sulla sua parziale apertura alla consultazione in cui metteva in rilievo le difficoltà incontrate:

L'impegno di chi lavora all'opera di sistemazione è stato ostacolato da difficoltà di specie diverse: prima fra tutte, l'eliminazione delle cause (anche naturali) di deterioramento dei fogli e delle scritture.

⁹ *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, LXXIII, fasc. 1 (1996): 177-179.

In secondo luogo, si è trattato di dare un senso unitario alla raccolta, che in principio risultava un semplice assemblaggio di tre diversi archivi, evidentemente formati in successione di tempo e riguardanti – con una certa approssimazione – gli anni dall'inizio del secolo all'avvento del fascismo, gli anni che arrivano fino alla seconda guerra mondiale e quelli che giungono, più o meno, alla metà del '60.

In questa prima fase di riordino molto parziale, una parte dei carteggi fu sistemata in faldoni suddivisi per lettera. Dopo qualche anno, però, il lavoro fu interrotto e l'Archivio rimase nello scantinato.

Nel 2004, l'Archivio fu portato nell'Istituto di Filosofia del diritto e sistemato in uno stanzino. L'opera di riordino e sistemazione è proseguita in modo saltuario e non organico, soprattutto con lo scopo di eliminare le vecchie cartelline arrugginite, che rischiavano di rovinare irrimediabilmente il materiale epistolare.

Tra il 2011 e il 2013 il riordino e la catalogazione dell'Archivio sono stati completati nell'ambito del Progetto di ricerca dal titolo: "La cultura filosofico-giuridica e penalistica internazionale della prima metà del novecento attraverso l'Archivio Giorgio Del Vecchio", responsabile Prof. Bruno Romano.

Purtroppo, riordinando l'Archivio, ci si è resi conto che qualche cosa deve essere andato perduto, prima di tutto lo scambio epistolare con Gabriele d'Annunzio, che doveva essere piuttosto consistente come si deduce dagli accenni che Del Vecchio fa in altri carteggi, restano solo poche lettere ed alcune riproduzioni di fotografie con dedica e pochi altri documenti. Anche alcuni richiami a corrispondenza precedente non hanno portato a rintracciare il materiale indicato.

Risulta evidente che la catalogazione del materiale in un primo momento non ha rispettato criteri archivistici, ma ha mirato a rendere disponibile i documenti per gli studiosi interessati. Una catalogazione più accurata è in corso, anche grazie all'accordo stipulato con l'Archivio storico del Senato della Repubblica, nel 2013, infatti, visto l'interesse dell'Archivio Del Vecchio, è stato proposto alla Biblioteca Interdipartimentale di Scienze Giuridiche di aderire al progetto culturale, curato dall'Archivio del Senato, denominato Archivi on-line, che mira alla valorizzazione delle fonti archivistiche di interesse storico politico, attraverso la disponibilità in rete di documenti digitalizzati. Il lavoro di catalogazione e digitalizzazione è ancora in corso. Finalmente, dopo tanti anni e traversie l'Archivio sarà disponibile per tutti gli studiosi.

35. L'Archivio 'Giorgio Del Vecchio' e il progetto archivi *on line*

Giuseppe Filippetta*

Archivi *on line* è un progetto dell'Archivio storico del Senato che nasce nel 2003 con l'obiettivo di realizzare un'integrazione delle fonti per la storia politica e istituzionale, mettendo a disposizione degli studiosi e dei cittadini sia documenti in formato digitale, accessibili in rete, sia percorsi di ricerca trasversali su fondi archivistici diversi attraverso un unico motore di ricerca. Oggi Archivi *on line* consente di accedere via internet a più di 2.500.000 file digitali ed è una rete di trenta tra Archivi, Fondazioni e Università.

Ogni archivio, ogni costituzione di un archivio, è per certi versi una separazione. Albert Dichy ricorda che il giorno in cui Jacques Derrida acconsentì a donare all'Institut mémoires de l'édition contemporaine (IMEC) la sua corrispondenza non smetteva di girare intorno alla sua automobile ripetendo: "Ma vi rendete conto, è la mia vita che prendete!".

L'archivio è una separazione, ma è una separazione che può unire, può continuare a unire vite e opere. Questo vale in particolare per gli archivi digitalizzati ospitati in Archivi *on line*, che sono in rete, ma che fanno anche rete, nel senso di costituire una rete di rimandi e di collegamenti che riporta in vita le vite e le relazioni di coloro che scrissero le carte archiviate.

Archivi *on line* è una porta che si apre su altre porte, che si aprono su itinerari di vita e di cultura. Questo aprire porte e collegare itinerari di vita e di cultura – ovviamente non nel senso ingenuo di un passato da ricreare, ma in quello di un passato da problematizzare – è il significato profondo della collaborazione sull'Archivio Giorgio Del Vecchio tra l'Archivio storico del Senato e l'Università La Sapienza.

* Archivio storico del Senato della Repubblica.

Collaborazione che nasce in collegamento, proprio come una rete che si allarga, con l'iniziativa avviata nel 2013 dall'Archivio storico del Senato con la Boston University in ordine al Fondo Max Ascoli.

Il progetto inizialmente avviato con la Boston University, difatti, si è rapidamente ampliato e dal solo Fondo Ascoli si è esteso, coinvolgendo l'Archivio centrale dello Stato, alla ricostruzione dei rapporti epistolari tra Ascoli e i maggiori intellettuali italiani, al fine di offrire un panorama più ampio e approfondito possibile dei rapporti tra la cultura politica italiana e quella statunitense.

Allo scopo di indagare questo panorama, tra l'altro, l'Archivio storico del Senato ha organizzato, per le giornate del 21 e 22 novembre 2014, un convegno internazionale di studi intitolato "Stati Uniti e culture politiche italiane nel 900. Max Ascoli: un caso paradigmatico".

È nota l'importanza che ha avuto Del Vecchio nella prima fase della vita di Ascoli, come testimoniano i 57 documenti presenti nell'Archivio Del Vecchio.

Max Ascoli si laurea a Ferrara nel 1920 con Alessandro Levi (con una tesi sulla filosofia del diritto in Croce, che ammira profondamente), si trasferisce poi a Roma per studiare con Gentile, ma arrivato a Roma si rende conto del solco ormai esistente tra Croce e Gentile, diventa un fervente antigentiliano e prende a seguire le lezioni di Del Vecchio.

Del Vecchio è uno dei più fermi sostenitori del tentativo di Ascoli di insegnare nelle università italiane, ne condiziona anche le scelte di ricerca, lo segue attentamente nelle vicende concorsuali e lo fa scrivere sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*.

Nel 1929, anche grazie al sostegno accademico di Del Vecchio, Ascoli diviene libero docente. Nel 1930 il concorso per la cattedra di filosofia del diritto a Catania vede lo scontro tra Del Vecchio e Gentile sul nome di Ascoli, che con la monografia "La Giustizia" si è ormai collocato sulle posizioni filosofiche di Del Vecchio. Ascoli non entra nella terna vincitrice (Volpicelli, Cesarini Sforza, Condorelli) e questo insuccesso, insieme a seri problemi economici, lo spinge nel 1931 a andare negli USA con una borsa della Rockefeller Foundation.

Qui siamo al punto dal quale sono partito: Ascoli negli Stati Uniti; ma anche Del Vecchio negli Stati Uniti, perché Ascoli negli USA si lega fortemente a Pound, che è intimo amico di Del Vecchio e collaboratore della *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*.

Il rapporto tra Ascoli e Del Vecchio è un esempio di come Archivi *on line* possa aprire porte e condurre su percorsi di vita e di cultura. Anche con qualche momento davvero curioso e divertente, perché all'origine dell'intensificarsi del legame tra Del Vecchio e Ascoli sta uno scherzo giocato da Giorgio Mortara ad Ascoli: Mortara, firmandosi Del Vecchio, scrive ad Ascoli una lettera con cui lo nomina suo primo assistente; lettera che è conservata nel Fondo Del Vecchio.

Il caso delle carte di Max Ascoli e di Giorgio Del Vecchio evidenzia la grande utilità che una banca dati come Archivi *on line* può rivestire per la ricerca, proprio per la sua capacità di mettere in connessione archivi diversi e carte custodite in archivi lontani fisicamente tra loro e ricreare una rete di corrispondenze e di relazioni di grandissima importanza.

Per fare un altro esempio, sempre partendo da Max Ascoli, possiamo ricordare che Ascoli in gioventù è assai vicino, a Ferrara, a Sergio Panunzio, il cui interventismo prima e il cui nazionalismo poi lo influenzano fortemente. Ed è Panunzio a far pubblicare uno scritto di Ascoli su Sorel e a far parte della Commissione di laurea di Ascoli.

Purtroppo nel Fondo Ascoli presso la Boston University non vi sono lettere di Panunzio, perché gran parte delle carte di Ascoli anteriori al 1934 sono andate a quanto pare perdute, ma nell'Archivio Del Vecchio abbiamo 240 documenti che si riferiscono a Panunzio. Anche questo mostra come mettere in rete questi fondi archivistici fisicamente lontani possa risultare di interesse fondamentale per la ricerca e la conoscenza.

Sempre in questa prospettiva di percorsi e sentieri di carta che, in una sorta di andirivieni, collegano personalità e mondi culturali, possiamo ricordare l'influenza relevantissima di Sergio Panunzio sul giovane Crisafulli, che consegue la laurea in giurisprudenza a Roma nel 1932, con una tesi in filosofia del diritto dal titolo "La norma giuridica", relatore Giorgio Del Vecchio. Questa tesi si trasforma tre anni dopo, nel 1935, nella prima monografia crisafulliana *Sulla teoria della norma giuridica*, che esce con una prefazione di Sergio Panunzio.

E nell'Archivio Del Vecchio vi sono tracce interessanti del rapporto tra Del Vecchio e Crisafulli, del suo evolversi e, direi, dell'inversione di senso e di potere che esso a un certo punto registra.

Vorrei concludere con una considerazione personale, da giuspubblicista. Credo che il ricorso agli archivi e la valorizzazione *on line* delle carte in essi custodite possano essere di grande e decisivo aiuto

per aprire nuovi, necessari percorsi di ricerca, che consentano di dare una valutazione più approfondita dei legami tra la cultura giuridica repubblicana e quella fascista. Un punto questo sul quale ha richiamato l'attenzione, con grande forza morale, nel suo ultimo, profondo e commovente volume, Mario Galizia. Un punto che merita di essere esplorato ancora, non solo al livello delle scelte personali, ma anche a quello delle elaborazioni dogmatiche e della loro continuità nel mutare degli ordinamenti.

COMITATO EDITORIALE
SAPIENZA UNIVERSITÀ EDITRICE

Coordinatore

FRANCESCA BERNARDINI

Membri

GAETANO AZZARITI

ANDREA BAIOCCHI

MAURIZIO DEL MONTE

GIUSEPPE FAMILIARI

VITTORIO LINGIARDI

CAMILLA MIGLIO

Il Comitato editoriale assicura una valutazione trasparente e indipendente delle opere sottoponendole in forma anonima a due valutatori, anch'essi anonimi. Per ulteriori dettagli si rinvia al sito: www.editricesapienza.it

COLLANA CONVEGNI

1. Problemi di campionamento nella ricerca sociale
Enrica Aureli Cutillo
2. L'identità culturale di Roma all'inizio del terzo millennio
Romano Bettini
3. Look Homeward and Forward
A. Lombardo, M. Faraone, M. Melloni, I. Tattoni
4. Living in the city
Eugenio Sonnino
5. Applicazioni di analisi statistica dei dati testuali
Enrica Aureli Cutillo, Sergio Bolasco
6. Raffaello Morghen e la storiografia del Novecento
Ludovico Gatto, Eleonora Plebani
7. Rome and New York City
Comparative Urban Problems at the End of 20th Century
Victor Goldsmith, Eugenio Sonnino
8. L'Italia Restaura
Restauro dei Monumenti e Recupero Urbano in Italia e in Cina
Luigi Gazzola
9. Celestino V. Cultura e società
Ludovico Gatto, Eleonora Plebani
10. Dal diritto di voto alla cittadinanza piena
Marisa Ferrari Occhionero
11. Giornate Europee della Facoltà di Economia
Donatella Strangio
12. Mercato del lavoro e protezione sociale nell'Unione Europea
Giuseppe Burgio, Marina Capparucci, Giuseppe Sancetta ed Enrico Todisco
13. Coesione sociale e sostenibilità nell'Unione Europea
Giuseppe Burgio, Marina Capparucci, Giuseppe Sancetta ed Enrico Todisco
14. La Politica Agricola Comune (PAC) e la gestione dei disastri ambientali
Il ruolo dell'agricoltura
Giuseppe Burgio e Simone Vieri
15. Alla maniera di... Convegno in ricordo di Maria Teresa Lucidi
*Pierfrancesco Fedi, Chiara Silvi Antonini, Paola Mortari Vergara Caffarelli,
Alida Alabiso, Daniela Sadun, Francesco Noci e Tullio Aurizi*
16. Una storia delle scienze per i nuovi saperi. Discussioni e ricerche
Guglielmo Rinzivillo

17. Evolution, Equations and Materials with Memory
Daniele Andreucci, Sandra Carillo, Mauro Fabrizio, Paola Loreti, Daniela Sforza
18. Education and Research without Borders
Benedetta Cassani and Federica Mazzarelli
19. Glimpses of Indian History and Art
Reflections on the Past, Perspectives for the Future
Tiziana Lorenzetti and Fabio Scialpi
20. Giorgio Bazzichelli. L'uomo e lo scienziato
Autori vari
21. Attuazione e sostenibilità del diritto alla salute
Roberto Nania
22. Épicurisme et Scepticisme
Stéphane Marchand & Francesco Verde
23. I musei di chimica e la chimica nei musei della scienza
Luigi Campanella e Valentina Domenici
24. Digital Humanities
Progetti italiani ed esperienze di convergenza multidisciplinare
Fabio Ciotti
25. Atti della Giornata in ricordo di Federico Caffè
Mario Tiberi
26. Information Technologies for Epigraphy and Cultural Heritage
Proceedings of the First EAGLE International Conference
Silvia Orlandi, Raffaella Santucci, Vittore Casarosa, Pietro Maria Liuzzo
27. Oltre i confini
Studi in onore di Giuseppe Burgio
*Raimondo Cagiano de Azevedo, Claudio Cecchi, Angela Magistro
Giorgio Milanetti, Giuseppe Sancetta, Donatella Strangio*
28. Novità nella ricerca archeologica a Veio
Dagli studi di John Ward-Perkins alle ultime scoperte
Roberta Cascino, Ugo Fusco, Christopher Smith
29. La letteratura e il male
Atti del Convegno di Francoforte, 7-8 febbraio 2014
Gianluca Cinelli e Patrizia Piredda
30. La Facoltà di Scienze dell'Università di Roma
dall'Unità alla prima guerra mondiale
Giornata di lavoro e discussione
Enrico Rogora

31. Paul Celan in Italia
Un percorso tra ricerca, arti e media 2007-2014
Atti del convegno (Roma, 27-28 gennaio 2014)
Diletta D'Eredità, Camilla Miglio, Francesca Zimarri
32. Per un *corpus* dei pavimenti di Roma e del Lazio
Atti della Giornata di Studi, Roma 24 novembre 2014
Sapienza Università di Roma
Claudia Angelelli e Stefano Tortorella
33. Europa Concentrica
Soggetti, città, istituzioni fra processi federativi e integrazione politica
dal XVIII al XXI secolo
Alessandro Guerra e Andrea Marchili
34. Edizioni Critiche Digitali/Digital Critical Editions
Edizioni a confronto/Comparing Editions
Paola Italia e Claudia Bonsi
35. La famiglia da concepire
Il benessere dei bambini e delle bambine con genitori gay e lesbiche
Roberto Baiocco, Nicola Carone, Vittorio Lingiardi
36. Digital and Traditional Epigraphy in Context
Proceedings of the EAGLE 2016 International Conference
Silvia Orlandi, Raffaella Santucci, Francesco Mambrini, Pietro Maria Liuzzo
37. I Filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre
Atti del Convegno Internazionale Roma, 21 e 22 ottobre 2014
Gianpaolo Bartoli

I contributi di questa opera, dal significativo titolo *I filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre*, rivolgono la loro attenzione alla cultura filosofico-giuridica italiana ed internazionale, presente nell'Istituto di Filosofia del diritto della facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", sulle pagine della *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto* e nelle attività della Società italiana di Filosofia del diritto, progettati e fortemente voluti da Giorgio Del Vecchio negli anni compresi tra i due conflitti mondiali.

Incisive riflessioni in tal senso promanano dagli studiosi dell'Istituto di Filosofia del diritto, dal laboratorio di Ermeneutica giuridica e dall'Accademia Internazionale di Filosofia del diritto 'Sapienza'. Come è noto all'emergere di una 'tendenza antifilosofica', non solo negli studi giuridici, rispondono le critiche di pensatori e giuristi come Giorgio Del Vecchio, Giuseppe Capograssi, Widar Cesarini Sforza, Sergio Panunzio, Vezio Crisafulli, Flavio Lopez de Oñate, Felice Battaglia, Carlo Esposito, Giacomo Peticone, Guido Gonella, Emilio Betti; al contempo, considerato lo Statuto a propensione internazionale dell'Istituto di Filosofia del diritto, continua il dialogo, interrotto solo dalle leggi razziali, con personalità di rilievo quali Gustav Radbruch, Roscoe Pound, Hans Kelsen, Julius Binder, Miguel Reale, in virtù soprattutto delle iniziative di Del Vecchio, presente con la sua opera anche in Germania, negli Stati Uniti e nei paesi dell'America Latina.

Alla redazione hanno contribuito tutti gli studiosi dell'Istituto di Filosofia del diritto.

Gianpaolo Bartoli è ricercatore confermato in Filosofia del diritto e professore aggregato di Teoria dell'interpretazione presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

ISBN 978-88-93770-28-6



9 788893 770286

