

TEMI E PROBLEMI DI SCIENZA GIURIDICA

Il dibattito in Italia prima della nascita della scuola analitica di Torino

1. Gli orientamenti filosofici e le costruzioni giuridiche: le ragioni di un allontanamento.
2. Alcune difficoltà della scienza giuridica. Il problema del positivismo giuridico tra prospettiva ideologica e ipotesi scientifica: le ragioni di un primo avvicinamento.
3. Per un avvicinamento: alcune convergenze. Le ragioni della crisi. I saggi di Donati e Groppali. I nuovi intendimenti di filosofi e giuristi. Le opere.
4. Il rinnovato interesse per la giurisprudenza comporta un nuovo approccio allo studio dei rapporti tra filosofia e scienza giuridica. Il rifiorire degli studi di teoria generale del diritto.
5. L'analisi filosofica delle elaborazioni scientifiche dei giuristi. Lo studio dei riflessi nella scienza giuridica della speculazione filosofica: Il diritto come relazione di Renato Treves. I rapporti tra il concetto di giuridicità e quello di metodo nella scienza giuridica: Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto di Francesco Olgiati.
6. Una scienza giuridica essenzialmente teoretica: Il problema della scienza del diritto di Giuseppe Capograssi.

1. Gli orientamenti filosofici e le costruzioni giuridiche: le ragioni di un allontanamento.

Aveva senz'altro ragione Enrico Opocher, quando nell'ormai lontano 1953 spiegava agli studenti dell'Università di Padova che "il problema della natura della giurisprudenza del quale intendiamo occuparci in questa parte speciale del nostro corso, è diventato, specialmente in questi ultimi anni, quello che si dice un tema di moda", constatando che esso avrebbe consentito di conciliare "da un lato, la sempre più avvertibile esigenza di concretezza dei filosofi, dall'altro, l'attenzione di buona parte dei teorici del diritto", cosicché si sarebbe venuta stabilendo "tra i filosofi del diritto e giuristi un terreno d'incontro particolarmente fecondo, una specie di tregua alla loro antica, reciproca incomprendimento" [1].

Incomprendimento che Enrico Opocher [2] sicuramente riconduceva a quello scritto, ormai vecchio di trent'anni, e precisamente del 1922, nel quale Angelo Ermanno Cammarata, allora assai giovane, ma già noto come fautore dell'attualismo nel campo della filosofia del diritto [3], "facendo il punto su quello che ben si potrebbe definire come uno dei problemi cruciali di questa disciplina [la filosofia del diritto], e cioè il problema dei suoi rapporti con la scienza giuridica, ritenne di poter parlare di una tendenza "antifilosofica" della nostra giurisprudenza" [4]. Il motivo da cui prendeva origine l'intervento del giovane Cammarata era rappresentato dalla constatazione della diffidenza della giurisprudenza [5] nei confronti di tutto quanto avesse una qualche attinenza con la filosofia, "come se si trattasse di una contaminazione non si sa se più sterile o irriverente della loro rigorosa disciplina" [6]. Se è pur vero che la disamina del Cammarata sarebbe apparsa subito assolutamente puntuale: "mentre il filosofo del diritto crede in cuor suo di agevolare il cammino del giurista, invitandolo a sollevarsi in una sfera ben più elevata che non quella del mero tecnicismo, il giurista, invece, nell'intento di conservarsi "puro" il più che sia possibile, crede indispensabile rifuggire da tutto quel che abbia, anche lontanamente, sapor di filosofia: quasi che ciò costituisse il criterio più sicuro per conservare intatte le doti del vero giurista" [7], nonostante su di essa non poco pesasse l'equazione gentiliana tra filosofia e attualismo, è anche vero che tale impostazione del problema avrebbe avuto un particolare successo. Infatti, per quanto riguarda l'evoluzione della filosofia del diritto nel panorama giuridico-filosofico italiano, rilevanti sarebbero state le conseguenze di questo "punto fermo", anche se, occorre sottolinearlo, forse Cammarata non aveva colto fino in fondo le ragioni profonde di tale netta separazione, così come era probabilmente accaduto a Francesco Carnelutti, che aveva persino ritenuto di teorizzare un "actio finium regundorum" [8].

Oggi è, invece, opportuno riflettere sul fatto che i prevalenti orientamenti filosofico-giuridici del primo dopoguerra non avrebbero potuto che contribuire nel sancire una netta separazione tra la speculazione filosofico-giuridica e la concreta attività del giurista [9]. Basti pensare, infatti, al programma del positivismo filosofico italiano, certo, assolutamente eterogeneo e, per certi versi, anche contraddittorio, ma rispetto al quale non può passare sotto silenzio non solo l'intento da parte dei suoi esponenti di attribuire alcuni compiti ben determinati alla filosofia del diritto, ma anche lo sforzo di ripensare il problema delle scienze morali, attribuendo loro dignità e così ponendo fine a quella lunga inferiorità che esse continuavano a patire nei confronti delle scienze naturali.

Pensatori della statura di Icilio Vanni e Roberto Ardigò sostenevano che, se il diritto non avrebbe più potuto essere collocato in quegli ambiti che erano tradizionalmente di competenza della filosofia speculativa e della metafisica, tuttavia occorreva creare un sistema positivo della conoscenza, che si occupasse non solo delle discipline che formulano teoremi, ma anche "precetti e regole date all'operare" [10], dato che "la scienza non è soltanto la disciplina che comtaneamente unifica le indagini particolari: scienze sono anche le discipline che affrontano e sistemano quel materiale relativo rappresentato dalle norme giuridiche" [11]. Per Icilio Vanni i compiti della filosofia del diritto erano pertanto quelli della ricerca "critica", ricerca "fenomenologica" e ricerca "deontologica". La prima avrebbe indagato il fondamento e le condizioni necessarie a garantire legittimità e validità dei risultati (ricerca critica relativa al "sapere giuridico"), la seconda avrebbe investigato il senso delle istituzioni giuridiche (ricerca fenomenologica relativa alla formazione storico-sociologica del diritto), la terza la conformità tra istituzioni ed "esigenze razionali" (ricerca deontologica, relativa alla valutazione del diritto) [12]. Poco importa se, rispetto a questa tripartizione, Levi osservasse che il compito critico dovesse essere svolto in armonia e coerenza con le altre funzioni [13], mentre "Fragapane addirittura negasse che la filosofia del diritto potesse avere una funzione pratica diretta, perché la natura stessa del fenomeno giuridico non avrebbe consentito la previsione esatta degli eventi o la cognizione esatta delle leggi che li regolano" [14]. Ben poco rileva, quanto al compito "fenomenologico" che, nonostante il diverso avviso di Carle e Groppali [15], Vaccaro propendesse per delegare alla filosofia del diritto lo studio di una sociologia applicata che egli identificava con la "politica" [16]. Oppure che lo stesso Levi insistesse per attribuire il compito pratico (critico) della filosofia del diritto alla filosofia generale [17], riservando alle ricerche fenomenologiche "non formulazioni generali che spieghino tutto per non spiegare nulla, ma un tentativo di riconoscere nella realtà sociale e nella realtà del diritto fermenti che ne preannuncino la trasformazione" [18], donde lo studio "del diritto inteso come idealità sociale" [19] e l'analisi dei problemi legati all'interpretazione giudiziale. Così evidenziando una convinzione, a dire il vero più abbozzata che effettivamente perseguita, secondo la quale "per il positivista il diritto non è né un dono divino, piovuta dal cielo, né una vuota categoria logica: è una faticosa e mai finita opera degli uomini, che s'impronta delle miserie e delle speranze, delle menzogne e degli orgogli, ch'essi gettano di continuo nella fornace ove si forma" [20], in cui già s'intravede lo sforzo di ricercare la forma pura del diritto e la costruzione della nota nozione di ordine giuridico, il quale postulava un ordinamento che immediatamente ponesse in crisi la mera fenomenicità del diritto [21]. Da ultimo, ci sia ancora consentito rilevare che ben poca importanza è da attribuire alla circostanza che, pur nel dissenso tra i vari Autori del positivismo italiano sul ruolo deontologico della filosofia del diritto [22], vi sarebbe stata una certa concordia sul fatto che essa doveva mirare "alla costruzione di un diritto che corrisponda alle vere esigenze dello stato moderno", facendovi penetrare "quelle correnti di pensiero, che sono chiamate a rinnovarlo, ed ad impedire che si arresti nel suo movimento e nel suo progresso" [23]. Il vero nodo del problema, infatti, è che quella proposta dal positivismo italiano dei primi anni del secolo scorso era una filosofia del diritto che avrebbe dovuto essere in grado "di accreditare la validità di una risposta giuridica ai problemi della società, di accreditare il diritto come strumento di soluzione dei conflitti nella società e il ruolo del giurista come una sorta di lubrificante sociale" [24]. Tale tentativo, tuttavia, "nutrendosi dello scientismo positivistico, cioè dell'ingiustificata ed ingenua assolutizzazione della scienza" [25], non sarebbe stato in alcun modo in grado di attribuire un valido statuto epistemologico e pertanto un soddisfacente metodo giuridico a quella scienza della quale si sarebbero appunto dovuti servire i giuristi. Infatti, quando Brugi affermava che, siccome "la filosofia positiva non accetta diversità di metodo in alcun ordine di fatti", così sostenendo che la ricerca "che è consona all'odierna filosofia scientifica vuole pertanto revocare sotto il suo esame così i fatti fisici come i morali", e poiché non vi è "fuori dalla storia e dalla statistica un margine per l'osservazione dell'uomo", risulta chiaro che il metodo non poteva essere che quello delle scienze naturali, e il procedimento quello induttivo. Pertanto, "sono necessarie alcune operazioni della mente: la prima è l'osservazione [...]; la seconda è il collegamento del fatto coi fatti simili onde si abbia la serie e si ottenga la legge, che è l'espressione di una serie costante di fenomeni [...]", mentre "alla seconda operazione si accompagna indissolubilmente la necessità dell'astrazione e della formazione dell'idea". Quelli che secondo il positivismo filosofico dovevano finalmente essere i fondamenti della scienza giuridica erano, a ben vedere, lo schema dei processi mentali di una disciplina meramente classificatoria: "vediamo tanti fatti: dicendoli uguali saliamo al concetto astratto o schema ideale di un fatto che in natura non esiste" [26], una sorta di mera riproduzione dei procedimenti intellettivi adottati dalle scienze naturali [27], le scienze per eccellenza, anche se, occorre evidenziarlo, rispetto all'oggetto, nonostante l'opinione corrente, il principio del richiamo alla "positività" dei fatti non comportava affatto una riduzione o limitazione dell'indagine giuridica alla semplice "fattualità" della norma o del sistema delle norme positive vigenti, ma reclamava, anzi, una certa apertura verso quei fatti che oggi si definirebbero gli elementi sociologici dell'esperienza giuridica.

Eppure, la via da percorrere per uscire dall'impasse non poteva certo essere quella indicata dal neo-idealismo [28], al quale pure pensatori come Roberto Ardigò e Alessandro Levi guardavano con particolare interesse. In effetti, se è pur vero che per Benedetto Croce compito della filosofia non era quello di unificare ciò che l'intelletto divide, ma di pensare il reale nella sua unità-distinzione, proprio perché ciò che adegua la realtà è il procedimento sintetico a priori del pensiero "risoluzione perpetua di problemi sempre diversi, ma perpetuamente nascenti dal seno della storia" [29], mentre ogni altra operazione del pensiero non sarebbe stata adeguamento e conoscenza della realtà, ma mera semplificazione [30], è altrettanto vero che nella Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia, "le leggi hanno il loro valore peculiare, solo in quanto sono prodotto ed oggetto di volontà, come semplici formole, appartengono al linguaggio e alla grammatica, e, come formazione di concetti alla logica" [31]. Pertanto, se l'attività spirituale in cui si risolve il diritto è

voluzione dell'individuale, il diritto non solo viene radicalmente contrapposto alla morale, ma anche identificato con l'attività economica; i concetti della scienza giuridica, così come quelli della scienza economica e di ogni altra disciplina scientifica [32], sono pseudoconcetti [33], e pertanto teorie solo "convenzionali, di comodo, pratiche, economiche, sono conoscenze che non sono veramente conoscenze, conoscenze impure, improprie, erranee, irrazionali; o meglio, irrazionali in quanto conoscenze, sebbene del tutto razionali come fatti pratici" [34]. Risulta chiaro che un tale modo di intendere la filosofia giuridica, che avrebbe comportato la negazione di ogni capacità conoscitiva alla scienza giuridica non poteva certo rassicurare i giuristi, ai quali tale concezione dell'ordinamento giuridico non solo non avrebbe fornito loro alcun aiuto, ma li avrebbe costretti ai meri tecnicismi degli esercizi dogmatici [35], del tutto privi di ogni capacità di realmente cogliere l'oggetto della loro ricerca nella sua complessità [36].

Poche speranze, seppur per ragioni specularmente opposte, venivano anche dalla filosofia di Giovanni Gentile [37]. Se l'atto del pensiero è la volontà morale, e la filosofia del diritto è lo studio di quella volontà che ha già voluto se stessa, una specie di forma astratta di quella moralità [38], diritto e morale rappresentano pertanto un'unità dinamica, poiché il diritto è il momento astratto del voluto e la morale il momento concreto del volere, ambedue necessari alla dialettica della volontà, i quali finiscono per coincidere quando il diritto si risolve "nella concretezza dell'atto volitivo" che "crea la legge e, creandola, la vuole" [39]. D'altro canto, è chiaro che se è lo stesso Giovanni Gentile a ritenere che "la filosofia del diritto avrà diritto a vivere finché si manterrà filosofia, alla quale non si perviene muovendo dal diritto, come non si perviene da nessun altro concetto empirico; poiché tutti i concetti, quando siano già rigorosamente determinati sono già filosofia, e non possono germogliare altrove che nel suo terreno" [40], si ripropone il problema di comprendere quale sia per una concezione filosofica a tal punto immanente [41], che non sembrerebbe esservi spazio per un ambito entro il quale avrebbe potuto operare la scienza, in particolare quella giuridica. Che per Gentile non possa essere accolta non solo la "teoria generale del diritto", la quale perviene ad un concetto empirico del diritto" a causa dell'analisi dei fenomeni giuridici, dell'astrazione, la generalizzazione e la formulazione di classi e leggi generiche", ma anche la "sociologia", che è posta in correlazione con "l'influsso speciale della scuola storica del diritto" e con "l'influsso generale del positivismo naturalistico" [42], sono considerazioni ormai condivise dalla dottrina che si è occupata del suo articolato pensiero filosofico [43], il problema rimane, invece, quello del ruolo da destinare alla scienza giuridica. A ben vedere, nella costruzione filosofica di Gentile non c'è possibilità alcuna per la scienza giuridica; è pur vero che egli affermerà che filosofia e scienza sarebbero "consapevoli entrambe di trattare lo stesso oggetto e rimuoversi nello stesso mondo, che è il mondo del pensiero, l'una, la filosofia, deve approfondirsi nell'universale concependolo sempre come il centro e il principio dei particolari; l'altra, la scienza, deve approfondirsi nel particolare vedendovi però sempre più precisamente l'irradiazione di un principio universale [...], si può anche dire che la filosofia insiste nello studio del soggetto, e la scienza in quello dell'oggetto" [44], ma è altrettanto vero che si tratta di indicazioni molto generiche, poiché è la stessa filosofia di Giovanni Gentile, nell'assorbire l'oggetto nel soggetto, la materia nello spirito, la logica all'etica a "determina[re] il declino della stessa problematica conoscitiva" [45], e così della pensabilità stessa della giurisprudenza, come autonoma scienza [46]. Ed è proprio "questa negazione dell'autonomia del diritto rispetto all'esperienza nella sua totalità che illustra l'innegabile funzione esercitata a suo tempo dall'idealismo sulla filosofia giuridica e politica italiana, ma ne definisce altresì i limiti, che sono poi quelli, funzione e limiti, che sia pure con "diversa intenzionalità" finiscono per essere proprio dei suoi eredi attuali" [47].

D'altro canto, a rendere difficile la possibilità di comunicare tra filosofi e giuristi, tra filosofia del diritto e scienza giuridica, avrebbero collaborato non poco anche le dottrine neo-kantiane, in un periodo appunto in cui il neo-idealismo, si pensi a quello crociano, ricercava la definizione del diritto "a priori" attraverso la ricerca del suo "principio produttivo" o della sua "genesideale", ricorrendo al raffronto con altri schemi "a priori" e relativi ad altri aspetti dell'esperienza astrattamente presupposti e schematizzati come l'economia, ed il giusnaturalismo [48] addirittura insegnava che il giurista [49] non avrebbe potuto "prescindere da quei principi e valori trascendenti che sono propri appunto di questa fondamentale visione del problema del diritto e della giustizia: principi e valori che devono essere sempre di guida e d'ispirazione nella concreta ricerca" [50], così finendo per rendere sostanzialmente impossibile la scienza giuridica [51]. D'altronde, seguendo una efficace tripartizione di Franco Todescan [52], nessun aiuto sarebbe potuto venire da quello che viene definito il giusnaturalismo neo-critico, in cui la natura è una "funzione dell'io" [53], dato che con "una natura così concepita rispetto alla cultura neo-idealistica, un giusnaturalismo di questo tipo non si poneva in alternativa ma eventualmente in parallelo", così come dal giusnaturalismo storicistico di Carlo Antoni, "la cui poca incidenza nell'ambito specifico dell'esperienza giuridica finisce per costituire la spia di una incoerenza teoretica", visto che l'approdo allo storicismo comporta la perfetta coincidenza del diritto positivo con quello naturale, che era precisamente quello che ci si proponeva di evitare, e dal giusnaturalismo neo-scolastico, sul quale sembra pesare una diffusa "corrente di diffidenza e di sospetto verso la cultura giuridica laica e lo Stato moderno da cui è percorso l'ambiente nel quale esso è fiorito" [54].

Eppure, gli insegnamenti del neo-kantismo, soprattutto quelli della Scuola di Marburgo, potevano fornire alla filosofia del diritto degli strumenti di grande efficacia per giustificare il proprio diritto all'esistenza, e la propria autonomia, non soltanto nei confronti dei giuristi, ma anche nei confronti della cosiddetta "filosofia generale"; il campo della filosofia giuridica, così come il metodo, erano contemporaneamente assicurati e condizionati dall'intento "di liberare dalla gran massa di materiale empirico, la forma pura del diritto, cioè quell'universale giuridico che è condizione logica, non causazione del particolare, che è un a-priori, e che, come tale, non può essere determinato a mezzo di una semplice

ricerca genetica o comparativa" [55]. Poco rileva, ai nostri fini, che poi la ricerca di quei criteri che avrebbero consentito al diritto di assumere una forma o categoria a priori, siano divenuti un "a-priori logico", come insegnava la Scuola di Marburgo, così vedendosi assegnata la filosofia del diritto il compito di individuare la forma a priori che permette di definire come giuridica una determinata esperienza (funzione logica) [56]. D'altro canto, è proprio un giurista della statura di Igino Petrone ad affermare che occorre respingere quegli orientamenti che avevano ridotto la filosofia giuridica ad una fenomenologia di carattere realistico e positivistic, per porre come scopo essenziale dell'indagine giuridica "la determinazione dell'universale logico del diritto" [57], il quale deve essere nettamente distinto "dal substrato empirico e dall'ideale metafisico" [58], salvo, poi, convergere negli ultimi anni della sua riflessione verso una particolare forma di idealismo [59]. Oppure, muovendo dalla Critica della ragion pratica, secondo i dettami della Scuola sud-occidentale di Heidelberg, alla filosofia giuridica sarebbe spietato il compito di fondare sul piano del dover essere quelle "idee regolative" che si pongono alla coscienza del soggetto e ne condizionano i giudizi e i comportamenti. Come insegnava a Padova Adolfo Ravà, la filosofia del diritto è essenzialmente la speculazione su ciò che il diritto deve essere, cioè sui principi razionali del giusto, sull'ideale di giustizia", e "la cui missione è quindi, in una parola, la determinazione dell'universale giuridico" [60]. Salvo, poi, affermare, nel muovere una radicale critica al positivismo filosofico, che "coloro i quali ritengono che tutte le nostre conoscenze derivino interamente dall'esperienza, e che, quindi, il concetto di diritto si debba astrarre dalla comparazione dei vari diritti effettivamente esistenti, si chiudono sempre la via ad ogni indagine sul secondo problema, cioè intorno a ciò che il diritto deve essere, perché è impossibile da un fatto dedurre una regola" [61]. Per salvare la purezza della sua scienza, Ravà dovrà osservare che le norme tecniche si baseranno sui fatti, mentre saranno le norme etiche a fondare l'obbligatorietà dei fini [62], ma allora occorre che "le norme etiche traggano il loro valore altronde che dai fatti", considerato che "dall'essere di fatto al dover essere non è dato passaggio; e i passaggi che taluno crede di poter fare, hanno sempre un tacito presupposto che rimane indimostrato, cioè nascondono un sofisma di petizione dei principio" [63], eppure ritorna quella separazione di essere e dover essere che caratterizzerà tutta la riflessione sul diritto di matrice neokantiana.

Risulta chiaro che anche lungo questa via vi sarebbe stato ben poco spazio per una scienza giuridica che potesse fornire utili e precise direttive all'operare del giurista; anche nel neokantismo italiano l'esito sarebbe rimasto quella di trattare in modo assolutamente astratto il proprio oggetto, isolando nell'ambito di un sistema di categorie o di valori, assunti tutto sommato in maniera aproblematica e pre-supposti all'interno di ben camuffate costruzioni ipotetico-deduttive, un principio ideale o formale del diritto, qualitativamente diverso dalle empiricità della storia, proprio per questo formalmente puro ma anche per questo sostanzialmente avulso dalla problematicità di quell'esperienza che la scienza giuridica non poteva comprendere.

2. Alcune difficoltà della scienza giuridica. Il problema del positivismo giuridico tra prospettiva ideologica e ipotesi scientifica: le ragioni di un primo avvicinamento.

Si profilava, pertanto uno scenario non solo sicuramente articolato, ma, almeno per certi versi, anche sorprendente. I più avveduti giuristi, infatti, come Pietro Bonfante [64], Pietro De Francisci [65], Filippo Vassalli, Emilio Betti, Giovanni Pugliese, Salvatore Pugliatti, Salvatore Satta, solo per rimanere agli studiosi del diritto civile, già a cavallo delle due Guerre avevano iniziato ad avvertire che era fatalmente in crisi la concezione dell'ordinamento e la metodologia stessa del positivismo giuridico. E' pur vero che può essere oggi non errato affermare che la storia della cultura giuridica dei primi decenni del secolo scorso si sarebbe caratterizzata "come un processo di progressiva autonomizzazione della scienza del diritto e di omologazione e unificazione dei suoi diversi rami sotto l'egemonia teorica e metodologica, della dottrina civilistica", ma è altrettanto vero che il notevole sviluppo avuto della romanistica, "ripensata in chiave pandettistica", avrebbe finito per consentire una doppia legittimazione del diritto positivo: "della tradizione da parte della legge e della legge da parte della tradizione; della "naturale" organizzazione privatistica e capitalistica della società da parte del diritto positivo e viceversa" [66]. Eppure, vi era da parte degli stessi giuristi, una certa insoddisfazione per quel positivismo giuridico, che diventava però inevitabile, quando si fosse teorizzato, come pure loro stessi avevano fatto, la neutralità e l'apoliticità dello Stato [67], "prima ancora del loro stesso lavoro, ossia della dottrina giuridica, che essi configuravano come "scienza" avalutativa" [68].

Quei giuristi che avevano costruito un sapere giuridico unitario, per metodo, apparato concettuale e stili argomentativi, "tanto consapevole del suo ruolo costituente nei riguardi del diritto e dello Stato quanto geloso della sua autonomia, affidata al conclamato rigore "scientifico" dei suoi statuti disciplinari" [69], si sarebbero, infatti, ben presto resi conto che non era più attuabile fino in fondo quella tecnica di riduzione del concetto all'astratto e del nuovo al previsto attraverso finzioni operativamente utili predisposte e disciplinate dal legislatore stesso, come l'analogia o il ricorso ai principi generali, ma nemmeno era più soddisfacente quel "riportare l'attività dell'interprete nell'ambito di uno sviluppo euclideo delle premesse poste dal legislatore" [70], attraverso un'attività sostanzialmente modellata su un procedimento di tipo sillogistico, in cui il caso dell'esperienza finiva per essere realmente compreso solo nei limiti della sua qualificazione giuridica [71]. Nel frattempo l'unico problema della scienza giuridica sarebbe divenuto quello della validità giuridica;

rispetto a tale periodo, si sarebbe indifferentemente parlato non solo di crisi del diritto [72] e della legge [73] , ma anche della scienza giuridica [74] .

Per i giuristi poteva allora rivestire un certo interesse guardare alla filosofia del diritto, ai discorsi teorici sul diritto, rispetto al cui operato, però, la preoccupazione [75] era che "talvolta il filosofo è uno scienziato, e la discussione è feconda, appunto perché egli è tale, ma talvolta ciò non avviene, e allora l'intervento del filosofo in alcuni problemi tecnici intorbida la discussione e obbliga, almeno nelle scienze dello spirito, a rifare un eterno lavoro di Sisifo per ribattere errori vietati ed errori nuovi" [76] . Per i filosofi [77] , allora, il problema cruciale era di essere in grado di efficacemente replicare al Bonfante [78] , quando prescriveva al giurista l'utilizzo del metodo naturalistico [79] delle scienze esatte e bollava la filosofia del diritto come "una fase prescientifica nello studio del diritto" al punto da proporre nel 1911 di sostituire l'insegnamento della filosofia del diritto con quello della teoria generale del diritto.

Erano queste le ragioni per cui i giuristi che avessero voluto uscire dall'"impasse" nel quale erano caduti in forza della metodologia scientifica del formalismo, ben poco aiuto avrebbero potuto trovare nel positivismo filosofico, il quale, nell'attribuire alla filosofia del diritto uno o più "compiti esclusivi", contribuiva a rafforzare "il pregiudizio della filosofia come scientia superior, come modo di conoscenza superiore e privilegiato rispetto a quello proprio della scienza" [80] . Nel contempo, esso non sarebbe riuscito a fondare una giurisprudenza [81] che non fosse una mera classificazione di quelle norme nelle quali il positivismo ipotizzava si risolvesse tutta l'esperienza giuridica, riproducendo le metodiche che esso riteneva fossero quelle proprie delle scienze naturali [82] , facendo così ricorso ad un metodo naturalistico che avrebbe consentito di elaborare i principi giuridici di un ordinamento, spiegare le singole prescrizioni giuridiche, intendendo l'ordinamento giuridico come unità ideale di una serie di peculiarità concrete , caratterizzate da puntuali pretese di verità. Salvo, poi, non accostarsi "ad un sistema giuridico col metodo positivistico dell'osservazione dei fatti e dei loro nessi causali", poiché il giurista avrebbe visto "scompare davanti a sé l'oggetto della sua ricerca, e al posto del diritto avrebbe visto il "meccanismo giuridico", cioè gli eventi esteriormente apprezzabili che si sarebbero verificati nell'applicazione del diritto; il posto della scienza del diritto sarebbe preso dalla "sociologia giuridica" [83] .

A dire il vero, un'alternativa poteva essere quella di ricondurre la scienza giuridica all'alveo delle "scienze storiche" [84] , sulle quali incideva, però, la ormai raggiunta consapevolezza del carattere aporetico di una conoscenza "scientifica" di tali discipline, al modo di un Engels; tema che allora riproponeva in tutta la sua gravità il problema di optare o per il carattere non conoscitivo dei concetti delle "scienze sociali" e fare confluire tali istanze conoscitive nella filosofia, così come, tutto sommato, aveva suggerito il neoidealismo crociano, oppure riconoscere a tali ricerche una specifica autonomia, proprio in ragione della loro scientificità, così come aveva sostenuto Dilthey [85] , nel tentativo di ritrovare nella Critica della ragion pura un argine al positivismo e alla metafisica tradizionale, del cui importante contributo al chiarimento del metodo della giurisprudenza si discuterà in seguito.

Eppure, un'altra opzione indubbiamente veniva da quelle posizioni, pur sempre astrattamente riconducibili al positivismo filosofico, le quali, sin dai primissimi anni del Novecento, criticavano fortemente quel metodo "sperimentale" e quel "legame metodico di dipendenza" che, a detta di alcuni Autori, avrebbe dovuto consentire di unire il diritto civile "alle scienze antropologiche e sociali" [86] . Nonostante le critiche al positivismo filosofico ottocentesco, quando Brugi affermava che "il problema del metodo non è poi soltanto una questione di logica formale", poiché "il diritto non è più oggi concepibile come una norma astratta" [87] , la sua preoccupazione non era tanto quella di evidenziare i limiti del metodo naturalistico, visto che non si riteneva vi fosse "differenza di metodo fra scienze fisiche e morali" ma "differenza nella qualità dei fatti e nella molteplicità delle loro cause", quanto di meglio precisarlo, dal momento che egli riteneva che il procedimento scientifico della giurisprudenza dovesse basarsi sul metodo storico e sull'indagine statistica, "i due massimi congegni dell'odierna giurisprudenza scientifica" [88] . Anzi, da questo punto di vista, il "metodo della ricerca positiva" di Biagio Brugi risulta oggi non solo estremamente interessante, poiché la sua polemica nei confronti dei codici e pertanto contro certo positivismo giuridico, veniva attuata in nome di un'auspicata convergenza tra lo storicismo savigniano e l'approccio empirico delle nuove scienze sociali [89] , ma anche esemplare delle difficoltà di questa rudimentale epistemologia giuridica. Intrapresa tale via, infatti, ci si sarebbe dovuti accorgere che tale scienza giuridica finiva per fondarsi su due assiomi, entrambi frutto di mere ipotesi, l'idea cioè che "la storia" avesse una sua intrinseca razionalità, e la convinzione che la conoscenza fondata sull'"osservazione quotidiana" avrebbe consentito di esaurire l'intera realtà. Percorsi entrambi che, anziché consentire il superamento dell'"asserita "contraddizione fra il diritto come fatto storico e un sentimento o istinto giuridico individuale che lo prepara" e conseguentemente la nascita di una giurisprudenza in grado di "guidare la pratica per riformarla" [90] , avrebbero probabilmente favorito una migliore convergenza del metodo sistematico-pandettistico con il dogma giuspositivistico dell'autorità della legge, ma niente di più. D'altro canto, il tentativo di uscire dall'impasse del positivismo attraverso un aggiornamento dello storicismo non poteva che confluire ancora una volta nel positivismo giuridico [91] . Infatti, se da un punto di vista metodologico, con lo storicismo, abbandonato il metodo dogmatico-cartesiano, le scienze avevano cercato il loro fondamento, anziché in postulati razionali, "nella realtà storica criticamente accertata" [92] , non vi poteva essere dubbio alcuno che, se il criterio storico veniva elevato a criterio di verità, la realtà storica considerata come la vera realtà ed il processo di formazione storica delle istituzioni giuridiche invocato a giustificazione delle medesime, l'oggetto proprio delle scienze morali non poteva che coincidere con il diritto positivo [93] . A ciò ben poco avrebbe potuto aggiungere il positivismo, nonostante

"la psicologizzazione dei valori spirituali che sarebbero venuti in questione per i contenuti giuridici" [94] , poiché, se la storia si era "cristallizzata" nel diritto positivo, la cui autorità, seppur solo per ipotesi, era garantita dall'intrinseca razionalità della stessa, i fatti che il giurista avrebbe dovuto osservare non potevano essere se non quelli che il legislatore aveva già giudicato degni di osservazione: le norme giuridiche poste dal legislatore. L'effetto sarebbe stato probabilmente solo quello di aver reso definitivamente inutile ogni discussione sui rapporti tra la scienza e la filosofia giuridica, essendosi sostanzialmente risolta quest'ultima nella teoria generale del diritto, nonché quello di accentuare i rapporti di contiguità tra il metodo dello storicismo e quello del naturalismo giuridico, caratterizzati entrambi da "un monismo empirico", per utilizzare le parole di Gioele Solari [95] .

E' pur vero che un'altra risposta di una certa rilevanza poteva venire da pensatori di formazione positivista, come il Falchi, i quali correttamente ammonivano che la filosofia, se voleva essere veramente positiva, non si sarebbe potuta ridurre ad un ingenuo biologismo, ma doveva fare posto al problema gnoseologico, poiché "se nell'uomo e nella sua mente l'a-priori si troverà ad esistere come elemento costante e come condizione di ogni apprendimento, il positivista non avrà smentito i suoi principi, riconoscendo una verità che è ricavata dall'indagine obiettiva della realtà" [96] . Ma è altrettanto vero che, pur intendendo attribuire alla costruzione scientifica quell'unità ed organicità che difficilmente poteva essere raggiunta dalla dogmatica e dalla teoria generale le quali, valendosi di un metodo esplicitamente induttivo, continuavano a smarrirsi nell'analisi senza mai giungere alla sintesi, lungo questo itinerario, si sarebbe solo riproposto in tutta la sua gravità il problema del concetto dell'a-priori del diritto, che tanto aveva impegnato le scuole neo-kantiane.

A ben vedere, il problema risultava sciolto solo apparentemente; anzi, addirittura complicato. Infatti, il posto del tranquillizzante scientismo comptiano, che pure Ardigò prima e Alessandro Levi dopo avevano perspicuamente disvelato, veniva preso da uno scientismo molto più infido e spesso di non facile decodificazione. Infatti, non c'è dubbio alcuno che quella scienza giuridica di matrice positivista sviluppatasi nei primi decenni del Novecento, anche se nata come critica al positivismo filosofico ottocentesco, a ben vedere, avrebbe continuato a prescrivere di aggregare e generalizzare concetti, mostrando una particolare propensione per la teoria generale del diritto [97] , che sarebbe però rimasta priva di ogni valenza conoscitiva. Caratteristica questa che il Bobbio degli anni Cinquanta, analizzando la teoria generale di Alessandro Levi, avrebbe grandemente elogiato, considerato che, a suo giudizio, "il problema più interessante non sarebbe stato quello generico della funzione del concetto di rapporto giuridico in una teoria del diritto, bensì quello più specifico della legittimità di questo concetto in ordine ai problemi concretamente posti e risolti nella trattazione", ma "a partire dai canoni metodologici adottati", la compatibilità degli stessi con la teoria fondamentale a cui si sarebbe ispirata" [98] . Un sapere indubbiamente operativo, dato che il problema gnoseologico era stato devoluto al sapere filosofico, al quale spettava il compito di indagare il fondamento e le condizioni necessarie a garantire la validità e la legittimità degli esiti della scienza giuridica, così dovendosi porre l'ulteriore problema che tali risultati altro non sarebbero stati se non successive generalizzazioni, ottenute per via induttiva, dei concetti della dogmatica.

Eppure, nemmeno nel neo-idealismo, il quale, seppur per itinerari diversi [99] , aveva addirittura negato alla filosofia del diritto un ambito autonomo, ora ridotta alla filosofia dell'economia, ora alla filosofia della morale, trasformando in entrambi i casi ogni possibile forma logica del diritto in una forza efficiente che produceva il suo concretarsi nel mondo. E nemmeno potevano ispirarsi a quella scienza giuridica di matrice crociana, sulla quale pesava, invece, non tanto, o comunque non solo, l'idea che ogni teoria del diritto potesse essere ridotta a "una semplice teoria della volontà", con la conseguenza che "ogni specifico ulteriore lavoro che i giuristi come tali pensassero di dover compiere, sarebbe intrinsecamente svalutato nel suo contributo dottrinale" [100] , ma soprattutto la dottrina dei pseudoconcetti [101] delle scienze matematiche e naturalistiche. E' pur vero che l'idealismo aveva fornito gli strumenti teorici per superare la differenza tra scienze naturali e scienze spirituali, poiché la contrapposizione era tra le scienze, comprese quelle giuridiche che presupponevano il proprio oggetto come già costituito, e la filosofia o pensiero in atto, che contemporaneamente assorbiva e costituiva quel primo momento del pensiero astratto. Non c'è dubbio alcuno pertanto che i pseudoconcetti avrebbero rappresentato il veicolo di un sapere meramente convenzionale il quale, se poteva avere un qualche significato quale argine rispetto alle velleità metafisiche di certo positivismo particolarmente ingenuo, e poteva trovare una qualche giustificazione nella difficoltà da parte del Croce di conciliare natura e storia, comunque negava ogni valore alla giurisprudenza, che veniva considerata una scienza decisamente empirica, non solo meramente classificatoria ma anche priva di quella valenza operativa che caratterizzava il pensiero dei contemporanei Mach [102] e Poincaré [103] , ai quali pure Croce si richiamava [104] . Quanto a Giovanni Gentile, poi, sarebbe bastato evidenziare quanto egli avrebbe affermato nel 1923 in Sistema di logica come teoria del conoscere, così definitivamente negando ogni valenza conoscitiva alle scienze "tout court": "alle scienze come atteggiamenti dello spirito la nostra filosofia vuole soltanto dare un avvertimento, che è conforme al loro stesso interesse, ammonendole che a quella realtà cui esse guardano non è tutta la realtà, e perciò è astratta" [105] , in cui risultava evidente l'antipositivismo di fondo e la precisa consapevolezza del rischio dello scientismo.

Ciò nonostante, occorre tenere ben presente, come si vedrà meglio in seguito, che alla diffusione nella cultura giuridico-filosofica italiana dei convincimenti gnoseologici, sia crociani che gentiliani, in un modo o nell'altro, ma entrambi complessivamente in grado di fornire degli strumenti particolarmente efficaci al fine di giustificare l'inutilità di ogni

approccio scientifico allo studio del diritto, sarebbe corrisposto un sempre più diffuso interesse dei filosofi del diritto, neo-idealisti e non, per la scienza giuridica.

In realtà, a ben vedere, quella percorsa dagli allievi di Croce e di Gentile, ma non solo, era una via veramente obbligata, dato che occorreva non solo nuovamente ri-conoscere un significato alla propria disciplina [106], non solo ri-affermare la necessità della categoria della giuridicità [107], ma soprattutto confrontarsi con quei giuristi che del diritto erano quotidianamente chiamati ad occuparsi, realmente. In questa prospettiva, per restare ai neo-idealisti, risulta ancora oggi esemplare lo sforzo di un filosofo del diritto come Widar Cesarini Sforza il quale, formatosi in una Scuola che insegnava che alla giurisprudenza non si poteva pensare che in termini di pseudoconcetti, non solo intendeva fondare una scienza giuridica [108], questa sì, consapevolmente pura e convenzionale ma riteneva anche che per uscire dalle difficoltà del crocianesimo, occorreva attribuirle una funzione ben precisa. La scienza giuridica diventava fiduciosa ricerca della "uniformità o legge suprema dei fenomeni"; la giurisprudenza integrale assurgeva "al sistema di tutti i possibili concetti giuridici" [109]; un modo come un altro per consentire alla giurisprudenza di poter operare nell'esperienza giuridica, nella storia, nella quale pure secondo Croce si ritrovava "il razionale processo comune al tutto" [110]. Come risulterà più chiaro in seguito, quando si affronterà analiticamente la riflessione filosofico-giuridica di Cesarini Sforza, risulta immediatamente evidente che il problema che la sua scienza giuridica, integrale, dovrà sciogliere sarà quello di conciliare l'esigenza di comprendere l'esperienza giuridica a partire dalla natura non conoscitiva dei pseudoconcetti crociani, senza per questo ricondurre nell'alveo magno della filosofia queste istanze conoscitive inerenti alle "scienze sociali". Oppure, ancora, di quello stesso Ermanno Cammarata, secondo il quale la filosofia del diritto avrebbe dovuto elaborare quelle categorie formali costitutive del mondo dell'azione che dovevano fornire al giurista i criteri fondamentali della qualificazione giuridica, e quindi i fondamenti veramente teoretici della propria ricerca [111]. Tentativi, certo, per alcuni versi, formidabili, ma, per altri, con obiettivi difficilmente raggiungibili che conducono a esiti non sempre soddisfacenti, dato che ci si sarebbe ben presto resi conto che la via di uscita non sarebbe stata quella di mettere mano alle categorie crociane senza revocare in dubbio l'intera costruzione neo-idealista, quanto quella di riuscire a fondare epistemologicamente una giurisprudenza, che certo poteva anche essere definita integrale, ma che prima delle denominazioni avrebbe dovuto essere in grado di accompagnare il giurista nella quotidiana ricerca del *sum cuique tribuere*.

Per non parlare del giusnaturalismo, rispetto al quale la giurisprudenza aveva sostenuto i primi e i più poderosi sforzi al fine di liberarsi dalle implicazioni metafisiche che esso comportava.

In tal modo, alla sopradelineata concezione della giurisprudenza subentrava, soprattutto in quegli Autori che più esplicitamente si rifacevano alla teoria "dei valori" della scuola sud-occidentale e al ruolo deontologico della filosofia del diritto, una forma di scientismo molto più sofisticata, ma non per questo meno pericolosa. Il problema epistemologico, infatti, era pur sempre quello già posto dal positivismo più attento: la fondazione di una scienza giuridica che potesse accedere al concetto del diritto, il quale doveva contemporaneamente dotare di significato l'esperienza giuridica e costituire il punto di partenza per la determinazione dell'ideale giuridico [112]. E' oramai patrimonio acquisito della dottrina occupatasi del neokantismo, che ne sarebbe derivato, quale concetto di diritto, una forma vuota, che si sarebbe potuta ottenere "tanto dalla materialità empirica, quanto dalla sostanzialità metafisica, la quale avrebbe potuto, quindi, assumere per contenuto, tanto il rapporto empirico della coesistenza, quanto l'ideale metafisico della relazione intersoggettiva" [113]. Una giurisprudenza, pertanto, quella proposta dal neo-kantismo che, per via induttiva non avrebbe potuto cogliere la condizione essenziale di ogni possibile diritto, a meno di non voler mutare prospettiva e abbracciare il metodo deduttivo [114], così trasformando quell'ideale giuridico, inteso quale rapporto intersoggettivo in grado di condizionare e valutare l'intera esperienza giuridica, in una vera e propria ipotesi, come tale convenzionalmente assunta, ed efficace nei limiti delle operazioni che con essa si sarebbero volute fare; certo, anche esprimere un giudizio sul contenuto del diritto positivo, purché si continuasse ad avere ben presente che il parametro di tale giudizio non avrebbe avuto nulla che a che vedere con il criterio fondativo di tale valutazione.

Oppure ancora del neo-kantismo della Scuola di Marburgo, la cui metodologia, almeno astrattamente, avrebbe dovuto consentire di finalmente fondare una soddisfacente scienza giuridica, che avrebbe consentito il superamento di quella proposta dal positivismo [115] e dal neo-idealismo crociano [116]. Non è certo questo il momento di affrontare la complessa e articolata questione risalente alle diverse interpretazioni che avrebbe assunto il tentativo di applicare al campo del diritto il metodo della Critica della ragion pura e di apprestare quindi una logica giuridica nel senso della Logica trascendentale di Kant, cioè rivolta a determinare le forme pure, le categorie a-priori che condizionano l'esperienza del diritto ma nel contempo in grado "di conoscere le origini storiche del diritto e valutare questo, secondo l'ideale di giustizia desunto dalla pura ragione" [117]. Ma sia sufficiente evidenziare che in Italia aveva trovato particolare diffusione quella tendenza nata con Igino Petrone e giunta fino a Giorgio Del Vecchio passando attraverso Rudolf Stammler, in virtù della quale la definizione di concetto di diritto viveva attraverso le note distinzioni kantiane di forma e materia, concetto ed idea [118], per rappresentare una forma pura esprimente l'insieme dei caratteri incondizionatamente universali del diritto che lo avrebbero reso differente dalla morale, dal costume, dall'arbitrio [119]. Si registra una netta separazione tra l'ideale del diritto, a cui corrisponde il fine deontologico della filosofia del diritto, e il concetto di diritto [120] al quale corrisponde il criterio logico, "forma trascendentale" [121] dell'esperienza, il quale dovrà

essere ricercato eliminando il materiale empirico, per poi porsi prima dell'esperienza concreta e costituendone la condizione di esistenza. Se il diritto era la forma a priori della realtà sociale e contemporaneamente il parametro che imprimeva il carattere della giuridicità all'esperienza concreta, l'obiettivo della scienza giuridica diventava allora quello dell'individuazione "di una forma a priori della giuridicità sottratta ad ogni condizionamento ideologico ed empirico" [122]. Ne risultava una scienza del diritto che, pur avendo abolito la distinzione tra scienze naturali e storia fondata sull'oggetto per sostituirvi una basata sul metodo, pretendendo di essere pura, prestava il fianco ad almeno due ordini di possibili critiche. Infatti, se effettivamente fosse una scienza giuridica pura, il che significherebbe aver fatto della validità giuridica l'unico vero problema della giurisprudenza, rimarrebbe quantomeno la questione di comprendere come potesse questa scienza ritrovare l'universale logico del diritto, condizione essenziale dell'esperienza giuridica e nel contempo immanente ad ogni aspetto empirico del diritto. Ma, a ben vedere, era una giurisprudenza che non era nemmeno pura e cioè scevra da implicazioni metafisiche. Quella proposta era infatti una scienza giuridica che potrebbe essere definita trascendentale [123], dato che "se la definizione del diritto riesce a sollevarsi ben oltre un'astratta generalizzazione delle norme giuridiche", ciò è possibile solo perché la relazione formale dell'universale logico poggia su un principio etico, il che fa sì che il diritto non sia più indifferente al suo contenuto", come avrebbero preteso la Scuola di Marburgo e Giorgio Del Vecchio [124].

E non è probabilmente un caso, se uno dei più attenti studiosi del diritto positivo del secolo scorso, in ogni caso il più noto avvocato del dopoguerra, Francesco Carnelutti, accortosi dell'ormai irreversibile crisi del positivismo giuridico, quando aveva voluto recuperare un ruolo alla filosofia del diritto ed alla scienza giuridica, aveva riproposto nei suoi scritti filosofici tutte le più diffuse tesi sui rapporti tra filosofia e scienza, del positivismo filosofico prima, del neo-kantismo dopo, via via fino al giusnaturalismo, senza mai effettivamente cogliere la reale problematicità di tale rapporto. Dall'actio finium regundorum del 1923, alla concezione della filosofia del diritto intesa come scientia altior [125], in cui non era chiaro se fosse maggiore l'influsso del positivismo oppure quello del neo-kantismo della Scuola di Marburgo, la quale consentiva di rispondere "all'aspirazione istintiva del giurista di vedere nella filosofia un campionario di concetti, cui ricorrere per conoscere esattamente il significato di nozioni generalissime, che per lo più, sono sfuggenti [...]", anche se egli "ha bisogno di conoscere esattamente l' almeno l'uso di alcune nozioni generali che frequentemente maneggia: per esempio persona, fatto, tempo, giudizio", rispetto ai quali egli "vorrebbe sbrigliarsene, chiedendo al filosofo la definizione dei concetti di questo tipo", il quale fornisca al giurista "le nozioni che servono alla pratica e alla scienza del diritto e mostri, in tal modo, la sua utilità" [126]. Fino alla costruzione della filosofia giuridica come esigenza metalogica o deontologica [127], in cui il giurista friulano faceva sue le tesi del giusnaturalismo per un verso, e del neo-kantismo della Scuola sud-occidentale per un altro.

Eppure i giuristi erano perfettamente consapevoli che in crisi era non solo l'idea che tutto il diritto dovesse coincidere con il diritto legale e che quest'ultimo era indipendente ed autonomo rispetto a qualsiasi realtà sostanziale, così sancendo, in nome della certezza del diritto, il prevalere di una concezione assolutamente formale delle leggi giuridiche, totalmente slegata da ogni riferimento al contenuto delle realtà, ma anche soprattutto la metodologia giuridica del positivismo giuridico, la quale, a ben vedere, rappresentava la conseguenza dell'aspirazione di dare vita ad un sistema dotato della precisione del sistema matematico, ove concetti e definizioni dovevano essere perfettamente coerenti l'uno con l'altro, e "tali da non patire eccezioni, insomma veri e propri dogmi, sulla cui esattezza si voleva credere fermamente" [128]. E' pur vero che anche recentemente è stato osservato in modo particolarmente acuto, come il positivismo giuridico non sarebbe stato un particolare modo d'intendere l'esperienza giuridica, ma il naturale effetto di una puntuale opzione epistemologica: "si fa la scienza come scienza del diritto positivo perché interessa fare la scienza del diritto, e [si trova] nel diritto positivo l'oggetto che la rende possibile, e le si assegna appunto questo oggetto" [129]; ma è altrettanto vero che la scelta di questo o di quel metodo giuridico era comunque strettamente correlata ai diversi modi d'intendere la realtà giuridica, rispetto alla quale appunto la metodologia giuridica costituiva uno strumento per comprenderla.

Occorre, infatti, riflettere sul fatto che, come si è cercato di suggerire finora, le più diffuse dottrine filosofico-giuridiche dei primi decenni del secolo scorso, se da un lato, avevano fornito dei modelli di scienza giuridica non solo intrinsecamente contraddittori ma operativamente del tutto inefficaci, anche se ciò risulterà molto più chiaro nel proseguo della trattazione quando la disamina degli stessi sarà svolta analiticamente, e spesso del tutto incoerenti rispetto al sistema filosofico del quale erano emanazione, dall'altro, avevano finito per concordare, più o meno consapevolmente, con i dogmi del positivismo giuridico, dal quale, e qui sta il nocciolo del problema, tutte programmaticamente avevano inteso prendere le distanze.

Basti pensare alla filosofia sociale "positivista" di Comte, oppure a quella di Bentham e J. St. Mill, oppure ancora alla "dottrina dell'evoluzione" di Darwin, nelle quali l'empirismo diventava aspirazione a bandire ogni istanza "metafisica" dalla scienza ed "a limitare quest'ultima ai "fatti" ed alla loro conformità a leggi", le quali devono essere esaminati empiricamente. D'altro canto, la trasposizione all'esperienza giuridica dell'istanza del positivismo significava "occuparsi esclusivamente del diritto positivo", dato che occorreva limitarsi ai "fatti, a quanto è realmente esistente" [130]: "solo ciò che funziona come diritto è diritto, e nient'altro; e tutto questo è diritto senza eccezione" [131], non interessando "quale contenuto di pensiero si dia al preteso diritto non positivo, e quale posto si assegni a questo contenuto, da un qualsiasi punto di vista", considerato che "ogni diritto al di fuori di quello positivo è, come diritto, un non senso" [132]. Poco rileva,

poi, che siano i fatti psicologici di Bieling, i quali "si trova[no] nella coscienza degli uomini", oppure che coincidano con i fatti della vita sociale del primo Jhering, visto che "si riferiscono al comportamento sociale degli uomini", oppure ancora, "nel tentativo di rivendicare alla scienza giuridica un oggetto puramente ideale", e per coloro i quali vogliono ancora considerare il filosofo di Praga un positivista e non un neo-kantiano, con i comandi che risultano conformi alla Grundnorm. Infatti, ciò che conta è che tutte le teorie giuridiche positiviste erano perfettamente concordi "nell'intendere il diritto esclusivamente come "diritto positivo" e nel rifiutare, invece, come "non scientifica", la ricerca di qualunque principi o giuridico "soprapositivo", di un "diritto naturale" o dell'idea del diritto come sostanziale a priori logico di ogni diritto", anche se dalle predette teorie "derivano conseguenze molto diverse anche per la metodologia giuridica" [133].

A risultati non dissimili sarebbero giunti in Italia Icilio Vanni [134] e Alessandro Levi [135], i quali, pur nell'intento di rifiutare l'eredità comtiana e di costruire una teoria della conoscenza positiva "recuperando l'esperienza del criticismo kantiano" [136], e nonostante lo sforzo di superare il dogma empirista della mente intesa quale una tabula rasa, comunque non risultavano mai in grado di revocare in dubbio l'idea che il diritto non potesse non coincidere con la legge validamente posta in essere dallo Stato, a prescindere dal suo contenuto, rispetto al quale al giurista non poteva essere chiamato ad esprimere alcuna valutazione [137].

Se, poi, condividiamo l'autorevole impostazione, secondo la quale il positivismo giuridico [138] si sarebbe sempre caratterizzato per il tentativo di rappresentare l'ordinamento giuridico come un "sistema di norme poste con atti di volontà da esseri umani, al servizio della volontà politica che nel diritto positivo trova la sua forma" [139], non c'è dubbio alcuno che la concezione del diritto del neo-idealismo italiano sia stata autenticamente positivista [140] e formalista [141], sia che il diritto fosse fatto coincidere con "un'astrazione di schemi e di pseudoconcetti derivanti dalla concrete volizioni economiche" [142], sia che l'esperienza giuridica "si risolvesse nella vita concreta dello spirito che è volontà morale", dal quale deriva poi, ineluttabile [143], il convincimento che "la legge veramente ingiusta è quella che si abroga" [144].

Ciò che forse costituisce un dato meno scontato è che anche il neokantismo, non solo quello italiano, non sarebbe stato in alcun modo capace di uscire dall'orizzonte del positivismo [145] e del formalismo giuridico [146]. Eppure, a ben vedere, sul punto non vi dovrebbero essere particolari perplessità, se Giorgio Del Vecchio, pur contestando la tesi della crociana separazione tra diritto e morale, definiva il concetto del diritto come pura forma indifferente al proprio contenuto, dato che "nel concetto formale del diritto sono comprese tutte le possibili specie di affermazioni giuridiche" [147]. E ancora, se possibile, più autenticamente intrisa di formalismo giuridico appare la concezione giuridica di Igino Petrone, secondo la quale il diritto non faceva che imprimere la sua forma alla materia che gli era data dall'esperienza e dalla storia: "nella forma o nel rispetto morfologico, il diritto è un comando del superiore o un atto di volontà del potere. Nel contenuto è una sanzione ed una garanzia dei preesistenti rapporti di dominio, di possesso, di coordinazione degli individui" [148].

In altri termini, risultava di tutta evidenza che giuristi e filosofi finivano per convergere nel positivismo giuridico, costituendo tale approdo o il più evidente corollario di una scelta metodologica, quella del metodo induttivo del naturalismo giuridico ovvero, più generalmente, del monismo metodologico (lo studio del diritto positivo come condizione che rende possibile la scienza del diritto), oppure come conseguenza, sicuramente non consapevole e, anzi, probabilmente non voluta, di una esplicita opzione filosofica, come sarebbe accaduto al neoidealismo ed al neokantismo italiano.

Da ultimo, occorre anche rilevare che è pur vero che "gli interventi delle opposte parti non portarono che a ribadire le opposte tesi", profilandosi, da una parte, "l'avversione o l'indifferenza dei giuristi verso l'attività dei filosofi ed in genere verso qualsiasi prospettiva d'indagine che esorbitasse dai limiti ritenuti di loro rigorosa competenza, dall'altra a riconfermare l'incapacità dei filosofi a convincerli del contrario e quindi, più ampiamente, a stabilire le basi per un colloquio" [149], ma è altrettanto vero che sotto la reciproca indifferenza o insofferenza che dir si voglia, si celava un formidabile problema epistemologico, probabilmente non avvertito fino in fondo nemmeno dai filosofi, quello del metodo della giurisprudenza, e dei rapporti di quest'ultimo con l'oggetto della scienza giuridica.

3. Per un avvicinamento: alcune convergenze. Le ragioni della crisi. I saggi di Donati e Groppali. I nuovi intendimenti di filosofi e giuristi. Le opere.

La questione, infatti, veniva perfettamente colta da Enrico Opocher: "ora è precisamente contro questo processo degenerativo [l'idea cioè che per conservare autonomia alla filosofia del diritto occorresse rigidamente distinguerla dalla scienza giuridica] aperto dall'autonomismo tradizionale, che l'attuale speculazione filosofico-giuridica italiana tende a reagire attraverso il concetto della nostra disciplina che il suo fondamentale problematicismo esprime. E tende a reagire proprio ponendo l'accento non più su una rigida distinzione della filosofia del diritto dalla filosofia generale, dalla scienza

del diritto o dalla sociologia, bensì sull'unità sostanziale della coscienza giuridica in ogni sua forma e quindi sulla necessaria inerenza della filosofia del diritto al movimento stesso dell'esperienza giuridica" [150].

Non è pertanto del tutto vero che la filosofia giuridica fosse rimasta sorda alle sollecitazioni che venivano dalla scienza giuridica. Che, poi, tale rinnovato interesse per la scienza giuridica fosse in parte dipeso anche da ragioni di opportunità, come la sopravvivenza stessa della disciplina; che, poi, tale attenzione trovasse non pochi ostacoli nella stessa formazione filosofica di coloro i quali avrebbero dovuto occuparsi dei procedimenti della scienza giuridica, limiti non solo di ordine concettuale ma anche di natura psicologica, non ultimo quello dipendente dalla tradizione essenzialmente aristocratica della nostra cultura umanistica; che, infine, a fronte di tale esigenza risultasse più semplice porre a confronto l'operato del giurista con un astratto modello di scientificità, magari preso a prestito da vecchi armamentari concettuali o, peggio ancora, da esperienze straniere, probabilmente à la page, che avrebbero anche consentito una certa sprovvincializzazione della disciplina, piuttosto che riflettere e cercare di comprendere in che modo e sulla base di quali esigenze il giurista quotidianamente operasse, tutto ciò occorre concederlo.

Ciò evidenziato, va registrato che un primo motivo di consonanza tra filosofi e giuristi era rappresentato dalla perfetta identità di vedute sulle origini della crisi del diritto e della scienza giuridica [151]. Quando, infatti, Francesco Carnelutti parlava di crisi della legge, del processo, del contratto e del decreto [152], e Salvatore Pugliatti di "crisi della scienza giuridica" a causa della estrema mobilità del suo oggetto in quel difficile momento storico" [153], al quale faceva eco Piero Calamandrei [154], risultava evidente che si sarebbe trattato di analisi non troppo diverse rispetto a quelle che stavano proponendo i filosofi del diritto [155]. Basti pensare a quello che sosteneva Giuseppe Capograssi nel diritto dopo la catastrofe, secondo il quale l'ordinamento giuridico era divenuto "qualche cosa puramente di fatto, un insieme di tecniche a disposizione di tutte le passioni della vita", "se la legge giuridica si oppone con la sua lettera o con il suo spirito al realizzarsi di quegli scopi sovrani, si nega valore alla legge, stabilendo un'antitesi tra legge e diritto, si sottopone la legge al diritto identificando il diritto con la pretesa volontà del popolo di conseguire quello scopo", con la conseguenza che lungo questa via "il diritto non è nulla di per sé, non ha per sé nessuna legge, nessun contenuto nessuna verità. Il diritto è forza" [156]. Oppure alle parole di Enrico Opocher, il quale sosteneva però che le ragioni della catastrofe andavano ricercate non tanto nel fatto che il diritto era stato utilizzato dal potere esecutivo, rispetto al quale legislatore e giudice erano divenuti strumenti della volontà e della classe dominante, quanto piuttosto nella circostanza che per troppo tempo "i teorici del diritto, siano essi filosofi o giuristi" avevano potuto condurre "dal loro rispettivo punto di vista, una strenua lotta per la verità giuridica", ma solo ponendosi "dall'angolo visuale di un concetto puramente formale di questa verità" [157]. In altri termini, eccezion fatta per l'analisi del professore padovano, è sintomatico che giuristi e filosofi pienamente concordassero sul fatto che le cause della crisi del diritto si sarebbero essenzialmente dovute ricercare nella circostanza che sarebbe venuta meno quella concezione laica e liberale dello stato di diritto, che poggia sul rispetto della separazione dei poteri e della gerarchia delle fonti del diritto, e pertanto sul primato della legge.

L'insoddisfazione, infatti, non era immediatamente riconducibile al positivismo giuridico, dato che "l'astrattezza e la rigidità schematica della legge, di che suole farsi dai profani un rimprovero alla giurisprudenza, erano invece conseguenze necessarie, e praticamente benefiche, della funzione che il diritto esercita nella vita", con la conseguenza che doveva giudicarsi negativamente quella "considerazione, che si potrebbe dire storicistica, anche della legge e degli stessi codici, con accentuazione della loro relatività, e della possibilità di modificarne il senso, senza bisogno di nuovi atti legislativi, mediante un largo processo interpretativo, nell'atto dell'applicazione giudiziale" [158].

E' lungo questa linea interpretativa che con estrema disinvoltura Salvatore Pugliatti avrebbe affermato che "nei paesi nei quali si tentarono trasformazioni radicali delle strutture giuridico-politiche", ciò che avrebbe consentito "ai cultori della scienza giuridica di opporre una barriera formale ai reiterati e sempre più insistenti tentativi di sopraffazione", sarebbe stata una scienza giuridica caratterizzata da "una rarefatta geometria di forme concettuali legate in un elaborato sistema, capace, almeno in apparenza, di accogliere qualsiasi contenuto" [159]. In altri termini, a tal punto la geometria legale si era insinuata nella cultura filosofica italiana, cosa che per i giuristi significava incondizionata accettazione del positivismo giuridico, che nemmeno i più attenti studiosi di scienza giuridica si sarebbero accorti che non aveva alcun significato affermare che "uno dei nostri più insigni giuristi [appunto Salvatore Pugliatti] ha potuto giustamente parlare di una valida forma di autodifesa della scienza giuridica" [160] nei confronti della strumentalizzazione del diritto [161]. Infatti, le ragioni della crisi andavano meditate non tanto a partire dalla convinzione che "si errerebbe pertanto, se si affermasse come verità di ordine generale la tendenza del diritto a passare dalla forma della consuetudine, o della pronuncia giurisprudenziale sporadica e saltuaria, alla forma della legge" [162], quanto dalla concezione di quella giurisprudenza, frutto del positivismo filosofico ma anche del neoidealismo crociano, che riteneva di salvare la sua autonomia mantenendosi pura [163], senza riflettere sulla natura convenzionale dei suoi risultati [164]. Eppure, così dimenticava che, lungo questa via, purezza avrebbe significato indifferenza rispetto a qualsiasi contenuto [165], adattabilità ad ogni verità, fondazione di una scienza giuridica che, non potendo cogliere fino in fondo la realtà, poiché i pseudoconcetti non avevano alcun valore conoscitivo [166], ma nemmeno darvi fondamento, poiché l'ordinamento giuridico, ipotizzato come un insieme coercitivo di norme già funzionante, diventava lo strumento principe per la trasformazione dei rapporti di forza in rapporti giuridici [167].

Ed è ancora oggi emblematico che Flavio Lopez de Onate avesse ritenuto che il problema della crisi del diritto si sarebbe potuto risolvere attraverso il ricorso alla certezza del diritto, intesa quale generalità e astrattezza della norma, poiché, dal momento che il diritto costituiva la struttura basilare della società, sarebbe stato necessario che le disposizioni legislative potessero essere riferite ad un gruppo di persone e di rapporti considerati astrattamente, cioè a prescindere dalla loro individualità, e in grado di disciplinare classi o categorie di comportamenti tipizzati [168]. I valori dell'astrattezza e della generalità della norma avrebbero consentito di meglio tutelare il soggetto umano rispetto a quell'istanza di giustizia che solo apparentemente consentiva lo svolgimento della vita sociale, poiché il diritto non avrebbe mai potuto rinunciare al suo momento obiettivo, poiché la concretizzazione della norma permetteva di ricondurre il singolo episodio in una struttura ordinaria. La certezza del diritto sarebbe così divenuta il mezzo "per piegare l'azione a presentarsi nella sua universalità e nella sua verità", dato che "il diritto è la verità sociale dell'azione, nella certezza che la verità presenta" [169].

Opera emblematica [170], si è detto, poiché avrebbe rappresentato uno degli sforzi più consapevoli [171], dall'interno dello stesso formalismo neo-idealistic, di proporre una scienza giuridica che potesse sciogliere il problema della crisi del diritto, senza per questo contrapporvi uno sterile giusnaturalismo, o accentuare il carattere creativo dell'interpretazione, la quale, a ben vedere, sarebbe divenuta la via più battuta dagli studiosi di formazione crociana e gentiliana, che si sarebbero ben presto resi conto che la gnoseologia neoidealistic collimava perfettamente con l'ideologia del positivismo giuridico.

In ogni caso, verificata una qualche identità di vedute sulle cause della crisi, si tratterà di analizzare come giuristi e filosofi abbiano ritenuto di poterne uscire. Se è possibile affermare che la filosofia giuridica italiana fino a quel momento aveva affrontato con un certo disinteresse il problema epistemologico del fare dei giuristi, è altrettanto esatto sostenere che a tale distacco era corrisposto un comportamento da parte dei giuristi che aveva contribuito a rendere ancora più marcato tale divario. Infatti, senza ombra di dubbio, l'atteggiamento antifilosofico della nostra giurisprudenza dipendeva anche dall'astrattezza degli orientamenti filosofici e dalla inconsistenza delle dispute, spesso solo accademiche, che avevano caratterizzato la nostra cultura, ma la consolidata e incondizionata accettazione dei nostri giuristi del positivismo giuridico, per la maggior parte dei quali probabilmente addirittura inconsapevole, sembrava avere reso sostanzialmente inutile, se non anche dannosa, ogni riflessione filosofica sull'ordinamento giuridico che mirasse a criticare in crisi il fondamento scientifico e ideologico del positivismo giuridico. Eppure, e la circostanza risulta quanto meno sintomatica di una singolare e completa incomprendimento degli uni e nei confronti degli altri, anche tutte le filosofie giuridiche fino a questo punto esaminate avevano finito per approdare, nemmeno tanto scopertamente, a quella tranquillizzante prospettiva ideologica in virtù della quale, seppur solo per ipotesi, l'esperienza giuridica veniva fatta coincidere con il diritto positivo, il quale era giusto solo per il fatto di essere valido. Nessuno potrà oggi dubitare che il problema dello statuto epistemologico della scienza giuridica e del conseguente metodo della giurisprudenza fosse stato affrontato anche nei decenni precedenti; ma, a dire il vero, quasi sempre quale corollario di questa o di quella concezione della filosofia giuridica; oppure ancora in recensioni ad opere di Autori stranieri, soprattutto francesi e tedeschi, la descrizione del cui pensiero consentiva di non prendere una posizione troppo netta rispetto al tema della scienza giuridica; oppure, infine, nella Premessa di trattati di diritto positivo, in cui erano le teorie della scienza giuridica, rispetto ai quali la discussione sul tema del metodo corrispondeva più ad una esigenza di completezza teoretica, quando non era solo estetica, che ad un vero e proprio interesse scientifico o metodologico.

In qualche modo esemplare di come la filosofia giuridica affrontasse usualmente la problematica metodologica è La classificazione delle scienze e le discipline sociali [172] di Adolfo Ravà del 1904. Si tratta di un saggio molto articolato, ricco di spunti di particolare rilevanza, propri di una cultura filosofica pregevolissima, che però, a ben vedere, costituisce una conferma delle difficoltà nelle quali s'imbatteva la filosofia del diritto, quando fosse chiamata ad affrontare il problema epistemologico della natura della giurisprudenza e quello della metodologia giuridica. Non c'è dubbio alcuno che l'intento fosse anche quello "di superare l'ormai esaurita polemica tra *Begriffenjurisprudenz* ed *Interessenjurisprudenz*, alla ricerca di un nuovo fondamento dell'edificio giuridico sulla neonata teoria dei valori" [173], ma è anche vero che il tema principale era quello della collocazione delle scienze sociali nel sistema del sapere, e pertanto il problema della grande divisione tra le scienze dello spirito e le scienze della natura: "mentre le scienze in genere di fronte ai loro obietti procedono per via di astrazione, e tendono alle generalità, la storia invece mira a conoscere l'individuale immediatamente e in quanto tale" [174]. Sarebbe risultato subito evidente come il problema di Ravà, studioso della cultura giuridico filosofica tedesca formatosi alla scuola del Windelband, era anche quello di assumere una posizione rispetto a quel notissimo dibattito, che tanta risonanza ebbe nella Scuola neokantiana sud-occidentale, il quale aveva ad oggetto la ricerca di un efficace e coerente metodo di distinzione delle discipline sociali e giuridiche dalle scienze naturali [175], che aveva visto impegnati il Windelband, il suo allievo Rickert e il Wundt. Secondo Ravà, infatti, ben difficile era condividere la posizione di Windelband e di Rickert, secondo i quali scienze naturali e scienze dello spirito si sarebbero distinte per il diverso metodo di studio rispetto al loro oggetto. In altri termini, un conto era il metodo in ragione del quale le scienze venivano collocate in questo o in quell'ambito, un conto il metodo conoscitivo delle diverse discipline scientifiche, poiché non solo occorreva tenere distinto il metodo conoscitivo dal metodo che consente di ordinare le scienze, ma per operare una precisa classificazione "si deve partire dagli oggetti da classificare (quindi la classificazione deve essere a posteriori), e astrarre da questi un concetto generale, la cui estensione

coincida perfettamente con questi oggetti. Ciò fatto, la partizione deve basarsi sopra modificazioni che possono assumere le note essenziali che costituiscono tale concetto di cui si tratta di dividere l'estensione (e in questo senso la partizione è a priori)" [176] . Quanto, invece, al metodo, Ravà sembrava non condividere la distinzione tra metodo nomotetico proprio delle scienze naturali e metodo idiografico caratteristico delle scienze spirituali, a cui egli avrebbe voluto sostituire il termine "scienze sociali", rispetto alle quali, a suo giudizio, erano astrattamente ipotizzabili il metodo nomotetico "mirante a formare i concetti generali delle azioni al fine di conoscere le leggi, l'approccio storico che usa come chiave teoretica la categoria dell'individualità, l'approccio etico il cui criterio epistemico è dato dal dover essere delle azioni", finendo, infine, per privilegiare l'approccio etico rispetto al mondo del diritto, anche se sono tutti sempre presenti in vario grado e forma, solamente che uno è di volta in volta prevalente sugli altri" [177] . Tale impostazione avrebbe probabilmente consentito di rifiutare la definizione di filosofia quale "sintesi universale del sapere e coordinamento dei risultati di tutte le scienze", ma non le avrebbe evitato l'attribuzione di alcun compiti ben precisi: "la filosofia è disciplina di valutazioni e di norme; suo compito è fissare i criteri su cui si basano i giudizi di vero e di falso, di buono e di cattivo, di bello e di brutto; suoi rami fondamentali sono quindi la logica, l'etica e l'estetica" [178] .

Prima degli anni Trenta il tema della scienza giuridica era già stato comunque affrontato: nel 1922 da Tomaso Perassi, il quale scriveva una Introduzione (alle Scienze giuridiche) ad un Corso di Istituzioni di diritto pubblico [179] , divenuta ormai un classico della filosofia del diritto, essendovi contenute delle utilissime indicazioni sulle varie articolazioni che avrebbero caratterizzato le scienze giuridiche, in relazione ai diversi oggetti dei quali esse si sarebbero dovute occupare, seppure, occorre rilevarlo, alcuna discussione vi è contenuta, e nemmeno accennata, in ordine alla metodologia delle scienze giuridiche [180] .

Si affronterà, invece, in seguito la disamina delle dottrine di Widar Cesarini Sforza, Ermanno Cammarata, Giuseppe Maggiore e Felice Battaglia, le quali saranno trattate diffusamente e assieme, non solo per le comuni ascendenze neo-idealiste [181] e per la rilevanza degli sforzi epistemologici compiuti, dei quali già si è detto supra, ma anche per il particolare posto che esse occupano nella storiografia sulla natura della giurisprudenza, nella cui descrizione seguiremo appunto la via indicata da Enrico Opocher ne Il problema della natura della giurisprudenza e, seppur solo in parte, da Norberto Bobbio nella Teoria della scienza giuridica.

Una qualche riflessione dovrebbe invece meritare subito il saggio Istituzioni di scienza generale del diritto [182] di Alessandro Groppali pubblicato nel 1921. Non certo per la rilevanza delle indagini o per l'originalità del risultato raggiunto, rispetto al quale, si è soliti affermare, esso sarebbe stato esemplare di come la costruzione consapevolmente positivista, e pertanto in qualche modo modellata dai procedimenti e dalle tecniche induttive del naturalismo giuridico, sarebbe risultata influenzata da alcuni concetti delle scuole giuspubblicistiche, che avrebbero finito per trasformare e inserire un nuovo ordine concettuale nell'intero impianto [183] . A ben vedere, invece, il saggio di Groppali costituiva un formidabile esempio non tanto, o comunque non solo, dell'inadeguatezza del metodo del positivismo rispetto alle nuove istanze che promanavano dalla giuspubblicistica italiana, quanto delle difficoltà della filosofia giuridica, che diventavano tanto più evidenti quanto più il discorso veniva trasferito dal piano filosofico al problema metodologico della scienza, dato che veniva apprestato un concetto del diritto "filosofico" e uno "scientifico" [184] : L'intento di Groppali era proprio quello di tenere nettamente separate la filosofia dalla scienza giuridica [185] , e non commettere l'errore di alcune radicali prospettive positiviste ottocentesche [186] , come quella "di Austin e di Merkel", che seppure per ragioni diverse avevano finito per confondere "queste due scienze". Infatti, se non si poteva negare "il contributo che la scienza generale del diritto poteva recare alla filosofia giuridica", non andava dimenticato che la filosofia giuridica aveva per oggetto "tutto il diritto e non solo quello attuale", mirando non solo "ad una elaborazione concettuale e non puramente empirica e tecnica dei principi fondamentali del diritto", ma anche "a cogliere i nessi che legano il diritto all'ordine universale delle cose ed a stabilire gli ideali e le norme onde valutarlo eticamente in armonia alle esigenze immanenti di una giustizia superiore" [187] .

Quasi a dover porre per ipotesi un oggetto della scienza qualitativamente diverso rispetto a quello della filosofia, convenzionale l'uno, essenziale o reale l'altro, salvo, poi, dimenticare che una scienza giuridica così modellata, non sarebbe potuta che venire a capo dei conflitti che è quotidianamente chiamata a risolvere solo ipoteticamente. Se ciò risulta particolarmente scoperto nel positivista Groppali, si è già verificato supra come ciò sarebbe accaduto anche nelle Scuole più decisamente antipositiviste, come quella neoidealista o quella neokantiana, le quali entrambe, a ben vedere, avrebbero finito per fare coincidere, seppur solo per convenzione, il diritto con le leggi positive; certo, solo, per ipotesi. Eppure l'approdo inconsapevole al positivismo giuridico non avrebbe ancora rappresentato la vera contraddizione di queste scienze giuridiche, ma solo il sintomo di un'aporia ancora latente.

Gli stessi rilievi potrebbero valere anche per Benvenuto Donati, in particolare per *Essenza e Finalità della Scienza del Diritto* del 1924 e per la *Fondazione della scienza del diritto* [188] del 1929, nel quale è ancora oggi possibile verificare gli esiti, quasi sempre insoddisfacenti, del tentativo di innestare nell'indirizzo logico-critico della ricerca filosofica positivista il problema dell'a priori giuridico; intento, in questo caso, complicato dall'avvertita necessità di ri-trovare il fondamento reale del diritto, nella consapevolezza che il esso avrebbe avuto di sé, che sarebbe coinciso con i risultati la scienza giuridica. Ed è interessante rilevare che anche Benvenuto Donati poneva il problema della giurisprudenza in termini di

alternatività tra "arte e scienza", tra "pratico e teoretico", salvo, poi, rilevare che "non si concepisce pertanto arte senza una preparazione nella conoscenza teoretica; o meglio, l'arte viene indubbiamente ad avvalorarsi per la scienza che è, in tal maniera, più propriamente scienza applicata, ossia determinazione e penetrazione sulla base della conoscenza delle leggi naturali dei mezzi idonei all'azione in rapporto ai fini che vogliosi raggiungere" [189]. Si trattava di una scienza giuridica che con estrema disinvoltura passava dal concetto empirico "un primo grado di conoscenza, necessario come punto di partenza" a quello logico, che consente di comprendere "quale posto il dato assume attraverso la molteplicità delle sue rappresentazioni concrete rispetto agli altri oggetti; e quale posto assume di conseguenza ogni singola rappresentazione rispetto alle essenza del dato", in cui "la teoria generale completava il compito sistematico della giurisprudenza", le ricerche di ordine comparativo "i fini o le ragioni delle leggi", fino al "problema della unità del diritto, il quale, tradotto in termini di conoscenza, significava nel senso più alto: il problema della verità giuridica" [190]. Se non sono certo queste le conclusioni che interessano, o le pagine in cui Donati affrontava il problema dello scopo dell'azione umana, in cui affermava che "lo scopo nell'azione umana è l'elemento ideale reale, e perciò è esso medesimo un elemento reale, senza il cui dato non può sussistere" [191], occorre, invece, evidenziare come il maggior interesse della sua opera stava quando egli riteneva di dover distinguere la scienza dalla filosofia. In altri termini, è abbastanza sicuro che la scienza giuridica di Donati risulta oggi emblematica delle difficoltà che incontrava quel positivismo filosofico che voleva porsi il problema dell'essenza del diritto: ad una giurisprudenza essenzialmente classificatoria capace solo di creare un sistema di concetti "empirici", corrispondeva una speculazione filosofica, in cui l'avvertita necessità di pensare al concetto del diritto, la quale in Donati diveniva quell'"attuazione pratica", che è "pertinenza del soggetto" e "requisito dell'azione umana" che "ha nell'azione il suo momento creativo e di sviluppo" [192], comportava il dissolversi della "filosofia dei compiti" nella ricerca di quell'in sé del diritto che avrebbe consentito di orientare la legislazione. L'esito era una scienza giuridica ancora ridotta a teoria generale del diritto, e una filosofia intesa quale vera e propria scienza superior, abilitata a cogliere l'essenza del diritto a partire dai provvisori risultati offerti dalla giurisprudenza. Ma era già, in qualche modo, abbozzato ciò che di lì a qualche anno Giuseppe Capograssi avrebbe tematizzato con la consueta profondità. L'idea, cioè, che una via privilegiata per conoscere il concetto del diritto era lo studio della scienza giuridica, intesa quale coscienza dell'esperienza giuridica, pur rimanendo aperto nel positivismo di Donati, e probabilmente trascurato, tutto il problema dei concetti "empirici" della giurisprudenza, della comprensione cioè delle ragioni per le quali sarebbe stato possibile dedurre da questi ultimi "i concetti logici" [193], fino al concetto del diritto, cogliere il senso dell'esperienza giuridica a partire da un sapere che portava con sé necessari profili di convenzionalità.

Una notazione merita il saggio di Pompeo Biondi, Metodo e scienza del diritto [194], non tanto per il fatto di essere stato recensito da Benedetto Croce [195], quanto per il fatto che l'Autore riteneva impossibile tenere separata la filosofia del diritto dalla scienza e dalla pratica giuridica. Di quel pur breve contributo, ancor oggi va apprezzata non tanto l'analisi gnoseologica del ruolo della filosofia del diritto, quanto lo sforzo di ancorare quest'ultima alle questioni di diritto positivo, alcune delle quali avrebbero imposto quella disamina universale che solo la speculazione filosofica sarebbe stata in grado di offrire: "chi è scienziato veramente, e non un empirico che fa dell'empirismo anche nella scienza "sente", anche quando non lo intenda coscientemente, che il suo pensiero collega il risultato raggiunto a delle ragioni lontane nella profondità del suo spirito", poiché "è assolutamente errato credere che la filosofia cominci ad un dato livello di astrazione, e che la scienza finisca là dove comincia la filosofia", dato che "scienza e filosofia non sono due termini antitetici, ma semplicemente due "forme" in cui si manifesta la stessa filosofia, cioè quella tendenza di conquistare i concetti dei fenomeni e di aggregarli in un sistema sempre più vasto di unità ideali" [196].

E' però solo con la seconda parte degli anni Trenta, che la filosofia giuridica italiana avrebbe sviluppato un particolarissimo interesse per la scienza giuridica; soprattutto per la natura della giurisprudenza e la sua metodologia, anche se ciò sarebbe avvenuto per sentieri impervi e tortuosi, non sempre facilmente praticabili per i filosofi, spesso difficilmente ri-percorribili anche per i giuristi.

Infatti, non potrà non essere attribuito un qualche significato alla circostanza che tra il 1935 e il 1955 siano state pubblicate almeno dieci monografie di particolare valore e di estremo interesse, tutte esclusivamente dedicate allo studio della scienza giuridica [197], senza contare le decine di contributi e di articoli [198] apparsi nelle riviste specializzate, dei quali si tenterà di fornire un quadro quanto più preciso possibile. Basti pensare a Il diritto come relazione di Renato Treves del 1934, a Scienza e tecnica del diritto di Norberto Bobbio del medesimo anno, a Il problema della scienza del diritto di Giuseppe Capograssi del 1937, agli Studi filosofici sulla scienza del diritto di Falcio Lopez de Onate del 1939, a L'interpretazione del diritto di Gino Gorla del 1941, che, anche se non esplicitamente dedicato alla scienza giuridica, avrebbe assunto un rilievo particolare nella disputa sulla natura della giurisprudenza, Diritto e scienza giuridica nella critica del concreto di Luigi Bagolini del 1942, Per una teoria irrazionale del diritto di Bruno Leoni del medesimo anno, Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto di Francesco Olgiati dell'anno successivo ma dopo la guerra ristampato nel 1950, La filosofia dei giuristi italiani di Luigi Caiani del 1955, nonché i brevi saggi di due giuristi [199], uno pubblicato nel 1938 da un giovane avvocato, Arturo Colonna, dal titolo Per la scienza del diritto, l'altro ben più importante soprattutto per la notorietà del suo autore, La Metodologia del diritto di Francesco Carnelutti del 1939. Alle quali vanno aggiunti i tre fondamentali saggi [200], contenenti anche una puntuale descrizione e puntuale classificazione di tutti i filosofi che abbiano affrontato il problema scientifico della giurisprudenza: Il problema della scienza giuridica di Bruno Leoni del 1940, Teoria della scienza giuridica di Norberto Bobbio del 1950 e Il problema della

natura della giurisprudenza di Enrico Opocher del 1953, il cui svolgimento rappresenterà la linea direttiva della presente ricerca.

Inoltre, vanno evidenziate altre due circostanze di particolare rilevanza caratterizzanti il periodo che va dal 1934 al 1955: l'una concernente alcune nuove problematiche della scienza giuridica, che verrà affrontato nel paragrafo successivo, l'altra riguardante gli studi di filosofia del diritto, entrambe sicuramente frutto di un rinnovato interesse della speculazione filosofica per la giurisprudenza e viceversa.

4. Il rinnovato interesse per la giurisprudenza comporta un nuovo approccio allo studio dei rapporti tra filosofia e scienza giuridica. Il rifiorire degli studi di teoria generale del diritto.

Sul versante della filosofia del diritto, occorre, invece, registrare che si sarebbe ben presto imposto un nuovo tema d'indagine, quello avente ad oggetto la disamina dei rapporti tra filosofia e scienza giuridica; ai fini della presente trattazione, basti rilevare che questo sarebbe risultato uno dei più importanti effetti del rinnovato interesse della filosofia per la giurisprudenza, risultando, infatti, evidente che, se da una parte i filosofi avrebbero ben presto avvertito la necessità di determinare in che cosa si differenziasse la speculazione filosofica rispetto a quella scientifica, dall'altra, così facendo, essi comprendevano che tale rinnovato interesse consentiva loro di esprimere un giudizio sul metodo giuridico, così arrogandosi il diritto di lumeggiare e, in qualche modo, anche giudicare l'operato della scienza giuridica. E' pur vero che questa non può essere ritenuta la sede idonea per affrontare un tema così ampio ed articolato, per il quale senza dubbio sarebbe necessaria una trattazione autonoma, ma è altrettanto sicuramente corretto affermare che nel periodo che interessa, che potremmo definire della rinascenza del problema metodologico nella filosofia del diritto (1953-1955) [201], il tema per eccellenza diventava quello del rapporto tra la speculazione astratta della filosofia e il sapere per fare della scienza giuridica, il quale avrebbe avuto, inoltre, una nuova impostazione, che si sarebbe caratterizzata per il rovesciamento del tradizionale modo di affrontare la questione. In altri termini, pur con la semplificazione che ogni generalizzazione comporta, e tendendo naturalmente nel dovuto conto le peculiarità dell'approccio di ciascun filosofo, va sottolineato che l'intento era quello di andare oltre sia alla "dottrina dei compiti" del positivismo, sia a quella del neokantismo [202], in virtù del quale alla filosofia del diritto sarebbe spettata o la funzione logica o quella deontologica, quest'ultima anche coincidente con la prospettazione offerta dal giusnaturalismo. Ma l'intento era anche quello di ri-attribuire un ruolo alla filosofia del diritto, a partire dal neoidealismo crociano e gentiliano, per i quali era la proposizione stessa del problema che non aveva alcun significato, dal momento che la giurisprudenza, quando non veniva del tutto disconosciuta, finiva per identificarsi con la tecnica giuridica [203].

Il tema dei rapporti tra filosofia e scienza veniva allora affrontato a partire da una nuova prospettiva, in virtù della quale la speculazione filosofica doveva ri-trovare un rapporto con l'esperienza giuridica, e cioè di quel diritto che quotidianamente regola la vita di una comunità; poco importa, poi, se esso fosse identificabile con la norma giuridica (positivismo giuridico), con il diritto che viene effettivamente applicato (realismo giuridico), con l'intera esperienza giuridica, poiché quello che contava era la convinzione che occorreva ampliare la conoscenza del definito concetto del diritto, estendendo la ricerca all'intera esperienza giuridica osservata nella sua globale unità come nei suoi distinti problemi.

La problematica aveva assunto un tale interesse che esso sarebbe addirittura divenuto il tema del II Congresso di Filosofia del diritto che si tenne a Sassari nel giugno del 1955. Solo da una rapida lettura delle relazioni tenute da esponenti autorevoli e non della filosofia giuridica italiana dell'epoca, risulta ampiamente confermata la sopradelineata disamina, secondo la quale, se il principale intendimento dei filosofi era quello di subito chiarire che la filosofia del diritto avrebbe dovuto riflettere su quel medesimo diritto del quale, da sempre, si era occupata la scienza giuridica [204], rimaneva, invece, una certa prudenza nella determinazione del contenuto di tale oggetto, dato che non era immediatamente chiaro se si dovesse studiare il diritto posto e applicato, oppure quel diritto che era il frutto delle rappresentazioni convenzionali della scienza giuridica.

Ciò avrebbe anche comportato la diffusione di un rinnovato interesse per la teoria generale del diritto, anche se tale affermazione, per poter essere colta esattamente, avrebbe bisogno di una qualche precisazione. Infatti, il nodo della questione oggi non è discutere se fosse preferibile la prospettiva di alcuni pensatori, come Adolfo Ravà, i quali ritenevano che la teoria generale del diritto fosse una materia filosofica e come tale si distinguesse dalle scienze giuridiche particolari [205], oppure la prospettazione di filosofi, come Rudolf Stammler, secondo i quali essa era una materia scientifica nettamente distinta dalla filosofia del diritto [206]. E nemmeno evidenziare i rilevanti interventi di Norberto Bobbio, il quale, conformemente alle sue convinzioni metodologiche, avrebbe dimostrato che essa non era né l'una né l'altra cosa, ma "una ricerca formale", cioè degli elementi costitutivi strutturali del diritto, che non è "parte della filosofia del diritto" [207], alla quale sarebbe allora spettato il "compito" di affrontare il problema della giustizia, "la teoria di quel particolare valore che domina l'esperienza giuridica, e in base al quale il diritto empirico, o storico, o positivo, viene valutato, e, se

occorre, trasformato" [208] . E ben poco rileva, ai nostri fini, che, poi, sarebbe stato lo stesso Bobbio ad evidenziare che "tre sono le possibili concezioni del diritto a cui di volta in volta" le diverse teorie generali del diritto avrebbero potuto ispirarsi, fermando l'attenzione "ciascuna sopra un aspetto particolare e saliente dell'esperienza giuridica: la teoria del rapporto giuridico sopra l'aspetto della intersoggettività, quella della norma sopra l'aspetto della coazione, quella della istituzione sopra l'aspetto della organizzazione sociale". Per poi affermare perentorio che "le ragioni per cui lo studioso sceglie questo piuttosto che quel punto di partenza sono, come si dice, convenzionali" [209] , sottolineando in tal modo la natura assolutamente convenzionale [210] di ogni teoria generale del diritto, ma recidendo nel contempo ogni residuo legame tra la costruzione scientifica e la filosofia del diritto, alla quale sarebbe solo rimasto il compito "ideologico di una presa di posizione dell'uomo di fronte al mondo" [211] .

La questione veramente fondamentale era, invece, che in quei medesimi anni venivano pubblicate importanti trattazioni scientifiche dedicate alla teoria generale del diritto: le Lezioni di teoria generale del diritto di Widar Cesarini Sforza del 1930 [212] , la Teoria generale del diritto di Alessandro Levi [213] , la Teoria generale del diritto di Giacomo Perticone, ma anche la Teoria generale del diritto di un giurista come Francesco Carnelutti [214] , il cui interesse, a parte il rilevante risultato scientifico conseguito, sta oggi nel fatto che il contenuto delle tre diverse edizioni della sua Teoria generale del diritto sarebbe coinciso con alcune evoluzioni del pensiero del giurista friulano [215] , da una prospettiva radicalmente formalista e positivista fino all'accoglimento di certe istanze del giusnaturalismo. Ciò avrebbe proprio rappresentato la conferma di come non fosse esatto affermare che "il teorico generale non prendeva posizione di fronte all'ordinamento, ma ne prendeva conoscenza", poiché "la filosofia del diritto lavora nella sfera dei valori e il prodotto del suo lavoro sono valutazioni: il teorico generale lavora nel campo dei concetti e produce proposizioni teoretiche", con la conseguenza che, "una volta assunto questo criterio di distinzione, le contaminazioni reciproche si sarebbero potute evitare" [216] .

Risulta oggi pertanto chiaro che tale particolare diffusione degli studi di teoria generale del diritto altro non avrebbe rappresentato se non la conseguenza di un rinnovato interesse per i rapporti tra scienza giuridica e filosofia del diritto: studiare la teoria generale del diritto significava occuparsi di una disciplina che abbisognava di chiarimenti, dovendosi per l'appunto venire a capo della questione se il teorico generale avrebbe dovuto limitarsi a generalizzare i risultati (convenzionali) ottenuti dalla scienza giuridica, oppure, a partire da quei medesimi risultati, non avrebbe dovuto piuttosto cercare di comprendere l'ordinamento giuridico. E non potrà essere un caso che anche lo stesso Bobbio in quei medesimi anni, avrebbe sentito la necessità di affrontare il problema dei rapporti tra filosofia giuridica, teoria generale del diritto e scienza giuridica [217] ; ben poco rilevando, invece, ai nostri fini che le soluzioni proposte si sarebbero ben presto rivelate insoddisfacenti: alla giurisprudenza la discussione dei problemi "di diritto civile, commerciale, di diritto amministrativo, costituzionale e penale", alla teoria generale del diritto lo studio "degli elementi formali del diritto o della norma giuridica" [218] e alla filosofia del diritto "la teoria di quel particolare valore che domina l'esperienza giuridica, e in base al quale il diritto o empirico o storico o positivo viene valutato e, quindi, se occorre, trasformato", così come, d'altro canto, egli aveva già proposto una decina di anni prima, in *Scienza e Tecnica del diritto*.

A questo punto della trattazione, e, per certi versi anche anticipando quelle che saranno le nostre conclusioni, occorre rilevare che a tale entusiastico interesse della filosofia giuridica per la giurisprudenza non sarebbe sempre corrisposta una ben precisa visione epistemologica del problema. Infatti, eccezion fatta per alcuni importanti Autori, come Bruno Leoni, Enrico Opocher e Norberto Bobbio, i quali, pur da prospettive radicalmente diverse, avrebbero ben presto compreso che chiarire il rapporto tra filosofia e scienza giuridica significava non solo prendere una posizione rispetto a quel cruciale dibattito, probabilmente oggi non ancora risolto anche se quasi totalmente sopito, che riguardava la collocazione della giurisprudenza rispetto alla "summa divisio" tra "scienze della natura" e "scienze della cultura", ma anche riflettere su quello che doveva essere il metodo della giurisprudenza. Lungo questa via, ci si sarebbe resi conto che non solo il problema dell'oggetto della giurisprudenza, unanimamente ritenuto uno dei temi cruciali dell'epistemologia giuridica, poteva essere risolto, venendo a capo delle complicazioni che derivavano dall'alternativa secca, o opzione ideologica, o scelta convenzionale, ma anche il tema del metodo, ancor prima di discettare della metodologia individualizzante delle scienze storiche o nomotetica delle scienze naturali, doveva essere preliminarmente posto in termini di rapporto tra la rappresentazione giuridica e ciò di cui essa è rappresentazione.

Poco importa se ciò avrebbe rappresentato la causa o l'effetto di una corretta impostazione del rapporto scienza/filosofia, poiché, comunque il filosofo, ma anche il giurista, preso atto che, mentre la scienza di fronte all'esperienza "ne circoscrive la problematicità entro un suo "principio proprio", in funzione del quale, poi, sviluppare una serie rigorosa di deduzioni e quindi procedere ad una verifica operativa di queste mediante una serie efficace di esperimenti, il filosofo cerca invece di intendere "in qualche modo" la problematicità dell'esperienza al di là dei limiti degli argomenti e dei settori particolari per porre una domanda integrale, capace d'investire tutta l'esperienza" [219] , si sarebbero resi conto che in ogni rappresentazione vi sono alcuni elementi necessariamente convenzionali, come il linguaggio, ma anche altri di autenticamente reali.

In altri termini, schematizzando, e riprendendo le fila del discorso, se è senza dubbio possibile affermare che per i filosofi del diritto l'interesse per la scienza giuridica sarebbe divenuto studio dei rapporti tra la filosofia e la giurisprudenza, è altrettanto vero che tale tema sarebbe stato sostanzialmente sviluppato lungo due direttrici di studio, anche se non

immediatamente riconducibili l'una all'altra. Per un verso, infatti, avrebbero visto la luce importanti saggi in cui l'Autore avrebbe inteso definire e sottolineare i diversi ambiti di studio, così come qualche anno prima avevano fatto Donati e Groppali, ma anche Bartolomei e Di Carlo [220] nei primi anni del Novecento, per un altro, l'obiettivo sarebbe stato quello di dimostrare come era possibile affrontare filosoficamente il problema della giurisprudenza, senza la necessità di preliminarmente distinguere la speculazione filosofica, ma verificando quale fosse la concezione che sarebbe stata alla base di alcune concrete costruzioni scientifiche, come quella del diritto soggettivo, della volontà, del possesso ecc., secondo quell'itinerario teorico che con particolare autorevolezza alcuni anni prima aveva indicato Gioele Solari.

Va anche rilevato, e il punto produrrà degli effetti relevantissimi sull'impostazione del problema della scienza giuridica, che tale nuovo e particolare interesse per il problema dell'impostazione dei rapporti tra filosofia e scienza giuridica non avrebbe costituito solo la riprova di un rinnovato interesse della filosofia giuridica per la giurisprudenza, ed in particolare per il suo metodo, ma avrebbe anche rappresentato la trasposizione in ambito filosofico di un classico problema scientifico-giuridico. Quello del dualismo tra la giurisprudenza intesa in senso strettamente teoretico e astratto (la scienza giuridica), la cui struttura doveva necessariamente essere diversa rispetto alla giurisprudenza dei pratici (la scienza dell'avvocato): "bisogna saper distinguere nettamente il carattere teoretico della giurisprudenza dalla sua funzione pratica, ricordando che sotto l'espressione generica di giurisprudenza si sogliono comprendere sia la scienza pura, sia la disciplina tecnica del diritto", nelle quali si sarebbero nascoste "le due direzioni che assume necessariamente l'attività intellettuale rivolta al diritto, e non solo al diritto ma ad ogni campo del sapere, la direzione verso la pura teoreticità e la direzione verso la utilizzabilità dei risultati teoretici per fini pratici" [221]. Che altro non era se non un aggiornamento filosofico di quella questione che anche lo stesso Carnelutti aveva posto, seppur rappresentata nei termini del dilemma scienza e/o arte [222]. D'altro canto, seppur da presupposti diversi e con intendimenti radicalmente opposti, era il medesimo problema che avrebbe rilevato (e risolto) Giuseppe Capograssi nel suo Il problema della scienza del diritto: "distinguere, nella scienza, delle parti è sopprimere quella unità vivente e quindi eludere il problema: distinguere una parte teoretica che sarebbe la scienza ed una parte pratica e tecnica è saltare il problema, il quale consiste proprio in questa profonda unità per cui la c.d. parte teoretica e la c.d. parte pratica sono la stessa cosa, per cui anzi proprio nella parte pratica è il segreto della teoreticità della scienza e viceversa [223]". Dualismo che, simmetricamente, egli avrebbe riproposto nella natura dei concetti giuridici: "i suoi concetti [quelli della giurisprudenza] sono artifici per il lavoro di realizzazione di questi scopi", oppure consentono "di esprimere e captare tutto quanto il diritto", considerato che "il diritto è un mondo unitario e che per conseguenza il lavoro scientifico deve essere adeguato a questa profonda ed organica unità" [224], e che, tutto sommato, riproponeva la medesima impostazione dello Stammler, secondo il quale vi sono i "concetti puri", le forme universali dei concetti fondamentali del diritto" e i "concetti condizionati", il compendio generale di una particolare materia giuridica" [225].

Da ultimo, occorre registrare che sarebbero stati quelli gli anni in cui venivano poste le basi per la nascita di una importante letteratura giuridica, che avrebbe avuto ad oggetto l'analisi filosofica del pensiero dei giuristi più eminenti, o comunque di quelli che avessero affrontato tematiche filosofiche, della quale si dirà infra [226]. Basti solo rilevare che il dualismo filosofia/scienza e la disamina dell'esatta impostazione dei termini della questione, nonché l'individuazione di quegli argomenti di diritto positivo che avessero consentito uno studio anche filosofico [227], sarebbero ben presto divenuti importanti criteri di analisi per i filosofi che avessero voluto studiare "la filosofia dei giuristi" [228].

5. L'analisi filosofica delle elaborazioni scientifiche dei giuristi. Lo studio dei riflessi nella scienza giuridica della speculazione filosofica: Il diritto come relazione di Renato Treves. I rapporti tra il concetto di giuridicità e quello di metodo nella scienza giuridica: Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto di Francesco Olgiati.

Renato Treves nella Introduzione di quel rilevante saggio sulle scuole neokantiane che è Il diritto come relazione, subito avrebbe chiarito che l'opera "vuol essere un contributo allo studio dei rapporti tra scienza e filosofia giuridica", proponendosi di esaminare "le teorie degli scrittori neo-kantiani intorno al problema logico del diritto", nell'intento di determinare "il significato e l'importanza, per la scienza e per la filosofia, di quelle dottrine pure che tali scrittori hanno opposto a quelle solitamente svolte dai giuristi".

L'intento di verificare i risultati ottenuti da una determinata scienza giuridica a partire dalle concezioni che ne avrebbero dovuto costituire il fondamento era un percorso che era già stato seguito dalla nostra filosofia giuridica, se solo si pensi infatti che Gioele Solari nel 1911 aveva pubblicato L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato [229], e di lì a qualche anno aveva scritto Storicismo e diritto privato [230], anche se quest'ultimo, e potrebbe non essere un caso, veniva pubblicato per la prima volta solo nel 1940. Il primo volume aveva quale obiettivo quello di verificare come la filosofia del diritto privato, che costituiva l'espressione di due diverse tendenze, "l'una mirava a fondare le istituzioni del diritto privato sopra esigenze di ordine razionale, l'altra ad affermare l'individualità nel campo giuridico" [231], fosse stata intesa teoricamente e attuata praticamente nei codici dai giusnaturalisti prima e da Kant e Bentham poi. Pertanto, mentre "i seguaci dell'empirismo inclinavano a derivare il diritto naturale e implicitamente dai bisogni della natura sensibile

(Locke) e dall'ordine naturale ed immutabile delle cose (Montesquieu, Fisiocrati)", facendone derivare la subordinazione delle norme giuridiche "alle esigenze della vita economica", invece, "gli intellettualisti tendevano a derivare dalla ragione astratta il diritto naturale, a giustificare mediante la libertà propria dell'uomo come essere razionale e morale le istituzioni del diritto privato (Leibniz e Wolff)" [232]. Invece, nella dottrina giuridica kantiana, vi "erano le condizioni di un qualsiasi futuro sistema aprioristico di diritto privato, il quale mirasse in nome della personalità individuale e della sue qualità essenziali, la libertà e la proprietà, a giustificare razionalmente gli istituti di diritto privato consacrati dal codice", così come l'utilitarismo di Bentham, accogliendo "il punto di vista dello Hume e cercando l'oggettività dell'ordine giuridico nella tendenza originaria dell'uomo al piacere e al dolore tradotta esteriormente in termini di utilità", consentiva la fondazione del codice come "legge scritta, opera artificiale dell'individuo" [233]. In realtà, concludeva Solari, "per Kant come per il Bentham, il diritto consisteva essenzialmente in una relazione" concepita "in modo affatto meccanico ed esteriore, tra individualità chiuse in se stesse, impenetrabili a qualsiasi influenza di vita collettiva", mentre occorreva guardare a quell'"indirizzo di pensiero che intendeva la vita collettiva distinta dalla individuale, che concepisce il diritto un prodotto è vero dello spirito, ma dello spirito collettivo" [234]. Storicismo e diritto privato altro non avrebbe rappresentato se non la verifica delle capacità dello storicismo di superare le difficoltà nelle quali si era imbattuto l'individualismo, dal momento che per lo storicismo [235] "la socialità doveva essere la nuova categoria dell'ordine giuridico privato e i rapporti giuridici privati dovevano intendersi come rapporti che pur movendo dall'individuo traevano la loro giustificazione ultima dalle esigenze della vita in comune". "Effettivamente nello storicismo vi erano le condizioni per una concezione sociale del diritto privato", anche se, a ben vedere, esso avrebbe reagito "contro l'individualismo dei codici, ma non per negarne il principio animatore, ma per ricomprendere l'individuo in un ordine più largo e più alto di rapporti da cui era stato a forza divelto" [236]. Anche considerato peraltro che "l'affermazione di una realtà sociale nel Savigny e nel Puchta era meglio fatta per destare il desiderio di una larga e precisa trattazione che non per servire agli scopi dell'applicazione", che continuava ad essere "la continuazione o il perfezionamento della tradizione civilistica tedesca del secolo XVIII più che l'applicazione dei nuovi principi proclamati" [237], con la conseguenza che "alle ragioni della sterilità teoretica e pratica del nuovo principio storico, si doveva aggiungere "la forma empirica imperfetta in cui esso fu inteso e proclamato dal Savigny e dal Puchta", ai quali sarebbe mancata "la condizione di una chiara ed elevata coscienza filosofica" [238].

E non poteva, certo, essere un caso se Francesco Olgiati, pensatore d'ispirazione cattolica e giusnaturalista, di formazione diversa rispetto a Renato Treves, ma anche di Gioele Solari, nella Prefazione alla prima edizione de *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, saggio solo di qualche anno successivo a *Il diritto come relazione*, avesse auspicato "un avvicinamento tra scienziati e filosofi", pur nella consapevolezza che "i compiti, i metodi e le finalità, che le discipline scientifiche e la speculazione filosofica si propongono, non permettono un'identificazione tra le prime e le seconde", ma anche con il convincimento che "il fatto che le une e l'altra vogliano studiare un'unica realtà, sia pure sotto aspetti differenti e per differenti scopi, suggerisce il voto inaugurale d'una maggiore comprensione tra i cultori della scienza e i cultori della filosofia, come del resto, da un po' di tempo, si sta verificando anche nell'Italia nostra" [239].

Risulta oggi del tutto tangibile un sempre maggiore interesse della filosofia giuridica per la scienza del diritto, per quell'operare quotidiano dei giuristi che non ora imponeva il superamento di quella consueta diffidenza della nostra speculazione filosofica per tutto ciò che potesse avere, anche solo astrattamente, dei risvolti eminentemente operativi. E' questa la ragione per la quale, seguendo quella via interpretativa, secondo la quale vi sarebbe stata una sempre maggiore attenzione da parte della speculazione filosofica nei confronti della riflessione scientifica sul diritto, quantomeno a partire dagli anni Trenta e fino ai primi anni Cinquanta, ben poca importanza avrebbe avuto che il problema filosofico di Renato Treves fosse quello di ri-trovare nelle costruzioni scientifiche dei giuristi, in particolare di coloro che si professavano neo-kantiani, un fondamento filosofico e, una volta rinvenuto, la coerenza di tali elaborazioni scientifiche con le teoriche della Scuola di Marburgo o di quella di Heidelberg. Mentre quello di Francesco Olgiati di ricostruire un concetto filosofico di giuridicità a partire dagli approdi della scienza moderna del diritto, quasi che il concetto del giuridico non fosse più appannaggio della riflessione filosofica, la quale avrebbe dovuto fare i conti, e non poteva essere diversamente, con le soluzioni offerte da chi quotidianamente si confronta e cerca di comprendere il giuridico. Infatti, sarebbe invece risultato chiarissimo, così come già aveva intuito Gioele Solari vent'anni prima, che entrambi avevano perfettamente compreso che non solo non era più possibile cercare di spiegare che cosa ci sta a fare il diritto nella vita di ciascun essere umano senza quantomeno intuire che il diritto viene utilizzato dagli uomini anche per fare delle operazioni, ma anche che il diffuso disinteresse per la speculazione filosofica da parte dei giuristi sarebbe anche dipeso dalla circostanza che il sapere dei filosofi del diritto non aiutava a fare alcuna operazione, anzi, molto spesso le complicava.

Solo successivamente sarebbe risultato chiaro non solo che non per questo la conoscenza filosofica avrebbe dovuto assumere i connotati dell'operatività, ma anche che gli stessi giuristi avrebbero tratto vantaggio dalle riflessioni di un sapere an-ipotetico, e necessariamente problematico, che si sarebbe ripromesso sia di conoscere il diritto "dei giuristi", sia di studiare quel medesimo oggetto da una prospettiva diversa, non "ingabbiata" da quella convenzionalità dei "punti di partenza" che era divenuta elemento costitutivo di una sapere esclusivamente operativo.

Ciò detto, e così passando all'analisi del saggio di Renato Treves, occorre rilevare che il problema filosofico che egli intendeva sciogliere [240] poggiava sull'idea di fondo che le scuole neo-kantiane si erano caratterizzate per l'affermazione della supremazia del principio logico fondamentale della relazione, nel quale si era risolto quello della sostanza [241], il quale, poi, nei sistemi neo-kantiani aveva assunto due indirizzi, a seconda che si fosse considerata la relazione pura come universale logico o come principio ontologico del diritto [242]. Chiarito che cosa fosse stato assorbito dalle scuole neokantiane del criticismo kantiano, il passo successivo sarebbe stato quello di verificare se l'universale logico e il principio ontologico avessero assunto un significato coerente rispetto alla gnoseologia kantiana, e in che modo fosse avvenuta l'applicazione di questi principi al campo del diritto, così analizzando la contraddittorietà o meno della giurisprudenza neokantiana [243]. A ben vedere, il saggio del maestro torinese non era un'opera di epistemologia, o di metascienza giuridica, ma l'enunciazione e la tematizzazione di una suggestiva tesi di storia della filosofia giuridica [244], la cui valenza teoretica sarebbe stata verificata non solo con riferimento alle opere di quei filosofi del diritto che si proclamavano neokantiani, ma anche, e soprattutto, in relazione a quei giuristi che ritenevano di fare scienza giuridica applicando la metodologia delle scuole neokantiane, in particolare quella di Marburgo [245]. Il metodo seguito risultava pertanto, almeno in qualche misura, innovativo, poiché non si trattava solo di affermare che filosofia e scienza giuridica avrebbero dovuto occuparsi del medesimo oggetto di studio, come avevano cominciato a fare con i migliori propositi i filosofi del diritto, quanto piuttosto di analizzare, concretamente, gli effetti dell'adozione della prospettiva filosofica neokantiana sul contenuto delle teorie scientifiche dei giuristi che si dichiaravano continuatori del metodo del criticismo kantiano [246].

In altri termini, il problema posto, la tesi sostenuta e la confutazione compiuta erano subito indicati e pertanto facilmente verificabili; secondo l'impostazione dei rapporti tra filosofia e scienza suggerita [247], i risultati ottenuti dalla scienza giuridica dovevano costituire il criterio di valutazione della bontà della tesi filosofica proposta. Riservandoci di affrontare in seguito la trattazione della metodologia delle scuole neokantiane seguendo l'itinerario indicati da Enrico Opocher, che ci consentirà anche di esprimere una valutazione sulla tesi filosofica proposta da Renato Treves, ci basti rilevare che per ora il punto non sarà quello di comprendere se è corretto sostenere che le dottrine filosofiche di Petrone, Stammler e Del Vecchio "nel trattare il problema logico del diritto, pur riferendosi alle premesse generali della filosofia kantiana e neo-kantiana, avevano svolto delle dottrine che rilevavano solo con qualche analogia con l'applicazione completa di tale principio [della risoluzione del concetto di sostanza in quello di relazione]" [248], nelle quali la forma pura del diritto rappresentava "solo l'universale logico del diritto" e non l'essere stesso del diritto, mentre l'ideale di giustizia era parte integrante del diritto, "tanto che una filosofia giuridica sarebbe [stata] incompleta senza una indagine deontologica diretta a determinare questo ideale" [249]. Né sarà questo il momento per discutere se effettivamente nel Kelsen la "relazione formale pura" fosse divenuta "non solo l'universale logico, ma l'essere stesso del diritto", il principio ontologico della realtà giuridica, cosicché l'unica indagine della filosofia del diritto diventava quella logica [250], dal momento che ogni investigazione rivolta a determinare "l'ideale di giustizia è una semplice ideologia fondata sulla volontà e sulla valutazione, del tutto distinta dalla filosofia del diritto la quale è, e deve essere, esclusivamente logica del diritto, teoria della conoscenza e non della volontà" [251].

Si tratterà, piuttosto, di verificare come l'intento del Treves risultasse duplice. Da una parte, confutare la nota tesi sostenuta anche da Kaufmann, secondo la quale il neokantismo avrebbe avuto una "intima e sostanziale concordanza" con la dogmatica giuridica di Puchta [252] e di Windscheid [253] per la scienza civilistica, e con quella di Gerber e Laband per la scienza pubblicistica, fino al punto, con il Kelsen, di ridurre "la stessa scienza positiva del diritto a scienza normativa", dato che il formalismo giuridico di questa scienza del diritto, sviluppatasi come pura scienza sistematica libera da ogni radice storico-giuridica, aveva una "sostanziale affinità elettiva" con il neokantismo interpretato come "opposizione tra essere e dover essere, fra trattazione genetica e normativa, fra forma astratta e contenuto concreto" [254]. Dall'altra, esaminando i concetti di "diritto oggettivo", "diritto soggettivo", "personalità giuridica", verificare quale posizione avessero assunto i due indirizzi del neokantismo, di fronte ai concetti della scienza giuridica. La terza parte del saggio sarebbe stata, invece, dedicata ad una verifica conclusiva sul tentativo di "risolvere il diritto in relazione pura", sia in quei sistemi che "considerano questa relazione come universale logico", sia in quelle costruzioni che "la considerano come principio ontologico" [255]. Quanto al primo obiettivo della ricerca, Treves dimostrava come il formalismo della "giurisprudenza dei concetti" e della scienza giuridica positivista fosse profondamente diverso rispetto a quello delle scuole neokantiane. E' pur vero che vi sarebbe stata una qualche analogia tra la forma astratta e il contenuto concreto del neokantismo e il rapporto tra proposizione giuridica e realtà sociale della teoria generale del diritto proposte da certa giurisprudenza d'ispirazione positivista, ma è altrettanto vero che, mentre per queste scienze giuridiche il contenuto concreto del diritto costituiva la realtà giuridica "e la forma del diritto rappresenta un semplice astratto, una pura generalizzazione logica", per le teoriche neokantiane è invece "proprio la forma, e non già il contenuto, quella che rappresenta[va] la realtà giuridica (Kelsen) o almeno la condizione a-priori, l'universale logico di questa realtà (altri indirizzi neo-kantiani)" [256]. Anche in relazione al secondo obiettivo, veniva evidenziato come i concetti di "diritto oggettivo", "diritto soggettivo" e "personalità giuridica", accolti da quelle scienze giuridiche in cui più era forte l'influsso del formalismo giuridico, tra le quali Treves evidenziava in particolare quella dello Zitelmann [257], venivano determinati in base al loro contenuto, così come riteneva quella filosofia giuridica che considerava "la relazione pura come semplice universale logico"; al contrario, i neokantiani che consideravano la relazione pura come principio ontologico riducevano "a tale relazione non solo l'essenza, ma anche l'essere di questo concetto" [258].

Con la Conclusione dell'opera ritorna preponderante il tema dei rapporti tra filosofia e scienza; ed era lo stesso Treves a precisare che l'intento complessivo del saggio non era quello di dimostrare che i neokantiani "non sarebbero riusciti a dare delle dottrine pure, ma soltanto delle costruzioni astratte e formali", poiché tale problematica avrebbe rappresentato l'occasione per "impostare in modo positivo il problema della scienza e della filosofia giuridica" [259]. Fornitoci il criterio di decodificazione dell'opera, si tratterà ora di verificare se l'attuata disamina del pensiero neokantiano avrebbe consentito di chiarire il rapporto tra filosofia e scienza ed eventualmente di diversamente impostarlo. Appare oggi abbastanza sicuro che la preoccupazione principale di Treves non era quello di indicare che cosa avrebbe rappresentato la speculazione filosofica, e dove essa si sarebbe differenziata dai procedimenti intellettivi della scienza giuridica [260], né tanto meno quella di delimitare i diversi campi di analisi; tutt'al più, anche se solo secondaria, vi era la preoccupazione di "delimitare i confini in cui scienza e filosofia potevano muoversi" [261]. E', infatti, pacifico che egli non avesse alcun dubbio che alla filosofia del diritto spettasse il compito di indagare quegli stessi ambiti dei quali si occupava la scienza giuridica, il diritto oggettivo, il diritto soggettivo, il concetto di personalità giuridica, al fine di comprendere se alla base della costruzione di quei fondamentali concetti del diritto positivo vi fosse un orientamento filosofico, e se vi fosse una qualche coerenza tra tali impianti, civilistici o giuspubblicistici, e le teorie filosofiche che ne costituivano il fondamento. Non vi dovrebbe essere nemmeno alcuna perplessità nell'affermare che la tesi appare più suggestiva, quando Treves fornisce un preciso criterio distintivo del neokantismo di Stammler o di Del Vecchio rispetto a quello di Cohen e di Kelsen, poiché le pagine dedicate al tema squisitamente giuridico mostrano qualche fragilità. Non solo quando venivano indicate le ragioni per le quali occorreva distinguere il formalismo dei giuristi da quello dei filosofi neokantiani, dato che le scienze giuridiche, che venivano indicate quali termini di paragone, non erano immediatamente riconducibili alle teoriche del neokantismo, bensì a concezioni che potevano definirsi solo "lato sensu" formaliste. Ma anche perché non risultava particolarmente efficace distinguere quel formalismo giuridico della giurisprudenza che, per definire i concetti di "diritto oggettivo" e di "diritto soggettivo", comunque doveva rinviare ad un contenuto, da un formalismo giuridico della filosofia, proprio di pensatori come Kelsen, per i quali il contenuto non apparteneva al concetto di diritto; il rischio era evidentemente quello di costruire un concetto di formalismo giuridico ad uso dei giuristi, al quale andava attribuito un significato ben preciso, da uno diverso, proprio dei filosofi, che non poteva però essere trasferito all'ambito giuridico.

In ogni caso, a prescindere da alcuni rilievi che non potranno certo intaccare il risultato di un saggio di primissimo valore, sul quale tutt'al più pesava qualche residuo di naturalismo giuridico [262], o comunque l'idea, attribuita da Treves anche al neokantismo [263], secondo la quale la scienza giuridica doveva essere necessariamente pura, va rilevato che l'impianto dell'opera avrebbe rappresentato un passo in avanti nell'impostazione dei rapporti tra la filosofia e la giurisprudenza. Certo, vi era "in nuce", seppur non ancora tematizzata, l'idea, non solo neopositivista [264], che la filosofia giuridica avrebbe potuto risolversi nella metodologia della scienza [265], che altro non è se non un riaggiornamento della concezione della filosofia del positivismo ottocentesco, alla quale spettava il compito di elaborare i sommi concetti della scienza [266], l'una e l'altra accomunate da un poderosa istanza antimetafisica, eppure, il diritto come relazione costituiva la conferma di come la filosofia potesse realmente pensare di orientare l'operato della scienza [267].

Un passo in avanti, anche se non del tutto decisivo, poiché mancava nel Treves, occorre dirlo, una puntuale consapevolezza del carattere necessariamente anche convenzionale dei concetti della giurisprudenza, che gli avrebbe consentito di problematizzare il concetto del diritto, come principio a priori della conoscenza giuridica dal quale pure egli riteneva di dedurre tutto il sistema. E', infatti, sintomatico che, pur essendo l'intero saggio l'occasione per ri-pensare al rapporto tra filosofia e scienza, che doveva essere il viatico per inquadrare il problema della natura della giurisprudenza, mancasse ogni riferimento non solo al metodo della giurisprudenza, ma anche la distinzione tra "scienze della natura" e "scienza della cultura" era assunto come un dato pacifico e non più problematizzabile.

E' pur vero che il Nostro pareva assimilare la giurisprudenza alle altre "scienze dello spirito", alla maniera del Dilthey, ma è altrettanto esatto che nell'opera non vi era nemmeno l'eco di quel noto dibattito metodologico degli ultimi anni dell'Ottocento tra Wilhelm Dilthey e Carl Menger sulla "fondazione gnoseologica delle scienze dello spirito" [268], così come a quello promosso da Guglielmo Windelband e perfezionato da Heinrich Rickert qualche anno dopo [269], che probabilmente avrebbero consentito alcuni chiarimenti. Ed è estremamente interessante verificare, secondo la cifra teorica proposta da Treves, come egli avesse anche indicato l'itinerario per distinguere il neokantismo della scuola sud-occidentale di Rickert, da quello della scuola di Marburgo di Stammler e Cohen, così sovvertendo l'impostazione tradizionale dei rapporti tra le due scuole neokantiane. Il Rickert avrebbe applicato al solo campo delle scienze naturali, "e non già a quello delle scienze storiche", il principio della risoluzione della sostanza in relazione", mentre "la scuola di Marburgo [aveva] voluto applicare un solo ed identico metodo, il metodo trascendentale, a due campi nettamente separati, cioè tanto al campo delle scienze naturali o dell'essere (Sein), quanto a quelle delle scienze dello spirito o del dovere (Sollen)" [270]. E' abbastanza sicuro che una tale rappresentazione, pur formidabile per il rigore metodologico, lasciava eccessivamente in ombra la lettura della storia e la teoria dei valori proposta dalla scuola del Baden, sulle quali infra, anche se il punto cruciale era probabilmente un altro, la comprensione del quale, in linea con l'interpretazione proposta da Renato Treves, avrebbe potuto consentire di gettare una nuova luce sulla concezione delle "scienze storiche".

del Rickert. Non è certo questa la sede per affrontare la complessa tematica, che ancor oggi traccia un solco netto nella epistemologia contemporanea tra coloro i quali ritengono che una teoria, in tanto ha valore di scienza, in quanto è in grado di cogliere e descrivere in termini reali l'"essenza" delle cose [271], e coloro che, invece, considerano quello della scienza un sapere convenzionale e operativo, le cui costruzioni non consentono di conoscere l'"in sé" delle cose, ma solo di adoperare la realtà in vista di fini predeterminati [272], eppure è opportuno evidenziare che la conseguenza del principio della risoluzione della sostanza in relazione, dal quale derivava l'universale logico e il principio ontologico delle scuole neokantiane, non poteva essere considerata come una funzione intellettuale destinata a costituire oggettivamente l'esperienza.

In altri termini, siamo con Treves, quando egli affermava che l'a-priori del diritto proposto da queste scuole non avesse inteso fino in fondo il collegamento della forma con la materia proprio del criticismo kantiano, dato che esso aveva già di per sé un carattere di giuridicità "indipendente dalla materia che condiziona[va]", la quale sussisteva autonomamente di fronte alla forma relazionale che le attribuisce il carattere di giuridicità". Continuiamo ad essere con Treves, allorché egli sosteneva che il kantiano rapporto tra il concetto e l'idea sarebbe stato travisato dalla Scuola di Marburgo, ma anche da Del Vecchio [273], poiché il concetto del diritto, così costruito, appariva come una forma vuota, del tutto staccata dalle idee della ragione, divenendo un concetto generale e astratto seppur impregnato di "elementi metafisici e valutativi" nella Scuola di Marburgo [274], addirittura una ipotesi metodologica nella "Dottrina pura" di Kelsen [275]. Dobbiamo, invece, prendere le distanze da Treves, quando egli lamentava il fatto che nelle scuole kantiane il concetto a priori del diritto fosse degradato da concetto filosofico a concetto scientifico. È chiarissimo, infatti, come peraltro era lo stesso Treves ad evidenziare in modo particolarmente brillante, che la dissoluzione della categoria della sostanza in quella della relazione altro avrebbe significato se non la sostituzione di una visione metafisica del diritto con la fondazione di una scienza giuridica convenzionale, in cui l'universale logico e il principio ontologico del diritto ne avrebbero costituito gli assiomi. È pur vero che nemmeno le scuole neokantiane si erano rese conto che il loro concetto di diritto era ormai divenuta una vuota convenzione, ma una puntuale consapevolezza filosofica avrebbe loro consentito di approfondire anche il tema operatività, come peraltro avrebbe fatto successivamente Kelsen. Seguendo questa via interpretativa, Treves si sarebbe ben presto accorto che la difficoltà del neokantismo di determinare il concetto dell'a-priori del diritto, la categoria trascendentale che condiziona l'esperienza del diritto e ne costituisce l'essenza, non sarebbe dipesa dal fatto che i principi, oggi diremmo gli assiomi, che dovevano valere come condizione essenziale di ogni possibile diritto erano contraddittori perché dovevano contemporaneamente anche "essere immanenti all'aspetto empirico del diritto" [276], poiché in un impianto ipotetico-deduttivo non avrebbe rappresentato un problema. Il vero problema, invece, era che non si poteva attribuire all'universale logico del diritto di Stammler, all'ideale giuridico di Ravà, o al principio ontologico di Kelsen, contemporaneamente, la natura di principio filosofico e il carattere di assioma della giurisprudenza. E solo l'acquisita consapevolezza del carattere convenzionale e strumentale del concetto a priori di diritto delle scuole neokantiane, condizionato dall'obiettivo operativo, l'unico che avrebbe potuto dotare di senso la assiomatizzazione dei postulati e dei criteri metodici della scienza, avrebbe consentito al sapere anipotetico e problematico della filosofia giuridica, di recuperare il rapporto kantiano tra concetto e idea, o di forma e materia, per rimanere fedeli all'interpretazione suggerita da Treves, ma, più generalmente, di cogliere l'essenza dell'esperienza giuridica, ciò che la condiziona senza esserne condizionato, proprio per la sua naturale capacità di mettere in discussione i principi oggetto della propria indagine.

Si dovrà concludere che, se Gioele Solari aveva voluto analizzare gli effetti e le evoluzioni delle teoriche giusnaturaliste e di quelle dello storicismo nella costruzione dei più importanti istituti del diritto privato (il possesso, il testamento), e Renato Treves la compatibilità delle filosofie neo-kantiane con alcune rilevanti figure teorico-generalì (diritto soggettivo, personalità giuridica), ai fini della nostra trattazione, è particolarmente rilevante che anche Francesco Olgiati, pur percorrendo almeno per certi versi un itinerario inverso, cioè quello di desumere il concetto filosofico della giuridicità a partire dalle più note costruzioni dogmatiche [277] della scienza giuridica moderna, senta la necessità di riportare i problemi della speculazione filosofica nell'ambito delle problematiche giuridiche, quasi a suggerire, e per noi a confermare, che la speculazione filosofica sul diritto non possa fare a meno di affrontare le tematiche giuridiche frutto dell'elaborazione scientifica: "mille dibattiti, che favoriscono nelle scienze giuridiche, hanno, come, come ultima e profonda ragione, la concezione del diritto, che i singoli giuristi si sono formata. Il sapere cos'è il diritto con precisione e con esattezza non interessa solo il filosofo, ma dovrebbe interessare gli scienziati del diritto, i quali talvolta, in parecchie questioni battagliano tra loro, senza sospettare che l'origine di molte teorie contrastanti sia in questa radice" [278].

Tale rilevante saggio consente oggi, infatti, anche una pur rapida comparazione con la Storia nel metodo nella scienza giuridica di Karl Larenz, dato che, a ben vedere, si sarebbe trattato di opere che studiano il pensiero dei medesimi Autori, quasi tutti giuristi, l'uno dal punto di vista della giuridicità, vale a dire di ciò che rende un fatto e/o un atto giuridico, l'altro, quello di Larenz, dal punto di vista del metodo della scienza giuridica. In altri termini, la comparazione delle trattazioni di Olgiati e di Larenz, studiosi di formazione non certo contigua, i quali avrebbero analizzato il problema della scientificità della giurisprudenza a partire da prospettive, per certi versi, inconciliabili, consentono oggi di individuare alcune importanti soluzioni nell'intento di meglio i metodi che, chiarire le più rilevanti questioni in tema di scienza giuridica.

A giudizio di Olgiati, infatti, l'indagine del concetto di diritto "non esige che abbiamo ad esporre criticamente i metodi che, dalla codificazione napoleonica fino ai nostri giorni, sono stati usati nello studio scientifico del diritto", dato che tali metodi "sono molteplici e svariati"; "la Francia ha avuto predilezione per il metodo esegetico per la preoccupazione di commentare le diverse parti e i diversi articoli del Codice, col criterio di praticità proprio della casistica, ossia con un deciso orientamento verso la molteplicità", mentre la Germania e l'Italia avrebbero preferito il metodo della dogmatica giuridica, la quale, nell'esame di una legislazione di un popolo o dei codici di uno Stato, ascende con criterio induttivo dalla pluralità delle norme ai principi o dogmi supremi, per poi ridiscendere da questi principi, con un criterio deduttivo alle applicazioni concrete" [279]. Ma è altrettanto vero che egli sarebbe stato perfettamente consapevole che "è innegabile che i vari metodi, nel loro svolgimento concreto, hanno sollevato questioni, che avevano importanza, non solo per la tecnica metodologica, e neppure soltanto per la gnoseologia giuridica, ma assumevano una rilevanza notevolissima anche per lo stesso concetto fondamentale del diritto" [280]. Così come risulta chiarissimo dalla lettura del saggio di Larenz, seppur il Suo autore non l'abbia mai affermato espressamente, che "non è possibile chiedere alla storia del pensiero giuridico quale sia il migliore modo per arrivare a sapere "che cosa è il diritto" e che i contrasti di indirizzi e le dispute metodologiche non riflettono un contrasto di metodi, di cui l'uno sia migliore dell'altro, ma un contrasto tra valutazioni diverse della realtà" [281]. A prescindere, ora dalla maggiore o minore consapevolezza della natura solo convenzionale ed operativa di ciascun metodo giuridico, tematica che risulta perfettamente esplicitata, occorre evidenziare che anche in Olgiati fortissima sarebbe risultata l'esigenza di ricondurre il problema del metodo della scienza giuridica a quello del concetto di diritto: "e ci saremmo accontentati di questo fugacissimo accenno, se il Methodenstreit non fosse, in qualche caso, la espressione di un conflitto ben più profondo di quello che può comportare la difesa di un metodo di carattere puramente tecnicistico, e non rivelasse, sia pure indirettamente, un contrasto di idee nella stessa definizione di diritto" [282].

Alcune intuizioni contenute nel saggio di Olgiati consentono oggi di cogliere in tutta la sua gravità quello che sarebbe ben presto divenuto uno dei problemi cruciali della scienza giuridica: la definizione del rapporto tra il concetto di diritto e la metodologia scientifica; che equivale a domandarsi se l'opzione per questo o quel metodo scientifico costituisca l'effetto di un puntuale obiettivo operativo, oppure non rappresenti piuttosto l'imprescindibile corollario di una precisa visione dell'ordinamento giuridico. Ed anche in Olgiati la risposta non sarebbe sempre stata definitiva e sicura, poiché, ora vi sarebbe affermata la precisa convinzione che i metodi della scienza giuridica non possono che adeguarsi agli obiettivi che di volta in volta risulta necessario conseguire, ed è per questo che la scelta del metodo esegetico risponde alle esigenze proprie della casistica, mentre quello della dogmatica giuridica alle istanze "della unificazione sistematica e dell'organicità scientifica", ora sarebbe sostenuta l'idea che lo studio del metodo scientifico avrebbe aiutato "a comprendere meglio le teorie attuali intorno all'essenza della giuridicità" [283]. Evidentemente la difficoltà di Olgiati è quella di sostenere che la scelta di una metodologia piuttosto che di un'altra sia il frutto di una soluzione meramente operativa, con la conseguenza che il metodo prescelto è quello preferibile solo da un punto di vista operativo, ma, nel contempo, Olgiati non sembra percorrere fino in fondo nemmeno la via teoretica di ritenere che la scelta del metodo scientifico sarebbe la più evidente conseguenza di una precisa visione, in un certo senso filosofica, dell'ordinamento giuridico. A dire il vero, in Olgiati si ritrovano rappresentate entrambe le opzioni: l'idea che il metodo, quello dell'esegesi per fare un esempio, "possa essere applicato sia ad una codificazione che implichi il concetto della statualità, come ad un'altra che difenda il concetto della socialità del diritto; né si vede perché non avrebbe potuto essere seguita da uno studioso del diritto fascista o della legislazione nazionalsocialista" [284]; ma anche la convinzione, sempre esemplificando, e con riferimento alla costruzione giuridica del Laband, che se "il diritto si sarebbe ridotto alle norme giuridiche e si sarebbe risolto completamente in esse", e se "le norme giuridiche sono esclusivamente quelle del diritto positivo e la dogmatica deve limitarsi alla elaborazione logica di quest'ultimo", "l'unico diritto positivo sarebbe stato quello vigente", con la conseguenza che agli scienziati del diritto non sarebbe rimasto che ricorrere "al metodo astrattivo", "analisi e sintesi logico formali", le quali avrebbero prodotto "generalizzazioni successive", fino "ai concetti giuridici, alla costruzione logica degli istituti giuridici ed infine alla formazione del sistema" [285], quasi appunto a ritenere che la concezione dell'ordinamento del positivismo giuridico avrebbe necessariamente imposto il metodo del formalismo giuridico.

Ora, è pur vero che il Nostro autore, quando faceva riferimento alla "nozione di giuridicità", intendeva porsi non tanto il problema dell'essenza del diritto, quanto piuttosto affrontare la questione della determinazione della categoria della giuridicità, vale a dire di ciò che in un determinato ordinamento si sarebbe potuto definire giuridico, almeno secondo le prospettazioni della scienza giuridica. Da questo punto di vista, non avrebbe potuto essere un caso che, a giudizio di Olgiati, e ancora per fare un esempio, ciò che nell'Inghilterra del secolo scorso avrebbe consentito di conferire la patente della giuridicità "alla tradizione vissuta", la quale avrebbe fornito "al diritto il suo elemento materiale", sarebbe stata "la caratteristica giudiziaria, proprio perché avrebbe potuto conferire al diritto "la sua forma specifica" [286], nella teoria statualistica del tedesco Rudolph von Jhering, "l'elemento formale della giuridicità sarebbe divenuto l'imperativo dello stato, ossia la norma statale munita di coazione", dato che "l'elemento materiale è ciò che alla società è utile", mentre "la causa efficiente del diritto è solo lo Stato, che lo trae da sé, lo impone a sé, e lo fa osservare da sé" [287]. Ma è altrettanto vero che era lo stesso Olgiati ad affermare che, pur a partire da tali costruzioni, sarebbe stato possibile indicare un concetto filosofico del diritto [288], il quale avrebbe "soddisfatto tutte le esigenze rappresentate dalle varie scuole e dai

molteplici indirizzi delle scienze giuridiche", per avere "una giustificazione razionale" e consentire "un superamento dei punti di vista parziali" [289] .

A questo punto della trattazione è possibile affermare con una certa sicurezza che un qualche aiuto alla soluzione di alcune ambiguità, che sembrano percorrere il saggio di Francesco Olgiati, non ultima quella del rapporto, irrisolto, tra la nozione di giuridicità e il tema del metodo giuridico, potrebbe passare attraverso un chiarimento di quella che egli definiva il concetto del giuridico. Infatti, fermo restando che il problema era quello di delineare la nozione della giuridicità a partire dalle analisi dei giuristi, il passo successivo sarà quello di intendersi sul significato di tale concetto. Infatti, se riteniamo che Olgiati intendesse cogliere l'essenza del giuridico a partire dalle costruzioni scientifiche, allora risulta chiaro, in tale prospettiva, che il saggio di Olgiati è la disamina di ciò che la scienza giuridica ha definito come giuridico, di quegli elementi cioè che nei vari Stati e nei diversi ordinamenti hanno consentito di definire il giuridico, concetto rispetto al quale al filosofo-Olgiati sarebbe anche spettato suggerire una rappresentazione unitaria.

Se, invece, è possibile affermare che quella giuridicità, a cui fa riferimento il Nostro, altro non sarebbe stata se non lo studio di quella categoria che nei vari ordinamenti giuridici e nei diversi giuristi, avrebbe permesso di qualificare un fatto come giuridico, anche considerato che non pochi elementi in questo senso si ritrovano nel saggio di Olgiati, dalla disamina della categoria della statualità fino a quella della socialità, dal formalismo giuridico fino al sociologismo, in cui "la regola economica e sociale si trasforma in norma giuridica" salvo poi comprendere che per il buon funzionamento della società essa "dovrebbe essere munita di una sanzione" [290] , allora anche il tema del metodo giuridico e del suo rapporto con la giuridicità, questione che pure Olgiati aveva sentito la necessità di affrontare, ne risulterebbe chiarito.

Secondo tale prospettazione, infatti, se riteniamo di poter affermare che il saggio di Olgiati è, o comunque avrebbe dovuto essere, la ri-costruzione di quello che la scienza giuridica moderna aveva individuato come fonte del diritto, si pone ancora una volta in tutta la sua problematicità il tema del metodo della scienza giuridica, problema che solo per un inopinato difetto di attenzione di noi moderni, il quale trova le sue lontane radici nel formalismo concettuale della "Begriffsjurisprudenz", continuiamo a ritenere di fare coincidere con la questione della metodologia che occorre utilizzare per studiare il diritto positivo.

Tutto ciò risulta chiarissimo se, pur con tutte le sofisticazioni della scienza giuridica del Novecento, insistiamo nel ritenere che "con la riduzione del diritto a forma concettuale, resta "ipso facto" ostracizzato dalla cittadella della giuridicità ogni elemento alogico", dato che "il diritto veniva a priori riguardato come un tutto organico e razionale, come un'unità rigorosamente sistematica"; poiché ne sarebbe conseguito che la completezza dell'ordinamento giuridico, la mancanza di lacune nel diritto sarebbero divenuti dogmi scientifici, né più né meno dell'assolutezza del valore che la scienza giuridica vantava" [291] . Ma se il problema del metodo coincide con gli studi di dogmatica giuridica, oppure solo con le pur importanti questioni dal metodo teleologico, secondo il quale il diritto non può essere scientificamente studiato se non sul terreno della concretezza storica, non ha più alcun significato contrapporre al formalismo giuridico il realismo, come sembra fare Olgiati, i quali entrambi rivelerebbero "una divergenza non solo nei metodi pratici di studio, appellatesi l'uno al concetto, e l'altro alla vita, ma altresì una concezione diversa introno alla natura stessa del diritto che, secondo i primi, sarebbe pura forma e, secondo gli altri, sarebbe anche, e soprattutto, contenuto o scopo [292] . Oppure ancora contrapporvi la giurisprudenza degli interessi, la cui principale aspirazione sarebbe divenuta quella di provare che il sistema logico-formale dei concetti generali e astratti non poteva essere utilizzato come fonte conoscitiva per la produzione di nuove massime giuridiche. Pertanto "i concetti di ordine, come ad es. "diritto soggettivo, atto illecito" sarebbero formati dalla scienza giuridica sulla base dell'ordinamento giuridico positivo esistente, "lasciando da parte ciò che è accessorio e ponendo l'accento su ciò che è comune ed essenziale", cioè mediante l'induzione ed astrazione", antitetici ai quali nascerebbero "i "concetti di interesse", che servirebbero alla comprensione concettuale degli interessi riconosciuti come determinanti, quali ad es. "situazione di interesse, interesse al perfezionamento, interesse alla stabilità" [293] . Per poi dover evidenziare che "per terminologia consolidata" sono "designati" come "concetti giuridici soltanto i concetti di comando, non anche i concetti che fanno capo agli interessi" e farne derivare "un doppio binario nella formazione dei concetti" al quale sarebbe corrisposto "un duplice significato del sistema" [294] .

Pertanto, e riprendendo le fila del discorso, se a ciò si riduce il tema del metodo della scienza giuridica, allora risulta chiaro che è più facilmente comprensibile la ragione per la quale diventa una questione puramente operativa quella di preferire, di volta in volta, un metodo giuridico piuttosto che un altro, dato che alla dogmatica giuridica "può ricorrere un romanista, un giurista che illustra un codice democratico moderno e anche colui che vuol scientificamente commentare il Codice di diritto canonico" [295] , ed è la ragione per la quale è una finta contrapposizione quella tra formalismo e realismo giuridico, scuola del diritto libero e normativismo, giurisprudenza degli interessi e giurisprudenza dei concetti.

E ciò è possibile proprio perché la nozione di giuridicità proposta e indicata dai giuristi porta con sé sempre, e necessariamente, dei connotati di convenzionalità, che fanno propendere per un metodo piuttosto che per un altro, a seconda degli obiettivi che ci si è prefissati. Eppure, se tutto si dovesse ridurre all'operazione che il giurista è chiamato a perfezionare, è abbastanza sicuro che prima dell'operazione non solo non esiste un metodo migliore di un altro, il che è abbastanza ovvio, ma non ha nemmeno senso alcuno porsi il problema epistemologico del metodo della scienza

giuridica; eppure, così facendo, si lascia tra parentesi quello che è il problema cruciale di rapporti tra la nozione di giuridicità e il metodo della scienza giuridica: se cioè la scienza debba occuparsi di studiare, classificare e interpretare il giuridico, o non sia piuttosto la scienza stessa a determinare e ad indicare la nozione della giuridicità.

Infatti, solo rendendosi conto che quel medesimo concetto di giuridicità porta con sé necessari profili di convenzionalità, in quanto pur sempre frutto delle costruzioni di un sapere ipotetico-deduttivo (basti solo pensare che esso viene espresso in un linguaggio, il cosiddetto "linguaggio giuridico"), ma nel contempo consente di rappresentare il suo oggetto in termini problematici ed essenziali, è possibile superare quel dualismo nel quale anche Francesco Olgiati finisce per ridurre la sua gnoseologia: da una parte, il filosofo chiamato a costruire un concetto unitario di giuridicità a partire dagli approdi della scienza giuridica moderna, dall'altra, lo scienziato che utilizza il metodo giuridico, a seconda dell'obiettivo che si è prefissato che, certo, risente della sua visione dell'ordinamento giuridico, ma che per questo non può togliere ogni significato di verità alle costruzioni del giurista. Infatti, se riteniamo che di quella medesima nozione di giuridicità, è necessario suggerire una rappresentazione anche in chiave scientifica la quale, certo, non avrebbero escluso quella filosofica, ma l'avrebbe, anzi, probabilmente chiarita, non ci dovrebbe essere dubbio alcuno che tale concetto avrebbe posto il problema della fonte della giuridicità e dei suoi metodi di ricerca.

In altri termini, e per concludere, la ricerca di ciò che è giuridico, che, per certi versi, è anche la ri-costruzione di ciò che all'interno di un determinato ordinamento giuridico costituisce fonte del diritto, non è ambito né solo filosofico né solo scientifico, ma è occupazione precipua del giurista, che deve servirsi di un metodo e così costruire il suo oggetto, con l'avvertenza che le successive questioni (interpretazione e classificazione) danno già per risolto il tema dell'oggetto della scienza giuridica, ameno di non voler risolvere il problema alle radici ritenere che è giuridico ciò che Kelsen, con la conseguenza che al giurista non resterebbe altro se non verificare la regolarità formale della nozione di giuridicità.

6. Una scienza giuridica essenzialmente teoretica: Il problema della scienza del diritto di Giuseppe Capograssi.

Il rinnovato interesse per la scienza giuridica e dei suoi rapporti con la filosofia del diritto sarebbe stato tema che nel panorama giuridico-filosofico italiano avrebbe continuato a diffondersi, anche se lungo le strade e con le modalità più diverse. Se occorre riconoscere che il problema dei rapporti tra filosofia e scienza del diritto era stato posto dagli esponenti più avveduti del positivismo filosofico, come Alessandro Levi [296], è anche vero che sarebbe stato proprio il positivismo a rendere ancora più complicate le ragioni del chiarimento. La raggiunta consapevolezza dell'imprescindibilità del sapere filosofico nell'esperienza umana, certo, non ricerca metafisica ma analisi "critica", "fenomenologica" e "deontologica", Comte permettendo, aveva reso possibile la filosofia giuridica, a condizione di trasformarla in una filosofia dei "compiti" [297]. Nel contempo, ciò aveva contribuito non poco ad erigere un alto steccato tra scienza e filosofia giuridica che, in particolare, grazie al successo ottenuto dal compito "critico" e da quello "deontologico" [298], che le erano stati attribuiti, era divenuta una vera e propria *scientia superior*, o perché destinata ad apprestare i concetti fondamentali della scienza giuridica (compito logico), non risultando peraltro mai esplicitamente chiarito se tali "sommi" concetti fossero ulteriori generalizzazioni dei concetti della scienza giuridica, allora qualitativamente non diversi da questi ultimi [299], oppure veri e propri assiomi, allora convenzionalmente posti; oppure perché destinata ad esprimere una valutazione sull'ordinamento giuridico, diventando essa ricerca di "quelle grandi idealità sociali, che escono dalla stessa rivoluzione storica della società umana, e che sono additate allo Stato come la nobile metà, che esso deve proporsi di raggiungere" [300].

Non sarà certo questa la sede per analizzare il percorso filosofico di pensatori come Eugenio Di Carlo o Antonio Falchi, entrambi di formazione positivista, i quali, costituiscono oggi due emblematiche rappresentazioni delle strade che si sarebbero potute percorrere nell'intento di ripensare al rapporto filosofia/scienza giuridica dall'interno stesso del positivismo filosofico. Né sarà questo il momento per sottolineare come sarebbe stata una via senza uscita, almeno ai fini che a noi interessano, quella indicata da Di Carlo, secondo la quale principio essenziale per la comprensione dell'ordine giuridico sarebbe stata l'identificazione della giuridicità con il canone di giustizia della filosofia tomistica [301]. Oppure, ancora, quella suggerita da Antonio Falchi, nel quale il problema di andare oltre una fenomenologia del diritto significava approdare ad "uno storicismo positivistico di diretta ispirazione vichiana" [302].

A meno di non voler ricorrere al neoidealismo crociano.

Eppure, non era certo possibile trovare dei solidi sostegni epistemologici nei Lineamenti della logica come scienza del concetto puro, nella quale i concetti della scienza erano definiti "pseudoconcetti" e la scienza non poteva essere in alcun modo considerata attività conoscitiva [303], tanto che, rispetto alla concezione crociana dei concetti scientifici, diventerebbe anche difficile affrontare il tema utilizzando le categorie di convenzionalità e di operatività [304].

Ma il pensiero crociano era anche identità di storia e di filosofia. Se "storicismo, nell'uso scientifico della parola, è l'affermazione che la vita e la realtà è la storia, e nient'altro che storia. Correlativa a quest'affermazione è la negazione della teoria che considera la realtà divisa in soprastoria e storia, in un mondo di idee e di valori, e in un basso mondo che li riflette o li ha riflessi finora, in modo fuggevole e imperfetto" [305], la filosofia diventava allora studio della vita e della scienza, poiché "non veniva meno alla filosofia il proprio e particolare suo ufficio; sol che quest'ufficio non stava di sopra e distaccato dalla scienza e dalla vita, ma dentro di queste, strumento di scienza e di vita", e più precisamente "il momento astratto della storiografia" [306]. E tutto ciò, che pure costituiva uno dei tratti salienti della riflessione filosofica crociana, non avrebbe potuto non rappresentare un efficace strumento per riportare l'attenzione della filosofia giuridica sulla giurisprudenza.

In altri termini, se nel 1909 con la Logica come scienza del concetto puro, la sfera pratica si sarebbe finalmente saldata con quella teoretica, entrambe forme dello spirito, dando vita a quello che sarebbe stato definito lo "storicismo assoluto" di Benedetto Croce [307], dato che anche le scienze naturali venivano ora accolte nell'ambito dello spirito, sia pure nella sfera "pratica", conducendo il filosofo "a rifiutare ogni loro ipostatizzazione ed a sottolinearne il carattere empirico, limitato, contingente, cioè in una parola "storico" [308] ma rimaneva una conoscenza di "pseudoconcetti", e, se di lì a qualche anno, con Teoria e storia della storiografia, l'identificazione della filosofia con la storia sarebbe divenuta definitiva coincidenza della filosofia con la storiografia [309], sarebbe risultato chiaro che la rivalutazione della giurisprudenza dall'interno del neoidealismo crociano non poteva avvenire tramite un ri-pensamento della teoria dei "pseudoconcetti", ma solo a partire dall'idea che conoscere la realtà significa anche riflettere sulle modalità con le quali tale realtà sia stata conosciuta.

Lungo questa via, chi avesse voluto riscoprire il ruolo della giurisprudenza senza dimenticare le imprescindibili ascendenze crociane, non avrebbe potuto che concludere il diritto poteva essere conosciuto attraverso lo studio di quella scienza che si sarebbe occupata del diritto, la giurisprudenza. Ne derivava l'idea che la scienza fosse la coscienza che l'esperienza giuridica ha di sé, cosicché lo studio della stessa avrebbe rappresentato una via particolarmente significativa, al fine di cogliere l'intima essenza della realtà giuridica. E' pur vero che attraverso questo percorso l'interesse per la scienza del diritto diventava mediato dalla necessità di meglio conoscere filosoficamente il concetto del diritto, ma è altrettanto vero che in tal modo la scienza giuridica non rappresentava solo un privilegiato osservatorio dell'esperienza giuridica, ma essa stessa diveniva partecipe del concetto stesso del diritto [310].

Infatti, se correttamente decodificata, la gnoseologia crociana, che pure non aveva lasciato spazio alcuno alla scienza giuridica, diventava la via per recuperare il concetto del diritto a partire da ciò che era implicito nelle ricerche rivolte a studiare l'esperienza giuridica; non bastava, come insegnavano le scuole, che avevano interpretato e diffuso il pensiero di Kant, fissare la liceità logica [311] o deontologica e valutativa di tale concetto [312], ma occorreva anche approfondire "come concretamente esso si specifichi nella vita dell'azione" [313]. Come esso si sviluppi nell'ambito di quella esperienza giuridica, rispetto alla quale, avevano ragione i neokantiani, occorreva dotarla di un senso, valutarla [314], che non poteva però essere fatto attraverso quella categoria della relazionalità, che, finché non fosse divenuta una mera ipotesi, la Grundnorm di Kelsen, sarebbe rimasta comunque una vuota forma, potendo contenere indifferentemente materiale empirico o idealità metafisiche. Ma non poteva nemmeno coincidere con quegli esiti volontaristici dello storicismo immanente, che pure percorrevano quasi per intero il pensiero di Croce [315] e, ancor più, quello di Giovanni Gentile, dal quale, d'altro canto, non si poteva nemmeno prescindere, se si fosse voluto veramente intendere l'essenza della realtà giuridica, e non abbandonarsi alla pura trascendenza metafisica.

A ben guardare, poi, per i giuristi, tale importante problema filosofico comportava, specularmente, alcuni gravi dilemmi scientifici. Infatti, come, dal punto di vista filosofico, si poneva la questione, che era poi il problema cruciale delle scuole neokantiane, di fondare un concetto del diritto che non coincidesse con il materiale empirico dell'esperienza ma che potesse però essere conosciuto attraverso l'esperienza, rispetto al quale non poteva nemmeno dirsi soddisfacente la soluzione proposta da quel neoidealismo che rischiava di risolvere l'intera esperienza in soggettivismo [316], così, dal punto di vista scientifico, si ponevano almeno due quesiti, intimamente correlati l'uno all'altro. Da una parte, infatti, si doveva affrontare il problema di comprendere come potessero le classificazioni della dogmatica avere una capacità conoscitiva superiore rispetto a ciò di cui esse erano una generalizzazione (il diritto positivo), il tema cioè del valore euristico dei concetti giuridici connesso a quello dell'induttivismo; dall'altra, si doveva affrontare la questione di capire come potessero i concetti della scienza giuridica assumere quella fissità e assolutezza che non avrebbe avuto senso se essi fossero stati semplici generalizzazioni del mutevole e contraddittorio dato positivo, in questo secondo caso, il tema del valore conoscitivo dei concetti giuridici risultava connesso a quello della logica e del metodo deduttivo.

E non poteva essere un caso che anche Lopez de Onate in quei medesimi anni si fosse posto il problema "di determinare quale fosse la natura della scienza del diritto, cioè di quello che comunemente s'intende per sapere sistematico intorno ai fenomeni della vita del diritto" [317], risultando immediatamente evidente che il suo intento, rispetto al quale non dovrà essere sottovaluta la preoccupazione di oltrepassare quell'idealismo che negava la possibilità di attribuire una qualche valenza conoscitiva al sapere scientifico, di poter fondare una scienza del diritto a partire dalla possibilità stessa di pensare la scienza. In altri termini, l'intento era quello di costruire la scienza giuridica a partire dalla possibilità di

ammettere un valido sapere scientifico, rispetto al quale la giurisprudenza si sarebbe differenziata, poiché non ha come oggetto "una propria realtà di fatti da indagare", ma "il suo oggetto appare invece ad una prima osservazione costituito dalle norme giuridiche vigenti in una data epoca e in un determinato luogo", rispetto alle quali il giurista, differentemente dallo studioso di scienze naturali, non avrebbe dovuto "ricavare leggi naturali che siano le costanti dell'accadere", ma doveva semplicemente "preoccuparsi di ridurle a logica unità, cioè a sistema" [318]. Anche per Lopez, come sarà per Capograssi, sebbene l'analisi fosse proceduta da una prospettiva parzialmente diversa, se per Aristotele la scienza è scienza dell'universale, non potendovi essere "scienza dell'accidentale o del particolare", la giurisprudenza avrà allo "il compito di cogliere l'essenza, e quindi l'universale; ma quell'universale non è tale in astratto, bensì è l'universale del particolare" [319]. Ora, riteniamo che nessuno ci potrà accusare di fretolosità se ci permettiamo di affermare che la scienza giuridica di Lopez probabilmente evidenzia tutti i limiti della costruzione di Bobbio e le perplessità che vedremo suggerite dalla gnoseologia capograssiana, ma tale critica, per certi versi anche del tutto abbastanza scontata, ai fini della nostra disamina, pare sembra dubbio poco rilevante. Infatti, quello che piuttosto interessa sottolineare è che anche nell'Autore de La certezza del diritto in quei medesimi anni Trenta si sarebbe avvertita l'esigenza non solo di delineare una pur rudimentale scienza giuridica, ma anche di distinguere la giurisprudenza dalla filosofia e di attribuire a quest'ultima due compiti puntualmente determinati: "il primo, quello di delimitare i confini di validità del sapere contenuto in ognuno dei sistemi [scientifici]", mentre il secondo doveva "essere realizzato mediante una penetrazione nell'intimo di ogni singolo sapere che ogni determinata scienza costituiva, fino a cogliere quelle profonde intuizioni che la scienza, senza di proposito trascendere se stessa, realizza con tutto il suo potente sforzo di intendere la realtà" [320].

Se in Renato Treves il rapporto filosofia/scienza aveva probabilmente ben poco al dibattito di fine secolo sull'oggetto della conoscenza scientifica e sul metodo della giurisprudenza, ma aveva piuttosto sancito una particolare contiguità tra filosofia e scienza, quantomeno rispetto all'oggetto, dato che, in ultima analisi, la giurisprudenza rappresentava l'ambito di verifica della bontà e della coerenza di alcune tesi filosofiche, la via seguita da Giuseppe Capograssi nel suo Il problema della scienza del diritto del 1937, al quale sarebbe ben presto seguito Leggendo la Metodologia di Carnelutti del 1940, L'ultimo libro di Santi Romano, le Impressioni su Kelsen tradotto e Il problema di Vittorio Emanuele Orlando, dei primi anni Cinquanta [321], e comunque tutti dedicati al problema della scienza giuridica [322] sarebbe stata sicuramente diversa, e probabilmente nemmeno parallela. Essa avrebbe, infatti, portato ad una sorta di identificazione della filosofia con la scienza: essa "vede in ogni dato che elabora la profonda unità di tutta l'esperienza, che nasce dal segreto principio che la costituisce nella sua specifica e umana originalità: anch'essa ricerca le fibre dell'esperienza, gli originari insostituibili aspetti e le insostituibili posizioni che sono le vere leggi a cui ogni esperienza giuridica deve obbedire", scoprendo essa quei "principi nascosti nella realtà, supposti da tutto il lavoro della scienza" [323], lungo quell'itinerario che, secondo la cifra critica di Pietro Piovani, avrebbe caratterizzato la filosofia del diritto quale "presa di coscienza della consapevolezza della scienza giuridica nel suo progredire", sulla base dell'idea che "solo la scienza del diritto, per la sua intrinsechezza con l'azione, potesse conoscere tutto il mondo umano dell'azione, che è il vero oggetto che il sapere filosofico deve possedere come suo" [324].

Quanto all'obiettivo della scienza giuridica, la posizione di Giuseppe Capograssi risultava essere chiarissima: "la realtà che essa si trova di fronte e che segue in tutte le sue posizioni è una realtà infinitamente mutevole nelle sue posizioni", è tale mutamento che "la scienza deve seguire" e così essa coglie si può dire, al suo puntuale realizzarsi, al suo rapido apparire nella storia concreta dell'azione il diritto e lo ferma nei suoi concetti e lo garantisce anche di fronte a se stesso, dal suo troppo rapido e fugace apparire, nel continuo scorrere del flusso dell'azione" [325]. E la tesi è così definitiva, che verrà ripresa anche in Leggendo la "Metodologia" di Carnelutti, dato che è pur vero che i concetti della scienza giuridica "sono legati al contenuto del diritto positivo", "lo raggruppano, ne scoprono la struttura, le somiglianze e le dissomiglianze, e in sostanza vengono a farci conoscere in modo determinato la effettiva e puntuale le conoscenza hic e nunc dell'esperienza giuridica, ma è anche vero che "rimane il sistema di permanenze che la scienza vede nell'esperienza, che essa imprime nei concetti fondamentali nei quali essa svolge la sua concezione unitaria dell'esperienza e che è gloria della dogmatica moderna avere scoverato e disposto in modo gerarchico" [326].

Ma se la scienza del diritto consentiva di conoscere l'unità dell'esperienza, si poneva anche per Capograssi il valore euristico dei concetti della giurisprudenza: "la scienza del diritto ha per compito di formulare in concetti quelle che sono le volontà e gli assetti temporanei e storici dell'esperienza", poiché in tal caso conoscere non significherebbe altro se non "esprimere i dettati pro tempore della storia", oppure ha per compito di tradurre in formole questi assetti, ma partendo da certezze, da principi, da una verità dell'esperienza, che è superiore al fatto storico, che sostiene il fatto storico nei suoi significati umani e lo giudica, nel qual caso conoscere significa conoscere proprio quel principio che fa giuridica l'esperienza, che fa l'unità dell'esperienza al di sotto delle sue rotture?" [327]. Che altro non era se non quello che Capograssi considerava come il problema cruciale di Vittorio Emanuele Orlando [328], la possibilità di costruire una teoria scientifica, di per sé necessariamente astratta, che potesse anche assecondare i processi evolutivi della storia del diritto che "gli muta continuamente i termini del problema, e lo costringe perennemente a riproporselo" [329]; rispetto a tale problema, invece, la soluzione proposta da Hans Kelsen [330] avrebbe grandemente impoverito la scienza giuridica, poiché essa avrebbe finito per perdere "ogni natura e funzione perché estranea alla vita", costituendo soltanto un subiettivo (dell'individuo scienziato) interesse estetico di armonia" [331], al quale problema egli avrebbe dato una risposta precisa e assolutamente definitiva. Eppure il filosofo abruzzese non sarebbe riuscito a delineare l'esperienza

giuridica prima delle elaborazioni della scienza, finendo per prospettare un'esperienza giuridica non ancora elaborata da una scienza organica, eppure già sottoposta ad una elaborazione nozionale, sia pure primitiva e incosciente.

Infatti, dopo i concetti che la scienza avrebbe formato nel primo stadio del suo lavoro, i quali costituivano "la traduzione e il riassunto nozionale dei principi che la scienza avrebbe trovato nei comandi e nei quali aveva risolto il contenuto dei comandi", i quali avrebbero consentito "la trasformazione dell'esperienza nell'oggetto della scienza", cosicché la scienza avrebbe "il suo oggetto che rappresenta e rimpiazza l'esperienza" [332], occorre costruire i principi, per i quali "la scienza prendeva il proprio criterio dai principi stessi che il suo lavoro arrivava a scoprire nel dato dell'esperienza" [333]. Eppure, "la scienza non si ferma qui", essa sarebbe andata oltre, fino al rinvenimento dei concetti generali, "i quali dominano tutta quanta la sua costruzione e le sue conclusioni, "non di là dalla sua costruzione, dai suoi concetti, dai suoi gruppi di concetti ma in questa costruzione in questi concetti, in questi gruppi di concetti" [334], la scienza si sarebbe avveduta che vi è una sua unità. D'altro canto, sarebbe assolutamente sbagliato ritenere che essi fossero semplici strumenti del lavoro scientifico, poiché essi non solo avevano quel "tanto di verità che è la comune essenza di ogni posizione particolare di atti di volontà nel concreto", ma altro non sarebbero che "le infinite posizioni che in questo modo avrebbero preso la volontà obiettiva e le volontà soggettive", in modo tale da costruire una piramide, "per cui i concetti [sarebbero andati] di strato in strato, salendo e intensificandosi in concentrazione unitaria fino a che arrivano a mettere capo ad una specie di concetto fondamentale iniziale e finale che in definitiva è il contenuto di tutti gli altri ed il fondamento di tutti gli altri, poiché gli altri non sono che la determinazione e l'analisi di quest'ultimo concetto" [335].

Crediamo sia ormai patrimonio acquisito della nostra letteratura giuridico-filosofica, relativamente al rapporto scienza/filosofia [336], l'indicazione delle ascendenze vichiane [337] ed idealistiche [338] della costruzione capograssiana, nonché l'allontanamento da quest'ultima, fino all'individuazione di una concezione storicista, intesa come la dimensione esistenziale dell'individuo [339]; anche se è importante non dimenticare che per Capograssi "nella storia c'è la scienza con le sue certezze, con le sue concezioni del mondo giuridico, con la coscienza delle sue esigenze, con i suoi concetti fondamentali: nella storia c'è questa coscienza, che la scienza ha, di una verità profonda, di una profonda esigenza di un nucleo di esigenze spirituali a cui l'esperienza giuridica si riduce" [340]. Risulta chiaro che la scienza giuridica e le sue costruzioni avrebbero consentito di cogliere l'essenza dell'esperienza giuridica, attraverso la costruzione di un impianto, per quanto astratto [341], che pure avrebbe dovuto costituire l'ossatura dell'esperienza giuridica stessa, inevitabilmente costituito da concetti astratti. Siccome "ogni concetto formato per astrazione – per esempio la vendita -, non è il ritaglio di un tipo o schema di azione, ma è tutta quanta l'esperienza colta in ogni momento" [342], i concetti "categorici" della scienza giuridica, ai quali si sarebbero riportati quelli "secondari" della dogmatica, sarebbero risultati in grado di "garantire" il diritto dal perenne fluire della storia, poiché attraverso di essi lo scienziato giuridico aveva colto "la verità su cui si fonda il mondo umano della storia e perciò soprattutto il mondo del diritto" [343]: "con ciò ogni nuova posizione della vita è già giudicata: perché viene rilevato quello che è elemento estraneo e contrario alla natura stessa del mondo giuridico, e con ciò condannato dalla scienza", tutt'altro che "soggetta all'arbitrio del legislatore", poiché anche il legislatore, "e cioè la coscienza e l'atto che pone la legge giuridica, è anzi colui che riduce il suo arbitrio e si immedesima e si intrinseca nella logica e nella verità dell'esperienza" [344].

Ai fini della nostra ricerca, e cioè della disamina di come il rinnovato interesse dei rapporti tra filosofia e scienza avesse rappresentato la via attraverso la quale poter recuperare un dialogo tra la speculazione filosofica e la giurisprudenza, occorre evidenziare che la concezione della giurisprudenza propostaci da Giuseppe Capograssi è appunto quella di una scienza giuridica che mira alla pura conoscenza [345]. Ciò significava, e così venendo alla struttura della sua giurisprudenza, da una parte, non solo contiguità tra la scienza e l'oggetto della sua conoscenza, ma l'impossibilità stessa da parte della scienza di pensare allo studio dell'esperienza giuridica dall'esterno; dall'altra, che ne era, a ben guardare, la più ovvia conseguenza, l'idea che la giurisprudenza non potesse attingere alcuna valenza conoscitiva al rigore logico-formale della ricerca scientifica, proprio perché "la struttura ipotetico-convenzionale della scienza veniva, infatti, respinta, non potendo una forma di conoscenza "parziale", "economica", "strumentale" pretendere di realizzare una piena e autofondativa consapevolezza di sé", a meno di non interpretarla "come momento particolare e "derivato" di un più ampio e "vero" quadro di riferimento fornito appunto dal sistema delle categorie filosofiche" [346].

Lungo questa via, sarebbe risultato chiarissimo che, così come per il giurista Capograssi doveva essere immediatamente risolto il problema del "valore di verità o il valore di utilità" dei concetti giuridici, poiché la sua costruzione della scienza avrebbe consentito di saldare la convenzionalità dei concetti giuridici con il divenire della storia, a cui è legata la scienza del diritto, "anche se non può seguirla fino in fondo", così per il filosofo Capograssi, anche la difficoltà del rapporto della filosofia giuridica con la scienza dei giuristi avrebbe rappresentato un quesito di non difficile soluzione. Infatti, "se il problema della scienza riflette e rispecchia il problema dell'esperienza", "in quanto con tutta se stessa riassume in sé la struttura e la crisi dell'esperienza", "questo problema - del quale ogni singolo problema, che ogni forma particolare dell'esperienza solleva, non è che un aspetto - è il problema della filosofia", la consapevolezza che "l'intelletto astratto" matura di sé come momento o forma della universale "esperienza" [347]. Ma procedere a "quel complesso di giudizi da cui risulta il concetto", è possibile "solo in quanto si coglie si intuisce il profondo fine di verità, da cui nasce la realtà che si giudica" [348]. Infatti, ciò che avrebbe consentito di conoscere alle "astrazioni" della scienza di cogliere la problematicità della "concretezza" dell'esperienza giuridica sarebbe quel concetto di "intuizione", molto vicino alla posizione

bergsoniana della immediatezza e certezza assoluta del conoscere, a condizione che esso non si fosse riferito al mondo "esterno", alle "scienze della natura" diremmo noi, ma si fosse occupato di quel mondo dinamico e vitale, che è la storia, di cui è parte anche il giurista, e che a lui spetta mantenersi ancorato, se non vuol separarsi dal suo stesso terreno di origine e di crescita [349], il quale, a ben vedere, era il vero apporto del Capograssi alla polemica antipositivista. D'altro canto, rimangono sullo sfondo della riflessione capograssiana, e non sarebbero mai state tematizzate fino in fondo, le istanze di una filosofia, che non solo non poteva più risolvere la scienza in generalizzazioni empiriche a contenuto particolare e determinate come aveva fatto il positivismo, salvo, poi, avere addirittura assolutizzato acriticamente i propri criteri metodologici, ma che si prefiggeva anche di procedere ad una negazione pressoché totale di ogni elemento apriori o trascendentale del concetto di diritto, che potesse in qualche modo essere paragonabile alle forme trascendentali neokantiane. A tal fine, occorre proporre una conoscenza che, in ogni campo dell'attività umana, così come nell'esperienza giuridica, fosse in grado di procedere con un atteggiamento di "tensione" o aspirazione storica verso l'assolutezza e la validità generale dei principi del conoscere e dell'agire umano [350], così sostituendo quella concezione relazionale-astratta del conoscere, di origine naturalistico-scientistica, a causa del quale positivismo e neokantismo avevano rappresentato il diritto in termini di fenomeno, sia pure l'ultimo oggettivamente percepito e organizzato dalle forme apriori, con una concezione della scienza in cui vi fosse una quasi totale coincidenza di conoscenza e realtà. Quello che si chiedeva alla scienza era la possibilità della verità totale, e quindi di una fondazione critica e metodologica della scientificità universalmente valida [351], in senso non più idealistico-trascendentale [352], né fenomenico-positivista, ma in modo tendenzialmente realistico, concreto.

E' pur vero che in tal modo la scienza finiva per essere indissolubilmente legata alla filosofia, e quest'ultima all'intera esperienza, al punto che quella di Capograssi è stata definita una filosofia giuridica "astratta" [353] e "misticggiante" [354], ma è altrettanto vero che, se in tal modo era possibile procedere alla fondazione epistemologica delle "scienze dello spirito" (*Geisteswissenschaften*, in cui Geist si opponeva a Natur) e della giurisprudenza in quanto scienza storica [355], che si caratterizzavano, rispetto a quelle della natura, per un particolare modo di conoscere (*Verstehen*, per utilizzare la terminologia di Dilthey), era altrettanto vero che anche in Capograssi, come già era in Dilthey, il mondo della natura e le scienze naturali riguardavano la realtà esterna all'uomo, un mondo fenomenico e parziale, che non era pienamente vissuto dall'uomo [356]. Anche se occorre evidenziare che egli riteneva "le scienze che si possono chiamare con parola espressiva storiche", pur non essendo esteriori al loro oggetto, "non modificano la vita del loro oggetto", mentre "è perfettamente differente quello che accade per la scienza del diritto", il cui risultato "è subito preso e fatto proprio dalla vita" [357]. Essa, infatti, contribuiva, avrebbe continuato il filosofo abruzzese, "a fare il suo oggetto, [il quale] nasce dallo stesso principio da cui nasce la realtà che è il suo oggetto, e nata da questa spinta non ha altro intento ed altra attività, che di fare questa realtà", che non avrebbe potuto non conoscere, poiché ne aveva esperienza doppiamente: non solo "perché lo spirito che costruisce il mondo del diritto è lo stesso spirito che lo conosce e perciò quel conoscere non è che un vero ricordarsi", ma anche perché lo spirito nell'atto che conosce il diritto e costruisce la scienza del diritto costruisce ancora l'esperienza giuridica" [358]. Non c'è dubbio alcuno che, nonostante tali premesse, e per certi versi anche inspiegabilmente, quando Capograssi avesse ritenuto opportuno delineare la metodologia delle scienze naturali, avrebbe finito per convergere verso quel positivismo realistico, il quale riteneva che sarebbe stata la natura "oggettiva" del fatto a determinare la valenza conoscitiva della corrispondente disciplina scientifica. Lungo tale via, le scienze naturali non avrebbero dovuto fare altro che ri-trovare "i valori" nei "fatti" della realtà [359], quelle storiche, invece, avrebbero dovuto quotidianamente misurare la differenza tra l'astrazione del concetto e la concretezza dell'esperienza, così rischiando di oscurare anche la fondazione scientifica della giurisprudenza. Quest'ultima, infatti, proprio perché, piuttosto che "perfetta testimonianza dell'intima sostanza dell'esperienza giuridica", in realtà, avrebbe finito per coincidere con l'esperienza giuridica stessa, con la conseguenza che allora essa effettivamente non sarebbe stata né "una scienza puramente logica, né una scienza puramente storica", ma nemmeno si comprende come essa avrebbe potuto corrispondere "al duplice fine "di costruire con il suo lavoro concettuale l'autonomia profonda e obiettiva dell'esperienza giuridica, e insieme "di cogliere con il suo lavoro d'interpretazione la vita nella sua concretezza, nella quale l'esperienza giuridica è inserita" [360]. A questo punto, diventa non immediatamente rilevante evidenziare che di fronte a questa "lacerante esigenza", di considerare l'oggetto della scienza giuridica come "mezzo per i fini della vita", o come "fine, avente la sua chiusa e completa natura in se stesso", Capograssi avrebbe dovuto finire per scindere il lavoro del giurista, dato che la prima esigenza sarebbe stata assolta "dal lavoro d'interpretazione", mentre la seconda "dal lavoro di costruzione", non solo perché tali affermazioni rappresenterebbero la riprova della noncuranza per ogni questione di natura metodologica, ma anche perché tale dualismo, che sarebbe stato il medesimo che avrebbe caratterizzato i concetti della scienza del diritto, sarebbe stato risolto, in ambito filosofico, da quella "profonda intuizione che gli istituti del diritto, che le realtà del diritto hanno il loro fine in se stesse [e] sono loro stesse il loro fine" [361].

E' pur vero che il convincimento filosofico, in virtù del quale la scienza sarebbe stata quantomeno parte integrante dell'esperienza giuridica [362], avrebbe anche dato per risolti alcuni relevantissimi problemi epistemologici, non ultimo quello concernente il fatto che, seguendo Capograssi nella costruzione di una scienza giuridica che doveva attingere alla pura conoscenza, si sarebbe finito per attribuire al concetto di diritto un significato contemporaneamente filosofico e scientifico, frattura che avrebbe accompagnato tutta la riflessione capograssiana sul diritto, ma è altrettanto vero, secondo l'itinerario da noi tracciato, che essa avrebbe rappresentato un formidabile esempio di come il rinnovato

interesse per la giurisprudenza fosse addirittura divenuto piena coincidenza tra la riflessione filosofica e quella scientifica [363].

Infatti, dal punto di vista prettamente scientifico, ponendoci cioè dall'angolo visuale del giurista che attendeva la fondazione di una metodologia scientifica, dobbiamo osservare che il problema del metodo della giurisprudenza non era in alcun modo affrontato, tanto che si potrebbe senz'altro sostenere che Capograssi non l'avesse nemmeno ritenuto oggetto di una trattazione filosofica sulla scienza giuridica. In effetti, se Treves aveva considerato la scienza come il luogo in cui si dovevano verificare e falsificare le conseguenze dell'accoglimento di questa o di quella concezione filosofica, così legando indissolubilmente scienza e filosofia, cosicché nella costruzione teorica di ciascun concetto teorico-generale, come in quello di diritto soggettivo o di personalità giuridica, egli riteneva fosse possibile svelare il debito nei confronti di questo odi quell'orientamento filosofico, salvo poi verificare se la costruzione scientifica di tale istituto fosse coerente con la visione filosofica che negli intenti dell'Autore avrebbe dovuto costituire il fondamento [364], in Capograssi, a ben vedere, l'attuata coincidenza di scienza e filosofia altro non avrebbe rappresentato se non la definitiva dissoluzione del discorso sulla scienza giuridica nella trattazione filosofica [365].

[1] Sono gli Appunti delle Lezioni tenute dal maestro padovano nel 1953, raccolte nel volume E. Opocher, *Lezioni di Filosofia del diritto. Il problema della natura della giurisprudenza*. Appunti raccolti dagli Assistenti Dott. Luigi Caiani e Dott. Renzo Piovesan, Seconda ristampa della Seconda edizione, Padova, 1963.

[2] Non è un caso infatti che di lì a poco Opocher rinvii agli scritti del Cammarata: "Anche, prescindendo, infatti, dalle note tesi del Cammarata (la filosofia del diritto come critica gnoseologica della giurisprudenza) che perviene ad una simile conclusione non già per un atteggiamento negativo nei confronti della filosofia, ma, all'opposto, perché attraverso un acuto e coerentissimo sviluppo delle premesse idealistiche, sostiene l'identità dell'esperienza giuridica con la giurisprudenza [...]".

[3] Per il noto intervento si veda A. E. Cammarata, *Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia*, in: "Riv. int. Fil. dir.", 1922, III, pp. 234-258.

[4] Cfr. L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955, p. 1.

[5] Occorre subito chiarire che il termine giurisprudenza verrà spesso utilizzato quale sinonimo di scienza giuridica, così intendendosi, secondo la definizione proposta da Enrico Opocher, l'attività di giurista o del teorico del diritto che elabora "concettualmente" le norme giuridiche poste dal legislatore, la cui attività assume due direzioni "che, almeno apparentemente, sembrano divergenti: l'interpretazione delle norme e quel processo di elaborazione dei concetti giuridici, quali, ad esempio, quelli di "diritto soggettivo", di "lecito", di "sanzione", di "contratto" e via discorrendo, in cui consiste la "teoria generale del diritto"; cfr. E. Opocher, *Il problema della natura*, cit., pp. 4-5.

[6] Cfr. op. cit., p. 2, in cui lo studioso padovano richiamava in nota l'articolo di P. Bonfante dal titolo *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, apparso nel 1917 nella *Rivista Italiana di Sociologia*, poi in *Scritti giuridici vari*, IV, Roma, 1925, pp. 46-69, in cui risulta chiaramente espressa la preoccupazione forse maggiore dei giuristi a quel tempo, che era di evitare l'introduzione di elementi genericamente filosofici nella trattazione di problemi specificatamente giuridici, e il saggio di A.L. Levi, *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, Bologna, 1920, nel quale l'Autore ritiene che la filosofia del diritto avrebbe potuto acquistare una qualche rilevanza alla sola condizione di trasformarsi in teoria generale del diritto.

[7] Cfr. A.E. Cammarata, *Su le tendenze*, cit., p. 234.

[8] Cfr. F. Carnelutti, *I giuristi e la filosofia*, in "Riv. int. Fil. dir.", 1923, II, pp. 184-189, in cui l'Autore afferma: "Io credo che a dirimere questa specie di malinteso che esiste, non dico tra i giuristi e i filosofi [...] molto varrebbe, come avviene sempre, la sincerità. I giuristi devono confessare che non sono filosofi e i filosofi che non sono giuristi. E la colpa è di questo meticcio, che noi chiamiamo filosofia del diritto [...]".

[9] Per un'accurata ricostruzione della filosofia giuridica dei primi decenni del secolo scorso, quantomeno fino agli anni Quaranta, si veda G. Del Vecchio, *Lezioni*, VII ed., Milano, 1950; G. Del Vecchio, *La Giustizia*, IV ed., Roma, 1951; A. Ravà, *Lezioni di filosofia del diritto*, I vol., IV ed., Padova, 1934; W. Cesarini Sforza, *Guida allo studio della filosofia del diritto*, II ed., Roma, 1946; per utili indicazioni bibliografiche, vedi anche G. Perticone, *Teoria del diritto e dello Stato*, Milano, 1937. Le Riviste nelle quali si può seguire con maggiore attenzione la produzione filosofico giuridica italiana è la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, fondata da Giorgio Del Vecchio e alcune altre Riviste filosofiche: la *Rivista di*

Filosofia, la Rivista italiana di scienze giuridiche, e l'Archivio giuridico. Per una puntuale ricostruzione dei più diffusi orientamenti filosofico-giuridici, di fondamentale importanza P. Piovani, *Momenti della filosofia giuridico-politica italiana*, Milano, 1951, pp. 29-97,

[10] Cfr. I. Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, IV ed. a cura di W. Cesarini Sforza, Bologna, 1920, p. 6.

[11] Si veda A. Baratta, *Il positivismo e il neo-positivismo*, in R. Orecchia (a cura di), *Atti dell'XI Congresso Nazionale della Soc. It. di Fil. Giur. Pol.*, II, Milano, 1976-77, p. 30.

[12] Cfr. I. Vanni, *Lezioni*, cit., pp. 14-18.

[13] Sul punto si veda A. Levi, *Per un programma di filosofia del diritto*, Torino, 1905, p. 40.

[14] Ancora A. Baratta, *Il positivismo*, cit., p. 33.

[15] Cfr. A. Groppali, *Il problema del fondamento intrinseco del diritto nel positivismo moderno*, Torino, 1905 e *Il diritto come atto sociale*, Roma, 1941, nel quale il suo positivismo finisce per divenire sociologismo, destinato a cogliere il valore della "idealità sociale", e a cercare ciò che è volontario e ciò che non lo è nella collettiva fenomenicità giuridica.

[16] M. A. Vaccaro, *Sul rinnovamento della filosofia del diritto*, in "Rivista Italiana di sociologia", 1902.

[17] A. Levi, *Per un programma*, cit., p. 115.

[18] A. Baratta, *Il positivismo*, cit., p. 35.

[19] *Ibidem*.

[20] A. Levi, *Per un programma*, cit., p. 66; ma anche A. Falchi, *La concezione positiva del diritto*, Bologna, 1905, il quale rileva che la filosofia, se vuol essere veramente positiva, non può ridursi ad ingenuo biologismo, ma deve fare posto alla ricerca critica e al problema gnoseologico.

[21] Bene P. Piovani, *Momenti della filosofia giuridico-politica italiana*, Milano, 1951, p. 43, in cui l'Autore evidenzia l'allontanamento del Levi dal positivismo e l'avvicinamento a posizioni idealistiche: "L'esistenza di un ordine giuridico, mentre pone la questione della relazione tra tecnica e diritto (cfr. *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, Bologna, 1920), mentre spiana la via alla rappresentazione del diritto come ordinamento (*Saggi di teoria del diritto*, Bologna, 1924), impone un deciso allontanamento da ogni forma di sensazionismo [...], mostrando che il riconoscimento dell'ordine vigente e l'ingresso nell'io nella società presuppongono la validità di un principio etico e quindi il rispetto della moralità".

[22] Cfr. A. Baratta, *Il positivismo*, cit., p. 40: "l'impegno civile nella filosofia del diritto positivista si manifesta insomma come fiducia nel fatto che un lavoro scientifico sulla realtà giuridica possa contribuire a risolvere contraddizioni, ad accompagnare l'evoluzione sociale,

[23] Si veda G. Carle, *La filosofia del diritto nello stato moderno*, I, Torino, 1903, pp. 59, 421.

[24] A. Baratta, *Il positivismo*, cit., vol. II, p. 26.

[25] F. Gentile, *Per fare il punto sulla filosofia giuridica e politica italiana degli anni Settanta*, estr. da "Archivio giuridico", vol. CXCIII, fasc. I, 1977, p. 28.

[26] Cfr. R. Brugi, *Introduzione Enciclopedica alle Scienze Giuridiche e Sociali*, Milano, 1928, pp. 15-33.

[27] Cfr. A. Falchi, *La positività della filosofia*, Sassari, 1914, secondo il quale "la scienza coordina, raggruppa, classifica in base a criteri più costanti e ad esigenze più generali. La sua coordinazione non è però l'ultima possibile, il suo aggruppamento e la sua classificazione non giunge fino all'unificazione né obiettiva né soggettiva; non si eleva, né alla causa, né alla legge ultima e comune dei fenomeni studiati, né al concetto che tutti li comprende come pura forma logica".

[28] Esempio a tal proposito la discussione tra il Brugi e il Maggiore, riportata anche da L. Caiani, *La filosofia*, cit., p. 33-34, n. 38, poiché consente di toccare con mano le difficoltà nelle quali s'imbatteva il penalista Giuseppe Maggiore utilizzando gli strumenti epistemologici messi a disposizione dal neoidealismo, nel tentativo di apprestare una qualche risposta alle diffidenze di B. Brugi, *Fatto giuridico e rapporto giuridico*, in "Riv. int. Fil. dir.", 1921, p. 14 ss, il quale dichiarava: "A noi poco importa se la norma si debba pur essa rappresentare come un rapporto originario tra gli individui

o rapporto creativo, determinato da quell'indefinibile processo che ci vien dipinto come "atto del pensiero che si fa storia".

[29] Si veda B. Croce, *Il compito della logica*, 1910, p. 202, ove il filosofo continua: "[...] ma perpetuamente nascenti dal seno della storia reale (storia a parte obiecti), e perciò essa è nell'atto medesimo storia (a parte subiecti), giacché risolvendo il problema filosofico che le condizioni storiche propongono, illumina quelle condizioni stesse, le spiega, le caratterizza quali realmente sono, e cioè le storicizza e le narra"; rispetto al quale afferma E. Garin, *Cronache*, cit., p. 272 "e questo forse il Croce intese dire quando parlò di filosofia come metodologia, anche se a render ambiguo il concetto di storia – e, quindi, il suo "storicismo" – pesò da un lato la dissoluzione pseudopragmatista delle scienze della natura male incidendo sul rapporto tra natura e storia, e dall'altro l'influenza gentiliana dell'identità storia- storia della filosofia - filosofia".

[30] Cfr. B. Croce, *Logica come scienza del concetto puro*, Bari, 1947, p. 48.

[31] Cfr. B. Croce, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Napoli, 1926, p. 39.

[32] Sul punto si veda B. Croce, *Carteggio*, pp. 59, 70, 79: "Il naturalismo sorge con la finzione, con la convenzione, con l'arbitrio, con ciò che ha scopo mnemonico e non teoretico... Scienze naturali, cioè costruzioni naturalistiche, non sono né scienze, né sapere".

[33] Si tratta di concetti assolutamente irrazionali dal punto di vista teoretico, ma utili dal punto di vista pratico: "uno strumento, un congegno, una macchina che ha valore pratico e che non è sottomesso al criterio del vero e del falso, ma a quello dell'utile dell'inutile"; non si tratta di rappresentazioni, perché "la rappresentazione è sempre individuale", ma nemmeno di "concetti", perché "dei concetti manca l'universalità". Cfr. B. Croce, *Lineamenti di una logica come scienza del concetto puro*, Napoli, 1905, pp. 63, 65.

[34] B. Croce, *Lineamenti*, cit., p. 62.

[35] Lucido sul punto il giudizio di Guido Calogero, secondo il quale Croce non solo "prende in giro le distinzioni dei giuristi", ma considerava anche quello del diritto "un mondo dove non si ragiona, ma soltanto si provvede. Sennonché i giuristi, per loro conto, vogliono anche ragionare, e perciò restando delusi ed irritati dalle sue concezioni"; cfr. G. Calogero, *Croce e la scienza giuridica*, in "Riv. it. per le scien. giur.", III-IV (1952-1953), pp. 1-13.

[36] Cfr. V. Frosini, *L'idealismo giuridico italiano del Novecento*, in R. Orecchia (a cura di), cit., p. 28, secondo il quale "l'idealismo giuridico italiano sull'esempio indicato sia pure in forme diverse da Croce e da Gentile, è consistito in un'opera di dissoluzione del diritto come categoria filosofica e come esperienza del concreto".

[37] Sul punto si veda E. Garin, *Cronache di filosofia italiana*, Bari, 1955, p. 234, in cui l'Autore chiarisce come in Gentile la filosofia venga a coincidere con la storia: "L'insistenza del Gentile sulla spiritualità del reale, sulla realtà che tutta si risolve nel pensiero, onde la filosofia è tutt'uno con la storia, ossia è il pensiero storico che si pensa, e pensando esaurisce la realtà, a dir vero batteva sulla storicità del reale, onde la consapevolezza del suo vivere, il concetto di esso, è, appunto, storia, sì che dir filosofia è dir storia".

[38] Sul punto ancora E. Garin, *Cronache*, cit. p. 234, in cui l'Autore afferma: "Ora Gentile, tutto preso dall'orientamento gnoseologico dell'idealismo, lo venne svolgendo con impeccabile rigore fino a risolvere il processo del reale nella coscienza che il soggetto ne ha, che è poi, risolto il tutto nell'atto onde se ne diviene consapevoli, l'atto stesso dell'autocoscienza, che non è soltanto un porre, ma un autoporsi".

[39] Cfr. G. Gentile, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Firenze, 1961, p. 87 ss.

[40] Op. cit., p. VIII.

[41] Cfr. E. Garin, *Cronache*, cit., p. 271, in cui si legge: "[...] il Gentile con estremo rigore andava fino in fondo al suo idealismo, e ne traeva le conseguenze estreme. E tutta la realtà si avviava a concentrarsi in quell'Atto in atto, in cui si risolveranno senza residui, ma con perfetta coerenza, natura e spirito, storia e filosofia, e ogni oggettivazione astratta".

[42] Cfr. G. Gentile, *I fondamenti*, cit., pp. 34-40

[43] Si veda tra i tanti G. Capozzi, *Teoria della conoscenza e conoscenza giuridica nella filosofia del diritto di Gentile*, Firenze, 1977.

[44] Cfr. G. Gentile, *Scienza e filosofia*, in "Giornale critico della filosofia italiana", XH, 1931, pp. 81-92, e ripubblicato quale *Nota*, in U. Spirito, *Scienza e filosofia*, Firenze, 1933. Sul rapporto tra Spirito "fedele e in fedelissimo dei suoi scolari il più brillante e sottile", si veda E. Garin, *Cronache*, cit., p. ; ma anche M. Gheparadi, *Alcune considerazioni sul rapporto tra G. Gentile e U. Spirito*, in O.P. Faracovi (a cura di); *Tendenze della filosofia italiana nell'età del fascismo*, Livorno, 1985, pp. 145-154.

[45] Cfr. B. Troncarelli, *Il fondamento antiintellettualistico della filosofia di Gentile*, in "Riv. int. Fil. dir", IV serie, LXXV, 1998, ma anche G. Calogero, *Gnoseologia e idealismo*, in *La conclusione della filosofia del conoscere*, Firenze, 1960, pp. 24-44.

[46] Cfr. E. Garin, *Cronache*, cit., p. 396: "era un battere sulla solidarietà del reale; così come, a proposito della scienza, più che insistere su vecchie critiche il Gentile intendeva sottolineare un avvertimento, "alle scienze come atteggiamento dello spirito la nostra filosofia vuole soltanto dare un avvertimento, che è conforme al loro stesso interesse, ammonendole che quelle realtà cui esse guardano non è tutta la realtà". In un certo senso tutto l'atteggiamento gentiliano è un avvertimento e un ammonimento: a non dimenticare la radice: a riportare sempre il dato, il fatto, all'atto, alla fonte, alla sorgente. Di qui la forza dell'attualismo, e la difficoltà di criticarlo; ma anche la sua insidia per chi, in luogo di accettarlo come un programma e un'esortazione, passi trascriverlo in una teoria [...] nei termini di un gnoseologismo trasformato in metafisica".

[47] F. Gentile, *Per fare il punto*, cit., p. 32.

[48] Tra i tanti si veda A. Ambrosetti, *Razionalità e storicità del diritto*, Milano, 1953, e G. Olgiati, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milano, 1950.

[49] Per la convinzione, invece, che il civilista italiano non potesse prescindere da un "vizio" giusnaturalistico, si veda P. Grossi, *La cultura del civilista italiano*, Milano, 2002, pp. 1-23.

[50] Cfr. L. Caiani, *La filosofia*, cit., p. 16

[51] Per una ricostruzione della prospettiva giusnaturalista nei primi cinquant'anni del Novecento, si veda G. Marini, *Il giusnaturalismo nella cultura filosofica italiana del Novecento*, in R. Orecchia (a cura di), "Atti dell'XI Congresso", cit., pp. 35-67.

[52] F. Todescan, *Intervento su Il giusnaturalismo*, in R. Orecchia (a cura di), "Atti dell'XI Congresso", cit., vol. II, p. 119.

[53] Cfr. G. Del Vecchio, *Il concetto della natura e il principio del diritto* (1980), ora in *Presupposti, concetto e principio del diritto*, Milano, 1959.

[54] Cfr. F. Gentile, *Per fare il punto*, cit., pp. 35-40.

[55] Cfr. R. Treves, *Il diritto come relazione*, Torino, 1934, p. 20.

[56] Una posizione a parte dovrebbe meritare Giorgio Del Vecchio, il quale indica in tre i compiti della filosofia del diritto, evidenziando come essi siano intimamente connessi tra loro, in quanto la definizione del concetto di diritto rappresenta il presupposto di ogni altra ricerca, dal momento che è sempre lo spirito umano che produce il diritto storicamente, lo contempla in se stesso, a priori, sub specie aeternitatis, come supremo ideale di giustizia.

[57] Cfr. I. Petrone, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania- Analisi critica poggiata sulla teoria della conoscenza*, Pisa, 1895, pp. 188-189.

[58] Cfr. R. Treves, *Il diritto come relazione*, cit., p. 22.

[59] Emblematico a tal proposito l'itinerario filosofico di Petrone, il quale, dopo aver attribuito alla filosofia del diritto anche una funzione deontologica molto vicina a quella del giusnaturalismo (si veda I. Petrone, *Filosofia del diritto al lume dell'idealismo critico*, Firenze, 1896) sino a giungere alla fine della sua speculazione ad un punto di arrivo hegeliano piuttosto che kantiano; si veda in proposito I. Petrone, *Il diritto nel mondo dello spirito*, Milano, 1910.

[60] Chiarissimo sul punto A. Ravà, *I compiti della filosofia di fronte al diritto*, Roma, 1907, p. 15.

[61] Cfr. A. Ravà, *I compiti della filosofia*, cit., p. 10.

[62] Vedi A. Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, in *Diritto e Stato nella morale idealistica*, Padova, 1950, pp. 1-120.

[63] A. Ravà, I compiti della filosofia, cit., p. 10.

[64] Cfr. P. Bonfante, Il metodo naturalistico, cit..

[65] Cfr. De Francisci, Dogmatica e storia nell'educazione giuridica, in "Riv. int. Fil. dir.", 1923, pp. 379-385, ma anche La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine, in "Riv. int. Fil. dir.", 1921, p. 233 ss.

[66] L. Ferrajoli, La cultura giuridica nell'Italia del Novecento, Bari, 1999, pp. 16-18.

[67] Sul punto cfr. op. cit., pp. 20-28, in cui l'Autore evidenzia come "nella giuspubblicistica il trapianto del modello civilistico si sarebbe compiuto ad opera di Vittorio Emanuele Orlando e di Santi Romano, attraverso la distinzione anche del diritto pubblico dalla legge positiva e la sua configurazione come un "sistema di principi giuridici piuttosto che di precetti legislativi". "E il mezzo semplicissimo, almeno ad enunciarlo, cioè che il diritto pubblico si consideri, nel modo stesso che il diritto privato, come un complesso di principi giuridici sistematicamente coordinati"; giacché "il diritto precede alla legge: e le scienze giuridiche sono sistemi di principii di diritto, e non già commento di legislazioni positive", costruiti dal giurista "con la maggiore precisione e rigore di concetti che sia possibile" (pp. 20-22). Si veda anche M. Fioravanti, Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato, in A: Schiavone, Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica, Roma-Bari, 1990, pp. 10-21.

[68] Op. cit., p. 7.

[69] Op. cit., p. 35.

[70] T. Ascarelli, Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema d'interpretazione, Milano, 1952, p. XXIX:

[71] Cfr. L. Ferrajoli, La cultura giuridica, cit., p. 35, secondo il quale "il paradigma civilistico avrebbe continuato ad essere dominante almeno fino agli anni sessanta del nostro secolo e a fornire i postulati della deontologia del giurista e alla sua ideologia di ceto: la neutralità e l'apolicità del diritto; la completezza e la coerenza dell'ordinamento; il carattere tecnico-avalutativo dell'interpretazione, sia dottrinarria che giudiziaria. Lo stesso si dica del paradigma stato centrico del diritto pubblico e di quello formalistico del diritto penale [...].

[72] Vedi sul punto: F. Lopez de Onate, La certezza del diritto (1942), Milano, 1968; G. Capograssi, Il diritto dopo la catastrofe, in Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti, cit., pp. 1 ss.; E. Opocher, Il diritto senza verità, in Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti, I, Padova, 1950, pp. 177 ss.; F. Carnelutti, La crisi del diritto, in Discorsi intorno al diritto, vol. II, 1953, p. 51 ss., ma anche La morte del diritto, in Discorsi, II vol., cit., pp. 277 ss.

[73] Cfr. W. Cesarini Sforza, La crisi della legge, in "Riv. int. Fil. dir.", 1954, I, pp. 13-16; T. Ascarelli, Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione, Milano, 1949; F. Carnelutti, La crisi della legge, in Riv. di dir. pubblico, I, 1930, pp. 424-429.

[74] Vedi G. Del Vecchio, La crisi della scienza del diritto, Roma, 1934; G. Pugliatti, La crisi della scienza giuridica (1948), in Diritto civile, Milano, 1951 pp. 601 ss..

[75] Se ne trova un eco anche in I. Vanni, Il problema della filosofia del diritto nella filosofia, nella scienza e nella vita ai tempi nostri, in Saggi di Filosofia sociale e politica, II vol., Bologna, 1911, pp. 5 ss.

[76] P. Bonfante, Filosofia del diritto e scienza del diritto, in "Riv. it. Fil. dir.", III, 1923, p. 457.

[77] Cfr. sul tema P. Piovani, Momenti, cit., p. 35, secondo il quale il problema dei primi "cinquant'anni di filosofia giuridica italiana" è stato infatti quello di impostare una "opposizione al naturalismo positivistico", e malgrado "le distinte sfumature, malgrado le differenze spesso profonde, malgrado le varie denominazioni, tutte le più rappresentative tendenze della filosofia del diritto italiana possono qualificarsi come idealistiche".

[78] Cfr. P. Bonfante, Filosofia del diritto e scienza del diritto, cit., p. 458, il quale affermava anche che "noi non combattiamo la filosofia, ma certa pseudo-filosofia. La quale non è che un tentativo di generalizzazione dogmatica compiuto con mezzi e metodi inadeguati, cioè da chi è forse nutrito di studi filosofici, certamente troppo poco di studi storici e giuridici: fuori dal concetto del diritto è legittimo il disgusto del giurista di fronte a disquisizioni sul possesso, sull'equità[...]".

[79] Applicazione del metodo naturalistico allo studio del diritto, non significa ritenere che il diritto abbia ad oggetto dei fenomeni naturali, bensì che esso possa venire analizzato come un dato obiettivo staccato dal soggetto che l'ha prodotto, e che per conoscerlo lo riproduce come oggetto di osservazione e di classificazione, come avrebbe dovuto

procedere un biologo, uno zoologo o un chimico. Jhering, per esempio, paragona la dogmatica giuridica alla chimica: "la chimica giuridica, che ricerca i corpi, semplici, in quanto essa volatilizza in concetti la materia prima (cioè le regole giuridiche), [...]". La trasformazione che qui avviene consiste nel fatto che, la materia si spoglia completamente della forma immediatamente pratica ed imperativa, ed assume la forma di un corpo giuridico" (cfr. K. Larenz, Storia del metodo nella scienza giuridica, tr. it., Milano, 1966, p. 31).

[80] L. Caiani, La filosofia, cit., p. 53.

[81] Per tutti, si veda P. Bonfante, Il metodo naturalistico, cit.; ma anche V. Miceli, Le basi psicologiche del diritto, Roma, 1902.

[82] Come chiariremo meglio in seguito tutta la scienza positivista, e così anche quella giuridica, corre il rischio dello scientismo, con esso intendendosi una rappresentazione del sapere scientifico che assolutezza acriticamente i propri criteri metodologici; cfr. A. Comte, Corso di filosofia positiva, tr. it., I, Milano, 1985 pp. 285 ss. Esempio ipotesi di scientismo, per quelle teoriche epistemologiche che attribuiscono alla scienza un sapere unicamente "strumentale", è la perdita della consapevolezza della natura del tutto convenzionale delle ipotesi.

[83] H. Welzel, Diritto naturale e giustizia materiale, tr. it., Milano, 1965, p. 280.

[84] Sul punto cfr. R. Ardigò, La perennità del positivismo, in Opere filosofiche, IX, Padova, 1909, ibidem.

[85] Cfr. W. Dilthey, Introduzione alle scienze dello spirito, tr. it., Firenze, 1974, p. 8.

[86] Si trattava dell'esordio della "Rivista scientifica del diritto"; cfr. A. Mazzacane - P. Schiera (a cura di), Enciclopedia e sapere scientifico, Bologna, 1990, p. 190 n. 64. Sul punto si veda anche P. Grossi, "La scienza del diritto privato". Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo, 1893-1896, Milano, 1988.

[87] B. Brugi, Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche, in "EGL", VIII/2, 1913, pp. 932-938.

[88] Op. cit., p. 939, 911.

[89] Cfr. A. Mazzacane - P. Schiera (a cura di), Enciclopedia, cit., pp. 195-196, secondo i quali, a proposito del Brugi, "la continuità "tra le due fortissime correnti del nostro pensiero giuridico e sociale" – scuola storica e positivismo – si rifletteva così in un'obiettiva continuità di metodo: "era sulla base della storia e dell'osservazione quotidiana" – condotta quest'ultima secondo "i procedimenti tecnici della statistica" – che sarebbero dovute sorgere anche nella giurisprudenza le "dottrine scientifiche" ed elaborate, sulla scorta di queste, le leggi dello Stato. Grazie alla filosofia positiva era perciò ora possibile "vedere meglio le linee" e "cercare di eseguire" il "programma della scuola storica", che "in larga parte ancora il perno su cui gira la giurisprudenza".

[90] B. Brugi, Enciclopedia, cit., pp. 923, 932.

[91] Cfr. G. Solari, Storicismo e diritto privato, cit., pp. 28-34 (Thibaut), 55-86 (Savigny), 239-250, 256-300.

[92] Op. cit., p. 8.

[93] Cfr. op. cit., p. 23: "è lecito supporre che all'Hugo e ai primi fautori del metodo storico negli studi giuridici la distanza tra i prodotti naturali e i prodotti storici non dovesse apparire tanto grande quanto apparve posteriormente coi progressi dell'analisi psicologica. Al primo costituirsi delle scienze morali su basi induttive, lo scambio di esse e le scienze fisiche si presentava facile e naturale. Il Savigny osserva che l'Hugo ritenne come verità fondamentale che il diritto positivo forma un organismo vivo capace di essere storicamente ricostruito. D'altra parte, la considerazione in cui l'Hugo teneva il Montesquieu può spiegarsi pensando che quest'ultimo intese fondare la scienza della legislazione sui rapporti naturali delle cose".

[94] H. Welzel, Diritto naturale e giustizia materiale, cit., p. 279.

[95] G. Solari, Storicismo e diritto privato, cit., p. 28.

[96] A. Falchi, Le esigenze metafisiche della filosofia del diritto e il valore dell'a priori, Sassari, 1910, p. 39.

[97] Cfr. A. Levi, Teoria generale del diritto, Padova, 1951, che N. Bobbio, Studi sulla teoria generale del diritto, cit., pp. 58-60, definiva "opera complessa, frutto di lunga preparazione e meditazione costante: di una di quelle opere che per la serietà delle intenzioni, la ricchezza dei temi non disgiunta da una riposante chiarezza nell'esposizione, fa veramente

onore ai nostri studi", evidenziando come "la prima e ben conosciuta stesura" sarebbe apparsa nel 1934 "con il nome di Istituzioni di teoria generale del diritto".

[98] Op. cit., p. 61, in cui il filosofo piemontese, evidenziava come "il problema più interessante non sarebbe stato quello generico della funzione del concetto di rapporto giuridico in una teoria del diritto, bensì quello più specifico della legittimità

[99] Sul punto si veda M. Gentile, Trattato di Filosofia, Napoli, 1987, pp. 85, 88, secondo il quale il positivismo "vuole soddisfare nello stesso tempo e nello stesso atto sia la necessità di ricorrere ad un principio, sia la necessità che il principio sia ritrovato in tal modo da non essere in contrasto con le reali manifestazioni dell'esperienza", mentre il neoidealismo "è la realizzazione più completa e spietata del proposito di ritrovare un principio nella storia ma di ritrovarlo in tal modo che esso coincida integralmente con il concetto della storia stessa".

[100] Cfr. G. Calogero, Croce e la scienza giuridica, cit., pp. 1-13.

[101] Cfr. E. Garin, Cronache, cit., p. 267, in cui l'Autore afferma che "il discorso avrebbe dovuto essere ben più lungo, e fondarsi su ben altro esame delle scienze e dei loro processi, ove gli uni avevano avuto il torto di elevare a potenza metafisica nozioni che valevano nell'ambito dell'indagine scientifica, e gli altri di estendere a critica della scienza quella che era arma più o meno affilata contro pseudofilosofie sedicenti "scientifiche".

[102] Cfr. N. Abbagnano, Storia della filosofia, II, parte II, pp. 555-558, secondo il quale Ernesto Mach, nel delineare una scienza che "sostituisce all'esperienza rappresentazioni o immagini mediante le quali diventa più facile maneggiare l'esperienza stessa", segnerebbe il passaggio "dal vecchio al nuovo positivismo"; essa non sarebbe più l'infinito stesso nella sua manifestazione", ma sarebbe iniziato "il tentativo di circoscriverla in limiti precisi che ne garantiscano la validità relativa".

[103] Cfr. E. Poncarè, La scienza e l'ipotesi, 1902, p. 66, a giudizio del quale, così come i postulati delle scienze naturali, "gli assiomi geometrici non sono né giudizi sintetici a priori, né fatti sperimentali. Sono convenzioni. La nostra scelta fra tutte le convenzioni possibili è guidata da fatti sperimentali; ma resta libera ed è evitata solo dalla necessità di evitare la contraddizione. In tal modo i postulati possono restare rigorosamente veri anche quando le leggi sperimentali che hanno determinato la loro adozione sono solo approssimative".

[104] Cfr. B. Croce, Lineamenti, cit., pp. 120 ss., in cui Croce affermava che "arte, filosofia e storia costituiscono la totalità del conoscere", così escludendosi "dal campo del conoscere le discipline positive o naturali, ossia quell'ordine appunto di studii che, ai temi nostri, è valso come tipo della vera, solida ed unica scienza"

[105] G. Gentile, Sistemi di logica come teoria del conoscere, II, Bari, 1923, p. 338.

[106] Cfr. sul punto. P. Piovani, Momenti, cit., pp. 49-50, il quale rileva come tali pensatori "pur quando seguono vie tra loro diverse e divergenti, sono concordi nell'opporsi all'annullamento dell'attività giuridica in quella economica o nell'attività morale", poiché è proprio l'osservazione della realtà autonoma del diritto che induce anche chi è assai vicino al Croce o al Gentile a non sottoscrivere le rispettive tesi etico-giuridiche dell'uno o dell'altro.

[107] Cfr. L. Caiani, La filosofia, cit., pp. 62-63, il quale riteneva che la categoria della giuridicità fosse recuperabile "vuoi affermando il valore speculativo della categoria della socialità", come avrebbe fatto Felice Battaglia, "vuoi rivalutando il momento della tipicità e dell'astrattezza, elemento essenziale della normatività giuridica", dato che l'astrattezza non avrebbe caratterizzato la sola norma, ma l'intera esperienza giuridica, quale creazione del momento astratto dello spirito.

[108] W. Cesarini Sforza, Sulla possibilità di una scienza giuridica pura, in "Riv. crit. di scien. soc.", 1914, nn. 8-9, pp. 410-422.

[109] Sul punto si veda W. Cesarini Sforza, Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale, Milano, 1913, p. 117.

[110] Sulla questione si veda E. Garin, Cronache, cit., pp. 271-272, il quale afferma che "laddove l'unità del reale era nel Gentile il pensiero in atto, e quindi nella filosofia così intesa tutto si risolveva, nel Croce l'unità era la storia, ossia il razionale processo comune al tutto: perché questo e non altro vuol dire il suo spiritualismo assoluto. [...] Ora se è esatto questo storicizzare la filosofia, in quanto mobile soluzione di un risorgente problema, la filosofia è anche consapevolezza non mutabile dei limiti del mutare, ragione delle ragioni storicamente sorte e tramontate, operosa ragione come consapevolezza dei limiti dell'operare. Questo, in realtà, era il crocianosimo".

[111] Cfr. A.E. Cammarata, Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza, Roma, 1925.

[112] Cfr. A. Ravà, *Il concetto*, cit., p. 38, nel quale afferma che il concetto del diritto "pur essendo logicamente distinto dall'ideale di perfezione [...] implica anche un criterio per valutare il diritto".

[113] R. Treves, *Il diritto come relazione*, Torino, 1934, pp. 96-97.

[114] Cfr. N. Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, 1934, pp. 23-24, in cui il filosofo piemontese evidenziava i limiti di quel metodo che "ha di mira i dati storici senza i quali nessun concetto giuridico è possibile e tende quindi ad elaborare i vari concetti con la comparazione dei vari istituti", poiché i suoi concetti sarebbero "non rigorosi, non hanno carattere di stabilità e non comprendono tutta l'esperienza possibile". Ma anche di quella metodologia in cui si "bada all'elemento logico intrinseco ad ogni concettualizzazione, in cui, poste alcune proposizioni primitive, si ricavano le proposizioni secondarie attraverso una concatenazione necessaria di deduzioni logiche", alla quale è stato mosso il rimprovero di non comprendere la vita, di essere "fuori dalla storia".

[115] Cfr. I. Petrone, *Contributo all'analisi dei caratteri differenziale del diritto*, in "Riv. it. per le scien. giur.", XXII; 1896, p. 344, il quale contesta al positivismo filosofico il metodo induttivo, evidenziando come "gli stessi principi più evidenti e più luminosi non sono, dopo tutto, che delle credenze, la cui origine si è venuta obliterando, e le quali si proiettano all'occhio dell'osservatore a guisa di teoremi ottenuti per dimostrazione". Ma anche G. Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905, p. 119, secondo il quale "rifersi dall'esperienza del diritto per dedurne il concetto, e presumere di costruire questo secondo i dati di quella, è [...] un vero panlogismo". Occorre, poi, registrare la risposta a Del Vecchio di A. Levi, *Una concezione formale della filosofia del diritto*, in *Scritti minori di filosofia del diritto*, vol. I; Padova, 1929, p. 73, sostenendo che "i concetti che il metafisico crede di determinare a priori, non saranno se non inconscie astrazioni di dati anteriormente osservati"; nonché l'intervento di A. Ravà, *Recensione a G. Del Vecchio, I presupposti filosofici*, cit., in *Scritti minori di filosofia del diritto*, Milano, 1958, il quale, sempre nell'intento di ritrovare un ponte tra essere e dover essere, ritiene che nel concetto del diritto non possa non essere implicito un elemento valutativo, strettamente connesso all'idea del diritto, ed al criterio di valutazione dello stesso.

[116] Del Vecchio, *Diritto ed economia*, in *Studi sul diritto*, vol. II, Milano, 1958, il quale contesta al Croce la concezione secondo la quale il diritto coinciderebbe con l'economia, e ritiene invece che il diritto occupi uno spazio autonomo tra economia e morale, poiché "il principio etico si traduce in due ordini o determinazioni universali dell'operare, secondo che si applichi a distinguere e dirigere le azioni possibili di uno stesso soggetto, ovvero le azioni possibili tra più soggetti". Fin troppo nota la risposta di B. Croce, *Conversazioni critiche*, Serie V, Bari, 1939, p. 286, secondo il quale Del Vecchio riferirebbe "l'Universale Giuridico, come lo chiamano, un filosofico ircocervo, che sarebbe "giuridico" ma avrebbe "un carattere etico", e che, in fondo, adempie al solo ufficio di fornire una base alle cattedre di filosofia del diritto, sincretiche per definizione". Per una disamina del termine ircocervo nell'accezione crociana, si veda F. Gentile, *Un filosofico ircocervo*, in "Rass. Dir. civ.", 3/1982, pp. 963-965.

[117] R. Treves, *Il diritto come relazione*, cit., p. 20.

[118] *Sulle quali benissimo*, op. cit., pp. 19-24.

[119] Cfr. M. A. Cattaneo, *Metafisica del diritto e ragion pura*, Milano, 1984, p. 137, secondo il quale "il concetto è formale e tende alla delimitazione, con metodo logico, del volere giuridico da altri tipi di volere umano [...]"; sul punto si veda anche E. Di Carlo, *Intorno al recente trattato di filosofia del diritto di R. Stammler*, in "Riv. int. Fil. dir.", 1923, pp. 59-77.

[120] Cfr. G. Del Vecchio, *I presupposti filosofici*, cit., p. 185, secondo il quale tra l'ideale ed il fatto empirico, il concetto costituisce una sorta di termine medio, dato che esso deve essere "indifferente e neutrale rispetto a tutti i principi giuridici quali che siano".

[121] G. Solari, *L'indirizzo neokantiano nella filosofia del diritto*, in "Riv. int. Fil. dir.", 1932, pp. 319 ss.

[122] N. Tabaroni, *La terza via neokantiana*, Napoli, 1987, p. 98.

[123] *Op. cit.*, p. 47.

[124] E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto, Parte generale*, Padova, 1967, pp. 93-94.

[125] La filosofia del diritto sarebbe una sorta di teoria generale, nella quale "si raccolgono sommi concetti, comuni a tutte le scienze". Si veda sul punto F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, I. ed., Roma, 1940, p. 3, ma anche F. Carnelutti, *Introduzione allo studio del diritto*, Roma, 1943, pp. 10-11. Ma tale concezione la si ritrova espressa anche successivamente: "le ricerche che noi abbiamo fatto intorno alle prove, per quanto siano state fatte per servire la teoria dei fatti giuridici o del processo, hanno messo in luce dei concetti, dei quali, se ne avessero conoscenza, gli storici o i

logici potrebbero servirsi con grande utilità. In questo modo gli scienziati fanno della filosofia [...], in quanto mettono il capitale di ciascuna scienza a profitto anche delle altre, formando qualcosa come un fondo comune a tutte, il quale che altro può essere se non quell'insieme di concetti fondamentali che chiamiamo filosofia?" (cfr. F. Carnelutti, *Profilo del pensiero giuridico italiano*, ora in *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, 1953, p. 180); anche se solo qualche anno dopo tale concetto espresso in modo parzialmente diverso: "questo vuol dire che la scienza del diritto, come ogni altra scienza, del resto, deve proseguire oltre i limiti della propria materia e del proprio oggetto. Ne dovrebbe venir fuori una scienza, che da un lato eccede i limiti di ogni scienza particolare e perciò è generale; dall'altro, risulta dal concorso delle scienze particolari e perciò è comune tra di esse: non una scienza in sé, ma il risultato di una collaborazione fra tutti gli scienziati. E' un vero e proprio demanio scientifico in quanto appartiene a tutte le scienze, nessuna delle quali potrebbe vivere senza di esso: e si dovrebbe chiamare "teoria generale della realtà" (cfr. F. Carnelutti, *Le fondazioni della scienza del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, III, Padova, 1961, pp. 23-24.)

[126] P. Piovani, *Linee di una filosofia del diritto*, Padova, 1968, pp. 8-9.

[127] F. Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, 1953, p. 253, in cui l'Autore afferma: "se cerchiamo di renderci conto di quale sia veramente il risultato del lavoro sistematico ci si accorge che accade per esso, come ogni volta, in cui si mettono in ordine le cose, che disordinatamente la vita ci presenta: si rivelano così man mano quei collegamenti tra di esse, cioè nel campo del diritto, tra le varie leggi, i quali sono bensì nascosti ai nostri sensi, ma non sono perciò meno reali delle cose e delle leggi stesse; si rileva cioè che non tutto il diritto è nelle leggi [...]. Il diritto è molto più nei principi che nelle leggi, le quali ne costituiscono manifestazioni particolari; ma i principi non si vedono, sebbene si intuiscono e poi sono razionalmente verificati".

[128] U. Vincenti, *Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Padova, 1997, p. 74.

[129] U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano 1965, p.

[130] K. Bergbohm, *Jurisprudenz Rechtsphilosophie*, 1892, pp. 539, 549.

[131] *Op. cit.*, p. 80.

[132] *Op. cit.*, p. 479.

[133] K. Larenz, *Storia nel metodo nella scienza giuridica*, tr. it., Milano, 1966, pp. 46-50.

[134] Cfr. I. Vanni, *La filosofia del diritto in Italia e la ricerca positiva*, in "Riv. ital. per le scien. giur.", vol. XXII, 1896.

[135] Cfr. A. Levi, *La rinnovata metafisica del diritto*, sulla quale L. Aloisi, Alessandro Levi, Napoli, 1982.

[136] A. Baratta, *Il positivismo*, cit., vol. II, pp. 21-57.

[137] Cfr. N. Bobbio, *Intervento su il positivismo e il neopositivismo*, cit., vol. II, p. 123, in cui il filosofo torinese afferma: "i giuristi che furono il maggior sostegno del positivismo giuridico furono spesso anche filosoficamente dei positivisti. Se si vuol fare una storia del positivismo filosofico non si può dimenticare che i maggiori sostenitori di esso furono i giuristi".

[138] Per l'indicazione di che cosa s'intenda per positivismo giuridico, si veda, per la particolare chiarezza, N. Bobbio, *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*, Milano 1965, pp. secondo il quale vi sarebbero tre diversi modo d'intendere il positivismo giuridico: 1) il positivismo giuridico come modo valutativo di accostarsi allo studio del diritto; 2) come concezione statualistica del diritto, alla quale corrisponde una concezione imperativistica della norma giuridica, la supremazia della legge sulle altre fonti, il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico, nonché il ricorso a un metodo essenzialmente logico per quanto riguarda la scienza del diritto; 3) il positivismo giuridico come ideologia, dal quale deriva che il diritto solo per il fatto di essere stato emanato sia giusto, a prescindere dalla bontà del suo contenuto. Occorre rilevare che nella presente trattazione il termine "positivismo giuridico" viene utilizzato anche quale sinonimo di "geometria legale", così intendendosi quelle dottrine filosofico-giuridiche che prediligono un approccio essenzialmente scientifico allo studio del diritto, con la conseguenza che le teorie scientifiche così inventate saranno operative, cioè pensate sulla base di fini pre-determinati che vengono prima della teoria e ne condizionano le ipotesi, e convenzionali, perché il frutto di deduzioni rispetto a ipotesi aproblematicamente poste. Geometria legale come sinonimo di positivismo giuridico, poiché risulta chiaro che dallo studio dell'esperienza giuridica da una prospettiva esclusivamente scientifica non può che derivare una ben precisa concezione dell'ordinamento giuridico, quella secondo la quale il diritto coincide con la legge, il giudice nell'applicare la legge ricorre al cosiddetto sillogismo giudiziale, il giurista deve orientare la sua attività al rispetto della certezza del diritto che in tal caso diventa esplicitazione della volontà del legislatore e perfetta identificazione con i principi e valori contenuti nella legge, poiché "scopo della scienza del diritto è di

considerare il diritto qual è e non quale dovrebbe essere. Alla base di questa teoria della scienza giuridica sta l'assunzione di una netta separazione tra validità e valore del diritto".

[139] U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, p. 72.

[140] Tale prospettazione è pienamente condivisa da S. Cotta, *Intervento su il giusnaturalismo nella cultura filosofica italiana del Novecento*, in "Atti dell'XI Congresso", cit., vol. II, p. 102, a giudizio del quale sul piano del volontarismo si incontra il primo elemento di concordanza, seppur inconsapevole, tra idealismo e positivismo, poiché entrambi "trovano il fondamento del diritto nella volontà morale o economica o politica, e "quindi fuori dal diritto".

[141] Ci piace riportare a questo punto della trattazione per l'estrema lucidità dell'analisi quanto avrebbe scritto negli anni Settanta N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, pp. 8-16, a proposito del formalismo giuridico: "il giurista studia il diritto quale esso è, non già quale può e deve essere: in quanto mantenersi e durare fedele alla norma positiva risiedono la dignità e la moralità del suo lavoro. Soltanto dall'esatta e completa conoscenza del diritto (qual è) può muovere la critica ideologica o la politica legislativa, che ripercorrono le valutazioni generatrici della norma [...]". N. Bobbio, *Giusnaturalismo*, cit., p. ha evidenziato come, mentre il cosiddetto formalismo etico coincide con la terza accezione di positivismo giuridico, il formalismo giuridico è strettamente correlato al positivismo giuridico nella seconda definizione, considerato che se ne parla con riferimento a quelle teoriche che attribuiscono al diritto una connotazione essenzialmente formale, così come alla scienza giuridica. Su vari significati che ha assunto il termine formalismo giuridico, si veda G. Tarello, *Formalismo*, voce del *Noviss. Dig. It.*, vol. VII, 1975, pp. 571-580.

[142] B. Croce, *Riduzione*, cit., p. 35.

[143] E' proprio con lo studio del pensiero filosofico-giuridico di Widar Cesarini Sforza che risulta perfettamente chiaro come anche per il neoidealismo non vi sia altro sbocco che il positivismo giuridico. Infatti, quando il Cesarini afferma che "risalendo al momento iniziale" della normazione "o si trova il puro fatto (una volontà che si manifesta originariamente) o una norma ipotetica come quella di Kelsen", risulta chiaro che dietro la norma ipotetica kelseniana e parallelamente dietro la prospettiva volontaristica cesariniana, si trova quel potere di fatto che è il potere politico" (W. Cesarini Sforza, *Politica e diritto*, in *Vecchie e nuove pagine*, II, Milano, 1967, p. 412). Così come, affermare che "a proposito della dialettica tra legalità e giustizia", se "nella legalità è implicita l'esigenza che le volontà subordinate diventino volontà imperative, costituendo il nuovo equilibrio legale, a sua volta fondato sull'autorità della volontà più forte" (W. Cesarini Sforza, *Filosofia del diritto*, Milano, 1955, pp. 175-176, 80-84), significa ritrovare ancora una volta l'equazione gentiliana tra legge ingiusta e legge abrogata. Non si può pertanto non concordare con G. Marini, Widar Cesarini Sforza, *suppl. del "Bollettino filosofico"* n. 12, Padova, 1980, p. 60, quando afferma che "da questa crisi non si esce davvero seguendo le vie che anche il Cesarini Sforza percorre: il formalismo giuridico ed il volontarismo prassistico diventano omologhi quando si tratta di identificare il referente comune che segna un bilancio pesante a carico del diritto, decretandone la dissoluzione strutturale nella totale soggezione al potere".

[144] G. Gentile, *I fondamenti della filosofia*, cit., pp. 130, 102.

[145] Cfr. A. Banfi, *Il problema epistemologico nella filosofia del diritto e le teorie neokantiane*, in "Riv. int. Fil. dir.", VI; 1926, pp. 194-225; sulla sostanziale continuità tra il formalismo giuridico neokantiano e quello della scienza giuridica positivista.

[146] Cfr. R. Treves, *Il diritto come relazione*, Torino, 1934, pp. 96-97, secondo il quale la forma pura di relazione "sarebbe in realtà una forma vuota che si può ottenere tanto dalla materialità empirica, quanto dalla sostanzialità metafisica, e che può quindi assumere per contenuto, tanto il rapporto empirico della coesistenza, quanto l'ideale metafisico della relazione intersoggettiva".

[147] G. Del Vecchio, *Discorso inaugurale al Terzo Congresso Nazionale di Filosofia del Diritto (1957)*, in *Parerga*, Milano, 1963, p. 232; sul formalismo di Del Vecchio si veda anche P.L. Zampetti, *La filosofia giuridica di Giorgio Del Vecchio*, in "Riv. Fil. neoscolas.", fasc. II, 1949, pp. 213-243.

[148] I. Petrone, *Lo stato mercantile chiuso di G. Am. Fichte e la premessa storica del comunismo giuridico*, Napoli, 1904, pp. 44-45.

[149] L. Caiani, *La filosofia*, cit., pp. 5-6.

[150] E. Opocher, *Considerazioni sugli ultimi sviluppi della filosofia del diritto italiana*, in "Riv. int. Fil. dir.", 1951, I, pp. 46-47, per poi continuare: "in questo campo ci troviamo di fronte ad un progressivo attenuarsi del diaframma che divideva queste due discipline [la filosofia e la scienza] fino a determinare in certi casi estremi una vera e propria reciproca intolleranza. E se da un lato la filosofia del diritto si è posta, in questi ultimi anni, con particolare consapevolezza e

profondità il problema del significato e dei limiti del momento scientifico dell'esperienza giuridica, attraverso una serie di contributi tra i quali particolarmente importante quello del Capograssi, d'altro lato, la scienza giuridica, superando le vecchie prevenzioni ed il tradizionale formalismo, è andata sempre più conquistando la consapevolezza della propria inerenza al movimento concreto dell'esperienza giuridica".

[151] Occorre, infatti, evidenziare che quasi tutti i contributi sulla crisi del diritto e della scienza giuridica sarebbero apparsi tra il 1948 e il 1953, quando infatti la crisi nella società italiana aveva già assunto toni drammatici, ma è altrettanto vero che filosofi e giuristi che hanno affrontato il tema facevano riferimento ad una situazione di disagio che si era già manifestata nei primi decenni del secolo.

[152] Cfr. F. Carnelutti, *La crisi del diritto*, in "Giur. ital.", XCVIII, (1946), pp. 66 ss..

[153] S. Pugliatti, *Crisi della scienza giuridica* (1948), ora in *Diritto civile – Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951.

[154] P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico* (1939), ora in *Studi sul processo civile*, vol. V, Padova, 1947, pp. 27-51 "i giuristi si sono ormai abituati a percepire come casi veri le nascite e le morte dei diritti", senza accorgersi che il loro modo di ragionare era "in gran parte basato su finzioni", con la conseguenza che dalla premessa filosofica o storicistica della "irrealtà" della norma astratta aveva approfittato un certo irrazionalismo per sostenere in sede di riforma giudiziaria "l'affrancamento di ogni magistrato all'ossequio della legge". Che non è molto diverso rispetto a quello che avrebbe affermato qualche anno dopo G. Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe*, cit. (controllare), p. 15: "è il diritto stesso che si dissipa nella sua profonda originalità etica. Il diritto diventa il mezzo del mezzo: il puro mezzo con cui si realizzano gli scopi, che le forze, che danno vita all'apparato coattivo dello stato propongono e impongono all'umanità disponibile". Sul punto si veda anche P. Calamandrei, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in "Riv. dir. proc. civ.", vol. I, 1941, pp. 53 ss. La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina, in "Riv. dir. comm.", XL, 1940, pp. 341 ss.

[155] Cfr. (a cura di), *La crisi del diritto*, Padova, 1952, con contributi di Ripert, Capograssi, Ravà, Delitala, Jemolo e Carnelutti.

[156] G. Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe*, cit., p. 15.

[157] Cfr. E. Opocher, *Il diritto senza verità*, cit., p. 185, a giudizio del quale le ragioni della catastrofe andavano ricercate nella circostanza che per troppo tempo "i teorici del diritto, siano essi filosofi o giuristi" avevano potuto condurre "dal loro rispettivo punto di vista, una strenua lotta per la verità giuridica", alla sola condizione di porsi "dall'angolo visuale di un concetto puramente formale di questa verità" Rispetto alla peculiare opera dei giuristi il maestro padovano aveva precedentemente evidenziato come ogni volta che essi "si sforzano di superare il concetto puramente formale del diritto e delle categorie logiche che esso implica e si provano a giustificare con la storia la validità di un determinato ordinamento", sarebbe risultato chiaro che la legalità sarebbe divenuta "il mero riconoscimento obbiettivo del fatto compiuto". Si tratta di una prospettiva che solo apparentemente sarebbe coincisa con quella di Capograssi.

[158] G. Del Vecchio, *La crisi della scienza del diritto*, estr. da "Archivio giuridico", CXI, fasc. 1, Modena, 1933, pp. 6-9.

[159] Cfr. S. Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in "Riv. it. per le scien. giur.", IV, 1950, pp. 50-51.

[160] Cfr. L. Caiani, *La filosofia*, cit., p. 75.

[161] Da altro punto di vista, anche emblematico di certo modo di cogliere la crisi del diritto, e in qualche modo emblematico di una prospettiva ancora neoidealista, per quanto opportunamente corretta e ripensata è il saggio di F. Lopez De Onate, *La certezza del diritto*, cit., secondo il quale, infatti, il problema risiedeva tanto nella concezione della scienza giuridica, quanto piuttosto nella necessità di ripristinare la subordinazione del giurista all'attività del legislatore. Anche secondo Lopez, infatti, il pericolo era rappresentato da Autori come Giuseppe Maggiore, *La dottrina del metodo giuridico*, cit., pp. 384-385, i quali auspicavano che la giurisprudenza, intesa quale attività del giudicare, si sarebbe dovuta quanto prima liberare di "alcuni pregiudizi", tra i quali "la riduzione di tutto il diritto oggettivo alla norma scritta" e la "divisione dei poteri", in modo tale che la scienza giuridica avrebbe potuto concentrarsi "sul momento concreto del diritto, sul suo attuarsi come volontà del giudice e volontà di governo [...]". Prova ne sia che tale opera di Lopez De Onate veniva particolarmente apprezzata da Pietro Calamandrei (cfr. P. Calamandrei, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, cit.), senza comprendere fino in fondo che il problema del Maggiore era il medesimo di Lopez De Onate, quello di ritrovare la categoria della giuridicità fuori dal normativismo in cui l'aveva costretta l'attualismo gentiliano.

[162] G. Del Vecchio, *La crisi della scienza del diritto*, cit., p. 7.

[163] Il riferimento non può che andare ad H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, tr. it. di R. Treves, Modena, 1933, ma anche a W. Cesarini Sforza, *Sulla possibilità di una scienza giuridica pura*, cit..

[164] Tutta la riflessione della scienza giuridica da Croce in poi non poteva prescindere dalla concezione dei concetti della scienza giuridica come "pseudoconcetti", privi cioè di ogni valenza conoscitiva, così come la polemica sulla natura dei concetti giuridici nasceva appunto dal problema di attribuire loro una valenza teoretica, preservandone la purezza rispetto alla storia. Sul punto si veda A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, 1974, pp. 3-92.

[165] Cfr. F. Gentile, *La cultura giuridica contemporanea tra scienza e storia*, estr. da "Incontri culturali", anno XIII, 1980, n. 1-2, p. 41, a giudizio del quale "la crisi del positivismo giuridico si sarebbe sviluppata proprio lungo il filo del progressivo smascheramento della pretesa "purezza" del diritto, non appena si fosse aperta la stagione della caccia alle ideologie".

[166] Cfr. W. Cesarini Sforza, *Il concetto del diritto*, cit., pp. 210-211, il quale afferma che "la natura non è altro che la realtà in quanto diventa oggetto di conoscenza scientifica, e quindi anche i fatti dello spirito umano, ove siano considerati scientificamente, diventano fenomeni naturali, sì che la Giurisprudenza [...] è scienza della natura, o scienza naturale di fatti spirituali".

[167] Sul punto, con riferimento al pensiero di Kelsen, ma risultando chiaro che il ragionamento del maestro padovano è adattabile ad ipotesi di geometria legale, si veda F. Gentile, *Politica aut/et Statistica*, Milano, 2003, pp. 171-178.

[168] F. Lopez De Onate, *La certezza del diritto* (1942), Milano, 1968, p. 165, in cui l'Autore affermava che "la generalità della norma giuridica [...] è precisa garanzia della sua costanza e certezza". Ma si veda anche a p. 160, in cui si affermava che "l'esigenza della certezza dell'azione va soddisfatta mediante la presenza della legalità nell'equità, dell'uguaglianza nella diversità, della permanenza nella variazione, che si attuano nella certezza del diritto".

[169] Op. cit., p. 161.

[170] Cfr. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, Milano, 2000, p. 278, il quale da una prospettiva storica evidenzia come fosse "sicuramente eccessivo il culto" che gli sarebbe stato professato, non essendosi nemmeno badato al fatto che "Lopez si muoveva in una dimensione squisitamente filosofica, che la sua certezza era un prius rispetto al problema della frizione fra certezza e giustizia nella legge positiva che interessa soprattutto la riflessione filosofica".

[171] Interpretazione quella di Lopez perfettamente in linea con quella di P. Calamandrei, *La crisi della giustizia*, in *La crisi del diritto*, cit., pp. 157-176: "quando si dà al giudice, sul punto di applicare la legge, la facoltà di farne prima la valutazione politica o morale o religiosa, la legalità è finita. La certezza del diritto, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge [...] sono sempre più in pericolo" (p. 171). Anche se fortemente criticata da F. Carnelutti, *La certezza del diritto*, in F. Lopez de Onate, *La certezza del diritto*, cit., pp. 191-206, in cui il giurista friulano evidenziava come Lopez individuava nell'uguaglianza il contenuto specifico della giustizia, ma, in realtà, l'uguaglianza di Lopez consisteva in una successione costante tra due fatti che riottenne mediante la costruzione da parte della legge di due concetti che venivano utilizzati come modelli di giudizio: se un fatto rientrava nel primo termine necessariamente sarebbe seguito un fatto conforme al secondo termine; "in questo dover avvenire del secondo fatto sta la giustizia e, insieme, la certezza; che avvenga è giusto perché è certo e certo perché è giusto; insomma, giustizia e certezza sono la medesima cosa" (pp. 199-200). Ciò nonostante, secondo Carnelutti, non veniva così risolto il problema dell'eccezione; Rinunciare alla giustizia, sacrificando l'eccezione, al fine di assicurare la garanzia data dalla prevedibilità, porta a far sì che nel processo si arrivi, ad esempio, a considerare la cosa giudicata quale *pro veritate habetur* (p. 198). Da ultimo, occorre rilevare che il testo di Lopez avrebbe incontrato il consenso di G. Capograssi, *Considerazioni conclusive*, in F. Lopez de Onate, *La certezza del diritto*, cit., pp. 239-283; infatti, secondo il pensatore abruzzese il concetto di certezza che emergeva dallo studio di Lopez andava ricollegato a quello di obiettività, ossia all'intima caratteristica del diritto di doversi manifestare e fissare in una forma determinata al fine di raggiungere il proprio scopo; da questa prospettiva, il punto cruciale non era tanto il contrasto tra la certezza e la giustizia, dal momento che la certezza implicava già di per se stessa una certa realizzazione di giustizia, ma il conflitto tra giustizia e giustizia, tra la "giustizia/certezza" e la "giustizia/verità" (p. 254, n. 93), poiché, per Capograssi, la giustizia si sarebbe compiuta attraverso continui passaggi successivi, i quali avrebbero richiesto che la giustizia, per essere tale, si sarebbe dovuta tradurre in obiettività.

[172] A. Ravà, *La classificazione delle scienze e le discipline sociali*, Roma, 1904.

[173] M. Fracanzani, *Adolfo Ravà*, Napoli, 1998, p. 14.; ma si veda anche G. Perticone, *Il diritto e lo Stato nel pensiero italiano contemporaneo*, Padova, 1933; e A. Poggi, *Il concetto del diritto e dello Stato nella Filosofia giuridica contemporanea*, Padova, 1933, in particolare pp. 24-25. (citazioni errate)

[174] A. Ravà, *La classificazione*, cit., p. 47.

[175] Cfr. op. cit., p. 136, nel quale l'Autore afferma: "non è vero che il metodo sia quello che determina il carattere della scienza, come sostengono quelli che su metodo vogliono basarne la classificazione; ma al contrario il carattere delle singole scienze, e soprattutto il rapporto che in ciascuna intercede tra soggetto e oggetto, deve determinare il metodo".

[176] Op. cit., pp. 120-121, per poi continuare: "Ecco quale deve essere il criterio fondamentale per una classificazione teoretica delle scienze. Ora tra il soggetto e l'oggetto della conoscenza possono correre, com'è evidente, tre specie di relazioni: o l'oggetto è del tutto diverso dall'oggetto, o è identico al soggetto, o non è assolutamente identico né assolutamente diverso. E poiché soggetto della conoscenza è la psiche umana, l'oggetto sarà dunque o del tutto diverso, cioè il mondo esterno, e avremo le scienze della natura, o identico, cioè la psiche stessa, e avremo la psicologia, oppure tale da non esser del tutto identico né del tutto diverso, cioè il mondo sociale, ed avremo le scienze sociali, o storiche o morali che dir si voglia".

[177] M. Fracanzani, Adolfo Ravà, cit., pp. 50-54.

[178] A. Ravà, La classificazione, cit., pp. 155-156.

[179] Il saggio è stato ripubblicato in T. Perassi, Introduzione alle scienze giuridiche, Padova, 1953; pp. 22-28 per la parte dedicata alla trattazione delle scienze giuridiche.

[180] Cfr. anche A. Pagano, Il carattere scientifico della scienza del diritto, in "Riv. int. Fil. dir.", 1921, pp. 364-368, il quale con l'occasione di recensire Die Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft di Julius Binder, dichiara di condividere la tesi secondo la quale la giurisprudenza sarebbe una scienza a tutti gli effetti, ma contesta il neokantismo del Binder, dato che non sarebbe possibile "ridurre l'oggetto dell'attività costitutiva del pensiero ad un sistema di schemi astratti o di tipi intellettuali", poiché "noi pensiamo che si debba distinguere nei concetti e nelle teorie del diritto il momento logico senza che sia possibile vuotarli del loro contenuto etico".

[181] Basti pensare alla importanza, ai fini del tema in questione, del saggio di W. Cesarini Sforza, Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale, cit.; quello di A.E. Cammarata, Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza Roma, 1925; a quello di G. Maggiore, La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica, in "Riv. int. Fil. dir.", 1926, pp. 377 ss.; e, per certo versi, a quello di F. Battaglia, Diritto e filosofia nella pratica. Saggio su alcuni problemi dell'idealismo contemporaneo, Firenze, 1932.

[182] Cfr. A. Groppali, Istituzioni di scienza generale del diritto (1921), Milano, 1929.

[183] Cfr. P. Piovani, Momenti, cit., p. 66.

[184] Ed era quanto affermava anche F. Carnelutti, I giuristi e la filosofia (1923), in Discorsi intorno al diritto, II, Padova, 1953, p. 184, secondo il quale ogni aspetto o oggetto della realtà poteva essere considerato "e da un punto di vista empirico e da un punto di vista filosofico".

[185] Cfr. A. Groppali, Filosofia e scienza del diritto, in "Atti del II Congresso Nazionale di Filosofia del diritto", Milano, 1955, p. 161, in cui l'Autore avrebbe affermato, perfettamente in linea con le dichiarazioni di trent'anni prima, che "se, per converso, si accetta per vero, come, rimanendo nella realtà, è vero, che il diritto si presenta, per la sua stessa natura, come un fenomeno che è nel medesimo tempo un prodotto della società e della psiche dell'uomo, ne deriva come conseguenza che tutte le scienze [...] rimarranno legati da intimi rapporti di collaborazione con la filosofia del diritto, che, come scienza sintetica, non potrà che accoglieren ed unificarne i contributi".

[186] Emblematico a tal proposito il noto saggio di K. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Leipzig, 1892.

[187] A Groppali, Istituzioni di scienza generale del diritto, Bergamo, 1921, pp. 8-9.

[188] Cfr. B. Donati, Essenza e finalità della scienza del diritto (1921), Macerata, 1924; e soprattutto B. Donati, Fondazione della scienza del diritto, Padova, 1929.

[189] B. Donati, Essenza e finalità della scienza del diritto, cit., p. 24.

[190] Op. cit., pp. 31, 34, ma anche p. 43, in cui veniva riassunta l'intera costruzione: "attraverso l'analisi dei diritti particolari, che è il tema della giurisprudenza, ossia di quella scienza prudenziale del diritto che serve all'arte giuridica; attraverso, in un momento ulteriore, l'esame sintetico dell'elemento formale e materiale, per opera delle teorie generali dei diritti particolari, nonché l'esame sintetico degli elementi sostanziali, per opera della teoria comparata del diritto; noi vogliamo dire, ancora una volta, che da ogni parte si pone innanzi il problema della unità del diritto".

[191] Op. cit., p. 46.

[192] B. Donati, *Essenza e finalità*, cit., p. 9.

[193] Op. cit., p. 31, in cui i "concetti logici" erano l'effetto delle scelte della ragione, "in modo che rimangano emergenti le note comuni e costanti, ricorrenti di regola in qualsiasi avveramento nel tempo e nello spazio, che servono insieme per la determinazione delle note specifiche e differenziali. In questa collocazione logica del dato nel campo del reale si acquista la più piena conoscenza. Questa conoscenza è allora conferita dal concetto logico".

[194] P. Biondi, *Metodo e scienza del diritto*, Roma, 1935.

[195] Cfr. B. Croce, *Recensione a P. Biondi, Metodo e scienza del diritto* (1935), ora in *Nuove pagine sparse*, II, pp. 242-243.

[196] P. Biondi, *Metodo e scienza del diritto*, estr. da "Nuovi Studi", Roma, 1935, p. 12..

[197] R. Treves, *Il diritto come relazione*, Torino, 1934; N. Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, 1934; G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1937; F. Lopez De Onate, *Studi filosofici sulla scienza del diritto*, Macerata, 1939; G. Gorla, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941; L. Bagolini, *Diritto e scienza giuridica nella critica del concreto*, Milano, 1942; F. Olgiati, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto* (1943), Milano, 1950; B. Leoni, *Per una teoria irrazionale del diritto* (1942), Torino, 1945; G. Solari, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, Torino, 1949; L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, cit.

[198] Tra i molti, oltre a quelli già citati, occorre ricordare: R. Treves, *Empirismo ed idealismo nel problema della scienza del diritto*, in "Riv. int. Fil. dir.", 1938; G. Calogero, *La metodologia del naturalismo giuridico*, in *Saggi di etica e di teoria del diritto*, Bari, 1947; S. Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., pp.; L. Caiani, *Formalismo ed empirismo nella scienza del diritto*, in "Riv. trim. dir. proc. civ.", I, 1953, pp. 101 ss..

[199] Cfr. A. Colonna, *Per la scienza del diritto*, Torino, 1938; F. Carnelutti, *La Metodologia del diritto*, Padova, 1939.

[200] Cfr. B. Leoni, *Il problema della scienza giuridica*, Giappichelli Torino, 1940; N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli Torino, 1950; E. Opocher, *Il problema della natura*, cit..

[201] Occorre essere prudenti, poiché siamo perfettamente consapevoli che il tema del rapporto tra filosofia e scienza è il problema epistemologico per eccellenza, ma la presente disamina è unicamente dedicata alla filosofia del diritto ed alla scienza giuridica nel dibattito dei primi cinquant'anni del secolo scorso, con la conseguenza che s'intende lasciare tra parentesi tutto il problema della nascita, dello sviluppo e della trasformazione della scienza moderna, da Galileo a Popper, che altro non è se non un diverso modo per intendere il problema dei rapporti tra filosofia e scienza.

[202] Cfr. G. Perticone, *Filosofia e scienza del diritto*, in R. Orecchia (a cura di), *Filosofia e scienza del diritto*, cit., p. 223, secondo il quale si distingue la concezione della filosofia "come giudizio, criterio di valutazione, come impegno umano nei confronti della realtà", e della scienza "come penetrazione sempre più intima dello sguardo dell'uomo nei congegni della realtà".

[203] Cfr. G. De Crescenzo, *I rapporti tra filosofia e scienza del diritto nel quadro della crisi dell'idealismo*, in R. Orecchia (a cura di), *Filosofia e scienza del diritto*, cit., pp. 115-129; ma soprattutto G. Perticone, *Filosofia e scienza del diritto*, cit., p. 221-222, secondo il quale è proprio del neo idealismo la definizione della scienza "come approssimazione alla conoscenza e della filosofia come conoscenza assoluta", mentre è "del periodo precedente l'impostazione positivista di questo rapporto, per cui, salendo di generalizzazione in generalizzazione, dalla scienza si passa alla filosofia come scienza delle scienze".

[204] . R. Orecchia (a cura di), *Filosofia e scienza del diritto*, in "Atti del II Congresso Nazionale di Filosofia del diritto", cit.. Ai fini della presente ricerca, assumono un particolare rilievo la relazione di F. A. Cusimano, *La crisi del diritto e il rapporto tra scienza e filosofia*, il quale afferma che "se la filosofia del diritto tende a spiegare che cos'è il diritto e che cos'è l'uomo, la scienza del diritto si occupa spiega le operazioni dell'uomo" (p. 101); quella di N. D'Amati, *Tecnicismo ed eticità nella norma giuridica*, il quale sostiene che "la prima come la seconda hanno a base un unico e medesimo dato rappresentato dalla norma, alla cui osservazione sono entrambi rivolti; senonché, mentre la scienza giuridica prende in considerazione questa dal punto di vista della sua determinazione concreta, la filosofia ne studia quell'aspetto universale ed eterno, capace di conferire un significato assoluto alle singole disposizioni particolari" (p. 108); ma anche quella di V. Ferola, *Il significato universale della filosofia giuridica*, a giudizio del quale "la realtà oggettiva delle norme, l'esteriorizzarsi nel modo fenomenico, mentre invitano alla ricerca scientifica, racchiudono nel contempo il segreto del meccanismo spirituale che le ha create, delle forze umane e sociali che le hanno prodotte, per cui anche la filosofia giuridica non può non raccogliersi a questo grande fenomeno che regge le strutture dell'umana società" (p. 134); le cui convinzioni

coincidono con quelle di A. F. Ferrari, La comprensione filosofica della giuridicità, il quale è perentorio nel ritenere che l'indagine filosofica sul diritto "tenderà a penetrare il fenomeno giuridico per scoprire ciò che esso presenta di più intimo e irriducibile, si da conseguire una conoscenza che ne rappresenti la massima possibile comprensione", mentre la scienza giuridica "studierà gli aspetti particolari e positivi del fenomeno giuridico, le attuazioni storiche dell'organizzazione storica della società" (p. 138); e con quelle di G. Marchello, Scienza e filosofia del diritto, per il quale la filosofia è critica dell'esperienza in quanto opera la problematizzazione dei contenuti elaborati dalla scienza", dato che "i problemi della filosofia del diritto non sono altro che l'assunzione e l'approfondimento in sede critica dei contenuti elaborati dalla scienza del diritto" (p. 201). E non è certo un caso se U. Scarpelli, La natura della metodologia giuridica, autorevole esponente della Scuola Analitica, che si era prefissa l'obiettivo di applicare alla metodologia giuridica i risultati del neopositivismo logico, continuasse ad impostare la questione, così come l'aveva prospettata il positivismo filosofico: "concludere che la metodologia giuridica ha natura scientifica è dare una determinazione positiva del campo della scienza, ed una determinazione negativa del campo della filosofia del diritto, dalla quale rimane escluso quanto si riconosca alla competenza della metodologia" (p. 247).

[205] Cfr. A. Ravà, Per una dottrina generale del diritto, Roma, 1911.

[206] Cfr. R. Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1923.

[207] N. Bobbio, Filosofia del diritto e teoria generale del diritto (1950), in Studi sulla teoria generale del diritto, Torino, 1955, p. 33.

[208] Op. cit., p. 49.

[209] N. Bobbio, Teoria generale del diritto come teoria del rapporto giuridico (1952), in "Studi sulla teoria generale", cit., pp. 53, 55-56.

[210] Sul punto bene P. Piovani, La filosofia del diritto come scienza filosofica, Milano, 1963, il quale evidenziava come fosse "gravemente dannosa" quella teoria generale del diritto che dimenticasse "che ogni teoria generale del diritto riguarda un dato diritto positivo, in quell'esperienza concreta che è la sua storicizzata positivizzazione".

[211] N. Bobbio, Francesco Carnelutti teorico generale del diritto (1949), in "Studi sulla teoria generale", cit., p. 7.

[212] Cfr. W. Cesarini Sforza, Lezioni di teoria generale del diritto, II ed. Padova, 1930.

[213] Cfr. A. Levi, Teoria generale del diritto, Padova, 1950, nuova stesura di un'opera già apparsa nel 1934 con il titolo Istituzioni di teoria generale del diritto.

[214] Nella prima edizione del 1940 Carnelutti propugnava l'utilità di una introduzione pregiuridica, che consisteva nel chiarire stabilire il senso che si sarebbe attribuito ai termini utilizzati nella successiva trattazione: forma, spazio, tempo, oggetto. L'intento era quello di definire una volta per tutte alcuni concetti fondamentali, non solo della giurisprudenza ma di ogni scienza. Secondo lo schema adottato dal Carnelutti, l'ordinamento giuridico di uno stato moderno sarebbe consistito di tre elementi fondamentali: i "comandi giuridici", cioè l'aspetto formale del diritto, le "situazioni giuridiche", l'aspetto spaziale del diritto, e i "fatti giuridici", l'aspetto temporale. Se il fine del diritto era quello di "ridurre l'etica all'economia", l'esperienza giuridica veniva definita come un'etica artificialmente imposta, in cui la congiunzione del precetto con la sanzione rappresentavano la legge giuridica, e il diritto come "una catena di comandi che non ha fine", in cui al carattere dell'imperatività e della intersoggettività si accompagnava quello della statualità: "se lo Stato è la società in quanto pone il diritto, lo Stato non è in questo senso soggetto di diritto", dato che "lo Stato non è nel conflitto ma sopra il conflitto". La pluralità interna degli ordinamenti avrebbe fondato la pluralità delle fonti del diritto; la statualità del diritto era anche la ragione della esclusione della giuridicità alla consuetudine, al diritto internazionale e al diritto canonico. Nella seconda edizione del 1946 non vi erano mutamenti rilevanti quanto al contenuto, ma veniva formulata una distinzione più precisa tra la "funzione" del diritto, entro cui trovava il proprio svolgimento la teoria dei "comandi", e la "struttura" del diritto, che comprendeva tanto la dottrina delle situazioni che quella dei fatti. Nella terza edizione del 1951 i mutamenti erano a tal punto notevoli da capovolgere i fondamenti sui quali poggiavano le precedenti edizioni; la categoria della "statualità" veniva limitata al diritto positivo, rimanendo fuori dallo Stato tutto l'ambito del diritto naturale. La giustizia diveniva "conformità all'ordine dell'universo", ovvero all'ordine etico. In Carnelutti l'istanza giusnaturalistica era attitudine ad attribuire una qualità all'azione, non di costringervi la volontà con la minaccia della sanzione. Ora se il precetto assumeva un significato etico, in quanto proposizione di diritto naturale, solo la sanzione si presentava come elemento caratteristico del diritto positivo, con la conseguenza che la teoria imperativistica diveniva teoria della sanzione; ridotto il comando ad azione, tutta l'attenzione si riversava sul precetto, sull'attività di ritrovamento del precetto, sulle fonti giuridiche. L'attenzione rivolta alla socialità spingeva Carnelutti a ritenere che non ci sarebbe stato diritto possibile, se i consociati non avrebbero consentito ad obbedire. La "struttura" del diritto diveniva una combinazione di comandi e di obbedienze: il diritto è regola vissuta di condotta sociale.

[215] Cfr. op. cit., p. 12, in cui il filosofo piemontese rimproverava "al Carnelutti di averci fatto conoscere le sue idee filosofiche in una teoria generale del diritto", anche considerato che il "concetto di funzione del diritto è anche di per se stesso poco idoneo a servire da categoria generale sotto cui si possano assumere problemi fondamentali della teoria generale".

[216] Op. cit., p. 8.

[217] Non ci pare di poter condividere fino in fondo quanto affermava N. Bobbio *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto*, cit., p. 27, con riferimento alla trattazione dei rapporti tra filosofia del diritto e teoria generale del diritto, poiché era pur vero che tale tematica era ampiamente dibattuta dalla scuola positivista, che aveva ritenuto di ridurre la filosofia del diritto alla teoria generale, ma è altrettanto vero che ci sembra eccessivo ritenere che si sarebbe trattato di "un problema di scuola su cui si esercitavano di solito i filosofi del diritto esordienti".

[218] Op. cit., p. 36.

[219] F. Gentile, *Filosofia e scienza* in "Pubblicazioni dell'Accademia militare di Modena", 1988, p. 66.

[220] Cfr. Bartolomei, *Le ragioni della giurisprudenza pura*, 1912; e Di Carlo, *Teoria pura e teoria empirica del diritto*, in "Saggi critici di filosofia del diritto", I, 1913; nelle quali opere veniva proposta la tesi di una giurisprudenza pura, intesa come scienza universale ed astratta.

[221] N. Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, cit., p. 13. Cfr., inoltre, p. 17, in cui il concetto veniva evidenziato ancora più chiaramente: "si tratta dunque di stabilire una volta per sempre che disputare sulla scientificità della scienza giuridica non si può, fino a che non si abbia di mira altro che la sua funzione pratica ovvero il suo carattere puramente tecnico: solo su fondamenti gnoseologici si può discutere il problema, essenzialmente gnoseologico, intorno alla teoreticità della giurisprudenza".

[222] Cfr. F. Carnelutti, *Arte del diritto*,

[223] G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 34.

[224] Op. cit., pp. 5, 11.

[225] R. Stammler, *Rechtswissenschaft*, II ed., 1923, p. 245.

[226] Il pensiero non può non correre alla collana *L'Ircocervo*. *Saggi per una storia filosofica del pensiero giuridico contemporaneo*, a cura di Francesco Gentile.

[227] Il tema è anche implicitamente suggerito da V. Frosini, *Filosofia e scienza*, in "Atti del II Congresso Nazionale di Filosofia del diritto", cit., p. 147.

[228] Emblematico, a tal proposito, L. Caiani, *La filosofia*, cit., p. 90, in cui, con riferimento all'opera "filosofica" di Francesco Carnelutti, il professore padovano riteneva che "gli sviluppi più interessanti e più ricchi di prospettive di questa esigenza di fondo che anima la visione complessiva dell'esperienza giuridica del Carnelutti" dovevano essere ricercati nel "problema dei rapporti tra scienza del diritto e filosofia, o meglio, il problema della funzione della filosofia nell'ambito del lavoro del giurista". Criteri di analisi che si ritrovano, seppure in maniera meno marcata, anche nell'analisi del pensiero di Tullio Ascarelli e di Emilio Betti, ma che ritornano decisamente quando l'Autore afferma che è proprio la "filosofia" che siamo andati ricercando all'interno dell'esperienza dei giuristi, [che] si è venuta appunto configurando sempre più come ricerca della progressiva consapevolezza che i giuristi vengono acquistando nello stesso svolgimento del loro lavoro" (p. 204).

[229] G. Solari, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, Torino, 1911, e nuovamente pubblicato con il titolo *Individualismo e diritto privato*, Torino, 1959, al quale si farà riferimento in questa trattazione.

[230] G. Solari, *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1940, pur trattandosi di un saggio già ultimato negli anni 1915-1916.

[231] G. Solari, *Individualismo*, cit., p. 333.

[232] Op. cit., p. 335 e 336, in cui l'Autore affermava che "mentre il Codice prussiano risentiva delle dottrine giuridiche dell'Illuminismo elaborate dalla scuola del Wolff, il Codice francese fu attuato in un periodo storico in cui la tradizione liberale del Locke e quella naturalistica dei Fisiocrati aveva riacquisito il sopravvento sopra le dottrine assolutistiche e

democratiche del Rousseau [...]. L'individualismo giuridico nella forma liberale espressa dal Codice francese [...] finì per prevalere, ma prevalendo rifece le sue basi filosofiche sotto l'influenza del criticismo kantiano e dell'utilitarismo del Bentham".

[233] Op cit., p. 338-339.

[234] Op. cit., pp. 341,342.

[235] Il saggio analizzava i rapporti tra l'esigenza filosofica del diritto privato e il pensiero di Autori come Thibaut, Heise, Savigny, Schelling, Fichte e Puchta.

[236] G. Solari, *Storicismo*, cit., pp. 285, 287

[237] Op. cit., p. 299.

[238] Op. cit., p. 300.

[239] F. Olgiati, *Il concetto di giuridicità*, cit., pp. V-VI.

[240] Tale saggio veniva discusso e recensito da N. Bobbio, *Il diritto come relazione*, in "Riv. Int. Fil. Dir.", 1936, pp. 367-369, e da E. di Carlo, *Il diritto come relazione*, in "Riv. int. Fil. dir.", 1936, pp. 291-295 ; e più recentemente da M.A. Cattaneo, *Il diritto come valore e il problema della pena*, in U. Scarpelli, e Tomeo (controllare) (a cura di), *Società, Norme e Valori. Studi in onore di Renato Treves*, Milano, 1984, pp. 171-172, ma anche A. Carrino, *L'irrazionale nel concetto di comunità e diritto* in Emil Lask, Napoli, 1983.

[241] R. Treves, *Il diritto come relazione*, cit., p. 7; la tesi di Treves poggiava sull'idea che le scuole neokantiane avevano risolto il principio della sostanza in quello della relazione, considerato che quest'ultimo comprendeva "le tre categorie subordinate della sostanza, della causalità e della reciprocità e risolve quindi in sé il concetto di sostanza che era stato considerato dalla logica aristotelica e tomistica come categoria prima".

[242] R. Treves, *Il diritto come relazione*, cit., pp. 5-7.

[243] Cfr. op. cit., p. 51, ove Treves afferma che "dopo aver rilevato come nel neokantismo il concetto di relazione pura rappresenti, ora l'universale logico, ora il principio ontologico della realtà giuridica, ora solo l'essenza, ora l'essere stesso del diritto, interessa, in questa seconda parte della nostra indagine rilevare brevemente come tali concezioni debbano venire distinte da quelle, apparentemente analoghe, delle teoria generale e della dogmatica del diritto".

[244] Tesi singolare, addirittura spregiudicata secondo P. Piovani, *Momenti*, cit., p. 77.

[245] Cfr. A. Tanzi, *Renato Treves. Dalla filosofia alla sociologia del diritto*, Napoli, 1988, p. 16, il quale afferma che "se alcuni sistemi paiono risolvere l'universale logico del diritto in una pura forma di relazione", e "altri sistemi neokantiani sembrano risolvere in relazione formale pura l'essere stesso del diritto", l'unica possibilità della filosofia del diritto non poteva che consistere allora che nell'analisi di questa relazione formale".

[246] Cfr. A. Tanzi, *Renato Treves. Dalla filosofia*, cit., p. 20, secondo il quale "l'attenzione posta a qualificare il rapporto tra scienza e filosofia è un altro dei motivi di fondo della sua riflessione di quegli anni, con la conseguenza che "il diffuso senso di disorientamento della scienza del diritto, l'opposizione, sempre più aperta, tra assertori della validità formale dei concetti giuridici, e scuole antiformaliste, ripongono la necessità di formulare una concessione non dogmaticamente pura ma pretesa a cogliere nella sua purezza quella che, proprio allora, cominciava ad essere definita come la scienza giuridica".

[247] Cfr. R. Treves, *Empirismo e idealismo nella scienza del diritto*, cit., p. 189, in cui egli affermava che "i più gravi e i più altri problemi della scienza del diritto possono essere considerati sottodue punti di vista differenti, possono essere risolti secondo due atteggiamenti di pensiero diversi, anzi, contrastanti: da un lato, quello della scienza, della vita, del senso comune, che vede il particolare, l'individuale empirico e non coglie l'universale [...]. Dall'altro lato, l'atteggiamento della speculazione, della ragione, della filosofia, che vede l'universale e non il particolare empirico, che considera come reale la sintesi in cui si risolvono e si superano tutti i contrasti, tutti i dualismi e non considera come tali i termini che la compongono, i quali, presi separatamente, non sono altro che mere astrazioni prive di valore concreto".

[248] R. Treves, *Il diritto come relazione*. cit., p. 19.

[249] Op. cit., p. 43.

[250] Op. cit., p. 35.

[251] Op. cit., p. 43.

[252] Sul punto si veda K. Larenz, *Storia del metodo*, cit., pp. 19-27, secondo il quale fu Puchta che con assoluta chiarezza mise la scienza giuridica del suo tempo sulla strada del sistema logico nel senso di "una piramide concettuale" e ne decise con ciò l'evoluzione verso la "giurisprudenza formale dei concetti" (p. 21). A formare il diritto di un popolo sarebbero le singole massime giuridiche, la cui connessione viene trasformata "nella connessione logica dei concetti, e questa connessione logica è considerata come fonte conoscitiva di massime giuridiche in precedenza ancora ignote" (p. 22).

[253] Cfr. op. cit., pp. 32-38, secondo il quale Windscheid considera il "diritto come qualcosa di storico e al tempo stesso di razionale", intendendo la ragione, non più in maniera oggettiva come Savigny e Puchta, "ma in maniera soggettiva", come la "volontà razionale" del legislatore" (p. 33). Egli, "al culmine della piramide concettuale del diritto privato, pone il concetto del diritto soggettivo. Ma al posto di una derivazione etica di questo concetto, egli ne dà una definizione intesa in senso psicologico", cosicché il diritto soggettivo diventa "un potere della volontà" attribuito dalla persona all'ordinamento giuridico" (p. 36).

[254] R. Treves, *Il diritto come relazione*, cit., p. 57, in cui Treves rinvia ad un lungo brano di E. Kaufmann, *Critica alla filosofia giuridica neokantiana*, tr. it., pp. 51-52.

[255] Op. cit., p. 126.

[256] Op. cit., p. 59.

[257] opere

[258] R. Treves, *Il diritto come relazione*, cit., p. 74, nel quale veniva anche immediatamente affermato che per quei neokantiani per i quali la relazione pura coincide con il principio ontologico del diritto, come Kelsen, "il diritto oggettivo è pura forma, e quindi sussiste indipendentemente da qualsiasi contenuto che è qualcosa di estraneo al diritto, qualcosa di metagiuridico".

[259] Op. cit., pp. 125-126.

[260] Cfr. op. cit., p. 100, in cui la scienza del diritto veniva definita come "quel lavoro diretto a comprendere, a sistemare, a classificare, a definire i fenomeni giuridici che costituisce appunto l'oggetto specifico delle indagini e delle costruzioni di tale scienza [...]".

[261] P. Piovani, *Momenti*, cit., p. 76.

[262] Cfr. R. Treves, *Momenti*, p. 102, ove la scienza giuridica dovrebbe tendere a quel medesimo scopo cui tendono le scienze naturali.

[263] Cfr. op. cit., p. 104, in cui l'Autore sosteneva che il neokantismo non avrebbe "raggiunto nel campo speculativo il suo scopo, cioè quello di dare una scienza pura fondata su un concetto giuridico universalmente valido [...]".

[264] Cfr. P. Piovani, *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, cit., pp. 22-23, secondo il quale esisterebbero "meditati orientamenti della filosofia del diritto come filosofia della scienza giuridica"; intesa "in senso stretto" la filosofia del diritto altro non sarebbe se non "esami dei metodi della scienza giuridica o valutazione e correzione analitica del loro linguaggio".

[265] Cfr. E. Opocher, *Il problema della natura*, cit., p. 2: "[...] vi è specialmente nella letteratura anglosassone tutto un filone di pensiero che tende semper più a sfrondare la filosofia del diritto dai suoi tradizionali problemi, per ridurla, appunto, ad una mera ricerca epistemologica sulla natura della giurisprudenza".

[266] Cfr. A. Baratta, *Il positivismo*, cit., pp. 40-

[267] Cfr. R. Treves, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, in "Riv. Int. Fil. dir.", 1933, pp. 544-566, nel quale l'Autore riteneva che la reazione al formalismo giuridico sarebbe potuta passare anche attraverso il "concetto di scopo", come punto di partenza per l'interpretazione dei concetti giuridici".

[268] Cfr. la disputa tra l'economista Carl Menger e il filosofo Wilhelm Dilthey, a cui fa riferimento anche U. Pagallo, La struttura della conoscenza scientifica tra realismo e idealismo. Il problema epistemologico di Giuseppe Capograssi in "Atti dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere e Arti", CLI, 1992-1993, pp. 326-338, in cui il pensatore padovano afferma: "da una parte, infatti, si insisteva, ed era il caso del Menger, sull'indiscutibile rigore metodico raggiunto dalle ricerche fisico-matematiche; dall'altra, invece, Dilthey sottolineava l'impossibilità di ridurre tutta la ricchezza problematica dell'esperienza storica alla razionalità di siffatto metodo". Dilthey evidenziava i limiti delle "tesi metodologiche avanzate dal Comte e, con lui, da John Stuart Mill, dal positivismo e dall'empirismo anglosassone proprio perché, spiegava il filosofo tedesco, "mi parvero mutilare l'effettiva realtà storica al fine di adattarla ai concetti e ai metodi delle scienze naturali" (pp. 327-328).

[269] Cfr. G. Windelband, Storia e scienza naturale (1907), tr. it., e H. Rickert, I limiti della formazione dei concetti della scienza naturale (1929).

[270] R. Treves, Il diritto come relazione, cit., pp. 10.

[271] Cfr. N. Abbagnano, Storia della filosofia, III, Torino, 1950, p. 333. ma vedere con più precisione. Secondo questa accezione possono definirsi realisti Francesco Bacone, Galileo, Comte, ma anche recentemente H. Putnam, The many faces of realism, tr. it., Milano 1999.

[272] Di contro, gli strumentalisti, Berkeley, Mach, Poincaré, Duhem, fino a Einstein ed Heisenberg asseriscono che la spiegazione non è lo scopo della scienza, dal momento che le scienze non possono scoprire le "essenze occulte delle cose. "Tutti questi filosofi sono concordi che la spiegazione scientifica (ultima) è impossibile. E dal fatto che non c'è essenza occulta che le teorie scientifiche possano descrivere, concludono che queste teorie non descrivono nulla affatto. Dunque, sono puri e semplici strumenti. E ciò che può sembrare accrescimento della conoscenza, non è altro che il miglioramento di certi strumenti" (p. 22). Salvo, poi, tentare una mediazione tra le due concezioni, e concludere: "ritengo che con le nostre leggi universali [della scienza] non saremo mai capaci di descrivere l'essenza ultima del mondo, ma non ho alcun dubbio che possiamo sondare sempre più profondamente la struttura del nostro mondo o, come potremmo anche dire, raggiungere le proprietà del mondo sempre più essenziali, ossia, situate a profondità sempre maggiore" (p. 57).

[273] Cfr. G. Del Vecchio, Il concetto del diritto, cit., p. 67.

[274] R. Treves, Il diritto come relazione, cit., pp. 90-91.

[275] Cfr. op. cit., p. 103.

[276] Op. cit., pp. 100-102.

[277] Cfr. op. cit., p. X, in cui l'Autore affermava: "il problema, enunciato nei termini più chiari, era il seguente: "nel mondo dei giuristi si sono avvicinate dottrine diversissime riguardo al concetto del diritto ed ognuna di esse prevede un'indicazione originale che non può essere trascurata, valorizza uno o l'altro elemento della giuridicità [...]". Ora è possibile aspirare ad una sintesi [...]. Come si può passare da una molteplicità così variopinta ad una unità, non astratta, ma comprensiva ed ispiratrice di ogni momento della molteplicità?".

[278] Op. cit., p. X.

[279] Op. cit., p. 269.

[280] Op. cit., p. 270.

[281] S. Ventura, Presentazione, in K. Larenz, Storia del metodo della scienza giuridica, cit., p. XIII-XIV.

[282] Op. cit., p. 270.

[283] Ibidem.

[284] F. Olgiatei, Il concetto di giuridicità, cit., p. 269.

[285] Op. cit., p. 271.

[286] Op. cit., p. 71.

[287] Op. cit., p. 97.

[288] Cfr. op. cit., p. 513, ove Olgiati affermava che tale concetto egli avrebbe espresso "nella nuova edizione, che uscirà tra breve, del mio volume su Il concetto di giuridicità in S. Tommaso d'Aquino".

[289] Op. cit., p. 513.

[290] Op. cit., p. 311.

[291] Op. cit., p. 373.

[292] Op. cit., p. 270.

[293] K. Larenz, *Storia del metodo della scienza giuridica*, cit., pp. 77-78.

[294] *Ibidem*.

[295] F. Olgiati, *Il concetto di giuridicità*, cit., p. 269.

[296] Per l'evoluzione del rapporto tra filosofia e scienza giuridica in A. Levi si veda *Per un programma di filosofia del diritto*, Torino, 1905; e *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico*, Genova, 1914.

[297] Cfr. I. Vanni, *Lezioni di Filosofia del diritto*, cit., pp. 14-18.

[298] Cfr. A. Levi, *Per un programma*, cit., p. 115.

[299] E' il fondamento filosofico della disputa sui "principi generali del diritto", sui quali vedi *infra* nota 201.

[300] G. Carle, *La filosofia del diritto nello stato moderno*, I, Torino, 1903, p. 54.

[301] Cfr. E. Di Carlo, *Il diritto naturale nell'attuale fase del pensiero italiano*, Perugia, 1932.

[302] P. Piovani, *Momenti*, cit., p. 66.

[303] Cfr. B. Croce, *Lineamenti*, cit., pp. 205, nel quale il filosofo afferma che i concetti delle scienze matematiche, così come quelli delle altre scienze, non sono "conoscenze", ma "azioni utili", che "non ci fanno comprendere la realtà o intenderne la natura, ma ci danno il modo di maneggiare prontamente le nostre conoscenze".

[304] Op. cit., pp. 202-222, secondo il quale l'utilità di questi concetti, il cui contenuto era sempre "reale" o "storico" stava nell'apprestare "gruppi" o "indici" delle conoscenze, che già si possedevano in aiuto della memoria".

[305] B. Croce, *La storia come pensiero e come azione*, Bari, 1938, pp. 25, 28, 37.

[306] B. Croce, *Il filosofo, oggi in "Ultimi saggi"*, 1938, pp. 386-390.

[307] Cfr. P. Rossi, *Benedetto Croce e lo storicismo assoluto (1957)*, cit., pp. 289-292, 322-323.

[308] A. De Gennaro, *Crocianesimo*, cit., p. 170.

[309] Cfr. B. Croce, *Teoria e storia della storiografia (1917)*, Bari, 1966, pp. 110-111, in cui veniva affermato che pensare la storia in concreto significava "pour pensandone contemporaneamente tutti gli aspetti, prendere sempre le mosse da uno particolare", mentre la cosiddetta storia "generale", "se veramente storia si era sempre risolta in una ben individuata e specificata forma di storiografia. Sicché, le storie che di volta in volta erano state presentate come generali", non erano altro che "questa o quella storia "speciale" e "particolare", arbitrariamente elevata, con considerare tutte le altre semplici "appendici", a storia generale".

[310] Cfr. G. Capograssi, *Leggendo la "Metodologia"*, cit., p. 313, in cui Capograssi affermava che "è, insomma, anche la scienza del diritto una forza una che sta nella storia e che ha anch'essa la responsabilità del formarsi del mondo umano della storia"; a proposito del quale si veda A. Pigliaru, *Scienza e Filosofia del diritto nel pensiero di Giuseppe Capograssi*, in "Riv. int. Fil. dir.", 1958, p. 219, in cui lo studioso di Capograssi afferma che la scienza del diritto "è il diritto stesso che conosce se stesso, è il diritto che per vivere la sua propria vita cerca di consociarsi in ciò che esso è, in cuiò che esso

significa nella vita e nell'esperienza. La scienza è il diritto che racconta a se medesimo ciò che esso è in realtà, per essere effettivamente ciò che è".

[311] Cfr. sul punto R. Stammler, *The theory of justice*, New York, 1969, p. 167, in cui Stammler evidenzia come la società dovrà essere scomposta nel suo elemento formale a priori, come forma condizionante le singole volizioni e da un elemento materiale, l'economia, rappresentato dal contenuto delle singole volizioni, con la conseguenza che la conoscenza della società non sarà altro se non la sintesi a priori di diritto ed economia, mentre la giurisprudenza è lo studio del diritto, quale elemento formale della società.

[312] Cfr. A. Ravà, *Sul concetto di diritto. Nota critica*, cit., p. 7, in cui il maestro padovano affermava: "crediamo insomma che il concetto del diritto implichi anche un criterio per valutare il diritto". Per, poi, continuare che la sua concezione "si basa sulla convinzione, che il solo elemento trascendente la realtà, e non mai ad essa riducibile, sia un elemento valutativo e normativo; e che quest'ultimo sia anche implicito nei concetti. Le idee insomma forniscono così i criteri per giudicare la realtà, come i concetti per intenderla. Concetti, norme, idee, hanno però una comune radice nell'elemento sostanzialmente unico ed essenzialmente normativo che trascende la realtà. Intendere implica quindi giudicare. E il concetto del diritto, mentre serve a riconoscere che cosa è diritto, richiama il criterio per giudicare quale diritto risponde più eminentemente ai caratteri giuridici, cioè qual è il diritto ottimo. Il diritto eccellente è a un tempo il diritto per eccellenza".

[313] G. Capograssi, *Il problema della scienza giuridica*, cit., p. 68, il quale così continuava: "cioè una volta stabilito che il diritto può essere, è, concetto del diritto, bisogna analizzare come agisca quel diritto di cui il diritto, nella sua universalità logica, è concetto: ossia come agisca l'esperienza giuridica, come e perché sia esperienza giuridica".

[314] Cfr. G. Del Vecchio, *La Giustizia*, p. 62, in cui il filosofo affermava che "secondo il concetto formale della giustizia vi ha necessariamente un riconoscimento reciproco di più soggetti: ogni proposizione giuridica implica una relazione intersubiettiva (sub specie alteritatis). Ma, mentre la nozione formale ammette nel proprio ambito una innumerevole serie di gradi e una infinita varietà di figure di tale specie [...], il criterio ideale di tale giustizia si traduce invece una esigenza categoricamente determinata, che non si appaga di una relazione intersubiettiva qualsiasi, fondata su un riconoscimento anche parziale, difettoso o aberrante, e cioè sottoposto a limitazioni e deviazioni empiriche e contingenti, bensì impone 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 fra più soggetti".

[315] Cfr. B. Croce, *Teoria e storia della storiografia* (1917), Bari, 1943, p. 75, in cui il filosofo afferma che la storia non è "l'opera imponente [...] dell'empirico e irreali individuo, ma l'opera di quell'individuo veramente reale, che è lo spirito eternamente individuantesi".

[316] Cfr. G. Gentile, *Introduzione alla filosofia* (), Firenze, 1952, p. 19: "la sola realtà solida, che mi sia dato affermare, e con la quale deve perciò legarsi ogni realtà che io possa pensare, è quella stessa che pensa; la quale si realizza ed è così una realtà, soltanto nell'atto che si pensa".

[317] F. Lopez de Onate, *Studi filosofici sulla scienza del diritto*, cit., p. 26.

[318] Op. cit., p. 41.

[319] Op. cit., pp. 48, 51.

[320] Op. cit., p. 75.

[321] Occorre subito chiarire che tali saggi, e soprattutto quello esplicitamente dedicato al problema della scienza del diritto nascevano in una temperie filosofica ancora profondamente influenzata dal neoidealismo di matrice crociana. Per una esatta ricostruzione del pensiero di Capograssi, occorre vedere E. Opocher, *La filosofia politica di Giuseppe Capograssi*, ora in *Giuseppe Capograssi filosofo del nostro tempo*, Milano, 1991, pp. 53-81, ma anche V. Frosini, *Saggi su Kelsen e Capograssi*, Milano, 1988, pp. 139-150.

[322] Cfr. G. Capograssi, *Leggendo la "Metodologia" del Carnelutti*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1940; *L'ultimo libro di Santi Romano*, in *Riv. trim. Dir. pubbl.*, I, 1951, pp. 46-75; *Impressioni su Kelsen tradotto*, in *Riv. trim. Dir. pubbl.*, IV, 1952, pp. 767-810; *Il problema di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Riv. ital. per le scie. giur.*, VI, pp. 14-35, i quali contributi sono ora tutti contenuti in *Opere*, rispettivamente vol. IV, pp. 293-320; V, pp. 221-254; V, pp. 311-356; V, pp. 357-384.

[323] Cfr. G. Capograssi, *Leggendo la "Metodologia"*, cit., p. 304.

[324] P. Piovani, *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, cit., pp. 22-23.

[325] G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 182.

[326] G. Capograssi, *Leggendo la Metodologia*, pp. 304-306.

[327] *Op. cit.*, p. 306.

[328] Cfr. G. Capograssi, *Il problema di V.E. Orlando*, cit., p. 363, in cui il pensatore abruzzese afferma: comunque voglia prendere per modello l'inimitabile pandettistica, l'inimitabile scienza del diritto privato, si trova di fronte ad un oggetto che non riesce a fermare da nessuna parte, ad un oggetto, come egli stesso ha detto, che si trova "allo stato liquido" (Scritti per Carnelutti, IV, p. 617); e come si fa a dare una forma all'acqua, che prende tutte le forme e non ne ha nessuna? Di fronte a quest'acqua, che è in perpetuo moto di corrente, come trovare il punto fermo, anzi i punti fermi, che dovrebbero essere le posizioni giuridiche, i principi, gli istituti, le norme e insomma il diritto pubblico?"

[329] *Op. cit.*, p. 368.

[330] Cfr. U. Pagallo, *La struttura della conoscenza scientifica*, cit., p. 340, nel quale il filosofo padovano ha evidenziato come Capograssi riprende l'assunto epistemologico che era già stato proprio dell'Orlando, "l'idea cioè di poter dimostrare la corrispondenza ultima tra "convenzioni" e "realtà" mediante la fondazione "obiettiva" dell'esperienza pratica; per cui, in definitiva, non può darsi, a giudizio del filosofo abruzzese, una ipotesi scientifica "vera" che non sia pienamente adeguata alla natura del proprio oggetto".

[331] G. Capograssi, *Impressioni su Kelsen tradotto*, cit., p. 343.

[332] G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 59.

[333] *Op. cit.*, p. 63.

[334] *Op. cit.*, p. 69.

[335] *Op. cit.*, pp. 83, 88, 93-94.

[336] Cfr. F. Gentile, *Il giovane Capograssi nei due saggi sullo Stato (1911-1918)*, in *Due convegni*, cit., pp. 311 ss.

[337] Cfr. U. Pagallo, *La struttura della conoscenza scientifica*, cit., pp. 335-337; ma anche B. de Giovanni, *Vico e Marx: due "autori" di Capograssi*, in *Due convegni*, cit..

[338] Cfr. G. Zaccaria, *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi*, Padova, 1976.

[339] Cfr. M. D'Addio, *Storia e politica in G. Capograssi*, in *Due convegni su Giuseppe Capograssi*, a cura di F. Mercadante, Milano, 1990, p. 93, in cui si leggeva che per Capograssi "la storicità è la dimensione esistenziale dell'individuo, in quanto realtà sostanziale, metaempirica, ciò significa che l'individuo, la verità che è in lui e che fonda la sua individualità, non si esaurisce nel dato storico ma sempre trascende e lo rinvia a principi, a valori, esigenze, che si esprimono certamente nel tempo ma che, nella loro absolutezza e verità, hanno un valore e un fondamento metatemporale".

[340] G. Capograssi, *Leggendo la Metodologia*, cit., p. 310.

[341] G. Capograssi, *Il problema della scienza giuridica*, cit. p. 184.

[342] *Op. cit.*, p. 167, in cui il filosofo abruzzese appunto chiariva come "proprio il sistema, l'imprescindibile sistema a cui obbedisce anche la più umile esegesi, se il lavoro è scientifico, dimostra[va] che l'astrazione non ritagliava dal concreto immagini o frammenti di sua fantasia", ma "proprio il sistema [avrebbe dimostrato] che l'astrazione non perde mai contatto con la profonda forza da cui nasce questo mondo".

[343] G. Capograssi, *Leggendo la Metodologia*, cit., p. 315.

[344] G. Capograssi, *Il problema della scienza giuridica*, cit. pp. 191, 195.

[345] Cfr. G. Capograssi, *Leggendo la "Metodologia"*, cit., p. 300: "allo scienziato, dice Meyerson, il rapporto che ha scoperto empiricamente non appare mai come una realtà puramente empirica: sempre si crea in lui la convinzione che dietro l'apparenza c'è una ragione, e che la legge empirica deve essere fondata sull'essenza delle cose".

[346] U. Pagallo, *La struttura della conoscenza scientifica*, cit., p. 345, il quale evidenzia anche come Capograssi avesse essenzialmente presente Boutroux, Bergson, Blondel e Meyerson, sulla base dei quali riferimento culturali il filosofo padovano concludeva come l'univa via per Capograssi fosse quella di "fornire una interpretazione "sostanzialistica" e affermare l'effettiva capacità della scienza di conoscere realmente il proprio oggetto" (p. 346).

[347] U. Pagallo, *La struttura della conoscenza scientifica*, cit., p. 352.

[348] G. Capograssi, *Leggendo la "Metodologia"*, cit., p. 303.

[349] Cfr. G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 27: "fra dato e scienza vi è eterogeneità, la eterogeneità che vi è tra concretezza e logica, tra azione e concetto [...]. E' insomma la vecchia aporia aristotelica: se il reale è concretezza e singolarità, com'epuò la scienza che è astrazione e generalità attingere il reale? E questa vecchia aporia assume più grave forza di fronte alla scienza giuridica la quale ha per oggetto l'esperienza stessa pratica in una sua forma specifica".

[350] Cfr. in particolare E. Bergson, *In pensiero e il movente*, 1934, secondo il quale alla scienza competerebbe la conoscenza intellettuale della materia e alla metafisica l'intuizione dello spirito. Quest'ultima "giunge in possesso di un filo: dovrà essa stessa vedere se questo filo sale fino al cielo o si ferma a qualche distanza dalla terra. Nel primo caso, l'esperienza metafisica si collegherà a quella dei grandi mistici [...]; nel secondo caso le esperienze metafisiche resteranno isolate le une dalle altre senza tuttavia contrastare tra loro. In ogni caso, la filosofia ci avrà sollevati al di sopra della condizione umana".

[351] Da più parti sono state evidenziati le influenze degli studi di Meyerson, e, in particolare, E. Meyerson, *La spiegazione nelle scienze*, 1927, secondo il quale "la sola differenza tra scienza e filosofia è che la filosofia tenta di raggiungere di colpo e in misura completa quella identità che la scienza realizza sempre parzialmente e provvisoriamente [...]. Considerato, infatti che "gli scienziati non possono non fare della metafisica appena si elevano ad una concezione generale, l'unità della scienza e della filosofia è l'unità stessa della ragione come procedimento o schema d'identificazione".

[352] Cfr. R. Treves, *Empirismo e idealismo nel problema della scienza del diritto*, cit., p. 199, in cui veniva evidenziato come Capograssi si fosse sempre sforzato "di mantenere distinta la scienza dall'esperienza, e che quella concezione per la quale scienza ed esperienza sarebbero due momenti dello stesso processo" era il risultato di una indagine particolare, "il semplice criterio che differenziava la scienza giuridica dalle altre scienze dello spirito, e non certo il corollario di quella concezione generale dell'idealismo per cui soggetto e oggetto, pensiero ed essere, non sarebbero altro che i due momenti dialettici del divenire dello spirito".

[353] Cfr. U. Pagallo, *La struttura della conoscenza scientifica*, cit., p. 356.

[354] Cfr. G. Zaccaria, *Esperienza giuridica, dialettica e storia*, cit., pp. 123-129.

[355] G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 134, in cui pure Capograssi avrebbe affermato che la scienza giuridica sarebbe stata incapace di diventare o una scienza puramente logica o una scienza puramente storica, ed insieme incapace di escludere interamente l'una e l'altra esigenza; incapace di divenire strumento, pura pratica, incapace di diventare pura conoscenza".

[356] Op. cit., p. 127, in cui l'Autore affermava che "le scienze sperimentali e naturali cercavano di spiegare la vita del loro oggetto, ma la loro opera [sarebbe rimasta] esteriore a quella vita, la quale poteva essere modificata ma dall'esterno".

[357] Op. cit., pp. 127, 129.

[358] Op. cit., pp. 131, 134.

[359] Cfr. G. Capograssi, *Leggendo la "Metodologia"*, cit., pp. 302-302, in cui egli dichiarava che "la differenza" tra scienze della natura e le scienze della cultura non sarebbe dipesa dal fatto che le prime erano "scienza" e le seconde "filosofia", ma piuttosto che "nelle scienze della natura i fatti si riportano ai valori si direbbe automaticamente e il pensiero non fa che riconoscere questo riportarsi; mentre nella scienza del diritto (è una fonte di equivoci considerare in blocco le scienze della cultura) è proprio l'oggetto che è costituito da questa frattura tra fatto e valore, e perciò il suo lavoro non è risolubile in quella identificazione e risoluzione di differenze che sono proprie della logica delle scienze naturali e che fanno la sicurezza del giudizio di queste scienze".

[360] G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, cit., pp. 234-235.

[361] Ibidem.

[362] Cfr. G. Capograssi, *Leggendo la "Metodologia"*, cit., p. 313: "E', insomma, anch'essa, la scienza del diritto, una forza umana che sta nella storia e che ha anch'essa la responsabilità del formarsi del mondo umano nella storia".

[363] Op. cit., p. 315, in cui si legge: "Certo: in questo mistero che è la vita del concreto non sono certo i problemi che mancano! Se non lo avesse, non sarebbe nata e si sarebbe risolta nella scienza. Ma quale è questo problema? Trovarlo (non risolverlo) è proprio il problema - sia venia al bisticcio - della filosofia del diritto". Che è un modo elegante per identificare la filosofia con la scienza, considerato che poco prima Capograssi aveva affermato con riferimento a quanto sostenuto da Carnelutti, che "la scienza deve avere in sé.[...] qualche cosa di assoluto, altrimenti non è scienza: in quanto ha questo qualche cosa, essa, se si vuole, è filosofia".

[364] Cfr. R. Treves, *Il fondamento filosofico della Dottrina pura di Hans Kelsen*, estr. dagli "Atti della Reale Acc. Scien. Torino", vol. 69, Torino, 1933-1934., p. 3, in cui così l'Autore riassumeva l'obiettivo del contributo: "respinti gli argomenti contrari, l'A. dimostra che la dottrina giuridica del Kelsen poggia su fondamenti filosofici ed in particolar modo con la "Logica della conoscenza pura" di Ermanno Cohen".

[365] Si tratta di un punto di vista adombrato anche da Treves, *Empirismo e idealismo nel problema della scienza del diritto*, cit., pp. 196-197, quando evidenziava come non sarebbe risultato chiaro se Capograssi si fosse mantenuto "nello stretto campo della scienza e dell'esperienza comune o s'egli piuttosto ne sia uscito e sia saltato involontariamente in quello della speculazione e della filosofia", limitandosi ad affermare "l'esigenza di riconoscere da una lato tutti i dualismi e i contrasti che la vita presenta e di cogliere, dall'altro, l'indissolubile legame e la profonda unità che li unisce e li separa".