

SBN 80
ca 60

374

JUS

RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE

PUBBLICATA PER CURA DELL'UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE

NORBERTO BOBBIO

professore ordinario nell'Università di Torino

LA FILOSOFIA DEL DIRITTO IN ITALIA

RICCARDO ORESTANO

professore ordinario nell'Università di Genova

SOCIOLOGIA E STUDIO STORICO DEL DIRITTO

MASSIMO SEVERO GIANNINI

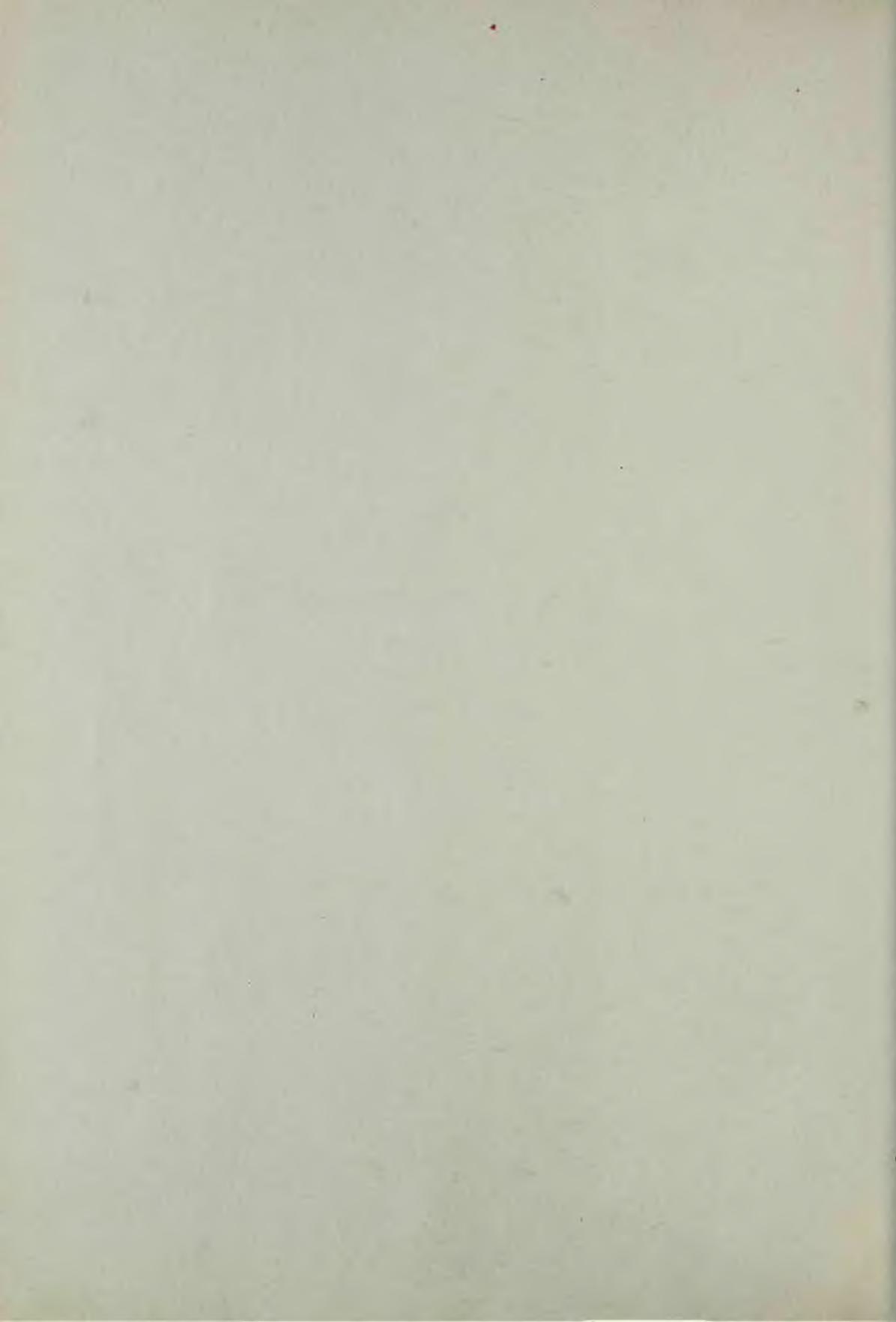
professore ordinario nell'Università di Pisa

SOCIOLOGIA E STUDI DI DIRITTO CONTEMPORANEO



NUOVA SERIE - ANNO VIII - ESTRATTO - FASC. II - GIUGNO 1957

DIREZIONE E AMMINISTRAZIONE - PIAZZA S. AMBROGIO, 9 - MILANO



BIBLIOTECA
NORBERTO BOBBIO
Centro Studi Piero Gobetti

TO φφ566428

Ca/60

CENTRO STUDI PIERO
GUBETTI
BIBLIOTECA

NORBERTO BOBBIO
professore ordinario nell'Università di Torino

LA FILOSOFIA DEL DIRITTO IN ITALIA (*) (**)

I. - I QUATTRO PROBLEMI DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO

Ha avuto fortuna in Italia, al principio del secolo, l'idea che la filosofia del diritto avesse tre compiti: *deontologico*, o dottrina di ciò che il diritto deve essere; *ontologico*, o dottrina di ciò che il diritto è; *fenomenologico*, o dottrina dell'evoluzione del diritto nella società. Chi aveva proposto e chi seguiva questa tesi, riteneva molto probabilmente di aver colto la « vera natura », l'essenza della filosofia del diritto, a cui si dedicano tante pagine di dotte discussioni nelle introduzioni dei nostri trattati. In realtà, questa tripartizione stava ad indicare, molto più semplicemente, non già i compiti della filosofia del diritto, ma i temi a cui per lo più si dedica il filosofo del diritto nel suo insegnamento universitario. Al compito deontologico corrisponde lo studio dei « valori » che ispirano l'ordinamento giuridico, e che di solito vengono indicati col nome di « giustizia ». In questa sua prima incarnazione la filosofia del diritto si presenta come una *teoria della giustizia* (che riceve il massimo sussidio dalla storia delle ideologie politiche). Al compito ontologico corrisponde l'elaborazione della nozione di diritto e di tutte le nozioni giuridiche generali, a quella connesse, come « potere », « dovere », « norma », « sanzione », « ordinamento giuridico »,

(*) La Facoltà di diritto e di scienze politiche dell'Università di Strasburgo, inaugurando la « Section de Philosophie du Droit » del suo « Institut de droit et d'économie comparées », ha tenuto dal 26 al 28 novembre 1956 una serie di « Journées de Philosophie du Droit », organizzate dal prof. M. Villey e presiedute dal decano Weill. Tema del Convegno era « La méthode sociologique et le droit », così specificato nel programma: « Les sociologues détiennent-ils, comme ils l'ont parfois prétendu, la clé des études juridiques? Dans quelle mesure leurs méthodes peuvent-elles aider à mieux comprendre ou à faire progresser le droit? Jusqu'à quel point ont-elles en fait pénétré nos enseignements et travaux universitaires, ou guidé la jurisprudence? Ces questions seront discutées successivement du point de vue des spécialistes de la philosophie du droit, des historiens, des interprètes du droit actuel ». Dopo una prima seduta dedicata a « La fonction actuelle de la philosophie du droit en Allemagne et en Italie », con due relazioni dei professori Fechner e Bobbio, si sono avute tre sedute dedicate a « La méthode sociologique et les doctrines contemporaines de philosophie du droit », « La méthode sociologique dans les études d'histoire du droit », « La méthode sociologique dans les études de droit contemporain », presiedute rispettivamente dai proff. Roubier, Le Bras e Batiffol e in ciascuna delle quali avevano funzioni di relatori uno studioso tedesco, un francese ed un italiano. I tre tedeschi erano nell'ordine delle sedute i proff. Fechner, Coing, Esser; i tre francesi i proff. Eisenmann, Lévy-Bruhl, Carbonnier; i tre italiani i proff. Bobbio, Orestano, M. S. Giannini.

Diamo qui il testo delle tre relazioni italiane, cominciando dalla prima fra esse, quella del professor N. BOBBIO.

(**) In conformità con l'indirizzo del periodico, la direzione deve esprimere alcune riserve circa il pensiero del Bobbio, che appare in alcuni punti svalutatore del diritto naturale: del quale deve invece, nella concezione cristiana, riaffermare la vitalità e l'importanza. La rivista è grata agli eminenti studiosi per la significativa collaborazione (N. d. D.).

« stato », ecc. Questa seconda incarnazione della filosofia del diritto è quella che noi conosciamo col nome di *teoria generale del diritto*, e gli inglesi chiamano « Jurisprudence » (qui il massimo sussidio è dato dalle discipline giuridiche particolari). Infine, al compito fenomenologico corrisponde lo studio del diritto come fenomeno storico e sociale, e pertanto di quella serie di problemi che vengono di solito indicati col nome di « rapporto fra il diritto e la società ». Con questa terza incarnazione la filosofia del diritto va a sfociare nella « sociologia giuridica » (e le discipline ausiliarie sono, questa volta, le scienze sociali).

Come se non bastasse, a questa tripartizione sfuggiva tutta una serie di problemi che vengono considerati di solito come appartenenti alla filosofia del diritto e di cui i filosofi del diritto si sono impossessati facendone a poco a poco addirittura, almeno in Italia, il loro compito principale e preferito: parlo del problema *metodologico* della scienza giuridica. Non so se sia il caso di parlare di una quarta e più recente incarnazione della filosofia del diritto. Ma è certo che molta parte di quella disciplina che si chiama « filosofia del diritto » coincide oggi con gli studi via via sempre più diffusi di *metodologia giuridica*. Qui il filosofo del diritto si vale del sussidio della teoria della conoscenza e della logica.

Non sto ora a discutere sull'opportunità che materie così diverse e che richiedono preparazioni specifiche differentissime tra loro — di filosofo la prima, di giurista la seconda, di sociologo la terza, di logico la quarta — per il solo fatto di essere indicate da un nome generico comune come « filosofia del diritto », continuino ad essere attribuite, nel corso dei nostri studi giuridici, allo stesso insegnante. Mi limito ad osservare che questa eccessiva estensione dell'ambito entro cui ha la facoltà e il dovere di muoversi il filosofo del diritto delle nostre facoltà, rispecchia per un verso una situazione di fatto ormai superata, cioè la situazione in cui una distinzione così netta tra le varie sfere di competenza non era ancora avvenuta, e soprattutto due delle ricerche menzionate, quella sociologica e quella metodologica, non avevano avuto lo sviluppo di questi ultimi anni: e infatti, a ben guardare, i filosofi del diritto disputavano in Germania, e anche in Italia, ai primi di questo secolo, principalmente intorno ai problemi della *idea* e del *concetto* del diritto, corrispondenti *grosso modo* ai due primi compiti. E per l'altro verso riproduce una concezione non più attuale della filosofia, o per lo meno che io non ritengo più attuale, secondo la quale la filosofia è una concezione globale del mondo, e il filosofo è un essere onnisciente che mette bocca in tutte le questioni e tutte le risolve in base a quella concezione. Se qualcuno chiedesse il mio parere sull'insegnamento della filosofia del diritto, suggerirei che questo insegnamento, che con l'allettamento dei tre o quattro compiti invita il docente ad occuparsi di troppe cose diverse, prendesse il nome che più corrisponde al suo contenuto effettivo di « teoria generale del diritto », e fossero avviati insegnamenti laterali,

se già non ci sono, di storia delle ideologie politiche, di sociologia giuridica e di logica giuridica.

So che qualche collega in Italia potrebbe rimproverarmi di rendere un cattivo servizio alla disciplina che insegno da molti anni. Gli risponderei che nella mia vagheggiata riforma (che del resto non sarà mai attuata) la unica cosa che verrebbe a scomparire della filosofia del diritto è il nome. Ma non è colpa mia se questo nome è diventato sempre più generico e quindi inutile, se non addirittura pericoloso, e continua ad essere pronunciato con ostentata superiorità dai filosofi e con indifferenza tendente alla malevolenza dai giuristi. Si avrebbe in compenso il vantaggio di eliminare per sempre la disputa, puramente verbale, che riempie tante pagine dei trattati, qual sia la vera natura della filosofia del diritto, e se il vero compito della filosofia del diritto sia di dar giudizi di valore sul diritto vigente o di costruire la struttura formale dell'ordinamento giuridico, se sia ideologia politica o critica della giurisprudenza. Del resto, essendo « filosofia del diritto » un nome, nessuno ne ha il monopolio. Ciascuno ha il diritto di usarlo a modo suo, e anche, se gli pare di trarne qualche vantaggio, di non usarlo affatto. Tutt'al più, volendo adoperarlo con maggior aderenza al suo uso tradizionale, direi che tra i quattro compiti esaminati, quelli a cui spetta con più diritto il nome sono il primo, o teoria della giustizia, e il quarto, o critica della giurisprudenza.

2. - IL PROBLEMA DEONTOLOGICO

Non tutti questi diversi compiti della filosofia del diritto sono stati egualmente coltivati in Italia in questi ultimi decenni. A guisa d'informazione preliminare, se pure un po' approssimativa, direi che la maggior attenzione è stata rivolta al secondo e al quarto, vale a dire ai problemi della nozione del diritto e a quelli della critica metodologica; mentre quelli più trascurati sono stati il primo e il terzo, vale a dire i problemi della giustizia e del rapporto tra diritto e società.

Cominciamo dal problema della giustizia. Il panorama che ci si presenta è piuttosto squallido. L'unico tentativo di elaborare una teoria della giustizia è stato fatto da Giorgio Del Vecchio in un'opera largamente nota che risale al 1923. All'infuori non v'è da registrare altro che la perpetua disputa tra fautori ed avversari del diritto naturale. Le filosofie ufficiali che hanno dominato in Italia a cavallo dei due secoli, positivismo e idealismo, avversarono recisamente il diritto naturale, e nonostante la diversità dei punti di partenza, s'incontrarono nel punto d'arrivo, vale a dire nell'affermare che ciò che si poteva salvare della vecchia dottrina era l'esigenza di non arrestarsi al diritto positivo come ultimo criterio di valutazione dei fatti umani. Un positivista come il Levi parlava, seguendo l'Ardigò, di « idealità sociali »; un idealista come il Cammarata, di « critica delle leggi ». Ma nè le idealità sociali del positivista nè la critica delle leggi dell'idealista si ancoravano a valori assoluti, fuori della storia, da trarre, come facevano i giusnatu-

ralisti, da una natura umana sempre uguale. Presso i giuristi d'altro canto andava sempre più facendosi strada il formalismo giuridico, e con questa espressione intendo quella dottrina secondo cui ciò che caratterizza una norma giuridica non è l'aver questo o quel contenuto, il quale soltanto è valutabile secondo il criterio del giusto e dell'ingiusto, ma l'aver una certa forma, per esempio di norma imposta dagli organi del supremo potere: per chi si pone da un punto di vista formale non importa, affinché una norma sia giuridica, che sia giusta; importa solo che sia posta dall'autorità che è autorizzata a porre norme giuridiche. Una delle più ovvie conseguenze della concezione formalistica del diritto era che il diritto naturale, non essendo formalmente valido, non poteva neppure dirsi propriamente diritto. Uno dei più noti giuristi italiani, nel momento stesso in cui faceva ammenda del suo passato agnosticismo etico, e riconosceva che vi sono leggi morali a cui deve obbedire il diritto, negava che queste leggi potessero essere dette legittimamente « diritto naturale », perchè « il diritto, come tale, non è, non può essere altro se non positivo, complesso di comandi umani » (1). In sintesi si potrebbe dire che dinnanzi all'espressione « diritto naturale » i filosofi, sia positivisti sia idealisti, si erano accaniti contro l'aggettivo, i giuristi contro il sostantivo. Di fronte alla domanda: che cos'è il diritto naturale?, gli uni avevano negato che fosse naturale, gli altri che fosse diritto. E sul campo di battaglia del diritto naturale non era rimasta neppure più la coda.

In questi ultimi anni la scena è cambiata. Con lo stesso fondamento con cui nel 1929 Felice Battaglia scrisse un libretto sulla *Crisi del diritto naturale*, oggi si potrebbe scriverne uno prendendo il titolo dal vecchio libro di Charmont, *La renaissance du droit naturel* (1910). Credo che siano avvenute queste due cose. Primo: l'apparizione degli stati totalitari e la catastrofe dell'ultima guerra mondiale, hanno risvegliato i giuristi, in Italia come altrove, dal sonno dogmatico. Si sono accorti che il diritto positivo che essi avevano sino allora considerato come una fortezza, era diventato invece una prigionia. Quello stesso diritto che essi avevano considerato kantianamente la garanzia della libertà esterna dell'individuo si presentava, marxisticamente, un semplice strumento di dominio. Ma una volta scoperto che il diritto era un semplice mezzo, bisognava un'altra volta preoccuparsi del fine. E la via più facile per trovare un fondamento al diritto positivo era ancora la vecchia via del diritto naturale, era la via che veniva loro incontro dalla tradizione, non mai spenta, soltanto assopita. Secondo: in campo filosofico era avvenuta analoga crisi. Qui gli stessi avvenimenti avevano scosso la fede, che era propria dell'idealismo hegeliano, nella razionalità della storia: l'astuzia della ragione aveva intessuto trame così sottili e complicate che i rappresentanti della ragione, i filosofi, ne avevano essi stessi perso il filo. L'idealismo, che era la filosofia dominante, in questi anni si è andato

(1) *Metodologia del diritto*, Padova, Cedam, 1939, p. 30.

a poco a poco estinguendo: molti dei suoi seguaci hanno dato origine ad una destra idealistica che si professa spiritualistica e ha stretto alleanza con la religione dominante. E nello stesso tempo, indebolitosi sin quasi all'esaurimento il fiero avversario, ha rialzato il capo il non mai domato neo-tomismo. Spiritualismo e neo-tomismo sono entrambi vecchi paladini del diritto naturale: l'ancoraggio che essi potevano offrire ai giuristi era nel vecchio porto del diritto naturale. Così avvenne che nel momento stesso in cui i giuristi scuotevano il loro proverbiale agnosticismo e cercavano di uscir fuori dalle pareti domestiche del diritto positivo, i filosofi fecero loro trovare sulla strada, già bell'e fatta, la soluzione del diritto naturale. (Io personalmente avrei preferito che l'avventura, il viaggio di scoperta dei giuristi, durasse più a lungo: ho un gran timore che dal dogmatismo positivistico siano caduti in altro dogmatismo. Ma qui descrivo quel che è avvenuto, e altro non aggiungo). Quello stesso Carneluti che nel '39 aveva affermato che non vi era altro diritto che il diritto positivo, nel 1951 scriveva che il diritto positivo nasceva come un prodotto artificiale sul tronco del diritto naturale, il quale nasce spontaneamente nel mondo dello spirito come le piante nel mondo della natura⁽²⁾.

L'incontro reale tra filosofia del diritto e giuristi alla ricerca del diritto naturale avvenne in un convegno dell'Unione dei giuristi cattolici nel 1949: ne risultò un libro intitolato *Diritto naturale vigente*, dove non era da ammirare tanto la sottigliezza teorica quanto piuttosto la sopravvivenza del prestigio di una vecchia formula, che continua ad essere invocata nonostante che la critica filosofica e storica ne avesse dimostrato l'insufficienza. L'unico spunto interessante, per lo storico delle idee, era nel titolo: i giuristi avevano rifiutato sino allora il diritto naturale perchè consideravano la positività elemento caratteristico del diritto. Ora finalmente l'accettavano perchè erano convinti o erano stati convinti che anche il diritto naturale fosse, come il diritto positivo, un diritto vigente, cioè non un sistema puramente ideale, ma un sistema reale di norme, obbligatorie con la stessa forza se pur a diverso titolo del diritto positivo. « Diritto naturale vigente » insomma è stata una formula di compromesso, a cui i filosofi hanno prestato la sostanza, e i giuristi la forma.

3. - IL PROBLEMA ONTOLOGICO

Il tema centrale dei filosofi del diritto in Italia è stato quello ontologico, o del concetto del diritto. Qui il campo fu dominato da due dispute di natura procedurale: 1) se il concetto del diritto, che il filosofo aveva il compito di elaborare, fosse a priori o a posteriori; 2) se i caratteri differenziali del diritto dovessero essere ricercati nella norma in quanto tale, oppure nella attività del soggetto che pone la norma. Entrambe le dispute nacquero e si

(2) *Bilancio del positivismo giuridico*, in « Discorsi intorno al diritto », Padova, Cedam, 1953, II, p. 245.

svilupparono nel clima antipositivistico che in Italia, come altrove, ha caratterizzato il pensiero filosofico nei primi decenni del secolo, e rappresentarono due diversi tentativi di riaffermare, da due diversi punti di vista, il primato della filosofia sulla scienza. Contro le riduzioni del concetto del diritto a concetto empirico, ricavato da una generalizzazione dei dati offerti dalla sociologia, i neo-idealisti, come Petrone, Del Vecchio, Ravà, affermarono che fosse compito della filosofia di elaborare un concetto a priori del diritto, presupposto e condizione della stessa formazione dell'esperienza giuridica. Contro l'altra pretesa dei positivisti di conoscere il fenomeno giuridico nella sua oggettività, i neohegeliani, con Croce e Gentile alla testa, partendo dal concetto che il diritto fosse un momento dello Spirito universale, che si risolveva in un determinato modo di atteggiarsi del soggetto nella sua attività pratica, ritennero che l'essenza del diritto dovesse essere cercata non tanto nei fatti oggettivi come le norme e le istituzioni, quanto in una certa determinazione della volontà. Si parlò di volontà economica (Croce), di volontà voluta (Gentile), di volontà costante (Pekelis), di volontà normativa (Cesarini-Sforza), e anche da parte di filosofi che non erano seguaci della filosofia neo-hegeliana, di volontà che ha raggiunto la consapevolezza del valore dell'azione (Capograssi), e, recentemente, del diritto puramente e semplicemente come attività (Piovani).

Nonostante lo scalpore suscitato da questi dibattiti procedurali — la giovane scuola idealistica si vantava di aver rovesciato il tradizionale punto di vista dello studio del diritto, non più considerato *a parte obiecti*, ma *a parte subiecti* — essi, a mio avviso, hanno meno importanza di quella che in Italia si sia loro attribuita. Ciò che conta, a maggior ragione in una rassegna informativa, sono i risultati: non la procedura, ma la sostanza.

Per quel che riguarda i risultati, ritengo che si possano raggruppare le risposte date alla domanda: « che cos'è il diritto? » in tre gruppi, secondo che il diritto sia stato considerato: 1) come *rappporto intersoggettivo*; 2) come *norma di condotta*; 3) come *istituzione sociale*, o società organizzata. È noto subito, a riprova della scarsa importanza che si deve attribuire alle battaglie sui presupposti procedurali, che in ciascuna delle classi hanno finito per trovarsi in buona compagnia filosofi e giuristi appartenenti alle diverse correnti e accaniti avversari proprio su quei presupposti. Tra i sostenitori della teoria del diritto come rapporto intersoggettivo, il neokantiano Del Vecchio, l'idealista assoluto Battaglia e il positivista Levi; tra i seguaci della teoria normativa il gentiliano Cammarata e il giurista Cappelletti; tra i fautori della concezione istituzionale del diritto, un giurista positivo come il Romano e filosofi di diverso temperamento e orientamento come il Capograssi e il Fassò.

Se una tendenza caratteristica si deve notare nei filosofi del diritto, a qualsiasi indirizzo filosofico appartengano, è la tendenza ad assolutizzare le categorie di cui fanno uso, eliminando le differenze specifiche per vedere soltanto ciò che vi è di comune, con questo credendo di eliminare dalla

nozione che si prefiggono di illustrare elementi empirici e accidentali. Valga il vero. Pel giurista il rapporto giuridico è un rapporto intersoggettivo che si distingue dalla classe generale dei rapporti intersoggettivi per qualche nota particolare, per esempio per il vincolo obbligatorio che lega i due soggetti: invece ecco che per il Levi ogni rapporto sociale è per il fatto solo di essere un rapporto intersoggettivo un rapporto giuridico. Si è potuto parlare di una concezione relazionale del diritto (Battaglia), del diritto come relazione (Treves), come se una volta individuata nella realtà giuridica come elemento costitutivo la relazione tra soggetti, altro non occorresse aggiungere. Ancora: per il giurista la norma giuridica è una regola di condotta che si distingue da altre regole di condotta per certi requisiti specifici, per esempio perchè fatta valere attraverso una sanzione organizzata. E invece per il Cammarata ogni azione considerata *sub specie legis* è giuridica, essendo per lui sufficiente, affinchè un'azione venga considerata giuridica, che ad essa possa essere attribuita una delle tre possibili qualificazioni normative di un'azione, l'obbligatorio, il lecito e il proibito. Allo stesso modo che dalla definizione del diritto come rapporto viene la teoria filosofica della relazionalità del diritto, così dalla tradizionale definizione del diritto come regola di condotta viene la teoria filosofica del diritto come normatività. Infine: quando un giurista come il Romano afferma che il diritto è istituzione, non vuol dire che esso si risolva in un qualsiasi tipo di aggruppamento sociale, ma in quel certo tipo di società, in cui le attività dei membri sono ordinate attraverso una rete di norme e di istituti che costituiscono la organizzazione sociale. Ed ecco invece che recentemente il Fassò ha sostenuto che è impossibile distinguere istituzioni organizzate da istituzioni che non siano tali, che tutte le società, anzi tutti i rapporti che l'uomo ha con altri uomini, contengono un germe di organizzazione, e quindi sono istituzioni giuridiche. Accanto al diritto come relazionalità e come normatività, abbiamo ora, ed era proprio quello che ci mancava, la teoria del diritto come istituzionalità.

Non vorrei aver l'aria di attribuire queste caratteristiche forme di riduzionismo a mero capriccio. I filosofi guardano in alto, non in basso. Uno dei più vecchi problemi della filosofia del diritto è la distinzione del diritto della morale. Ebbene, quando il filosofo del diritto dice che il diritto è relazione, pensa soprattutto a differenziarlo dalla morale che non riguarda la bontà dell'azione mia in confronto con quella dell'altro, ma la bontà assoluta dell'azione, o dell'azione in se stessa. Quando dice che è normatività, si riferisce a quell'altro modo pur tradizionale di distinguere il diritto dalla morale, fondato sulla distinzione fra l'azione conforme alla norma (legalità) e l'azione libera (autonomia). E infine colui che ha ridotto il diritto a istituzione è ben chiaro che aveva in mente qualcos'altro che non può essere istituzionalizzato, ed è la vita morale, vita vissuta, « al di là di ogni razionale

coscienza, da chi per un attimo si solleva, per meravigliosa eccezione, dalla normalità della vita sociale alla libertà suprema dell'Assoluto » (3).

4. - IL PROBLEMA FENOMENOLOGICO

Per quel che riguarda il compito fenomenologico, che implicava una presa di contatto, favorevole o ostile che fosse, con la sociologia giuridica, non c'è da fare altro che qualche melanconica considerazione. Fiorita durante il positivismo, tanto da aver fatto, con l'Ardigò, la parte del leone, e dopo aver dato in clima positivistico buone promesse con la sociologia criminale, con il ravvivato interesse di insigni giuristi (da Brugi a Bonfante) per lo studio dei rapporti tra istituzioni giuridiche e società, con qualche tentativo isolato e ancora ingenuo di costruire una teoria del diritto e dello stato su basi sociologiche (Vaccaro), la sociologia giuridica cadde, com'è largamente noto, in grave discredito durante i primi decenni del secolo. Nè valse a mantenerle il rango di disciplina eletta la costante cura ad essa rivolta sino ai nostri giorni dai più fedeli discepoli dell'Ardigò (Groppali).

A farla languire contribuì in primo luogo la restaurazione filosofica del principio di questo secolo, che avvenne in Italia sotto l'insegna dell'idealismo. E' significativo che uno di questi idealisti (Petronè) scrivesse nel 1905 un articolo per dimostrare « la elisione logica della sociologia nella filosofia dello spirito ». Il succo dell'articolo era che la sociologia non aveva oggetto: una volta dato alle indagini particolari dei fenomeni sociali e storici quello che apparteneva alla filosofia, non restava alla sociologia assolutamente più nulla. Che cos'è la sociologia? Con quella stessa baldanza con cui i positivisti avevano risposto « tutto », i nuovi idealisti rispondevano « nulla ». La battaglia per la nuova filosofia fu, nel campo degli studi giuridici, in gran parte una battaglia contro la sociologia. Per l'influsso che i due maggiori filosofi di quel tempo, Croce e Gentile, esercitarono sulla cultura italiana, la sociologia diventò agli occhi dei seguaci qualcosa di riprovevole come l'alchimia agli occhi di un chimico. Chi vi si accingeva era considerato un perdigiorno o un personaggio anacronistico. Uno studioso come il Mazzarella che per più di trent'anni allineò uno dietro l'altro una ventina di volumi di etnologia giuridica (quattordici sull'antico diritto indiano) visse isolato e dimenticato, ammirato talora con quel misto di curiosità e meraviglia con cui si guarda un animale preistorico; e nessuno dei filosofi del diritto della nuova scuola si è occupato di lui, neppure per demolirlo. Quando Pareto pubblicò quell'opera imponente per mole e per ricchezza d'idee che è il suo *Trattato di sociologia* (1916), anche allora la indifferenza generale per la spregiata scienza empirica dei fatti sociali non fu scossa. Pareto si era reso colpevole di lesa filosofia, e ciò bastava perchè si pronunciasse contro di lui una severa condanna. Croce si limitò a redar-

(3) G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 141.

guirlo; De Ruggiero lo strapazzò, scrivendo che aveva letto quell'opera « con un senso di grande mestizia » (4).

Nel campo degli studi giuridici, il colpo di grazia alla sociologia fu dato dagli stessi giuristi. Al principio del secolo essi si trovavano impegnati in quell'elaborazione della giurisprudenza come scienza, a cui fu dato il nome di giurisprudenza sistematica. Iniziata nel campo del diritto privato, la giurisprudenza sistematica si estese rapidamente al diritto processuale, costituzionale e penale. Motivo ispiratore di questa tendenza era la convinzione che oggetto della giurisprudenza fosse il diritto positivo, come allora si diceva, i comandi del legislatore, e che suo scopo principale fosse la costruzione di categorie generali tratte dalla comparazione, classificazione, sistemazione dei comportamenti regolati dalla legge. Siffatto modo di concepire il lavoro del giurista espungeva dall'interesse del giurista sia le forze storiche e gli interessi sociali che avevano prodotto le norme, sia il comportamento effettivo di coloro a cui le leggi si riferivano; ignorava, in breve, tutto ciò che può diventare oggetto della sociologia giuridica. Si contrappose il metodo giuridico al metodo sociologico, e s'affermò ripetutamente che l'unico metodo che convenisse al giurista era il primo. Per fare l'esempio più clamoroso, anche nel campo del diritto penale, ove pure più forte era stato l'influsso della scuola sociologica, andò prevalendo l'indirizzo opposto che fu chiamato tecnico-giuridico, con la quale espressione s'intendeva lo studio logico-formale delle disposizioni della legge penale al fine della loro interpretazione e del loro ordinamento in sistema. Così, mentre i filosofi idealisti davano l'ostracismo alla sociologia, i giuristi dimostravano di non averne bisogno. Gli uni e gli altri, se pur per diverse ragioni, contribuirono ad affievolire l'interesse per la sociologia giuridica, e a lasciarla per molti anni in uno stato di completo abbandono.

E' stato anche osservato (5), e credo con ragione, che a far cadere il silenzio sulla sociologia e sui pochi sociologi fedeli ad un insegnamento diventato sempre più esangue, abbia contribuito l'atmosfera politica in cui maturò e prevalse poi per lunghi anni in Italia un regime totalitario. La sociologia aveva trovato favore alla fine del secolo scorso negli ambienti politici radicali; fuoreggiò tra gli intellettuali socialisti o inclini al socialismo. Fu considerata spesso come il modo scientifico per affrontare la questione sociale; e anche per l'affinità del nome fu scambiata spesso, pur non essendolo, per una parente strettissima del socialismo. Prescindendo da ogni tinta ideologica, la sociologia portava con sè l'esigenza della politica come scienza. I regimi totalitari nacquero, invece, sotto l'insegna dell'irrazionalismo, della esaltazione della genialità, dell'istinto. La politica vi appariva sotto le vesti di una religione, s'intende di una falsa religione. I vecchi positivisti, ormai

(4) B. CROCE, *Etica e politica*, III ediz., 1945, p. 245; G. DE RUGGIERO, *La filosofia contemporanea*, Bari, Laterza, V ediz., 1947, vol. II, p. 230.

(5) U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto del diritto*, Milano, Nuvoletti, 1955, p. 109.

tanto disprezzati, vedevano nell'uomo politico un fratello minore dello studioso di scienze sociali; i totalitari invocarono invece il capo carismatico, fratello minore del mago. I primi accarezzavano l'ideale di una politica elaborata in un gabinetto di scienziati; i secondi preferirono un dialogo concitato, in piazza, tra il capo e la folla. Una delle funzioni pratiche della sociologia era di sgomberare il terreno politico da miti che impedivano la liberazione dall'errore e dalla miseria; miti e superstizioni sociali furono comodi strumenti di dominazione nell'«era delle tirannie». E se la storia e la scienza furono ancora invocate, accadde solo per i servizi che potevano rendere ai detentori del potere, ma furono la falsa storia dell'ideologia imperiale e la falsa scienza dell'ideologia razzistica.

Caduti ora gli impedimenti, sin qui elencati, si nota in questi ultimi anni un rinnovato interesse per la sociologia, anche se esso non ha ancora dato frutti maturi. Per un verso la filosofia idealistica ha cessato di essere dominante. Gli indirizzi filosofici che ne hanno preso il posto, parlo soprattutto delle filosofie militanti come il neoempirismo, il neomarxismo, il pragmatismo, sono favorevoli alle ricerche sociologiche. Anche la corrente spiritualistica, diffusa soprattutto negli ambienti accademici, si dimostra amica della sociologia per il solo fatto di aver debellato il suo nemico, lo storicismo: uno degli uomini più eminenti del mondo culturale e politico cattolico, Luigi Sturzo, è cultore di sociologia, e al suo nome è stato fondato un istituto per tal genere di ricerche. Nel campo specifico della filosofia del diritto poi, un insistente richiamo all'abbandono del formalismo e insieme allo studio dei rapporti tra il momento giuridico e la società, tra forma giuridica e valori etici, politici, culturali, è provenuto da studiosi che hanno ricevuto suggestioni da filosofie eterodosse, come la filosofia dei valori e della cultura (Perticone, Treves), e la cui attenzione posta ai rapporti ora tra regime politico e ordinamento giuridico, ora tra valori culturali e diritto, merita di essere considerata, in questo punto delle nostre note, come un contributo al cosiddetto compito fenomenologico della filosofia del diritto, recato per altre vie che non siano quelle della hegeliana filosofia della storia o della sociologia positivista.

Inoltre, le rapide trasformazioni sociali, il sempre più esteso intervento dello stato nei rapporti economici col conseguente vertiginoso succedersi e accavallarsi di leggi, i problemi nati dall'inflazione e dal passaggio da un regime totalitario a un regime democratico, fermi restando i testi legislativi, hanno costretto i giuristi a esaminare con maggior attenzione la realtà degli interessi sociali e a non considerare più come loro unico compito l'interpretazione della legge. Non dico che il tecnicismo giuridico sia in declino; ma era arrivato a tale perfezione formale che cominciava ad essere guardato con fastidio. E, come è sempre accaduto, dove il metodo logico-formale decade, ritorna in onore il metodo sociologico. Sono frequenti gli inviti che partono dagli stessi giuristi a guardare più alla vita e meno ai libri.

Infine — e qui mi pare che tocchiamo il fattore principale — il ritorno al regime democratico stimola le ricerche sociologiche altrettanto quanto il lungo permanere del regime totalitario le aveva ostacolate. E' ben noto che le ricerche sociologiche sono oggi più avanzate nei paesi per lunga tradizione retti da governi democratici. Qui mi limito a una considerazione: dove si ricorre per governare meno alla forza e più alla persuasione, occorre una più esatta conoscenza degli interessi, dei bisogni, delle idee dei diversi gruppi che compongono la società. Le inchieste sociologiche sono uno degli strumenti di questa conoscenza. La politica democratica tende a diventare al limite una politica scientifica, e di questa politica uno degli strumenti è la indagine delle strutture sociali sulle quali si inserisce l'opera del legislatore.

5. - IL PROBLEMA METODOLOGICO

Vengo al quarto problema, quello metodologico, che ha suscitato, tra i filosofi del diritto e i giuristi d'Italia, il maggior interesse. Esso si divide tradizionalmente in due problemi: 1) se la giurisprudenza sia scienza; 2) posto che lo sia, a qual tipo di scienza appartenga. Essendo prevalsa in Italia dalla fine del secolo scorso in poi la corrente sistematica, il primo problema è stato dato generalmente per risolto in senso affermativo. Si è riaffacciato qualche dubbio recentemente negli studi del Leoni, che tendono a mettere in rilievo, nell'esperienza giuridica, un elemento irrazionale, cioè irriducibile a ogni costruzione unitaria e coerente. Qualcuno, stanco dell'eccessivo tecnicismo della dogmatica tradizionale, nella crisi della giurisprudenza concettuale, si è lasciato prendere dalla tentazione di considerare, secondo una antica distinzione, il lavoro del giurista non come scienza ma come arte. Ma non è una tendenza vitale, nè ha dato luogo a vere e proprie battaglie ideologiche.

La questione di gran lunga più trattata è stata la seconda. Sulle orme dello storicismo, la classificazione delle scienze che ha avuto più seguito è stata quella che distingue le scienze naturali o generalizzanti dalle scienze storiche o individualizzanti. Si trattava di sapere se la scienza giuridica era una scienza naturale o una scienza storica. I filosofi del diritto, appartenenti alla corrente dominante, all'idealismo storicistico, hanno risposto concordemente, sulle tracce del Croce e del Gentile, e salvo qualche eccezione (Calogero), che la scienza giuridica è una scienza naturale (Cesarini-Sforza, Cammarata, Battaglia). E fu così decisivo il clima di cultura creato dallo idealismo che scrittori appartenenti ad altro indirizzo, come per esempio il Capograssi, accolsero la tesi che la scienza giuridica fosse il momento della ricerca obbiettiva dell'esperienza giuridica, cioè del diritto come volontà astratta del legislatore, il momento, avrebbe detto un idealista, in cui il diritto si presenta come natura e non come spirito. Del resto, proprio in questo orientamento, si trovò che i filosofi dicevano le stesse cose dei giuristi, i quali per bocca del Carnelutti attribuivano alla scienza giuridica quelle opera-

zioni di osservazione del dato esterno e di comparazione e classificazione, di scomposizione e ricomposizione, che sono proprie delle scienze naturali, e le distinguono dalla storia come studio di ciò che è individuale e irripetibile.

C'era però, tra filosofi e giuristi, una grossa differenza: l'espressione « scienza naturale » era usata dagli uni e dagli altri con una diversa carica valutativa, che era negativa per i primi, positiva per i secondi. Per un idealista affermare che la scienza del diritto era una scienza naturale, voleva dire considerarla come una forma inferiore di conoscenza in confronto alla filosofia e alla storia: forma inferiore di conoscenza caratterizzata, secondo il Croce, dalla elaborazione di meri pseudo-concetti (distinti dai concetti puri), o confinata, secondo il Gentile, nel campo di quella logica astratta che si contrappone alla logica filosofica o concreta. Per il giurista, invece, che aveva sempre considerato le scienze della natura come un modello di ricerca scientifica, come la scienza per eccellenza, attribuire alla scienza giuridica il titolo di scienza naturale, significava riconoscere il lungo cammino che essa aveva percorso dalla pura e semplice esegesi dei codici alla elaborazione sistematica delle categorie giuridiche, dare un apprezzamento favorevole del suo recente sviluppo e delle sue future possibilità. Era insomma un titolo d'onore allo stesso modo che per i filosofi era una ragione di biasimo. In altre parole si può dire che per i giuristi il riconoscimento della scientificità della giurisprudenza era un punto d'arrivo; per i filosofi era semplicemente un punto di passaggio per arrivare a quella più profonda conoscenza dell'esperienza giuridica che era data a chi, filosofo o storico che fosse, risaliva dalla norma all'atto che aveva posto la norma, o ridiscendeva dall'astrattezza della legge alla concretezza della realtà storica di cui la legge è una manifestazione.

Ritengo che questa distinzione di piani tra scienza astratta e storia concreta — che è stato uno dei cavalli di battaglia dello storicismo italiano — non sia stata senza esercitare un benefico influsso sullo sviluppo della scienza giuridica. Ha aiutato a vedere due grossi pericoli, insiti nel cosiddetto naturalismo dei giuristi: 1) il pericolo dell'*oggettivismo*, per cui, una volta risolta l'esperienza giuridica nella norma oggettiva, il lavoro dell'interprete, come quello di un biologo, di un chimico, di un fisico, si fa consistere nel riprodurre e ricostruire i fenomeni dati senza valutarli, onde segue l'affermazione che l'interpretazione giuridica è un'attività riproduttiva e non anche creativa, pura e semplice opera di trasmissione della legge e non anche di collaborazione col legislatore; 2) il pericolo del *formalismo*, per cui staccata la norma giuridica dalla storia che l'ha prodotta e dalla società che essa rispecchia, il lavoro del giurista si risolve nella elaborazione di categorie formali e nel tentativo disperato di ricavare la soluzione del caso controverso per deduzione da principi anziché attraverso l'indagine della realtà sociale, onde viene la considerazione dell'interpretazione giuridica come ricerca logica più che storica o sociologica.

E infatti, volendo dare un giudizio complessivo sull'orientamento attuale della scienza giuridica in Italia, non è affatto temerario affermare che il naturalismo giuridico sia ormai in declino. Non è senza significato che uno dei giuristi che ha più risentito della educazione filosofica idealistica, Ascarelli, sia ora all'avanguardia di questa polemica antinaturalistica, e vada affermando, contro l'oggettivismo, che l'interpretazione giuridica è creativa e non meramente riproduttiva, contro il formalismo, che il giurista non può disinteressarsi delle condizioni storiche in cui un istituto giuridico è sorto e della funzione economica a cui è rivolto. Ed è pure significativo che mentre durante il trionfo del tecnicismo giuridico un giovane filosofo del diritto d'allora (Cammarata) scriveva un saggio sulle *Tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia* (1922), un giovane filosofo di oggi (Caiani) abbia scritto un libro intitolato *La filosofia dei giuristi italiani* (1955). Non dico che si stia arrivando all'apprezzamento del diritto libero, che in Italia non ha mai messo radici. Semplicemente, al puro tecnicismo giuridico, che aveva raggiunto una notevole perfezione, si comincia a guardare con diffidenza e non ci si accontenta di esso nè ci si adagia nella perfezione da esso raggiunta. Un sintomo: un giurista fra i più rappresentativi della generazione del tecnicismo, Piero Calamandrei, nel '41 faceva l'elogio della scienza giuridica, come custode della legalità, e in uno dei suoi ultimi scritti, invece, lamentava l'abuso della logica astratta e invitava i giudici a mettersi con più coraggio sulla strada dei giudizi equitativi ⁽⁶⁾.

Un'ultima osservazione: non è passato senza eco nel campo della metodologia giuridica il recente movimento di revisione della concezione tradizionale della scienza e della logica, che ha preso il nome di positivismo logico. Qualche voce in questa direzione già si è fatta sentire; e si va diffondendo un'aura favorevole a quella maggiore consapevolezza linguistica che è il frutto dei vari movimenti di filosofia analitica. Non mi stupirei che attraverso il possesso di una più matura concezione della conoscenza scientifica e di nuovi strumenti logici e di analisi del linguaggio, si facesse valere, in reazione alla tendenza antidogmatica, una nuova tendenza alla rivalutazione degli ideali della certezza e del rigore. Ma in questa direzione non si tratta tanto di imporre alla scienza giuridica una nuova concezione prefigurata della scienza stessa secondo la domanda che si erano posti sinora i filosofi del diritto: « la scienza giuridica è una scienza naturale o una scienza storica? ». Si tratta piuttosto di condurre un'indagine particolare dei procedimenti usati dai giuristi nel loro lavoro di interpretazione e di sistemazione: più che di una epistemologia giuridica, di una logica giuridica.

⁽⁶⁾ *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in « Riv. Dir. Proc. Civ. », 1941, pp. 53-75 « *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in « Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. », 1955, pp. 252-272.

6. - QUELLO CHE LA FILOSOFIA DEL DIRITTO HA FATTO
E QUELLO CHE DOVREBBE FARE

A guisa di conclusione vorrei toccare due punti: 1) quale contributo abbia recato la filosofia del diritto agli studi giuridici in questi ultimi tre decenni; 2) quali siano attualmente i temi della filosofia del diritto più meritevoli di essere trattati nei diversi campi sin qui esaminati.

In generale si può dire che il contributo dato dalla filosofia del diritto agli studi giuridici sia stato di chiarimento dei problemi di confine e di accrescimento della consapevolezza critica riguardo ai tradizionali problemi generali del diritto, e pertanto di rottura di posizioni che si erano venute ormai cristallizzando. Rispetto al problema della giustizia, la posizione che la filosofia del diritto, sia nel suo orientamento giusnaturalistico sia nel suo orientamento antigiusnaturalistico, ha combattuto, è stata quella del legalismo etico, o della concezione legalistica della giustizia, secondo cui è giusto ciò che è conforme alla legge, o, in altre parole, la legge è giusta per il solo fatto di essere legge. Vi è stata una disposizione comune nei filosofi del diritto ad accentuare la differenza tra fatti e valori, a considerare la giustizia come valore e il diritto come fatto storico e sociale, salvo poi a distinguersi tra loro secondochè il fondamento dei valori venisse posto nella volontà divina, nella natura o nella storia.

Nell'ambito delle questioni sollevate intorno al concetto del diritto, direi che il maggior contributo recato dalla filosofia sia consistito nella distinzione tra diritto e stato, e nell'allargamento del concetto di diritto — non importa se inteso come rapporto, come norma, o come istituzione — sino a comprendere ordinamenti diversi da quello statale. Nell'attività tradizionale dei giuristi era andata consolidandosi, accanto a una concezione legalistica della giustizia, una concezione statualistica del diritto. Nel campo dei filosofi del diritto è prevalsa la concezione opposta, che, affermata dal Croce, elaborata soprattutto dal Romano, è stata accolta favorevolmente dagli appartenenti ai più diversi indirizzi. Secondo questa teoria, detta della pluralità degli ordinamenti giuridici, il diritto è un fenomeno sociale, e lo stato non è che una delle forme, se pur storicamente la più rilevante, delle società giuridicamente organizzate.

Quanto al problema della scienza giuridica, ritengo che attraverso l'orientamento storicistico prevalente in Italia siano state aperte le porte alle correnti metodologiche più spregiudicate, che hanno a poco a poco sgretolato l'edificio della dogmatica giuridica, e scosso i giuristi dall'idoleggiamento del puro tecnicismo. Non dico che il tecnicismo giuridico, di cui nessuno può disconoscere le benemeritenze, sia per essere abbandonato. Ma esso non soddisfa più. Coloro stessi che lo praticano ne sentono i limiti, e pur continuando a praticarlo cercano di allargare l'orizzonte in cui si iscrive il fenomeno giuridico, e di provvedersi di nuovi strumenti di ricerca.

Ed ora per finire: quali sono i temi della filosofia del diritto più meritevoli di essere approfonditi?

Nel campo della teoria della giustizia (compito deontologico), intesa la giustizia come un criterio di valutazione dei comportamenti umani, i problemi più stimolanti son quelli, a cui si son rivolti recentemente i filosofi analisti, che riguardano i giudizi di valore, la loro natura e il loro *status* logico, il rapporto tra giudizi di valore e giudizi di fatto. Sulla base della distinzione tra giudizi di valore e giudizi di fatto e della loro rispettiva indeducibilità, riterrei opportuno riprendere la critica alla dottrina del diritto naturale (il cui risveglio è dovuto a ragioni politiche, sentimentali, più che teoretiche), in quanto tale dottrina è caratterizzata dalla pretesa di ricavare i valori dai fatti, il criterio di valutazione delle azioni umane dalla esistenza, o pretesa esistenza, di certi caratteri costanti nell'uomo. Il rifiuto del diritto naturale ci obbliga ad un'ampia e minuta ricerca dei criteri di valutazione che sono compresi nel termine generico di « giustizia », e del loro reciproco rapporto, indagine che dovrebbe essere compiuta positivamente su un numero sempre maggiore di ordinamenti storici e vigenti, e che non possediamo ancora. Si tratta di una ricerca che si potrebbe chiamare *fenomenologia della giustizia*.

Nel campo del concetto del diritto (compito ontologico), son d'opinione che l'indirizzo più fecondo e fruttuoso sia stato quello kelseniano, e che si debba proseguirlo sviluppando le ricerche avviate da Kelsen e dalla sua scuola relativamente alla *teoria formale dell'ordinamento giuridico*. Non si tratta di accogliere tutte le soluzioni del Kelsen, ma di continuarne l'opera. Possono giovare a questo scopo le ricerche che si vanno facendo sempre più intense tra i logici intorno alla logica delle proposizioni normative. Direi che stiamo passando in questo campo dallo studio della struttura della norma giuridica (le famose questioni se la norma sia un comando o un giudizio, quali siano i destinatari della norma giuridica, ecc.), che appassionò i teorici del diritto alla fine del secolo scorso, allo studio della struttura dell'ordinamento giuridico (in cui vedo soprattutto i meriti del Kelsen), che ci pone di fronte ai problemi dell'ordinamento come sistema di regole di condotta coi tre connessi problemi della gerarchia, della compatibilità e della completezza delle norme che lo compongono.

Nel campo della cosiddetta ricerca fenomenologica, si tratta di abbandonare le grandi sintesi, insufficientemente fondate, a cui si indirizzarono con eccessiva fiducia nella sociologia i positivisti, e di avviare studi particolarizzati sulla composizione, sulla struttura, sulla funzione e sulla dinamica dei gruppi sociali, alla conoscenza dei quali il giurista è specialmente interessato (dalla famiglia alle grandi associazioni), per ricavarne tutte quelle indicazioni che possano essere utili ad una legislazione tecnicamente adeguata e ad una interpretazione evolutiva; in ispecie di quella più vasta e complessa società che è la società statale, in cui emergono i problemi della formazione e dell'esercizio del potere, della classe politica e della classe

dirigente, della circolazione delle *élites* e della loro composizione, delle ideologie politiche e del loro reale influsso sulla determinazione della condotta, che sono i tradizionali problemi della filosofia politica di cui il filosofo del diritto non può più in nessun modo disinteressarsi se non vuol rassegnarsi all'accettazione passiva di una mitologia politica che ha fatto il suo tempo.

Infine, nel campo della teoria della scienza del diritto (compito metodologico), la cosiddetta disputa dei metodi — giurisprudenza concettuale o giurisprudenza degli interessi, interpretazione dichiarativa o creativa? — si va esaurendo, anche perchè ci si rende conto che dietro ai diversi metodi vi sono diversi orientamenti etici e politici, e che la differenza dei risultati dipende non tanto dall'impostazione metodologica quanto dai diversi punti di partenza etico-politici dai quali si considerano i contenuti normativi. Oggi il problema più serio in questo campo non è tanto quello di proporre nuove maniere d'interpretare la legge, ma di studiare i procedimenti intellettuali effettivamente usati dal legislatore per porre le norme, dal giurista e dal giudice per applicarle, valendosi dei nuovi strumenti apprestati dalla logica simbolica così come i giuristi medioevali li avevano studiati valendosi della logica classica. Si tratta di una ricognizione ampia e obbiettiva dell'armamentario logico dei giuristi che deve mirare all'arricchimento di quel capitolo della filosofia del diritto, generalmente trascurato, che è la *logica legale*.

Che questi siano i temi attuali della filosofia del diritto, non vuol dire che siano i più trattati. Vi sono ancora filosofi del diritto in Italia che paiono orientati per lo più verso la trattazione di temi che a me paiono meno interessanti, o del tutto esauriti. Sia bene inteso che sono temi attuali per me, ossia sono i temi di cui da qualche anno mi sto occupando, e di cui vorrei occuparmi, se avrò capacità e tempo, anche nell'avvenire.



