LOGON DIDONAI

Filosofia e teoria del diritto
interpretazione e argomentazione giuridica

Collana diretta da Angelo Abignente, Fabio Ciaramelli, Ulderico Pomarici

SAGGI

6

Vincenzo RApone

IL LIMITE EXTRAGIURIDICO DELL'ORDINAMENTO

Momenti della riflessione giusfilosofica italiana del primo '900

Editoriale Scientifica
Napoli

Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl novembre 2012
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 978-88-6342-407-2

Questo lavoro consta di una rielaborazione, per niente equivalente ad una semplice collazione di contributi, di testi, relativi a incontri seminariali dedicati a Bartolomei, Ascoli, e Rensi, pensati alla luce di una critica e di un metodo di lettura unitari, elemento che giustifica la presente pubblicazione. In particolare il saggio su Rensi è già stato pubblicato in *Aspetti della riflessione giusfilosofica di Giuseppe Rensi*, in *Irrazionalismo e impoliticità in Giuseppe Rensi*, a cura di Francesco Mancuso e Aniello Montano, Catanzaro 2009, pp. 95-150. È pertanto mio desiderio ringraziare Antonio Luongo, Renato Camurri e Aniello Montano per avermi, a diverso titolo e all'interno di diversi contesti, reso partecipe delle iniziative da cui queste riflessioni sono scaturite.

Mi sia consentito, inoltre, esprimere la mia gratitudine ad Angelo Abigente, Fabio Ciaramelli, Ulderico Pomarici, per avere accolto, in modo allo stesso tempo imparziale e benevolo, questo contributo nella collana Logon Didonai, da loro diretta, nonché a Francesco Riccobono, che, nell'ambito di un rapporto di collaborazione ormai pluriennale, si è generosamente fatto carico del lavoro di rilettura e di correzione di queste pagine. Mi sia, infino, consentito rivolgere un pensiero ad Angelo Carcagni, che in anni ormai lontani, mi ha avviato a questi studi.

A mio padre, che ha fatto della sua sofferenza occasione per
un'emendazione 'critica' dei suoi affetti

INDICE

Introduzione 11

CAPITOLO PRIMO

Alfredo Bartolomei lettore del realismo giuridico

1. *Il diritto pubblico alla prova dell'epistemologia* 21
2. *Il diritto naturale alla luce della filosofia critica* 33
3. *La giurisprudenza pura e le sue ragioni* 43
4. *Il realismo giuridico nella prospettiva di Bartolomei* 60
5. *Le disattenzioni della critica: Bartolomei, lettore di Duguit. Conclusioni* 70

CAPITOLO SECONDO

Max Ascoli: la problematica dell'ordinamento giuridico oltre il formalismo

1. *La formazione intellettuale di Max Ascoli* 91
2. *Ascoli e il dibattito giusfilosofico del primi decenni del '900* 102
3. *L'idealismo giuridico rivisitato ai lumi della critica* 118
4. *Oltre il positivismo giuridico: ordinamento positivo dimensione trascendente* 129
5. *Della giustizia come trascendenza. L'astrazione come requisito insopprimibile della vita pratica, con le sue implicazioni etiche* 142

Capitolo Terzo

Antiformalismo, decisionismo, statualismo in Giuseppe Rensi

1. *Moralismo o filosofia critica?* 153
2. *Momenti della critica alla filosofia del diritto del suo tempo* 168
3. *La posizione di Rensi nei confronti del formalismo giuridico* 180
4. *La volontà generale come 'fabbricazione'. Da Rousseau all'idealismo, via Kant* 189
5. *Il senso della critica. Realismo e decisionismo a confronto* 200

Introduzione

Nonostante ogni forma sociale e politica avvicendatasi sulla scena della storia abbia sviluppato un sapere ad essa consustanziale, funzionale, cioè, a determinate esigenze di gestione e di controllo, è singolare la misura in cui il questionamento del rapporto tra conoscenza e democrazia non si sia ancora imposto con il crisma della necessità. L'esasperazione dell'individualismo è infatti tale che, di fatto, in virtù dell'ossequio tributato all'opinione, la dimensione di regolazione del vivente, relativa soprattutto ai sistemi culturali, ha progressivamente smarrito ogni ancoramento oggettivo, implodendo nell'ambito di una dimensione che è quella della psicologia individuale, riducendosi così a dialettica di meri punti di vista del tutto equivalenti in quanto tali. Il regime conoscitivo delle democrazie si trova stretto tra l'inoppugnabile oggettività delle scienze naturali e la soggettività dei saperi, relativi alla dimensione culturale, sociale e simbolica: nella *Lebenswelt*, in società come in politica, ogni punto di vista finisce per essere considerato legittimo in quando espressione della libertà dell'individuo. Su quale base escludere i saperi vocati all'assolutezza, se non con una regolazione, essa stessa assoluta, dei limiti di ciò che è possibile includere nel rappresentabile?

Il rapporto tra potere e verità risulta, così, inintaccato dalle versioni soggettivistiche del relativismo, così come esso è declinato in rapporto alle istanze individualistiche: in questa cornice, è da considerarsi grave il misconoscimento del ruolo che le modalità di astrazione e di costruzione concettuale, in modo non del tutto avvertito, rivestono nella costituzione, se non nell'istituzione, dei poteri e del potere in quanto tale, quale fenomeno sociale, culturale, prima che psicologico, elevando, del tutto acriticamente, semplici dati di fatto a dignità normativa, assolutizzando assunti logici che smarriscono la loro funzionalità al contesto storico e sociale alla cui regolazione normativa dovrebbero rapportarsi. Esercitare forme di controllo epistemologico, relativo all'intreccio tra potere e sapere, significa, allora, evidenziare in che misura forme di astrazione o di costruzione secondo concetti, modalità di elaborazione che da soggettive diventano oggettive, entità

logiche, essenzialisticamente dedotte a partire da principi indimostrabili, non sottoposti al criterio della verificabilità empirica, astrazioni che smarriscono il loro valore euristico, cioè funzionale a un dato contesto storico-sociale di riferimento, risultano funzionali alla costituzione del potere come fenomeno empirico.

La tesi di fondo che sostiene, dall'esterno, questo lavoro è che la formalizzazione di categorie *a priori*, tese a stabilizzare il reale più che non a renderlo intellegibile, non sia operazione puramente conoscitiva, che essa non sia neutrale né dal punto di vista assiologico, né, tantomeno, da quello politico-istituzionale, tendendo, costantemente, a caricarsi di istanze concernenti tanto la sfera materiale, quanto quella ideale: la misura in alle ragioni della democrazia e del pluralismo sia essenziale quello che è stato definito l'argomento antisoggettivista, ossia la desostanzializzazione degli apparati categoriali che sostengono il potere come fenomeno giuridico, istituzionale e politico, è questione non sufficientemente sviscerata, sopravanzata com'è dal tentativo di conferire senso e valore all'esistente. In particolare, entità quali Stato e individuo hanno tratto sostegno da un apparato metodologico, produttivo dell'ipostatizzazione monistica della soggettività, giuridica e filosofica.

Oggetto, seppur indiretto, di questo studio è la misura in cui il soggettivismo ha costituito un momento rilevante di processi di razionalizzazione complessiva dell'esistente, funzionali alla legittimazione di realtà tutt'alto che democratiche, come il totalitarismo di destra, spesso intese come la massima realizzazione di istanze individualistico-liberali. Questo processo trova una specificazione determinata, nella misura in cui la modernità filosofica, riletta alla maniera degli idealisti, finisce per esser tradotta normativamente nella reciproca legittimazione tanto del soggetto di diritto quanto dello Stato, nel senso che quel soggetto, che trova nello Stato la sua legittimazione, finisce, poi, per piegare l'ordinamento oggettivo all'espressione della sua volontà, diventando efficace, in un senso meno paradossale di quanto non possa apparire *ictu oculi*, proprio perché legittimato dallo Stato stesso. L'idealismo giuridico[1], misconoscendo l'anteriorità della sfera oggetti-

[1] Per un'introduzione al quale, si vedano Vittorio Frosini, *L'idealismo giuridico italiano*, Milano, 1978; Teresa Serra, *A partire da Hegel...: momenti e figure dell'idealismo italiano*, Padova, 2009. Per quanto concerne, invece, la natura del rapporto tra neo-idealismo e questioni legate all'interpretazione del diritto, cf. A. de Gen-

va, il suo essere extramentale, rifuggendo ogni confronto con la verifica empirica, si fa costitutivo di un potere che annulla in sé ogni contraddittorio differire: il *cogito* soggettivo, trovando in Dio la sua fondazione, è ritenuto, sulla base di questa stessa referenza, in grado di tradurre acriticamente in verità la semplice certezza individuale, autoesentandosi da ogni dubbio circa la sua applicazione alla realtà. Nella rassicurante costituzione della realtà come estensione della certezza individuale, l'idealismo si avvale dei risultati premilitari dell'astrazione: il trascendentalismo kantiano e postkantiano, in questo senso, sono da considerarsi alla stregua di una nuova e più capziosa metafisica: la tensione formalizzante, la deduzione di categorie da concetti metafisici, il rigore formale, finiscono, nonostante le dichiarazioni d'intenti, o proprio in virtù di queste, per lasciare, controfattualmente, ampi margini alle ragioni di un'empiria cui si nega ogni valenza teorica e normativa, ma che, proprio per quest'atto di negazione, sfocia in un pragmatismo empirico di bassa lega, non controllato epistemologicamente. La perigliosità interna ad un concetto come quello di sostanza etica, in questo senso, è esemplare: avvicinare con questo spirito l'opera di Gentile, ma, soprattutto, l'ultimo suo lavoro, *Genesi e struttura della società*[2], che va nella direzione del recupero delle origini marxiane della sua riflessione, è lavoro estremamente fruttuoso.

Il punto di partenza di *Genesi e struttura della società*, del tutto anodino, consiste nel richiamare quelle che per Gentile non sono altro che le tesi fondamentali, essenziali, dell'attualismo: il suo è lo sforzo del filosofo che intende riprendere l'avventura filosofica di Fichte, un Fichte peraltro riletto alla luce di Hegel[3]. Al livello di questo testo, at-

naro *L'ermeneutica idealistica. Filosofia politica neoidealistica italiana e interpretazione*, Napoli, 1993.

[2] G. Gentile, *Genesi e struttura della società. Saggio di filosofia pratica*, Firenze, 1946.

[3] *Ivi*, p. 4. Per Gentile (*I fondamenti della filosofia del diritto*, Firenze, 1937, p. 7) «il voluto, come volere già voluto, non è più volere, ma contenuto di volere». Da quest'asserto deriva logicamente che nella legge, voluta che sia (ivi, p. 92) «non vi riconosciamo la nostra attività, che è libera, e l'attribuiamo ad un'altra volontà (divina o umana, ma più forte della nostra). La quale poi, a pensarci, non può non essere contenuto della volontà nostra, volente cioè e potente in quanto noi la riconosciamo, e consentiamo, e perciò pure vogliamo che voglia». Questo passo esemplifica alla perfezione la trasvalutazione di passività in libertà operata dall'attualismo: nella misura in cui *io* voglio, nessuna volontà potrà mai essere imposta, perché sarò sempre *io* a volere.

to equivale a sintesi originaria, identità tra soggetto e oggetto, ossia, identità degli opposti: la coscienza sarebbe il prodotto di un movimento di alienazione del soggetto nell'oggetto, altro dal soggetto stesso, nonché di ritorno al soggetto stesso, e in questo modo si andrebbe a costituire l'essere in se stesso, l'essere uomo, l'unico che può dire 'io': al centro della filosofia di Gentile, ecco che si presenta, in posizione assolutamente centrale, la dialettica dell'Ego come atto. Che il dettato filosofico giunga a tradursi in prassi politica, non è questione esterna al sapere. Ora, è attraverso una serie di passaggi attraverso i quali la filosofia dell'attualismo si pregna di determinazioni materiali, che si delinea l'asse tra idealismo e statalismo totalitario. È attraverso una serie di traslazioni del tutto improprie che la filosofia dell'atto si trasforma in Gentile in esercizio ideologico: progressivamente, si assiste ad uno slittamento dall'asse Ego-atto, dalla dialettica soggetto-oggetto, all'individuo in quanto tale: se è vero che il Sé è unità di soggetto e oggetto, allora l'individuo non può dirsi esistente, che nel momento in cui si riconosce come tale, assumendo su di sé l'assolutezza e l'infinità del Sé.

Procedendo in tal modo, ed è il secondo slittamento concettuale, l'individuo, trascendendo dialetticamente la sua particolarità, non è mai oggetto, ma, al contrario, è sempre in posizione di soggetto, il che implica, tra l'altro, il suo situarsi sempre al di là di ogni "qui ed ora", al di là di ogni determinazione presente. Inoltre, e siamo al terzo slittamento concettuale, l'individuo, concepito come assoluto, è situato all'interno della società, costituito come un vero e proprio calco dell'Ego. In qualità, infatti, di soggetto mediato, l'individuo è unità del Sé e dell'Altro: porta in sé la socialità (quale capacità di mediare tra identità ed alterità) che lo caratterizza come universale, in un movimento che lo riannoda a Sé e lo realizza come soggetto. La società, dunque, per Gentile, non è costituita da individui sovrani, alla maniera dell'individualismo liberale: essa è presente in ciascuno come realtà trascendentale, e ognuno non è in sé, se non nella misura in cui tutti sono in lui. Questo modo di concepire la soggettività si pregna di precisi risvolti politici: la differenza non ha diritto di cittadinanza

Dunque, l'obbedienza, anche la più cieca, è solo un nome dell'attività dello spirito. Viene spontaneo associare a questo passo la ricostruzione di Nietzsche, il quale riconduce genealogicamente, con tutto il rispetto per questo animale, generoso quanto mite, il sì dei tedeschi (*ja*) al raglio dell'asino.

nell'individuo gentiliano, e ogni interesse privato è destinato ad integrarsi, in modo affatto indipendente dai contenuti, in una totalità ben strutturata e politicamente connotata. È proprio in questi termini che Gentile riabilita l'identità tra *vox populi* e *vox dei*.

Si realizza, così, lo spostamento decisivo, nel cui ambito la pratica filosofica si traduce in legittimazione della politica, culturale e non, del regime fascista: «Così, l'italiano che si senta tale parlerà per gl'Italiani, l'uomo per gli uomini, il padre per i padri, il figlio per i figli, il combattente per i combattenti, ecc., ecc.: e ciascuno per tutti»[4]. Con questo, ciascuno, per il fatto stesso di essere, indipendentemente dalla sua posizione empirica, è un essere tra svalutato in valore: è tutto ciò che deve essere, indipendentemente dai contenuti del suo agire, perché la sua individualità attesta di un legame non casuale, ma necessario, con la dimensione dell'universale. Il fatto che la società sia trascendentale, il fatto, ancora, che, come dice Gentile, essa si costituisca *in interiore homine*, si riversa per intero nel legame dialettico tra sé e l'altro, dell'*Alter* e dell'*Ipse*. Data per essenziale la compresenza di identità e alterità nella coscienza, è nella misura in cui il soggetto trascende se stesso che l'*Alter*, a sua volta e di riflesso, è sollevato dalla sua posizione di oggetto, diventando esso stesso soggetto[5]. La società stessa non è più un *prius*, configurandosi come *posterius*, alterità che è prodotto dell'identità, riflesso dell'atto tetico, in sé auto fondatore, universale del soggetto: se la società preesistesse all'individuo, se l'oggetto preesistesse al soggetto, non vi sarebbe conoscenza, perché non vi sarebbe libertà.

Questa dinamica, infine, è la stessa che regola i rapporti tra Stato e società: la società trascendentale si configura come Stato, legittimandone il primato sulla sfera economica e sociale. Il differire sociale, l'essere effettivo della società, la costituzione storica del diritto, la sfera economica, il diritto dei privati, non hanno altro valore, se non

[4] *Ivi*, p. 18.

[5] Infatti (*ivi*, p. 33): «L'individuo umano non è atomo. Immanente al concetto di individuo è il concetto di società. Perché non c'è Io, in cui si realizzi individuo, che non abbia, non seco, ma in sé medesimo, un *alter*, che è il suo essenziale *socius*: ossia un oggetto, che non è semplice oggetto (cosa) opposto al soggetto, ma è pure soggetto come lui. Questa negazione della pura oggettività dell'oggetto coincide col superamento della pura soggettività del soggetto; in quanto puro soggetto e puro oggetto, nella loro immediatezza, sono due astratti; e la loro concretezza è nella sintesi, nell'atto costitutivo dell'Io».

quello di una realtà empirica, degradata *de jure*, per essere poi controfattualisticamente esaltata *de facto*. In altri termini, quello stesso determinarsi empirico che il filosofo aveva elevato ad universalità, altro non è che un valorizzare ed elevare ad universale un reale già degradato in sede concettuale. In questo senso, il movimento per il cui tramite il singolo si afferma come soggetto di intelletto e di volontà, è lo stesso per il cui tramite la comunità trascendentale si costituisce in lui. In questo modo, la realtà fattuale prima sdegnosamente sottoposta all'attività del soggetto, e quindi alla dimensione del valore, viene riabilitata: il volere particolare che l'individuo persegue, ossia, in termini tecnici, l'interesse individuale che l'individuo configura e rappresenta come proprio è dunque, nella sua essenza, valore universale, valore della comunità trascendentale, purché, formalisticamente inteso, coincida con quello dello Stato.

Ma la sua volontà non può essere in nessun caso eccentrica a quella dello Stato, essendo lo Stato stesso costruito proiettivamente sulla base delle stesse categorie che configurano l'individuo. La volontà dello Stato non può non coincidere con l'io del soggetto, ossia con quell'io che si uniforma alla sua stessa determinazione razionale.

Lo Stato, così come l'individuo, non conosce alcunché di esterno a sé: sul piano politico, quella che si abolisce è la dialettica con la società: la stessa attività governamentale, allora, appare come consustanziale allo Stato, e, conseguentemente, semplice ingranaggio del meccanismo di identificazione tra volere individuale e volere collettivo. L'autorità dello Stato si configura come onnipresenza del e nel corpo sociale, senza altra mediazione, se non quella costituita da quel meccanismo di autolegittimazione, pienamente interno a questo discorso, che è la volontà generale. Egemonia e dittatura sono indiscernibili, come sostiene lo stesso Gramsci[6], nella misura in cui si dà un meccanismo di trasmissione che conferisce, dal basso, sostanza al corpo dello Stato, garantendo l'equazione tra volontà particolare e volontà generale.

Il pluralismo istituzionale, le lotte sindacali, il conflitto di classe, la stessa esistenza di associazioni di lavoratori come i sindacati, allora, sono considerati indici di decomposizione del corpo sociale, da combattere nella misura in cui sono "contro natura". O, come forse sa-

[6] A. Gramsci, *Passato e presente*, Roma, 1996, p. 32.

rebbe meglio, perché non hanno luogo d'essere, in quanto contraddizione logica. Se la vera volontà del singolo coincide con quella dello Stato, ogni altra volontà ad essa eccentrica è falsa, e si avrà buon gioco, allora, nel riportarla alla ragione. In gioco, posta la questione in termini, non è la facoltà di opporsi, ma l'essere o meno nel vero. Lo Stato etico, nel negare qualsivoglia volontà che gli si oppone, riafferma il sacrosanto diritto-dovere di ciascuno ad essere nel vero, ad essere libero, ad essere sé, ossia, ad esprimere una volontà in tutto e per tutto coincidente con quella dello Stato: in questo senso, eliminare la dialettica sociale è questione di verità, più che di politica. Il volontarismo trionfa al culmine di un lungo percorso di legittimazione teorica, attraverso il quale diviene fonte di diritto, razionalità vivente, sostanza etica della società, e tutto ciò che l'individuo vuole essere, si può realizzare solo nello Stato, perché solo nello Stato l'uomo è libero, libero di essere moralmente ed eticamente. In queste condizioni, il pluralismo è eliminato, prima ancora che attualmente, teoricamente: il tradeunionismo, infatti, riposa su una concezione se non atomistica, certamente incline a configurare lo Stato come regolatore di interessi parziali. L'idealismo giuridico apostrofa come astratto, al pari dell'individualismo borghese, il pluralismo associazionistico, reo di indurre nella società un conflitto generalizzato e senza confini: la corporazione fascista, allora, è l'unica ritenuta in grado di comporre, sublimandola unitariamente, la dialettica plurale della società.

Dunque, non solo la coscienza individuale, quanto lo Stato che è costruito come macroantropo, proiezione "in grande" della coscienza, nell'idealismo giuridico, si costituisce come entità temporale, costituendosi dialetticamente, tramite un movimento di costante esteriorizzazione. Lo Stato, volere assoluto (cioè *ab-solutus* da ogni vincolo materiale, intrinsecamente libero), non è in nessun caso essenza sovrastorica, natura immutabile e permanente, quanto, piuttosto, storicità in divenire, divenire costante, che, però, non si risolve mai costantemente nei suoi atti, costituendosi, invece, sullo sfondo, nella forma di idea trascendente, permanendo al di là delle sue stesse volizioni. A questo punto, sembra necessario evidenziare un elemento, lo Stato cui si fa riferimento in questa sede, non è politicamente connotato, qualificandosi, piuttosto, come costante, al di là della dialettica politica e dei regimi concreti che si avvicendano nella storia. Tra lo Stato-trascendenza e lo Stato-apparato, allora, si costituisce una dialettica

tutta particolare, si manifesta una tensione, che riguarda i rapporti che intercorrono tra un elemento ideale ed uno materiale. Al tempo stesso, lo Stato-trascendenza è trasversale alle singole concrezioni politiche, ed è, in definitiva, lo stesso Stato della tradizione liberale: autocritica e rivoluzione, in questa concezione, saranno sempre interne allo Stato, perché non c'è volere possibile al fuori di esso. Allora, non solo la vagheggiata "autolimitazione dello Stato" è fantasia, perché il suo volere è assoluto, cioè libero, ma qualsivoglia sua limitazione non potrà che essere 'conservatrice'. La rivoluzione stessa, allora, non potrà che essere conservatrice, in linea con quello che l'etimo stesso del termine (*re-volvere*), di natura astrologico-astronomica, lascia trasparire: il ritorno dell'astro al suo punto di partenza, dove, nel caso in questione, il punto di partenza è lo Stato come sostanza razionale. La sostanza etica delle carte costituzionali, in questo senso, non coinciderà mai né con la costituzione di quadri razionali, tesi a limitare l'attuosità del legislatore, né, tantomeno, con il loro contenuto, destinato a non durare nel tempo, quanto, piuttosto, con l'apparato coattivo che è chiamato a rendere effettuali quei principi. Dichiarazioni di diritti e carte costituzionali, allora, non sono altro che un'occasione, affinché la sostanza etica si dinamizzi, vera e propria attuosità in divenire. A questo punto, non stiamo più parlando dello Stato fascista in quanto tale, quanto di una dinamica più ampia, nella quale gli elementi empirici e quelli trascendentali si costituiscono a vicenda. Il semplice volere individuale, il puro "qui ed ora" esistono e si valorizzano nella sostanza dispiegata dello spirito universale: ciò che io voglio vuole lo Stato, e ciò che vuole lo Stato lo voglio io, che mi istituisco come soggetto, mi riconosco nella dialettica con l'Altro, volendolo. È il movimento stesso dello Spirito che, dividendosi nel costituirsi come atto, si divide *in aeternum* e *in interiore homine*.

Ciò che caratterizza lo Stato come fatto empirico è espressione della sua struttura veritativa: e ciò che lo costituisce nella sfera dell'empirico è sempre rivestito dei modi di ciò che è salvifico, anche dove i sensi ci avvertono che si tratta solo di errore e cieca violenza. Questo movimento è preconizzato da quel lavoro di astrazione mediante il quale si era dimostrato in che misura la semplice esperienza fosse possibile solo per il tramite di condizioni *a-priori* di possibilità, e, in questo senso, fosse giustificata razionalmente in quanto tale.

Il movimento, in ultima analisi psicologico, di costituzione del

soggetto attraverso e grazie l'alienazione in un oggetto che altro non è se non il riflesso dell'io, costituisce un vero e proprio dispositivo di legittimazione di una pratica politica, a tutti gli effetti 'totalitaria'. Perché non può che dirsi totalitaria quella pratica politica nella quale nulla sfugge all'universalità costitutiva del legame sociale, e nella quale, a maggior ragione, non sfuggirà la cultura, che sarà considerata come costitutiva del movimento di integrazione e riproduzione del vivente nel quadro della comunità, intesa olisticamente come l'orizzonte di una possibilità che finisce per configurarsi come unica realtà possibile.

Totalitario, allora, non è solo il movimento nel cui ambito ogni totalizzazione si irrigidisce, trasformandosi in totalità chiusa, ma anche, anzi, soprattutto quello, nel cui ambito finisce per essere negata nel suo statuto di esteriorità al soggetto, per affermare, invece, la sua equivalenza al volere dispiegato dell'individuo. Quest'ultimo potrà, allora, finalmente volere liberamente, purché lo faccia in nome dello Stato: la filosofia dell'atto gli fornisce un perfetto apparato ideologico, attraverso il quale legittimarsi come volente. È in questo senso che la filosofia idealista supera quella diffidenza critica nell'elemento volontaristico, che costituisce uno dei motivi più profondi della storia della filosofia occidentale, e che giunge fino a Nietzsche, la cui apologia della volontà non a caso si staglia sullo sfondo dell'esperienza tragica, tutt'altro che rassicurante sul piano razionale. Ha ragione Gentile nel sostenere quanto lo Stato fascista costituisca la verità non solo della storia risorgimentale italiana, ma anche della sua costituzione liberale: è al prezzo dello smarrimento totale di qualsivoglia orizzonte critico che l'idealismo giuridico si fa corifeo della risoluzione delle contraddizioni dell'individualismo liberale.

L'idealismo filosofico, dunque, risulta non estraneo alla legittimazione ideologica di un sistema politico che assorbe al suo interno singolare e generale, vita e costrutto concettuale: ideologica è tanto la saturazione della frattura tra certezza e verità nel soggetto, quanto il suo risvolto politico, ossia, come sostenuto poco sopra, l'eliminazione di ogni frattura, e dunque di ogni differenza qualitativa, tra Stato e società. Se il processo di conferimento di essenza sostanziale delle strutture dell'io individuale risulta consustanziale al processo sulla cui scorta lo Stato si costituisce come totalità, riproporre la questione dell'emendamento critico dell'idealismo vuol dire, allora, tentare di riaprire una

beance nella soggettività filosofico-giuridica, affinché le istanze del pluralismo giuridico e sociale possano riprendere quello spazio che è stato soppresso dal monismo statualista. La democrazia, in questo senso, è un sistema politico cui conviene un determinato sistema di conoscenza, improntato a quella finitudine che è il prodotto della desostantivizzazione di entità politiche e di processi storici, che sia prelusivo di un pluralismo delle fonti, tanto di conoscenza, quanto di normazione. Non si tratta, qui, di fare la banale apologia del "mondo senza verità", della fine delle "grandi narrazioni", di quell'"obsolescenza della scuola del sospetto", tanto cara ai corifei di un postmoderno oggi sconfessato dai suoi stessi esponenti: il problema, allora, è quello di riproporre la coessenzialità del rapporto tra epistemologia, scienza e democrazia. In questo senso, riflettere sulle modalità di situare soggetto e oggetto, considerare la misura in cui l'extra-mentalità e la pre-minenza di quest'ultimo rilevano nei processi di conoscenza, valutare la vicenda biografica di ogni singolo pensatore, il suo posizionarsi nei confronti del potere, significa guardare all'insieme di quegli elementi non razionali, il cui rigetto mina la logicità dello svolgersi razionale di qualsivoglia pensiero. Ascoli, Bartolomei, Rensi testimoniano, allora, di tre modalità diverse di farsi carico o di misconoscere, a seconda dei casi, la questione del rapporto tra attitudine critica e pensiero, ma anche di un'attitudine diversa nei confronti del potere.

L'acquiescenza di Bartolomei, l'esilio di Ascoli, l'opposizione interna al regime di Rensi, allora, sono non solo conseguenza del disciplinato procedere del pensiero, quanto, forse ancor di più, di una declinazione di quell'attitudine singolare nei confronti del reale, che costituisce il nocciolo in espungibile di ogni esistere, la cifra più profonda della soggettività umana, che giace al cuore dell'"insondabile decisione dell'essere" che costituisce ciascuno come attore politico e sociale, al di là dell'uniforme dispiegarsi di una presunta sostanza universale.

CAPITOLO PRIMO

Alfredo Bartolomei lettore del realismo giuridico

1. *Il diritto pubblico alla prova dell'epistemologia*

Indipendentemente da ogni disquisizione relativa alle libertà intrinseche all'esercizio dell'*ars interpretandi*, vi sono casi in cui la contraddizione tra punti di vista opposti risulta essere situata nell'oggetto, più che essere espressione dell'attività, se non della libertà, dell'interprete. Vi sono autori, e tra questi, certamente, Alfredo Bartolomei[1], a proposito dei quali le divergenti letture si situano al livello della logica

[1] Alfredo Bartolomei, nasce il 10 marzo 1874 a Sant'Angelo dei Lombardi, amena località sita nell'estrema provincia di Avellino: ben presto abbandona la terra natale, per seguire la sua famiglia, trasferitasi in provincia di Bologna per seguire l'attività del padre, cancelliere. Avendo perduto entrambi i genitori, Bartolomei fa ritorno in Campania, ma trova il modo di ritornare in Emilia per portare a compimento i suoi studi universitari in Giurisprudenza, che conclude sotto la vigile guida di Icilio Vanni nel 1896. I *Principi fondamentali dell'etica di R. Ardigò e le dottrine della filosofia scientifica* costituiscono la traduzione in volume di questa prima fatica, segnata da un'iniziale adesione al positivismo. Seguendo gli usi tardo-ottocenteschi degli studiosi di filosofia del diritto, effettua un lungo soggiorno in Germania, cui segue una svolta metodologica, orientandosi il suo pensiero nella direzione dell'adesione alla filosofia neo-kantiana. La pubblicazione dei *Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto con riguardo alle questioni metodologiche moderne*, parte I (Roma, 1901), nonché di *Significato e valore delle dottrine di Romagnosi per il criticismo contemporaneo* (Roma, 1901), gli vale il conseguimento della libera docenza in Filosofia del Diritto, materia che insegna a Perugia, Sassari, Messina, e Parma, fino al 1912, anno in cui è chiamato a ricoprire questo stesso insegnamento presso l'Università di Napoli, città in cui insegna fino al 1949. Di sentimenti antifascisti, l'avvento del regime non ne interrompe l'attività accademica, che prosegue attivamente, seppur non supportata da un'adeguata produzione scientifica, che, enigmaticamente, si limita alla reiterata edizione delle sue *Lezioni di filosofia del diritto*. Alla fine del ventennio fascista, fonda e redige due riviste di indubbio spessore («Studi periodici di filosofia del diritto e dello Stato» e «Stoà»). *Teoria del qualunquismo* deve essere considerata la sua opera conclusiva, dal momento che l'attesa *Analitica della ragione penale: oltre la politica e oltre il diritto verso la solidarietà sociale* non vede la luce. da dove nel 1907 passò a, e infine nel 1912 a Napoli, dove tenne la medesima cattedra sino al 1949, anno del suo collocamento a riposo. Muore nel giugno del 1954 a Roma.

che ne struttura il pensiero, più che riguardare le possibili interpretazioni. Il fatto che uno stesso lavoro (è il caso di *Diritto pubblico e teoria della conoscenza*, opera critica, se non demolitoria, del realismo giuridico) venga recensito in modo per così dire chiasmatico da due autori di opposto indirizzo, in questo senso, non è il riflesso della libertà dell'interprete, quanto, piuttosto della logica stessa del pensiero dell'Autore. Si ritiene in questo modo possibile rendere ragione della contraddittorietà tra il giudizio, positivo, di un giurista realista, Gumplowicz, pure oggetto degli strali della critica dell'irpino, e quello, negativo, di un giurista, al contrario, formalista, Laband, che, pure, avrebbe dovuto rappresentare uno dei possibili punti di riferimento nella critica delle correnti sociologiche. Mentre il giuspubblicista tedesco, dopo un'attenta disamina di alcune delle argomentazioni di Bartolomei[2], cita un celebre verso oraziano (*Desinit in piscem mulier formosa superne*)[3], evidenziando la parzialità della sua fatica, Gumplowicz[4], nell'ambito di un vero e proprio ribaltamento della prospettiva propria del testo, plaude al un lavoro dell'irpino, il cui merito sarebbe da rinvenire nell'emendare le esagerazioni di un indirizzo così giovane come quello sociologico, senza contestarne la legittimità. Più in generale, l'intero itinerario di ricerca di un pensatore come Bartolomei, la cui coerenza complessiva pone questioni di non poco rilievo ai suoi esegeti[5] può risultare chiarito alla luce del reciproco e contraddittorio strutturarsi di empirismo e formalismo[6].

Questo lavoro prende le mosse dal desiderio di fornire un contributo al chiarimento dei termini dell'importante polemica dottrinale

[2] Cf. P. Laband, *Recensione a*: A. Bartolomei, *Diritto pubblico e teoria della conoscenza,* Annali dell'Università di Perugia, nuova serie, vol. I, fasc. 2-3, anno 1903, in «Archiv für öffentliches Rechts», XIX Band, Heft I, Tübingen, 1905, trad. it., *Appendice 2* a A. Luongo, *L'eutanasia 'critica' del positivismo*, Napoli, 2008, pp. 162-66.

[3] Orazio, *Ars poetica*, 3-4. *Epistola ai Pisoni*.

[4] Cf. L. Gumplowicz, *Geschichte der Staatstheorien*, 1905, in *Ausgewählte Werke,* Band I, *Mit einem Vorwort von Gottfried Salomon,* Innsbruck 1926, pp. 501-502, trad. it., *Appendice 1*, in A. Luongo, *op. cit.*, pp. 159-61.

[5] Cf. P. Piovani, *Alfredo Bartolomei* (1874-1954). *Necrologio*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», IV, 1954, pp. 586-590; A. Masullo, *Alfredo Bartolomei*, in «Atti della Accademia Pontaniana», nuova serie – volume XV, Napoli, 1966, pp. 290-99.

[6] Per una ricognizione introduttiva delle possibili accezioni di formalismo giuridico, cf. N. Bobbio, *Formalismo giuridico*, in Id. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, pp. 79-100.

sul metodo, che ha visto gli esponenti degli indirizzi positivistico-sociologico e positivistico-giuridico disporsi in modo reciprocamente antagonista. Riflessione che si struttura a partire dalla premessa che sociologismo e formalismo sono nella loro unilateralità, contraddittori, non in grado di restituire, se non l'unità, quanto meno la totalità del fenomeno normativo. Al fine di intendere la connessione tra normatività e società, ad essere necessario è il superamento di entrambi.

In particolare, il fatto che, come si è visto, studiosi che edificano le proprie riflessioni da presupposti opposti, come Gumplowicz e Laband, esprimano giudizi così contraddittori con quanto ci si sarebbe aspettato a partire dal testo di Bartolomei, esemplifica un movimento interno al formalismo, sulla cui scorta la considerazione parziale, svalutativa ed unilateralmente empirica del fenomeno sociale, finisce per rovesciarsi nel suo opposto, ossia in una sistematizzazione unilateralmente formale dello stesso, finendo, in definitiva, i due opposti indirizzi per convergere.

In questo senso, resta inoppugnabile la ricostruzione tripartita del percorso del giusfilosofo offerta da Piovani nel suo *Necrologio*, composto in occasione della dipartita di Bartolomei dal mondo dei vivi: la periodizzazione proposta mostra la discontinuità della sua ispirazione, evidenziando come siano allo stesso modo reperibili dei tratti, se non proprio coerenti, sottostanti, che costituiscono un momento di unificazione potenziale di una ricerca le cui soluzioni di continuità difficilmente potrebbero spiegarsi altrimenti[7]. Se, a dispetto delle discon-

[7] Dell'esistenza di questi tratti, Piovani dà tuttavia ragione in termini endogeni al suo apporto teorico (*Necrologio*, cit., p. 587): «Ma il richiamo a Kant non fu mai, per il Bartolomei, altro che una indicazione di metodo, in fondo approssimativamente kantiano, nella lettera e nello spirito. Il "metodo critico", inteso in senso assai lato e, vorremmo dire, elastico, fu il mezzo che permise di conciliare esigenze, più che diverse, opposte: principali, tra queste, il riconoscimento dello sforzo, apprezzato ma criticato, del positivismo naturalistico verso una "naturalizzazione della vita sociale"; la ricerca di norme capaci di valutare i fatti trascendendoli non con criterio 'trascendente', ma 'trascendentale'; il rifiuto di un diritto naturale tradizionale, giudicato empirico, e l'accettazione di un diritto naturale razionale, identificatesi, alla fine, con le leggi supreme della morale. La fiduciosa adozione del "metodo critico" non impedì, naturalmente, che la difficile conciliazione delle diverse esigenze spingesse a rasentare l'eclettismo, per lo più tempestivamente evitato con libere interpretazioni delle dottrine di Kant e, in un secondo tempo, delle teorie del criticismo assiologico».

tinuità, se non delle contraddizioni, un tratto di coerenza si dà nella pagina di Bartolomei, questo può essere rinvenuto, tanto in un atteggiamento epistemico di fondo, quanto nello stile d'analisi ad esso collegato, da cui derivano delle contraddizioni, per così dire, intrasistemiche: l'idea che coerentemente percorre dall'inizio alla fine l'opera del filosofo irpino, chiaramente formulata già nel suo studio sul Romagnosi[8], è di matrice critica.

Si fa riferimento soprattutto al Kant della *Critica della ragion pura*[9], sulla cui scorta il reale si struttura sulla base di un nocciolo inespungibile, in virtù del quale la scienza in generale, e in particolare l'etica, in quanto scienza per eccellenza, si costituisce alla stregua di un movimento di razionalizzazione ed organizzazione *a parte subjecti* dei fenomeni, più che non di una penetrazione della realtà noumenica. Si tratta di una posizione per cui organizzazione fenomenica e dinamiche valoriali si danno in una prospettiva strutturata secondo un'antinomia irrisolvibile, che ha, come vedremo, profondi riflessi, per Bartolomei come per Ascoli e Rensi, nella considerazione dei rapporti intercorrenti tra diritto e potere. Sulla scorta di questi dati, la realtà fenomenica è totalmente destituita di valore dal punto di vista conoscitivo: si impianta uno stile d'analisi, sulla cui scorta il realismo sociologico è considerato in modo abbastanza unilaterale, deprivato da qualsivoglia elemento formale e costruttivo, cui corrisponde un altrettanto unilaterale lettura del formalismo.

La sua analisi dell'approccio sociologico alla dimensione normativa è a tal punto unilaterale, che, estendendosi anche alla sua *pars construens*, fa funzione di *fil rouge* tra le fasi in cui può essere scandita la sua ricerca: quella, per così dire, sociologica, quella, per così dire, formalista, e quella, infine, che tenta una sintesi tra i due aspetti. In tal modo, è possibile guardare alla sua opera in chiave unitaria, al ribaltamento delle posizioni abbracciate nel tempo, prima empirico-sociologiche, poi positivistico-formali, e quindi al suo diverso atteggiarsi in sede epistemica. La tensione critica costituisce, o meglio, do-

[8] In questo senso, per Bartolomei (*Del significato e del valore delle dottrine di Romagnosi per il criticismo contemporaneo*, Roma 1901, p. 10): «[…] la verità non è se non una parte dell'ethos, e l'etica è la scienza κατ'εξοχην».

[9] Cf. I. Kant, *Dell'illusione trascendentale*, *Parte seconda*, I, in *Critica della ragion pura,* ed. it. a cura di G. Colli, Milano 1995, p. 359 e ss.

vrebbe costituire, il tratto caratterizzante, se non la cifra complessiva di tutta la sua attività di studioso e di uomo dedito alla ricerca.

In virtù dell'unilateralità che investe tanto il suo atteggiarsi epistemico, quanto le sue analisi critiche, l'esito complessivo dell'opera di Bartolomei è quello di un pensiero che rivela in definitiva un certo grado di acriticità e di aspecificità nei confronti di quei fatti reali, di quei fenomeni storici, che il purismo metodologico e la rigidità della sua interpretazione di certi fenomeni non consentono di inquadrare correttamente. Nell'economia di questo discorso, l'analisi di un testo come *Diritto pubblico e teoria della conoscenza*[10] riveste un'importanza di tutto rilievo, perché fornisce un contributo al chiarimento del rapporto tra giuspubblicistica da un lato, e aspetti formali e materiali della filosofia della conoscenza dall'altro. Si tratta di un lavoro che si costituisce nell'ambito di un pure auspicato processo di rischiaramento concettuale, con il quale il giusfilosofo irpino dichiara, implicitamente, di voler fare opera di emendamento critico della prima fase del suo pensiero, costruita intorno alla riflessione di un certo positivismo sociologico, finendo per costituire, com'è stato evidenziato con dovizia di argomentazioni, una vera e propria "eutanasia 'critica' del positivismo"[11].

Sin dalle prime battute, *Diritto pubblico e teoria della conoscenza* non cela le intenzioni dell'Autore, il suo situarsi nell'ambito di un'opposizione radicale tra formalismo ed empirismo, prendendo parte per il primo; sin dalle prime battute emerge, al suo interno, la contraddittorietà di siffatto atteggiarsi in sede epistemica. Illuminanti, a tal proposito, le modalità e lo stile d'analisi di quella "crisi dello Stato"[12], argomento all'ordine del giorno nel dibattito giuspubblicistico d'inizio '900 in Italia così come in Francia, in Inghilterra e in Germa-

[10] A. Bartolomei, *Diritto pubblico e teoria della conoscenza*, in «Annali dell'università di Perugia - Facoltà di Giurisprudenza», vol. I, fasc. 2, 1903, pp. 1-127.

[11] L'espressione, che è di Bartolomei, dà il titolo all'importante lavoro monografico con il quale Antonio Luongo, del tutto meritoriamente, ha dato visibilità, riattualizzandone i contenuti, ad una figura altrimenti destinata all'oblio, con l'effetto di riaccendere l'attenzione di molti studiosi. Cf. A. Luongo, *op. cit.*

[12] Sullo stesso tema, in relazione alla crisi dell'esperienza liberale, nell'ambito di un dibattito molto vivo in quegli anni, a tutt'oggi sono fondamentali i contributi di S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), Milano, 1969; nonché di S. Trentin, *La crise du droit et de l'Etat*, con una *Préface* di F. Gény (1935), trad. it., *La crisi del diritto e dello Stato*, Roma, 2006.

nia. Per Bartolomei, infatti, quella crisi del diritto e della scienza dello Stato oggetto di così tante analisi, ma anche feconda promotrice di una riproposizione metodologica di una giurisprudenza 'attualizzata', maggiormente conforme alle istanze del suo presente, non è né un fatto oggettivo, né, tanto meno, il sintomo della difficoltà delle categorie giuridiche tradizionali ad adattarsi all'evoluzione materiale della società, e questo in virtù del fatto che, a proposito delle categorie giuridiche, parlare di adattamento è, per il giusfilosofo irpino, del tutto improprio.

Al livello di questo scritto, la crisi, tanto del diritto quanto dello Stato, richiederebbe, semplicemente, una revisione metodologica, interna alle categorie della giurisprudenza, senza che se ne debba questionare la conformità all'oggetto. La "crisi dello Stato" novecentesca, risolta intellettualisticamente, considerata alla stregua dell'effetto di un 'puro' conflitto tra le correnti dottrinali sociologiche e formalistiche, è ridotta a fenomeno controllabile, manipolabile ed esauribile con gli strumenti dell'intelletto: la sua oggettività storica evacua. Di una "crisi dello Stato" indotta nella realtà storica dall'emergere di tutta una serie di realtà poco conformi all'idea liberale di Stato, non vi è traccia: la materialità dell'oggetto della ricerca svanisce nell'interpretazione dello stesso. Si rende necessaria, semplicemente, una verifica della riflessione gnoseologica retrostante, tesa a chiarire i termini in cui si pone la questione: si così può sintetizzare la ragion d'essere, se non il contributo stesso di Bartolomei, còlto nella sua interezza.

Costatata l'esistenza di almeno due possibili posizioni in tema di scienza dello Stato, quella di formalistica di Jellinek[13], centrata sulla

[13] G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1919. Bartolomei fa riferimento qui alla celeberrima *Allgemeine Staatslehre* (1910), la cui terza edizione (Berlin, 1914) è stata tradotta in italiano in due riprese, con il titolo *La dottrina generale del diritto dello Stato*, a cura di M. Petrozziello, con aggiunte (una *Introduzione generale* di V.E. Orlando), Milano 1921-1949. L'opera che dà a Jellinek rapidamente larga fama è il *System der subjektiven öffentlichen Rechte* 1892; trad. it., *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, 1912, nel quale è affrontato il problema della natura dei diritti pubblici soggettivi. Altre opere: *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, 1878; *Das Recht des modernen Staates*, di cui fu pubblicata solo la succitata *Allgemeine Staatslehre* (1910). Per un inquadramento storico-ricostruttivo del testo di Jellinek, cf., inoltre, M. La Torre, *La lotta del 'nuovo' diritto contro il 'vecchio' – G. Jellinek pensatore della modernità*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», 1998, pp. 115-47; M. Stolleis, *George Jellineks Beitrag zu Leben und Werk*,

messa in evidenza del conflitto metodologico esistente in seno alla scienza dello Stato, e quella sociologica di Deslandres[14], tesa a ripensare le categorie della scienza politica sulla base della crisi istituzionale, il giusfilosofo opta per un chiarimento di natura epistemologico-concettuale relativo alle categorie della giuspubblicistica, sulla base dell'assunto kantiano sottostante l'intera sua riflessione, in virtù del quale la scienza, quale organizzazione della fenomenicità del reale, non ha gli strumenti per disciplinare il reale nella sua interezza. Rimediare materialmente alla situazione di crisi in cui si inviluppa la sfera statuale tra fine-800 e inizi-900, è questione che investe la sfera politica. Riemerge, ma si tratta di un rivolo che ne percorre carsicamente tutta la riflessione, il presupposto per cui la scienza è organizzazione intellettuale e non materiale, e perciò speculativa, della realtà, non intrattenendo con essa nessun rapporto di carattere prassico. Così, con riferimento ancora alla crisi dello Stato, Bartolomei afferma: «Alla quale condizione non è possibile riparare, l'esigenza è invero sentita imperiosamente e generalmente, che esaminandone le fondamenta con conseguente e logica penetrazione alla luce della dottrina della conoscenza e dei metodi. Poiché solo una consapevole determinazione scientifica della sua natura, del valore dei suoi principi e dei suoi procedimenti, può indicarci la soluzione degli incessanti dibattiti, può comporre le lotte tra i vari indirizzi»[15]. Inoltre: «Di una deficiente ricerca gnoseologica è appunto effetto la lotta senza posa che si combatte tuttora tra i fautori dell'indirizzo sociologico, o politico-storico, e dell'indirizzo giuridico. Ed è nell'antagonismo di questi due indirizzi, la cui valutazione costituisce lo scopo della mia indagine, la ragione principale della cosiddetta crisi del diritto pubblico. Su di essi e per essi si lotta, mentre le altre divergenze non sono che o derivate o secondarie di fronte a questa»[16].

Il giusfilosofo si esprime, così, in termini che finiscono per contri-

in S. L. Paulson, M. Schulte (a cura di), *G. Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen, 2000, pp. 103-16; così come D. Kelly, *Revisiting the rights of man: George Jellinek on rights and the State*, in «Law and History Review», XXII-3, 2004, pp. 493-529.

[14] M. Deslandres, *La crise de la science politique et le problème de la méthode*, Paris, 1900.

[15] A. Bartolomei, *Diritto pubblico e teoria della conoscenza*, cit., p. 1.

[16] *Ivi*, p. 2.

buire in misura del tutto rilevante rispetto ai temi oggetto della diatriba tra sociologismo e formalismo: se crisi c'è, si tratta di una problematica che non concerne l'oggetto reale, quanto, piuttosto, di un fenomeno che può e deve essere risolto attraverso e mediante una revisione gnoseologica dei principi dottrinari: come specificato in precedenza, la crisi del diritto pubblico si risolve nel cielo dei concetti, è conflitto dottrinario, entità del pensiero più che del reale. Notiamo come, da una coerente posizione critica – sulla cui scorta la scienza è organizzazione di fenomeni, ragion per cui nulla può nel disciplinare la realtà, potendo solo specificare gnoseologicamente la natura teorica di un conflitto – Bartolomei scivoli, quasi senza soluzione di continuità, nell'arco non di poche pagine, ma di poche righe, ad una posizione acriticamente idealistica: la realtà della crisi è costituita dal conflitto dottrinario tra sociologismo e formalismo, risolvendo il quale, si "viene a capo" anche della crisi stessa del diritto, della cui perdita di specificità è imputata la sociologia, accusata di essersi espansa ben oltre i limiti della propria competenza, il che equivale, su un altro versante, a lasciare mani libere alla politica.

La posizione generale di Bartolomei è quella del difensore del metodo e dell'autonomia della scienza normativa: «Le ragioni storiche del cosciente rinnovamento e rinvigorimento del metodo storico-politico sono varie e molteplici. Fondamentale appunto, come la denominazione stessa ricorda, l'apparire dell'Attila del pensiero contemporaneo, non più *flagellum dei*, ma *flagellum scientiarum*, la creazione cioè della sociologia, per l'intimo significato che il Comte attribuiva a questa scienza»[17]. In sostanza, egli avoca a sé il compito di difendere la specificità del metodo giuridico contro l'insieme delle tendenze ad esorbitare dai propri limiti costitutivi, proprie di discipline empiriche, costruite sul metodo induttivo. Una scienza descrittiva come la sociologia non può costituirsi come disciplina dai contenuti normativi, ove non esplicitamente prescrittivi. Si tratta, anche qui, di una ricognizione dal tratto iniziale di natura squisitamente metodologica: si ritiene la sociologia disciplina, fino ad un certo punto, scientificamente fondata (non che non emergano dubbi in merito), nonostante la difficoltà costituita nell'opera di elevare al rango di generalità

[17] *Ivi*, p. 4.

ciò che è individuale, acuita dal suo costituirsi al crocevia tra discipline limitrofe, quali la psicologia individuale e collettiva, la biologia.

La scienza della società deve limitarsi ad affiancare e non a sostituire la scienza del diritto pubblico: quest'ultima, a sua volta, non deve contaminarsi con discipline empiriche, deve restare circoscritta alla sfera normativa ed alimentarsi di una metodologia strettamente normativa. Infatti: «Il suo presentarsi, oltre che con l'esigenza dell'applicazione del metodo positivo alle scienze sociali, con quella di una visione sintetica, complessiva, *d'ensemble* della vita sociale, per il legame sostanziale del *consensus* che lega tutti i fenomeni sociali nei loro rapporti statici e nei loro rapporti dinamici, generalizzò ed universalizzò la credenza nell'impossibilità di uno studio particolare dei singoli fenomeni sociali. Da ciò minacciava la esistenza delle singole scienze particolari, le quali tutte tendeva a sostituire la sociologia. Da ciò, anche l'impossibilità di una scienza giuridica, come tale distinta, di uno studio prettamente giuridico dei fenomeni giuridici, soppiantato o dalla stessa dottrina della società o da una sociologia giuridica, vale a dire da una dottrina sociale del diritto»[18].

Sulla scorta della strategia argomentativa di Bartolomei, non si riconosce alla sociologia una vera e propria dignità di scienza, ma l'imputazione più grave che le viene rivolta è che essa non permane nei limiti, che le sarebbero consustanziali, dell'indagine di connessioni fattuali, riconducibili al principio di causalità, funzionalmente tesa alla ricerca di connessioni unificanti i fenomeni sociali. Se ne critica l'impropria ingerenza nel campo delle scienze del diritto, sicché: «In complesso quest'indirizzo afferma la necessità di ricorrere, per studiare il diritto, per comprenderne la natura, allo esame della realtà sociale nella quale esso vive e si svolge, di indagare i fattori e le forze che lo producono, di studiarne le funzioni e gli scopi nell'unità inscindibile della fenomenologia sociale, sia nei riguardi statici, sia nei riguardi dinamici; di sollevarsi sulla base di tale studio integrale alla comprensione delle leggi del suo nascere e del suo divenire storico, e di additare, sempre in base ad esso, quando un còmpito ideale sia riconosciuto, giacché non tutti i rappresentanti dell'indirizzo vi consentono, la meta da raggiungere, i modi e le vie per raggiungerlo»[19]. Si tratta di un pun-

[18] *Ivi*, p. 4.
[19] *Ivi*, pp. 6-7.

to di vista condivisibile, almeno nelle grandi linee: Bartolomei auspica, evitando peraltro ogni eclettismo, una scienza sociale che si muova in direzione complementare ad una scienza del diritto pubblico costruita a sua volta formalisticamente, mossa, dal punto di vista gnoseologico, da istanze proprie e da un metodo autonomo. In questo senso, in linea con un certo neo-kantismo, quello che la storiografia filosofica ci ha consegnato definendolo sud-occidentale, indirizzo i cui più rilevanti esponenti sono Windelband e Rickert, il filosofo irpino sottolinea come un determinato oggetto possa essere studiato con più metodi (filosofico, sociologico, storico, dommatico, etc. …)[20].

Questa posizione si rivela, in generale, nient'affatto peregrina, il problema si pone nella misura in cui si cominciano ad analizzare gli argomenti con cui è supportata, e, in particolare, le critiche ai suoi avversari, che pure sono stati i suoi compagni di strada di un tempo. La ricostruzione critica degli argomenti con cui gli esponenti dell'indirizzo sociologico in diritto pubblico cercano di smontare le pretese di autonomia di quello che, in modo assai generico, si può definire positivismo formalistico, rivela una parzialità tale, da inficiare la successiva *pars costruens* del suo discorso.

La critica di Bartolomei non si dimostra all'altezza delle sue premesse, nella misura in cui tutta la critica al positivismo sociologico presuppone un'acritica quanto ingenua equazione tra realismo metodologico e culto oggettivistico della realtà. Innanzitutto, si riportano le critiche di marca realista al logicismo, su cui tanto la Pandettistica quanto la Scuola dell'esegesi hanno edificato la propria scienza del diritto pubblico; in questo senso: «Ma, si dice dai sociologi del diritto pubblico, una dottrina puramente giuridica dello Stato, è il risultato di un'*astrazione* che non trova alcuna rispondenza nella realtà, nella quale il diritto s'intesse in una organica inscindibile complessità fenomenologica. Essa è d'altronde una dottrina *formalistica* senza vita,

[20] In questo senso (*ivi*, p. 11): «Un oggetto può essere preso a base di scienze diverse: non una sola, ma più ordini di conoscenze sono possibili intorno allo stesso oggetto, e le scienze diverse non considerano precisamente che punti di vista diversi nella considerazione del loro stesso oggetto. Se l'indagine gnoseologica ci apprende che da una diversa considerazione dello stesso oggetto nascono problemi diversi, ognuna di queste considerazioni diventa legittima. Così il diritto pubblico può essere studiato dal punto di vista della storia, della filosofia, della sociologia, della dommatica giuridica; nelle quali abbiamo una varietà di ricerche scientifiche, di cui ognuna adempie ad un compito, proprio, specifico».

senza contenuto, che si esaurisce in pura logica formale perdente di vista le forze reali della vita sociale, in un verbalismo scolastico che si pasce di puri *concetti*, riuscente per di più, sostengono alcuni di essi, ad un'impossibilità, poiché non è possibile trattare scientificamente una *forma* senza un contenuto. La scienza del diritto pubblico deve pigliare a sua base la *realtà* stessa del diritto pubblico quale a noi si manifesta, deve mirare alla conoscenza della realtà, non alla formulazione di astrazioni»[21].

Contro le pretese del realismo sociologico, Bartolomei si costituisce come portatore delle istanze di una posizione cartesiana del soggetto epistemico nei confronti del reale, istanze centrate – questo è un punto di estrema rilevanza – su una presunzione di attività nei confronti del reale, che si materializza come astrazione operata sull'oggetto, in grado di segnare i limiti tanto del conoscibile, quanto dell'esperibile[22].

«È su di astrazioni che si fondano tutte le scienze, tutto il sapere, il quale ha sempre una base subbiettivistica ed idealistica ineliminabile non solo nei riguardi dell'opera dell'*io* nell'attività conoscitiva, *ma anche* nei riguardi della distinzione del conosciuto dalla unica e complessa realtà»[23], la quale resterebbe, in sé, *una*, ontologicamente e non come riflesso della posizione del soggetto conoscente. In sostanza, per il filosofo irpino è lo spirito che plasma le cose, rendendo possibile il passaggio da «[…] una serie di percezioni da un lato sconnesse, dall'altro legate da passaggi graduali e insensibili, che tutto insieme, ricollegano ed incatenano, ma che non ci darebbero la possibilità di procedere ad alcuna sintesi, ad alcuna scienza, ad alcuna formazione concettuale»[24]. In tal modo, la scienza viene riportata ad un atteggiamento attivo nei confronti del reale, caratterizzante un padroneggia-

[21] *Ibidem*.

[22] La rivendicazione di una originaria posizione del soggetto conoscente in cui libertà e attività coincidono, seppur vertendo su oggetti diversi, accomunano Bartolomei e Gentile. Per quest'ultimo, infatti: «A liberarsi da ogni pregiudizio realistico, basti qui una semplice considerazione: che cioè se il soggetto conoscente avesse qualche cosa di metafisicamente esterno e antecedente, ne sarebbe limitato, e non sarebbe quindi libero; ed egli non potrebbe perciò conoscere, se conoscere è scegliere il vero, atto di libertà», G. Gentile, *Genesi e struttura della società*, cit., p. 7.

[23] *Ivi*, p. 12.

[24] *Ivi*, p. 13.

mento dello stesso, proprio del ruolo 'artistico' del soggetto nei suoi confronti, volto cioè a ridurlo a propri fini.

Proprio, però, la rivendicazione di un'attività 'artistica' (il rapporto tra arte e scienza è contraddittoriamente proposto nell'arco di poche pagine) dei soggetti nei confronti del reale, fa sì che Bartolomei, quasi senza accorgersene, entri in patente conflitto con i suoi presupposti dualistici, tesi a separare fenomenicità e realtà in sé. Al fine di dominare il reale sotto la categoria dell'efficacia, egli deve uscire necessariamente dal circolo dell'astrazione, per conferire spessore oggettivo, materiale, a categorie che solo dovevano organizzare i fenomeni: si tratta di un passaggio in cui tutto il suo sistema si struttura secondo una torsione empirica, che svuota di senso il suo formalismo, il quale, alla fine, smarrisce la sua 'purezza' metodologica per perseguire fini tecnici, al prezzo di una deformazione realista delle sue categorie.

Al fine di dominare il reale in senso 'artistico', infatti, Bartolomei è obbligato a fare un uso realistico di categorie costruite su una modalità astrattiva, funzionale, semplicemente, alla loro pensabilità; queste stesse categorie devono inquadrare il reale non per renderlo intellegibile, ma per plasmarlo in direzione di scopi 'altri'. Per Bartolomei, ogni approccio che si vuole realista, costituisce il lascito di una metafisica idealista «battuta in breccia trionfalmente dalla moderna teoria della conoscenza»[25]. Come vedremo tra breve, quest'approccio, pur richiamandosi a Cartesio – misconoscendo quanto questi presupponesse l'ordine dato e considerasse estremamente problematico il passaggio dalla evidenza della certezza alla sua realizzazione nel senso veritativo del termine – è invece pregno di un atteggiarsi profondamente acritico in sede teorica, tale da indurre, nel lungo periodo, un atteggiamento di passività, di remissione più totale nei confronti del reale.

Si tratta, a questo punto, di ricostruire la *pars costruens* e quella *destruens* del suo pensiero, dedicate, rispettivamente, al rapporto tra formalismo logico e realtà normativa, e all'analisi del realismo giuridico: a tal scopo, analizzeremo uno scritto di qualche anno successivo, non senza aver operato nel senso di una preliminare ricognizione del

[25] *Ibidem*. Può essere una semplice suggestione, ma chi scrive ritiene i toni della polemica antirealista di Bartolomei giustificabili in virtù dell'esplicita adesione a questa filosofia di un suo illustre compaesano. Cf., in questo senso, F. De Sanctis, *Saggi sul realismo*, Milano, 1990.

nesso tra giustizia e ordinamento concreto, alla luce di una filosofia che si vuole critica.

2. *Il diritto naturale alla luce della filosofia critica*

Non è facile discutere i *Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto* di Alfredo Bartolomei, lavoro del 1902 che intende costruire coordinate teoriche funzionali alla definizione del nesso tra teoria normativistica dell'ordinamento giuridico e ideale di giustizia. I *Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto* hanno come referenza quella di un diritto naturale costruito alla luce di una teoria critica della conoscenza, sganciato quindi dalla tradizione metafisica nel cui alveo, notoriamente, il giusnaturalismo ha forgiato il proprio armamentario logico-concettuale. Tale difficoltà è causata, innanzitutto, dall'impossibilità di iscrivere questa riflessione in un quadro definito dal punto di vista interpretativo.

Se solo ci soffermiamo su Kant, la questione del rapporto tra filosofia critica e impianto giusnaturalistico è suscettibile di svariate declinazioni. Il rapporto tra la costruzione trascendentale dell'oggetto e la dimensione ideale assume vesti ancora più problematiche se non guardiamo alla sua opera sinotticamente, ponendoci piuttosto dal punto di vista di una sola delle sue opere maggiori: *Critica della ragion pura*, *Critica della ragion pratica* e *Critica del giudizio*, nonché le opere destinate in modo specifico alle questioni di diritto, offrono una declinazione non sempre univoca e armonica dei rapporti tra filosofia critica e dimensione ideale.

Le difficoltà sorgono nella misura in cui, a differenza di giusfilosofi come Max Ascoli e Giuseppe Rensi, anch'essi annoverati come 'minori', un possibile inquadramento critico della riflessione di Bartolomei, pur non essendo impossibile in sé, resta pregiudicato dalla debolezza, se non dalla contraddittorietà, con cui, almeno in alcuni punti, quest'ultima è costruita. È chiaro che una corretta posizione del problema costituirebbe anche la chiave di una possibile risoluzione di una problematica con cui certa parte della filosofia del diritto novecentesca si è misurata, fornendo soluzioni che hanno avuto come momento eminente con cui confrontarsi il misconoscimento kelseniano di ogni possibile commistione tra strutture ideali e logica normati-

va[26]. Non a caso il giurista praghese costruisce la sua teoria sulla base di un kantismo che è quello di una certa lettura della *Critica della ragion pura.*

Nonostante Bartolomei discetti in materia di rapporti tra diritto e giusto in polemica con il giusnaturalismo tradizionale, facendo ricorso a riferimenti filologicamente abbastanza precisi, nonché ad un'argomentazione molto ben costruita, una preliminare delucidazione, appare fuori luogo. Più che cercare di inquadrare la natura del rapporto tra momento ideale e strutturazione logico-trascendentale della realtà e dei fenomeni, si seguirà lo sviluppo argomentativo e concettuale impresso dallo studioso, evidenziandone, talora, ove possibile, in che misura la sua riflessione partecipi di momenti teoricamente pregnanti, talaltra, ove necessario, le contraddizioni.

Il punto forte del discorso dell'irpino si impernia, se non per intero, principalmente, sulla già altrove rivendicata autonomia della sfera normativa rispetto alla dimensione empirica, nel pieno rispetto di quel criterio, noto come "fallacia naturalistica", sulla cui scorta tra validità formale e fatticità nella definizione di diritto e nell'esperienza giuridica, e, quindi, tra *quid juris* e *quid facti*, si dà uno iato incolmabile.

Una volta disassemblato il nesso, ingenuamente e pre-criticamente inteso, tra ideale, ordinamento ed elemento empirico, lo sforzo di Bartolomei consiste, allora, nella riistituzione unitaria, se non organica, della mutua quanto necessaria compenetrazione tra istanze di cui si è evidenziata la, seppur relativa, omogeneità. In particolare, la possibilità di intendere l'ordinamento giuridico stesso alla luce della categoria di giustizia ruota intorno ad un aggettivo, normale, intorno al quale si struttura il nesso tra validità formale e legittimità ideale dell'ordinamento. Si tratta di una qualificazione, di per sé, ambigua, di non immediata decifrazione, che finisce per fornire una specificazione a varie entità, tra cui, in primo luogo, l'ordinamento giuridico.

[26] Cf. H. Kelsen*, Das Problem der Gerechtigkeit* (1960)*,* trad. it., *Il problema della giustizia*, a cura di M. G. Losano, Torino 2000; *Was ist Gerechtigkeit* (1953), trad. it., *Che cos'è la giustizia?*, in Id., *I fondamenti della democrazia ed altri saggi*, Bologna, 1970. Per una ricognizione del pensiero del giurista praghese, non esclusiva della questione del rapporto tra tolleranza e democrazia, cf. F. Riccobono, *La dottrina pura del diritto in Hans Kelsen*, in AA.VV. *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino, 2010, pp. 219-243.

Già discutendo le posizioni di Kirchmann[27], antiformalista al punto da mettere seriamente in crisi gli assunti dommatici della scienza giuridica 'tradizionale', nonché teorico di un'etica concepita in continuità con gli elementi empirici in grado di valere fattualmente in un determinato contesto sociale, Bartolomei sembra anticipare l'essenziale della costruzione mediante la quale intende riarticolare quel nesso tra giustizia ideale, validità dell'ordinamento e sua efficacia materiale. Innanzitutto, a proposito del tentativo di Kirchmann di fondare un'etica su elementi efficaci, tra i quali, ovviamente, l'autorità, Bartolomei espone un argomento che, come vedremo, costituirà la pietra angolare della sua trattazione dell'ordinamento giuridico. L'autorità sarebbe da considerarsi, in quest'ottica, come un elemento esterno, extraordinamentale, causa-prima, vero e proprio elemento "fuori contesto", indipendente da ogni oggettivazione, laddove, invece, all'interno dell'ordinamento «senza una normalità, senza una logica delle cose non è possibile nessuna scienza»[28]. La normalità cui si fa riferimento in questa sede, inoltre, sarebbe caratterizzata dall'essere, in qualche modo, indipendente e avulsa dal riconoscimento che i singoli ne hanno, proprio in quanto *a priori.* Esiterebbero, dunque, valori oggettivi, 'normali' rispetto ad un determinato contesto, che dobbiamo pensare reali, affinché un ordinamento esista, indipendentemente da ogni forma di riconoscimento sociale, al punto che coloro i quali «questi valori oggettivi e normali non riconoscono o nella loro coscienza o nella scienza, non hanno a che vedere col criticismo», il criticismo stesso li abbandonerebbe (sic!!!) al proprio destino. Sintetizzando sul

[27] Già nel 1847, come ricorda Fassò (*Storia della filosofia del diritto*, III. *Ottocento e Novecento*, Roma-Bari, 2001, p 162), aveva pronunciato un celebre discorso, pubblicato l'anno successivo, dal titolo *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (trad. it. *Il valore della giurisprudenza come scienza*, Milano, 1964), in cui, sulla base di un'adesione ai crismi del positivismo, veniva negato qualsivoglia valore all'opera dello scienziato del diritto. Per un inquadramento generale delle posizioni di Julius Hermann von Kirchmann, studioso attento e critico al tempo stesso della tradizione filosofica spaziando da Platone a Kant, passando per Cartesio e Spinoza, autori cui dedica importanti lavori, cf., almeno, *Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral: als Einleitung in das Studium Rechtsphilosophischer Werke* (1873), Aalen, 1970.

[28] A. Bartolomei, *Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto con riguardo delle quistioni metodologiche odierne*, Milano, 1902, p. 5.

punto, Bartolomei gioca per sé l'autorevolezza di Goethe, per il quale: «*Denn der Eine hat die, die Anderem andere Geben*»[29].

Quando Bartolomei sostiene che l'esistenza di qualsivoglia ordinamento presuppone un nucleo di fatti 'normali', da quale punto di vista, o, piuttosto, alla luce di quale quadro concettuale di riferimento si giustifica quest'affermazione? Essa ha valore rispetto a condizioni di esistenza, di possibilità o, piuttosto, di pensabilità dei fenomeni oggetto del suo interesse di studioso? O forse ritiene che questi fatti abbiano il potere di 'annodare' tra loro diversi livelli?

Il problema si profila, precisandosi, nella misura in cui l'irpino fa riferimento ad un piano 'normale' di valori, senza i quali l'ordinamento non potrebbe esistere: cosa intenda, con questo, Bartolomei, non è di immediata decifrazione, dal momento che, nella misura in cui normale condivide una serie di valenze, semantiche e concettuali, con il sostantivo norma, resta un'ambivalenza concettuale di primissimo ordine, perché normale può tanto intendersi come di qualcosa che si ripete, per l'appunto, normalmente, quanto di un riferimento ideale. Possiamo dire allora che un ordinamento giuridico per esistere deve presupporre, a monte, un determinato annodamento concreto di efficacia e legittimità, che affonda le sue radici nell'esistenza, nella stabilità e nella continuità dell'ordinamento, inclusivi di un elemento ideale, o che, probabilmente in modo più corretto, ogni ordinamento concreto "deve poter" sempre, in senso trascendentale, essere pensato alla luce dell'idea di giustizia. Ora, notoriamente, giustizia e ordinamento giuridico possono costituirsi anche come antitetici, sia da un punto di vista formale, sia da un punto di vista materiale. Nel caso della giustizia, essa ha come ordinamento di riferimento la morale, ordinamento costruito in senso logico-deduttivo che, a cascata, deduce l'esistenza di singole norme e regole da principi apoditticamente dati per veri.

Questo discorso, che in linea di principio è assolutamente condivisibile, si dimostra fallace nella misura manca di ulteriore specificazione, e finisce, formalisticamente, per reperire nel solo diritto l'elemento in grado di orientare un ordinamento verso il valore. Il limite

[29] Il passo completo recita: «*Denn der eine hat die, die anderen andere Gaben; Jeder braucht sie, und jeder ist doch nur auf eigene Weise Gut und glücklich. Ich lasse mir meinen Hermann nicht schelten; Denn, ich weiß es, er ist der Güter, die er dereinst erbt, Wert und ein trefflicher Wirt, ein Muster Bürgern und Bauern, Und im Rate gewiß, ich seh es voraus, nicht der Letzte*».

di Bartolomei è che non si perita di specificare oltre il suo pensiero, né di chiarire questo importante nodo, limitandosi a sostenere che il diritto, nell'ambito di una società costituita come tale, fa funzione di *minimum* etico, laddove invece la logica di una scienza costituisce quel *minimum* logico, che ne rende possibile l'esistenza, così come, ancora, l'esistenza di una lingua costituisce il *minimum* comune per il darsi di una comunicazione che si voglia reciproca.

Compito della filosofia del diritto, allora, sarebbe quello di determinare le "norme e gli scopi universali" dell'ordine giuridico ideale, vale a dire quei valori universali propri dell'ordine giuridico ideale, che, in quanto tali, sono alla base di ogni ordinamento giuridico normale, che solo dalla loro esistenza sono resi possibili, senza i quali non v'è un'etica nel senso che non c'è una condotta che può essere approvata, allo stesso modo in cui sono le regole della logica a determinare le regole del retto pensare, ossia le condizioni per poter giungere alla verità.

La questione, così come la pone Bartolomei, finisce per risolversi in mera tautologia: innanzitutto, bisogna presupporre che 'dietro', o a fondamento (concreto o trascendentale non è di immediata decifrazione, oscillando l'autore costantemente tra le due opzioni) di ogni ordinamento 'normale' (in senso concreto o normativo, ancora, non importa), esistano principi, eretti a condizione di possibilità della concretizzazione del nesso tra ordinamento giuridico e ideale di giustizia. Dopo una disamina attenta del testo, l'interrogazione relativa a cosa sia un ordinamento 'normale', trova come unica risposta plausibile quella con questa dizione si intende quello che, nel suo strutturarsi come efficace, è retto da principi ideali. Allo stesso modo, all'interrogazione, tesa a definire i principi ideali dell'ordinamento, non si può rispondere diversamente, se non che sono da considerarsi tali quelli che, a loro volta, strutturano un ordinamento normale, rendendo essi stessi possibile l'affermarsi della giustizia come ideale. Inoltre, fatto questo estremamente significativo, è del tutto esclusa la possibilità che, presupposto il diritto quale *minimum* etico di una società, esistano ordinamenti giuridici non normali. Parafrasando Kelsen, si dirà che ogni Stato di diritto è, per il giusfilosofo campano, uno Stato normale. Se il diritto costituisce la grammatica ultima di questo *minimum* etico, qualsivoglia ordinamento finisce per costituirsi come 'normale', anche quello di uno Stato totalitario, come il fascismo, con-

statazione, come vedremo, nient'affatto fuori luogo nel caso di Bartolomei. Qualsivoglia ordinamento, per il solo fatto di potersi qualificare come 'giuridico', a differenza delle semplici organizzazioni sociali, come associazioni, corporazioni, reca in sé la matrice *apriori* di un suo organico e non casuale rapporto con la giustizia, laddove, nelle società particolari, questo rapporto rimane segnato dall'eventualità. Si dà, nel discorso di Bartolomei, un risvolto di natura controfattuale del formalismo di cui, pure, si fa corifeo: in sostanza, qualsivoglia ordinamento, solo ed esclusivamente perché giuridico, e quindi normale, è possibile che lo si pensi in quelli che sono i "limiti del giusto".

Alla fine, se vogliamo, la stessa presa in carico a fini critici dell'ambiguità del termine normalità, per cui essa finisce per designare entità, tanto fattuali, quanto normative, appare dispensabile: il più rigido formalismo finisce col giustificare, in modo estremamente acritico, quella realtà materiale da cui il procedimento di formalizzazione dovrebbe prendere le mosse. Empiria e forma si commistionano in modo improprio, trascinando, rovinosamente, altri impropri accostamenti: condizioni di possibilità e di realtà, ideale e reale, sono spesso equivocamente giustapposti.

La complessità e la stessa contraddittorietà del discorso di Bartolomei sono smussate dal riferimento a condizioni di possibilità, più che non a veri e propri valori intesi in senso concreto, ossia ad un giusnaturalismo rivisitato ai lumi della critica, e questo, dal momento che la costruzione normativistica dell'ordinamento mal si concilia con la presupposizione di un suo fondamento logico di carattere giusnaturalistico. Essendo induttivismo e deduttivismo egualmente ed unilateralmente incapaci di rendere ragione del fatto che il reale è sintesi di materia e forma, il giusfilosofo correttamente, guarda ai limiti relativi di razionalismo ed empirismo nella costruzione dell'oggetto di conoscenza. In linea con certa parte della riflessione filosofica di fine '800-inizio '900, che guarda ai limiti relativi dell'idealismo e del materialismo nella produzione della realtà e nella definizione dell'oggetto del conoscere – pensiamo ad esempio alle filosofie di tipo fenomenologico, che si muovono a partire dalla definizione della conoscenza come fenomeno intenzionale – il punto di vista espresso è che induzione e deduzione debbano in qualche modo cooperare affinché si realizzi la conoscenza. Ossia, affinché un elemento extralogico, materiale, come la storia, divenga 'gravida' dell'idea, accogliendola. Il rapporto tra

idea e realtà non è dunque, come nella metafisica classica, necessario, quanto, piuttosto, eventuale: purtuttavia, quest'eventualità è ritenuta possibile esclusivamente in rapporto a condizioni *apriori*. In questo senso, Bartolomei sostiene: «Ora, se per ottenere un reale noi dobbiamo oggettivare un dato singolo secondo le leggi empiriche, per poter rendere reale un'idea, il che appunto significa realizzare un ideale, è necessario che la connessione con le leggi empiriche (le condizioni e i mezzi esistenti) sia garantita, che le leggi e le condizioni esistenti siano rappresentate. Non altrimenti è possibile realizzare il concetto del giusto; è quindi così determinato il valore del criterio storico-evolutivo nell'etica e nella connessione dell'etica con leggi psicologiche e sociologiche»[30]. La preoccupazione teoretica predominante in Bartolomei è che la definizione di siffatto *apriori* non si realizzi su base empirica, quanto, piuttosto, trascendentale: l'impostazione del suo discorso può essere avvicinata, per molti aspetti, a quella del diritto naturale storico a contenuto variabile di Rudolph Stammler[31], per il

[30] A. Bartolomei, *Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto*, cit., p. 22.

[31] Il seguente passo di G. Fassò evidenzia una certa congruenza tra l'ispirazione del filosofo tedesco e quella di Bartolomei, pur nella sostanziale differenza che per il secondo gli stessi *apriori* dell'ordinamento sono criticamente rivisitati, non fungendo da elementi positivi (*Storia della filosofia del diritto*, III, cit., p. 220): «Anche la dottrina dello Stammler si presenta come una teoria della scienza giuridica (tale è infatti il titolo di una sua teoria del 1911, *Theorie der Rechtswissenschaft*) e come tentativo di "rendere la giurisprudenza concepibile come scienza e soprattutto di tenere lontano da essa il rimprovero di mancanza di valore scientifico" (*Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, p. 185); ma i termini in cui egli imposta questo problema sono tali da condurre anche ad altre conclusioni, d'ordine ontologico ed etico: come era stato per il Kant, che, lui pure, aveva preso le mosse dal problema della possibilità della scienza. Del resto lo Stammler aveva enunciato i concetti fondamentali della dottrina già precedentemente ed a diverso proposito: in una critica cioè del materialismo storico, secondo il quale il diritto è sovrastruttura dell'economia. Tale critica, svolta in un'opera del 1896, *Economia e diritto secondo la concezione materialistica della storia* (*Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Gesichtsauffassung*), è fondata sulla tesi che, per contro, è il diritto a condizionare e determinare il proprio contenuto economico: perché esso è la condizione a priori che rende possibile l'esperienza sociale, ed il rapporto tra economia e diritto è quello tra materia e forma. Lo Stammler afferma che nel concetto di società, cioè di "unione vincolata dagli scopi" di un gruppo di uomini aventi appunto scopi comuni, si distinguono due elementi: il vincolo come tale (*Verbindung als solche*), il quale è la forma che condiziona la vita comune e si esprime in una regola esterna; e l'attività concorde (*zusammenstimmende Tätigkeit*) degli individui vincolati, tendente al soddisfacimento di determinati bisogni. Di questi due elementi il primo è

quale il rapporto tra la sfera ideale della giustizia e l'ordinamento giuridico non è configurabile in senso logico-concettuale, realizzandosi il valore secondo la modalità della progressiva incarnazione (cioè materializzazione) dell'idea sulla base di schemi reali. La corretta posizione del problema all'interno del neo-kantismo, però, non sembra, questo il punto di vista di chi scrive, sufficiente alla sua corretta soluzione, la quale finisce per gravitare, significativamente, sulla stessa pletora di argomenti di natura squisitamente formalistica, con i quali si intende giustificare la superiorità della scienza giuridica rispetto alle correnti positivistiche e, in particolare, sociologiche.

Innanzitutto, peraltro correttamente, si mette in una relazione che ha i requisiti della costanza e della necessità una qualsiasi azione con un giudizio di valore ad essa relativo: non esistono, da questo punto di vista, agiti privi di un processo mentale di valorizzazione, tanto rispetto all'oggetto, quanto alle finalità da raggiungere, ragion per cui, pur senza voler rendere l'etica troppo penetrante nella vita di ciascuno, la questione dell'universabilizzabilità dell'agito finisce per riguardare ogni azione. La differenza tra azioni universalizzabili e azioni, invece, circoscritte in senso etico-veritativo affetta, dunque, ogni azione volontaria. A partire da questa riflessione, si tende a definire la misura in cui un determinato fatto o atto costituisce un *apriori*, ossia una condizione di possibilità per la realizzazione dell'ideale di giustizia, ossia, l'universale dispiegato, nell'ordinamento. Bartolomei risponde nel senso che un atto o fatto costituisce una possibilità per la realizzazione dell'ideale di giustizia, nella misura in cui il giudizio di valore implicito nella realizzazione dell'atto implica, a sua volta, il concetto di un ideale o di un obbligo, la cui fattezza sia non riducibile ad uno stato d'animo parziale, ossia condizionato da circostanze che potrebbero determinarne un'inclinazione che lo faccia deviare da una posizione ortodossa, cioè retta. Il diritto, o meglio, un diritto prodotto da quella struttura intrinsecamente idealizzante che è l'ordinamento giuridico identificato con lo Stato, è, allora, il luogo "per eccellenza" elettivo di questo trascendimento del parziale in nome dell'universale. Quando

la "condizione logica (*logische Bedingung*)" del secondo, sicché il secondo non può essere pensato senza il primo: la società cioè in tanto è pensabile in quanto vi è, logicamente anteriore ad essa, la sua regola esterna, ossia il diritto, che ne è la *forma*, mentre l'attività sociale ne è la materia (*Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, §§ 35 e 56). Il che equivale a dire che il diritto è il principio costitutivo della società».

agiamo sulla base di siffatti presupposti eticizzanti, il giudizio di valore sull'oggetto e lo scopo inerenti la nostra azione, acquistano universalità e oggettività. L'azione, in questo senso, si rivela imparziale, disinteressata, perché disincarnata, azione non più e semplicemente rapportabile a parametri di valutazione come l'utile e il disutile, o il dolore e il piacere, afferenti, invece, alla "legge delle cose".

Agire rettamente vuol dire rispettare quelle condizioni, che per un realista sono sempre e comunque di natura psicologica, che rendono un'azione sottesa da un'intenzione di universalizzabilità, ragion per cui oggettiva è quella valutazione che si accorda alle possibilità con cui le cose si danno nell'ambito di una transcoscenzialità, più che non di un movimento egoistico. In questo senso, la pretesa di oggettività dell'agire è sottratta ad un ambito teoretico, esterno, come nel caso del positivismo, riguardando piuttosto il possibile farsi universale della coscienza, farsi che, lo ribadiamo, ha nello Stato il suo luogo elettivo.

Come già evidenziato in precedenza, se questo modo di procedere ha una sua cornice teorica del tutto condivisibile, è la sua realizzazione pratica ad essere in un certo senso manchevole, e questo dal momento che il riferimento all'oggettività dell'agire non riposa più su una teoria realista di stampo metafisico, garante, secondo una certa lettura tanto del realismo di Platone, che non del tutto a torto è associato ad una teoria 'fotografica' della realtà, quanto della filosofia di Spinoza, dell'*ordo et connexio rerum et idearum*. Dovendo essere formalizzata all'interno dei quadri del soggetto moderno, questa tensione all'oggettività finisce per essere declinata nel senso di una «certezza normale orientata in senso oggettivo», sicché, in definitiva, «Ogni valutazione di giustizia adunque non è che l'espressione di un'*opinio necessitatis* che così debba essere, e non altrimenti, che ciò che è giudicato degno di essere approvato e riprovato: il giusto non è che un sentimento di valore ideale, esso si esaurisce in essenza di valore ideale»[32].

La lettura della pagina di Bartolomei esemplifica la tendenza del formalismo a scadere, ideologicamente, in un empirismo acritico: la differenza, infatti, tra un'azione ispirata ad un criterio di utilità e un'azione oggettiva, riposa, in ultima analisi, su requisiti in apparenza

[32] A. Bartolomei, *Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto*, cit., p. 24.

logico-trascendentali, ma in realtà decifrabili anche alla luce della loro natura psicologica. Solo l'azione che Bartolomei definisce oggettiva sulla base di criteri formalistici, godrebbe, in quanto tale, indipendentemente da ogni ulteriore specificazione, dei criteri della necessità razionale, dell'evidenza e della certezza morale. Ciò vuol dire che esistono determinate azioni, che indipendentemente dai loro contenuti, sono oggettive: Bartolomei si ispira a Kant – ci sia perdonato l'irriguardoso accostamento –, ma costruisce l'assolutezza dell'obbligo in modo leggermente differente da quest'ultimo. Mentre il filosofo di Königsberg si fa apostolo di un sentire assoluto, incondizionato, in cui volere e sentire vibrano all'unisono, ragion per cui l'azione che deriva è assolutamente libera e assolutamente vincolante e vincolata al tempo stesso (è questo senso del *Sollen* come dovere per il dovere), per Bartolomei, è nell'essere sopraffatti da un'*opinio necessitatis* che la nostra azione si può dire oggettivamente rivolta al bene.

In altri termini, l'oggettività cui fa riferimento il giusfilosofo campano non può che essere giustificata soggettivamente, riposando la sua ultima legittimazione in ultima istanza su un terreno che è di confine tra il logico e lo psicologico, anzi, per essere più precisi, un terreno in cui il logico è possibile a partire da un certo disporsi psichico: è nella misura in cui nell'atto del valutare il soggetto percepisce se stesso come strutturato da una coscienza ideale unitaria che la sua azione può dirsi prodromica di una sintesi nella storia di ideale e reale. Così, mentre nella sfera economica, caratterizzata dal perseguimento di un interesse di natura individuale, il soggetto si trova scisso (non a caso nell'economia del libero scambio, secondo Adamo Smith "la mano destra non sa quello che fa la sinistra"), e quindi diviso, tra l'universalità del perseguimento del bene in sé e il proprio particolare interesse, nella sfera politico egli è Uno, immagine e somiglianza di del suo ideale, Dio stesso. L'agire nei quadri concettuali e materiali offerti dallo Stato, in un senso che è squisitamente formalistico, garantisce questa trasvalutazione del particolare in universale. È nello Stato che l'agire del soggetto è condizione della possibilità che, con una metafora quanto mai pertinente, l'ideale renda gravida di sé la storia. Purtuttavia, quest'eventualità riposa, a parere di chi scrive, in Kant come in Bartolomei come in Gentile, su un determinato quanto semplice disporsi psichico, più che da un meccanismo logico. L'azione del singolo può elevarsi all'universale, ma è pura ideologia sostenere che il fatto

stesso di operare nello Stato universalizza il suo volere. In definitiva, la costruzione dell'azione oggettiva risulta essenzialmente 'mancata', giustificata solo dalla volontà di potenza del singolo, più che non da stringente necessità concettuale.

L'essenziale di questa costruzione, dunque, riposa tutta sulla possibilità di differenziare qualitativamente l'agire eticamente orientato, cioè l'agire da cittadino, fissato da quel minimum etico che è il diritto, dall'agire empiricamente connotato, che trova nella socialità e nell'economia le sue sfere d'applicazione: è su questo terreno, allora, che la filosofia di Bartolomei richiede un approfondimento critico.

3. *La giurisprudenza pura e le sue ragioni*

La presente ricostruzione si dipana attraverso l'analisi di un testo del 1905, *Su alcuni concetti di diritto pubblico generale*[33], in cui il giusfilosofo ribadisce le linee della sua impostazione, rivendicandone con forza la specificità, associata alla piena consapevolezza dei limiti dell'indagine scientifica, senza negare la necessità di un certo intreccio tra le ragioni della giurisprudenza 'pura' e quelle di una sociologia che si limiti alla descrizione dei fenomeni. Si tratta di un discorso associato tanto alla piena consapevolezza dei limiti dell'indagine scientifica, quanto all'altrettanto piena coscienza dell'insuperabile "limitazione quantitativa e qualitativa", che caratterizzerebbe, *a parte subjecti*, ogni scienza. Bartolomei ritiene che formalismo e sociologia, per quanto «simboli affatto eterogenei di punti di vista totalmente diversi del reale, quasi lingue diverse dei fenomeni ovvero unità materiali da cui non può ottenersi un totale qualitativamente unico»[34], possano cooperare alla ricostruzione unitaria dell'oggetto del proprio studio: affinché ciò avvenga, la sociologia, o, meglio, il sociologismo, è obbligato, però, a riconoscere il primato, la specificità concettuale dell'elemento formale, della costruzione giuridica.

Bartolomei, senza mai staccarsi dalla sua adesione alle dottrine di Orlando, sembra in certo senso riconoscere, se non avallare, le ragioni delle critiche che gli erano state mosse da giuspubblicisti del calibro

[33] Cf. A. Bartolomei, *Su alcuni concetti di diritto pubblico generale. Studi critici*, in «Studi Sassaresi», II, 1905, pp. 225-74.

[34] *Ivi*, p. 5.

di Forti[35] e Ferracciu[36], sensibili al dibattito sui limiti giuridici e politici dell'azione dello Stato e sul realismo in diritto pubblico, che si accende in Europa in quegli anni, e che sentono con forza la necessità di dare spazio e rilievo ai presupposti sociologici del diritto, coinnestando l'elemento fattuale all'interno del quadro normativo.

Resta il fatto che, per l'irpino, questa mediazione, quest'approccio sincretico tra realismo sociologico e pubblicistica giuridica non deve avere luogo a scapito di quella che viene definita «autonomia tecnica e scientifica del diritto»: si tratta di un'istanza assolutamente condivisibile. Per Bartolomei, il problema di riflessioni come quello di Forti e Ferracciu consiste proprio in una mancanza di delimitazione reciproca dei confini metodologici tra discipline diverse: in fondo, egli si professa difensore della stessa sociologia dall'invasione dei metodi di quella scienza dell'organico, la biologia, che aveva soppiantato la fisica

[35] Cf. U. Forti, *Il realismo nel diritto pubblico (A proposito di un libro recente)*, in *Sudi di diritto pubblico*, Roma, 1937. In questo testo, originariamente pubblicato nel 1903, Forti esprime una posizione non dissimile, sebbene maggiormente aperta nei confronti della sociologia, di quella di Bartolomei. Così (G. Caravale, *Ugo Forti*, in *Dizionario Biografico degli italiani*, Roma, 1997, vol. 49): «*Il realismo nel diritto pubblico (A proposito di un libro recente)*, Camerino, 1903, in cui il F. commentava il volume di L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, e sosteneva che la sociologia – intesa come "risultato combinato di ricerche storiche, antropologiche, filologiche, economiche, giuridiche, etiche, etc." – poteva valere per comprendere gli assetti sociali sui quali si fondava lo Stato, ma non l'organizzazione di questo, la sua funzione, la sua sovranità che avevano natura esclusivamente giuridica e, quindi, potevano essere lette solo in termini di puro diritto. In questa ottica, allora, la sociologia si limitava al "presupposto" del diritto e rimaneva estranea all'essenza di questo (le stesse idee il F. aveva espresso in maniera più sintetica in *Il concetto dello Stato secondo le teorie del Gumplowicz*, in «Il Filangieri», 1902, poi nella raccolta curata dallo stesso F., *Studi di diritto pubblico*, Roma 1937, I, pp. 1-21). Il F., dunque, professava la sua piena adesione all'indirizzo "giuridico" della scuola orlandiana ma, a differenza dei seguaci più ortodossi di questo, non negava alla sociologia ogni valore (tanto che il Cianferotti lo colloca tra i fautori di una "fusione eclettica tra i principi dell'indirizzo giuridico" e i "criteri sociologici")».

[36] Cf. A. Ferracciu, *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie*, in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia», serie III, vol. III, fasc. 1-2, 1905. Per Luongo, *op. cit.*, p. 108: «Il Ferracciu, nello scritto significativamente intitolato *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie*, esamina le più importanti ricerche metodologiche attinenti al campo del diritto pubblico, sia riferentesi al dibattito pubblico europeo, segnatamente tedesco ma anche francese, sia quello italiano, mettendo in evidenza le dispute tra teorie sociologiche, politiche, realistiche da una parte, e, dall'altra le teorie formalistiche della c.d. 'scienza giuridica' della scuola tedesca».

nel fornire un proprio modello esplicativo dell'aggregazione sociale. Per quanto l'essenziale della lezione di Spencer in tema di evoluzione e di passaggio discontinuo dai sistemi biologici a quelli sociali, la sua osservazione non manca di una certa pertinenza, nella misura in cui iscrive le scienze in quel movimento caratterizzante il soggetto critico, la modernità, quale negazione di un'ingenua trasposizione di categorie realistiche in forme doveristiche, anche, se, in definitiva, la portata dell'intuizione di Spencer gli sfugge.

Più articolata la risposta di Bartolomei ad un altro giuspubblicista, Siotto-Pintor[37], che investe in pieno la questione del rapporto tra formalismo e teoria della personalità giuridica dello Stato. La posizione assunta dal giusfilosofo irpino sul punto non è priva di originalità, dovuta alla sua adesione al formalismo critico, che convive con la negazione di uno dei dogmi che maggiormente hanno caratterizzato, appesantendola, la giuspubblicistica mitteleuropea di fine-'800 inizi-'900, rendendo esiguo il limite tra definizione giuridica e politica dell'ordinamento: quello della personalità giuridica dello Stato.

La sua posizione in tema si giustifica con l'affermazione – che a dire dell'autore sarebbe essa stessa di stampo formalista, ma che tale, a ben vedere, non è – sulla cui scorta, tra metodo perseguito nell'analisi teorica e risultati raggiunti nell'attuazione concreta, si darebbe una relativa indipendenza. Si tratta di una posizione fortemente aprioristica, se non dommatica, ma lo ribadiamo, non priva di una sua originalità, il cui tenore può essere sintetizzato nei seguenti termini: i risultati raggiunti da una teoria possono essere giusti o sbagliati, ma è da constatarsi criticamente quanto tale fallacia dipenda dal metodo, o sia piuttosto da porre in relazione a contingenze di vario ordine e grado. Il fatto è che Bartolomei scinde completamente l'impianto metodologico-formale dai risultati raggiunti, considerando il primo, in linea di principio, inattaccabile dai secondi, considerando la sua verificabilità alla stregua di uno scadimento al livello empirico[38]. Si presup-

[37] Cf. M. Siotto-Pintor, *I criteri direttivi d'una concezione realistica del diritto pubblico*, «Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia», serie III, vol. III, fasc. 1-2, 1905.

[38] In questo senso (*Su alcuni concetti di diritto pubblico generale*, cit., p. 11): «La verità di una dottrina, sarà bene ricordarlo agli empiristi, è del tutto indipendente dalle finalità che essa può eventualmente proporsi nei singoli suoi rappresentanti; ciò che essa potenzialmente e virtualmente contiene da ciò che essa dà nelle singole manifesta-

pone, in questo modo, come valore fondamentale quello di una presunta coerenza logica del sistema, a totale discapito della sua applicazione alla storia concreta, o, meglio, nella più totale indifferenza rispetto a quest'ultima.

Così, la connessione tra gli elementi giuridici di un sistema nasce in uno spazio e in un tempo determinati, in una circostanza concreta, ma, progressivamente, finisce per pregnarsi di sostanza normativa, del tutto avulsa dalla situazione di partenza, che la rende inattaccabile. In tal modo, però, si presuppone, indebitamente, se non fideisticamente, a parere di chi scrive, una capacità propulsiva ed espansiva dei concetti logici e delle costruzioni giuridiche, non controllabile epistemologicamente, del tutto estranea alla situazione concreta che queste ultime erano andate a disciplinare. Non si può non riconoscere quanto quest'argomentazione sia di carattere antipositivistico: essa fa leva sulla possibilità solo presupposta che un dato elemento formale o una certa costruzione giuridica possano, all'infinito, essere funzionali alla disciplina di situazioni 'altre' da quelle che erano state chiamate a regolare. Per Bartolomei: «Come *metodo* andava criticata la scuola, e non nelle singole teorie: queste possono eventualmente venir dimostrate erronee, mentre non per ciò verrebbe infirmato il metodo stesso. […] E la dommatica vuole e deve essere metodo, e metodo giuridico; è questo il suo fondo permanente, il suo momento universale, mentre i suoi principi concreti costituiscono di fronte a quello un contenuto accidentale, ricavabile dall'esame della realtà empirica, del fatto giuridico, soggetto quindi sempre a mutamento e a correzione»[39]. Negata nella sua radicalità la problematica delle trasformazioni del diritto, dal momento che si ritiene la costruzione formale in grado di adattarsi per definizione al proprio oggetto, le mutazioni storico-sociali non sono ritenute rilevanti dal punto di vista normativo[40]. Si

zioni. In ogni singola scienza, in ogni complessa manifestazione di indirizzo dottrinale assistiamo allo spettacolo di lotte intestine; ogni scienza, ogni scuola ha una storia, e la storia è svolgimento di dottrine».

[39] *Ibidem*.

[40] Su posizioni ovviamente opposte sul punto, uno dei massimi esponenti di quel diritto sociale, oggetto degli strali di Bertolomei: per Gurvitch, la questione delle trasformazioni storiche del diritto si configura, infatti, nei seguenti termini (*L'Idée du Droit Social. Notion et système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris, 1932, pp. 2-3): «*Cependant il apparaît de plus en plus clairement que l'effort en vue de décrire les changements de perspective juridique ne peut*

tratterà, volta per volta, di trovare quegli accorgimenti e quegli aggiustamenti finalizzati ad adattare le costruzioni dommatiche alla realtà, permanendo però nella totale presupposizione della separatezza tra l'ambito doveristico e quello fattuale. Ora, per Bartolomei, postulare, come fanno su versanti opposti, con modalità sostanzialmente differenti la giuspubblicistica e la scuola realista del diritto pubblico, un elemento che faccia da fondamento, atto a conferire stabilità di effetti alle volizioni del legislatore, per l'appunto la personalità, intesa nel primo caso in senso logico, nel secondo in senso empirico, sarebbe un errore. Nel caso però del formalismo, la presupposizione logica di una personalità giuridica quale fondamento dell'edificio statuale può essere emendata, anche qui, intellettualisticamente. Bartolomei supporta il proprio punto di vista per il tramite di una concezione dell'eterogenesi dei fini, riguardante tanto un istituto, quanto una costruzione logica, funzionale al suo formalismo. Nella fattispecie concreta, il criterio dello scopo è funzionale non tanto ad una considerazione funzionalistica del singolo istituto o della singola costruzione giuridica, quanto a quella della possibile, al limite, infinita, separazione tra l'istituto stesso e il contesto materiale per la regolazione del quale queste entità giuridiche si sono costituite. Per il giusfilosofo, infatti, in virtù della superiorità logica del dover-essere sull'essere, sarà sempre possibile adeguare, finalisticamente, qualsivoglia costrutto a qualsivoglia realtà empirica.

L'atteggiamento di Bartolomei vuole ridurre la costruzione della personalità giuridica a mera tecnica, di per sé funzionale al contesto da regolare: da questo punto di vista, risulta essere impregnato di pragmatismo più che di formalismo, nella cui ottica, notoriamente, l'elemento teleologico è visto con sospetto. La possibile espansione, *de jure*, dei concetti logici all'infinito non esclude, *de facto*, l'elaborazione di strumenti formali ulteriori, nel caso in cui quelli elaborati in prece-

aboutir à un résultat satisfaisant, sans qu'en même temps les catégories positives, généralement admises. Sans un effort doctrinal réussissant à préciser un nouveau système de principes juridiques, les ruptures mêmes et les changements indiqués ne peuvent être observés d'une façon adéquate, et, a fortiori, *le sens du mouvement, sa direction, ne peuvent être déterminés d'un façon objective».* Sulla problematica delle trasformazioni del diritto, nell'ottica di una ridefinizione sociale del diritto, cf., almeno, M. Leroy, *La transformation de la puissance public*, Paris, 1907; L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912; J. Charmont, *Les transformations du droit civil*, Paris, 1912;.

denza non dovessero più regolare con sufficiente esattezza situazioni sociali concrete, e tra questi c'è quello di personalità giuridica dello Stato; in ogni caso, si fa riferimento ad un uso finzionistico più che formalistico dei concetti. Per quanto condivisibile, e di certo ampiamente condivisa, l'argomentazione di Bartolomei si rivela fallace in più punti, soprattutto nella misura in cui vuole produrre 'artisticamente' (ossia, tecnicamente) scopi determinati e, con essi, una certa organizzazione del reale. Il punto rivendicato con forza, a monte di tutto questo ragionamento, è che la verità di una costruzione, sia essa logica o giuridica, se pure c'è, dipende solo funzionalmente e non veritativamente dalla sua capacita di regolare il contesto che è chiamato a regolare, per cui, potenzialmente, può adattarsi a qualsiasi realtà. Approntare ulteriori strumenti di natura logico-concettuale, nel caso di una difettosa regolazione di realtà sociali determinate, è questione insomma attinente, meramente, alla sfera fattuale.

Riassumendo sul punto, anche in questo caso, la posizione del giusfilosofo rischia di configurarsi in maniera estremamente aspecifica: in generale, non è possibile dire *a priori* che la verità di una dottrina sia del tutto indipendente dai risultati che raggiunge, così come non è possibile neanche sostenere il contrario. In un certo senso, infatti, la verità di una dottrina è immanente e non esterna alla dottrina stessa, nel senso che ogni dottrina metaforizza il proprio parametro di verità, si dà cioè regole e principi su cui considera se stessa, per cui sarà valutabile innanzitutto all'interno di quel criterio di verità che essa, paradigmaticamente, elabora[41]. Ciò non vuol dire che però possa tautologicamente considerarsi immune da qualsivoglia verifica empirica: è questa la differenza tra la scienza nel senso moderno del termine e la filosofia deduttiva di stampo teologico-metafisico.

Sostenere la scissione tra metodo e risultati raggiunti è possibile, a patto, però, di non operare aspecificamente sul punto; nessuna dottrina può, infatti, considerarsi immune dai risultati empirici in assoluto. Sarebbe d'uopo, cioè, mostrare sempre e comunque in che senso un risultato particolare che non conferma una certa teoria infici o me-

[41] È lo stesso Bartolomei ad avallare questa posizione (*Diritto pubblico e teoria della conoscenza*, cit., p. 31): «Come ogni concetto, così ogni scienza deve essere costituita da elementi omogenei; né si può con elementi eterogenei (nel nostro caso non giuridici) giudicare della loro verità. Il criterio della verità tecnica di ogni singola scienza dev'essere cioè non *trascendente*, ma *immanente*».

no un metodo determinato, pena ricadute in un terreno segnato da quel dogmatismo che sfocia nella più totale acriticità. È irto di perigli il congetturare sulla base dell'argomento che sostiene che una teoria sia sempre e comunque vera, oppure, il che è ugualmente dogmatico, che non è mai sganciata dai risultati particolari che persegue: è stringente, al contrario, mostrare la specificità della relazione tra i nessi in questione. In altri termini, una teoria non deve 'funzionare' necessariamente, ma deve lasciar intravedere perché e in che misura non riesce ad essere funzionale al raggiungimento di determinati risultati concreti. Già a partire, però, da queste riflessioni, appare evidente che ogni teoria scientifica può professare una relativa autonomia dai risultati raggiunti solo nella presupposizione, a monte, di un certo grado di accordo con gli stessi, che non trova la sua ragion d'essere nel criterio veritativo che sostiene l'apparato formale, situandosi piuttosto al suo esterno. In caso contrario, non saremmo in grado di distinguere una teoria scientifica da un delirio, inteso nel senso psicopatologico del termine.

Riportate nell'ambito qui circoscritto, queste considerazioni si traducono nei seguenti termini: quale la plausibilità della considerazione reciprocamente esclusiva della credenza nella personalità giuridica dello Stato e dell'adesione al formalismo giuridico? Inoltre, pare lecito chiedersi fino a che punto una concezione del diritto pubblico non incardinata sulla possibilità di limitare dall'esterno il potere dello Stato può configurarsi come scientifica?

Cercheremo queste risposte interrogando un testo ancora successivo, nel quale Bartolomei, più che altrove, approfondisce le matrici teoriche che ne caratterizzano in questa fase il pensiero: la sua *Prolusione* del 1912. Si tratta della trascrizione del discorso che sancisce, di fatto, l'ingresso nel prestigioso Ateneo napoletano e nel mondo dell'Accademia in generale dell'allora giovane studioso, costituendo una tappa di grande importanza nella sua crescita di scienziato del diritto e di uomo. Nella redazione scritta di siffatto intervento si palesa l'eco dell'emozione provata al momento dell'investitura, emozione celata a stento e sovra determinata da deferenti dichiarazioni di gratitudine nei confronti degli esponenti di un ateneo allora così prestigioso come quello napoletano, che lo accoglie tra le sue fila[42]. Si tratta di un

[42] Così A. Bartolomei, *Le ragioni della giurisprudenza pura*, *Prolusione letta il 29*

testo sicuramente argomentato con coerenza, costruito su solide basi concettuali, che ben supportano la sua posizione, tutta tesa a definire i modi e i metodi dell'autonomia del giuridico rispetto alle pretese naturalistiche della scienza sociale.

Il trionfo della sociologia comtiana viene letto all'interno della trama della modernità, come il sintomo della necessità di ricomporre la frattura tra ragione e mondi di vita, frattura generatasi a partire dall'istituzione del soggetto della scienza, pensato come diviso in se stesso, non essendo presente nessuna trama in grado di connettere dentro e fuori, ragione e vita, *res cogitans* e *res extensa*. Ribadite le ragioni del formalismo contro le correnti empiriche e sociologiche, la sua attenzione si rivolge, in prima istanza, ai teorici del c.d. "movimento del diritto libero"[43], e, in seconda battuta, alla convergenza tra le due correnti (la *Freirechtsbewegung*[44], per l'appunto, ed il realismo

Gennaio 1912, Napoli, 1912, p. 9: «Signori! In quest'ora commossa, nella quale mi è dato di toccare per la prima volta questa cattedra, forse visione confortatrice delle vigilie della prima giovinezza, in quest'ora, l'animo mio sarebbe preso dallo sgomento del compito grave che mi sta dinnanzi, pel quale sento impari ogni mia possa, e ne sarebbe vinto, se un altro sentimento ben più incalzante e fervido non prevalesse, incitandomi a dire».

[43] Per una ricostruzione non meramente filologico-ricostruttiva della *Freirechtsbewegung*, cf. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., volume II; per quanto riguarda la sola dottrina francese, cf., ancora, F. Gény, *La notion de droit en France*, in «Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique», 1931, I, pp. 9-41. A dir poco prezioso, ai fini di un'articolata ricostruzione del giusliberismo, lo studio di L. Lombardi-Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975.

[44] Per un primo inquadramento generale della *Freirechtsbewegung*, anche nei suoi risvolti d'Oltralpe, si consideri, in particolare: J. Bonnecase *Science du droit et romantisme*, Paris, 1928; W. Cesarini Sforza, *Il modernismo giuridico*, in «Il Filangieri», 1912; Id*., Sugli aspetti del libero-diritto,* in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 1913; G. Gurvitch*, Le temps présent et l'idee du droit social,* Paris, 1931; Id., *Sociologia del diritto*, cit.; F. Gény, *Epilogue*, aggiunto alla 2ª edizione di *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit. ; K. Riebschläger, *Die Freirechtsbewegung*, *Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*, Berlin, 1968; *La svolta verso il volontarismo nel movimento del diritto libero,* in K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica,* cit., p. 82 e ss., L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale,* Milano, 1975. Di grande spessore critico due opere, delle quali una di area fiamminga, verso le quali lo stesso Gény dimostra ammirazione, in quanto volte a sviscerare la questione del metodo: L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung: zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre,* Berlin, 1907, nonché P. Vandereycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, 1907. Una ricognizione critica che è anche un bilancio sull'attività della

sociologico) che, negli anni compresi tra la fine dell'800 e i primi del '900, pongono in discussione il primato della sovranità e del monopolio del diritto da parte dello Stato. Si tratta di un capitolo di un conflitto più generale, che oppone il particolare all'universale in quella che è stata definita una vera e propria "lotta contro la ragione" (giuridica, beninteso), e che trova il suo campo d'applicazione, prima di tutto, nella storia.

È la ricerca storiografica che, infatti, vive in quegli anni un conflitto dottrinario nel quale i metodi legati all'universalità, alla generalità e alla singolarità si contrappongono. La difesa di un approccio ideografico, non generalizzante, quanto al metodo storico, è da inquadrarsi in un più vasto moto di riscoperta delle ragioni della singolarità contro e l'universale dispiegarsi del concetto proprio dell'hegelismo, e l'estensione della "ragione calcolante", nefasto esito dell'età dei Lumi. La *Freirechtsbewegung*, allora, sarebbe da inserirsi in questa riscoperta dell'esteticità intuitiva dell'esperienza contro quella ragione che tutto tende a pre-determinare; in questo senso, per Bartolomei: «A tale generale tendenza si propongono di dare fondamento logico le nuove ricerche di metodologia, intese ad opporsi alla illegittima pretesa di esaurire tutta la realtà nella sua naturalizzazione, a formulare l'antitesi di quantità e qualità, di intuizione e concetto, a porre, in una parola, il problema dell'irrazionalità dell'esperienza. Dall'altro, le nuove correnti filosofiche esaltano le attività originarie, irriflesse ed immediate dello spirito, e, con esse, nella volontà e nell'intuizione, la preminenza dei momenti più profondi dell'io. Di fronte al razionalismo, si pone la filosofia dell'intuizione»[45]. Né questa può considerarsi una tendenza inerente solo al metodo storico o al rapporto tra scienza del diritto e scienze sociali, investendo, piuttosto, tanto la letteratura, quanto l'arte, intesa nel suo complesso, che mira all'affermazione dei diritti dell'individualità, a superare ciò che è generico, per dar vita ad un'attenzione tutta particolare a ciò che è singolarità: tutto ciò, ha luogo sulla scena di quel conflitto tra forme e vita che caratterizza, penetrandola da parte a parte, i primi decenni del '900.

Per quanto sia condivisibile il giudizio di chi vede in questa *Prolusione* al tempo stesso un approdo molto solido e un altrettanto solido

Freirechtsbewegung è compiuto da A. Kaufmann, *Freirechtsbewegung -lebendig oder -tot? Ein Beitrag zur Rechtstheorie und Methodenlehre,* in «Jus», 1965, pp. 1 ss.

[45] A. Bartolomei, *Le ragioni della giurisprudenza pura*, cit., p. 26.

punto di partenza per successive elaborazioni, l'argomentazione di Bartolomei, non appare, per più di un verso, del tutto convincente, soprattutto nella misura in cui è costruita, contraddittoriamente, sull'associazione tra il sociologismo giuridico e quel "movimento del diritto libero" che pone al centro della sfera normativa non più l'attività del legislatore, quanto il giudice e la propria capacità di creare diritto se non *contra legem*, certamente *preter legem*[46]. Pur mosso dal giusto intento di evidenziare i pericoli insiti in quel movimento sulla cui scorta «all'impersonalità ed obbiettività della norma si sostituisce l'azione dell'individualità, l'opera personale del giudice, nuovissima reincarnazione del culto degli eroi e del superuomo»[47], il giusfilosofo non si perita di rilevare in che misura il ricorso alla generalità propria della norma sociale, e quindi l'integrazione tra giusliberismo e giurisprudenza sociologica, abbia tentato una limitazione di certe rivendicazioni, dall'equivoco sapore individualistico-estetizzante. È chiaro come una posizione di questo tipo non possa essere finalizzata in modo esclusivo al protagonismo giurisprudenziale, avendo di mira e il primato del legislatore, e, più in profondità, la stessa idea di personalità giuridica dello Stato, essendo piuttosto portatrice delle istan-

[46] Scrive L. Lombardi-Vallauri (*Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 369): «Giusnaturalismo e realismo sono poi solidali (sia pure per motivi opposti) nel concedere al giurista, eccezionalmente, la esplicita decisione *contra legem*. Il giusliberismo non offre di per sé una risposta univoca al problema, ma nella misura in cui è coordinabile all'una e all'altra concezione (personalmente ritengo lo sia soprattutto al realismo, per quanto riguarda la tesi della norma effettiva) non può che distaccarsi, anche su questo punto, dal positivismo ristretto. Ho già detto ripetutamente che giusliberismo non vuol dire libertà dalla legge ma dal legalismo, cioè dai metodi che presuppongono il dogma della completezza legale. Questa libertà avvezza però il giurista a vedere la legge in un quadro giuridico, anche positivo, più ampio: entro il quale essa può, in casi eccezionali, apparire come gravemente anomala. Nella prospettiva del giusliberismo non è impensabile il caso in cui il giurista, per usare la formula di Reichel, può decidere *contra legem*, perché – come giurista – deve farlo (e si atterrà agli stessi criteri usati per l'integrazione, ma con aumento di cautele); questo dovere è ancora rafforzato nelle prospettive giusnaturalista e realista; il positivista non è invece autorizzato a decidere *contra legem* se non 'come uomo' – ciò che può riuscire difficile quando l'*habitus* professionale, che è tanta parte dell'uomo, sia teoricamente passivo». Testimoniano di una confluenza tra *Freirechtbewegung* e correnti sociologico-giuridiche alcune opere di E. Ehrlich (*Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft. Soziologie und Jurisprudenz. Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes*, Leipzig, 1902; nonché, Id., *Die juristiche Logik*, Tübingen, 1925).

[47] A. Bartolomei, *Le ragioni della giurisprudenza pura*, cit., p. 21.

ze di un diritto in eterno divenire, se non, per questo, in costante evoluzione, perciò più vicino alle esigenze della storicità.

La giustapposizione tra tendenze sociologiche e giusliberismo in Bartolomei, che pure ne condivide l'aspirazione ad una teoria del diritto che faccia meno dell'idea di personalità giuridica dello Stato, appare superficiale e del tutto acritica, nella misura in cui non rende ragione dello sforzo con cui la buona parte della sociologia giuridica e dell'antiformalismo tendono a limitare quella vena di individualismo tutto sommato anarcoide, talora caratterizzante i teorici della *Freirechtsbewegung*, facendo ricorso al criterio della generalità dei fatti sociali e del sociale in genere contro l'individualismo e il singolarismo dei giudici. Il tenore dell'analisi degli esponenti epistemologicamente più avvertiti della scienza del diritto sociologica è tale da delineare un quadro sulla cui scorta l'individualismo giuridico, ideologia sottostante la costruzione universalistica dello Stato, produce controfattualisticamente, in modo più o meno esplicito, spinte singolaristiche. In altri termini, l'ideologia dell'individualismo giuridico sarebbe unica tanto per il legislatore (Stato come macroantropo), quanto per il giudice (individuo come microantropo). La distanza tra dommatica e vita sarebbe tale da lasciare sempre il giudice solo davanti alla decisione, ragion par cui quella dei teorici del diritto libero sarebbe solo una delle declinazioni, uno dei modi possibili, probabilmente quello più coerente, per colmare la frattura tra logica giuridica e realtà vivente.

Il giusfilosofo irpino non tiene nel giusto conto le importanti sfumature interne al movimento del diritto libero, associando da un lato le tesi più estremistiche, che vogliono che giudice e legislatore siano equiparati, dall'altro quelle che, intendendo limitare l'individualismo di certi suoi esponenti, cercano nella regolarità sociale un nuovo terreno, fondativo della pratica giurisprudenziale, opponendo ad entrambi questi due indirizzi la dommatica formalistica, la difesa dello Stato di diritto e della certezza della pena. Per Bartolomei, sociologismo e diritto libero sono, semplicemente, movimenti attigui, meccanicamente sovrapponibili l'un l'altro; infatti: «Ma il sociologismo non aveva esaurite tutte la sua potenzialità reattive nella contestazione dell'individualità giuridica del diritto; in altri campi e per altre vie gli toccava compiere l'opera sua di negazione. E qui, nel suo ulteriore terreno, esso trovava spazio fecondo e facile in una disposizione generale degli spiriti, in nuove tendenze dello spirito filosofico che, se te-

soreggiavano l'elemento sociologistico del diritto, ne respingevano il presupposto e la base naturalistica. Il suo universalismo doveva essere superato; l'esigenza realistica da esso contrapposta all'indirizzo giuridico, doveva assumere una significazione nuova nella dottrina dell'interpretazione e applicazione del diritto»[48].

Problematica, ma coerente con l'impianto generale, la sua posizione in materia di interpretazione storico-evolutiva, inclusiva di un ben preciso apprezzamento nei confronti della volontà del legislatore, sulla cui scorta, dietro un apparente ossequio formale della sovranità e della sua razionalità, si fa dire alla legge tutto quello i cui interpreti vogliono essa dica, sulla base di una solo presunta possibilità della volontà del legislatore stesso di adattarsi, *de jure*, ad ogni possibile situazione sociale, imprevista e imprevedibile al momento della promulgazione della legge. Si tratta di una seconda versione della già preconizzata in precedenza capacità espansiva dei concetti giuridici. Quello che questa presunta capacità di espansione misconosce dietro il suo apparente logicismo è il primato della sovranità del legislatore. Interpretazione storico-evolutiva e interpretazione centrata sulla volontà del legislatore, apparentemente agli antipodi, proliferano invece nell'ambito di un formalismo politicamente ossequioso del rispetto del primato della personalità giuridica dello Stato. L'onnipotenza del legislatore, la sua intima coerenza, la razionalità che ne connota il volere, la presupposizione di unità a suo carico sono tali che, assolutizzata la sua volontà, l'interprete può ricercarne la matrice in quell'espressione della volontà 'vera', tale perché sganciata da ogni manifestazione accidentale, sulla base di quest'astrazione. A questo punto, potrà adattarla evolutivamente, allo scopo di renderla conforme alle più svariate esigenze sociali. Nella misura in cui qui è l'interprete che fa parlare il legislatore a suo uso e consumo, proiettando la propria interpretazione su quella del legislatore 'attuale', discernendone la volontà 'vera', l'antiformalismo più coerente si è proposto di usare in modo esplicito e coerente il criterio teleologico, al di fuori della considerazione della personalità giuridica dello Stato. Gli scopi che perseguono, questa la lezione dello Jhering antiformalista che riprende Schopenhauer, prescindono da ogni possibile determinazione razionale: in questo senso, ogni volizione dello Stato persegue finalità sociali estra-

[48] *Ivi*, p. 23.

nee alla propria intenzione cosciente (ammesso che ve ne sia una, essendo la personalità del legislatore, a seconda dei punti di vista, un'astrazione o una finzione), ma nella regolazione del caso concreto, il giudice applicherà non la norma formalisticamente 'giusta', quanto la norma che meglio serve gli scopi che il giudice intende regolare nel caso specifico. La legge vuole certi scopi sociali, ma bisogna vedere se gli scopi sociali per il cui adempimento una determinata legge è stata emanata possono essere funzionali anche ad altre esigenze sociali, quelle richieste dal caso: in caso contrario, il giudice reperirà altrove la norma da applicare, ma questo altrove non implica, il ricorso a criteri soggettivistici.

A questo punto, assimilare la rivendicazione dell'autonomia metodologica del giuridico alla difesa tanto del senso dello Stato, quanto della certezza del diritto, sembra, agli occhi di scrive, limitativo, e ciò, innanzitutto per un motivo di "breve raggio". In che senso la mistificazione della volontà del legislatore, proprio dell'interpretazione perseguita dalla Scuola dell'esegesi, il fargli dire tutto ciò che conviene ammantandolo sotto le vesti del rispetto della legge può esser considerato parte integrante di un non meglio identificato senso dello Stato? L'esperienza anche a noi contemporanea non testimonia, almeno in questo al pari di quella fascista, del fatto lo Stato è in pericolo non quando lo si intenda limitare dall'interno e dall'esterno, ma quando lo si consideri entità in grado di fornire tutte le risposte alle più svariate esigenze giuridiche, nonché ai più svariati bisogni materiali? Non esistendo realmente la persona giuridica, rivendicare l'onnipotenza dello Stato, significa, semplicemente, rivendicare l'onnipotenza di coloro che agiscono in nome e per conto dello Stato stesso. Anarchica non è, come sostiene Bartolomei, la dommatica evolutiva (che poi dommatica non è, perché dire evolutivo in senso sociologico vuol dire porsi in una posizione opposta a quella dommatica), ma quella dommatica che crede alla «forza di espansione logica illimitata delle disposizioni particolari»[49]. Essendo realisticamente siffatta espansione logica delle disposizioni particolari un concetto metafisico, esso cela ideologicamente il bisogno di far parlare la legge come più conviene a seconda dei casi, in nome della garanzia offerta dall'oggettività della volizione del legislatore: il formalismo, ancora una volta, scade in empirismo volgare.

[49] *Ivi*, p. 24.

D'altra parte, e questa la possiamo considerare una contraddizione, ma in realtà è un paradosso, Bartolomei, sostenuto dalla negazione del dogma della personalità giuridica, non si tira indietro nell'affermare che la soggezione assoluta alla legge non significhi negazione dell'operare soggettivo del giudice, anzi. Bartolomei afferma esplicitamente che poi, sotto il cappello della legge, il giudice esprime punti di vista parziali, se non soggettivi. Il problema, però, è che egli associa le due cose, senza cogliere il nesso che, controfinalisticamente, le lega: per lui, il fatto che, in beffa ad ogni preteso "senso dello Stato", la sottoposizione alla legge sia il modo migliore per farla parlare come più ci conviene, nella sua lettura diviene un fatto del tutto naturale. Bartolomei non ha ritegno nel contraddire uno dei dogmi di quella certezza del diritto che è il motore della sua battaglia contro il sociologismo, nell'affermare: «Nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto, non occorrono pure operazioni logiche; vi si connettono invece elementi metalogici portati dalla fantasia, dall'intuizione, dalla finalità. È questo un mondo di soggetti e di valutazioni nel quale si afferma una psicologia della vita»[50].

Dunque, l'husserliana *Lebenswelt* rileva eccome nella vita del diritto, a patto, però, di restare un puro e semplice fatto, di costituirsi alla stregua di empiria 'volgare', non mediata dal punto di vista del valore: ma c'è dell'altro, perché, nell'ottica del giusfilosofo, astrazione formalizzante e "cattiva empiria" si tengono a braccetto. Quanto più restiamo all'interno dei confini dell'ordinamento, tanto più quest'irrazionale non solo mantenuto, quant'anche garantito e giustificato. Tentare di razionalizzarlo, equivarrebbe a snaturarlo: il giudice, di per sé, non è una macchina logica, né deve esserlo.

Mutatis mutandis, dicasi lo stesso per l'affermazione, non priva di una certa temerarietà, sulla cui scorta «l'esistenza di lacune del diritto è un'impossibilità logica»[51], in cui qualcuno potrà scorgere un'anticipazione della teoria kelseniana in merito di lacune. Nell'ambito di un dibattito assai significativo alla fine del secolo scorso, la cui "posta in gioco" risiede, in ultima istanza, nella definizione e nei limiti della potenza statuale, Bartolomei sostiene, in sostanza, la posizione che, se lacune ci sono, esse sono extrasistemiche, non intrasistemiche, riguar-

[50] *Ibidem*.
[51] *Ivi*, p. 25.

dando la modalità per cui valori, sociali e ideali, circoscrivono dall'esterno un ordinamento, determinando vuoti normativi che però riguardano l'istituzione e non l'istituito dell'ordinamento. In definitiva, sono quelle lacune del diritto che vorremmo che fosse e che non è, quasi intese, in questo senso e non oltre, alla maniera di Kelsen. Ove i principi del diritto (però Bartolomei non fa menzione della differenza tra principi dell'ordinamento e del diritto) non confortano più l'interprete, le lacune circoscrivono i limiti giuridici dell'ordinamento, palesando la questione che, in senso sostanziale, resta sottesa a tutto quest'argomentare: quella della sovranità. Siamo al punto in cui soccorrono, in un'area che è extra-sistemica ed extra-giuridica, i criteri giusnaturalistici del giusto e della valutazione degli interessi, della conformità del diritto alla prassi sociale, estrinseci, in quanto tali, ad una considerazione normativa. In sostanza, quella delle lacune del diritto è un'area che vive, per motivi tanto logici, quanto materiali, nel 'fuori' dell'ordinamento giuridico, nella quale si regolamenta il passaggio e la qualificazione del fatto in diritto, che accomuna, particolare non di poco conto, riguardandoli entrambi, scienza del diritto e ordinamento concreto.

In questo senso, per Bartolomei: «Ogni scienza ha infatti a sua base degli elementi che non possono essere spiegati, ovvero non possono essere chiusi nei limiti dei principi e degli elementi scientifici della scienza stessa, ma fanno parte di un altro ordine di elementi. Ed invero, se ogni scienza nella sua struttura logica è un sistema di concetti, ognuno dei quali è fondato sull'altro e con esso si spiega, deve pure quest'opera di riconduzione e di riferimento trovare un termine naturale, altrimenti la riconduzione esplicativa si avvolgerebbe in un circolo vizioso, in quanto tenderebbe a illustrare proprio con ciò che deve essere spiegato ed illustrato. Al limite, alla circonferenza della riconduzione esplicativa si presentano appunto quegli elementi e quei concetti i quali non sono propri di quell'ordine di conoscenze. Essi sono quasi i *concetti-limiti* delle scienze, riflettentesi, se vuolsi, i *momenti-limiti* delle cose. Così, ogni scienza si svolge in uno *stato storico*»[52]. Infine: «Ora, questo elemento *non giuridico* nella costruzione della dommatica *giuridica*, elemento non giuridico che deve alla sua circon-

[52] A. Bartolomei, *Diritto pubblico e filosofia*, Estratto dagli *Studi periodici di Filosofia del Diritto e dello Stato*, Vol. I, 1923, p. 47.

ferenza, per quanto ho detto testè, rinvenirsi necessariamente, è dato dalla sovranità. Attraverso successive spiegazioni e riconduzioni giuridiche, si arriva ad un elemento ultimo non spiegabile *giuridicamente*, che si impone e si manifesta col carattere del *fatto*»[53].

Ecco il punto essenziale: la costruzione tutta giuridica di Bartolomei riposa, in ultima istanza, su un concetto-limite, che è la sovranità, concetto del quale lo studioso irpino correttamente scorge l'incongruenza rispetto alla nozione di personalità dello Stato. Saggiamente, Bartolomei non cede alle sirene dell'auto-obbligazione dello Stato, *escamotage* con cui la giuspubblicistica tedesca aveva tentato di rendere conto scientificamente del costituirsi dello Stato come soggetto di diritto a partire dal suo essere sovrano. Egli prende atto della frattura generata, nella scienza del diritto, a causa delle correnti sociologiche che guardano al fenomeno normativo come parte del divenire storico, divenire il cui irrigidimento è assolutizzato dall'attività astraente del formalismo. Sul punto, Bartolomei rivela consapevolezza epistemologica, considerando quello della personalità giuridica dello Stato solo un dogma eretto ideologicamente ai fini di occultare i contenuti materiali, gli interessi delle comunità soggiacenti la costruzione universalistica dello Stato[54].

In questo senso, a partire dalla considerazione che, indefettibilmente, in certe concezioni di stampo positivistico-formale: «[…] il diritto non è concepibile al di fuori dello Stato: e lo Stato non è altro, se non la società stessa giuridicamente ordinata»[55], meritoriamente, egli

[53] *Ibidem*.

[54] Sul punto, cf. A. Luongo, *op. cit.*, pp. 117-20.

[55] P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, pp. 69-70. Nel suo studio, Grossi non è presente riferimento alcuno all'opera di Bartolomei. Lo stesso vale per L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999. Diversamente, invece, citano Bartolomei G. Del Vecchio, *Storia della filosofia del diritto*, Milano 1958, p. 122 e G. Fassò, per il quale, (*Storia della filosofia del diritto, III. Ottocento e Novecento*, Roma-Bari, 2001, p. 230-31): «Avvertita già chiaramente dal Petrone nella sua opera giovanile sulla filosofia del diritto tedesca, l'azione del neokantismo, in qualche modo presente un po' presso tutti gli scrittori di cui si è detto, si manifesta dichiaratamente nell'opera dell'avellinese Alfredo Bartolomei (1874-1954), che si ricollega, anche se con qualche incertezza, alla "filosofia dei valori" della scuola kantiana sud-occidentale tedesca. In essa appare ormai precisa la coscienza della necessità del metodo critico per comprendere i fatti al di là della nuda fenomenicità. Senonché il Bartolomei non sviluppò adeguatamente i motivi kantiani, e riassorbì in parte quelli positivistici orientandosi verso un impreciso "metodo storico"

cerca una sintesi tra la matrice vivente del diritto e la sua definizione di fenomeno politicamente legato alla sovranità.

Il problema, allora, potrà essere riformulato nei seguenti termini: in che misura una scienza del diritto che prenda in carico la totale incompatibilità di sovranità e soggettività dello Stato potrà dirsi scienza? In che misura, cioè, potrà rendere conto scientificamente, ossia normativamente, delle situazioni in cui lo Stato compare in posizione di obbligato, come nel diritto internazionale (cui non casualmente Bartolomei non conferisce alcuna dignità scientifica), nel diritto amministrativo, nell'osservanza e nel rispetto dei vincoli di natura costituzionale? In che misura il suo sforzo produce un allontanamento da certe istanze, materiali e formali, di giuridificazione del diritto, presenti nella giuspubblicistica italiana e mitteleuropea d'inizio '900[56]?

A questi problemi, il realismo giuridico ha tentato di rispondere, tenendo presente l'inassimilabilità concettuale prima che materiale tra sovranità e soggettivazione intraordinamentale della potenza statuale. Il confronto tra l'approccio normativistico di Bartolomei e le correnti realistiche è, dunque, a questo punto, assolutamente stringente, anche

che si richiamava, al solito, al Vico, paravento di ogni eclettismo italiano, e che parve al Bartolomei consentire un'interpretazione storica della sociologia. Neppure questa, che era apparsa una vera impostazione critica della filosofia del diritto, seppe superare tutti i residui positivistici».

[56] P. Costa mette, opportunamente, in rilievo come le due linee guida potenzialmente in grado di regolare il binomio sovranità-personalità giuridica dello Stato, incarnando il nostro la prima, legata all'esternità non formalizzata della sovranità all'ordinamento, Orlando la seconda, finiscano per entrare potenzialmente in rotta di collisione (*Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986, pp. 244-45): «L'opposizione al collegamento necessario fra sovranità e personalità dello Stato, che non dipenda dall'adozione di un modello giuspolitico radicalmente diverso, si risolve in una diversa delimitazione dei confini estremi del campo teorico giuspubblicistico: se nella linea (per intendersi) orlandiana la sovranità è perfettamente contenuta all'interno del campo teorico, in quanto momento del centro 'soggettivato' di esso, esistono linee argomentative per le quali la sovranità è una dimensione che sfugge essenzialmente alle maglie della concettualistica giuridica […] Sono a questo punto espressi i termini di un dilemma di cui non è facile intuire la soluzione: o si coglie il momento immediatamente 'dispotico' del potere – e allora il campo giuspubblicistico si organizzerà supponendo, ma non tematizzando la 'sovranità', oppure la sovranità entra nel raggio della rappresentazione giuridica del politico, attraverso l'involucro, per così dire, de-politicizzante, dello 'Stato-persona' – e l'immagine del potere perderà in spessore e in visibilità».

al costo di prendere in considerazione contributi precedenti rispetto a quelli sin qui trattati.

4. *Il realismo giuridico nella prospettiva di Bartolomei*

Si tratta, a questo punto, di specificare tanto il senso, quanto i limiti di un capitolo centrale nella riflessione di Bartolomei, relativo alla critica alle correnti del realismo giuridico, in un certo senso speculare alla sua opzione metodologica di tipo normativistico. Prima di addentrarci in un terreno che si rivelerà scivoloso, è intenzione di chi scrive dimostrare come il realismo non sia solo esterno al sistema del giusfilosofo, riguardando cioè la modalità in cui diritto e fatto si annodano, ma concerne anche la strutturazione interna del suo approccio, costituendo il presupposto fattuale dell'attività astraente del giurista formalista. Come l'opera di Kelsen ha perfettamente esemplificato, in un'ottica formalista, l'astrazione ha luogo su uno sfondo materiale solidamente costituito, ossia, la questione della validità si pone nella presupposizione di un ordinamento effettivo, ossia efficace all'interno di quadri normativi ben definiti.

In modo del tutto plausibile e condivisibile, Bartolomei avvicina la scienza del diritto e dello Stato alla scienza *tout-court* intesa, evidenziando come il diritto stesso si dia nella realtà come intreccio di forma e materia[57]. Sostenendo che l'astrazione, seppur in minima parte, si legittima in virtù della struttura stessa del suo oggetto, così come l'indagine sulla struttura matematica della materia si giustificherebbe per il suo stesso essere strutturata in senso matematico, l'irpino paga un ulteriore tributo, mitigato dall'affermazione che nella citazione è in parentesi, ad una prospettiva che, critica del realismo, ne condivide tratti importanti. Infatti, a ben vedere, l'apologia del ruolo costituente della soggettività critica contro la passività nei confronti dell'oggetto

[57] Nel giustificare questa posizione, dichiara che: «Tanto più che il diritto (questa natura del diritto costituisce, s'intende, *solo* un nuovo e maggiore argomento in favore dell'analisi astrattiva) è appunto la *forma*, l'involucro esterno delle complesse e multiformi relazioni sociali; ed è precisamente una delle proprietà della forma quella di poter essere trattata indipendentemente da ogni contenuto. Così la matematica di fronte alla fisica, che ricorre alla *forma* matematica» (A. Bartolomei, *Diritto pubblico e teoria della conoscenza*, cit., p. 14).

della scienza finisce con l'essere giustificata non dall'attività stessa del soggetto, quanto dalla struttura 'oggettiva' della realtà, la quale presenterebbe essa stessa un versante formale che rende plausibile l'astrazione. Ma se, come si è sostenuto con vigore, l'attività dello spirito è in un certo senso costitutiva del suo oggetto, essa non dovrebbe, in modo del tutto pertinente e conseguente, cercare conforto alcuno nella struttura materiale di realtà che intende organizzare, struttura che, in sede teoretica, era stata spregiativamente descritta prima dell'intervento dell'attività organizzatrice dello scienziato – sarà bene riprenderlo qui – come «una serie di percezioni da un lato sconnesse, dall'altro legate da passaggi graduali e insensibili, che tutto insieme, ricollegano ed incatenano, ma che non ci darebbero la possibilità di procedere ad alcuna sintesi, ad alcuna scienza, ad alcuna formazione concettuale»[58].

Bartolomei, nell'arco di poche righe, passa dall'apologia del ruolo costitutivo della categoria astrattiva nei confronti del suo oggetto al semplice rinvenimento del momento formale all'interno del diritto come oggetto costituito storicamente. Riducendo notevolmente la purezza del suo formalismo, finisce per usare le sue categorie in senso realistico: dismesse le vesti dell'astrazione formalizzante, si tratta, ora, semplicemente, di reperire l'elemento formale all'interno delle formazioni storiche, di presupporre un momento formale prima di ricostituire sinteticamente l'oggetto così come esso si dà nella società, sollevandolo dalla sua naturalità, sempre nella presupposizione che il rapporto concreto, vivo, tra materia e forma abbia luogo all'esterno, al di là della categorizzazione scientifica. Si tratta di uno scivolamento empirico che costituisce momento di discontinuità rispetto a quell'approccio pragmatista, relativo ai suoi studi in materia di giusnaturalismo.

Questa tendenza del formalismo a caricarsi acriticamente di contenuti empirici, facendo un uso realistico di categorie che del fenomeno dovevano costituire condizione di pensabilità, giunge, però, allo *zenit* in quella che è la critica vera e propria alle correnti realistiche, critica che, tra l'altro, è doloroso dirlo, ma lo si può anticipare, pur non essendo esente da una certa superficialità, è coerente sin dai suoi approcci più positivistici.

[58] *Ivi*, p. 15.

La pure acclamata tendenza di Bartolomei a contraddirsi nell'ambito dello scorrere di poche pagine non deve però porre in ombra la sua idea dominante, che riguarda per intero la sua riflessione. C'è un'idea che, in particolare, è presente da parte a parte in tutte le stagioni della sua riflessione, ed è già presente nelle sue riflessioni sull'opera di Ardigò[59]. In quest'ultima, in particolare, è ben presente la critica alla tendenza della sociologia ad espandersi oltre i suoi confini 'naturali' di scienza, elidendo la specificità normativa del diritto. Va riconosciuta al filosofo irpino, da questo punto di vista, una continuità nell'impostazione critica, non sempre sostenuta da validi argomenti: in particolare, a parere di chi scrive, appare molto povera la sua critica del realismo sociologico per il suo volersi costituire, del tutto naturalisticamente, come fotografia della realtà, ignorando il ruolo costitutivo, 'attivo' del soggetto nella costituzione dell'oggetto della sua indagine. È però un errore madornale non riconoscere che la fotografia non ha a che fare con la visione oggettiva, quanto con l'oggettività di quello che i fenomenologi (in particolare Sartre e Merleau-Ponty) hanno definito sguardo (*regard*).

In fondo, però, nell'opera di Bartolomei, questi due aspetti, che in modo del tutto sommario si sono indicati come aspetto positivo, la continuità della sua intrapresa critica, e quello negativo, la superficialità della stessa, sono strettamente intrecciati. La posizione dell'irpino si chiarisce in senso unitario se guardiamo al modo in cui egli costituisce l'oggetto della sua ricerca: il suo obiettivo, ciò cui egli si riferisce, infatti, non è quel sociologismo che intende costituirsi non metodologicamente come limite alla possibilità di concettualizzare la realtà, ma quello che intende, su base empirica, realizzare in modo sintetico quella essenzialistica sinergia tra realtà e valore. La forza di questa riflessione consiste nel tentare di tenere nell'immanenza quella rifles-

[59] Sull'adesione del giovane Bartolomei al Positivismo, si veda, utilmente, A. Luongo, *op. cit.*, pp. 46-55. In modo del tutto pertinente, per Fassò (*Storia della filosofia del diritto, III. Ottocento e Novecento*, cit., p. 171): «Alla sua sociologia (ed alla sua etica, che è un'etica sociologica) l'Ardigò dà anzi, almeno quanto alla terminologia, l'aspetto di una filosofia giuridica, chiamando *giustizia* la "forza specifica" dell'organismo sociale [così come "l'*affinità* è la forza specifica delle sostanze chimiche, la vita delle organiche, la psiche degli animali" [Ardigò, Sociologia, II, IV, 1 (in *Opere filosofiche*, IV, Padova, 1908, p. 97)], ed asserendo che "la teoria della formazione naturale della vita sociale è anche nello stesso tempo la teoria della formazione naturale della Giustizia (*ivi*, pp. 96-97)»˙.

sione la cui unitarietà si era rivelata obiettivo mancato tanto dalla metafisica speculativa, quanto dall'idealismo, che avevano finito con lo strutturarsi come impianti dualistici, che scindevano il soggetto e l'oggetto, il reale e l'ideale. Il fatto è che Bartolomei non si occupa e non attribuisce alcuna validità teoretica agli apporti critici del sociologismo.

Il riferimento esclusivo ad una sociologia dalle ambizioni filosofiche, che vuole riscrivere l'etica nell'ambito di un approccio immanente, pur costituendo un momento di continuità nella sua riflessione, viene acriticamente trasposta a tutto l'ambito del realismo sociologico, misconoscendo la specificità di approcci più accorti metodologicamente, sui quali si abbatte la mannaia di una critica pensata per quell'approccio nel cui ambito la sociologia intende essere più una nuova metafisica che una disciplina attenta ad una disciplina critica del pensiero, esso stesso impregnato di criticismo. La critica dello scientismo, complessivamente, lascia poco spazio alle possibilità evolutive di un positivismo metodologico.

Costatata l'esistenza di almeno due indirizzi caratterizzanti la ricerca socio-normativa, quello che studia la funzione sociale del diritto, i cui esponenti sono individuati in Marx, Loria, Schäffle, Jhering, Durkheim, e quello storico-comparativo, Bartolomei prende Ardigò[60] a pietra di paragone di questa seconda corrente, tesa alla ricerca di quelle leggi che regolano l'evoluzione del diritto, considerato come un fenomeno sociale e "messo in serie", se non meccanicamente collegato, ad altri fenomeni prima sociali e poi naturali, i cui altri esponenti sono Maine[61], Dahn, Post.

Diciamo quindi che Bartolomei fa riferimento ad una sociologia impregnata di questioni filosofico-metafisiche, della quale critica fin dall'inizio l'impropria tendenza ad esondare al di là dei suoi limiti costituiti di scienza, approccio dal quale si distaccherà poi decretando quella che mirabilmente è stata definita "eutanasia critica" del positi-

[60] Cf. A. Bartolomei, *I principî fondamentali dell'etica di Roberto Ardigò e le dottrine della filosofia scientifica*, Ragusa, 1900.

[61] H. S. Maine, *Ancient Law*, tr. it. *Il diritto antico*, a cura di V. Ferrari, Milano, 1998. Per un confronto tra le posizioni di Maine e quelle di Durkheim, ad esemplificazione dei due diversi filoni dell'indirizzo socio-giuridico, cfr. P. Marconi, *E. Durkheim e H. Summer Maine*, in «Sociologia del diritto», 1982, pp. 45-63.

vismo[62], ma ha il torto di restare fissato a quest'approccio iniziale, estendendo i risultati raggiunti in quest'ambito a tutta la scienza giuridica realista, peccando, a parere di chi scrive, d'approssimazione.

Non a caso, punto di partenza della riflessione dell'irpino che si vorrebbe maggiormente ancorata al positivismo sociologico, è la considerazione sulla cui scorta ogni dottrina filosofica abbraccia sempre e comunque, in maniera indefettibile, la risoluzione possibile dei problemi del sapere, dell'essere e dell'agire. Ontologia, epistemologia, etica, sono elementi costitutivi anche della riflessione positivistico-sociologica, «poiché, una spiegazione della genesi e del valore della conoscenza, degli elementi dai quali essa deriva, non può prescindere dall'esaminare il rapporto degli oggetti del conoscere, dalla ricerca delle trasformazioni cosmiche dalle quali la conoscenza deriva, come, ogni dottrina esplicativa delle cose trova il suo fondamento in una determinata teoria del sapere. Allo stesso modo, la spiegazione della natura delle cose, della natura e delle leggi dell'esistenza conduce necessariamente al problema del valore e dei fini di essa, come, ogni modo particolare di concepire il valore e i fini dell'esistenza dipende immediatamente da una corrispondente concezione dell'ordine cosmico e mediatamente da una corrispondente soluzione del problema gnoseologico»[63]. È solo all'interno di questa struttura della conoscenza che trova posto l'interesse per Ardigò, pensatore che non elude, anzi che tiene in massimo grado alla concettualizzazione di quella sintesi unitaria che lega, quasi sussumendola, la storicità dell'umano, di cui Hegel considerava statualità, coscienza, scrittura, sintomi eminenti, nell'ordine cosmico. L'interesse per Ardigò è giustificato nella misura in cui: «Quantunque per mancanza di dati storici non ci dia che lo schema, il processo di formazione ideale del diritto, a questo secondo indirizzo può congiungersi l'Ardigò, in quanto si propone come compito della sua *Sociologia* lo studio del processo di formazione storica della giustizia, che con pensiero altamente filosofico, ricongiunge alle leggi dell'evoluzione universale»[64].

Se di questo sociologismo si criticano i limiti pur nella fase positivistica, esso resterà la pietra di paragone di tutto il realismo sociologi-

[62] Cf. A. Luongo, *op. cit.*

[63] A. Bartolomei, *I principî fondamentali dell'etica di Roberto Ardigò e le dottrine della filosofia scientifica*, cit., pp. 9-10.

[64] *Ivi*, p. 25.

co, accusato di ricondurre la storicità e, quindi, l'autonomia del normativo, all'interno della concatenazione cosmica delle cause.

Misconoscendone ogni valenza critico-decostruttiva, il positivismo sociologico, per Bartolomei, confonderebbe realismo e realtà[65]. A tale concezione 'realista', che il filosofo irpino assimila alla filosofia della fotografia, viene opposta la preminenza del soggetto, il quale, nella scienza, riveste una funzione che è di costituzione del suo oggetto, e il riferimento a Cartesio va proprio nella direzione di un'opposizione tra momento soggettivo e oggetto del conoscere, che non può prescindere dal momento analitico-formale. L'"eutanasia critica" del positivismo di Bartolomei è allora, uno dei capitoli di quella "reazione idealistica" contro la scienza, di cui l'ideologia fascista, nonostante tutte le prese di distanza, è una delle possibili declinazioni politiche. L'anelito critico dell'irpino è tale che la rivendicazione del momento soggettivo del conoscere è in primo piano: la scienza, qui intesa come conoscenza, non è fotografia delle cose, quanto piuttosto attività soggettiva, artistica, tesa a plasmare la realtà, laddove, invece, al cuore delle dottrine di molti giuspubblicisti vivrebbe una concezione ontologico-metafisica del reale, di marca filosofica. Su questa giuspubblicistica non varrebbe la pena soffermarsi oltre, essendo il diritto come oggetto una realtà complessa, composta da un 'dentro' e da un 'fuori', un 'dentro' di materia sociale, e un 'fuori' costituito in senso formale, che richiederebbe una combinazione di metodo sintetico e analitico.

La guerra al concettualismo, all'astrazione, condotta dai giuspubblicisti 'realisti' sarebbe propria di un realismo propenso alla costante confusione tra logica ed ontologia: così, anche i fautori dell'indirizzo sociologico astrarrebbero dal dato reale, e dovrebbero considerare le loro opere il prodotto di astrazioni.

D'altra parte, il metodo giuridico, per così dire, avrebbe, come le volizioni dello Stato di cui si detto prima, una sua "forza espansiva", ragion per cui può ben dirsi come: «Né può rimproverarsi al metodo giuridico che esso si esaurisca in una pura analisi concettuale. Anche questa avrebbe il suo valore; ma il metodo giuridico non se lo propone, giacché esso indaga la natura dei singoli fatti di esperienza, dei

[65] In questo senso (*ibidem*): «È su di astrazioni che si fondano tutte le scienze, tutto il sapere, il quale ha sempre avuto una base subbiettivistica».

singoli rapporti empirici che sorgono e si svolgono nella realtà delle organizzazioni statali»[66].

Bartolomei, che taccia ad ogni piè sospinto i sociologi di ispirazione platonico-metafisica, nel prendere ad oggetto della sua critica il Deslandres, caro a Léon Duguit, che dell'applicazione del metodo empirico nella scienza del diritto è un alfiere, commenta una sua affermazione («*la vérité, c'est que si nous avons dans l'esprit des types généraux, des concepts supérieurs, c'est de l'étude des institutions réalisées parmi les hommes qu'il se sont dégagés*»)[67], evidenziando come contraddittoriamente lo studioso francese avesse tacciato il formalismo di ascendenze platoniche, negando quanto, invece, esso fosse radicato nell'esperienza.

La *pars destruens* del discorso di Bartolomei è completata con una disamina più accurata dei principi fondanti l'approccio sociologico in diritto pubblico: si evidenzia come quest'ultimo abusi dell'applicazione del metodo causale e lo faccia, contraddittoriamente, facendo riferimento a nozioni quali quelle di evoluzione e di cause intese in senso teleologico, interne alla tradizione empirico-sociologica tanto avversata. «Ma, come ho detto io, i sociologi del diritto pubblico mirano alla ricerca delle cause e delle leggi. Per l'estensione metodologica delle scienze naturali, si vuole e si tende a cercare di ogni fenomeno le cause produttrici, perché si crede che questo sia l'*unico* compito assegnabile alla scienza. Ora, io non indugerò certo a confutare un simile concetto unilaterale che contrasta con tutta la logica delle scienze, e mi limiterò ad osservare: giacché si vogliono cercare le *cause* del diritto, non è lecito fermarsi alle cause sociali, giacché il diritto se è un fenomeno sociale, è tale perché è un fenomeno cosmico. La ricerca causalistica è per natura sua una ricerca che procede indefinitamente; e perché essi vogliono arrestarsi alla cause sociali? Perché non ricercare le cause delle cause? Cioè le cause cosmiche? Non è questo un processo di astrazione e isolamento?»[68].

La posizione che qui emerge è davvero singolare dal punto di vista storico-ricostruttivo: il giusfilosofo sembra ignorare, tra l'altro, che

[66] *Ivi*, p. 18.

[67] M. Deslandres, *La crise de la science politique et le problème de la méthode*, cit., pp. 94 ss.

[68] A. Bartolomei, *I principî fondamentali dell'etica di Roberto Ardigò e le dottrine della filosofia scientifica*, cit., p. 22.

proprio Comte, fondatore del positivismo, intende sostituire le leggi causali, che nascono e trovano la loro ragion d'essere in ambito teologico-metafisico, da leggi funzionali, delle quali riteneva poter predicare la massima generalità, ma che non sono mai universali nel senso in cui lo è una legge fisica[69]. La "legge dei tre stadi" è una legge funzionale che registra una tendenziale associazione tra fenomeni, che non può assurgere al rango di legge causale. Il tenore della critica di Bartolomei può essere riassunto nei seguenti termini: esiste, di fatto, una catena causale che si estende alla socialità procedendo dal cosmo, ma un lavoro di questo tipo comporterebbe una perdita al livello delle distinzioni qualitative tra fenomeni, appiattendo la logica del diritto a quella delle cause naturalisticamente intese. Evitare di costituire come scienza empirica la giurisprudenza vuol dire, seguendo il metodo della giuspubblicistica tedesca, formalizzare nel senso del *Sollen* l'oggetto della propria indagine, compiendo un'indagine in questo senso preliminare sui concetti fondamentali di diritto pubblico. È necessaria, dunque, sulla scorta dell'insegnamento di Laband, un'opera di limitazione quantitativa e differenziazione qualitativa degli istituti oggetto della riflessione della scienza giuridica.

Come già specificato in precedenza, Bartolomei fa sua quella particolare prospettiva storicistica, propria del neokantismo c.d. sud-occidentale, per cui la storia è sì scienza, ma scienza dell'individuale e non del generale (Rickert). Al tempo stesso, nella misura in cui l'evoluzione è processo diacronico, caratterizzato da «distinzione quantitativa e differenziazione qualitativa»[70], siffatto processo di qualificazione non è considerato costante, quanto piuttosto variabile nel

[69] È con grande chiarezza che Gurvitch, sociologo che certamente ha vissuto la crisi e il ripensamento critico di una disciplina che, per un certo lasso di tempo, si è posta come "regina delle scienze" (*Déterminismes sociaux et liberté humaine* (1963), trad. it. *Determinismi sociali e libertà umana*, Roma, 1969, p. 72): «La sorte delle leggi causali, nella scienza contemporanea, richiama un po' quella degli idoli rovesciati: oggetto in un primo tempo di un'adorazione eccessiva, sono cadute in seguito in una disistima un po' esagerata. Bisogna peraltro riconoscere che la rivelazione dei limiti delle leggi causali ha beneficiato anche del contributo apportato dall'approfondimento del legame causale come tale, e della discussione sul problema della causalità in biologia e soprattutto in psicologia, in storia e in sociologia, quale si è sviluppato dopo l'inizio del XX secolo».

[70] Si era scritto, però, alla pagina precedente, che si trattava di un processo attinente al metodo scientifico, più che all'evoluzione quale oggetto.

tempo. Sulla scorta del c.d. principio dell'eterogenesi dei fini, che già Vico aveva chiaramente concettualizzato, un determinato istituto, sia esso culturale, sociale, economico, giuridico, nel corso della sua storia, si rivela in grado di servire scopi e finalità che sono molteplici, eccedenti tanto la sua definizione logica, quanto lo spirito con il quale originariamente, è stato fondato. Quindi, tentare di ricondurre un istituto alla propria nascita storica, all'intenzione del fondatore, o ripensarlo all'interno della sua consistenza logica, significherebbe null'altro che misconoscere che la sua genesi, la sua origine storica non hanno poi tanta parte nella definizione concreta di un istituto, e che quest'ultimo riveste funzioni e serve, nel corso della sua evoluzione materiale, finalità sociali le più diverse e svariate.

Ciò premesso, bisogna sottolineare come la lettura di Bartolomei lasci, francamente, il lettore in uno stato di perplessità, non solo per le contraddizioni e le giustapposizioni improprie che si susseguono di pagina in pagina, ma anche per il tenore complessivo dell'argomentazione. Giusta la rivendicazione onnipresente e generalizzata dell'autonomia complessiva della scienza del diritto, questa, innanzitutto, come rilevato, non è supportata da una precisa posizione in materia di teoria della personalità giuridica dello Stato: il suo pensiero, inoltre, di fatto, si iscrive in un'ottica pragmatista, molto povera nella sua acquisizione metodologica, che si connota in senso ulteriormente negativo, per una critica quanto mai aspecifica e superficiale, se non errata, del realismo sociologico propriamente detto[71]. È strano, infatti, costatare come Bartolomei, nonostante la sua preparazione filosofica, associ costantemente il positivismo sociologico ad un discorso legato al rinvenimento ed alla traduzione normativa di nessi di natura causale: notoriamente, il positivismo sociologico, come più volte sottolineato, è quel movimento di pensiero che nasce da un'istanza metodologica che rigetta, in nome di un'attenzione esclusiva ai fenomeni visibili e

[71] Per lo stesso Piovani (*Necrologio*, cit., p. 587): «Ma il richiamo a Kant non fu mai, per il Bartolomei, altro che una indicazione di metodo, in fondo approssimativamente kantiano, nella lettera e nello spirito. Il "metodo critico", inteso in senso assai lato e, vorremmo dire, elastico, fu il mezzo che permise di conciliare esigenze, più che diverse, opposte: principali, tra queste, il riconoscimento dello sforzo, apprezzato ma criticato, del positivismo naturalistico verso una "naturalizzazione della vita sociale"; la ricerca di norme capaci di valutare i fatti trascendendoli con criterio non 'trascendente', ma 'trascendentale'; il rifiuto di un diritto naturale razionale, identificantesi, alla fine, con le leggi supreme della morale».

sperimentabili, l'idea di causalità, che ritiene patrimonio della tradizione teologico-metafisica. In questo senso, la posizione di Comte è esemplare[72]: anche quando la causalità è tenuta in considerazione (in qualità di causalità funzionale), lo è nell'ambito del semplice riconoscimento di regolarità statistiche tendenziali che associano fenomeni, regolarità reperite in senso causale nella natura e in senso finalistico-teleologico nella storia, con una particolare attenzione ai concetti di funzione e di adattamento, con cui Spencer intese riportare in ambito sociale certe intuizioni di Darwin. È un po' balzana, a parere di chi scrive, collegare l'idea di causalità nel diritto, se e ove perseguita, alla concatenazione cosmologica delle cause, trattandosi proprio di ciò che il sociologismo aborrisce. Il positivismo sociologico ricorre all'idea di causalità funzionale come concatenazione di realtà proprio nell'ottica di una liberazione dalla causalità così come intesa in senso tradizionale. In questo senso, il ricorso alla verifica empirica è fondamentale, perché la correlazione tra fenomeni non è vera nel senso dell'universale, ma è constatata in quello del generale. D'altra parte, tutto il realismo sociologico è questione di generalità: lo Stato, più che universale dispiegato, è considerato un semplice gruppo sociale che vive all'interno di una dialettica conflittuale con altri gruppi, più che essere l'espressione della volontà generale, che vale come volontà universale.

Proprio a partire dal 'secondo' Jhering, quello della svolta antiformalista, si dipana e prende vita una giurisprudenza sociologica, orientata sullo scopo più che sulla causa[73]. La *Interessenjurisprudenz*, i cui principali esponenti saranno Philipp Heck e Rudolf Müller-Erzbach che dall'ultimo Jhering prende le mosse, si oppone alla *Begriffsjurisprudenz*. Essa è centrata sull'idea di scopo, criterio struttura-

[72] L'idea di Comte, infatti, era legata all'intera sostituzione delle leggi causali alle leggi funzionali, delle quali si credeva di poter esaltare la grandissima generalità. Il che lo ha, alla fine, condotto sulla strada di un'aperta ostilità contro «ogni ricerca troppo particolareggiata», giungendo fino a condannare «come incoerenti o sterili, derivanti da una curiosità sempre vana e puerile», «la ricerca microscopica», «l'uso di strumenti di ricerca troppo precisi». Cf. A. Comte, *Cours de philosophie positive*, 4ª ediz., 1877, vol. VI, pp. 637-638.

[73] Per una rigorosa critica formalista a quest'indirizzo, cf. H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatze*, trad. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di A. Carrino, Napoli, 1991, pp. 86-122.

to in radicale opposizione tanto all'impianto causalistico che regge le leggi di natura, quanto all'autonomia concettuale di concetti deduttivamente concatenati. Si costituisce un "terzo regno", che non coincide né con quello della logica assiomatico-deduttiva, né con il naturalismo empirico.

La lettura attenta di questi autori, ma soprattutto de *Lo scopo nel diritto*, evidenzia come proprio il criterio dello scopo faccia da cesura tra fenomeno naturale e fenomeno normativo. Un breve riferimento alla trattazione di Jhering, dunque, chiarirà quanto la giurisprudenza dello scopo non abbia nulla a che fare con la nozione di causalità: relativamente alla sua opera conclusiva, la trattazione del giurista di Göttingen si inaugura infatti con una critica a Spinoza, di sapore nettamente schopenhaueriano: «Secondo il principio di ragion sufficiente, nel mondo nulla accade da sé *(causa sui)*, ma tutto accade, cioè ogni modificazione del mondo sensibile, è la conseguenza di un evento antecedente e diverso, senza il quale esso non avrebbe potuto verificarsi. A questo fatto, postulato dal nostro pensiero e comprovato dall'esperienza, diamo, com'è noto, il nome di legge di causalità»[74]. Ancora in una certa linea di risonanza con Arthur Schopenhauer, questa legge (il principio di ragion sufficiente), risulterebbe di tipo meccanico per quanto attiene la natura, per costituirsi alla stregua di un principio di carattere teleologico per quanto attiene la volontà: Jhering distingue, così, tra causa efficiente e causa finale, dando luogo ad un radicale processo di differenziazione tra causalità meccanico-naturalistica e causalità psicologica, foriera di importanti conseguenze nel suo sistema.

Lo studioso chiarisce sin dall'inizio come il rapporto tra causalità naturale e causalità finalisticamente intesa debba essere colto in generale in rapporto all'oggetto, con una cautela, però, di natura metodologica. Da un lato, infatti, si ha che: «Se esaminiamo la causalità, vediamo che l'oggetto in cui si manifesta l'effetto si comporta passivamente; esso sembra solo un singolo punto dell'universo nei cui riguardi, in quel momento, giunge a compimento la legge di causalità; nel caso dello scopo, invece, l'essere da esso posto in movimento si presenta come attivo, cioè agente. La causa appartiene al passato, lo

[74] R. von Jehring, *Der Zweck im Recht,* trad. it. *Lo scopo nel diritto,* a cura di M. G. Losano, Torino, 1972, p. 17.

scopo al futuro. La natura esterna, interrogata sul fondamento dei suoi eventi, invita chi l'interroga a guardare indietro, mentre la volontà l'invita a guardare avanti. Quella risponde con un *quia,* quest'ultima con un *ut*»[75], ma d'altro canto il regno della causalità naturalisticamente intesa è, *tout-court,* quello dell'intelletto kantiano, della schopenhaueriana rappresentazione, luogo di una composizione immaginaria, fittizia, della strutturale dissimmetria di soggetto ed oggetto, dove, invece, le relazioni caratterizzate dalla causalità teleologicamente intesa, pur riguardando enti afferenti al mondo della natura, si differenzierebbero da tale ambito. Regno minerale e regno vegetale sarebbero sottoposti ad un principio causale di tipo meccanico, mentre animali ed esseri umani se ne emanciperebbero per aprirsi al mondo del *telos,* del valore, pur restando enti naturali. Sin dall'inizio della sua trattazione Jhering rende palese il fatto che tra mondo naturale e mondo animale non sussista alcun rapporto lineare: se nel mondo naturale il rapporto causa-effetto è concepibile in modo deterministico, nel mondo animale la volontà gioca un suo ruolo autonomo, tale da spezzare ogni nesso lineare e da superare ogni relazione naturalisticamente intesa, per realizzare un fine che supererebbe, in ogni caso, la mera naturalità. Questa differenza qualitativa serve a Jhering per raggiungere due importanti obiettivi, tra loro intimamente intrecciati: da un lato egli comincia a distinguere la legge come fatto della natura da quella più propriamente definita sulla base del suo *telos*, anticipando una tendenza interpretativa che sarà recepita nella sua pienezza da Kelsen, già ravvisabile prodromicamente in Kant, tesa a distinguere metodologicamente la legge nel dominio delle scienze della natura e in quello delle scienze dello spirito. Dall'altro, gli è necessaria a dare ragione di quelle differenze intercorrenti tra sentire aristocratico e sentire servile, nonché di quelle, esattamente simmetriche alle prime, tra Stato e società, in precedenza differenziate sulla pura base del sentire individuale. La trattazione del giurista tedesco si articola in un confronto, non sempre esplicitamente tematizzato, ma palese al lettore, con l'*Etica* di Spinoza, la *Critica della Ragion Pratica* di Kant, la *Fenomenologia dello Spirito* di Hegel, soprattutto in relazione al salto natura-cultura ed alla dialettica signoria-servitù quale luogo e del possibile riconoscimento reciproco, ma anche quale momento del trascen-

[75] *Ibidem*.

dimento di rapporti intesi in senso naturalistico, a favore della definizione di un'area caratterizzata dalla possibilità di un'esistenza sovrana e, in quanto tale, libera dal bisogno[76].

Ma già l'animale è, per Jhering, un essere che si trascende e che si colloca al di là di se stesso; scrive infatti l'autore: «Anche la capacità di pensare dell'animale, – premessa della sua volontà – è qualcosa di infinitamente superiore a ciò che sembra a prima vista. È facile dire che la rappresentazione di un evento futuro è una rappresentazione che ricade nella categoria della possibilità; confrontandola con la situazione presente, l'animale dimostra di saper utilizzare le categorie del reale e del possibile»[77]. In questa sua prima definizione, lo scopo è la rappresentazione di un evento futuro che la volontà stessa pensa di realizzare. Così, Jhering giunge a una definizione diversa, e, in un certo senso anche radicalmente nuova, del soggetto che tale volontà presiede, e, in definitiva, anche dello stesso soggetto di diritto: si tratta di un processo avente tempo e luogo sulla base della constatazione ben precisa della perdita della sovranità dell'io nel presiedere i meccanismi della coscienza.

Se appare dunque criticabile il riferimento alla dimensione causale, ancora più improprio l'uso dell'argomento dell'eterogenesi dei fini come supporto critico di quest'argomento. Gli argomenti citati da Bartolomei (quello, ancora, della metamorfosi di Jhering e quello dell'eterogenesi degli scopi di Wundt), infatti, costituiscono veri e propri cavalli di battaglia della giurisprudenza sociologica, la quale, proprio sulla scorta del fatto che un istituto serve scopi sociali che non coincidono con la propria dimensione 'originaria', intende cen-

[76] Né è da sottovalutare che in Hegel la società civile si struttura quale "società dei bisogni", segnata dall'universale dipendenza reciproca dei soggetti, recante cioè in sé il marchio della subordinazione del singolo alla necessità materiale, che determina e definisce l'iscrizione dei consociati nella dimensione della 'mancanza', sublimata e trascesa solo nell'ambito politico-statuale, in grado di restituire al cittadino quella dimensione libera e attiva che lo caratterizza in quanto tale. Sul concetto di società civile in Hegel, cf. M. Riedel, *Bürgherliche Gesellschaft und Staat bei Hegel*, Neuwied und Berlin, 1970; per una contestualizzazione storica del problema, cf. O. Brunner, *I diritti di libertà nell'antica società per ceti,* in Id., *Per una nuova storia costituzionale e sociale,* Milano, 1970. Rispetto a tale tradizione valorizza pienamente la posizione di Hegel, cf. G. Solari, *Il concetto di società civile in Hegel,* in Id. *Studi storici di filosofia del diritto,* Torino, 1949, pp. 344-362.

[77] R. von Jehring, *Lo scopo nel diritto*, cit., pp. 21-22.

trare su di essi tutta la propria attenzione, senza postulare l'esistenza di entità astratte, formalisticamente intese, funzionali ad un'indiscriminata applicazione alle esigenze del momento. È rilevabile da qui la profonda differenza tra il realismo per così dire acritico di un Bartolomei da un lato, e, dall'altro, la prospettiva, più accorta, di giuristi pure ispirati al realismo, come Gény[78] e Duguit. Dietro la negazione dell'astratta personalità dello Stato, da un lato, la funzionalizzazione pratica della sua volontà agli scopi più diversi, dall'altro, il tentativo di formalizzare il criterio dello scopo, razionalizzando la finalizzazione degli istituti alle più svariate esigenze sociali.

Ma, a parte tutto questo, è incomprensibile la leggerezza con cui Bartolomei consideri il realismo una teoria 'fotografica' della realtà, alla stregua, cioè, di una trasposizione 'ontologica' della stessa. Né rinovellare l'opposizione tra oggettivismo e soggettivismo (la giurisprudenza sociologica come disciplina della passività del soggetto conoscente contro la posizione sovrana del soggetto nei confronti del suo oggetto, propria di un approccio giuridico), conferisce più spessore alla sua argomentazione. Il positivismo sociologico, ove inteso correttamente, ossia come fenomenismo, intende, questo il suo programma scientifico, liberarsi per intero dalla tradizione teologico-metafisica, ragionare per intero su fenomeni controllabili e non su realtà ipostatizzate, badando all'organizzazione soggettiva degli stessi e riconoscendo quanto una posizione epistemologicamente corretta dell'oggetto sia fondamentale per il raggiungimento di risultati scientificamente rilevanti. La giurisprudenza sociologica, dal canto suo, simmetricamente, non intende trasporre acriticamente realtà in concetti (cosa d'altra parte impossibile), quanto, piuttosto, formalizzare preliminarmente il proprio oggetto, operando però realisticamente. La co-

[78] François Gény (1861-1959) è figura centrale nella ricostruzione della scienza giuridica in Francia dopo gli eccessi formalistici indotti dal Codice Napoleone (1804) e dalla Scuola dell'esegesi, nonché autore di due opere di cardinale importanza nel dibattito a cavallo tra fine-Ottocento e inizi Novecento: *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif*, cit., nonché *Science et technique en droit privé positif*, I-IV, Paris, 1914-1924. Per un inquadramento generale della sua opera, di recente oggetto di una notevole rivisitazione, cf. A. Tanzi, *François Gény tra scienza del diritto e giurisprudenza,* Torino, 1990, nonché, V. Petrucci, *François Gény «l'irriducibile diritto naturale»*, Napoli, 1995. Mi sia concesso rimandare, sull'argomento a V. Rapone, Logique ou realité? *Una lettura di* Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif *di François Gény*, Roma, 2004.

struzione realistica di categorie giuridiche è notoriamente tutt'altro dalla sua trasposizione ingenua in realtà: eppure Bartolomei sembra indugiare in quest'equivoco, che conferisce ampollosità e solennità alla sua esposizione, a scapito dei contenuti.

5. *Le disattenzioni della critica: Bartolomei, lettore di Duguit. Conclusioni*

Le idealità scientifiche di Bartolomei coincidono con quelle di una borghesia liberale desiderosa di dimostrare con spirito aristocratico la sua indipendenza dalla materialità dell'esistere, mistificando ideologicamente quanto sia il prodotto tanto di pratiche di potere, quanto di un certo grado di sottomissione alle 'ragioni' dell'economia e della necessità materiale.

Proprio il misconoscimento operato dalla borghesia come classe della propria *pudenda origo*, ha riflessi sull'edificazione della propria immagine, nonché l'intrapresa scientifica ad essa legata, prestandosi al ritorno di quella materialità espunta per simulare una presunta indipendenza dalla contingenza.

La scienza, quale rivendicazione di una posizione attiva, poietica, istituente del soggetto nei confronti del reale, costituisce, in questo senso, un luogo elettivo nel quale, nell'immaginario, è possibile ribaltare il rapporto di subordinazione che questa classe sociale intrattiene nella realtà con l'oggetto[79]. È in questa linea associativa che inquadriamo la rivendicazione 'aristocratica' di Bartolomei, il quale ritiene eccessiva la pretesa 'servile' della sociologia, quella di provare, cioè, empiricamente "realtà e valore" dei concetti giuridici, sarebbe del tutto vana: ciò che viene disconosciuto è il rapporto di coessenzialità che l'aristocratico intrattiene col servo.

Nel campo segnato dal formalismo e dalla dommatica, «non si tratta di vedere se l'ordine giuridico risponda alle esigenze e alle fina-

[79] Per Bartolomei (*Diritto pubblico e teoria della conoscenza*, cit., p. 29) : «Ma la considerazione *pratica* non può influire sulla considerazione teoretica dell'oggetto, della scienza, pervertendone i criteri logici direttivi. Se ciò fosse legittimo, noi dovremmo camminare a rovescio delle esigenze logiche della scienza, di quelle esigenze che sono sostenute anche dai socio-pubblicisti come legittime per le scienze naturali, il tipo di scienza che essi vorrebbero raggiungere».

lità della vita sociale, se esso ed in quali termini debba essere riformato o pur no, nel qual caso la critica dell'ordine stesso, sulla base delle indagini sociologiche, sarebbe non solo legittima, ma necessaria e imprescindibile. Qui si tratta di coordinare e sistemare l'ordine giuridico; non della giustizia dei rapporti giuridici concreti, ma della *verità* dei principi che si assumono a base della sistemazione di essi rapporti, dei criteri con i quali si procede nel riprodurre l'ordine giuridico dello Stato nella sua realtà obbiettiva»[80]. Si ascrive, invece, come d'altra parte già evidenziato, al realismo la tendenza a derivare dalla realtà stessa «il criterio verificativo della loro verità e del loro valore»; 'forte' della sua ricostruzione preliminare, il giusfilosofo irpino affronta uno dei maggiori esponenti di quella che può considerarsi la tendenza sociologica in diritto pubblico: Léon Duguit[81].

Si tratta di una ricostruzione che, sia detto per inciso, non aggiunge molto a quanto detto in precedenza a proposito del realismo giuridico, e che risente della scelta iniziale di un certo paradigma di riferimento, quello dell'approccio sociologico, totalizzante, che diviene in un certo senso la pietra di paragone di ogni forma di realismo giuridico. È a parere di chi scrive molto esemplificativo di quanto qui sostenuto la disquisizione riservata a Émile Durkheim, sociologo che fornisce a Duguit[82] parte del suo armamentario concettuale, autore che pure percepisce l'angustia concettuale di quel positivismo acritico e scientista che eleva acriticamente il fatto a valore, tentando una strada antisoggettivistica e anti-introspezionistica della definizione oggettiva

[80] *Ivi*, p. 31.

[81] L. Duguit (1859-1928), è stato professore di Diritto Pubblico a Bordeaux: legato fino ad un certo punto al positivismo, è paladino di una compiuta trasposizione in termini giuridici dell'opera di Émile Durkheim, trasposizione centrata sull'idea di solidarietà. Fu autore molto criticato, per le sue tesi antistataliste e vicine, secondo i più, al sindacalismo rivoluzionario, ma assai prolifico sul piano dell'elaborazione dottrinale. Esemplificativo il suo *Manuel de droit costitutionel,* Paris, 1907. Da qualche anno è stata tradotta in italiano una bella ed utile selezione antologica dell'opera del giuspubblicista bordolese. Cf., L. Duguit, *Le trasformazioni dello Stato.* Antologia di scritti, a cura di A. Barbera, C. Faralli, M. Panarari, Torino, 2003. Per quanto riguarda riferimenti bibliografici relativi all'opera di Duguit, si può utilmente fare riferimento, fino all'anno della sua pubblicazione, alla *Bibliografia degli scritti su Léon Duguit*, in *ivi,* pp. 301-307.

[82] Sul rapporto Durkheim-Duguit, cf., in prima istanza, E. Pisier-Kouchner, *La sociologie durkeimienne dans l'œuvre de Duguit*, in «L'année sociologique», 28, 1979, pp. 95-114.

di fatto sociale[83]. Ora, Bartolomei considera del tutto fallimentare il tentativo del sociologo lorenese di cogliere il fatto sociale al di fuori delle coscienze individuali, di fronte alle quali starebbe nella modalità della coazione. Certamente, la dottrina di Durkheim desta in lui un certo interesse nella misura in cui costituisce un campo del tutto nuovo d'indagine, quale fatto rilevante normativamente in uno spazio che è quello del 'fuori' della coscienza individuale: le conseguenze che questi ne ha derivato sono però ritenute illegittime. Ecco che si abbatte su Durkheim la mannaia sotto la quale erano caduti tutti i sociologi, e tra questi Ardigò, che avevano trattato sistematicamente il diritto all'interno di una concatenazione causale più ampia, che rimonta a ritroso fino alla causalità cosmica. Per Bartolomei, la costruzione di Durkheim: «[…] costituisce il più efficace tentativo odierno di una riconduzione della vita sociale sotto i criteri metodici della scienza della natura; ma il Durkheim non avverte che, se nella scienza della natura l'obbietto si pone di fronte al soggetto della conoscenza, in un certo senso, nelle scienze sociali, l'obbietto della conoscenza è la conoscenza stessa. Quivi la coscienza è, ad un tempo, soggetto e obbietto della conoscenza; epperò uno dei criteri metodologici principali onde si differenzia la metodologia delle scienze sociali da quelle fisiche è l'interpretazione, che dal loro valore psicologico intende adeguare. Il panteismo metodologico non deve negligere le manifestazioni differenziali della realtà»[84]. Il tentativo di costruire una categoria esplicativa, la solidarietà, attraverso una serie di simboli esterni, quale la sanzione e il diritto stesso, sarebbe destinata allo scacco, perché la conoscenza del sociale deve passare necessariamente per il soggetto inteso in senso psicologico, e, correlativamente, per il 'dentro' dei fenomeni. Il circolo vizioso si chiude, perché l'unica scienza sociale possibile è quella, acritica e ingenua, che deriva il valore dall'essere, l'etica dalla realtà, e allora nessuna terza via può essere percorsa. La

[83] Cf. É. Durkheim, *Les Règles de la méthode sociologique*, trad. it., *Le regole del metodo sociologico. Sociologia e filosofia*, Milano, 1963. Su Durkheim, si vedano, almeno, C. Bouglé, *Bilan de la sociologie française contemporaine*, Paris, 1938; G. Davy, *Sociologues d'hier et d'aujoud'hui,* Paris, 1950; J. Duvignaud, *Durkheim, sa vie, son œuvre*, Paris, 1965; G. Gurvitch, *La vocation actuelle de la sociologie*, Paris, 1957 (t. I), 1963 (t. II).

[84] A. Bartolomei, *Per la determinazione della Sociologia*, in *Studi in onore di Biagio Brugi*, Palermo, 1910, p. 41.

critica di Bartolomei fa cadere sotto il suo dominio tanto la scienza sociale che vi si attaglia, quanto quella che non vi si attaglia, non avendo quest'ultima un vero e proprio diritto di cittadinanza.

Premesso che Bartolomei cade, come gli accade spesso e volentieri, nell'errore di realizzare quelle astrazioni che avrebbero solo funzione di categorizzare il reale, giungendo a cogliere nell'oggetto le manifestazioni differenziali già strutturate, il suo punto di vista è che la psichicità, la soggettività del fenomeno sociale è innegabile. L'oggettività del fenomeno, il 'fuori' della scienza sociale, è, per lui, un impossibile logico.

Qualsivoglia considerazione oggettiva della realtà sociale è impossibile, perché: «Vana illusione è credere di poter conoscere i fatti sociali prescindendo dalla loro qualità psicologica, considerandoli come cose, sostituendo al fatto interno il fatto esterno che lo simboleggi, credere di poter studiare il primo attraverso il secondo: è come guardare la fenomenologia sociale nel lato superficiale esteriore, non nella sua intimità»[85]. Come anche a proposito di Ardigò, la sua argomentazione ha il seguente tenore: la sociologia struttura grossolanamente i propri quadri di conoscenza. Quando tenta di emendarsi epistemologicamente, però, agisce in maniera impropria.

In nome dell'acquisizione definitiva di questo paradigma, l'Autore compie una disamina delle teorie di Duguit, analisi della quale l'essenziale riposa nella sua considerazione della teoria sociologica di Ardigò, dalla quale deduce tutte le altre. È anzi necessario premettere come possa essere irriguardoso da parte di chi scrive sottoporre a critica la lettura che Bartolomei fa del giuspubblicista francese, lettura con tutta probabilità limitata quantitativamente se non qualitativamente, superficiale quanto al suo tenore complessivo, in gran parte mutuata da quella, sostenuta da ben altro impianto teorico, di François Gény. Pietro Costa, in un suo saggio dedicato alla recezione italiana dell'opera di Gény, con esplicito riferimento a Bartolomei, si dimostra in piena consonanza con le tesi qui sostenute. Così: «La situazione italiana è però singolarmente diversa: accusati di 'soggettivismo' nell'interpretazione sono, sì, gli evoluzionisti, ma gli accusatori non vanno, in compagnia di Gény, verso le "cose stesse", nella sua 'completezza' 'oggettivamente' accertabile e concretamente applicabi-

[85] *Ibidem*.

le, alle opinabili ('soggettive', 'politiche') interpretazioni "storico-evolutive" – e, in questa prospettiva, hanno buon gioco dell'accusare di 'soggettivismo' tutti i 'novatori' (Gény compreso), accomunati dal condividere "una nuova forma di soggettivismo, una nuova forma di penetrazione del diritto naturale nelle costruzioni della giurisprudenza" (A. Bartolomei, *Lezioni di filosofia del diritto (Parte generale),* Napoli, 1926[4], p. 192) »[86].

Seppur ci dilungheremo sul punto, lo faremo evidenziando sin dall'inizio come gli errori di Bartolomei non inficino il tenore complessivo del suo appoggio al formalismo, risentendo, però, fortemente dell'idea che il realismo coincida con la traduzione 'fotografica' della realtà.

Nelle pagine dedicate a Duguit, si evidenzia, anzitutto, come il giuspubblicista dipani la sua teoria a partire dalla risoluzione, strettamente sociologica, del potere come fenomeno politico, nell'opposizione tra governanti e governati, che costituirebbe il criterio 'illuminante' le nozioni giuridiche. Il giudizio su Duguit, che nei contenuti ripete quelle di Gény e di Gurvitch (è di quest'ultimo, notoriamente, l'affermazione sulla cui scorta «La dottrina del Duguit è un miscuglio di nominalismo e realismo scolastico, di sensualismo e idealismo», che non sono minimamente argomentate, soprattutto riguardo all'antinomia nominalismo-realismo), non fa che ripete lo schema già esposto. Il giusfilosofo è lapidario: «La logica realista che doveva incatenarsi al fatto ed abbracciarne le sorti, nega il fatto stesso, diventa parricida»[87]; se quest'affermazione, in linea di principio potrebbe avere anche un nucleo di verità, gli argomenti addotti a suo sostegno non riescono neanche in minima parte a rendere conto del presunto parricidio della realtà nei confronti del realismo duguista, dal momento che quest'ultimo viene riportato ad un'ipotesi, che è quella verificata in precedenza a proposito di un certo realismo sociologico, che gli è del tutto estranea.

In particolare, si centra la sua attenzione sulla nozione duguista di *règle de droit*, che egli traduce, in modo del tutto personale, come *regola di fatto*, ma che invece supera la logica del fatto, strutturandosi da

[86] P. Costa, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra '800 e '900*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 20, 1991, p. 428.

[87] *Ivi*, p. 34.

un punto di vista formale, come intuizione teleologica, legge dello scopo, non più di causa, ma di fine[88].

Bartolomei procede dando per scontata una nozione essenzialistica di realtà e di concatenazione tra realtà e valore, misconoscendo tutto l'altro versante della riflessione realista, per la quale il fatto è esso stesso una costruzione, che dipende dal metodo, e che può strutturarsi su base causale o finale. Essere attenti alle funzioni della sfera normativa, significa, per Duguit come per Jhering, sostenere che il diritto serve finalità sociali, e che quindi è un fatto da valutare in senso teleologico. Il giusfilosofo irpino misconosce del tutto quanto Duguit, autore peraltro ampiamente criticabile e criticato, sia un realista quanto al metodo, sostenendo che le categorie della scienza giuridica hanno sì un grado di autonomia, di legittimità in quanto tali, ma, nel complesso devono essere strutturate sulla base di un criterio, quello della verificabilità, che le accomuna alle scienze naturali. Devono non in senso assoluto: devono, se vogliono che l'ordinamento sia efficace, includendo al suo interno una certa parte di legittimazione, materiale o ideale. Asserire la sperimentabilità delle categorie della scienza non equivale in nessun caso ad un'automatica traduzione del diritto in fatto, come vuole il docente dell'ateneo partenopeo. Per Duguit, realismo, in senso assoluto, è capacità di un sistema normativo di essere 'adeguato' alla società e alle situazioni che regola: questa razionalità complessiva ha prodotto i suoi effetti nell'epoca in cui determinati costrutti, quelli dell'individualismo giuridico, si sono rivelati funzionali ai contesti, in vista dell'ordinamento dei quali sono nati. L'errore sarebbe, però, assolutizzarli, considerarli eterni: ma se dobbiamo costruire in senso realistico le categorie e la scienza del diritto, ciò non accade per un imperativo assoluto, bensì per un imperativo ipotetico. Tutti gli imperativi di Duguit sono, in realtà, imperativi ipotetici, subordinati, cioè, al conseguimento di un determinato scopo. Un reali-

[88] Scrive, infatti, Duguit (*L'État, le droit objectif et la loi positive*, cit., p. 82): «*La loi dont nous cherchons la formule ne peut être, avons nous dit, une loi de causalité, mais est une loi de finalité, parce qu'elle est la loi des actions conscientes de l'homme, et que celui-ci n'agit qu'en vue d'un but qu'il choisit plus ou moins consciemment, sinon librement. Ce but n'est dans notre pensée que le but immédiat qui détermine l'action. Ce n'est pas une finalité transcendante et générale, mais une finalité immanente et spéciale. Il ne s'agit pas de fonder un système téléologique quelconque, mais de déterminer directement la valeur de tout acte de l'homme*».

sta non direbbe mai che una scienza deve essere, assolutamente, in un determinato modo piuttosto che in un altro: nell'epoca del solidarismo, la scienza e la politica del diritto che meglio saranno funzionali al loro presente saranno quelle in grado di tradurre normativamente lo spirito del loro tempo.

Se questo spirito è positivo, nel senso di Comte, la scienza del diritto dovrà adeguarsi a questo canone, nella misura in cui il diritto non è espressione di individualità, quanto creazione sociale. Derivata una regola di diritto da questo ragionamento, diremo che la *règle de droit*, non pone una regola ideale di fronte al fatto, il che comunque è in contraddizione con l'affermazione che la *règle* traduce un fatto, delle due, l'una, come invece sostiene Bartolomei, per il semplice fatto che il diritto in generale in Duguit non ha la forma dell'imperativo assoluto, ma, come anticipato poco sopra, dell'imperativo ipotetico. Il tempo dell'imperativo, categorico o assoluto, nell'ottica del bordolese, è quello delle società teocratiche: lo spirito scientifico costringe indicando uno scopo da seguire e un modo finalisticamente orientato per ottenerlo. La confusione di Bartolomei è aggravata dal fatto che la suddetta regola si struttura in una modalità formale, regolando il contenitore più che il contenuto. Essa può essere tradotta in questi termini: se vuoi la conservazione razionale della società, implementa il vincolo solidaristico. È questo, a parere di chi scrive, il modo corretto di leggere la citazione di Duguit che Bartolomei riporta, e cioè: «Il fondamento di questa regola… è la società. Ma questo diritto non è un potere della collettività, più che dell'individuo. Esso è una regola oggettiva. Non è tuttavia l'imperativo categorico di Kant: non è la regola morale delle dottrine utilitarie o edoniche. È una *regola di fatto*; una regola che si impone agli uomini non in virtù di un principio superiore, quale che sia, ma in virtù e per la forza dei fatti, perché l'uomo vive in società e non può che vivere in società. È in un senso la legge della vita sociale. Questa regola non dice all'uomo: fa ciò perché è bene, perché è utile, perché il tuo benessere ne dipende. Essa gli dice: *Fa ciò, perché è.* Essa non riposa su un principio superiore, ma solo sulla realtà»[89].

[89] *Ivi*, p. 36. Bartolomei traduce un passo di Duguit, tratto da *L'État le droit objectif et la loi positive*, cit., p. 95. Il prosieguo dello stesso brano, tuttavia, complessifica la questione, palesando aspetti eccentrici alla ricostruzione presentata; così, a proposito della *règle de droit,* essa non può in nessun caso essere ricondotta alla traduzione nor-

In questo passo, Duguit bene esprime come la regola di diritto non si imponga ai soggetti nella modalità del comando, e quindi non prescriva, indicando, semplicemente, piuttosto, all'uomo un comportamento da porre in essere in vista di un determinato scopo da perseguire, scopo che, in definitiva, coincide con l'esistenza razionale nella società.

Come interpretare, però, l'affermazione sulla cui scorta la *règle* s'impone in forza del fatto? Non di certo, come sostiene Bartolomei, «Che essa, cioè, è ricavata non da un principio superiore al fatto, ma dal fatto stesso»[90]. Ma quale sarebbe questo fatto? Ecco la spiegazione: «Ma allora essa sarebbe tale semplicemente perché imposta dal potere, semplicemente perché manifestazione di volontà e forze superiori»[91].

Si tratta di una lettura errata, che non coglie assolutamente né la lettera né lo spirito della teoria duguista: che una norma riposi sulla realtà vuol dire, semplicemente che, essendo il diritto espressione della società, esso dev'essere, se lo si ritiene, funzionale alla sua conservazione. È questo il fatto essenziale cui il diritto deve 'obbedire', fatto esso stesso teleologicamente strutturato: la norma sociale, in questo senso, limita l'espressione soggettiva del potere. Subordinare il diritto alla forza dei fatti, vuol dire aver presente che l'ordinamento, volontaristicamente, può decidere nel momento, ciò che vuole, ma, almeno nel lungo periodo, deve rispettare una regola fondamentale, quella stessa che vincola solidaristicamente i membri di una società data, legata alla sua conservazione razionale. Questo principio, lo si rispetta meglio se i singoli istituti sono adatti alle situazioni concrete, premesso, a monte, un lavoro della scienza giuridica in tal senso.

Il principio fattuale, dunque, non coincide affatto col potere, ma, al contrario, pone le condizioni per vincolare il potere ad una realtà 'superiore', costituendone una limitazione. Lo vincola assolutamente?

mativa di un rapporto fattuale. Infatti (*ibidem*): «*Elle est la loi de l'homme social, parce que les fait sont ce qu'ils sont. L'homme la sent ou la conçoit; le savant la formule; le législateur positif la constate et en assure le respect, et lui même y est soumis, parce que ses lois ne sont rien, si elles ne sont l'expression de cette règle s'imposant à tous*». Ma non si può configurare a carico del legislatore nessun obbligo a procedere in tal senso, dal momento che la *règle de droit* non è una regola imperativa, ma teleologicamente orientata.

[90] *Ivi*, p. 36.

[91] *Ibidem.*

Nient'affatto. Se il potere sceglie altri scopi, se si orienta nella direzione dell'autocratico esercizio di se stesso, certamente provoca delle reazioni sociali, che influiscono sulla legittimità, ma non sulla legalità dell'ordinamento. Legalità e legittimità sono connesse, ma non strettamente dipendenti. In definitiva, essendo il diritto teleologia, si potrà benissimo contravvenire alla regola sociale di diritto, pena l'introduzione nella società di una perturbazione, cui seguirà, nel breve o nel lungo periodo, una reazione sociale, laddove, alla lunga, questa stessa perturbazione può portare alla distruzione del vincolo sociale.

Ragionando ottimisticamente, e qui Duguit è davvero positivista, egli ritiene che, alla fine la forza dei fatti, ossia la forza della conservazione dell'uomo in società, vincoli i governanti a certi contenuti, piuttosto che ad altri, perché sarebbe irrazionale che il diritto cooperasse alla distruzione di quella società di cui è espressione. Di certo, questo è un limite di Duguit, dato dall'utopistica tensione ad un diritto che corrisponde armoniosamente alle esigenze sociali: anzi, il giuspubblicista francese è realista nella misura in cui ritiene che qualsiasi sistema governi la società, perché già il fatto di governarla significa averne interpretato e normativizzato e fattualizzato il principio costitutivo.

Alla luce di questa lettura, risulta del tutto ingiustificata l'osservazione di Bartolomei, sulla cui scorta: «Come può affermare una superiorità ideale del diritto di fronte al potere, un fondamento intrinseco del diritto, la validità di una norma universale, chi cerca solo i fatti e i dati sensibili, chi nega ogni realtà sociale superiore all'individuo e alla sua volontà? Ciò supera la fecondità naturale del realismo»[92]. In verità, e questo punto sfugge completamente alla ricostruzione, non c'è in gioco nessun fatto, perché il diritto, in Duguit come in parte dell'antiformalismo, non procede dall'essere, ma dal vuoto, nel senso che non si rivendicano diritti a partire da posizioni normative, come l'essere soggetto di diritto, ma è la rivendicazione di un diritto a rendere ragione della violazione, e, quindi, dell'esistenza dello stesso. Asserire la sperimentabilità delle categorie della giurisprudenza non equivale in nessun caso a tradurre automaticamente il diritto in fatto, come vuole il giusfilosofo irpino. Se il positivismo condivide con il criticismo la considerazione dell'impossibilità per il soggetto epistemico di una conoscenza sul noumeno, se ne allontana,

[92] *Ivi*, p. 35.

però, nella misura in cui ritiene che l'ente oggetto del suo interesse possa esser colto dallo scienziato nella sua interezza, oggettivamente, in sé. Nell'ottica positivista, la conoscenza scientifica presiede tanto l'essere quanto il dover-essere dell'agire umano: la sfera del *Sein* e quella del *Sollen* sono egualmente sottoposte ad un criterio di scientificità, che investe e gli aspetti fattuali e quelli doveristici dell'esperienza sociale. Ciò ha luogo nell'ambito della fondazione in senso oggettivistico una teoria della norma *lato sensu* intesa, teoria che si costituisce quale sottoinsieme di una scienza dei costumi, la cui formalizzazione ha costituito parte rilevante in Francia dell'attività di una certa scienza sociale. Il metodo sperimentale, in questo senso, sarà in grado di fornire indicazioni, mai eccedenti una riflessione epistemologicamente fondata, alla scienza, tali che questa ispiri l'azione, ispirata ad un criterio di oggettività. In questo senso, per Duguit, le scienze sociali non devono differire nel metodo dalle scienze naturali, ma questo non implica assolutamente né la loro sottomissione al principio della causalità, né, tantomeno, la traduzione immediata e senza resto dell'essere in doverosità. In questo senso, per Duguit: «*On a souvent enseigné que les sciences sociales ont une méthode propre, qui n'est point celle des sciences physique ou naturelles. C'est à mon sens une singulière erreur; car toute méthode scientifique est déterminée par les lois de l'esprit humain, qui sont évidemment les mêmes quel que soit le domaine dans lequel il cherche et travaille, lois que limitent son pouvoir et qui règlent son action*»[93].

Il metodo elaborato dal giuspubblicista francese si sviluppa in tre tempi: l'attività del giusperito consisterà prima in una continua messa in rapporto di elementi formali ed elementi materiali, e sarà un continuo andirivieni tra il mondo dell'essere, del valore, della logica, e quello del dover-essere, della sfera più propriamente normativa. In tal senso si considera il momento empirico e sociologico non un semplice completamento dell'attività dello scienziato, quanto la base stessa del suo lavoro. Fedele in questo agli altri esponenti della "scuola scientifica del diritto", si differenzia da essi nella misura in cui il confronto tra le sfere dell'essere e del dover essere avviene sulla base della presun-

[93] L. Duguit, *Leçons de Droit public général*, Paris, 1926, p. 17. Le pagine che citiamo, pur essendo successive alla ricostruzione di Bartolomei, possono, a parere di chi scrive, essere utilizzate per rispondere alle sue critiche, costituendo solo la formalizzazione a posteriori di un metodo applicato implicitamente già svariati decenni prima.

zione di una metodologia unitaria di stampo realistico, laddove altri giuristi, e tra questi Gény, Saleilles, Hauriou, sono più inclini all'adozione di una metodologia talvolta pragmatistica, talatra finzionistica, di costruzione delle categorie che regolano l'edificazione giuridica dei dati empirici.

La conoscenza scientifica relativa a questi fenomeni consisterà, prima di tutto, nell'osservare e registrare l'esistenza di atti, dotati del requisito della volontarietà, sottratti ad una concezione particolaristica ed individualistica, al fine di compararli ad altri, rinvenendo rapporti tali da condurre ad una considerazione che abbia il requisito della generalità, rilevata attraverso momenti comuni che, per quanto detto in precedenza, diventano leggi di coesistenza e connessione.

Si costruisce, così, una vera e propria *science des mœurs*, su base empirico-sperimentale ma non statistica, rivolta alla definizione delle regole di comportamento cui rispondono gli uomini nella loro attività sociale. Questa ricerca sociologica, come già detto in precedenza, relativa all'attività pratica, riguarda tanto la sfera dell'essere, quanto quella del dover-essere, e quindi investe anche la normatività, *lato sensu* intesa: in questo senso, il lavoro scientifico sarà lavoro di classificazione di norme, classificazione, valutazione, tanto del loro contenuto, quanto del loro valore per i soggetti. Una prima parte dell'attività dello scienziato sarà così tutta dedicata alla classificazione delle norme sulla base di entità oggettivamente rilevanti, derivanti da costanti che si ripetono nella loro constatazione. In seguito, per ogni categoria di norme così stabilita, se ne studieranno i rispettivi modi di formazione, essi stessi empiricamente costatati, riguardanti i rispettivi aspetti formali e materiali. In fine, si determineranno tanto il valore di una singola norma, quanto l'insieme dei momenti, di natura formale e sostanziale, che rendono tale norma possibile ed effettiva.

Tale prima regola è formalizzata da Duguit nei seguenti termini: «*Observer les faits d'une manière impersonnelle, comme on dit aujourd'hui d'une manière objective, et faire un effort constant pour se soustraire à l'influence de l'hérédité, du milieu et des préjugées de tous ordres, nationaux, religieux ou autres*»[94]. L'elemento normativo sarà oggetto, in secondo luogo, di un'interrogazione tesa a rinvenirne, sulla base di un procedere logico-deduttivo, gli elementi sostanziali, la suo

[94] Id., *Traité de droit constitutionnel*, vol. I, Paris, 1927, p. 25.

determinazione causale e finale, l'essenza stessa del dover essere che concerne in senso generale la sfera normativa, secondo un modo di procedere che affine a quello di un'indagine ontologica e sostanziale sulla norma, ma segnata dal veto di produrre risultati in contrasto con l'esperienza. Siffatta conoscenza della norma segue, temporalmente e logicamente, quella scientifica: si può dire, anzi, che ne costituisca un prolungamento.

Duguit formalizza questo secondo momento nei seguenti termini, evidenziando come ogni ragionamento di carattere logico-deduttivo debba costituirsi in una dimensione di subordinazione al momento empirico-sperimentale, giungendo così a risultati che non siamo mai in contrasto con i fatti. In tal senso: «*Appliquer le raisonnement déductif, mais simplement comme un instrument de découverte: vérifier sur le faits les conclusions auxquelles a conduit la déduction logique et, si elle ne concordent pas avec eux, rejeter impitoyablement l'hypothèse de laquelle on est parti; ne jamais tenter de soumettre les faits à la logique; tôt ou tard ils prennent leur revanche et alors on arrive quelquefois à la catastrophe*»[95].

In un tempo terzo, ed ultimo, si da una sfera di problemi che riguardano la normatività: innanzitutto ci si interroga circa la natura del rapporto che questa intrattiene con la conoscenza in generale, poi perché tale conoscenza si dia, e infine, in che misura tale conoscenza sia adeguata all'oggetto o quanto, al contrario, sia semplicemente il prodotto di categorie dello spirito considerate *a priori*, sostanzializzate e poi autoritativamente applicate alla realtà. Ancora una volta, sarà la verifica empirica a impedire che delle categorie usate si faccia un uso sostanzialistico ed ontologizzante: ancora una volta, solo l'accordo con l'esperienza empirica può fare da contraltare, in questa lettura, alla deriva idealistica relativa all'uso di categorie sottratte ad ogni verifica epistemologica. Così, per Duguit: «*Enfin, rejeter tous concepts à priori et le laisser au domaine de la foi religieuse ou métaphysique. J'appelle concept toute idée d'une chose qui échappe à l'observation directe des sens, et qui est par conséquent une pure entité métaphysique. On ne fait vraiment de la science que si l'on élimine de son champ toute entité de ce genre*»[96].

[95] *Ivi*, p. 26.
[96] *Ibidem*.

È in questi termini che si struttura il metodo empirico secondo Léon Duguit, che dà dimostrazione di tenere ben presente che la sfera dei rapporti oggettivi non si pone inerzialmente di fronte al soggetto, anzi reagisce nei confronti della soggettività, epistemicamente e normativamente intesa: catastrofe è, in questo senso, l'esito di un pensiero che, intendendosi autoreferenzialmente, neghi alla sfera dei fatti una sua autonomia ed una sua pre-cedenza nei confronti del pensiero. Notiamo, al tempo stesso, come i tre tempi qui enunciati corrispondano a tre fasi della conoscenza: sperimentale, metafisica e critica.

Un'attitudine che voglia dirsi scientifica guarderà a questa successione tra scienza, metafisica e critica come al nocciolo più profondo della "teoria dei tre stadi" di Comte, che solo come indicazione metodologica, e quindi solo come "sintesi soggettiva", riesce a scarnificarsi da quel connotato proiettivo che le nega il requisito di scientifica. È chiaro però, a questo punto, come l'opera di Duguit si colleghi in modo fecondo a quella di Comte, sulla base della profonda istanza di scientificità che le accomuna. La legge come modalità di regolazione-interpretazione del reale, non solo deve essere abolita, quanto, al contrario, sottoposta ad un vincolo oggettivo, che la leghi alla socialità, garantendo la scientificità di una scienza giuridica chiamata ad essere all'altezza del suo statuto epistemologico.

Sulla base di queste premesse, Duguit giungerà ad ancorare la legge e la scienza giuridica ad una regola sociale di diritto fondata sull'idea di solidarietà, regola che sarebbe un grave errore identificare ad una norma ideale. Altrettanto errata, è la considerazione, sulla cui scorta, per Duguit non esisterebbero criteri differenziali, tali da caratterizzare la norma giuridica. Al contrario, il giuspubblicista dedica nel suo *Traité de droit constitutionnel*, successivo alla scrittura di Bartolomei, ampio spazio alla caratterizzazione della norma giuridica su base sanzionatoria, che la differenzierebbe in modo radicale rispetto alle norme di costume e a quelle economiche. Che poi lo stile positivistico di Duguit, solo apparentemente piano e chiaramente strutturato tragga in inganno il lettore, questo è un altro problema. Ma, lo ribadiamo, l'essenziale della critica di Bartolomei al realismo non è nelle pagine dedicate a Duguit, né a quelle dedicate a Seydel o a Gumplowicz, né si può pretendere di giudicare il suo sforzo da riflessioni che fanno da corollario ad un'impostazione che ha altrove le sue ragioni.

Quali, in definitiva, le conclusioni che si possono trarre da queste

riflessioni? Innanzitutto, non è fuori luogo, in quest'occasione, ribadire come, al di là di tutti i tecnicismi e le diatribe di scuola, l'essenziale della polemica tra sociologismo e formalismo non possa essere dissociato da una riflessione *lato sensu* politica. Da una riflessione, cioè, che non sleghi lo stile di una riflessione dalle sue ricadute, ma che, anzi, si sforzi il più possibile di articolare il nesso tra epistemologia e politica. Ha ricadute di natura politica, innanzitutto, la questione del rapporto soggetto-oggetto, dal momento in cui si tratta di due modi diversi di affrontare la questione del padroneggiamento del reale, il che, se parliamo di scienza del diritto, chiama direttamente in causa la questione del potere[97]. Certamente, il realismo sociologico, a partire da una passivizzazione iniziale del soggetto nei confronti dell'oggetto e dalla contemporanea destrutturazione della personalità tanto dell'individuo quanto dello Stato, intese come centri dei processi razionali e volitivi, vuole "dettar legge" alle volontà umane, seppure non in senso imperativistico, ma teleologico.

La prospettiva di Bartolomei, invece, a partire dalla rivendicazione di attività della coscienza nei confronti dell'oggetto, ha quale esito una certa indifferenza, conducendo, se non alla passività, all'acquiescenza, che può anche trasformarsi in qualunquismo. La precisazione, di per sé fondamentale, che il procedere per astrazioni non è ancora completo, che non può "dir tutto" dell'oggetto, configurandosi come una connessione di elementi 'statici', cui il reale rimane esterno, essendo invece strutturato dinamicamente, è gravida di conseguenze dal punto di vista politico. Con la prospettiva adottata, la scienza formale

[97] Un passo denso quanto illuminante ci rende edotti sulla natura per così dire antropologica della contrapposizione tra formalismo ed empirismo. Infatti: «La derivazione della norma dall'esperienza è quindi una impossibilità; mentre si pretende di far ciò, si suppone appunto la norma, a meno che non si voglia arbitrariamente giustificare il fatto senza previa valutazione sia riducendo una necessità storica ad una necessità normale, sia riferendosi a ciò che uno o molti l'hanno come tale posta. E tale è l'intimo senso dell'empirismo, sia che si consideri nel tempo sia che la si elevi alla dignità dell'esame comparativo; è sempre una specie di suffragio universale che l'empirismo adora; non c'è che dire, esso è eminentemente democratico, eminentemente corrispondente allo spirito del tempo. Noi siamo al contrario gli aristocratici dell'etica, perché poniamo e deriviamo invece i suoi concetti da un ideale normale, da una legge che rifletta l'intrinseca natura delle cose, la necessaria oggettiva connessione dei rapporti» (A. Bartolomei, *Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto con riguardo alle quistioni metodologiche odierne*, cit., pp. 11-12).

non ha la pretesa di plasmare il reale, perché questo è di un ordine 'altro' di fronte a quello dei concetti, né di costituire politicamente lo Stato di diritto: l'unica finalità naturale e legittima è quella di pensare, fin dove è possibile, giuridicamente lo Stato, il che non coincide, però, con la sua costruzione materiale. In definitiva: «Ciò non significa ancora, né può significare di per se stesso sottoporre lo Stato a delle norme giuridiche, pensarlo nei limiti del diritto. È un'illazione erronea, la quale può solo essere legittima, se verificata come risultato logico del punto di partenza. Tale punto rimane invece in questione, del tutto indeciso e impregiudicato nell'un senso e nell'altro dall'applicazione dell'uno e dell'altro metodo. Pensare giuridicamente lo Stato significa sistemare i rapporti giuridici in un'unità, formulare giuridicamente l'insieme dei rapporti di vita, i quali si intrecciano tra i membri di una comunanza, costituendo la base e la trama della vita sociale. Quando si saranno sussunti in sintesi questi rapporti, allora è da vedersi se, come risultato logico di tale sintesi, anche lo Stato cada entro i limiti del diritto: ma una tale affermazione non può essere postulata *a priori* come una necessità giuridica implicita o necessaria. Potrebbe ben darsi, e per me lo è, che fosse una necessità giuridica l'ipotesi ed il risultato contrario»[98].

Da qui, la necessità di affermare, contemporaneamente, la specificità della norma giuridica rispetto a quella sociale per differenziare qualitativamente lo Stato rispetto agli altri gruppi sociali, associazioni, corporazioni, potenzialmente in grado di produrre un proprio diritto, negando però, allo stesso tempo, il dogma della personalità, perché questo vuol dire obbligazione. Bartolomei esprime quasi alla perfezione quel tipo di studioso, frutto della cultura idealistica e della reazione al positivismo che lotterebbe sino alla morte per riaffermare che nei confronti dell'oggetto si è in una posizione di superiorità, per essere poi dominati per intero da un potere che assume connotati trascendenti, se non mistici. E quando lo Stato assume la forma e i modi del totalitarismo fascista? Ecco allora che il silenzio di Bartolomei, il suo negarsi alla scrittura, alla vita politica, lasciano emergere la cifra esistenziale, la vena mistica del formalista. E dopo? La teoria, anche

[98] *Ivi*, p. 18.

qui ad attestare una distanza verso la dimensione empirico-fattuale, dell'"uomo qualunque"[99].

In definitiva, nella sua fase più matura, Bartolomei scioglie ogni riserva e riasserisce l'inesistenza di qualsivoglia ponte tra metodo e determinazione politica dell'oggetto: ecco il senso profondo del suo 'qualunquismo'. Pensare giuridicamente lo Stato, non vuol dire costituirlo giuridicamente, anzi una cosa è la necessità giuridica dell'ipotesi, un'altra il risultato, ad essa potenzialmente contrario. Tra formalismo giuridico e costituzione giuridica dello Stato, dunque, non c'è nessun rapporto, dal momento che la questione politica esorbita comunque e sempre la questione metodologica, non potendo da quest'ultima essere influenzata: scienza e realtà sono fenomeni relativamente indipendenti, e la politica si determina sempre e comunque al di là della scienza. Il formalismo e il rigore scientifico si costituiscono, controfinalisticamente, sul terreno di un approccio al tempo stesso realistico, che poi tale non può a rigore essere definito, e acritico. L'oggetto reale, l'oggetto in carne ed ossa può o no cadere all'interno della pletora degli elementi formali con i quali viene sistematizzato, tramite il ricorso ai quadri concettuali e alle costruzioni giurisprudenziali, e, di conseguenza, non c'è nessun legame necessario tra scienza del diritto e Stato di diritto come progetto giuridico e politico.

La stessa questione dell'equazione tra formalismo, senso dello Stato e certezza del diritto, a questo punto, va rivista sotto una nuova luce: sarebbe errato, infatti, sostenere che a questa concezione si leghi uno dei cardini politici dello Stato di diritto, quale la difesa della certezza nell'applicazione del diritto. Sostenere la matrice, in ultima istanza politica ed extragiuridica dell'ordinamento vuol dire asserire il primato complessivo dell'extragiuridico e della politica sul diritto. Risulta palese che giuridificazione come esercizio concreto da un lato,

[99]A. Bartolomei, *Teoria del qualunquismo*, Roma, 1947. D'altra parte, attestano di una certa sfiducia nell'incedere teorico e nello strutturarsi politico della modernità, nonché un'attesa palingenetica alcuni brani della VI edizione delle sue reiterate *Lezioni*, riportati da Piovani nel suo *Necrologio* (cit., p. 589): «Continua forse, si chiede qualcuno, lo sviluppo del pensiero moderno e delle idealità correlative, o invece la linea di vita di questo pensiero, finora costante, se pur non rettilinea, se pur frastagliata, dovrà essere abbandonata, e una nuova concezione della vita, opposta a quella finora predominante, e nuove forme di vita sociale con le attuali contrastanti, vi si dovranno sostituire».

razionalizzazione come esercizio della scienza dall'altro, hanno luogo "sin dove si può e non oltre".

In definitiva, il problema può essere sintetizzato nei seguenti termini: è possibile confinare all'extragiuridico questo modo di costruire l'ordinamento? Davvero valori pure indubitabili come il senso dello Stato, la certezza del diritto, sono garantiti da questa edificazione concettuale, o forse in esso non germina il decisionismo come costante superamento del vincolo? Riasserire metodologicamente valori, non vuole forse dire in questo caso svilirli nella prospettiva complessiva? O forse, quest'impostazione non si riflette anche all'interno dell'ordinamento, circoscritto dalla sovranità come concetto-limite e dai suoi confini, costringendo la normatività a vivere non di forza autonoma, ma di luce riflessa, subordinandola al reale?

Sono questi, probabilmente, gli interrogativi che rendono ancor oggi, anzi, oggi più che mai, attuale una rilettura di questi testi, che solo ingenuamente si potrebbero considerare consegnati ad un passato che non c'è più, o, peggio ancora, ad una ricerca di tipo filologico-antiquario.

CAPITOLO SECONDO

Max Ascoli: la problematica dell'ordinamento giuridico oltre il formalismo

1. *La formazione intellettuale di Max Ascoli*

L'assunto sulla cui scorta qualsivoglia processo di revisione autocritica dell'idealismo, in questo senso 'endogeno', debba necessariamente strutturarsi nella direzione di una problematizzazione critica del rapporto tra fatto e valore, ossia tra dimensione empirico-fattuale e considerazione ideale, non può esser pensata come esclusiva di una ricerca nel cui ambito le radici di un determinato atteggiamento conoscitivo vengano reperite anche all'interno nella vicenda biografica dell'intellettuale che ne è corifeo. Senza la minima intenzione di stringere in modo biunivoco e indissolubile il nesso tra biografia e opera, dal momento che quest'ultima, di per sé, testimonia di un'alterità radicale, che la contraddistingue e differenzia rispetto a colui che l'ha ideata, che, con inelegante linguaggio mutuato dall'economia definiremmo il suo 'produttore', il caso di Ascoli[1] si presta, più di altri, ad una seppur circoscritta rilettura della sua produzione, mediata da una ricognizione della sua vicenda biografica.

Questa convinzione è rafforzata dal fatto che la sua produzione intellettuale di filosofo del diritto, anteriore alla decisione di emigrare

[1] La figura di Ascoli è di recente oggetto di rinnovato interesse da parte di storici, che hanno ricostruito le linee della sua biografia intellettuale. Cf., in questo senso, l'importante Convegno (*Max Ascoli: antifascista, intellettuale, giornalista*) a lui dedicato a Ferrara nei giorni 23-24 ottobre 2008 a Ferrara, nonché tre lavori monografici tesi a ricostruire la sua vicenda: D. Grippa, *Un Antifascista tra Italia e Stati Uniti. Democrazia e identità nazionale nel pensiero di Max Ascoli (1898-1947)*, Milano, 2009; A. Taiuti, *Un antifascista dimenticato: Max Ascoli fra socialismo e liberalismo. Con lettere inedite di Max Ascoli*, Firenze, 2006; Id. *Contro il dominio. Lavoro e libertà nel pensiero di Max Ascoli*, Firenze, 2011. Sulla teoria dell'interpretazione di Ascoli, illuminanti le riflessioni di M. Cossutta**,** *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sull'interpretazione creativa nella società pluralista*, Trieste, 2010, pp. 25 ss.

trasferendosi negli *States*, è il frutto cosciente di un'aspirazione precisa, non opportunisticamente pratica, ma comunque strategicamente pensata, quella di insegnare all'Università, prodotto, a sua volta, di una costatazione ben precisa, quella dell'impotenza materiale nell'incidere sulle vicende culturali e politiche del suo tempo, caratterizzate dallo strapotere della dittatura, che ben pochi spazi lasciava ad un'azione politica che si volesse autocosciente e preparata da una seria riflessione storica e filosofica. In più, la sua riflessione di filosofo e giusfilosofo acquista una rilevanza tutta particolare, ove letta come un processo 'critico' di emendazione dell'idealismo, processo operato da un ebreo che non sconfessa mai del tutto una certa aspirazione alla trascendenza, che si sottrae alle pretese totalizzanti dell'immanenza. Si riaffermano le ragioni di un soggetto innanzitutto affetto da divisione soggettiva, e poi letteralmente sovrastato da una dimensione trascendente, in cui le radici ebraiche mai completamente abiurate tornano a chiedere ragione di quel cristianesimo, di quella filosofia dell'incarnazione, e quindi dell'estinzione della sfera del sovrasensibile a favore di una sua immanentizzazione radicale, che dell'idealismo è l'archetipo concettuale.

La crescita e la formazione intellettuale di Max (Moisé) Ascoli, nato a Ferrara nel 1898, il 25 giugno, da Adriana Finzi e Enrico Ascoli, è segnata irrimediabilmente, come per molti altri intellettuali e filosofi che vissero a cavallo tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, da un evento che si potrebbe definire 'catastrofale', e che lo strappò a quell'equilibrio quasi egosintonico con cui si relazionava al suo mondo circostante di liceale: la prima Guerra mondiale, nella quale persero la vita alcuni suoi amici, cui era affettivamente molto legato. Fautore e convinto sostenitore della partecipazione italiana alla Grande Guerra, desideroso di arruolarsi, tentò nel corso del conflitto più volte di arruolarsi come volontario nei granatieri, ma si vide negata la possibilità di arruolarsi a causa di un forte deficit nella vista, era miope, ereditato dalla madre. In un suo articolo, del 1923[2], riasserisce con forza la sua posizione interventista. Questo passo evidenzia con chiarezza la convinzione del ferrarese che la guerra sia necessaria per portare a compimento quell'unificazione dell'Italia come nazione, impre-

[2] Cf. M. Ascoli, *Di alcuni scrittori di politica*, in «Studi politici», I, n. 6-7, giugno-luglio 1923, pp. 149-153.

sa nella quale la borghesia come classe si era dimostrata fortemente incapace di essere all'altezza del suo ruolo. La sconfitta di Caporetto è letta come un effetto di questa incapacità della borghesia a costituire una classe, in grado di implementare processi di livellamento giuridico, di espressione economica degli interessi, di unificazione politica. In questo senso, per Ascoli: «L'interventismo della borghesia italiana fu cosa toccante e dolorosa e profetica di cui è bene parlare con molta riservatezza e cautela: lo stato d'animo da cui si svolse non era volgare né pizzaiuolo, ma riconoscimento della necessità di integrare in qualche modo la nostra formazione nazionale sottoponendola a quella riprova che le era mancata, inserendola più direttamente nella storia europea, evadendo infine da problemi interni, sociali ed economici, troppo ardui e insieme immaturi per ritrovarceli poi, direi quasi per rimeritarceli, quando più forte ed organica fosse stata la nostra vita per la prova superata. Confluì a quell'efficiente volontà di intervento che fu l'interventismo, il risorgere, nel ritornato pericolo, del duplice peccato originale gravante sul nostro Risorgimento: l'essersi fermato con poca guerra esterna, ma quella poca guerra combattuta con troppa mentalità e fini di guerra interna»[3].

Il riconoscimento, esplicito, del fatto che la nazione, prima che un'unità spirituale è una realtà materiale, testimonia della rilevanza che la considerazione sociale del fenomeno politico assume nella sua analisi: senza risolvere assolutamente il suo pensiero in un immanentismo integrale, Ascoli si avvicina a quelle correnti politiche e teoriche che del fenomeno giuridico intendono cogliere l'aspetto socio-economico. Il sindacalismo rivoluzionario e la filosofia di Croce[4] costi-

[3] *Ivi*, p. 16. Come sostiene, del tutto pertinentemente, sul punto in questione D. Grippa (*Un antifascista tra Italia e Stati Uniti. Democrazia e identità nazionale nel pensiero di Max Ascoli (1898-1947)*, cit., p. 17): «La sconfitta di Caporetto non rappresentò per Ascoli soltanto un doloroso evento personale, ma fu anche il fatto storico che lo indusse alle prime riflessioni intorno all'identità nazionale degli italiani. Caporetto rivelava a suo avviso l'inconsistenza del sentimento nazionale degli italiani. Egli attribuiva alla borghesia la responsabilità del fragile senso di appartenenza nazionale del popolo italiano».

[4] Per un'introduzione al pensiero giuridico di Croce, nell'impossibilità di essere esaustivi, ci limitiamo a rimandare, a A. de Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, 1974; Id., *L'ermeneutica idealista. Filosofia politica neoidealista italiana e interpretazione*, cit.; D. Corradini, *Croce e la ragione giuridica borghese*, Bari, 1974; V. Frosini, *L'idealismo giuridico italiano*, cit. Per una ricognizione relativa alle catego-

tuiscono momenti importanti, il primo teso alla considerazione del fenomeno giuridico ispirato a quel misto di vitalismo e sociologismo tanto in voga in quegli anni, il secondo con la celeberrima "riduzione del diritto all'economia". Un'attenta lettura del suo citato articolo del 1923, emerge come il suo interventismo fosse affine a quella concezione del conflitto come "rigenerazione spirituale", che accomuna i sindacalisti rivoluzionari ai futuristi come Marinetti, incontrando larghe fasce dell'*intellighentia* europea[5]. Il sindacalismo rivoluzionario italiano, movimento molto attivo nel ferrarese, si era sempre più allontanato dalla sua iniziale matrice socialista e marxista, assumendo su di sé un'istanza globale di rigenerazione della società di cui la violenza poteva costituire momento rilevante: Michele Bianchi, che diventerà poi un importante gerarca fascista, matura proprio nel capoluogo emiliano la necessità di abbracciare una linea politica interventista, prendendo le distanze da quel neutralismo, sposato dai marxisti, attraverso il quale si era invece inteso dimostrare l'indifferenza della classe operaia alla problematica della Guerra, giudicata alla stregua di un affare tutto interno alla borghesia. Ascoli stringe amicizia con un altro personaggio del sindacalismo rivoluzionario, che avrebbe avuto nell'ambito del regime un ruolo di grande importanza: Sergio Panunzio. D'altra parte, nel 1917, conosce Croce, uomo che costituirà riferimento imprescindibile di tutto il suo orientamento politico e teorico, anche dopo la sua fuoriuscita dall'Italia. Del filosofo di Pescasseroli, apprezza, sul piano squisitamente politico, le conseguenze prassiche della sua riforma della dialettica hegeliana, sulla cui scorta il reale è concepito in modo tale che, pur se informato da un'idea di Provvidenza di chiara ascendenza idealistica, non si presta ad una sintesi definitiva, incitando, proprio per questo, ad un atteggiamento non passivo di fronte agli eventi, e, qui in particolare, alla sconfitta di Caporetto. La posizione di Croce è assai efficacemente presentata in un ar-

rie filosofiche crociane, cf, E. Garin, *Appunti sulla formazione e su alcuni caratteri del pensiero crociano*, in *Intellettuali italiani del XX secolo*, Roma, 1974, pp. 8 ss.; M. Corsi, *Le origini del pensiero di Benedetto Croce*, Firenze, 1951; G. Sasso, *Benedetto Croce. La ricerca della dialettica*, Napoli, 1975; P. Rossi, *Benedetto Croce e lo storicismo assoluto*, ora in *Storia e storicismo nella filosofia contemporanea*, Milano, 1960, pp. 303 ss; L. Mossini, *La categoria di utilità nel pensiero di Croce*, Milano, 1959.

[5] Cf., a puro titolo esemplificativo, G. Simmel, *Der Krieg und die geistigen Entscheidungen*, trad. it., *Sulla guerra*, Roma, 2003.

ticolo del novembre 1917, pubblicato sulla rivista «Vita italiana», ripreso dai principali quotidiani nazionali, in cui è dato leggere: «Le sventure sono nient'altro che i mezzi che la Provvidenza adopera per scuotere l'accidia, per ampliare violentemente le angustie degli intelletti e dei cuori; e noi dobbiamo accogliere con animo equo il dolore, che sembra così fiero nemico e ci è amico vero […]. Solo ai popoli che non maledicono le avversità, ma le ricevono fermi, riconoscendo in essi con umiltà superba, il giusto castigo delle proprie colpe, ed espiano non nell'avvenimento, ma erigendosi in piedi e combattendolo, sono aperte le vie dell'avvenire. Così sia dato commemorare un giorno con letizia le angosciose settimane di questo novembre […]»[6].

Al centro della riflessione di Ascoli in quegli anni vi sono due temi fondamentali, strettamente collegati: da un lato, come accennato, un'analisi critica sull'insufficienza della classe dirigente nel portare a compimento il processo di costituzione nazionale e di unificazione spirituale dell'Italia, dall'altro, la necessità di creare nuovi valori spirituali, in grado di rigenerare il legame sociale tradizionale, demoralizzato dal capitalismo e dallo scientismo dominanti. È su questo punto che la matrice sindacalista, venata di uno spiritualismo di matrice irrazionalistica, che tiene insieme Sorel e Bergson, si sposa con l'idealismo crociano. Fino ad un certo punto, però: pur approvando in una certa misura l'ispirazione rigeneratrice, polemicamente opposta allo spirito positivista, è proprio Croce a dimostrare di non condividerne lo spirito, eccessivamente intriso di una vocazione irrazionalistica. Lo stesso Croce riasserisce la funzione delle classi colte, che avrebbero dovuto

[6] Cf. B. Croce, *Un mondo da costruire*, in «Vita Italiana», 30 novembre 1917, poi in Id., *Pagine sulla guerra*, Napoli, 1919. Ascoli risponde a Croce in privato, dimostrando di essere in piena consonanza spirituale con il filosofo di Pescasseroli (Ascoli a Croce, 14 dicembre 1917): «Ero un colpevole come tutti, dovevo espiare e non potevo. Tutta la mia vita passata mi sembrava tradimento. Poi, a poco a poco (ma a costo di quanto dolore?) ho accettato la realtà, meglio ancora, ne sono stato lieto. Lei lo ha espresso così bene questo, in poche parole, ma le più alte che io abbia udito in questi giorni». Così (D. Grippa, *Un antifascista tra Italia e Stati Uniti. Democrazia e identità nazionale nel pensiero di Max Ascoli (1898-1947)*, p. 19): «Nello storicismo di Croce, Ascoli trovava dunque lo strumento adatto per accettare e superare la dura realtà che gli stava di fronte, ma non il pensatore in grado di aiutarlo nella comprensione e nella risoluzione del problema dell'ingresso delle masse sulla scena politica, per il quale riteneva necessario l'intervento degli intellettuali. Lo strumento attraverso il quale le classi dirigenti dovevano creare i nuovi valori in grado di dare unità necessaria alla nazione era "l'istinto creatore", giustificato dalla ragione».

svolgere una funzione 'critica', più che taumaturgica, alla maniera dei sindacalisti rivoluzionari, tesa a porre in essere una sana distanza con la politica. Ciò che il pensatore di Pescasseroli teme, e da cui ben si guarda, è un uso strumentale della cultura, in cui i confini, tra ideologia e scienza, tra propaganda politica e riflessione teorica, rischiano di svanire a favore della ricerca di effetti immediatamente politici: da questo punto di vista, la vicinanza che il gruppo di Ascoli intrattiene in quegli anni con Prezzolini e Gentile gli era invisa.

Croce esprime questa perplessità proprio nell'ambito di una lettera inviata ad Ascoli verso la fine del 1917, quindi sul finire del conflitto. Tra modi del disquisire, si darebbe dire una vera e propria tripartizione: quella del poeta, sarebbe espressione della verità e dei sentimenti, quella del filosofo la verità del reale, laddove invece: «[…] quella oratoria, eccitante, non più parola ma strumento e questa è un tossico, e, come tutti i tossici, in certi momenti speciali o straordinari può anche giovare a sorpassare un pericolo, ma come rimedio ordinario rovina l'organismo morale. In Italia conviene combattere e ridurre in istretti limiti l'oratoria!»[7].

Ma davvero l'attività giovanile di Ascoli è questione di *ars oratoria*? L'attivismo giovanile di Ascoli, così come il suo orientamento in ambito filosofico e giusfilosofico, in verità, non sono il frutto di tendenze estetizzanti, e non possono esser compresi senza tener conto di quella componente religiosa, che agisce in modo assai potente in tutta la sua educazione giovanile e nella sua formazione intellettuale, da cui mai si separa del tutto in realtà, anche dopo un atto di separazione formale. Si tratta del tentativo di risolvere, filosoficamente, l'elemento religioso in quello logico, passo a cui era giunto meditando sull'orientamento in materia, propugnato dall'idealismo, tentativo che resta, in qualche modo, irrisolto nel pensiero del ferrarese, permanendo sempre un 'resto', la cui inaccessibile indisponibilità si rivela fondatrice e della riflessione e dell'azione politica[8]. In questo senso, Asco-

[7] Lettera di Benedetto Croce a Max Ascoli, 31 dicembre 1917, ora in B. Croce, *Epistolario. I. Scelta di lettere curata dall'autore*, Napoli, 1967, pp. 21-22.

[8] Ancora una volta, fondamentale in tal senso l'influenza della posizione crociata, che si esplicitò nell'ambito di una comunicazione tenuta dal filosofo presso l'Accademia Pontaniana in quegli stessi anni. Cf. B. Croce, *Sulla filosofia teologizzante e le sue sopravvivenze*. Nota letta all'Accademia Pontaniana nella tornata del 19 gennaio 1919 dal Socio Presidente Benedetto Croce, Napoli, 1919.

li è profondamente radicato in un ebraismo che resiste ad ogni immanentizzazione.

Lo scopo del presente studio, però, non è quello di determinare i modi e la logica di questo 'residuo', quanto di giungere alla comprensione, non presupposta, del nesso, tra trascendenza e ordinamento concreto, e, quindi, tra fascismo quale esperienza politica da un lato, e filosofia quale riflessione puramente teoretica, dall'altro. In Ascoli, la manifesta avversione al fascismo è immediata, priva di ogni indugio o tentennamento di sorta: «[…] folle è chi crede tutta la Democrazia consistere negli immortali principi, e non piuttosto che essa sia atmosfera del nostro tempo, ritmo della nostra vita»[9]: il ferrarese imputa alla classe dirigente italiana, alla borghesia e ai ceti illuminati una totale cecità nei confronti delle contraddizioni della società di quegli anni. La stessa tendenza, interna alle correnti democratiche più radicali, sulla cui scorta: «tutto è possibile in democrazia perfino l'annullamento della democrazia»[10], è considerata impressa nel cuore di quel socialismo che svaluta la democrazia,

All'avversione manifestata per la democrazia come forma politica nei suoi studi giovanili su Sorel, Ascoli sostituisce una critica serrata della democrazia liberale in Italia: a differenza di Salvemini e Gobetti, che misconoscono il carattere peculiare del fascismo, guardando alla sua affermazione in continuità con l'esperienza giolittiana, egli intende, sin dal primo momento, il significato della rottura totalitaria, indotta da un regime che andava «spalancando baratri dove eran strade e tracciati di strade»[11]. La sua posizione, in materia di opposizione al fascismo[12], è di una tale inequivocità, da costituire una base, per il

[9] M. Ascoli, *Il gigante cieco*, in «Rivoluzione liberale» , anno II, n°10, 17 aprile 1923.

[10] M. Salvadori, *Max Ascoli antifascista e fuoriuscito*, relazione letta al convegno su Max Ascoli, tenuto a Ferrara nel 1980. La relazione è reperibile in ISTORETO, fondo Garosci; la citazione è tolta dalla pagina 6.

[11] M. Ascoli, *Il gigante cieco*, cit.

[12] Ad Ascoli, come a Rensi, viene negato l'insegnamento accademico, sulla base, però, non di una marginalizzazione, quanto, piuttosto, di un'esclusione preliminare. In questa vicenda, gioca un ruolo importante il suo arresto, che ha luogo il 30 aprile del 1928 a Camerino, sulla base dell'accusa, del tutto infondata, di appartenere all'associazione segreta Giovane Italia, dai contenuti squisitamente antifascisti. In seguito a quest'episodio, nonostante la pretestuosità dell'accusa, in seguito alla scarcerazione, l'Università di Camerino non gli rinnova l'incarico e gli viene negata la possibili-

tramite della quale interrogare l'approccio alla filosofia del diritto del giovane ferrarese, evidenziando, seppur *a contrario*, i tratti che la mettono in polemica con l'idealismo, filosofia problematicamente da collegare all'esperienza totalitaria. La ricerca che si dipana qui, non intende, in questo senso, dare per scontato il nesso idealismo-fascismo, per collocarsi, al contrario, nell'ambito dell'individuazione (pure ritenuta possibile) dei nessi che esistono tra filosofia come attività speculativa e prassi politica. Non resta che interrogarsi, a questo punto, sulle forme in cui può darsi un idealismo che avochi a sé il requisito di critico e che si voglia tale: può l'idealismo, come vuole Ascoli, costituirsi quale momento costitutivo di una teoria che si vuole non apologetica della riaffermazione di unità tra reale e razionale? Se lo statalismo è in qualche modo il corrispettivo della speculazione idealistica, l'asse idealismo-totalitarismo può essere dissaldato?

Il pensiero di Max Ascoli, come, su un versante abbastanza dissimile, ma non per questo totalmente privo di punti di contatto, quello di Rensi, filosofo anch'egli interno in un certo senso all'idealismo ma antifascista, può introdurci a quella dimensione 'critica' dell'idealismo, che consente ad entrambi un'indomita opposizione alla politica, culturale e non, del fascismo.

Si intende procedere attraverso un'interrogazione che "tenga aperta" quella frattura critica che rende problematica la valorizzazione idealistica della contingenza fattuale tra valore e fatto. In questione, allora, è il possibile esito di un'interrogazione critica dell'idealismo, che si materializza per il tramite della riaffermazione della problematicità del rapporto tra intelletto e realtà, che giace al cuore della fondazione del soggetto filosofico-giuridico moderno, al di là di ogni misconoscimento. Se, per Cartesio, l'uomo è entità divisa in se stessa, abitato com'è dal frazionamento soggettivo di *res cogitans* e *res exten-*

tà di fare domanda al concorso di libera docenza mancando «il requisito di buona condotta morale e politica». In seguito a questi fatti, il suo rapporto con Giorgio Del Vecchio, che avrebbe dovuto sostenere il suo ingresso nell'Accademia, si deteriora progressivamente, fino ad interrompersi del tutto quando l'opposizione di Gentile finisce per costituire un'interdizione definitiva in un successivo concorso per la libera docenza: Ascoli è abilitato ma primo non vincitore. La precarietà della sua situazione materiale e politica lo spinge a contattare il referente italiano della *Rockfeller Foundation*, allo scopo di chiedere una borsa di studio che gli avrebbe consentito totale autonomia materiale e politica. Comincia il percorso dell'Ascoli esule negli *States* per motivi politici.

sa, che giace al cuore del suo essere, è solo in Dio che si dà un orizzonte di ricomposizione tra gli ambiti della percezione del reale e dell'intelletto. Così, mentre nell'uomo è la vigilanza dell'intelletto a fare da argine ad una volontà che non conosce limite, in Dio, non potendo conoscere l'Essere Supremo contraddizione alcuna, vi è perfetta unità di volere e ragione, unità, in virtù del quale ogni moto della volontà è inteso razionalmente, *sub specie aeternitatis*. La ricomposizione idealistica della posizione critica è tale che, soprattutto nelle sue declinazioni soggettivistiche, ricomposizione ha luogo nella coscienza individuale, o meglio, di quella coscienza che, fuoriuscendo dalla sua individualità, rende ragione del suo essere finito come un semplice momento del suo sviluppo. Si tratta di un'operazione che eleva, di fatto, il transeunte all'eternità e, con esso, l'uomo al livello di Dio: i critici dell'idealismo parlano, non a caso, di una deificazione prima dell'io, elevato ad un rango di divinità immanente, e poi dello Stato, che, inteso come persona giuridica, finisce per configurarsi quale proiezione su scala ampliata della persona (la c.d. persona fisica) concepita alla luce delle categorie concettuali proprie dell'individualismo giuridico. Attraverso l'estensione oltre i propri limiti costitutivi di entità logico-formali – in particolare, dell'io trascendentale – accompagnata dalla loro sostantivizzazione materiale, praticate oltre il dovuto limite, l'idealismo persegue la strada dell'unificazione del possibile disaccordo strutturale tra intelletto e sensibilitàà, facendo dell'io il luogo di una riconciliazione tra soggetto e oggetto: la vicenda del pensiero e dell'esistere volge, nel senso aristotelico del termine, in commedia. Siffatta riconciliazione è postulata, sulla base di una presupposizione più ampia, relativa all'omologia strutturale tra realtà e pensiero: l'estensione al reale dell'unificazione dialettica di intelletto e sensibilità reca con sé, quale conseguenza logica, l'elevamento del reale e della storia al rango di una razionalità solo immaginaria. E come l'io degli idealisti accorda soggetto e oggetto, dimostrando che, come i sensi sono per l'intelletto, come, ancora, l'oggetto è per il soggetto, animati tutti i termini da una ragione che struttura unitariamente la relazione, così, nello Stato, l'elemento materiale esiste, quale "materia segnata", solo per il movimento di inordinazione costante, proprio della funzione 'disciplinatrice' dello Stato, senza mostrare nessuna eccentrica pretesa di autonomia. La presupposizione della considerazione, se non della consustanzialità, della co-originarietà dei termini in gioco, smor-

za alla base ogni possibile conflitto o discrepanza tra sfere dell'agire, così come preme per una loro interpretazione uniforme.

In questo senso, se, come si è detto, l'idealismo ha la tendenza a suturare l'infondatezza del soggetto moderno, a portare il cartesiano "*cogito ergo sum*" dal livello della semplice certezza a quello della verità, sulla base di un'inconcussa identificazione tra pensiero e realtà, idealismo 'critico', sarà quello che, invece, persiste nel tenere in piedi una, per così dire, ragionevole separazione tra ragion pura e ragion pratica, tra intelletto e realtà, tra approccio gnoseologico e realismo 'ontologico', evitando la contemporanea divinizzazione dell'io e della realtà, entrambe subordinate ad un principio trascendente.

Per Ascoli, in questo senso, le strutture formali vivono di una propria sfera di autonomia, seppur relativa: il filosofo ferrarese si tiene dall'elevare il recupero di momenti *apriori*, al livello della ragione intesa nel senso più totalizzante del termine; suo è il merito di porre un argine, di limitare le pretese panlogistiche dell'idealismo, evidenziando i limiti del formalismo e della dogmatica nel definire nella sua totalità il fenomeno giuridico. Nel procedere in questa direzione, egli riconosce come, in una certa misura, diritto e fatto, essere e dover-essere, sono categorie che, per quanto si cerchino a vicenda, al tempo stesso, per una propria intrinseca necessità di carattere logico, si escludano poi, allo stesso modo, vicendevolmente. L'insieme di siffatti processi, che costituisce l'oggetto per eccellenza della filosofia del diritto, è costituito dalla stessa modalità attraverso la quale la realtà produce diritto e il diritto stesso, da attuosità, si trasforma in attualità.

Ne deriva la definizione di un preciso limite interno alla scienza giuridica, nonché alle sue pretese logicizzanti: la relazione tra *Sein* e *Sollen* non potrà mai configurarsi in maniera del tutto logica: il modo stesso in cui diritto e fatto si strutturano vicendevolmente, pur non configurandosi esattamente come extra-logico, non risulta, comunque, inquadrabile all'interno della dogmatica formalistica. Quest'ultima, impatterebbe un limite nella sua capacità di rendere razionale la produzione del diritto, la cui matrice ultima resta esterna e, in qualche modo, irriducibile alla dimensione logica. Evidenziato siffatto limite, tramite gli strumenti della critica, esso non deriva, come nella tradizione antiformalistica di stampo realistico, dalla suvvalenza dell'oggetto sul soggetto, della realtà sull'idea, o su quello, del tutto corrispettivo, del mondo sull'io, essendo piuttosto desunto, formalistica-

mente, dai limiti stessi della struttura del pensiero, che, però, a loro volta, presuppongono, a monte, la pre-cedenza, non solo temporale, ma logica di quell'elemento vivente, che la sfera normativa è chiamata a disciplinare.

Nella costruzione di questo dispositivo, Ascoli giunge, addirittura, ad invocare una ripresa critica del positivismo, corrente ritenuta in grado di tutelare maggiormente la dimensione della libertà individuale e le istanze democratiche rispetto al neoidealismo: le sue riserve non sono indirizzate solo all'attualismo di Gentile. Le stesse posizioni di Croce gli paiono, in qualche modo, seppur non direttamente, colluse col fascismo (si tratta di un giudizio condiviso anche da Rensi): le concezioni relative alla dimensione normativa, sia quelle gentiliane che crociane, costituirebbero un'indiretta apologia dell'esistente, nella misura in cui postulano «una sempre più netta estraneità della vita spirituale dalla vita giuridica e quindi anche politica»[13]. Ascoli si fa promotore, in questo senso, della ripresa critica del positivismo, perché gli sembra che quest'indirizzo di pensiero sia maggiormente funzionale alla difesa di istanze di pluralismo e di libertà[14].

Data quindi per certa la preminenza del vivente sull'attività disciplinatrice del soggetto, l'idealismo si trasforma in Ascoli da questione ontologica in questione gnoseologica, e quelli che sono i limiti dell'attività disciplinatrice della soggettività finiscono per coincidere con i limiti formali del pensiero. Questione legata al metodo, che il filosofo persegue individualmente, e che non può garantirgli nulla sul piano dell'*adaeguatio rei et intellectus*, se non quella particolare presa,

[13] M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi. Saggio di Filosofia del Diritto* (Roma, 1928), ed. a cura di F. Riccobono, *Presentazione* e *Postfazione* di R. Treves, Milano, 1991, p. 43. Sull'ideologicità del pensiero di Croce, si esprime, in maniera del tutto pertinente, A. de Gennaro (*L'ermeneutica idealistica. Filosofia politica neoidealistica italiana e interpretazione*, cit., pp. 13-14): «Quello che si tratta di comprendere è che, nella crisi di fine secolo che segna il passaggio in Europa tra due fasi della società capitalistica o industriale, il carattere composito della filosofia crociana è solo la traduzione concettuale degli aspetti maggiormente contrastanti che caratterizzano, rispetto ad altre società industriali occidentali, il nostro paese».

[14] In questo senso: «Avrei da fare solo qualche riserva sulla connessione che vi è tra filosofia idealista e critiche più o meno demolitrici al principio di libertà politica: perché mi sembra che nel vecchio positivismo vi fosse più senso e passione anche di libertà politica che in un certo idealismo di nostra conoscenza. E tutto l'idealismo ha un po' da fare, a questo riguardo, il proprio esame di coscienza», Ascoli a Croce, 21 novembre 1927.

se così vogliamo definirla, sul mondo, che è conoscenza del reale e non della realtà. I fatti umani non possono rientrare negli schemi che li precedono: se così fosse, la vita perderebbe la sua stessa individualità: tutto lo sforzo del diritto è teso, appunto, ad inquadrare questo flusso, disciplinandolo. Nell'ambito di questa originalissimo *melange* di vitalismo e formalismo, è «[…] evidente come in questa perenne rincorsa tra la vita e il diritto, sia sempre la vita che vince, come cioè il diritto possa utilmente adempiere la propria funzione solo a patto di essere sempre violato»[15].

2. *Ascoli e il dibattito giusfilosofico dei primi decenni del '900*

Concepire l'idealismo come squisitamente soggettivo, in un senso opposto a quello di Fichte, relativizzarlo gnoseologicamente, essere idealista, circoscriverlo come processo di pensiero, in questo senso, significa, quindi, non tanto legittimare, giustificare come intrinsecamente valoriato il reale ad ogni suo livello di esistenza materiale, quanto cogliere criticamente la struttura e i limiti del pensiero, a partire proprio dal suo darsi formale e dalla sua funzione, *lato sensu*, poietica, il che pone al centro dell'interesse la tematica dell'interpre – tazione. Quest'ultima, sia ben chiaro, è da intendersi, sin dall'inizio, nel senso, amplissimo, di creazione. In Ascoli il limite, criticamente evidenziato, per il quale idea e realtà non possono stringersi in un connubio definitivo, come vogliono invece gli idealisti, è di natura strettamente filosofica, e riguarda la struttura stessa inerente i rapporti tra norma e realtà; sostiene – pertinentemente – il ferrarese al proposito: «Il problema sulla natura dell'interpretazione non è tecnico o interno alla filosofia del diritto, ma è un problema continuamente suscitato dal diritto alla filosofia, un prodotto delle necessarie crisi della

[15] M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi. Saggio di Filosofia del Diritto*, cit. p. 33. Anni dopo, nel presentare l'edizione spagnola di questa sua fatica giovanile, non manca di fare doviziosa autocritica di se stesso (M. Ascoli, *La interpretación de las leyes*, trad. R. Smith, Buenos Aires, 1947, p. 16): «Debbo segnalare, egli disse, gli evidenti punti deboli di questo libro, evidenti per me ora così come lo erano quindici anni or sono. È un libro professionale. È un libro scritto per una assai piccola corporazione di professionisti della filosofia del diritto, persone che io conoscevo e che erano amici, o concorrenti, o nemici».

coscienza giuridica che lo stesso dommatismo provoca, e non può affrontare»[16].

È l'esistenza di una serie di problematiche interne alla teoria dell'ordinamento giuridico a rivelare lo statuto di inassimilabilità tra il fatto da un lato e la sua disciplina normativa dall'altro, tra la realtà sociale, intesa nel suo complesso, ed il procedere formalistico che questa realtà intende disciplinare: la storia concettuale delle teorie con le quali si è inteso dimostrare la completezza dell'ordinamento giuridico offre all'allora giovane giusfilosofo l'argomento per dimostrare il limite dell'incedere di ogni indagine puramente logica sulla realtà complessiva della vita del diritto e delle modalità attraverso le quali l'elemento ideale e l'elemento materiale tendono a trasfigurarsi, traducendosi in diritto[17].

Ascoli si sente dunque chiamato a misurarsi criticamente con i teorici della completezza dell'ordinamento giuridico, e, prima di tutti, con il Donati, il quale, più di ogni altro, tenta di logicizzare l'ordinamento, rendendolo completo dal punto di vista razionale, con tutte le ricadute sul piano fattuale che ciò comporta, costituendosi quasi paradigmaticamente rispetto a questo tipo di riflessione. Riprendendo l'argomentare di un esponente della *Freirechtsbewegung*, Zitelmann (1852-1923), autore dell'importante *Lücken im Recht*[18], e

[16] M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi. Saggio di Filosofia del Diritto*, cit. p. 33.

[17] A partire dalle riflessioni sulla cui scorta Bobbio, in un suo noto studio (*Tullio Ascarelli*, in «Belfagor», XIX, 1964, pp. 546-65) mette in serie l'antiformalismo giuridico e l'idealismo storicistico crociano, Treves, con estremo rigore, in un suo lavoro dedicato per l'appunto ad Ascoli, uno dei pochi lavori di area giusfilosofica dedicati al ferrarese, mette in evidenza affinità e divergenze tra le rispettive tendenze, non senza uno spunto autocritico nei confronti di se stesso. Così (R. Treves, *Dall'idealismo storicistico alla sociologia del diritto. Impressioni antiche e recenti su un libro sull'interpretazione delle leggi*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XLIII, 1966, p. 369): «L'osservazione di Bobbio, come la mia, vanno prese però con una certa cautela perché non si può dimenticare la profonda differenza che separa sul piano speculativo lo storicismo idealistico del Croce dal realismo, dall'utilitarismo, dal positivismo a cui si riconnettono i movimenti giuridici antiformalistici americani, francesi e tedeschi dei quali abbiamo parlato. Tuttavia tali osservazioni servono anche a far sì che si accetti con maggiore cautela il luogo comune per cui l'idealismo storicistico sarebbe stato il gran nemico della sociologia e della sociologia del diritto; sarebbe stato anzi il maggior responsabile della condanna di queste discipline e della loro eliminazione dall'ambito della cultura italiana per un periodo che abbraccia parecchi decenni».

[18] Cf. Zitelmann, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903.

nell'affrontare, polemicamente, su un piano più generale, gli autori che lottano per il riconoscimento della necessaria lacunosità dell'ordinamento, della sua incompletezza logica, della sua insufficienza ad essere all'altezza delle esigenze della vita reale, Donati, a sua volta autore de *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*[19], teorizza l'esistenza della norma, còlta singolarmente e quindi non all'interno dell'ordinamento come insieme di norme, all'interno di un duplice movimento, che è in primo luogo di limitazione ai casi determinati da essa previsti, e in modo del tutto sincronico e simmetrico, di esclusione nei confronti degli altri. Estendendo questo ragionamento, Donati giunge a postulare l'esistenza, all'interno di ogni ordinamento, di una norma implicita, in grado di render ragione di tale dualità, norma presupposta ma considerata operante, norma cosiddetta di 'chiusura', che costituirebbe la "chiave di volta" di tutta l'architettura dell'ordinamento, secondo la quale ciò che il legislatore esclude dalla sua sfera normativa non cade in un'area di indifferenza giuridica, bensì è regolato, implicitamente e negativamente dal legislatore stesso, il quale parla anche dove tace, negando che la norma debba venire applicata ai casi non espressamente regolati.

Si assiste così ad un avanzamento, rispetto a quanto postulato da Zitelmann, che concepisce in senso limitativo l'interpretazione della norma, sostenendo che le disposizioni del legislatore dirette a costituire obblighi debbano esser lette negando l'esistenza di altre obbligazioni al di fuori di quelle, esplicitamente menzionate nella disposizione[20]. Il punto di vista di Donati, invece, come si è visto, è che esiste una norma generale, considerata 'soggiacente' alle norme particolari contenute nell'ordinamento, norma che può valere come complementare, in grado di 'chiudere' l'ordinamento: si tratterebbe di una vera e propria norma giuridica, legata ad un'espressione di volontà, non solo apparentemente, ma anche sostanzialmente distinta dalle dichiarazioni di volontà espresse al livello delle norme particolari, e non legata ad una semplice limitazione dell'area di estensione della norma, come invece voluto da Zitelmann.

[19] Cf. D. Donati, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910.

[20] Per E. Zitelmann, infatti (*Lücken im Recht*, cit., p. 18): «[…] *die Ausgangsfläche aller unserer Beurteilung ist immer die, dass* keine Wirkung *eintritt, wenn sie nicht besonders angeordnet ist* […]».

In questo senso, per Donati: «Che la norma di cui abbiamo parlato sia una vera e propria norma giuridica, cioè una norma sostanzialmente distinta dalle varie norme particolari di cui deve formare il complemento, deriva già in realtà dallo stesso concetto che di essa abbiamo dato, rilevando come essa sia diretta, non già a dichiarare che le limitazioni volute dal legislatore sono soltanto quelle da esso stabilite per i casi della legge particolarmente considerati (in realtà non ci sarebbe bisogno di richiamarsi a una norma particolare per giustificare una tale affermazione), ma invece a dichiarare che il legislatore *vuole che non siano altre limitazioni* all'infuori di quelle da esso stabilite per i casi da esso particolarmente considerati: deriva, in una parola, dalla sua rilevata natura di norma, non già diretta a *limitare*, ma ad *escludere*»[21]. Sulla base di questo ragionamento, Donati pensa ad una norma, il cui contenuto è assimilato tanto al dovere di astenersi da qualunque azione che possa importare una limitazione non prevista dalla legge quanto, corrispondentemente, al diritto ad esser libero da ogni limitazione non prevista dalla legge. Se Donati, mediante l'elaborazione di un concetto come quello di "norma generale esclusiva" riafferma l'idea di un ordinamento giuridico completo, senza lacune, in grado di far fronte a tutte le esigenze della vita concreta, Brunetti, forzando oltre ogni limite l'idea di un ordinamento giuridico autonomo, misura di se stesso, inconfrontabile con ordinamenti perfetti, in questo senso ideale, finisce per risolvere il problema delle lacune in quello dell'interpretazione e delle fonti[22].

Il giudizio di Ascoli su tentativi del genere di quelli operati da

[21] D. Donati, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 41. Così Bobbio sull'argomento, seppur nell'ambito di una troppo forzata, se non indebita, separazione delle teorie del Donati da quelle dello Zitelmann (*Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, pp. 246-247): «La teoria della norma generale esclusiva ha il suo maggiore esponente nello Zitelmann, ed è stata ripresa in Italia soprattutto dal Donati. Secondo quest'ultimo autore, non esistono fatti giuridicamente irrilevanti e, ciò nonostante, non esistono lacune, perché ogni norma giuridica particolare che assoggetta a una data regolamentazione certi atti è sempre accompagnata da una seconda norma, implicitamente contenuta in essa, la quale esclude dalla regolamentazione della norma particolare tutti gli atti non previsti da quest'ultima, e li sottopone ad una regolamentazione giuridica antitetica (per questo, la seconda norma è detta generale ed esclusiva)».

[22] G. Brunetti, *Il domma della completezza dell'ordinamento giuridico*, Firenze, 1924, nonché; Id., *Scritti giuridici vari*, vol. I, III e IV, Torino, 1915-20.

Donati e Brunetti, con i quali la scienza giuridica tradizionale appare tutta tesa alla dimostrazione (essa stessa logica) della identificabilità tra diritto come fenomeno vivente e normatività, nonché dell'identificazione tra diritto e legge, prodromica del credo dell'onnipotenza statualista, e quindi su quella scienza giuridica che, almeno secondo l'ormai celeberrima classificazione di Bonnecase[23], sarebbe da associare al classicismo piuttosto che al romanticismo giuridico, è di un estremo rigore. Il tenore della sua argomentazione è il seguente: il problema di come dalla norma si passi al fatto non attiene alle possibilità esplicative della dogmatica, essendo ad essa esterno. Così: «Si potranno così costruire teorie dommatiche delle fonti e della interpretazione, ma tali teorie non potranno mai risolvere, e nemmeno affrontare il problema che sta alla loro stessa radice: come cioè dalla norma si giunga al fatto, come la norma sia ingranabile nel fatto, e come dal fatto si salga alla norma»[24]. In questa linea interpretativa, Ascoli adotta il punto di vista di Perassi, il quale, nel mostrare come la teoria dogmatica delle fonti sia incapace di render ragione del problema dell'origine del diritto, o, in altri termini, di spiegare logicamente la modalità di produzione della giuridicità di una qualsivoglia norma, evidenzia la fiducia panlogistica dei dogmatici, per i quali «[…] l'ordinamento giuridico è un postulato»[25], per cui: «Ma, abbandonando la posizione rigidamente dommatica del Donati per compiere un'indagine di questi due problemi, si raggiunge sempre un punto, che è il punto limite della dommatica, in cui questa non assiste più»[26].

Il pensiero di Ascoli sul punto deve dunque, essere iscritto nella tradizione di quel soggetto 'moderno' e 'critico' inaugurata da Cartesio e da Kant portata probabilmente all'apogeo della sua estensione, tradizione che ha come referente un soggetto affetto da divisione soggettiva, che non può suturare, con gli strumenti della sola logica, il vuoto di fondazione che lo contraddistingue al livello del fondamento ultimo della sua certezza, fondamento estraneo a quell'ordine raziona-

[23] Cf. J. Bonnecase, *Science du droit et romantisme. Les conflits des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*, Paris, 1928.

[24] M. Ascoli, *L'interpretazione delle leggi*, cit., pp. 11-12.

[25] T. Perassi, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, in «Rivista di diritto internazionale», 1917, p. 195.

[26] M. Ascoli, *L'interpretazione delle leggi*, cit., p. 11.

le e a qulla derivabilità logica a partire dalla quale, invece, la certezza trova la sua "*raison d'être*".

Se per soggettività non intendiamo, semplicemente, la soggettività empirica del singolo: una volta estesa all'intero soggetto epistemico, colto in quanto tale, il problema del limite alla logicizazione del problema dell'origine di qualsivoglia sistema, puramente logico o normativo che dir si voglia, il problema, in altri termini, della non autoreferenzialità di ogni ordinamento, non in grado di trovare in se stesso la sua radice logica, incrocia, inevitabilmente, quello dei cosiddetti principi generali del diritto, terreno sul quale Ascoli trova un interlocutore dello spessore di Del Vecchio, che tra l'altro si costituisce, fino ad un certo punto, cioè fino al suo arresto, come suo referente accademico[27].

Al livello della costituzione formale dell'ordinamento giuridico, diremmo che non c'è Altro dell'Altro, mettendo a frutto l'idea, moderna e critica al tempo stesso, di un soggetto epistemico che non può fondare la sua origine al suo interno, di non poterlo reperire in se stesso, ma in un altro da sé, in un altrove, oggetto esso stesso di critica, tesa ad evitare sfondamenti e tentativi di accaparramento da parte di saperi e pratiche teoriche avulse dal pensiero filosofico e critico.

Il punto di vista di Ascoli è che il momento logicamente ultimo dell'ordinamento non è mai univocamente determinabile con gli strumenti della dogmatica: se oggetto della scienza giuridica tradizionale, sarà oggetto di una "filosofia spontanea", di un'attività proiettiva del giurista, epistemologicamente inavvertita, che lo costruirà senza rigore, "a propria immagine e somiglianza", è la filosofia del diritto ad essere investita di una funzione, in senso kantiano, critica. La dogmatica può solo parlarci del 'come', ma del 'perché' di quella determinata costruzione dell'ordinamento, può dirci la filosofia e solo la filosofia del diritto[28]. La filosofia del diritto riveste così un ruolo importante, svolgendo un'attività di vigilanza epistemologica sulla scienza giuridica, esemplificata nei seguenti termini: «Questa sorta di smarrimenti e di rivelazioni dell'incapacità della dogmatica si può riscontare nel problema dei cosiddetti principi generali del diritto, e anzi con mag-

[27] Cf. G. Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, Bologna, 1921.

[28] Ieri il terreno dei principi generali del diritto, così come, oggi, quello delle aspirazioni in tal senso dei c.d. "diritti fondamentali", risulta proprio di una reiterata intersezione tra la problematica del fondamento e quella della concatenazione normativa, la prima, dominio della filosofia del diritto, la seconda della scienza giuridica.

gior rilievo, perché la questione dei principî generali del diritto è il punto più interessante, anche per la giurisprudenza pratica, di tutta questa zona di ardua problemistica. Sono state date, come ognuno sa, le risposte più varie circa l'identità di questi principî generali, varie e tutte pressoché ugualmente valide, da studiosi di vario indirizzo e di varia specialità, che sono tra i nostri migliori cultori di discipline giuridiche»[29]. Nella misura in cui tende a voler "dire tutto", ad esaurire in sé il problema del fondamento, a costruirsi, cioè, come un sistema interamente logico, la dogmatica giuridica farebbe dell'ideologia e non della scienza, perché quei principi generali che essa pone a fondamento del diritto non possono essere che arbitrariamente posti in quella posizione, prodotto dell'universalizzazione di qualcosa che è, al contrario, nell'ordine del particolare. Ogni concezione del diritto, strutturante quelli che finiscono per essere i suoi "principi generali", non è altro che la logicizzazione o di una pratica o di una concezione teorica del diritto, che, posti proiettivamente, possono essere postulati, ma sono sempre ben lungi dal poter essere dimostrati.

L'insieme di pratiche e di concezioni del diritto che costituiscono l'insieme dei principi del diritto positivo, che possono variare dalla c.d. "natura delle cose" [30] all'elaborazione storica del diritto comune, dall'elaborazione giurisprudenziale al diritto naturale, non fanno altro se non prendere «[…] un elemento fra quelli infiniti che dànno vita al

[29] M. Ascoli, *L'interpretazione delle leggi*, cit., p. 12.

[30] Natura delle cose (*Nature des chose* in lingua francese, *Natur der Sache* in quella tedesca) è espressione dalla più parte della critica definita "ancora troppo indifferenziata", e da Norberto Bobbio in particolare (*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, p. 197) come sarebbe testimoniato dal seguente passo di F. Regelsberger, che la definisce nei seguenti termini (Pandekten, Berlin, 1893, I, § 12, p. 68): «*Natur der Sache, Vernunft der Dinge,* naturalis ratio, *Zweckgedanken, Verkhersbedürfnis, Rechtsgefühl sind mir verschiedene Bezeichnungen für dasselbe Ding*». Per una prima ricognizione concettuale della "natura delle cose", cf. N. Morra, *Natura delle cose*, in Novissimo Digesto Italiano, Torino, 1965, vol. XI, p. 44 e ss.; H. Schambeck, *Der Begriff der "Natur der Sache". Ein Beitrag zur Rechtsphilosophischen Grundlagenforschung*, Wien, 1964; G. Stratenwert, *Das Rechtsteoretische Problem der "Natur der Sache"*, Tübingen, 1957; A. Baratta, *Natura del fatto e diritto naturale*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», XXXVI, 1959, pp. 177-228. Da considerarsi classici sull'argomento, F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., vol. II, p. 70 e ss., A. Asquini, *La natura delle cose come fonte di diritto*, in «Archivio giuridico», 1921; G. Radbruch, *La natura delle cose come forma giuridica di pensiero*, in « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto », XX, 1940, pp. 193-205.

diritto positivo, e lo erigono a causa prima; normalmente l'elemento costituisce la specialità scientifica o la tendenza dottrinale del singolo studioso: così lo storico troverà che i principi generali si identificano con le linee di costanza dello svolgimento storico, il commercialista, più a contatto con la vivace vita del diritto che si fa, ricorrerà alla natura delle cose, il romanista alla tradizione del diritto romano, e così via»[31].

Per quanto Kelsen non faccia mai riferimento alla dogmatica in quanto tale, si tratta di tematiche che hanno un certo grado di affinità con quelle affrontate dal giurista praghese a proposito della sua *Grundnorm*, non foss'altro per il riconoscimento dell'impossibilità di una fondazione logica interna all'ordinamento, o al sistema di costruzione scientifica dello stesso. Nello strutturare *a parte subjecti* la concatenazione delle norme, il momento (che sia reperito in un unico principio o in una molteplicità di principi) considerato originario, fondante, sarà connotato per essere semplicemente postulato e non ulteriormente dimostrabile, e per l'essere una proiezione di qualcosa che è nell'ordine del particolare al rango di universalità. Per essere all'altezza del proprio ideale concettuale, la dogmatica dovrebbe porre e dimostrare i principi del diritto in un'area ad essa esterna: se riuscisse in quest'operazione, dogmatica e filosofia si compenetrerebbero a tal punto da divenire complementari, indistinguibili. A differenza di Kelsen, che ritiene semplicemente infondabile l'ordinamento, Ascoli ritiene che una fondazione dello stesso, sia pur critica, sia possibile.

Nella sua impostazione, si deduce che la dogmatica non può lavorare oltre i suoi limiti se non in modo fittizio: non si consideri paradossale l'asserzione secondo la quale proprio la non logicizzabilità dell'universo normativo chiama in causa la filosofia del diritto in una funzione che non può essere assimilata a mero complemento delle *defaillance* della logica giuridica. Il pessimismo indotto dalla constatazione che essere e dover-essere si danno in una costante frattura, che nessun ricorso alla logica può sanare, restituisce alla filosofia del diritto una funzione critica nei confronti del logicismo in fondo pregno di ottimismo di quegli scienziati giuridici che ergono a totalità la singolarità della loro esperienza. In questo senso, è possibile sostenere come, per Ascoli, sia proprio la dogmatica giuridica a fornire materia

[31] M. Ascoli, *L'interpretazione delle leggi*, cit., p. 14.

all'indagine filosofica, e che sia l'estensione illimitata della logica nell'ambito della scienza giuridica, il suo proliferare a rendere necessaria, se non addirittura a produrre quell'investigazione filosofica sulla norma che ne sarà il giusto correttivo, emendandone le pretese totalizzanti e schiarendone i presupposti, fino ad allora impliciti[32].

Realizzare una reciproca limitazione tra filosofia del diritto e dogmatica, sulla base di una preliminare distinzione tra i due ambiti, nella considerazione dell'incapacità della dogmatica stessa e dell'elemento formale di dominare nella sua integralità, mediandolo, il rapporto tra diritto positivo e realtà sociale: ecco in estrema sintesi le linee portanti della teoria di Ascoli in materia di rapporto tra filosofia come ragionamento sui principi, dogmatica quale organizzazione funzionale di strumenti, logici e prassici, posti al servizio dei fini dell'ordinamento, la e realtà sociale, che offre la materia (materia di per sé già in qualche modo '*signata*'). Qui si incontrano non più i problemi dell'impossibilità di ogni ordinamento formalisticamente inteso di autofondarsi logicamente, quanto quelli che sono i limiti della dogmatica nel cogliere l'articolazione tra realtà e sfera normativa, limiti sperimentati nei confronti della realtà sociale[33]. Ascoli non cede

[32] Così: «Tutte le soluzioni che si possono dare hanno la funzione di posizioni avanzate nella ricerca sulla natura del diritto, essenziale per gli stessi giuristi. Ogni specialista che vi sia giunto, vi ha portato la bandiera della propria specialità: ma piantare la bandiera non vuol dire prendere possesso del territorio; questo territorio è unicamente della filosofia del diritto, sui rapporti tra legge e fatto, sul formarsi delle norme nei rapporti interumani, appartengono esclusivamente alla filosofia del diritto», M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi*, cit., p. 14. Sul punto in questione, Ascoli cita, con molta proprietà, una pagina de *La dottrina generale dello Stato* di Jellinek e Orlando, nella quale emerge la coscienza, anche all'interno della giuspubblicistica, della funzione di integrazione, che la filosofia del diritto è chiamata a svolgere anche nei confronti di un approccio positivistico-statuale al diritto, quale quello perseguito dai due giuristi. Così (Jellinek-Orlando, *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921, pp. 637): «Ripiena del falso dogma della integrale compiutezza del sistema giuridico, la giurisprudenza trascura di regola che la storia del diritto è, nello stesso tempo altresì una storia delle interruzioni del diritto, e degli spazi privi di diritto entro gli ordinamenti giuridici e accanto ad essi; e perciò, solo mediante una finzione, paragonabile per falsità alle più avventate speculazioni di diritto naturale, può sostenere la parvenza di una perfetta continuità del diritto».

[33] «Si potranno così costruire teorie dommatiche delle fonti e della interpretazione, ma tali teorie non potranno mai risolvere e nemmeno affrontare il problema che sta alla loro stessa radice: come cioè dalla norma si giunga al fatto, come la norma sia in-

alle tentazioni del movimento della *Freirechtsbewegung*, riasserendo il primato dell'elemento formale che si costituisce come medio, schema, attraverso il quale la materia sociale, intesa nella sua molteplicità, acquista senso dal punto di vista normativo, offrendolo alla filosofia del diritto, che ha il compito di 'uni-ficarlo', reperendo quei tratti distintivi comuni in grado di realizzarne la comprensione unitaria.

Questioni estetiche e dispute normative sono messe in serie: il giusfilosofo ferrarese non tiene conto della circolarità del movimento concettuale crociano, per cui l'immediatezza che caratterizza l'opera d'arte deve essere letta alla luce della mediazione complessiva del sistema. Egli assolutizza la concezione estetica di Croce, senza considerare la sua posizione complessiva, fa sua una certa critica all'assoluta unicità e originalità dell'opera d'arte, quasi alla sua totale incomunicabilità sul piano di un'espressione che non sia empatica, qualitativa, irriducibile ad ogni significazione oggettiva che ne medi la portata, accomuna tra loro gli ambiti dell'estetica e della scienza giuridica. Si tratta di un approccio che risulterà fecondo di implicazioni nell'ottica della critica al crocianesimo, filosofia della quale pure Ascoli si dichiara seguace, rivolta qui alla sola concezione della norma, ma il cui perfetto *pendant* è nella concezione dell'opera d'arte, intesa correttamente, lo ripetiamo, solo se considerata avulsa dal sistema complessivo.

Sulla scia del parallelismo tra arte, lingua e diritto, parallelismo era nato nell'ambito di tutto lo storicismo tedesco, per essere formalizzato dallo Jhering dello *Spirito del diritto romano*, e che era stato efficacemente tematizzato in area francese da Bourgès[34], ma soprattutto da Bonnecase[35], che della sua distinzione tra classicismo e romanticismo giuridico fa la chiave di volta dell'interpretazione di tutto l'Ottocento giuridico in Francia, Ascoli evidenza l'importanza e il ruolo non tanto della puntualità nella percezione soggettiva dell'opera d'arte, quanto la durevolezza, oggettiva, della stessa, intendendo che il singolo si rapporta alla singola opera d'arte sulla base di una successione di momenti assolutamente singolari, ma che, nella sua generali-

granabile nel fatto, e come dal fatto si risalga alla norma», M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi*, cit., p. 14.

[34] L. Bourges, *Le romantisme juridique: synthèse traditionnelle du droit critique des idées moderne*, Paris, 1922.

[35] Cf. J. Bonnecase, *Science du droit et romantisme. Les conflits des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*, cit.

tà, la comprensione di ciò che è arte è possibile sulla base della capacità dello spirito di sintetizzare il molteplicità che è in gioco nelle percezioni singolari, per individuare delle costanti che, al livello dell'oggetto, rendano ragione di ciò che è arte. Questa critica investe allo stesso modo le correnti che egli definisce "dadaiste" della scienza giuridica, così come, d'altra parte, quelle idealiste, che hanno spesso vanamente pensato di poter superare i limiti e dell'antiformalismo e del formalismo. L'attitudine dello spirito, per Ascoli, è, al tempo stesso, unificante e critica, e la sua operazione concettuale si esplica su un duplice fronte: in questo senso, egli analizza le teorie dell'antiformalismo, quelle formalistiche e quelle idealiste, che di queste ultime hanno tentato il superamento, per sottoporle al vaglio di un pensiero che sappia dirsi critico, acquisendone, ove possibili, i risultati ritenuti fecondi, ma, individuandone al tempo stesso, i limiti. Così, in Ascoli, è la filosofia del diritto che elabora speculativamente quei dati che la dogmatica postula, contribuendo al loro 'schiarimento', nettamente distinta, da questo punto di vista, da una disciplina ingiustamente considerata a lei affine: la teoria generale del diritto. Quest'ultima, che Ascoli, pertinentemente, definisce alla stregua di: «[…] coronamento ultimo della dommatica, scienza riassuntiva dei dati comuni alle varie esperienze giuridiche», rimane pur sempre «nell'ambito delle discipline formalistiche»[36]. Il formalismo è rivisto criticamente: solo un'indagine filosofica del diritto potrà illuminare su quella che Ascoli definisce "presunzione di legalità che sta dietro l'ordinamento giuridico", e se è strutturato attraverso le maglie del formalismo il processo che dai fatti, progressivamente, astrae verso la più generale delle rappresentazioni, nel cui ambito si ritengono disciplinati i fatti, solo la filosofia del diritto può legittimamente dirci come quest'astrazione si vada costituendo. La dogmatica giuridica, e con essa la teoria generale del diritto che pure ne costituisce il vertice, può definire il come si strutturi il fenomeno normativo, ma non il suo perché (da intendersi qui nel duplice senso di causale e finale). Con sensibilità straordinariamente attuale, Ascoli ravvisa il rischio che quest'indagine sul 'perché', quale interrogazione relativa all'origine, possa tradursi in una spirale involventesi all'infinito su se stessa, in un regresso all'infinito, impossibile a capitonarsi in qualsiasi suo punto, per cui l'invocazione

[36] M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi*, cit., p. 22.

alla filosofia della pratica, non intesa, peraltro, in senso crociano, è necessaria, al fine di disancorare quest'indagine dall'ambito problematico-tematico della filosofia intesa in senso proprio.

Da un certo punto di vista, le correnti dell'antiformalismo mitteleuropeo potrebbero fornire un primo paradigma di questa ricerca, che si sviluppa nell'ambito di una filosofia pratica e non più generale: ma qui il problema non è e non può essere quello di invocare semplicemente discipline empiriche come l'indagine storica, quella sociologica, in funzione analoga alla filosofia, quale completamento della dogmatica e rivisitazione critica delle sue pretese totalizzanti[37], bensì di considerare criticamente, ancora una volta, l'approccio empirico come potenzialmente in grado di chiarire filosoficamente la questione relativa ai presupposti "non ordinamentali" dell'ordinamento. In questo senso, le analisi del movimento c.d. del diritto libero avrebbero una pretesa filosofica eccessiva, tentando di elevare un armamentario concettuale empirico al livello di una fondazione filosofica del diritto[38].

Nell'analisi delle correnti antiformalistiche, ciò che di positivo vi è rinvenuto, è la messa in evidenza dei limiti che le forme giuridiche incontrano nell'ordinare la realtà sociale, associato al merito che tutti i dubbi sulla capacità della legge di essere adeguata e conforme a quella

[37] Prospettiva che Ascoli condivide con De Francisci, autore di *Dogmatica e storia nella educazione giuridica*, (in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1923, p. 383), del quale si dichiara entusiasta lettore, condividendone per intero la prospettiva.

[38] In questo senso (M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi,* cit., p. 24): «Il rischio dello sconfinamento nel terreno della filosofia fu corso molto più dalle letterature scientifiche straniere che da quella italiana. Nei paesi di lingua tedesca e di lingua inglese si scatenò, negli ultimi decenni del secolo scorso, una vera e propria lotta intorno alla legge, al suo modo di sorgere, alla sua ragione di esistere, alla sua capacità di dominare la realtà. Questa lotta non fu la crisi di un diritto, lo sforzo di affermare un particolare diritto ideale di fronte ad un altro positivamente esistente, e nemmeno una crisi di carattere più generale come quella delle fonti del diritto, provocata dalla scuola storica; ma si svolse intorno al concetto, alle forme, alla funzione della interpretazione, e diventò poi la lotta intorno al concetto formale di legge: non solo per affermare questa o quella legge, questo o quel principio di codificazione, ma soprattutto per affrontare l'idea di legge nella sua generalità». In questo modo, il dissenso intorno al c.d. "feticismo della legge" (Gény), all'equazione tra legge e diritto, al mito dello Stato e della sua sovranità è sollevato dal terreno empirico, per essere ricondotto, integralmente, ad una dimensione filosofica che sarebbe però solo impropriamente abbordata da questi autori.

realtà sociale che è chiamata ad ordinare come fonte formale, nascono all'interno della coscienza giuridica stessa, senza provenire dall'esterno, da indagini di natura filosofica o sociologica: anticipiamo da subito che ciò che Ascoli ritiene dell'antiformalismo giuridico è la centralità del momento interpretativo e la rivendicazione del valore creativo dell'interpretazione stessa, valore rivendicato nell'ottica di una limitazione delle pretese filosofiche di quest'area di pensiero, pensate alla stregua di impropri 'sconfinamenti'. Nell'ottica assunta da Max Ascoli, il proliferare delle correnti antiformaliste nel diritto ha una sua particolarità, che le distingue tanto dalla contrapposizione tra diritto 'ideale' e diritto positivo, quanto dal tentativo di ristrutturazione integrale del sistema delle fonti, operato nel seno dello storicismo giuridico. Nell'ottica propria de *L'interpretazione delle leggi*, l'importanza del c.d. "movimento del diritto libero" (*Freirechtsbewegung*) è circoscritta all'ambito della rivendicazione del primato del momento interpretativo, considerato l'unico effettivamente, produttivo di diritto, mentre ne sono criticate le velleità filosofiche, considerate, sulla scorta di una ricognizione 'critica', come quella operata da Ascoli, eccessive. Operando in tal senso, Ascoli non mette in rapporto la rivendicazione di centralità del diritto giurisprudenziale con quelle tendenze, proprie dell'oggettivismo e dell'istituzionalismo, che intendevano ristrutturare l'intero sistema delle fonti sulla base di un'idea di "totalizzazione non totalizzante" che lo differenziasse dallo storicismo giuridico, ma riconosce lucidamente alla scienza del diritto mitteleuropea la capacità di essere in grado di fare opera autocritica, evidenziando i limiti propri del discorso giuridico dogmaticamente strutturato, quando pretende di addomesticare la realtà o, il che da un certo punto di vista è lo stesso, di "dire tutto", di tutto pre-vedere, alla maniera, ad esempio, dei redattori del *Code civil* francese.

Ascoli definisce, usando la metafora del rapporto tra classicismo e romanticismo in letteratura, cui si accennava in precedenza, la *Freirechtsbewegung* alla stregua di una "ventata romantica", di portata forse superiore allo stesso storicismo giuridico. Non pochi, né irrilevanti sono i meriti che vengono ascritti alle correnti antiformaliste del diritto: in questo senso, dichiara Ascoli: «[…] non ci si può dispensare, anche come giuristi puri, dal considerare, oltre l'aspetto formale della legalità, la sconfinata serie dei fatti individuali che la legalità trattiene, plasma, e da cui è a sua volta plasmata: l'indagine su questo

complesso gioco di influenze e formazioni reciproche diviene necessario per il giurista»[39], ma, al tempo stesso, resta ancorato ad una particolare concezione della norma, che resta per lui un dato da cui non è possibile prescindere, al punto che egli dichiara come quest'ultima non sia «male che possa essere sanato o mitigato dalla pratica legislativa o giuridica, bensì caratteristica ineliminabile di ogni norma».

La posizione di Ascoli nei confronti dell'antiformalismo giuridico può essere, dunque, riassunta nei seguenti termini: da un lato esso avrebbe avuto un merito storico, quello di costituire una salutare "crisi di coscienza" all'interno di una scienza giuridica, come quella mitteleuropea, che tendeva a risolvere *sic et simpliciter* il fatto nella sfera della norma, senza comprendere la complessa mediazione tra le due sfere. Una volta fatta luce su quest'aspetto, però l'antiformalismo deve limitare le sue pretese e da un punto di vista empirico, e da un punto di vista filosofico, non deve cioè strutturarsi né in un oggettivismo sociologico, né, tanto meno, in una teoria dell'istituzione, che positivizzino i risultati della sua ricerca, né, tanto meno, può avere la pretesa di fornire una spiegazione filosofica del fenomeno giuridico: l'astrattezza della norma per Ascoli è un dato in espungibile, al punto che il ricorso al diritto giurisprudenziale, storicamente incarnato in fenomeni tipo il giudice Magnaud[40] sono guardati come pretenziosi nell'ottica della riasserzione di un requisito in espungibile come quello dell'astrattezza della norma, che mai potrà adattarsi completamente a quella realtà sociale cui si applica. La necessità di preservare la dimensione dell'astrattezza della norma fa si che Ascoli si esprima, a proposito di quest'ultima, nei seguenti termini: «Né [l'astrattezza] può essere affrontata direttamente come un nemico da combattere, se non si vuole cadere nel donchisciottismo della lotta contro i fantasmi: ogni forma di diritto che diritto sia deve necessariamente proiettarsi nella realtà come astrazione, anzi è possibile riconoscere il diritto come questa astrazione proiettata. La crisi sorta nell'intimo della coscienza giuridica fornisce, ancora una volta, motivi, problemi, non alla giurisprudenza ma alla scienza della coscienza giuridica, cioè alla filosofia del diritto: poiché solo la filosofia del diritto può indagare che cosa sia

[39] *Ivi*, p. 27.

[40] Sul "fenomeno Magnaud", cf. F. Gény, *Une passade de la jurisprudence*, in *Méthode d'interprétation*, cit., vol. II, pp. 287-329, nonché Majetti*, Le sentenze del Presidente Magnaud*, Santa Maria Capua Vetere, 1901.

l'astrattezza della norma, come sorga, quale sia la sua funzione»[41]. Da un lato, è dunque vero che sulla base del riasserito criterio dell'astrattezza della norma, Ascoli non accetta la tematizzazione del contrasto tra norma e fatti concreti, ritenendo che i fatti solo attraverso norme sono valutabili e intellegibili[42], ma è altrettanto vero che, dall'altro, che questo primato ha luogo sullo sfondo di un assunto preliminare, che molto avvicina la sua posizione a quella degli antiformalisti, assunto sulla cui scorta la vita è preminente di fronte al diritto, assolutamente. Ascoli usa metafore di grande bellezza per dimostrare la suvvalenza del vivente su ogni tentativo di schematizzarlo, di irrigidirlo, tentativo proprio della dimensione normativa: se dunque, in consonante accordo con posizioni crociane, si ha che: «[…] schemi e previsioni devono subire la sorte della loro inguaribile natura, cioè della loro astrattezza: poiché nella vita i casi sono sempre nella loro intima essenza individuali, non è possibile concepirli inquadrati in una serie di schemi se non nel momento in cui sono considerati come possibili: cioè in cui ancora non sono»[43], è altrettanto vero che tale concezione della normatività, dove la norma stessa, pensata idealisticamente tanto come volizione di una classe di azioni, tanto come volontà di volere, quanto come volere un già voluto, si staglia però sullo sfondo dell'impotenza, della subordinazione della sfera normativa di fronte al vivente ed alle sue esigenze. In questo senso, con grande efficacia anche espressiva, è sulla base dell'anteriorità della vita sulla norma che possiamo asserire che i fatti si danno solo nella forma della loro schematizzazione astratta, che è un modo elegante per dire che non si dànno in quanto tali; così, per Ascoli, che sul punto è straordinariamente vicino a posizioni del tipo di quelle espresse da Jean Cruet[44]. La

[41] M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi*, cit., p. 28.

[42] Cf. R. Treves, *Dall'idealismo storicistico alla sociologia del diritto. Impressioni antiche e recenti su un libro sull'interpretazione delle leggi*, cit., p. 372.

[43] M. Ascoli, *L'interpretazione delle leggi*, p. 33. Si tratta di una posizione non tanto distante da quella del Croce, quando afferma, dopo aver distinto casistiche descrittive, come quelle psicologiche, da regole normative, sulla base del solo requisito formale dell'imperatività, il Croce sostiene che (*Filosofia della pratica*, Bari, 1909, p. 83): «Naturalmente, nessuna casistica fornirà mai la risoluzione concreta (quella sola importa); giacché nessuna regola, come si è detto, può mai fornirla».

[44] Cf. J. Cruet, *La vie du droit et l'impussance du droit*, Paris, 1918. Così: «La realtà è violatrice di ogni norma: se i fatti umani potessero esattamente rientrare negli schemi che li precedono, la vita perderebbe le infinite individualità in cui si fraziona:

posizione nei confronti dell'antiformalismo rileva di una presa di distanza, ma al tempo stesso una visione delle cose profondamente condivisa.

Per quanto l'analisi di Ascoli non sia del tutto condivisibile sul piano concettuale, dal momento che significativa parte dell'antiformalismo, a partire dall'opera di Gény, cui Ascoli fa costantemente riferimento si fa integralmente carico della dimensione astratta della norma, rivelando insospettate capacità di ricostruire la genesi filosofica ed empirica del diritto, riconnettendolo alla socialità, ritenuta in grado di fondare una ricerca una "*règle de droit*", regola di natura sociale, tale da costituire un argine alle pretese totalizzanti del potere, nonché di realizzare certi ideali di autonomia del giuridico iscritti nel patrimonio ideale dello Stato di diritto, in grado, di certo è ascrivibile quale suo merito quello di aver consentito una ricognizione critica di quelle correnti di pensiero che, saldando aspetto dogmatico e aspetto filosofico senza distinguerli, superavano solo ingenuamente e non compiutamente la riasserita dimensione di astrattezza della norma.

Asserita come necessaria l'astrattezza della norma e l'impossibilità, se non l'impotenza del diritto nei confronti delle 'ragioni' del vivente, la sua analisi si concentra su quei tentativi di superamento del momento astratto interni alla tradizione idealista. Prese le definitivamente le distanze dal pensiero di Alessandro Levi[45], teorico di una concezione sociale del diritto, legata all'idea di "rapporto giuridico", con il quale Ascoli si laurea e che lo avvia a questo tipo di studi, è attraverso una penetrazione teorica dell'idealismo, talvolta attraverso una rivendicazione di afferenza a questa corrente di pensiero, che Ascoli si costituisce, dall'interno, come critico severo delle interpretazioni idealistiche dell'ordinamento giuridico, come Cesarini-Sforza e Cammarata, dell'attualismo gentiliano, nonché dello stesso neo-

sarebbe cristallizzata, arrestata, non più vita. Tutto lo sforzo del diritto è teso appunto ad arrestare l'inarrestabile, a disciplinare l'indisciplinabile, sforzo che pare un mistico tentativo sempre inane di conchiudere la vita, ma che è soprattutto pratico, in quanto risponde alla necessità imprescindibile per ogni uomo di vedere inquadrato il campo delle proprie azioni, per potervi giocare, con la maggiore consapevolezza e col minore rischio, le proprie possibilità», M. Ascoli, *L'interpretazione delle leggi*, p. 33.

[45] Di Alessandro Levi (1881-1953), giusfilosofo di estrazione positivista, egli stesso allievo di Ardigò, cf., tra gli altri, *La societé et l'ordre juridique*, Paris, 1911, testo molto citato e apprezzato dai giuspubblicisti d'oltralpe, in grado di produrre una notevole accelerazione nella teoresi antiformalista.

idealismo crociano, di cui pure, in un primo momento, forse anche per una prudenzialità legata alla situazione politica, si dichiara adepto.

3. *L'idealismo giuridico rivisitato ai lumi della critica*

L'opera di Angelo Ermanno Cammarata[46] può esser considerata esemplificativa dell'incedere di quell'idealismo giuridico, che, se da un lato ha il merito di compiere un'indagine gnoseologica circa le modalità astrattive proprie della scienza del diritto tradizionale, circoscrivendone il limite, dall'altro 'manca' la sintesi pure perseguita e promessa, non riuscendo a tenersi su quel terreno d'immanenza, nel cui ambito l'unificazione tra momento empirico e momento formale era stata ricercata. Da un lato, infatti, Cammarata risponde a quanti negano alla giurisprudenza la possibilità di qualificarsi come scienza, sostenendo la tesi secondo la quale ciò implichi ravvisare in essa una "sistemazione autonoma di concetti di classe". Al tempo stesso, però, se la giurisprudenza può dirsi una scienza, è in quanto, alla base dei "concetti di classe" cui si è accennato in precedenza, si staglia, idealisticamente, quella "forma logica fondamentale" in grado di unire organicamente tutte le classificazioni dei fatti che costituiscono l'oggetto della scienza in parola[47].

Al tempo stesso, i limiti di questo procedere sono evidenti nella misura in cui: «Questa forma logica, perciò, segna al tempo stesso, non solo il punto di partenza, ma anche il punto di arresto di ogni generalizzazione valida nell'ambito della scienza giuridica: *essa non è altro che il concetto del diritto*»[48]. Nella concezione di Cammarata, dunque, dal momento che nell'operare scientifico il soggetto non è inerte di fronte all'oggetto, e lo spirito non è passivo di fronte alla materia, a giocare un ruolo essenziale è la forma logica che sta a base di una scienza, che consiste nella determinazione del criterio generale di qua-

[46] Su A. E. Cammarata (1889-1971), cf. *Un Modello astratto: A. E. Cammarata*, in A. de Gennaro, *L'ermeneutica idealistica. Filosofia politica neoidealistica italiana e interpretazione*, cit., pp. 25-62. Per una circospetta ricostruzione del suo pensiero, si faccia riferimento a T. Serra, *A partire da Hegel… Momenti e figure dell'idealismo italiano*, cit., 121 ss.

[47] A. E. Cammarata, *Diritto e «pluralità» degli ordinamenti*, cit., p. 183.

[48] *Ibidem*.

lificazione che investe tutti i fatti assunti come oggetto d'indagine. A loro volta, le varie uniformità che la scienza costruisce, misurandosi su oggetti parziali, si staglierebbero sullo sfondo di un'"uniformità fondamentale", ultima nel senso che non può essere assorbita da nessun'altra uniformità di grado ulteriore, e ciò implica necessariamente «*la immanenza del criterio generale di qualificazione* in tutte le classificazioni elaborate nell'ambito di una scienza; ossia la condizione essenziale perché tali classificazioni possano costruire un sistema, un organismo concettuale»[49]. Ora, 'essenziale' è termine che si presta ad una molteplicità di attribuzioni: essenziale, innanzitutto, a cosa? Alla pensabilità, o, piuttosto, all'esistenza del fenomeno in questione? Nell'empiricizzare l'elemento trascendentale, com'è nello stile dell'idealismo filosofico, non ci troviamo più di fronte ad un trascendentale che rende leggibile, ossia rappresentabile, l'elemento in questione, quanto ad un *a-priori*, che salvaguarderebbe, rendendole materialmente possibili ed effettive, tanto le dimensioni dell'esistenza, quanto della legittimità del fenomeno, preso nella griglia concettuale della scienza che se ne occupa. Ascoli ha allora buon gioco nel mostrare come, dopo aver ricercato l'elemento unificatore *a-priori* del diritto, Cammarata cada in contraddizione con se stesso, qualificando l'oggetto della scienza giuridica come l'azione che si scinde in due momenti, uno 'legalistico', l'altro finalistico: si tratta della considerazione *sub lege* e *ad finem*. Si ripropone, inevaso, il problema del rapporto tra momenti di scissione e momenti di unificazione nella vita dello spirito, problema che ci porta ad interrogarci circa lo statuto concettuale della divisione. La condivisibile critica di Ascoli è che Cammarata non sarebbe stato in grado di "venire a capo" compiutamente del problema dell'astrazione, evidenziando solo in parte la dinamica che ne sottende i processi, sovradeterminandoli, mancando una fondazione davvero immanente della scienza del diritto. Il principio da lui rinvenuto, da unificatore che era *in nuce*, si scinde immediatamente nel render ragione dell'azione, che è l'oggetto cui si riferisce.

La discussione critica, relativa allo statuto della scissione nel pensiero del Cammarata è in realtà l'occasione per Ascoli di cogliere quanto nell'idealismo sia 'mancato', rispetto alla sua pretesa di unificare la scissione e la contraddittorietà dell'esperienza in una sintesi

[49] *Ivi*, p. 190.

unitaria: la disamina delle tesi contenute in *Formalismo e sapere giuridico*[50] è estremamente penetrante in questo senso, mettendo in evidenza come l'idealismo, che celebra ideologicamente i fasti di una coscienza perennemente votata all'azione, si trasformi, controfinalisticamente, nella resa integrale della coscienza di fronte alla realtà: una volta scisso il campo della realtà cui si applica il diritto in dogmatica e politica (corrispondenti proprio ai momenti *sub lege* e *ad finem* dell'azione), ci si deve abbandonare necessariamente alle astrazioni della logica da un lato, e al volontarismo della politica dall'altro. Astrazione ed empiria tornano a strutturarsi come momenti contrapposti, nonostante il reperimento di un momento unificante e fondante, non ulteriormente derivabile da un'unità pregressa. E se dogmatica e politica risultano momenti 'assoluti', valoriati ad ogni stadio del loro dispiegarsi, è proprio perché vi è un momento autocosciente che li pone, che li rende, come efficacemente sostiene Ascoli "integralmente padroni del proprio campo". La retorica dell'attività dell'autocoscienza, della sua capacità tetica, pone le basi per la passività del soggetto, chiamato ad un atto di fede nei confronti della realtà, atto di fede supportato da un richiamo che potrebbe suonare come: la tua stessa coscienza ha posto la realtà in questi termini, devi accettarla!

Non riuscendo a render ragione con efficacia della scissione Cammarata, questo il tenore della critica di Ascoli, non la 'localizza' con precisione, pregiudicandosi, così, una corretta chiarificazione della tensione astraente, dello schematismo intrinseco ad ogni scienza giuridica: in definitiva, l'azione, oggetto che solleverebbe la giurisprudenza dal suo statuto di scienza naturalistica, resta in se stessa scissa, e non si capisce, se la divisione sia una legge dello spirito, imponendosi ad essa dall'esterno, o se sia inerente all'attività stessa del pensiero.

Questo difetto, interno alla logica attualista di Cammarata, fa sì che egli, non riuscendo nell'unificazione concettuale di quegli schemi che soprasiedono i dati sensibili, non sia in grado neppure di intendere rigorosamente l'astrattezza della norma: la stessa tematica dell'interpretazione gli sfugge nella sua complessità, non riuscendo ad intenderla dal punto di vista di una filosofia immanentista.

Riprendendo i temi trattati da Benedetto Croce nella sua celeberrima *Memoria*, letta presso l'Accademia Pontaniana nel gennaio

[50] Cf. A. E. Cammarata, *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963.

1919[51], Ascoli muove all'attualismo una critica assai suggestiva e densa di implicazioni: quella di essere impregnato di teologia, che indurrebbe nei soggetti un atteggiamento fideistico di totale devozione nei confronti del reale, scisso in un momento empirico-teleologico ed in uno di matrice legalistico-astratta, devozione dovuta all'autocoscienza che porrebbe questi due momenti nella loro separazione. Così: «È evidente come tutto questo sia teologia, deduzione da un momento, da una verità rivelata. E teologia non adatta forse ad adempiere quel compito educatore già assolto dalla teologia cattolica che, entro l'ambito della sua verità rivelata, per la sua concezione dualistica, dava così largo spazio alle libere costruzioni dello spirito umano. Qui invece non c'è spazio libero, se non per accettare la pseudo-scienza al posto della scienza, la realtà come manifestazione dell'ideale, la cronaca come storia»[52].

Pur non associandosi unilateralmente al pensiero di Croce, senza sposarne integralmente la teoria, ad ogni piè sospinto, Ascoli palesa un senso di filiazione nei confronti dell'opera del filosofo di Pescasseroli, non senza il desiderio più o meno consapevole di trovare riparo politico. È come se le due seguenti affermazioni di Ascoli, la prima tratta ancora da *L'interpretazione delle leggi*, la seconda *Prefazione* all'edizione castigliana della stessa opera, dovessero essere messe in serie, per poi leggervi tra le righe il senso di una filiazione, le cui matrice è certamente *anche*, ma non esclusivamente, di natura scientifica. Così, da un lato: «Il punto da cui iniziamo le nostre indagini è la rielaborazione del concetto di economia, che è fondamentale nel sistema di Benedetto Croce. Da molti accenni finora fatti risulta chiaramente come la concezione del diritto che qui si tenta di delineare non sia identica a quella di Croce; e il punto da cui prendiamo ora le indagini è un punto solidamente stabilito dalla filosofia crociana. Per quanto possa essere modesto quindi il valore di quanto andremo esponendo, l'originalità ne sarà ancora più modesta; perché se la nostra concezione del diritto potrà essere per molti punti opposta a quella di Croce, questo non toglie che essa sia sorta e rimanga in qualche misura posta nell'ambito del sistema crociano»[53].

[51] Cf. B. Croce, *Sulla filosofia teologizzante e sulle sue sopravvivenze*, Memoria letta all'Accademia Pontaniana il 12 gennaio 1919, Napoli, 1919.

[52] M. Ascoli, *L'interpretazione delle leggi*, cit., pp. 39-40.

[53] *Ivi*, p. 50.

Ora, però, quest'affermazione va letta nella cornice del clima del ventennio, in cui gli intellettuali antifascisti erano perseguitati o comunque maltollerati dal regime, e Benedetto Croce, a torto o a ragione, per la sua particolare posizione, quella di un libero pensatore comunque tollerato dal fascismo, finiva per costituire un punti di riferimento per l'intera dissidenza liberale in Italia[54].

In effetti, già ne *L'interpretazione delle leggi*, nonostante tutto il senso di filiazione e protezione politica che si incarnava nel rapporto con "don Benedetto", le divergenze rispetto al maestro sono di non poco conto: al plauso iniziale dedicato a Croce per aver concepito il diritto come momento essenziale nella vita dello spirito, per averlo pensato come fatto, concreto ed autonomo, cioè libero dai condizionamenti della morale e della logica, alla condivisione della sua scelta di campo, per la quale la sfera normativa è còlta nel momento in cui si concretizza, sfuggendo al pericolo di ogni deriva speculativa, segue immediatamente la critica secondo la quale la sfera normativa sarebbe stato annullata nell'economia, secondo una modalità che si dimostra di non condividere. Innanzitutto, la critica che è mossa al filosofo di

[54] Nel 1943, un Ascoli ormai definitivamente esule negli *States*, rende conto nei seguenti termini, *après coup*, delle posizioni teoriche espresse in quegli anni, con particolare riferimento, ancora, a *L'interpretazione delle leggi*: «È pure un libro scritto da un uomo che apparteneva a una scuola, che tentava di sviluppare il proprio pensiero meglio che poteva, e che aborriva il cattivo gusto e la ingrata arroganza del discepolo che si separa dalla sua guida intellettuale. In Italia eravamo abituati a chiamare queste separazioni con una parola molto arrogante e troppo abusata, "superamento". Il più recente sviluppo del pensiero filosofico italiano è risultato sterile per i tanti "superamenti". In particolare, ognuno voleva andare oltre Croce e Gentile, ma il risultato è stato, in realtà, un palese immobilismo. Io detestavo in special modo staccarmi da Croce. Potevo esser sarcastico, con mia grande contentezza, verso Gentile e i suoi seguaci, e certamente l'irriverenza verso Gentile non mi spaventava; ma Croce era differente. Era molto più che una questione di devozione personale. Era molto più del fatto che avessi iniziato, in pratica, il mio pensiero scarabocchiando dalle note ai margini dei libri di Croce. La verità era che già a quel tempo, nel 1928, Croce era divenuto un grande condottiero morale. A tutti noi che ci opponevamo al regime fascista, Croce stava dando un sostegno non molto solido col suo sistema, ma un'enorme forza col suo sistema morale e politico. Il pellegrinaggio verso il vecchio palazzo di Don Benedetto, come lo si chiamava, era una specie di necessità spirituale. Noi, intellettuali antifascisti, ci sentiamo uomini migliori perché abbiamo parlato con lui e lo abbiamo ascoltato. Don Benedetto si eresse fermo e rimase una torre di forza fino alla fine del fascismo e ancor oggi non ha cambiato posizione», M. Ascoli, *Prefazione alla edizione castigliana*, in *L'interpretazione delle leggi*, cit., p. 8.

Pescasseroli è di aver posto una distinzione sin troppo netta tra i momenti dell'interpretazione o applicazione del diritto, autenticamente concreto, e il momento della produzione legislativa dello stesso, considerata intrinsecamente connaturata a quel requisito d'astrazione che ne farebbe un'attività "solo potenzialmente" economica[55].

Agli occhi di Ascoli, nella definizione di legge che Croce elabora al livello de *La filosofia della pratica*, vi sarebbe, patente, una contraddizione, che ancora una volta chiama in causa un residuo teologico, inespunto dall'idealismo, nonostante i contenuti e le intenzioni, esse stesse 'pie', contenute ne la *Memoria*, letta nel 1919 presso i locali dell'Accademia Pontaniana. Così, sarebbe un miracolo non esplicabile razionalmente, quello secondo cui la legge, in sé irreale, in eterno contrasto con i fatti, diventi concreta nel momento in cui la si applica, negando ogni contenuto di astrattezza[56]. Ma Ascoli si spinge ben oltre

[55] Per Croce, infatti, ciò che si vuole 'realmente' non è la legge, quanto il singolo atto che si compie eseguendo la legge stessa. Così (*Filosofia della Pratica. Economia ed Etica*, Bari, 1909, p. 347): «La legge, essendo la volizione di una classe di azioni, è la volizione di un astratto. Ma, come già sappiamo, volere un astratto tanto vale quanto astrattamente volere. E volere astrattamente non è veramente volere, perché si vuole soltanto in concreto, ossia in una situazione determinata e con una sintesi volitiva corrispettiva a quella situazione, e tale che si traduca immediatamente, o, meglio, che sia, insieme, azione effettiva. Per conseguenza, quella volizione, che è la legge, sembra che si debba dire pretesa volizione: contraddittoria, perché priva di una situazione unica e determinata; ineffettiva, perché sorgente sul terreno malsicuro di un concetto astratto: volizione, insomma, non voluta; atto volitivo non reale, ma irreale».

[56] I limiti della definizione crociana di legge, quale espressione della volontà del legislatore, sono oggetto di una pertinente analisi da parte di A. de Gennaro, il quale bene evidenzia come la posizione di Croce finisca per assimilare astrazione e realtà, indifferenziandole (*L'ermeneutica idealistica. Filosofia politica neoidealistica italiana e interpretazione*, cit., pp. 22-23): «D'altra parte, a differenza di un idealismo metafisico come quello gentiliano, lo storicismo idealistico crociano non può esimersi dal giustificare anche la concreta e storicamente determinata esperienza giuridica, cioè quell'attività concettuale-astratta presente nel lavoro del legislatore come del giurista e del giudice o interprete. Per far che, evidentemente, a Croce non restava se non assimilare tale attività 'astraente' a quella delle scienze naturali in virtù del comune metodo 'naturalistico', cioè assimilare "pseudo-concetti" pratici e teorici». Presupposta l'«esattissima analogia tra la costituzione dello spirito pratico e di quello teoretico», il filosofo di Pescasseroli nega la specificità della legge quale volizione, si libera anche della sua precedente concezione sulla cui scorta nella legge stessa sarebbe presente una volizione di "secondo grado", assimilando gli "pseudoconcetti giuridici" a quelli della "descrittiva pratica", cioè a concetti o regole di tipo ipotetico. È questa la posizione espressa, ad esempio, nella sua *Filosofia della Pratica*: "pseudoconcetti giuridici" e

l'interrogativo, relativo alla modalità attraverso la quale la legge diviene concreta nell'atto della sua applicazione, e lo fa sino a mettere in discussione i requisiti di assoluta concretezza ed individualità, con cui Croce aveva definito l'azione nel campo pratico in generale, ed economico in particolare. Per il ferrarese, di una vera e propria singolarità della volizione non si può parlare nell'istante dell'espressione della volontà, come pretende Croce, ma solo *ex-post*, *a posteriori*. In altre parole, l'individualità dell'azione non può essere un presupposto, quanto, piuttosto, al più, un risultato: si vuole l'individuale, ma per volere l'individuale che risulta dall'accadimento, «[…] noi abbiamo bisogno di vederlo inserito, sia pure provvisoriamente, nella serie di azioni della nostra vita e in quella serie di azioni, di fatti, di cose, in cui andrà a cadere»[57].

In altri termini, Ascoli critica non solo il primato ma anche la presupposizione di assoluta individualità del volere, tipica di un certo neo-idealismo, che non farebbe in questo modo se non conferire valore ad un'attività psicologica; nel farlo, riprende, criticamente, proprio la distinzione crociana tra volizione e accadimento. Croce, infatti, dopo aver preliminarmente associato intenzione ed azione, identifica volizione ed azione da un lato, e dopo averli "messi in serie" con la problematica filosofica del rapporto tra intuizione ed espressione, considera, in modo del tutto pre-giudiziale, sin dall'inizio, già pienamente reale l'atto del volere. In questo senso, per il filosofo di Pescasseroli: «[…] l'atto spirituale della volizione non ha di fronte un'altra realtà, con la quale debba congiungersi o combinarsi, per diventare concreto; ma è, esso stesso, piena realtà»[58].

Voluntas fertur in incognitum: per Croce resta fondamentale la differenza tra azione-volizione ed accadimento, ragion per cui la tendenza è nel porre una differenza di principio tra l'azione, in sé concreta, e la sua esteriorizzazione, intesa nel senso della sua 'riuscita', la

"pseudoconcetti della descrittiva pratica" vengono assimilati, a loro volta, agli pseudoconcetti delle scienze naturali, prodotti di un'unica metodologia, di stampo naturalistico. A questo punto, la 'relatività', 'contingenza', 'mutevolezza' delle leggi, e in generale dei concetti giuridici, finisce per diventare equivalente tanto della loro relatività storica, quanto della loro arbitrarietà. Cf. B. Croce, *Filosofia della pratica. Economia ed Etica* (1909), cit., pp. 341-350.

[57] M. Ascoli, *L'interpretazione delle leggi*, cit., p. 52.

[58] B. Croce, *Filosofia della Pratica. Economia ed Etica*, cit., p. 52.

quale, necessariamente, sarebbe 'altro' dal volere, dipendendo quest'ultima da una serie di fattori, la cui imponderabilità è strutturalmente estranea al soggetto agente. In altri termini, l'effettualità dell'agire non rileva in nessun caso nel pensiero di Croce. Ed è in questo senso che nel Capitolo intitolato *Identità di volizione e azione*, si ha: «Allorché, dunque, si afferma che una volizione è tale veramente, solo se essa produce effetti, o che una volizione si giudica dalle conseguenze, non si può non assentire; come si assente a chi dica che un'espressione inespressa, o un verso non verseggiato non è espressione né verso. Ma in questo significato soltanto; perché quelle proposizioni ne hanno assunto, talora, un altro, che bisogna, invece, risolutamente rigettare. Vale a dire, si è confusa, in esse, l'azione (volizione-azione) col successo o accadimento. Ora, se la volizione coincide con l'azione, non coincide e non può coincidere con l'accadimento»[59]. L'azione in Croce non coincide e non può coincidere con l'accadimento, perché, mentre l'azione è opera del singolo, l'accadimento, al contrario, è opera del Tutto: Croce mette in serie l'azione con l'uomo, l'accadimento con Dio, o, con una formula meno 'immaginosa', «la volizione dell'individuo è come il contributo ch'egli reca alle volizioni di tutti gli altri enti dell'universo; e l'accadimento è l'insieme di tutte le volizioni, è la risposta a tutte le proposte»[60]. Con ciò, il dominio della prassi è sottratto ad ogni determinazione concettuale, metafora di una borghesia che si vuole tenere in uno spazio di ragionevole distanza dalla prassi, rivendicando ad ogni piè sospinto le ragioni della propria buona coscienza.

L'idealismo crociano risulta preso in una spirale controfinalistica, per cui, nell'affermare idealmente alcuni principi, pure condivisibili sul piano teorico, finisce poi, su un piano più ampio, che riguarda tanto la sua articolazione discorsiva, quanto le sue ricadute concrete, per rovesciarsi nel contrario di ciò che enuncia: da un lato, infatti, Croce stesso afferma la superiorità dell'agire indipendente da ogni ricaduta concreta, dal successo come dall'insuccesso; in ciò, infatti, si potrebbe scorgere non solo la rivendicazione della bellezza dell'anima che si rifiuta alla logica del risultato, quanto, più concretamente la necessaria limitazione di un soggetto che non può tutto in anticipo determinare,

[59] *Ivi*, p. 54.
[60] *Ivi*, p. 55.

che deve rinunciare ad una dimensione pan-ottica, dal momento che non può prevedere tutto[61], che deve limitare il suo raggio d'azione, perché tale onniscienza attiene al dominio, se può esser definito tale, della Provvidenza. Su un versante attiguo, però, questa stessa logica si traduce in quell'assolutizzazione tautologica del volere, che lo accomuna all'attualismo, secondo la quale se il soggetto non è chiamato a confrontarsi criticamente con gli esiti, prevedibili o meno, del suo agire, e cioè, in altri termini, con la dimensione dell'effettualità, la sua volontà troverà solo in se stessa le sue ragioni, e si connoterà, d'altra parte, come totalmente autoreferenziale, puntuale, singolarizzata, sganciata da ogni riferimento che possa inquadrarla, rendendola intelligibile. Si tratta, d'altra parte, di un incedere teorico che sostiene per intero l'estetica di Croce, nel cui ambito l'espressione artistica, se veramente tale, se davvero artistica, appare totalmente sganciata da ogni formalizzazione antecedente, finalizzata al raggiungimento di qualsivoglia effetto, da ogni inquadramento razionale, che ne costituisca il referente, e che sia in grado di rendere quella stessa espressione intellegibile.

Da questo punto di vista, la critica di Ascoli della concezione della volontà in Croce è pertinente; per l'autore de *L'interpretazione delle leggi*, con riguardo alla concezione del diritto esposta ne *La filosofia della pratica*, innanzitutto: «Ora, questo aspetto della concezione crociana ci sembra molto grave, perché esso porta non solo all'annullamento del diritto, ma forse anche allo svuotamento della economia resa del tutto atomistica. Il fenomeno economico è volizione dell'individuale, realizzazione dello spirito nella concretezza dell'azione singola, ci dice Croce; ma come possiamo noi riconoscere questa volizione singola, questo individuale, se non a posteriori, cioè nell'accadimento, dopo aver agito?». Per Ascoli, la volizione dell'individuale è sempre inclusiva della considerazione in cui teniamo la singola azione, del modo in cui lo inseriamo nella trama esistenziale delle azioni da noi compiute, nonché delle attese che noi riponiamo nell'agire stesso: la possibilità che si verifichino accadimenti, in senso crociano, è strettamente legata al fatto che tale accadere ha luogo già, *in nuce*, nella

[61] Infatti (*ibidem*): «Inesatta è anche la proposizione corrente, che non si possa operare senza prevedere. Essendo contraddittorio il concetto del prevedere, e non potendosi conoscere un fatto se prima esso non è tale, cioè non accaduto; posta quell'esigenza contraddittoria, sarebbe impossibile operare».

coscienza del soggetto agente. Per Ascoli: «[…] le azioni umane non sarebbero che una immane congerie prodotta come da una cieca forza naturale, se una qualche spiritualità non le assistesse nel loro laborioso e incerto compiersi. La concreta individualità delle azioni non è un punto di partenza, ma di arrivo; non è il momento della produzione, ma quello del prodotto; non è il momento in cui si agisce, ma quello in cui si riconoscono le nostre azioni»[62]. La concretezza dell'agire, o, in altri termini, il fatto che essa incarni un ideale, non è un dato a priori, precedente l'azione, ma al contrario, si configura a posteriori, come seguente la stessa: se la concretezza fosse in ogni istante il requisito dell'azione individuale, gli uomini, sostiene ancora Ascoli, sarebbero come dèi, a conferma di quanto la concezione di Croce, lungi dal costituire l'agire umano in un'ottica di finitudine, ne allarghi i confini, fino a configurarlo come onnipotente. L'uomo concreto in ogni sua volizione, infatti, è onnipotente perché non conosce il confine tra potere e volere, tra pretesa e realtà, è l'uomo che, semplicemente volendo, realizza una sintesi armonica delle proprie facoltà. Ma una concezione della volontà di questo tipo è impregnata di naturalismo: la volontà, come fatto umano, è tale perché presa in una rete, che la limita, la determina, conferendole forma, e, in-formandola, determinandone il contenuto. Il volere 'puro', cui fa riferimento Croce, non esiste: ogni volere è volere "regolato", nel senso che è reso possibile e si iscrive in una trama razionale che gli preesiste, così come l'espressione artistica esiste nella misura in cui l'arte è anche tecnica, ossia trama razionale che rende possibile l'espressione: se l'arte prescindesse da ogni predeterminazione razionale dell'estrinsecazione dell'espressione, il fruitore dovrebbe poterla intendere al di là del possesso di qualsivoglia strumentario concettuale: al limite, il lettore dovrebbe poter intendere la qualità espressiva del *Faust* di Goethe, senza neppure conoscere il tedesco, o apprezzare la musica atonica o dissonante, senza nessun avvertimento preliminare, il che è chiaramente falso.

Veramente individuale, veramente concreto, è solo ed esclusivamente, lo ribadiamo, l'agire morale: economia e diritto sono dunque associate, ma non perché sostenute da una volizione che ha, come vuole Croce, quale requisito l'individualità: Ascoli nega che l'agire economico sia iscrivibile nella sfera del puramente individuale, per cui

[62] *Ivi*, p. 52.

la caratteristica alla vita economica non sarebbero da ascrivere azioni o volizioni singolari, quanto piuttosto astratte. Nell'ambito della vita economica, il fatto nella sua singolarità è in conoscibile in quanto tale: ogni accadimento può esser detto solo sulla base di una serie di procedimenti astrattivi, che costituiscono una sorta di *a-priori* dell'intellegibilità stessa del fatto: il rischio dell'idealismo, come quello dell'antiformalismo, sarebbe quello di costruire un'esperienza talmente segnata dalla puntualità e dalla singolarità, da non poter risultare intelligibile. La vita economica può svolgersi ed adempiere la propria funzione di collettore delle diverse declinazioni della realtà e delle individualità, solo sulla base di una preliminare funzione di schematizzazione. Ascoli, in questo senso, riprende quasi quanto sostenuto da Marx nel *Capitale*, oggetto di quella che sarà la lettura strutturalista del filosofo di Treviri, per il quale concetti come quello di valore e ricchezza hanno luogo sulla base di una definizione preliminare e socialmente condivisa della nozione stessa di valore. Così, per Ascoli: «Come non si può produrre ricchezza senza una generica misura astratta del valore a cui tutti i beni siano stabilmente ragguagliabili, così non si possono operare azioni che veramente azioni siano, senza uno schema che ne disciplini il senso e la portata»[63].

Sulla scorta di questa lettura, economia e diritto sarebbero assimilabili perché ambiti resi possibili dall'attività astraente e schematizzante che costantemente si applica ai fatti, e di cui i fatti stessi sarebbero impregnati. E se la dimensione dell'astrazione non esaurisce il diritto nella sua complessità, se l'aspetto filosofico e valoriale sono al di là dell'ordinamento inteso come insieme delle norme, al tempo stesso l'astrazione è la via per il perfezionamento etico dell'individuo.

In questo senso, la vita etica è possibile solo attraverso quello che viene definito un movimento di 'desoggettivazione', attraverso il quale il singolo si smarrisce come individualità data, sottoponendosi a quell'insieme di schemi, di *a-priori* che informano il suo agire. L'economia, allora, è, in quanto sfera che evidenzia l'impersonalità dell'agire, momento consonante con il diritto, 'evacuante' la dimensione sostanziale della personalità, a favore di un movimento di depersonalizzazione in cui il soggetto è chiamato a perdere la certezza immediata di sé, se non, addirittura, a perdersi, uniformandosi al ritmo performante

[63] *Ivi*, p. 59.

dell'elemento formale. Molto suggestivo il rapporto che s'intravede tra questo movimento e lo smarrimento, l'esodo da sé che il mistico vive, sulla cui base Ascoli può sostenere che: «Se volessimo per un momento mutuare la terminologia non più ai giuristi ma ai mistici, diremmo che non si può raggiungere se stessi se non rinunciando a sé, e la sfera dove si rinuncia alla propria individualità grezza per essere in condizione di poter raggiungere la propria individualità vera, è appunto l'astratta sfera economica»[64]. Ora però, questa risoluzione dell'agito nella forma in cui è strutturata l'azione non riguarda solo l'economia, ma anche la sfera normativa e, più in generale, l'intera via pratica, la cui essenza consisterebbe nel riconoscere ed assecondare quella struttura formale che costituisce la stoffa di ogni azione, ad astrarre dalla situazione concreta, per poter rendere altri e vari contenuti effettuali, sotto l'egida di un unico schema. Alla fine, vi è qualcosa che riguarda l'educazione dell'individuo, il cui agire deve rispettare quella forma, che renderà possibili altre azioni successive, in un circolo che si estende sempre maggiormente nella direzione della generalità d un agire ma la cui massima, però, non giungerà mai a poter fondare una "legge universale", come avrebbe voluto Kant.

4. *Oltre il positivismo giuridico: ordinamento positivo dimensione trascendente*

«In un precedente lavoro abbiamo affermato che la interpretazione di norme è creazione di diritto, così come creazione di diritto è ogni momento della vita pratica, ma che lo Stato deve, per inderogabili esigenze della sua tecnica, porre come distinti e diversamente organizzati i due momenti che la effettiva esperienza spirituale unifica. Ma perché lo Stato deve, per adempiere al proprio compito di disciplina del diritto, porre come incrollabili alcune supreme presunzioni che la scienza giuridica nega? Perché questa differenza tra rigidezza dello strumento e scopo cui lo strumento adempie, fra scienza e tecnica del diritto, fra ciò che lo Stato e il diritto positivo effettivamente sono e ciò che è loro necessario pretendere di essere?»[65].

[64] *Ivi*, p. 60.
[65] M. Ascoli, *La Giustizia. Saggio di filosofia del Diritto*, Padova, 1930, p. 9.

Per quanto la realtà del diritto attesti della natura creativa dell'esperienza giuridica, non è possibile, a livello di quest'ultima, rendere ragione di quegli elementi, appartenenti alla sfera doveristica, del *Sollen*, che lo Stato si attribuisce, e che finiscono per costituire elemento essenziale nell'ambito di quei processi di legittimazione, attraverso i quali quest'ultimo si legittima come istituzione detentrice monopolistica e della produzione normativa, garantita da una rigida gerarchizzazione delle fonti, e dell'uso legittimo della forza; è procedendo sulla strada della definizione del diritto a partire dalla sua applicazione, della considerazione cioè del diritto come fenomeno essenzialmente riconducibile all'interpretazione, che Ascoli si rende conto che vi è un 'resto', la cui natura è ulteriormente da specificare, che si sottrae a questa considerazione, e che anzi ad essa si oppone, rivendicando un'origine 'altra', per certi versi più nobile, del fenomeno normativo. Siamo di fronte ad un'opposizione che oppone due momenti, che non riescono a trovare sintesi compiuta nell'esperienza giuridica, nonostante ogni sforzo di sua riconduzione ad una dimensione di immanenza: scienza e tecnica. Il diritto, così, è quel Giano Bifronte, che guarda contemporaneamente alle sfere del *Sein* e del *Sollen*: pur appartenendo integralmente alla sfera della pratica, la sfera normativa legittima, pur funzionando tecnicamente, la presunzione scientifica ed etica dello Stato. Così, la definizione del normativo è sottratta da quella dimensione empirica in cui era stato definito come creazione, e tende a riconfigurarsi in un'area che è al confine tra etica, metafisica, teologia. Ascoli usa categorie come scienza e tecnica, che mutua, ancora, da François Gény, ma ne rifiuta la soluzione del giurista francese, ascrivibile al pragmatismo, ossia ad un uso finzionistico delle categorie della scienza, perseguito nell'ottica di del miglior accordo possibile con l'oggetto. Infatti, la riflessione di Gény non misconosce l'importanza dell'importanza del momento formale, ma riconduce, pragmatisticamente, categorie quali sovranità, volontà generale, diritto soggettivo, ad una loro definizione concettuale strategicamente funzionale ai bisogni della società. In questo modo, il giurista recupera la sua originaria attività di fronte al testo, per il tramite di una "messa in parentesi" del valore di verità della scienza giuridica tradizionale, a favore di un accordo con l'oggetto, ricercato del indipendentemente da qualsivoglia accertamento epistemologico, relativo alla teoria stessa. In questo senso, l'opera di Gény è ispirata da cima a

fondo, da uno spirito pragmatico. Ascoli condivide l'impostazione del giurista di Nancy[66], ma non lo spirito che ne anima la ricerca; lo studioso ferrarese non può esimersi dal notare come: «[…] senza una indagine speculativa è impossibile rendersi conto della natura, della funzione del gioco reciproco del *donné* e del *construit.* Di qui il carattere schematico, quell'apparenza di brillante artificio, che impedisce molto spesso di aderire alle formulazioni del Gény e della sua scuola»[67].

Ascoli conclude il percorso intrapreso con *L'interpretazione delle leggi* con la rivendicazione della necessità di un sapere che «sfugga al servilismo pratico dell'attualismo o del pragmatismo e dia allo spirito una maggiore libertà di fronte ai fatti»[68], e poi con una constatazione successiva, a sua volta manifestazione di un'insoddisfazione, intrinsecamente prodromica di sviluppi successivi, che non può trovare compiuta estrinsecazione della propria "ragion d'essere" all'interno di una riflessione dal tenore strettamente tecnico, quale quello agito nel suo lavoro d'esordio.

È nella sua fatica successiva che Ascoli indagherà le ragioni di un diritto che è, da un lato, integralmente, risolvibile nella sua dimensione interpretativa, ma che, dall'altro, è contraddittoriamente sostenuto da incrollabili presupposti di natura logica, di cui lo Stato è, al tempo stesso, custode e corifeo. In questo senso, per l'aspirante docente di filosofia del diritto: «L'esigenza per cui si pongono a fondamento del diritto alcune presunzioni che la logica smentisce, non si manifesta soltanto con l'affidare a strumenti tecnici nettamente distinti la fun-

[66] Come sottolinea, del tutto pertinentemente, P. Costa (*L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra '800 e '900*, cit., p. 447): «Porre una nuova norma è interpretare una norma preesistente, e viceversa, in un processo ininterrotto dove la differenza fra interpretazione e legislazione è solo una differenza di posizione o di grado, e il gioco di rinvii reciproci procede continuamente passando da una norma "ad una superiore, finché si giunga all'ordinamento giuridico limite che salda il cerchio del diritto" (M. Ascoli, *L'interpretazione delle leggi*, cit., p. 90). Ascoli dichiara a questo proposito di fare proprio "il punto di vista di Merkl e di Kelsen sulla struttura a grado dell'ordinamento giuridico" (*ivi*, p. 85), ma non omette di riferire a Gény il merito di avere intuito, anche se non sviluppato fino in fondo, il carattere creativo dell'interpretazione: e le citazioni sono meno eterogenee di quello che potrebbe sembrare, solo se si rifletta sul loro innestarsi su punti diversi dell'argomentazione di Ascoli».

[67] M. Ascoli, *L'interpretazione delle leggi*, cit., p. 96.

[68] *Ivi*, p. 111.

zione della interpretazione e quella della creazione. Ogni norma per sua natura è violabile, anzi è valida in quanto è violabile, e lo Stato deve per necessità volere che alcune norme, le più valide fra tutte, siano considerate inviolabili. Così lo Stato obbedisce alle esigenze che gli vengono dal di fuori, dal mondo della politica o degli interessi, e ripostula ogni esigenza come se fosse assolutamente e categoricamente sua; è il più attivo strumento della vita contingente, e sembra voler vivere in vista dell'eternità; è il massimo prodotto della virtù normativa che è in ogni azione umana, e vuole arrogarsi il monopolio della normatività non solo, ma l'assoluta imperatività per ogni e qualsiasi norma gli piaccia emanare. È soprattutto il più perfetto organo del diritto e tutto quello che tocca fa diritto, cioè astrattezza e schema: eppure chiama giustizia se stesso e la propria opera»[69].

Con grande acume, Ascoli iscrive questa sua constatazione di un'ineludibile ambiguità del fenomeno normativo nell'ambito di quell'intrinseca contraddittorietà dell'esperienza giuridica moderna, che fa dell'oggetto della scienza giuridica un'entità non perfettamente inquadrabile né dal punto di vista dell'essere, né da quello del dover-essere: colto nella sua dimensione fattuale, il diritto mostrerà una componente fattuale irriducibile ad ogni approccio empirico, colto formalisticamente, il diritto si andrà progressivamente appiattendo su quella dimensione materiale, se non naturalistica, che pure doveva essere trascesa dalla propensione astrattiva di cui ci si era avvalsi, per fondare la giurisprudenza quale *Geisteswissenschaft*.

Per Ascoli, affrontare questa contraddizione non implica né un tentativo di risoluzione, né quello di ridefinizione degli ambiti, applicazione e produzione, in cui la componente aprioristica, logicizzante del diritto e quella fattuale si dislocano. Lo studioso evidenzia con precisione quali sono i termini del problema, evidenziando come il diritto, una volta inteso nella sua dimensione empirico-fattuale, obbedisca ad istanze esterne all'ordinamento, ad esso esterne, *de jure* e *de facto*, economiche, quali la massimizzazione del profitto, sociali, quali il perseguimento dell'ordine; al tempo stesso, però, qualcosa del fenomeno normativo sfugge a questo tipo di approccio, rifluendo nella sfera doveristico-formale, propria del *Sollen*. Di questo 'resto' formalistico, lo Stato si appropria, gestendolo da par suo, eticizzandolo ed

[69] Id., *La Giustizia. Saggio di filosofia del Diritto*, cit., pp. 8-9.

ergendolo a bandiera della sua superiorità su quell'insieme di altri ordinamenti e associazioni che vivono su dato territorio e ordinano realtà sociali parziali. Lo Stato si atteggia così ad ente che, ambivalentemente se non contraddittiamente, guarda al contingente e lo gestisce perché ha lo sguardo fisso sull'eterno. Da qui, la sua presunzione di superiorità.

Non si commetta però l'errore di cogliere questa contraddizione esclusivamente dal punto di vista epistemico: essa ha risvolti politici di notevole rilievo. Siamo di fronte in realtà ad un'ambiguità che lascia aperte varie possibilità da parte del soggetto, epistemico e politico, che se ne faccia interprete: ligi al credo formalistico, saremo obbligati a cogliere in ogni manifestazione empirica dell'ordinamento concreto un segno visibile della sovranità, ossia, sempre e comunque, qualcosa che è nell'ordine tanto del trascendentale, inteso come condizione di possibilità, quanto del trascendente come ideale, legittimando quel così fenomeno e conferendogli un valore dall'esterno, che non coglieremmo se ci lo cogliessimo in una prospettiva fattuale. Quale espressione formale, dunque, ogni manifestazione concreta dell'ordinamento giuridico, sarà sempre possibile intenderla come fatto intrinsecamente valoriato, come espressione della sovranità, nel cui ambito è impossibile rinvenire elementi dell'essere contingente, sublimati senza resto nella sfera doveristica, non scevra da una forte componente ideale. Contingenza, necessità, immanenza si smarriscono come tali, eticizzandosi a favore della presupposizione di una logica superiore, che assume un connotato teo-logico: il fenomeno sovranità svanisce come fenomeno empirico, per configurarsi quale espressione di un ordine superiore. Nella misura in cui ciò è vero per l'esercizio sovrano e per la sua interpretazione *a parte subjecti*, non lo è meno per la stessa obbedienza, la cui matrice empirica, segnata da una significazione che è al limite tra il magico e il religioso, smarrisce quella che è la sua caratterizzazione più propriamente servile, per sublimarsi idealisticamente in una mistica della passività, che altro non è se non tentativo di conferire valore e portata ideale a quelle che per lo più, con linguaggio mutuato dalla clinica psicoanalitica, possono esser classificate come tendenze masochistiche intrinseche a chi tenti di elidersi come soggetto, prestandosi all'esser-oggetto del potere. Tendenze che le ragioni dello Stato etico legittima con un possente apparato ideologico. Per il giovane ferrarese, solo un imperativo etico, applicato al diritto positi-

vo e allo Stato, che all'ordinamento si equipara senza resto, può legittimare la presunzione di autonomia ed autodeterminazione dell'ordinamento giuridico, determinando un'ulteriore presunzione, che di tutte le precedenti e il coronamento: quella per cui diritto e Stato nella propria dialettica pratica, siano nient'altro che eticità concreta e positiva, cioè, giustizia. Tutti gli sforzi positivistici di separare diritto e giustizia non riescono a nientificare la realtà secondo la quale giustizia e il nome tutelare sotto il quale l'ordinamento giuridico iscrive il proprio agire. Pur non ispirandosi ad una giustizia sovraordinata ed ispirata a criteri di diritto naturale, pur non ricercando la realizzazione della giustizia stessa come valore preminente, il diritto non potrà mai non dirsi giusto. E se lo Stato è l'erede, dopo il Figlio, l'effetto, potremmo dire, di un'ulteriore incarnazione sacrificale, del Dio della tradizione ebraico-cristiana, è proprio perché il mistero di questa presunzione di giustizia resta, nonostante ogni tentativo di "squarciare il velo" che ricopre il nulla di fondamento su cui si erge, nell'impossibilità di fornire spiegazione razionale del perché questa che è un'illusione resiste, nonostante l'analisi positiva del fenomeno normativo ci induca a pensare che, pur essendo la creazione, il momento interpretativo l'essenza del diritto, questi sia prodotto e fatto rispettare dallo Stato perché giusto. Ci troviamo di fronte alla problematica della possibilità di liquidare o meno ogni residuo teologico-metafisico all'interno della teoria giuridica: nulla è dato sapere sulla posizione di Ascoli sulla teoria schmittiana, sostenitrice dell'impossibile liquidazione di quest'ambiguità, ritenuta strutturale e connaturata all'esperienza politica moderna. Quello che è certo, è che Ascoli rifiuta tanto la soluzione pragmatista, lo abbiamo anticipato sopra, con riferimento alla riflessione di Gény, quanto quella giusnaturalista al problema, dando prova ulteriore del rigore epistemologico che anima la sua ricerca. In questo senso: «La soluzione pragmatistica, che balza spontanea fin da quando la presunzione e la illusione appaiono come vitali, dirà che è necessario al diritto positivo credere di essere la giustizia per poter agire con la minore iniquità possibile; e che è bene vi sia, a protezione del mondo giuridico in cui ogni norma è diversa da ogni altra norma, la fede in un diritto in cui sia possibile trovare norme uguali tra loro, e confermatisi a vicenda. Ma è evidente che tale risoluzione non risolve, e permette solo di affermare come nell'attività giuridica pratica influiscano, sia pure sotto forma di illusione o di pre-

sunzione, elementi che sono estranei al diritto; e che, per quanto smentiti dal diritto costituiscono altrettanti strumenti tecnici senza i quali l'attività del giurista non può svolgersi»[70]. La soluzione pragmatista ha il grave difetto di spostare al di fuori dei confini dell'ordinamento il fondamento del diritto stesso, e di farlo, per di più, genericamente, senza un controllo rigoroso, senza la definizione di un'area cui ricondurne scientificamente la fondazione. La posizione pragmatista, legata al possibile uso finzionistico di categorie giuridiche, la cui verità, se di verità si può parlare, sarebbe possibile misurare utilitaristicamente solo a partire dagli effetti, la subordinazione alla ricerca di questi ultimi della formulazione di categorie esplicative e costruttive, è rigettata. Al tempo stesso, è rigettata la soluzione metafisica al problema, dislocando l'origine concettuale stessa dall'ordinamento fuori da se stesso. Ciò da cui Ascoli si preserva è la definizione definitiva del rapporto tra valore e fatto, ossia tra trascendenza ed immanenza: l'imperativo categorico cui obbedisce si potrebbe esprimere in questi termini: «evitare una totalizzazione definitiva di tutte le totalizzazioni parziali», e questo proprio per non risolvere la dimensione trascendente in una categorizzazione in cui sarebbe smarrito il proprio valore di alterità totale di fronte al reale.

Sarà l'indagine sull'azione normativa a condurci ad intendere gli elementi che determinano le contraddizioni della vita giuridica: è con questo intento che l'analisi di Ascoli si dipanerà su un terreno rigidamente immanente, portando la questione della giustizia all'interno della funzione di astrazione e schematizzazione della norma, in modo da spiegare e risolvere la presunzione di assolutezza con cui lo Stato legittima la sua azione come giusta, senza interpretarla finzionisticamente, come è nel caso del pragmatismo, e senza riprodurre una scissione di immanenza e trascendenza, come nel caso del giusnaturalismo. Nella misura in cui quest'analisi si svolge al livello formalisticamente definito, proprio della capacità astraente della norma, Ascoli, si propone uno schiarimento gnoseologico del termine, in modo da non commettere l'errore di sovrapporre due approcci al momento dell'astrazione, che spesso, a suo dire, sono state confuse nel pensiero filosofico-giuridico a lui contemporaneo: nel criticismo e nell'idea-

[70] *Ivi*, p. 9.

lismo, ossia, *mutatis mutandis*, per Kant e per Hegel, astrazione significa due cose ben diverse.

La ricerca del senso particolare di quella "presunzione particolare", che fa dello Stato il "detentore monopolistico" della produzione normativa, è dunque ricercata all'interno della dimensione formale del diritto, dominata dall'insieme di processi astraesti, di cui la norma stessa è il *pivot*, ed con l'intenzione di operare una ricognizione preliminare di astrazione, che se ne ricerca il significato all'interno della tradizione filosofica classica tedesca.

Senza cedere alla tentazione di considerare la radice del fenomeno giuridico all'esterno dell'ordinamento, al fine di poter identificare le dinamiche che lo strutturano, sarebbe dunque necessario ricercare la dialettica endogena della vita giuridica, che riposa, essenzialmente sulle funzioni strutturali della norma, sempre per sua necessità astratta, generica, schematica, ossia prodotto di modalità astraenti, generalizzanti, schematizzanti. La ricerca di Ascoli sulla funzione della "presunzione di giustizia" con cui l'ordinamento legittima se stesso si incentra al livello della generalità e non dell'universalità della norma: da qui, la necessità di 'puntare' il momento dell'astrattezza, le sue funzioni, le sue finalità. La ricerca del senso particolare di quella "presunzione di giustizia", che pone lo Stato in una posizione di preminenza assoluta nella produzione del diritto e dell'amministrazione della Cosa Pubblica, va dunque ricercata all'interno della dimensione formale del diritto, caratterizzata in tal senso dalla funzione astraente della norma, che rende necessaria una ricognizione preliminare del significato di astrazione, di cui si distingue un'accezione kantiana ed una hegeliana.

Dal punto di vista del Kant precedente alla sintesi soggetto-oggetto, propria dell'Estetica trascendentale, nella quale Ascoli rinviene, con una certa ragione, i prodromi della risoluzione idealistica del soggetto critico, sarebbe d'uopo sostenere che il diritto è astratto perché schematico o generico, ossia, prodotto di operazioni di schematizzazione e generalizzazione. Il giurista ferrarese non si sofferma sulla dinamica sulla cui base condizioni di pensabilità dell'esperienza giuridica divengano produttive della stessa: la sua analisi si limita ad evidenziare come nel sistema del filosofo di Königsberg la realtà sia, in ultima istanza, estranea, alla sintesi categoriale, che opera *a parte subjecti*, con lo scopo di definire non la realtà in quanto tale, quando,

piuttosto, quella porzione di realtà che il soggetto struttura per il tramite delle strutture a-priori. In questo senso: «Tutta l'indagine kantiana si può definire uno sforzo per determinare il modo del concreto quale appare al soggetto che lo pensa, e per poggiare poi su questo mondo del concreto così definito strappando il maggior numero possibile di leggi alla astrattezza»[71].

Data per assunta il differire in Hegel di *Wirklichkeit* e di *Realität*, stando a significare la prima la realtà che rileva per il soggetto, oggetto della riflessione filosofica, laddove la seconda va intesa come realtà oggettiva, in sé, che permane sullo sfondo della dialettica soggetto-oggetto, e che non interessa il filosofo dialettico, nella misura in cui nell'idealismo la realtà in sé è in qualche modo incorporata nel mondo delle idee, astrattezza non è più un momento superiore del reale, "piano terra della vita spirituale" come nell'interpretazione che di Kant dà uno Schopenhauer per l'occasione debitamente richiamato, quanto piuttosto ne costituisce un momento negativo, identificato con il fissarsi del momento logico-analitico contro il flusso dinamico di un reale che è anche Spirito. Il diritto nella riflessione idealistica è astrazione perché inerisce ad una realtà che è oggettivazione della vita dello Spirito, da qui, la diversa connotazione che il termine astrazione assume nei due sistemi. Così: «Da un punto di vista kantiano si può sostenere che il diritto è astratto perché schematico o generico; da un punto di vista hegeliano si dice ugualmente che il diritto è astratto in quanto è oggettivato, in quanto cioè si identifica col momento oggettivo o astratto dello spirito. Vi è quindi una differenza radicale nel senso attribuito alla stessa parola, anzi, alla stessa formula; differenza che è profonda tra i vari sistemi della filosofia idealista, a seconda che si ammetta una realtà esteriore riconosciuta e controllata dallo spirito ma estranea a lui, oppure il solo spirito nell'atto di porre incessantemente la stessa realtà. […] L'astratto del diritto in kantiano costituisce il maggior titolo di nobiltà del diritto stesso, poiché è come un riflesso della suprema astrattezza della norma etica; in senso hegeliano significa invece momento oggettivo od oggettivato della vita spirituale»[72].

Se Ascoli ritiene necessario uno schiarimento preliminare sul punto, è perché constata come spesso ci si sia riferiti alla sfera

[71] *Ivi*, p. 13.
[72] *Ivi*, pp. 14-15.

dell'astrazione o a quella del concreto in senso kantiano: così, a partire da premesse di tipo attualistico si è giudicato come concreto il momento dell'attuazione del diritto per il carattere di materialità o effettualità di cui è investito, dimenticando come in una prospettiva idealistica di concretezza non si può parlare nell'identico senso di materialità. Proprio questa confusione sarebbe stata genetratrice di equivoci di notevole importanza: da premesse attualistiche, si è fatto riferimento al concreto nel senso kantiano, obliando il quadro concettuale di riferimento, in cui di concreto si è obbligati a parlare in tutt'altra accezione. Sarebbe questo il caso di Croce: nella riflessione sul diritto del filosofo di Pescasseroli, il momento dell'astrazione non è immediatamente riferibile né alla circostanza che il diritto non sia immediatamente riferibile alla realtà materiale, non essendolo neanche alla sfera ideale. Questa commistione, che non specifica una posizione originale, costituendo un regresso rispetto alle posizioni di partenza, avrebbe costituito antecedente significativo per ulteriori tentativi, come quello di Levi o di Cesarini-Sforza, del sincretismo dei quali metodologico Ascoli coglie il lato più deteriore, quello della promiscuità concettuale.

In questa linea associativa, nel suo *La Giustizia*, che è di qualche anno successivo a *L'interpretazione delle leggi*, la critica all'idealismo, e soprattutto alle posizioni di Croce, si specifica ulteriormente, ma soprattutto si definisce ancora, fino a diventare definitivamente incolmabile, la distanza misurata nei confronti dell'attualismo gentiliano, già premessa al livello dell'opera precedente. Ascoli insiste sul fatto che Croce, a partire da basi idealistiche, abbia contrapposto all'astrattezza della sfera normativa, la sua riconduzione alla dimensione economica, ascrivibile alla sfera dell'individuale: da questo punto di vista, il filosofo avrebbe di sicuro l'ineguagliabile merito, quello di riportare il diritto alla dimensione del concreto, seppur sulla base dell'errore individuato in precedenza, ossia quello di non configurarsi alla stregua di una dottrina autenticamente idealista. Il suo sistema si presenta al suo interprete come passibile di una interpretazione realista o dualistica, ossia critica: realista, cioè esterna ad ogni considerazione idealistica del fenomeno formativo, dualistica, cioè subordinata strutturalmente, o comunque distinta dal momento autenticamente spirituale. In realtà, questa l'acuta interpretazione di Ascoli, Croce avrebbe elevato a dignità scientifica un punto di vista invece proprio

del senso comune, un sentire che allignerebbe invece nell'ordine del pratico, senza de-localizzare sufficientemente l'esperienza comune, per fondarla scientificamente: il fine che si prefigge l'autore de La Giustizia è la interpretazione del momento economico considerato non più nella sfera della volizione dell'individuale, a favore di una sua considerazione che viva nell'ordine della generalità. In realtà, questo il tenore dell'interpretazione di Ascoli, nessuna volizione individuale può considerarsi, come vorrebbe Croce, autentica, e quindi autoreferenziale, centrata su se stessa, autopietica. La volizione dell'individuale sarebbe solo in apparenza massima espressione dell'autonomia, non potendosi configurare in realtà come espressione primigenia dell'attività dello spirito, essendo piuttosto da questi derivata, concepibile solo ed esclusivamente "in guisa mediata", e quindi prodotto della sfera generale più che di quella individuale. Nessuna volizione dell'individuale può in definitiva essere considerata, come vorrebbe invece Croce, autopoietica, sovrana, integralmente riferita a se stessa, "atto di creazione" assolutamente singolare, equiparabile in questo all'espressione dell'artista, e il primo nocciolo teoretico da sciogliere sarebbe quello relativo al primato del soggetto o dell'oggetto nella dinamica che va a strutturarlo.

La critica alla concezione dell'economia come volizione dell'individuale dunque si precisa, arricchendosi di nuova puntualità argomentativa e concettuale rispetto a quanto evidenziato ne *L'interpretazione delle leggi*; così: «Ma se il Croce ha indicato la via, ci permettiamo di dubitare, come già nel precedente nostro saggio, che l'abbia anche seguita fino in fondo: dubitiamo cioè che l'astrattezza non solo si dissolva ma che si annulli e perda ogni significato spirituale, identificandosi al momento economico; e che infine il momento economico sia la positività che si cercava per individuare l'astrattezza del diritto. Il momento economico è volizione dell'individuale, si dice. Ma dove troviamo questo individuale? È la volizione che ce lo fa conoscere, o è l'individualità che permette la volizione? Nel primo caso, avremmo un volontarismo pragmatistico, nel secondo una sorta di monadismo, ma in nessun caso una filosofia idealistica, poiché non vediamo come possa dimostrarsi, idealisticamente, l'esistenza di questo momento, cui vengono attribuite le due qualificazioni di attività spirituale più elevate e difficili a dimostrare: individualità e concretez-

za»[73]. L'idealismo crociano è accusato di essere affetto da quella che, con linguaggio esistenzialistico, chiameremmo "illusione d'immanenza", ossia della considerazione 'valoriata', ossia, come si è detto in precedenza, della spiritualizzazione di un punto di vista ingenuo, che, nella fattispecie, coincide col senso comune. Per Ascoli, infatti: «Ora, il senso comune ci dà senza dubbio l'impressione continua di volizioni singole, di momenti concreti individuati nella nostra vita spirituale pratica; ma l'indagine speculativa sorge appunto per disperdere l'illusione di questa concretezza e singolarità»[74].

Se, come pretende Croce, le azioni individuali di chicchessia fossero davvero individuali, due potrebbero essere le conseguenze, che configurano scenari tra loro antitetici. Da un lato, sarebbe molto facile per ogni uomo raggiungere la 'vera' concretezza, l'azione determinata che assicura la massimizzazione della felicità, l'azione assolutamente 'concreta', come vogliono gli idealisti. Dall'altro, ciascuna volizione o azione sarebbe a tal punto individuale, circoscritta, da condurre il singolo ad una assoluta disperazione quanto alla possibilità concreta di comunicarla, di renderla intersoggettiva e, così, oggetto di scienza. Della critica al movimento idealistico, teso al superamento della 'pura' dimensione cartesiana della sfera coscienziale, che Ascoli traduce come "adeguazione di volizione ed effettuazione", è testimonianza il seguente passo nel quale, con lapidaria chiarezza, si denuncia l'inespunto teologico dell'idealismo, che ottimisticamente eleva il singolo al livello del divino; per il filosofo ferrarese: «L'adeguazione perenne di volizione ed effettuazione, di intuizione ed espressione, è come l'ombra della conciliazione ascetica che si è tradotta nel mondo umano in cui, secondo la filosofia idealista, ogni giorno si realizza il mondo di Dio. Ora questo sostanziale ottimismo è profondamente preoccupante perché è come il tarlo roditore di tutta la più elevata filosofia idealistica moderna. L'idealismo, che nel suo aspetto negativo sembra sorto per appagare ogni nostra illusione o presunzione, vorrebbe consolarci giustificando il miraggio dell'azione singola; e dirci che ciascuna di esse può essere come si vorrebbe spiritualmente considerata la prima e l'ultima e in un certo senso l'unica; e se non l'unica almeno *una*. Ma nemmeno questa ultima consolazione è vera, poiché

[73] *Ivi*, p. 21.
[74] *Ivi*, p. 23.

le nostre azioni non sono uniche, non individuate, non sole, ma rese possibili grazie alla necessità, e trascinate, svuotate, fin dal loro apparire nell'incessante fluire della vita»[75].

Come la forza, così la volontà non è un *primum* assoluto: nel pensiero dell'intellettuale ferrarese traspaiono le linee di una concezione totalmente antivolontaristica della vita giuridica. Ogni azione è possibile in una trama aprioristicamente determinata, nell'ambito di una causalità che ne determina lo schema, finendo per diventare effettiva nella misura in cui, volendo questo schema, contribuisce alla causalità universale. L'autonomia della volontà si rivela ad Ascoli per quello che è, ossia il mito fondante di tutto l'idealismo giuridico e non: nell'ottica de *La Giustizia*, ogni espressione della volontà non è autonoma, ma piuttosto determinata da condizioni di volontà ad essa estranee. Materialisticamente intesa, ogni espressione individuale di volontà è sempre da pensarsi concretamente, cioè, in rapporto ad un oggetto determinato: è impossibile, in un'ottica di negazione del requisito di 'purezza' della volontà, concepire azioni che siano in sé assolutamente individuali e determinate. Quando la volontà è intesa come un rapporto in-tensionale con l'oggetto, quella che svanisce è la possibilità di definirne assolutamente i contorni: l'io che vuole e l'oggetto voluto non potranno mai essere all'origine di quello che è invece un rapporto, un rapporto che non si può purificare oltre un certo limite, amputandolo di uno dei termini che, indefettibilmente, lo costituiscono. Pensare ad una priorità dell'oggetto nell'atto della volizione vorrebbe dire aprirsi ad un orizzonte escluso dai tradizionali quadri di conoscenza, propri del sapere filosofico e scientifico, così come la tradizione occidentale li ha posti, per rifluire in categorie magico-animistiche in cui la responsabilità soggettiva sarebbe elusa; d'altra parte, pensare che la volontà viva di un momento 'originario' di assoluta autodeterminazione razionale, sarebbe strizzare l'occhio al solipsismo di un soggetto-senza-mondo, anch'esso estraneo, per motivi diversi, ai quadri concettuali di un'esperienza correttamente intesa dal punto di vista teorico.

Progressivamente, una certa cautela nei confronti del pensiero di Giovanni Gentile, dettata verosimilmente anche da motivi politici, viene meno. L'attualismo è considerato una filosofia ottimistica, che promette

[75] *Ivi*, p. 26.

all'uomo quella particolarissima panacea costituita dalla possibilità di comprendere e giustificare il mondo al tempo stesso. Ad emergere è una sottile vena di schopenhauerismo, fatto di diffidenza nei confronti della volontà e di pessimismo gnoseologico. Ascoli scrive: «Ma ora, arrivati vicini al termine del nostro lavoro, il pericolo rappresentato dall'attualismo è più grave che in ogni altro momento, perché, ricercando una sintesi in cui il dualismo dialettico si armonizzi in una superiore unità, dobbiamo, abbandonando provvisoriamente l'appoggio della dialettica, trovare il punto spirituale che rappresenti l'unità. L'attualismo qui ci offre non un punto, ma un mondo, anzi, tutto il mondo: non v'è nulla di più seducente di quest'offerta. Che è la stessa offerta che l'attualismo fa ad ogni grado della sua ricerca speculativa: ma la ripetizione, anche accolta con un rifiuto, rende maggiore la suggestione dell'offerta stessa. Più l'attualismo da Hegel in poi si è andato facendo nudo, scheletrico e ridotto a pochi temi, più la sua efficacia è aumentata, più viene rifiutato e più è difficile rifiutarlo. Perché è sempre più ricco il dono che si rifiuta: ed è sempre, ad ogni momento, quello di cui si ha un più profondo bisogno. Ad ogni momento della ricerca, l'attualismo ci offre un mondo che è reale e ideale insieme, quale premio e soddisfazione totale: così, ora ci dice che è inutile cercare in un punto ideale la giustizia quando c'è tutto il diritto, come è inutile cercare in un'ardua norma la eticità quando c'è lo Stato»[76].

5. *Dalla critica all'idealismo all'astrazione come requisito insopprimibile della vita pratica. Della giustizia come trascendenza*

Dato per scontato che nella sfera della vita teoretica la conoscenza, anche nel senso inteso dall'idealismo, non ha altro limite se non la totale adeguazione di oggetto conosciuto e soggetto conoscente, o, che è lo stesso, il completo assorbimento dell'oggetto nel soggetto - il cui limite estremo è simbolizzato dalla legge, intesa come necessità consacrata dallo spirito, identificata spinozianamente alla libertà -, la critica complessiva di Ascoli all'idealismo può, al di là della polemica rivolta all'ottimismo intrinseco a certe pratiche di pensiero, essere, in definitiva, riassunta in due punti. Da un lato, l'oggetto, nella riflessione idealistica, non è altro che una proiezione del soggetto. Dall'altro,

[76] *Ivi*, p. 180.

questa struttura concettuale tende a risolversi costantemente in azione, negando ogni connotato di passività del pensiero logico, che viene misconosciuto a favore di un attivismo il cui estremo limite è il nichilismo: l'azione diventa, nell'idealismo, (ma qui Ascoli fa riferimento in particolare all'attualismo) un comandamento anteposto ad ogni altro. Si tratta di motivi che, come si vedrà nel prossimo capitolo, avvicinano profondamente la riflessione del ferrarese a quella di Rensi. Ora, se da un lato Ascoli riconosce il primato dell'autonomia del volere in Kant, evidenziando come ogni filosofia del diritto intesa in senso critico debba la sua ragion d'essere alla rivendicazione dell'autonomia della sfera pratica, dall'altro, però, gli è ben chiaro come l'idealismo elabori, empiricizzando gli schemi entro i quali l'azione diviene concreta, una riduzione concettuale dell'agire possibile, che viene mortificato in quanto tale, cioè possibile, per essere considerato solo *sub condicione*. È questa la dinamica mediante la quale qualsivoglia azione trova la sua legittimità intellettuale.

Riassumendo sul punto, la riflessione di Ascoli ha il seguente tenore: se le azioni non sono deducibili da schemi a priori (altro è la dimensione dell'*apriori*, che informa di sé il vivente, altro è la deduzione logica a partire da un principio), resta pur sempre vero che la libertà dell'agire non è assoluta, essendo piuttosto mediata da un elemento formale, ravvisabile innanzitutto nell'economia, elemento che rende possibile l'autonomia del volere e ne preserva la sfera. E se è vero che un legame tra diritto e forza c'è, è anche vero che l'idealismo, nel tentativo di logicizzarlo e di funzionalizzarlo all'eticità dello Stato, ne rovescia l'essenza in nichilismo.

La forza stessa, a questo punto, come vedremo meglio, non è fondatrice l'ordinamento giuridico, perché non può essere considerata un *primum* assoluto, in quanto prodotto di una volontà o di una causa agente che si è tradotta in forma e che è passata attraverso l'azione formalizzante degli schemi: dal requisito dell'imprescindibile dimensione di astrattezza del diritto, e, in sostanza, dell'intera vita pratica, dimensione che si traduce in eticità, perché costruita sul duplice movimento di generalizzazione dell'esperienza singola e di disoggettivazione della personalità individuale, deriva che ogni tentativo di delimitare il rapporto reciproco tra diritto e fatto è impossibile.

Tutti i tentativi di fondare l'essenza del diritto sull'aspetto formale o su quello materiale sono destinati allo scacco: sociologismo e forma-

lismo si dimostrano infecondi se assolutizzati; si intende operare un superamento dell'unilateralità degli approcci formalistici e realisti del diritto. In Ascoli, il presupposto dell'astrattezza del diritto e, in generale, della vita pratica, quella per cui bisogna, contro Marx, "capovolgere il mondo", per mostrare la preminenza del momento astratto su quello concreto, deve essere còlto nella sua assolutezza formale, senza alcun indugio di carattere oggettivistico. La mediazione tra fatti e norme, in altri termini, vive al di fuori dell'ordinamento, in un'area cui la riflessione filosofica non ha lesinato attenzioni, quella del diritto naturale, inteso in senso 'moderno'. Si tratta di un concetto già espresso, negli stessi termini, da Bartolomei, per il quale, però, l'al di là dell'ordinamento è forza senza mediazione, il che turba tutta la sua costruzione del fenomeno normativo.

In Ascoli, al contrario, la conoscenza non arretra mai di fronte all'elemento materiale: se di un'extraordinamentalità è dato predicare, essa non equivale mai alla forza: il diritto naturale e la filosofia del diritto, che di questa riflessione è il parto, non vivono all'interno dell'ordinamento. Si, chiamerà allora diritto naturale – nell'accezione moderna del termine, differenziato dal giusnaturalismo, sganciato da ogni referenza alla tradizione teologico-metafisica – la modalità di trapasso della sfera fattuale in sfera normativa, di cui la filosofia del diritto stessa costituisce salvaguardia epistemologica. In questo senso: «Ora, questo mondo in cui ogni fatto e ogni forza crea una norma, e ogni ordine di interessi si disciplina in una serie di schemi, noi non sappiamo in quale altro modo chiamarlo se non mondo del diritto naturale. Né ci spaventa aggiungere ancora un senso ai tanti che sono stati dati a questa infelice ma forse necessaria espressione concependo il diritto naturale in modo del tutto storico e immanente. In ogni sistema di diritto naturale sono strettamente commisti due elementi: il riconoscimento della naturalità del diritto, l'essere cioè il diritto momento ineliminabile della vita umana; e l'affermazione di carattere teoretico-politica di principî di carattere trascendente o teleologico, che si pongono come postulati a tutta una costruzione giuridica: nei sistemi di diritto naturale noi abbiamo cioè dei principî di natura filosofica e politica che, con l'arbitrio individuale, vengono considerati come postulati di una costruzione giuridica»[77].

[77] M. Ascoli, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 62-63.

Ascoli riconosce, così, quello che è per lui il valore intrinseco della dogmatica, la cui tendenza all'astrazione non è stigmatizzata, ma considerata alla stregua di semplice 'riproduzione', operante in sede logico-argomentativa, del modo in cui nasce e si sviluppa l'ordinamento giuridico[78]. Il luogo nel quale si concretizza la modalità di progressiva schematizzazione del fatto singolo, nonché del progressivo disassoggettamento della personalità individuale (le due cose sono da considerare in parallelo, dal momento che la forma è considerata equivalente della libertà di fronte al puro dato), è l'ordinamento giuridico, il cui compito è di ampliare quantitativamente, fino a portarlo alla sua massima estensione, il processo di sussunzione di un fatto sotto uno schema formale, operazione da compiersi nel rispetto della modalità di 'rispecchiamento', propria della dogmatica. E l'ordinamento giuridico che, in questo lavoro di astrazione spinta progressivamente al suo limite intrinseco, sarà situato al vertice, non sarà né l'unico, né sarà investito di valenza etica: innanzitutto, nella storia altri ordinamenti hanno conosciuto questa funzione di ordinamento-limite della modalità di formalizzazione del dato (la Chiesa è forse il più classico), e altri ancora la conosceranno. In questo senso, e solo in questo senso, l'astrazione ha anche una sua valenza etica: il vivente si 'dematerializza' nel suo essere strutturato secondo schemi, così come vi è qualcosa di 'mistico' nel movimento secondo il quale la volontà individuale si smarrisce come tale, per ritrovarsi come mediata in altro. Siamo, in ogni caso, di una valorizzazione etica che agisce sul momento formale, senza riguardare i contenuti dell'azione. In questa linea associativa, il formalismo finisce per connotarsi in senso etico, secondo una dinamica sottilmente presente anche in Kelsen: proprio sulla base della constatazione della reciproca limitazione di costruzione dogmatica e speculazione filosofica, sono tenuti in piedi, contemporaneamente, ambedue gli approcci, considerati scientificamente degni d'attenzione, nella consapevole negazione di ogni approccio dualistico alla problematica giuridica, filosofico da un lato, tecnico dall'altro. Il diritto co-

[78] In questo senso, con sibillina chiarezza (*ivi*, p. 63): «L'astrattezza della dommatica ha origine nel fatto che essa ricostruisce in sé il procedimento di continua astrazione e disoggettivazione della coscienza giuridica, cioè economica: di quella coscienza senza la quale non si potrebbe nemmeno intendere la incessante costruzione del mondo reale. Né vi è differenza fra attività legislativa e attività dommatica, se non nel senso che questa è un raffinamento e un controllo tecnico di quella».

me oggetto resta uno, indipendentemente dalle modalità conoscitive del soggetto, e non può scindersi in fenomeno còlto dai filosofi e fenomeno còlto dai giuristi: si pone così un limite preciso, di natura materiale, alle pretese neo-kantiane di costituire l'oggetto della ricerca a partire dal soggetto epistemico. Per Ascoli, dalla considerazione che gli ordinamenti organizzano la vita giuridica, e che, a monte, il diritto naturale ha la funzione di soprassedere al passaggio tra sfera fattuale e sfera normativa deriva « […] come principale conseguenza che non possiamo accogliere un certo dualismo che abbiamo già visto ripetutamente affermato, secondo il quale, esaminando gli enti che hanno vita giuridica e lo stesso diritto filosoficamente e dommaticamente, oppure formalisticamente e teleologicamente, si giungerebbe a risultati diversi, ma opposti»[79].

L'attenzione 'critica' del ferrarese è tale che l'elemento materiale non diviene oggetto di un ingenuo processo di conferimento di valore: se, nella dialettica del conflitto, a prevalere non è sempre la forza "più forte", è perché tutte le forze sono qualificate, e quindi mediate: la normatività rende l'umano 'altro' dal naturalistico darsi, proprio perché non si dà mai un accesso puro, immediato all'elemento materiale, quanto solo un approccio mediato dalla norma, che funziona come simbolo, *a-priori*, che rende possibile la relazione alla materialità del mondo, che non si offre solo ed esclusivamente in guisa mediata. Sostenere che l'origine stessa dell'ordinamento non può essere ordinamentale, non equivale a dire che al cuore dell'ordinamento risieda la forza; infatti, che la forza stessa sia nucleo 'originario' del potere, come sostiene Kelsen, è essa stessa un'idea, che, a sua volta, deve essere sostenuta, come ogni idea, con la forza, la quale è sempre epifenomeno, strumento, reso possibile da una schematizzazione a sua volta precedente. Allo stesso modo, ogni estrinsecazione della volontà non ha la volontà come *primum movens*: l'ideologia dei diritti soggettivi, dalla loro costruzione pandettistica, si pensi qui a Windscheid, alla loro definizione nell'ambito della giuspubblicistica tedesca (Jellinek, Laband) sarebbe, in questo senso, pendant giuridico di quel primato idealistico della volontà, di cui, con un tratto singolare seppur implicita affinità con Schopenhauer, Ascoli diffida.

Conseguentemente, nella concezione del ferrarese, perno della vi-

[79] *Ibidem.*

ta del diritto non è lo Stato, ritenuto in grado di sublimare 'magicamente', la volontà in forza, (ricordiamo qui la nota tripartizione tra brutalità=materialità impossibilitata a mettersi in forma, violenza=materialità che si mette in forma, ma non vive informata di un principio etico, forza=materialità informata eticamente, esplicantesi in ambito politico-statuale), quanto la capacità astraente dell'ordinamento. Quest'ultimo sarebbe, costantemente, "al lavoro" nel "mettere in forma" l'elemento materiale, qualificandolo e sovvertendo costantemente l'ordine naturale, l'ordine del "più forte", verso il quale un certo immaginario sociale tende a ricollocare l'intero sistema di rapporti politico-sociali.

Si è visto come la puntuale critica a Cammarata abbia consentito ad Ascoli di evidenziare l'indebita giustapposizione di due momento tra loro eteronomi (la considerazione *sub lege* della norma e il suo momento di espansione finalistico-teleologica): la sua critica all'idealismo lo conduce alla considerazione che considerazione formalistica e teleologica devono, necessariamente, abitare due domini tra di loro necessariamente separati: quello della concezione dogmatica e quello della concezione giusnaturalistica della norma. È in quest'ottica che Ascoli afferma: «In ogni sistema di diritto naturale sono strettamente commisti due elementi: il riconoscimento della naturalità del diritto, l'essere cioè il diritto momento ineliminabile della natura umana; e l'affermazione teoretico-politica di principî di carattere trascendente o teleologico, come postulati a tutta una costruzione giuridica: nei sistemi di diritto naturale noi abbiamo, cioè dei principî di natura filosofica e politica che, con atto d'arbitrio individuale, vengono considerati come postulati di una costruzione giuridica. Ma proprio per la consapevolezza dei limiti esistenti fra costruzione dommatica e speculazione filosofica, noi crediamo che nessuno di questi due aspetti sia sopprimibile: perché il primo può dar luogo ad una concezione o a una scienza del diritto naturale, intesa come indagine sulla naturalità del diritto; e il secondo rappresenta il modo non eliminabile con cui si svolgono le espressioni e le vicende della vita politica»[80].

In un senso meno paradossale di quanto non possa apparire a prima vista, convivono nella sua aspirazione la concezione dell'ordinamento a gradi kelseniana e quella di François Gény, che, sulla base di

[80] *Ivi*, pp. 62-63

ben altri presupposti, pensa al diritto come continuo posizionamento reciproco di dato e costruito, ossia di fatti presi in una griglia interpretativa e formalizzazione giuridica degli stessi. Una certa concezione della *Grundnorm* kelseniana, peraltro non del tutto correttamente intesa, perché considerata produttiva delle norme successive («Gli ordinamenti giuridici sorgono così dalla postulazione di un dato di fatto che si pone come norma, che costruisce una vasta serie di norme, secondo il proprio schema, e ne controlla continuamente la produzione perché nessuna sia in contrasto con la norma fondamentale postulata»[81]) convive con la concezione dinamica della circolazione tra *donné* e *construit*, che costituisce l'oggetto della seconda grande opera di Gény, dal titolo, per l'appunto, *Science et technique en droit privé positif*[82], successiva a *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Come abbiamo già evidenziato, infatti, a proposito della problematica dei c.d. principi generali del diritto, in Ascoli la concezione normativistica dell'ordinamento si coniuga con la considerazione, di cui si è già detto, secondo la quale la problematica dell'origine dell'ordinamento è eccentrica rispetto all'ordinamento stesso.

La costruzione normativistica dell'ordinamento, in altri termini, non può render ragione della giuridificazione del fatto sociale, che di per sé, è questione eccentrica all'ordinamento concepito formalisticamente. La stessa definizione di una norma, intesa come 'fondamentale' da Kelsen, non può che evidenziare un problema la cui natura eccede l'ordinamento e la cui competenza non può che appartenere al giusnaturalismo, al diritto naturale tradizionalmente concepito, ossia inteso come l'area che presiede alla recezione all'interno di dati fattuali all'interno dell'ordinamento giuridico.

In Ascoli, una concezione formalistica dell'ordinamento convive, assai originalmente, con una riflessione più ampia sulla dinamica attraverso la quale i fatti vengono assunti e regolati dall'esterno nell'ordinamento: da qui la non contraddittorietà della sua attenzione ad autori in apparenza lontani, quali Kelsen e a Gény. Se, da un lato, ogni fatto tende a porsi come norma, e solo in quanto norma è valuta-

[81] *Ivi*, p. 63.

[82] Cf. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, cit.

bile, vi è diritto ovunque vi siano fatti umani[83]. In questo senso, è possibile pensare ad una concezione dello Stato di diritto nel pensatore di Ferrara, per il quale lo Stato non conosce un limite ad esso esterno, ma, al tempo stesso, l'ordinamento può trovare in se stesso i motivi della sottoposizione del potere al diritto, proprio considerando il primo un fenomeno mediato in senso formale.

Se l'ordinamento giuridico non può "tenere in sé" le ragioni filosofiche ed etiche della sua esistenza, se cioè non esiste, come dicevamo in questo senso prima, Altro dell'Altro, se la filosofia del diritto ha il compito di porre a confronto, dall'esterno, il diritto ideale con la situazione reale, ciò comporta due ordini di conseguenze, di un'importanza da non sottovalutare, riguardanti entrambe l'orizzonte trascendente nel quale l'esperienza giuridica s'inscrive. Da un lato, diritto e giustizia sono in qualche modo consustanziali: non c'è diritto che possa non iscriversi sotto il nome tutelare di giustizia, pur non realizzandolo in modo completo ed esaustivo. In questo senso: «Ogni diritto ha bisogno di chiamarsi giustizia, poiché questo è l'ideale sotto il cui segno ogni diritto vive, ma nessun diritto lo esaurisce, né lo esprime: quindi non sarà in nessun modo possibile dedurre una regola di giustizia dalla comparazione dei diritti che si sono chiamati giustizia. Se si vuole definire il significato razionale o etico di questa insopprimibile aspirazione, bisogna perciò risolutamente uscire dall'infidissimo terreno dei concretamente storici, e rifiutarsi a determinare una qualche regola di giustizia»[84]. Se il diritto non può che iscriversi sotto il nome tutelare della giustizia, è altrettanto vero però ogni istituto vive immerso nella dialettica della storia, in un bagno di contingenza per il quale, a rigore, non si può mai dire che tale o talaltro principio, concretizzato nell'esperienza giuridica possa dirsi giusto: pur partecipando alla dimensione del giusto, non vi aderisce completamente. Ciò vuol dire che ogni esperienza giuridica è ambivalente, che partecipa contemporaneamente di due mondi, ma che, per avere un senso si deve tenere in una frattura, in una separazione radicale di immanenza e trascendenza. Il brocardo sulla cui scorta sono considerate come estreme ed antitetiche le posizioni per cui, da un lato, *fiat justitia, pe-*

[83] In questo senso, (*ivi*, p. 61): «[…] perché i comportamenti umani tendono sempre a porsi come diritto, sempre cioè le forze, per essere intellegibili, bisogna si facciano norma, e i rapporti di fatto bisogna si prospettino in rapporti di diritto».

[84] M. Ascoli, *La Giustizia*, cit., p. 169.

reat mundus, mentre, dall'altro *fiat mundus, pereat justitia*, segna i limiti costitutivi dell'esperienza giuridica, la cui particolarità è di iscriversi in una tensione essenziale tra le possibilità dell'annichilimento del mondo a causa dell'ideale, e, all'altro polo, della totale affermazione, anch'essa tautologica, dell'elemento immanente su quello trascendente. Ma il momento empirico e quello prassico possono entrare in commistione ad un'unica condizione: che la trascendenza sia situata in una "ragionevole distanza" dall'immanenza, così come la stessa caratterizzi il rapporto tra lo Stato e il cittadino. In questo senso, il filosofo ferrarese non smette mai di essere liberale ed ebreo, al di là di ogni conversione, di ogni presa di posizione politica del momento. Se l'idealismo, come un certo trascendentalismo venato esso stesso di idealismo, pretende di risolvere la questione del valore, giustificando il peccato oltre il Cristianesimo che semplicemente redime il peccatore, se l'idealismo è fedele prosecutore del Cristianesimo nel "mangiare Dio", nel mondanizzare completamente l'elemento trascendente, il sacro nelle sue potenzialità che includono anche l'annichilimento del mondo, allora non c'è spazio per la democrazia. La quale perisce allo stesso modo quando, nei sistemi di capitalismo avanzato, l'uomo "espelle Dio", ossia si libera completamente, o crede di poterlo fare, di quell'orizzonte veritativo che è anche la cifra dell'intellegibilità di ogni esperienza concreta, incluso quella giuridica.

Da quanto detto si deduce una prospettiva attualizzante del pensiero di Ascoli, ma anche una diversa prospettiva interpretativa in cui leggere le sue opere giovanili e la loro connessione con la più matura esperienza statunitense.

Si è infatti avanzata l'ipotesi che testi di Ascoli – si pensi a quello su Sorel[85] - inneggino alla potenza del mito politico, della sua valenza nel suggestionare le masse, aprendo così la strada a quell'elitismo di cui è impregnata la sua esperienza di esule. Ma è ancor più vero che quest'elitismo trova le sue più profonde radici in quella necessità, di matrice religiosa e, in particolare, ebraica, di preservare la sfera della trascendenza, maturata da Ascoli nell'ambito della sua riflessione giusfilosofica. È forse un testo come *Le vie dalla Croce*[86] la testimonianza di una conversione al credo cattolico? Basterebbe soffermarsi critica-

[85]M. Ascoli, *Georges Sorel*, con *Avant-Propos* di E. Berth, Paris, 1921.
[86]Id., *Le vie dalla Croce*, Bologna, 1924.

mente su questo passa per intendere come, per Ascoli, tra le vie che si dipartono dalla Croce vi è anche quella che conduce all'ebraismo mondato dal suo stesso "peccato originale", ad un ebraismo inteso cioè come "esperienza integrale". Lo si evince chiaramente dal seguente passo, evinto da un testo di non facile lettura: «Israele s'era svuotato del sangue di Cristo fino a divenir solo fanatica vita dolorante – l'umanità interamente se n'era abbeverata; quel che fu il più grande dolore d'Israele, il far uscire da sé l'Uomo, fu anche salvezza al mondo: ma ora che il Figlio dell'Uomo, infinitamente si riproduce in ogni uomo, anche Israele può essere assurto»[87]. E, ancora: «Se l'uomo cristiano, creatura d'arte, la possibilità d'incarnare ogni forma di vita l'ha nel sangue perché in sé rivive Cristo, l'uomo ebreo l'ha ancora più intimamente nella carne e nell'animo e in tutto se stesso, non come un innesto perfettamente riuscito, ma come un portato della sua stessa natura, poiché per sboccare alla vita deve compiere lo stesso cammino percorso già prima da Cristo»[88].

A partire dal Cristianesimo, tra *le* vie che si dipartono dalla Croce, vi è la riproposizione della funzione etica dell'ebraismo, quale spirito di separazione, di tensione tra immanente e trascendente, poli di una relazione che dev'essere preservata perché l'umano possa in essa iscriversi, e la democrazia sopravvivere ai tanti fantasmi che ne minano l'esistenza, primo tra tutti lo smarrimento di ogni orizzonte valoriale, perdita che caratterizza *e* il totalitarismo nelle sue declinazioni politiche, *e* i regimi di capitalismo avanzato, che, seppur in forme diverse, portano a compimento quel processo di "domesticazione-addomesticamento" dell'ideale, di cui il Cristianesimo è stato primo e forse più autorevole interprete.

[87] *Ivi*, p. 156.
[88] *Ivi*, p. 157.

CAPITOLO TERZO

Antiformalismo, decisionismo, statualismo in Giuseppe Rensi

1. *Moralismo o filosofia critica?*

La critica all'idealismo di Giuseppe Rensi[1], al contrario di quella

[1] Giuseppe Rensi nasce a Villafranca di Verona il 31 maggio 1871. Laureato in Giurisprudenza, esercita la professione di avvocato, impegnandosi in attività collaterali, quali la politica e il giornalismo impegnato. Vicino al socialismo militante, ripara in Svizzera dopo le misure repressive successive ai moti del 1898 a Milano, dove soggiorna per dieci anni. Cultore degli aspetti filosofico-morali sottesi all'agire politico, consegue nel 1911 la libera docenza in filosofia morale presso l'Università di Bologna. Allontanatosi progressivamente dal partito socialista, a causa della sua progressiva bolscevizzazione, guarda con favore all'avvento del partito fascista: già nel 1921, però, si avvede della pericolosità e dell'assenza di senso dello Stato di Mussolini e dei suoi accoliti, fino a diventare uno dei più fieri oppositori del regime. Osteggiato nell'insegnamento universitario perché non conforme ai diktat del neoidealismo, è sospeso dall'insegnamento nel 1927, e viene arrestato tre anni dopo con l'accusa di cospirazione politica. Liberato, viene privato definitivamente dell'insegnamento, confinato a Genova, dove muore il 14 febbraio 1941. Per una ricostruzione d'insieme del suo pensiero, cf. N. Emery, *Lo sguardo di Sisifo. Giuseppe Rensi e la via italiana alla filosofia della crisi. Con una nuova bibliografia rensiana*, Settimo Milanese, 1997. Altri contributi su Rensi: F. Meroi, *Giuseppe Rensi*, Firenze, 2000; P. Serra, *Il Pensiero politico di Giuseppe Rensi. Tra dissoluzione del socialismo e formazione dell'alterità nazionalista (1895-1906)*, Milano, 2000; N. Emery, *Giuseppe Rensi. Eloquenza del nichilismo*, Formello, 2001; G. Pezzino, *Scacco alla ragione. Saggio su Giuseppe Rensi*, Catania, 2003; Castelli, *Un modello di Repubblica. Giuseppe Rensi, la politica e la Svizzera*, Milano, 2004; R. Longo, *Figure dell'antihegelismo in Italia: Martinetti, Rensi, Pareyson*, Acireale, 2004; L. Sano, *Le ragioni del nulla: il pensiero tragico nella filosofia italiana tra Ottocento e Novecento*, Troina, 2005; Id. *Giuseppe Rensi: politica, autorità, storia*, Palermo, 2005; P. Serra, *Giuseppe Rensi. La rivolta contro il reale*, Troina, 2006; A. Montano, *Giuseppe Rensi. Ethica ed etiche*, Napoli, 2006; G.M. Barbuto, *Nichilismo e Stato totalitario*, Napoli, 2007; N. Greco, *Giuseppe Rensi, la filosofia morale*, Palermo, 2007; A. Vigorelli, *La nostra inquietudine: Martinetti, Banfi, Rebora, Cantoni, Paci, De Martino, Rensi, Untersteiner, Dal Pra, Segre, Capitini*, Milano, 2007. Cf., inoltre, *Irrazionalismo e impoliticità in Giuseppe Rensi*, a cura di Francesco Mancuso e Aniello Montano, Soveria Mannelli, 2009.

di Ascoli, non rimane relegata alla dimensione giusfilosofica, investendo sfere del tutto eccentriche, riguardanti, più in generale, la vita politica, morale e sociale. Per Rensi, così come per autori tacciati di "irrazionalismo" come Schopenhauer e Nietzsche, esiste però il rischio, che il loro pensiero venga svuotato della specifica tensione filosofica che li anima, e che la loro lettura si strutturi secondo un'interpretazione in cui, quasi un-animamente, l'opera venga ascritta alla sfera dei 'moralisti'. Rischia la medesima sorte, un pensatore, immeritatamente considerato 'minore', come Rensi, per il quale vi è il rischio che dei suoi scritti di carattere "moralistico" si misconosca il tenore filosofico che ne sostiene, complessivamente, la riflessione: potrebbero essere questo il caso dei suoi scritti in tema di lavoro e di relazioni amorose, che pure sono presenti a più riprese in tutto l'arco della sua produzione.

Confrontarsi su questioni apparentemente legate alla politica ed alla storia sociale del proprio tempo significa qui circoscrivere una questione di natura, seppur indirettamente, filosofica; le riflessioni 'morali' di Giuseppe Rensi in tema di amore e di lavoro trapassano dall'inizio alla fine la sua opera: dallo scritto giovanile, quasi d'esordio, dal titolo *Le basi economiche dell'amore*, del 1896, per giungere sino a *Critica dell'amore e del lavoro*, datato 1935[2], ciò che è in questione in questi scritti è un'interpretazione filosofica dei fenomeni oggetto di una riflessione nell'ambito della quale, macroscopicamente, è evidente un incedere veementemente strutturato in senso critico *e* nei confronti del positivismo (scientifico e filosofico) *e* in quelli dell'idealismo. Cosa sono, infatti, amore e lavoro se non i modi secondo i quali la dialettica struttura il rapporto soggetto-oggetto, evidenziando l'esistenza di una co-originarietà dei termini del rapporto, che si relazionano ed al tempo stesso si possono pensare relazionati

[2] Cf., G. Rensi, *Le basi economiche dell'amore*, in «Critica Sociale», anno VI, Milano 1896, pp. 344-348. Nella sua attività di studioso, Rensi ritornerà di frequente su questi temi dopo il 1896: cf. *L'adulterio e il matrimonio*, in «Critica Sociale, anno VIII, n. 4, pp. 59-62; *L'amore*, in «Rivista di Psicologia», anno I, 1905, pp. 375-379; *Istinto, morale e religione*, in «Rivista di psicologia», anno XIII, 1917, pp. 44-63; *L'amore e il lavoro nella concezione scettica*, Milano, 1922; *Il Lavoro- Lavoro e gioco 2,* «Rivista d'Italia», anno XXV, n.1, 1922, pp. 241-260; *Il Lavoro- Lavoro e contemplazione*, in «Rivista d'Italia», anno XXV, 2, 1922, pp. 3-19; *Il Lavoro- Lavoro e schiavitù*, in «Rivista d'Italia», anno XV, n.2, 1922, pp. 241-263; *L'amore e il lavoro nella concezione scettica*, Catania, 1933; *Critica dell'amore e del lavoro*, Catania, 1935.

solo sulla base di questo presupposto, che li rende reciprocamente compenetrantesi, e perciò, 'attivi' l'uno nei confronti dell'altro? L'hegelismo, così come, almeno in una certa misura, lo stesso marxismo, sono integralmente debitori di una così strutturata concezione. In *Le basi economiche dell'amore*, Rensi, sulla scia di Labriola riconosce, con positivistica certezza, che, mentre le azioni politiche reagiscono in modo complesso sugli elementi funzionali che le rendono possibili (si fa riferimento al rapporto tra politica e diritto, tra diritto e morale e tra quest'ultimo e le stesse "basi nutritive della società" secondo uno schema mediato dal positivismo e dal materialismo storico), tale complessa mediazione viene meno nella determinazione psicologica della vita dei singoli e dei gruppi. Nell'ambito di quest'ultima, al contrario: «L'influsso adunque della struttura economica si disvela più limpidamente nel nascere e nell'evolversi dei sentimenti; specie quando si tratti di un sentimento primitivo, che ha avuto campo di subire lungamente e variamente quell'influsso economico, e di elaborarsi sotto l'azione di questo, fino a produrre una propria complessa ideologia. Tipico è appunto, sotto questo rispetto, l'amore»[3].

Nel 1896, l'obiettivo polemico di Rensi è quello di ricondurre, contro quella che egli stesso definisce la "morale borghese", la vita sentimentale alla sua più profonda ragione economica: se nelle tendenze formalistiche della scienza morale borghese l'amore è un archetipo sostenuto con la forza astratta della pura ragione, all'interno di un processo di sviluppo che coinvolge lo spirito e non la materia, la critica sociale militante riporterà queste determinazioni ai rapporti economici da cui, necessariamente, si badi bene, ha avuto origine. Rensi segue il Labriola della *Dilucidazione preliminare*, per attualizzare la posizione dello stesso Marx, che sostiene come non siano: «[…] le forme della coscienza che determinano l'essere sociale, ma il modo d'essere a determinare la coscienza». Se è da materialistica dialettico[4],

[3] Id., *Le basi economiche dell'amore*, cit., La citazione è tolta dall'*Estratto* dalla *Critica sociale*, anno VI, Torino, 1896, n. 22, p. 5.

[4] Per quanto sia notevolissima da un punto di vista empirico la messa in rapporto della monogamia con la dimensione anch'essa unicizzante ed individualizzante della proprietà privata, che preconizza una determinazione del femminile come "oggetto" da un lato ed un diritto come "godimento" dall'altro, questo nesso è colto sociologicamente, come se il soggetto non perturbasse in alcun modo il fatto osservato, come se il punto di vista di classe ne garantisse, integralmente, l'oggettività. Così (*ivi*, p. 9): «Ma le istituzioni giuridiche, che i rapporti economici basati sulla proprietà privata

pregno di un positivismo 'ingenuo', che Rensi sostiene l'identità di fondo delle rivendicazioni all''amore' ed al 'pane', con preciso riferimento all'Engels de *l'Origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, rivendicazioni ricondotte al comune denominatore di forme del nutrimento, rivendicando, con spirito socialisticheggiante, la necessità di una risoluzione empirica di tali 'necessità', nel 1933, trentasette anni dopo, Rensi ritorna sugli stessi problemi in un modo assai più complesso, che non è fuori luogo definire critico. Se nella prima stesura le sovrastrutture sono deducibili dalla base economico-sociale perché della stessa sostanza, senza alcun ostacolo del soggetto, essendo pensiero e realtà stessi pensabili come affini e in quanto tali compenetrantesi, nel 1933 Rensi ritornerà alle stesse problematiche, tematizzando, sul versante dell'amore, la strutturale differenza tra la sessualità maschile e quella femminile, e, su quello del lavoro, l'altrettanto radicale impossibilità che la costituzione dei lavoratori in classe redima la schiavitù quale cifra della condizione umana, mediante pratiche di emancipazione. Negando l'esistenza teorica del rapporto sessuale, si nega, in modo del tutto conseguente, anche la consustanzialità di soggetto e oggetto, è quindi, la stessa comprensione oggettiva della realtà, la sua possibile penetrazione ideale: realismo e scetticismo minano l'edificio positivistico cui il primo Rensi aveva affidato la propria energia di critico militante.

Né si tratta di un generico cambiamento di prospettiva: tra il Rensi del 1896 e quello del 1933, vi è tutta la distanza segnata dalla differenza tra l'adesione ad un realismo 'ingenuo' e quella resa possibile da

estrinsecano nel loro seno, hanno bisogno di una serie di istituzioni connettive che riescano a trarre in inganno, circa l'origine e la funzione di quelle, coloro che la subiscono. Una delle più importanti di queste istituzioni connettive è appunto la morale. Era naturale quindi che sopra l'istituzione giuridica della monogamia indissolubile si formasse una ideologia dell'amore destinata a far apparire quella istituzione come una nobile conseguenza di un'etica progredita, e che nello stesso tempo giovasse a rafforzare la venerazione nell'opinione pubblica. Così i rapporti economici tra i padroni dell'epoca romana produssero il loro riflesso economico nel diritto romano; così i fenomeni di redistribuzione dell'epoca nostra ebbero il loro necessario prodotto ideale nella dottrina economica inglese. E così la monogamia, frutto dello stabilirsi della proprietà individuale, ebbe la propria sopracostituzione individuale; e la morale che ne sorse fu quella che naturalmente doveva scaturire da un istituto sanzionante un legame eterno tra i coniugi; quella cioè della durata eterna del sentimento d'amore in rapporto colla sua elevatezza, nobiltà e perfezione».

un approccio segnato dal criticismo; nell'evoluzione delineata è la figura di Arthur Schopenhauer a rivelarsi decisiva: è sulla base della torsione che l'influenza del filosofo tedesco ha impresso al suo oggettivismo 'precritico' che si nega, nel caso dell'amore, ogni simmetria strutturale, che sarebbe co-originaria agli amanti ed ai rispettivi sessi, e, in quello del lavoro, la teleologia ottimistica e progressiva propria della dialettica, preconizzando un esito scettico dal punto di vista della conoscenza, tragico nella misura in cui tra i due poli permane la non-conciliazione. Sulla scorta della lezione de *Il mondo come volontà e rappresentazione*[5], si dà qualcosa dell'oggetto – la sua stessa inseità, il suo essere in rapporto alla *Cosa stessa* –, che resiste alla presa del soggetto; in termini di socialità, *mutatis mutandis*, vi è qualcosa nell'ordine della mera pulsione, e quindi della violenza, del dis-ordine, dell'in-ordinabile, che resiste ad ogni "messa in forma", ritornando sulla scena della rappresentazione nella modalità della ripetizione e non dello sviluppo progressivo, proprio sulla base di siffatta impossibilità d'esser messa in discorso[6].

Il femminile, còlto oltre la sfera di ciò che è, politicamente e socialmente, rappresentabile, così come il lavoro – pensato nel suo aspetto materiale, non in grado di costituire il lavoratore stesso come libero, riproponendone la connotazione di schiavo, ed in ogni caso "asservito al bisogno" (*ad-servire*) –, non possono esser ricondotti nell'ambito di una riflessione, 'semplicemente', moralistica, quanto in quello di una riaffermazione filosofica, pessimistica se non tragica, dell'impossibilità, nel pensiero, di quell'"*happy end*", di quel lieto fine

[5] Ai fini della presente trattazione, si tenga presente, soprattutto, l'*Appendice* dal titolo *Critica della filosofia kantiana*, in A. Schopenhauer, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, trad. it., *Il mondo come volontà e rappresentazione*, Milano, 1989, pp. 579-732.

[6] Scrive il filosofo tedesco nel Capitolo dal titolo *Della conoscibilità della cosa in sé* (*ivi*, p. 980): «Che cos'è la conoscenza? Essa è, in primo luogo ed essenzialmente, rappresentazione. – Che cos'è la rappresentazione? – Un processo fisiologico complicatissimo, che ha luogo nel cervello dell'animale e il cui risultato è la coscienza di un'immagine in quello stesso cervello. È evidente che il rapporto tra una simile immagine e qualcosa di completamente diverso dall'animale, nel cervello del quale quell'immagine si forma, può essere solo un rapporto molto indiretto. Questo è forse il modo più semplice e più comprensibile per rivelare il profondo abisso che separa l'ideale dal reale. Tale abisso fa parte infatti di quelle cose, come ad esempio il movimento della terra, delle quali non ci si rende immediatamente conto: per questo gli antichi non hanno notato né l'uno né l'altro. Viceversa, dal momento in cui Cartesio ne ha per la prima volta dimostrata l'esistenza, esso non ha dato più pace ai filosofi».

all'ombra sintetizzante dell'Uno, proprio, secondo Aristotele, della commedia, esito così frequente delle filosofie idealistiche. La filosofia come commedia, caratterizzata dal "lieto fine" è possibile solo nella misura i termini della contesa siano pensati co-originari, affini, compatibili, in definitiva, consustanziali. Tale ipotesi di coappartenenza è la stessa che supporta il sapere nella sua pretesa di cogliere esaustivamente il modo, riducendolo alla posizione di semplice oggetto di conoscenza, dato sin dall'inizio nella sua originaria quanto immota inerzia. L'impossibilità di ogni lieto fine, al contrario, è legata alla messa in rilievo dell'esistenza di una 'dualità' che non fa-Uno, che si rifiuta all'in-dividuazione, nonché a quella di una tensione vitale, che non si emenda nel suo dispiegarsi, in quanto legata a rapporti di potere che si rifiutano ad ogni sublimazione.

Nella stessa linea associativa, è ancora con sensibilità straordinariamente attuale che Giuseppe Rensi affronta il tema della ripetizione[7], opposta alla solo illusoria trasformazione teleologico-valoriale dei nessi materiali e formali, tematizzata dai filosofi idealisti: è sulla base di siffatte posizioni, che l'amore ed il lavoro sono al centro dell'attenzione del filosofo di Villafranca, ricadute in campo morale di un tale argomentare[8]. Preziosissime le riflessioni contenute nel paragrafo dal titolo *Lo squilibrio della bilancia amorosa nei due sessi*[9], a sua volta preceduto da quelle contenute in *L'antifeminino del femminismo*[10]: vi si evidenzia come la logica dell'emancipazione, dell'uguaglianza universale, quella, per intendersi, sottesa al soggetto universale dei cosiddetti diritti umani, non sia in grado di tenere in sé, di

[7] Si veda la sezione dal titolo *La storia è ripetizione*, in G. Rensi, *La filosofia dell'assurdo*, Milano, 1991, pp. 203-218.

[8] Così (G. Rensi, *Le Ragioni dell'Irrazionalismo*, Napoli, 1933, p. 58): «Massimo degli idoli teatri e fori dell'epoca moderna è quello del progresso. Non si concepisce nemmeno più che una mente, la quale non sia interamente stravolta, possa rifiutarsi di ammettere che il mondo umano è andato (sia pure con qualche parziale ritorno) continuamente progredendo (inteso questo progredire sia nel senso di "ascendere" "migliorare", sia *almeno* nel senso di "camminare" "muoversi") dai suoi primordi ad oggi, e che così proseguirà nel futuro».

[9] Id., *L'amore e il lavoro nella concezione scettica*, cit., pp. 39-44.

[10] *Ivi*, pp. 35-37. Di notevole interesse anche le sezioni titolate *Lo squilibrio della bilancia amorosa nei due sessi*, *La filosofia della prostituzione*, *La mancanza temporale di coincidenza sensuale.*

con-tenere l'irriducibile diversità rappresentata dal femminile[11]. Al pari del maschile, d'altra parte, il femminile presiederebbe, in senso assai generale, alla sessuazione dei singoli, in quanto questione di genere, senza identificarsi con le singole donne in quanto tali, che possono anche, nell'ambito di determinate dinamiche sociali anche 'defemminilizzarsi'. In particolare, la donna, nell'accedere alla sfera della rappresentazione, della soggettività politica, dovrà costituirsi, necessariamente, nelle modalità proprie di una soggettività maschile, sottoposta, quindi, alla logica dell'Uno[12].

Un tale differire, quasi strutturale, abita anche la questione del lavoro: lavoro intellettuale e lavoro materiale, e ciò nella misura in cui gioco e lavoro non possono essere identificati, e le differenze intercorrenti tra loro non devono essere abolite, né potrebbero esserlo, data la dissimmetria di intelletto e materia. Sono così rilevanti le riflessioni legate all'idea di un 'dis-valore' spirituale del lavoro, ed a quella dell'impossibilità che le fatiche intellettuali abbiano un loro corrispettivo economico, proprie di una rivalutazione della dimensione dell'*otium* contro quella del *negotium*: è costante la riproposizione della sostanziale asimmetria – tale da rendere impossibile l'assimilabilità dei termini che si costituiscono nel rapporto soggetto-oggetto – dei poli della relazione.

È la posizione in tema di divorzio a fornire lo spunto per introdurre il tema oggetto dell'interesse del presente saggio, inerente alla dimensione giusfilosofica della sua riflessione. Per Rensi, ogni determinazione in tema di scioglimento anticipato del matrimonio deve permanere in una dimensione di limitatezza, senza che la si possa elevare al rango di verità generale, oggetto della volizione. Ogni posizione sull'argomento, tanto quella dei cattolici, quanto quella dei laici

[11] Rensi condivide con Simmel, insieme alle questioni della diagnosi della civiltà moderna e della guerra, il punto di vista del filosofo tedesco in tema di differenza sessuale: l'uomo per giungere al centro delle "cose", avrebbe bisogno della catena del ragionamento logico. La donna, al contrario poserebbe nella centralità dell'essere, e non avrebbe bisogno del ragionamento per giungervi. Così (G. Simmel, *Das relative und das Absolute im Geschlechter-Problem* in *Philosophischer Kultur*, Leipzig, 1919, p. 80): «*Dieses weibliche Sein wurzelt mittelbar in dem Fundamentalem überhaupt, die Frau empfindet das Erste und Unbeweisbare in jedem Thema Proband um, für das sie sozusagen den Umweg des Beweises nicht braucht und nicht brauche kann*».

[12] Cf. *Il significato delle contraddizioni*, in G. Rensi, *La filosofia dell'assurdo*, Milano, 1991, pp. 59-105.

schierati a favore del divorzio, colta al di fuori di tale limitatezza, e quindi una volta elevata al rango di verità, si rivelerebbe contraddittoria. Così, nell'ambito del matrimonio, una volta che l'impeto dei sensi e dell'amore come fatto della concupiscenza finisce di produrre i suoi effetti, a causa della 'mascolinizzazione' della donna, prodotto della sua stessa emancipazione, il matrimonio diviene fatto 'routinario', 'normalizzato': è proprio attraverso tale normalizzazione che è fenomeno socio-culturale, che il matrimonio si qualifica normativamente, divenendo oggetto di regolazione normativa. In senso radicalmente antiformalista, Rensi pone in connessione la dimensione dell'essere sociale del fenomeno, e la sua traduzione normativa. Il tenore del suo ragionamento è il seguente: è a causa della mascolinizzazione della donna, della sua iscrizione nel registro universale e maschile dei diritti dell'Uomo che il matrimonio è ridotto a routine, dalla prevalenza culturale di tale aspetto deriva la sua qualificazione normativa, la sua iscrizione al dominio di una particolare fonte, la consuetudine.

Così, per Rensi: «Questo è il fatto che (sia detto di passaggio), stabilisce la mancanza di senso della campagna pro e contro il divorzio. Il quale non merita *ni cet excès d'honneur ni cette indignité*, perché, mentre si opina che esso sia una forma gravida di effetti sostanziali (buoni secondo gli uni, cattivi secondo gli altri), in realtà, esso lascia le cose esattamente com'erano senza di esso»[13]. Emerge, qui il legame tra antiformalismo, realismo e scetticismo, dove il primo è condizione degli altri, tutti e tre, però, riflesso dell'interdizione radicale del soggetto nella conoscenza della *Cosa in sé*. Da un lato vi è lo scetticismo di Rensi – nessuna posizione soggettiva può elevarsi ad universalità senza strutturarsi come autocontraddittoria –, dall'altro vi è una qualificazione normativa del suo realismo, per il quale, se le cose "restano così com'erano", anche dopo un intervento legislativo, è perché il fulcro della vita sociale non giace nella sfera politico-statuale, nel diritto legislativo, quanto, al contrario, in quella sfera di rapporti sociali, in una normatività diffusa, di natura, solo però fino ad un certo punto, giusprivatistica. Si crea un'importante sinergia concettuale tra scetticismo e consuetudine da un lato, e verità e legge dall'altro.

Al tempo stesso, così come la femminilità nell'esempio precedente è "fuori-scena", al di là della rappresentazione, qui il fulcro della vita

[13] G. Rensi, *L'amore e il lavoro nella concezione scettica*, cit., pp. 78-79.

sociale è al di là della statualità, in un altrove, fino ad un certo punto 'definibile'. Non è un caso che questa riflessione in tema di divorzio abbia luogo in una sezione che intitola *Per la delegificazione del diritto privato*, nella quale gli autori cui Rensi si riferisce sono, si badi bene, Eugen Ehrlich[14] e François Gény. Il punto di vista di Giuseppe Rensi è, tra l'altro assai efficacemente, espresso nei seguenti termini: «Guardatevi attorno, pensate alle famiglie che conoscete, e dite quante si smembrerebbero se domani ogni legge sul matrimonio fosse soppressa: quanti mariti o mogli siano lì ad aspettare una tale soppressione di disposizioni legali per passare a convivere con un'altra persona. Quasiché, quando *lo vogliano*, non lo facciano nonostante la legge, quasiché quindi fosse questa che tiene le famiglie unite!»[15]. L'analisi della problematica in questione non manca del requisito della chiarezza: «C'è qui il comune errore (così bene messo in luce e combattuto da uno dei più intelligenti giuristi moderni, E. Ehrlich), di credere che diritto non sia che quello che trapassa nella legge; mentre una piccolissima parte del diritto veramente vivente viene, per così dire, alla superficie in quella; e, invece, la massima parte esiste, dura, è rigorosamente osservata, senza nessuna sanzione di legge, nel vario intrecciarsi dei rapporti minuti e concreti che formano la vita reale»[16].

Rensi fa riferimento, in modo peraltro assai esplicito, a François Gény, qualificandolo come l'esponente di punta del movimento del "diritto libero" (nella sua declinazione tedesca *Freirechtsbewegung*). Lo fa per supportare la sua tesi fondamentale, quella della preminenza di una normatività ante-statuale (sebbene non anti-statuale), rispetto

[14] Eugen Ehrlich (1862-1922) professore universitario a Czernowitz, può essere considerato come uno dei fondatori della sociologia del diritto. Sostenitore della tesi, avallata ripetutamente dal Rensi, secondo la quale la maggior parte dei rapporti giuridici hanno luogo nella società, in virtù della quale il diritto sarebbe ordinamento di rapporti sociali, e quindi, tipicamente, del matrimonio, della famiglia, delle associazioni e delle corporazioni. Le norme di 'organizzazione' costituirebbero secondo Ehrlich, il perno di una normatività sociale diffusa, laddove quelle di 'decisione' avrebbero il compito di formalizzare in senso più compiuto la struttura del gruppo. Tra le sue opere, ricordiamo: *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft,* Leipzig, 1903, *Juristische Logik*, Tübingen, 1925, nonché la celeberrima *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), trad. it., *I fondamenti della sociologia del diritto*, a cura di A. Febbraio, Milano, 1976.

[15] G. Rensi, *L'amore e il lavoro nella concezione scettica*, cit., pp. 80-81.

[16] *Ivi*, p. 81.

alla quale la sfera politica dovrebbe arretrare. Egli sostiene come: «E in realtà, non si potrebbe, adunque, cancellare dai codici ogni disposizione circa il matrimonio, e lasciare che le parti provvedano da sé mediante stipulazioni contrattuali, da farsi valere, al bisogno, davanti ai giudici? Nascerebbero allora (come oggi avviene circa i contratti di locazione di cose o di opere, particolarmente, questi ultimi, se collettivi, o mediante i lodi, gli arbitrati, i concordati, che chiudono un conflitto economico tra sindacati industriali e sindacati operai, e per mezzo dei quali si formula e si elabora un diritto che è perfettamente tale e i cui principî restano acquisiti ed in vigore, senza che esso abbia espressione nella legge) delle disposizioni consuetudinarie che verrebbero quasi sempre ripetute e che formerebbero un vero diritto matrimoniale e consuetudinario, manifestazione della coscienza giuridica del popolo al riguardo. Il quale diritto, inoltre, concederebbe la maggiore flessibilità per il caso particolare. Sarebbe un'interessante forma di quel "diritto libero" che si viene oggi da taluno invocando»[17]. La posizione di François Gény è riassumibile, peraltro assai sinteticamente, se non semplicisticamente, nella tensione ad un superamento dei quadri positivistici d'interpretazione e di produzione del diritto, nella direzione di una rivalutazione, non di taglio ermeneutico né tanto meno storicistico, della dimensione interpretativa ed applicativa, legata alla teorizzazione di quella che lui stesso definì "libera ricerca del diritto", orientata alla rivalutazione di momenti extra-legislativi, oggettivisticamente intesi e così sottratti a certa tendenza anarcoide, pure presente in quegli anni in area tedesca, nella *Freirechtsbewegung,* corrente di pensiero con cui anche Bartolomei e Ascoli si sono misurati. Rensi non solo riconosce la portata ed il valore dell'opera del giurista di Nancy, con particolare riferimento al fondamentale *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif*, quanto, assai incisivamente, ne supera gli assunti sostanziali, criticandone l'eccessiva prudenza, in nome della quale avrebbe circoscritto ai soli rapporti di diritto privato tale modalità *coutoumier* di pensare il diritto. Coraggiosamente, negli stessi anni in cui un altro filosofo del diritto francese percorreva sul punto in questione la stessa linea, Georges Gurvitch[18],

[17] G. Rensi, *L'amore e il lavoro nella concezione scettica*, cit., pp. 81-82.

[18] G. Gurvitch nasce in Russia nel 1894 a Noworossisk, ma emigra in Francia dopo il 1920, quando è già professore presso l'Università di Pietrogrado-Leningrado, cosciente dell'esito autocratico della rivoluzione leninista. Fa conoscere per primo in

Rensi propone un allargamento di siffatto dispositivo ad aree di "diritto sociale", e lo fa sottolineando un limite nella pur fondamentale opera di François Gény. Così: «Questo è certo sfuggito al Gény, quando nell'opera citata dice che il formarsi del diritto consuetudinario richiede collettività ristrette, come quelle degli antichi tempi. Invece appunto, mediante le grandi collettività nazionali e il costituirsi in esse di vaste federazioni industriali, operaie, agrarie, commerciali, associazioni che abbracciano tutti gli interessati su tutto il territorio dello Stato, si produce, come vediamo sotto i nostri occhi, un potente slancio alla formazione d'un diritto non contenuto e non formulato nella legge, cioè d'un diritto consuetudinario»[19]. Così, nella prospettiva qui proposta, il diritto ante-statuale deve connotarsi come un diritto di integrazione, diritto sociale, in grado di superare la dimensione, strettamente individualistica, propria dei rapporti consuetudinari di diritto privato cui fa riferimento Gény[20]. Della vicinanza di Rensi a pensatori quali Eugen Ehrlich e François Gény è necessario render ragione, perché è solo sulla base del particolarissimo realismo del filosofo, solo sullo sfondo dell'asserzione di una marcata pre-minenza ed extra-mentalità dell'oggetto che è possibile inquadrare il suo appello al gius-liberismo. In altri termini, la considerazione della necessaria pre-supposizione della realtà al soggetto, trova in campo giusfilosofico il suo corrispettivo nella vicinanza a pensatori che guardano anch'essi al fenomeno normativo in senso realistico-oggettivistico.

La considerazione per la quale il realismo, filosofico e giuridico, sarebbe il *pendant* teorico di uno stile di pensiero totalmente evacuante la dimensione della soggettività e della stessa riflessione 'moderna', centrata su tale soggetto, è poco avvertita epistemologicamente: negli autori dell'oggettivismo giuridico francese (Gény, Saleilles, Cruet,

terra transalpina le teorie fenoomenologiche ed è teorico del diritto sociale, nonché sostenitore di un pluralismo di carattere istituzionalistico, teso alla relativizzazione del ruolo dello Stato nei processi di produzione e di cognizione del diritto. La sua produzione più matura è tutta di marca sociologica. Autore molto prolifico: tra le sue opere, ci limitiamo a citarne due: *L'idée de droit social,* cit., nonché *Sociology of Law* (1942), trad. it., *Sociologia del diritto*, Milano, 1967.

[19] G. Rensi, *L'amore e il lavoro nella concezione scettica*, cit., p. 81, nota n. 2.

[20] Sul recupero della dimensione consuetudinaria del diritto nel giurista francese, si faccia riferimento, in prima istanza, alla sezione ad esso dedicata nella prima delle sue due grandi opere. Cf. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., pp. 317-432.

Morin, Duguit, Gurvitch), è esattamente il contrario, come d'altronde per il Rensi. Il nostro si spinge, tuttavia, oltre, e lo fa nella messa in crisi teorica della relativizzazione del fondamento, sociologico e trascendentalistico, attraverso il quale definire il diritto come fenomeno. Pensare materialisticamente significa qui, in ambito gnoseologico come in quello giusfilosofico, pensare la costituzione di un soggetto, còlto, in senso critico, nell'ambito di una pre-minenza, non ontologizzante, dell'oggetto. Quali le conseguenze sul piano normativo di un atteggiamento conoscitivo così strutturato? Le implicazioni che a tale atteggiamento comportano un'evacuazione, sul piano della dimensione normativa, dell'autofondatività tanto del soggetto, quanto dell'ordinamento, in una limitazione, in altri termini, e dell'autonomia del singolo e, non però nel senso la mette in opera il liberalismo, del monopolio delle fonti del diritto, proprio della sfera politico-statuale, che si costituisce a partire dalla legittimazione di una solo presunta "razionalità del legislatore"[21]. Essa è pensata, in realtà, sulla dimensione antinomica, volitiva, non razionalizzabile e dettata, in ultima istanza, dall'arbitrio del fenomeno normativo. Innanzitutto, per Rensi, la costituzione del soggetto autonomo e quella del suo garante politico, lo Stato, sono entrambe da mettere tra parentesi. La rivalutazione dell'elemento materiale e coattivo del diritto deriva proprio dalla considerazione, comune ad autori come Jhering[22], dell'eterodeterminazione della soggettività individuale. La determinazione del fenomeno del diritto a partire dalla sua costituzione materiale ha però una sua

[21] Riflessioni di notevolissimo interesse sull'argomento nel capitolo dal titolo *Rationalité et souverainite du legislateur "paradigmes" de la dogmatique juridique?*, in F. Ost, M. van de Kerchove, *Jalons pour une teorie critique du droit*, Bruxelles, 1987, p. 97 e ss.

[22] Cf., sul punto, *L'egoismo al servizio di scopi estranei*, in R. von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 42 e ss. D'altra parte (F. Riccobono, *Norma*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da S. Cassese, Torino 2006, p. 3797): «Jhering, definendo la norma come "un imperativo astratto rivolto all'agire umano", aveva sottolineato come "l'imperativo, presupponente sempre due volontà, avesse senso solo se "pronunciato da chi ha la forza di imporre ad una volontà questa altrui limitazione". La norma giuridica si chiarisce, pertanto, come un imperativo proveniente dal potere statale, distinguibile dagli altri tipi di imperativi astratti (morale e costume) per l'elemento della coercizione esterna, che lo stesso stato collega all'imperativo giuridico e, soprattutto, amministra. il carattere di norma giuridica, anzi, più che dal fatto che il potere statale emani da una norma, deriva "dal fatto che il potere statale obbliga i suoi organi a farla rispettare ricorrendo alla coazione interna».

precisa determinazione concettuale. Innanzitutto è messa in crisi della centralità dello Stato quale garante politico dell'autonomia individuale. La scienza giuridica ha profuso notevolissimi sforzi per definire, in senso normativo, la pre-minenza della legge nell'ambito della gerarchia delle fonti e la correlativa pre-potenza dello Stato, quale *pivot* dell'intera produzione del diritto: da un punto di vista di una critica di stampo realistico, si è trattato di tentativi teorici tesi ad un rivestimento ideologico di un primato garantito, prima di tutto, su un piano strettamente storico, e, in quanto tale, afferente ad una dimensione, in definitiva, fattuale. Còlta nella sua radicalità, a tale preminenza non può esser ascritta nessuna pretesa di scientificità: lo Stato, considerato quale ulteriore prodotto dell'incarnazione dell'onnipotenza della sovranità divina, rivendica la sua superiorità sulla sfera economico-sociale sulla base di una solo postulata coessenzialità con quest'ultima. In definitiva, teologia ed idealismo speculativo condividono il presupposto sulla base del quale l'oggetto, e quindi la realtà, il mondo, pensato quale *effetto di produzione* non preesista, ma segue l'idea; così, l'oggetto stesso è un prodotto dell'idea, come il mondo e la storia sono il prodotto della volizione di Dio, e ciò ne garantisce razionalità ed inquadramento gerarchico. Come la donna, nel racconto biblico, è il prodotto di una partizione tutta interna al maschile (quale "costola di Adamo"), e quindi anch'essa considerata intrinsecamente razionale, e perciò, al pari del peccato, giustificata (*jus-facere*) razionale, allo stesso modo, è presupposto il mondo dell'economia e della sfera sociale, pensato esistente solo a partire dallo Stato, che ne sarebbe condizione di possibilità.

In una serie di casi, simmetrici, la pretesa ed aprioristicamente asserita con-sustanzialità dei termini del rapporto, è motivo che fonda e la razionalità dell'ente oggetto di riflessione e una ben determinata gerarchia di rapporti. Si vedrà poi quanto, per Rensi, vi sia di ideologico, di tranquillizzante, se non di anestetico per le coscienze, di 'reattivo', in tale dispositivo di pensiero.

Affermare, realisticamente, la preminenza, seppur considerata al vaglio di una concezione 'critica', dell'oggetto sul soggetto, si traduce, dal punto di vista normativo, nell'affermazione della preminenza generalizzata del costume (inteso come moralità diffusa e dunque quale *Sittlichkeit*) sulla legge. Tale asserzione, però, non ha i caratteri, regressivi, di quell'organicismo sotteso, in sostanza, alla filosofia storicistica.

Ciò che si afferma non è tanto una semplice sostituzione tra le fonti – sostituzione che tra l'altro non è totale perché in Rensi permane un indistruttibile nocciolo di statalismo –, un'inversione "meramente" empirica del sistema normativo, chiamato a fondarsi "dal basso" e non più dall''alto'. Vi è qui sì la rivendicazione di una prospettiva immanente, ma tale prospettiva va costantemente coniugata con la definizione di un soggetto in grado di produrre la norma sulla base di un processo di constatazione di esistenza, che non è mera recezione passiva di una situazione sociale, da pensare come esterna e, in senso logico, prima, di fronte al soggetto che la constata. Ehrlich e Duguit, prima ancora di Gény sono stati, su basi diverse, i teorici di un orientamento realistico ma non schiacciato su un positivismo ingenuo.

Inoltre, siffatta delocalizzazione della centralità tanto del soggetto quanto dell'ordinamento si costituisce in una sfera, nella quale si riaffermano i diritti della trascendenza, del diritto naturale, dell'etica, opposti all'ideologia utilitaristica e formalistica. Il diritto naturale è qui un'emanazione dello spirito divino, inteso in senso latissimo.

Contro l'utilitarismo, esito solo fino ad un certo punto implicito del pensiero crociano, il "materialismo critico" di Giuseppe Rensi, pure elaborato in sede filosofica come esito coerente dell'idealismo[23], conduce il pensatore a posizioni che, in tema di diritto, sono assai vicine a quelle di quei teorici che, tra fine '800 e inizio '900, indagano la dimensione normativa, realisticamente, come fatto non solo politico, ma anche sociale, in un rapporto di relazione con la forza. Tale rapporto, in Rensi non esaurisce il fenomeno stesso, ma lo qualifica non

[23] La posizione materialistica del Rensi è efficacemente resa da Aniello Montano in sede strettamente gnoseologica nei seguenti termini: «Che cosa si debba intendere per materialità, secondo Rensi, lo ricaviamo da un piccolo scritto, poco sfruttato e che andrebbe ripreso e approfondito. Nel saggio *Il materialismo critico*, pubblicato a Milano nel 1927, Rensi polemizza contro l'idealismo o, meglio, contro il neo-idealismo gentiliano. E lo fa in nome di una 'corretta' (il concetto, se non il termine, è il suo) interpretazione della *Critica* di Kant, cioè di un'interpretazione 'realistica'. Rensi ritiene che in Kant, scartata la possibilità di interpretare il principio essenziale della "assoluta correlatività di soggetto e oggetto", intendendo per soggetto il soggetto individuale ed empirico, resta la convenzione che a servirsi "delle categorie come strumenti o elementi connettivi" sia l''io', inteso come "soggetto puro", "coscienza in generale", come "appercezione trascendentale" […] Queste forme – conclude Rensi – dove possono aver sede "se non negli stessi fenomeni, nelle cose?», A. Montano, *Rensi lettore di Spinoza*, *Introduzione* a G. Rensi, *Spinoza*, Milano, 1993, pp. 23-24. In relazione agli stessi argomenti, cf. A. Montano, *Giuseppe Rensi. Ethica ed etiche*, cit.

nella direzione del potere, quanto della messa in evidenza di un inemendabile contenuto materiale del diritto, che resiste ad ogni tentativo formalizzante, tesa a misconoscerne, ideologicamente, la natura. In area tedesca, gli autori cui il Nostro fa più spesso riferimento, sono Jhering[24] Savigny e Gumplowicz[25], che di siffatto orientamento sono gli alfieri.

La riasserzione rensiana – e questo è d'importanza fondamentale – della necessaria dimensione di 'padroneggiamento', di assoggettamento dell'altro nei rapporti sociali, e quindi anche amorosi, non ha alcunché di autoritario o di regressivo sul piano politico: al contrario, essa delinea un realismo 'salvifico' e non mistificante, perché in grado di decostruire le pretese 'eticizzanti' di certo idealismo, che, lungi dal non 'mancare' il proprio obiettivo speculativo, non farebbe altro che rafforzare quel contenuto di violenza, di bruta forza che intenderebbe emendare, con la pretesa di sublimarlo. L'interversione formalistica nel cielo dei concetti, in realtà, secondo Rensi, sarebbe funzionale al rafforzamento della violenza nel mondo dei rapporti 'reali'. Ciò ha

[24] Giuseppe Rensi fa spesso riferimento al pensiero di R. von Jhering: possiamo sostenere come il suo atteggiarsi nei confronti del giurista tedesco sia in rapporto al mutato sentire riguardo il rapporto tra diritto e forza. Rispetto al problematico ruolo giocato dalla forza nel giurista tedesco, sostiene A. Catania, *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del novecento,* Napoli, 1990, p. 46: «Senza voler forzare il pensiero jheringhiano (va da sé che qui si fa riferimento sempre al "secondo Jhering") saremmo propensi a scorgere nell'autore quasi un precursore, un anticipatore magari inconsapevole di quelle correnti contemporanee che definendo il fenomeno giuridico "una tecnica per il controllo sociale" tendono ad operare una vera e propria demitizzazione del diritto. Naturalmente si allude innanzi tutto e soprattutto a Kelsen. Comunque si deve rilevare immediatamente che mentre in Jhering il rapporto strumentale si svolge mediante la tricotomia forza-diritto-società con l'innesto di un quarto elemento fondamentale, lo Stato, in Kelsen per il tramite della nota identificazione tra Stato e ordinamento giuridico e della qualificazione della forza come forza organizzata, la relazione mezzo-fine si riduce e si semplifica nella coppia diritto-società: il diritto è appunto un *mezzo* per il controllo sociale. Ulteriormente, ed è forse questa la nota distintiva più significativa, si rileva che in Jhering il diritto "contenutisticamente" è condizione della società, in Kelsen è mera tecnica *in hypothesi* capace di indirizzarsi verso ogni contenuto. Questi spunti considerativi andrebbero, comunque, vagliati sia in relazione alla critica kelseniana della teoria dello scopo in Jhering, sia al fatto che Jhering è anche l'autore di *Der Kampf um's Recht*, opera profondamente individualistica».

[25] Esplicativo, in tal senso, il *Libro* dal titolo *Basi ed elementi del concetto sociologico dello Stato,* in L. Gumplowicz, *Die soziologische Staatsidee*, trad. it, *Il concetto sociologico dello Stato*, Torino, 1904, p. 111 e ss.

luogo, nella prima fase della sua opera, nella quale però, è bene ribadirlo, la tensione etica è sempre fortissima ed è a partire dalla trascendenza etica del diritto che se ne investiga la radice empirica.

2. *Momenti della critica alla filosofia del diritto del suo tempo*

È attraverso un percorso tutto interno all'idealismo che Rensi approderà in modo compiuto alla sua teoria del "materialismo critico", considerato dallo stesso Autore un superamento interno alle stesse tematiche hegeliane[26]. Al livello del testo in esame, *Il genio etico*, Rensi ritiene che una definizione idealizzante del fenomeno giuridico non ne precluda la comprensione degli aspetti materiali, effettuali, ideologicamente celati dalle dottrine neo-kantiane e neo-idealiste. La critica rensiana al formalismo, morale e giuridico, si costituisce in due momenti: in prima istanza, egli si rivela polemico avversario di ogni tentativo di considerare il trascendentalismo quale fondamento delle costruzioni idealistiche. Di questo movimento, considerato snaturante l'essenza dello stesso trascendentale, ridotto a momento costitutivo non più della pensabilità, quanto della realtà degli enti oggetto di indagine, si evidenzia la fallacia. La declinazione del trascendentalismo nella direzione prospettata dall'idealismo, implicherebbe, dunque, una teoria del trascendentale quale "trascendentale empirico", fondamento inevitabilmente 'mancato' della realtà effettuale. Siffatta co-

[26] Così (G. De Liguori, *Lo scetticismo giuridico di Giuseppe Rensi*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», LXXII, Roma, 1967, p. 192): «Il suo futuro scetticismo (e forse lo scetticismo in generale) è una diretta conseguenza del pensiero metafisico, dell'illusione profondamente radicata in un Assoluto. Lo scetticismo non si comprende che da dentro di quest'illusione: quando, dopo averla vissuta, lo spirito nel ripresentarsi storico, concreto, perenne, del dualismo finito e infinito, che nessuna forma dialettica potrà mai mediare. E Rensi, infatti, interpretando il pensiero hegeliano a proposito, ha espresso luminosamente la sua posizione quando ha detto che, tra il momento dialettico delle tesi, dell'antitesi e della sintesi, l'accento va posto sull'antitesi. La sintesi è infatti un artificio logico che non coglie la realtà, come si pretenderebbe: la realtà che resta antinomia, niente affatto mediabile (e si ricordi l'appassionata requisitoria di Kirkegaard a riguardo) la realtà irrazionale quindi, dal punto di vista della ragione razionalistica, ma razionale solo se a quella ragione si strappa il diritto di *valorizzare* il mondo. La sua rivolta è quella del prigioniero platonico, incatenato al fondo della sua caverna. Egli si rivolta contro le ombre, ma solo le ombre sono la sua realtà».

struzione, inoltre, totalmente dipendente dal momento empirico, ne 'mancherebbe' la formalizzazione, per rimanere debitrice di una materialità, che, lungi dall'essere trascesa, sarebbe invece rafforzata nei suoi contenuti più deteriori. L'altro punto che definisce le coordinate della critica del Rensi riguarda, come si è visto, la modalità, che è quella dell'*Aufhebung*, attraverso la quale l'idealismo costruisce momenti di unificazione, ancora una volta 'mancati' della complessità del reale e della sua 'tragica' incomponibilità.

Questi due momenti, che qualificano la sua critica all'idealismo, trovano puntuale applicazione nella ricognizione delle declinazioni giuridiche con le quali, in materia di filosofia del diritto, si compiva la reazione al positivismo ed alle tendenze scientiste che avevano dominato la scienza giuridica di fine '800[27]. La posizione di Rensi in sede giusfilosofica può esser scandita, al livello del testo qui analizzato, in quattro punti[28]:

1) si dà fondamento di natura etica, comune a diritto e morale;

2) la morale, a sua volta, non è intesa solo in senso introspezionistico ed interiorizzato, essendo considerata, in senso più generale, afferente alla dimensione dei *mœurs*, del costume socialmente inteso[29];

3) si ricerca un criterio ideale che riesca a render conto della definizione del giuridico, senza ricorso a concetti *a priori*, opponendo l'idea del diritto e la sua dimensione ideale alla sua definizione a partire da elementi *a priori*;

4) lo Stato deve demandare al diritto privato la regolazione della vita civile secondo modalità plurali, ma questo processo di delegifica-

[27] Questa tendenza è ben rappresentata dalle riflessioni di pensatori, quali Giorgio Del Vecchio, Igino Petrone, Benedetto Croce, la critica al quale, per i limiti propri di un lavoro di questo tipo. non potrà esser oggetto di attenzione nel presente elaborato.

[28] Alla filosofia del diritto Rensi dedica un saggio giovanile, dal titolo *Il fondamento filosofico del diritto*, Piacenza, 1912. Sull'argomento, ci limitiamo. inizialmente, a segnalare, oltre ai contributi prima elencati: S. Alloggio, *Il diritto nello scetticismo di Giuseppe Rensi*, in *Le nuove teorie del diritto*, Milano, 1925, A. Poggi, *Il problema generale della giustizia e della giustizia penale nel pensiero di Giuseppe Rensi*, in «La Scuola Positiva», anno XXI, n. 9-10, 1941, pp. 181- 197, P. Rossi, *Giuseppe Rensi e l'idea di giustizia*, in «Criminalia», 1941, n. 3-4, G. Tarozzi, *Giuseppe Rensi*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1942, pp. 421-427, nonché G. De Liguori, *Lo scetticismo giuridico di Giuseppe Rensi*, cit., pp. 181-224.

[29] Sul tema della morale in Rensi, cf., A. Montano, *La morale nel pensiero di Giuseppe Rensi*, in «Rivista di storia della filosofia», 4, 2005, pp. 687-704.

zione ha un limite, costituito dal monopolio statuale di un potere autoritativo dello Stato, che si esplica, in senso decisionistico, su quel nucleo della vita sociale, che si costituisce come corrispettivo dell'inconoscibilità della kantiana Cosa in sé. Su questo inconoscibile, solo un soggetto, dunque, ha potere: lo Stato.

Rensi si misura con pensatori che in quel periodo erano al centro di una ricostruzione del pensiero giusfilosofico: se l'opera di Giorgio Del Vecchio[30] è centrale nella riflessione giusfilosofica italiana di quegli anni, è perché il filosofo è l'alfiere di un movimento antioggettivistico in filosofia del diritto. Il filosofo bolognese realizza questo scopo, ponendo all'esistenza del diritto un'interrogazione preliminare, tesa a delineare le modalità di esplicazione concreta del fenomeno giuridico. *I presupposti filosofici della nozione di diritto* (1905), *Il concetto di diritto* (1906), *Il concetto della natura e il principio del diritto* (1908)[31] sono i capisaldi teorici di un pensiero che considera il diritto come prodotto *sub condicione*, sovraesistenziale e non empirico, dell'attività di un soggetto, teso ad individuare, secondo l'indirizzo della filosofia neo-kantiana, le possibilità di definizione dell'oggetto stesso. Così, il Del Vecchio, nel chiedersi come sia possibile una determinazione obiettiva, (ossia universalmente valevole), di ciò che è il diritto, e, ove possibile, quali ne siano le condizioni metodiche, *come* essa sia possibile[32], fornisce, per Rensi, una risposta avvertita non sul piano del contenuto, quanto su quello della forma, delineando, relativamente al fenomeno giuridico, una tripartizione di ambiti di ricerca di natura metodologica. Nella misura in cui l'oggetto diritto, còlto in quanto tale, è considerato privo di ogni consistenza, in nessun modo preesistente di fronte al soggetto epistemico, logica, fenomenologia e deontologia costituiranno i tre ambiti di ricerca, costitutivi e non rico-

[30] G. Del Vecchio (1878-1970), che abbiamo incontrato anche a proposito di Ascoli, è figura determinante nel mutamento antipositivistico della scienza e della filosofia del diritto della prima metà del '900. Figura notevolmente influente anche dal punto di vista dell'organizzazione dell'impianto accademico delle materie oggetto del suo interesse.

[31] Si tratta di tre importanti contributi, successivamente ristampati e raccolti in un unico volume, dal titolo *Presupposti, concetto e principio del diritto*, Milano, 1959. Altri scritti di Del Vecchio sono riuniti nei volumi: *Studi sul diritto*, Milano, 1958, *Parerga*, Milano, 1961-1966, *Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico*, Milano, 1963, nonché in *Nuova silloge di temi giuridici e filosofici*, Torino, 1967.

[32] Cf. G. Rensi, *Il genio etico*, Bari, 1912, pp, 267-314.

gnitivi del fenomeno stesso. Si attesterebbe, in siffatto modo, di una presunta 'attività' dello spirito di fronte all'inerzia del metodo dei materialisti, legati alla preesistenza ed alla considerazione dell'extramentalità dell'oggetto della ricerca. A proposito della filosofia di Giorgio del Vecchio, come già accennato pocanzi, ritroviamo le "linee guida" della critica di Rensi a tutto il formalismo, critica che consiste nell'evidenziare come il tentativo di costruire un soggetto che si emancipi dalla dimensione empirica sia destinato a rafforzare la stessa dimensione rispetto alla quale pure intenderebbe costituirsi come 'attivo'. Si evidenzia, inoltre, come la suddetta triplice costituzione del diritto come oggetto, che può esser còlto gnoseologicamente, fenomenologicamente, deontologicamente, sia radicamente 'mancata' da Del Vecchio, che finirebbe per sovrapporre tali piani, confondendoli.

Per quanto concerne il primo punto, l'Autore comincia col chiedersi in cosa la definizione del diritto quale «coordinazione obiettiva delle azioni»[33], differisca da quella, apparentemente più "triviale", sulla base del quale «[…] il diritto è ciò che la legge ha prescritto, prescrive e prescriverà»? La risposta è: in nulla. Le due definizioni sono considerate del tutto equivalenti. Per Rensi, la legge non è altro che comando di azioni: se dare azioni è anche coordinare le azioni comandate, cosa sarebbe il comando di azioni se non la loro "obiettiva coordinazione"? Ecco come la definizione di diritto, quale «coordinazione obiettiva delle azioni», si rivela quale vello ideologico gettato su una brutalità del reale di cui si vuole negare il contenuto, mistificandolo, formalizzandolo; in realtà, se questo tentativo naufraga, è perché «Vi troviamo, mascherato, filosoficamente, il puro e semplice concetto di legge. Dire adunque che il diritto è coordinazione obiettiva delle azioni, è dire che il diritto è ciò che è comandato dalla legge, e dire che il diritto è la legge è cadere, cioè, nel positivismo e nell'empirismo»[34].

Qui, il tentativo di separare tra loro l'aspetto ideale e quello logico nel diritto implica una pericolosa ricaduta nell'empiria: Rensi non cessa di ammonirci che ogni fondazione formalistica del fenomeno giuri-

[33] In particolare, del Vecchio (ne *Il concetto del diritto*, cit., p.), esprime tale definizione nei seguenti termini: «Il diritto è la coordinazione obbiettiva delle azioni possibili tra più soggetti, secondo un principio etico che le determina, escludendone l'impedimento».

[34] G. Rensi, *Il genio etico*, cit., p. 287.

dico non si costituirebbe altrimenti che come un'apologia del diritto esistente e della sua triviale materialità. Così: «[…] chi separa il concetto puramente logico del diritto dall'idea metafisica di questo, riduce il primo – per quanto si sforzi di dargli un'espressione filosofica – al mero fatto storico ed empirico, al mero fenomeno»[35].

Il punto, però, è che, nei fatti, l'analisi condotta ne *Il Genio etico* evidenzia come la separazione tra aspetto logico, fenomenologico e deontologico, sia destinata a fallire: Rensi dimostra, ad ogni piè sospinto, come il filosofo bolognese sovrapponga le sfere della logica a quelle della deontologia. Di questo si tratta, laddove a decidere della natura giuridica di una proposizione sia un criterio che definisce un giudizio mediante cui «[…] si riconosce alcunché giusto o ingiusto (diritto o torto, conforme o contrario al diritto)». Potremmo rispondere che in gioco è una definizione puramente logica della proposizione giuridica: il fatto è che, però, altrove, lo stesso Del Vecchio[36] mette in serie giusto e giuridico con le sfere, rispettivamente, della deontologia e della logica. Nella stessa linea associativa, Rensi evidenzia come per Del Vecchio, il diritto, in virtù di una sua proprietà meramente formale, afferisca al mondo dei valori. La matrice neokantiana di siffatta asserzione traspare in tutta la sua evidenza: si afferma che: «Essere conforme al diritto significa qualcosa di più e di diverso, che non significhi esistere o potere fisicamente esistere: il criterio del diritto è un criterio supesistenziale»[37]. Anche qui, sembrerebbe, a prima vista, che si faccia allusione al diritto in senso logico-trascendentale, e non deontologico. Allo stesso tempo, però, il concetto puramente logico del diritto dovrebbe «essere indifferente e neutrale a tutti i principi giuridici, quali che siano»[38]. Ma, ciò detto, o deduciamo che il diritto debba appiattirsi sul meramente esistente ed identificarsi con le forme normative materialmente esistenti di diritto e confondersi con la forza quale suo criterio qualificante, o lo pensiamo come valore, sulla base di una tensione eticizzante. Se siamo alla ricerca di una definizione logico-gnoseologica di diritto, corrispondente «non già ad una specie particolare di affermazioni o di proposizioni giuridiche, ma a tutte quelle esistenti e, in generale, possibili»,

[35] *Ivi*, p. 286.
[36] G. Del Vecchio, *Il Concetto della Natura e il Principio del Diritto*, cit., p. 88.
[37] Id., *Il concetto del diritto*, Bologna 1906, capo II.
[38] Id., *I presupposti filosofici della nozione di diritto*, Bologna, 1905, p. 185.

dovremmo, necessariamente, escludere una considerazione del diritto come valore, elidendo ogni sua definizione 'superesistenziale'. Invece, Del Vecchio perverrebbe ad una definizione logica del fenomeno normativo di questo tipo: «Il diritto è la coordinazione delle azioni tra più soggetti, secondo un principio etico che li determina», dove in questione è, invece, l'esistenza di un principio di natura etica, ancora formalisticamente inteso, aperto ad ogni contenuto. Ciò, peraltro, senza raggiungere le altezze kantiane: il filosofo di Königsberg, nella lettura qui proposta, elaborerebbe un principio etico universale, individuabile nell'affermazione dell'autonomia del soggetto di diritto. In ogni caso, anche se solo in senso logico-formale, si sovrapporrebbero logica ed ontologia: «Ma con ciò, noi abbiamo introdotto in quello che ritenevamo essere concetto puramente logico del diritto un profondo criterio deontologico: un criterio che ci consente, anzi ci obbliga a valutare le azioni prescritte o protette dalla legge dal punto di vista del loro rispetto o meno del carattere di soggetto autonomo negli uomini, escludendo dalla sfera giuridica e dal concetto del diritto quelle in cui questo rispetto venga meno; – un criterio che ci consente, anzi ci obbliga, ad affermare che giuridiche sono solo quelle azioni le quali permettono all'uomo di esistere e di svilupparsi come io, come soggetto, come spirito; un criterio, quindi, il quale, ci costringe a concludere che, ad esempio, la schiavitù non è né giuridica né giusta, non giuridica perché non giusta»[39]. Solo sulla base di una sovrapposizione tra logica e deontologia Del Vecchio realizzarebbe il suo tentativo di pensare le condizioni *a priori* relative «non già ad una specie particolare di affermazioni o di proposizioni giuridiche, ma tutte quelle esistenti, e in generale possibili»[40], portando così a fondo, nell'interpretazione qui data, la sua vocazione formalistica, tesa al non appiattimento reciproco delle dimensioni fattuale e normativa. Rensi procede, però, ancora oltre, demistificando, alla radice, non solo la separazione tra gnoseologia e metafisica nella costruzione teorica di Giorgio Del Vecchio, ma la stessa costruzione concettuale dell'*a-priori*, della pretesa di costitutività di categorie formalisticamente intese, condizioni di possibilità più che di pensabilità della sfera giuridica. Il tenore della critica rensiana è il seguente: se questa sfera di relazioni apriori-

[39] G. Rensi, *Il genio etico*, cit., pp. 282-283.
[40] G. Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione di diritto,* cit., p. 39.

sticamente intese dev'essere costitutiva anche della realtà dell'ente oggetto di tale investigazione, tale ente non può recare con sé, sin dall'inizio, quell'attribuzione, di cui si vuole ricercare, gnoseologicamente, la struttura.

In altri termini, se oggetto della nostra ricerca è la determinazione di ciò che di giuridico vi è in un singolo istituto o in una serie di istituti, ciò che in realtà noi premettiamo è un certo dato empirico già validato, rappresentato dall'aver pre-qualificato come giuridici una serie di fatti normativi. La ricerca di un criterio logico-gnoseologico di determinazione costitutiva di ciò che perviene al giuridico, in quest'ottica, non è nient'altro che una razionalizzazione *a posteriori* di un criterio che, empiricamente, già si è costituito come fonte di validazione di una serie di enti. Così: «Ma perché lo diciamo giuridico, se non lo possiamo dir tale a stregua del concetto logico del diritto, che non abbiamo ancora raggiunto? Lo diciamo giuridico – affermiamo l'esistenza in esso del carattere di giuridicità – unicamente perché lo riscontriamo sanzionato da una legislazione positiva». In realtà, ben più che partire da «un dato primordiale della ragione», come avrebbe inteso il Del Vecchio[41], si delinea un procedere strutturato sulla totale pre-minenza dell'elemento empirico, considerato ideologicamente, a cose fatte, costituito e non costituente la costruzione formale: «La verità è che volendo giungere ad un concetto puramente logico del diritto, noi siamo partiti dalla giuridicità di un certo numero di proposizioni – giuridicità, adunque, determinata, all'infuori del concetto di diritto, e unicamente dal fatto empirico del loro essere legge – per fermare poscia un concetto di diritto che a tutte corrisponda»[42]. Quando si sostiene che il concetto di diritto di cui investighiamo l'articolazione formale e la costitutività deve applicarsi a delle proposizioni che abbiano il requisito della giuridicità, tale requisito è in realtà già presupposto, costitutivo sin dall'inizio. Questa stessa pretesa – quella della costitutività – sarebbe solo l'effetto di un "mondo capovolto". Rensi delinea, in consistente anticipo rispetto ad altre posizioni, più avanzate nel tempo, una critica sostanziale alle tendenze formalistiche della scienza giuridica moderna, di carattere materialistico. Si evidenzia con precisione come la scienza giuridica, da un lato, è

[41] *Ivi*, p. 164.
[42] G. Rensi, *Il genio etico*, cit., p. 289.

chiamata a separarsi dalla sfera etica, al fine di costituirsi come disciplina dotata di uno statuto scientifico, dall'altro, una volta operata tale separazione, non riesce che a duplicare quel contenuto di materialità da cui pure intende, formalisticamente, separarsi[43]. In definitiva, siamo di fronte ad un *aut-aut*: «O si dice che il concetto logico del diritto deve già corrispondere a tutte le proposizioni che si conosce già, e, indipendentemente da esso, essere giuridiche – ricavando quindi la loro giuridicità unicamente dal fatto empirico che sono leggi; e con ciò si cade nel positivismo e nell'empirismo, e si determina *quid juris*, ma *quid jus.* O si ricerca un concetto del diritto, veramente superiore al mero fatto, che non debba già esso adeguarsi ad una precedente giuridicità delle proposizioni, la quale non può esser dedotta dal loro esser legge, ma che adegui esso a sé, definisca e determini esso la giuridicità; – e con ciò la forma concettuale diventa anche criterio ideale»[44].

Nella concezione che Rensi ha del fenomeno giuridico, una sua considerazione quale fenomeno non escludente la sfera ideale, non risulta di ostacolo ad una comprensione dello stesso come fatto, legato alla dimensione dell'effettività. Con la precauzione, importante, di non assimilare idea ed idealismo, metafisica ed attualismo. Il filosofo ci parla, in questa fase della sua produzione, ancora da posizioni metafisiche e statualiste, che sono contro l'idealismo e le sue declinazioni politiche, tese all'edificazione dello Stato organico ed etico, coerentemente alla sua impostazione materialistica e critica. Nel portare a fondo la critica all'idealismo giuridico, Rensi oppone polemicamente alla posizione di Del Vecchio quella di un Kant negatore della possibile separazione tra logica e deontologia nel diritto. Per il pensatore di Königsberg: «Il giureconsulto potrà bensì apprenderci ciò che è di diritto (*quid sit juris*), vale a dire ciò che, in un certo luogo ed in un certo tempo, le leggi prescrivono o hanno prescritto; ma ciò che queste leggi prescrivono sia anche giusto, e quale sia il criterio universale mediante cui si può riconoscere il giusto e l'ingiusto, non può cono-

[43] In questo senso, è possibile affermare come: «Può dirsi in altri termini che il dramma scientifico della scienza giuridica moderna è contenuto entro questi puntilimite: finché il diritto non si separa dall'eticità e dalla filosofia, esso non può assurgere a reale oggetto di scienza autonoma e quando poi se ne separa può farlo solo relazionandosi alla sfera materiale», U. Cerroni, *Marx e il diritto moderno*, Roma, 1972, p 39.

[44] G. Rensi, *Il genio etico*, cit., p. 289.

scerlo se non trascura per qualche tempo questi principi empirici, e se, (pur servendosi di queste leggi come d'un eccellente filo conduttore) non cerca la scaturigine dei suoi giudizi nella ragion pura, come nell'unico fondamento d'ogni legislazione positiva»[45]. Il fatto che vi sia un riempimento anche contenutistico del principio etico delineato da Immanuel Kant consentirebbe una definizione non più "semplicemente" formalistica del fenomeno giuridico, sulla base della quale sarebbe possibile sostenere, riprendendo una critica portata al Del Vecchio dal Segond come: «*Le problème logique de la philosophie idéaliste du droit est implicitament lui-même de nature téléologique*»[46]. Con ciò, il più naturale sviluppo del neo-kantismo del Del Vecchio è colto nella filosofia di Igino Petrone, che ne costituirebbe, a questo punto, a pieno titolo, la necessaria prosecuzione. La critica di Rensi a Igino Petrone si costituisce, allora, nell'architettura del suo discorso, come il completamento di quella portata in un primo tempo a Giorgio Del Vecchio.

Igino Petrone (1870-1913) è, nella linea già intrapresa dal Del Vecchio, teso al superamento di un certo positivismo 'ingenuo', non avvertito in senso epistemologico: già a partire dal suo *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania*[47], è suo desiderio superare le angustie concettuali e quel certo relativismo che affettava di sé il positivismo quale movimento scientifico e filosofico, nella direzione di un'indagine volta al recupero della dimensione di assoluto del diritto, idealisticamente pensata, l'idealismo del Petrone, in ogni caso, vuole costituirsi in maniera contigua all'esperienza critica, per ciò è definito "idealismo critico" e non 'dogmatico'[48].

[45] I. Kant, *Introduzione* alla *Dottrina del diritto*, § *B, Che cos'è il diritto*.

[46] J. Segond, *La renaissance idéaliste et néo-kantienne de la philosophie du droit*, in «Revue Philosophique», 1911, p. 168-186.

[47] Cf. I. Petrone, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania*, Pisa, 1895.

[48] Così G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto dell'800 e del '900*, cit., p. 226: «Più definito, pure se anch'esso largamente incerto, è l'idealismo del molisano Igino Petrone, il quale, così come il Vanni aveva chiamato la sua dottrina "positivismo critico", chiamò la propria "idealismo critico", testimoniandoci come, sotto l'azione dell'esigenza critica, che aveva eroso l'ingenuo oggettivismo positivistico, si venisse trapassando in quest'epoca ad un orientamento idealistico. Certo si tratta, nel caso del Perone, di un idealismo piuttosto generico: che non cessa peraltro d'essere la prima manifestazione di quella rinascita dell'idealismo in Italia che assumerà forme precise

La ricerca portata a termine da Igino Petrone, in un testo[49] che ne precede di tre anni la morte, risulta essere di estremo interesse nell'ambito del nostro discorso: riprendendo una linea interpretativa prima fichtiana e poi hegeliana, il filosofo si pone il problema di quali siano le condizioni affinché la coscienza individuale possa costituirsi come libera, svincolata da ogni forma di subordinazione, di considerazione gerarchica. La risposta del Petrone è tutta contenuta nella riproposizione delle dinamiche legate all'idea di riconoscimento reciproco: solo quando l'io coglierà l'altro come identico a sé e non come eccentrico rispetto al proprio essere, si dirà libero. È attraverso "l'assimilazione dell'altrui contenuto spirituale" che il soggetto da costituito, da assoggettato, si costituisce come libero, come costituente. Sulla base dell'argomentare già evidenziato, c'è da interrogarsi sulla natura di tale assimilazione identitaria, unificante, unicizzante, della diversità dell'altro. Ne è la sublimazione o solo l'annientamento? Nel costituirsi "per gradi" dell'autocoscienza, nel procedere attraverso la *via crucis* prima dell'immediatezza, segnata dall'appetito, per giungere al superamento della percezione dell'altro come oggetto, nella direzione del riconoscimento reciproco, si sperimenta un passaggio che è iscrivibile nell'ordine del valore? In altri termini, il passaggio dialettico da '*alter*' a '*socius*' è tale da redimere la natura traumatica della relazione, o ne costituisce una solo ideologica riduzione unitaria? È importante evidenziare come il diritto abbia luogo proprio nel momento in cui l'ego si rapporta all'alter nella forma del *socius*: la costituzione di quest'ultimo è intrinsecamente legata alla limitazione dell'attività di ciascuno, limitazione in relazione ad un'ulteriore terzietà, rappresentata dall'esistenza della legge. Così, è diritto soggettivo il diritto di disporre di alcunché a partire dall'obbligo, corrispettivo, degli altri di non intromettersi nell'ambito nel quale il soggetto gode, disponendone secondo norma, dell'oggetto del suo diritto.

nel pensiero del Croce e del Gentile».

[49] Petrone, come Del Vecchio, prende posizione contro gli influssi sociologici ed empirici che in filosofia del diritto derivavano dal positivismo: sostenitore di un idealismo non dogmatico ma critico, fu pensatore orientato nella direzione di un idealismo critico. Tra le sue opere principali: *La filosofia del diritto al lume dell'idealismo critico* (1896), *Contributo all'analisi dei caratteri differenziali del diritto* (1897), *I limiti del determinismo scientifico* (1900), *La sociologia e la sua elisione logica nel mondo dello spirito* (1905) *Il diritto nel mondo dello spirito* (1910).

Tale argomentare è strutturato in tal modo: è sulla base della validazione, della veri-fica (del *verum-facere*) di un procedimento intellettuale dato per vero-simile, quello della costituzione del *socius* quale di superamento dialettico della contrapposizione tra *ego* ed *alter*, è sulla base della veridicità dell'operazione attraverso la quale l'*ego* si spoglia del suo contenuto singolare per riconoscere la dimensione, al tempo stesso universale ed intersoggettiva, del *socius*, che nella *societas* i soggetti di diritto si relazionano attraverso un'universale mediazione, costituita dalla figura del 'terzo', afferente alla dimensione normativa. Per Rensi: «In una parola: nell'esperienza giuridica, la materia o il dato è la somma dei poteri o facoltà naturali di disposizione o di godimento; la categoria o forma è il principio di libertà; l'attività sintetica unificatrice, corrispondente alla sintesi a priori della conoscenza teorica – sintesi creatrice dell'ordine giuridico, poiché è intuizione dell'universalità, cioè dell'immanenza del *socius* fra l'*ego* e l'*alter* – è la legge di limitazione»[50]. D'altra parte: «Il molteplice dei rapporti di potere e di vita comporta l'unificazione spirituale e diviene oggetto di conformazione giuridica, in virtù della nota comune, esistente nei rapporti medesimi. E questa funzione attributiva dell'autocoscienza può significarsi nel concetto della proprietà, intesa come quell'attività personale onde l'io riferisce a sé e congiunge a sé con l'intimità spirituale la serie dei suoi rapporti col mondo. Il contenuto sensibile e rappresentativo dell'io è il sistema delle appropriazioni pratiche dell'io». Così come nel sistema di diritto privato, anche in quello del diritto statuale, la dimensione della costituzione dell'autocoscienza è centrale. Lo Stato stesso procede nella direzione del riconoscimento di un soggetto a sé esterno, autolimitandosi, fondando il proprio diritto attraverso la costruzione di diritti pubblici soggettivi, il cui requisito fondamentale è di essere il prodotto della mediazione tra soggetti che, processualmente, si costituiscono. In ultima analisi, il fondamento del diritto pubblico, nella costruzione dell'idealismo 'critico' del Petrone è etico perché basato spiritualmente sul *consensus*, su quella particolare legge di fiducia che pone in rapporto l'*ego* e l'*alter*. La superiorità della sfera statuale non trova il suo fondamento nella normatività, quanto, piuttosto, nell'etica: l'autocrazia che di questa superiorità è al tempo stesso fondamento e risultato, è legittimata da un po-

[50] G. Rensi, *Il genio etico*, cit., p. 300.

stulato etico sovraesistenziale, che costituisce una potente legittimazione ideologica, una potente ri-velazione, di contenuti empirici trasvalutati solo intellettualisticamente. In tal senso, l'idealismo rafforzerebbe la dimensione empirica propria dell'esercizio del potere, e ciò proprio nel sottoporla al "manto celeste" di un'etica, costruita sulla base di un processo la cui matrice intellettuale è scambiata per reale.

Ma la critica del Rensi si spinge più a fondo, e lo fa nella direzione del superamento, attuato nella direzione di una teoria del diritto sociale, delle categorie moniste ed individualiste nel cui ambito il Petrone circoscriverebbe, invece, il suo discorso. *Omne autem jus quo utimur vel ad personam pertinet, vel ad res*[51]: la proprietà, traduzione in termini giuridici di un certo modo d'intendere il rapporto soggetto-oggetto, non è considerata «sufficiente a giustificare la formazione obiettiva dei vari diritti»[52]. L'idealismo giuridico considera il *socius* quale momento di risoluzione dialettica delle coscienze individuali: ma questi, lungi dal costituirne un superamento nella direzione dell'universalità, riproduce l'individualismo proprio della dinamica conflittuale di io ed *alter.* Se il *socius* non è totalmente altro dall'*ego*, è perché ne mantiene i contenuti: ciò che vien meno nella prospettiva del Petrone è l'esistenza, accanto ad una tendenza 'appropriatrice', di un'opposta tendenza, 'spropriatrice' dello stesso. Con straordinaria vicinanza alle teorie che saranno propugnate da Gurvitch, Rensi ci parla dell'esistenza, nella sfera del diritto, di una tendenza opposta a quella indivudualistica, che fonda, invece, la proprietà individuale. Tale tendenza sarebbe legata ad una tensione alla fusione parziale, alla compenetrazione di io ed altri, funzionale ad un bisogno religioso (qui inteso nel senso di *re-ligere*), e perciò, simbolico, contrapposto alla tensione separatrice, delimitante, perciò dia-bolica, propria della proprietà privata.

In definitiva: «Per spiegare il formarsi delle due classi di diritti, che li abbracciano veramente tutti, quella dei diritti patrimoniali e dei diritti di famiglia, occorrono adunque due principi costitutivi o schemi: quello della appropriazione e quello della espropriazione o rinuncia, ossia dell'amore; due tendenze o molle veramente antitetiche, ma che non si può negare esistano e operino una accanto all'altra nello

[51] Si fa qui riferimento al § 12 Ist., *De j. nat gent. et. civ.*, I, 2.
[52] G. Rensi, *Il genio etico*, cit., p. 310.

spirito umano. A spiegare la formazione di tutti i diritti, esse sono sufficienti, ma sono anche necessarie»[53].

Di queste riflessioni si può non condividere l'esito, ma non si può in alcun modo misconoscere come, coerentemente, si muovano all'interno di una critica ferrata all'idealismo giuridico, nel suo movimento di 'realizzazione' di movimenti di natura intellettualistica, ipostatizzati e negati nella loro parzialità, per assurgere, del tutto ideologicamente, al rango di assoluto. In realtà, si tratterebbe, ancora una volta, di figure di quel "mondo capovolto", che l'idealismo non riesce ad emendare, rafforzando quel contenuto empirico che vorrebbe, invece, sublimare, eticizzandolo.

3. *La posizione di Rensi nei confronti del formalismo giuridico*

Il presente intende essere un contributo di filosofia del diritto realista, che mira, attraverso una ricostruzione filologicamente avvertita delle posizioni rensiane in materia di diritto, alla "messa in serie" della critica filosofico-teoretica e di quella gius-filosofica al formalismo prima ed all'idealismo poi, nonché, coerentemente, a ad una certa ideologia statualistica che, sul piano politico, del formalismo e dell'idealismo si costituisce quale pieno corrispettivo. Tale ricognizione critica sarà portata sulla base del presupposto che, su un piano più generale, si dà una significativa simmetria tra le posizioni in materia di diritto e quelle di natura più strettamente filosofiche, simmetria che i reiterati tentativi di scientificizzazione di stampo positivistico non sono riusciti ad espungere nella definizione dei processi ricognitivi e costitutivi del proprio oggetto.

Nell'oggetto costituito nell'ambito della riflessione idealistica permarrebbero, costantemente, una serie di assunti di carattere formalistico ed idealistico-metafisico, che, inesplicitati, resistono ad ogni ricognizione critica o analitica. Siffatto oggetto, però, resiste ad ogni tentativo di compiuta 'positivizzazione"' Sullo sfondo di questa riflessione si situa, infatti, la costatazione che la pretesa costituzione del positivismo giuridico quale scienza rigorosa, nelle sue versioni ideologica, scientifica e critica – secondo la tripartizione elaborata da Norber-

[53] *Ivi*, p. 313.

to Bobbio[54] – sia, sostanzialmente, 'mancata'. In altri termini, il positivismo formalistico, nella pur nobile intenzione di costituirsi quale scienza di un oggetto immanente, *positum*, oggetto d'esperienza, smarrisca sin da subito la dimensione di mediazione di tale *positum* che è costituito, in guisa mediata, all'interno di un processo di immanentizzazione di categorie teologico-filosofiche, di cui non riesce, criticamente, a render conto. Ai fini di una costituzione realmente 'scientifica' e non semplicemente 'ideologica' della stessa scienza del diritto, tale positivizzazione, al contrario, dovrebbe essere oggetto di un lavoro di radicale disambiguamento, al fine di render ragione di tali elementi idealizzanti.

L'interesse critico per l'opera di Rensi, il rinnovato fiorire di studi intorno alla sua figura ed alla sua opera, possono esser letti, in prima istanza, alla stregua del prodotto di un desiderio di esplorare il "rimosso" del predominio dell'egemonia teorica dell'idealismo, che, in nome di una concezione della storia delle idee linearizzata e continuisticamente risolta, aveva risolto la complessità e la contraddittorietà del divenire negli schemi della dialettica[55]. Il pensiero di Rensi costituisce un momento magistrale in questo percorso: il tenore del suo argomentare è tale da dimostrare ad ogni piè sospinto l'intreccio esistente tra il purificato e pacificato cielo del formalismo e le pratiche fatte di illibertà e di dispotismo che hanno caratterizzano tante realtà politiche, novecentesche e non. Nella direzione inversa, la critica rensiana può essere uno stimolo a cogliere come anche le più bieche asserzioni relative ad un presunto contenuto, puramente fattuale, proprio di ogni rapporto sociale e giuridico, abbiano luogo sotto lo stesso cielo, idealizzato e, seppur ideologicamente.

Momento centrale della critica di Rensi al formalismo è la messa in discussione del giudizio riflettente kantiano quale punto di risoluzione unificante della molteplicità: il filosofo legge il trascendentalismo solo come condizione di pensabilità, e non, a tempo stesso, quella di esistenza di enti, la cui datità è già intrinsecamente presupposta

[54] Cf., N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, pp. 101-126.

[55] Per un profilo metodologico di una storia del pensiero non risolta continuisticamente ed unitariamente, si veda A. Montano, *Opsis idea. Figure e temi della filosofia europea da Hobbes a Croce*, Napoli, 2005, pp. 17-52.

all'intero dispositivo critico[56]. Si investe la pretesa dell'idealismo di assorbire in maniera indolore il fondamento trascendentalistico, annettendoselo, laddove questi ne eroderebbe il fondamento, costituendone, sin dall'inizio, in termini kirkegaardiani l'originaria "malattia mortale"[57]. La pretesa di elaborare elementi "sintetici" che sublimino la molteplicità del reale in senso unitario, è, per Rensi, puramente intellettualistica, e perciò, irreale. Sarebbe da considerarsi parallela ed intrinsecamente simile a quella dello Stato, pensato alla maniera di certo positivismo formalistico, legato a quella particolare ideologia che attribuisce all'apparato politico-statuale la capacità di sovraneggiare, riducendole ad unità, le contraddizioni della sfera socio-economica sottostante. Si dà uno sversamento anche nella dimensione etica di questa stessa questione, che è presente già nel formalismo kantiano e post-kantiano, seppure non in modo compiuto: l'esaltazione di momenti sintetici di essere e dover-essere, di *Sein* e *Sollen* si costituisce come mediazione unitaria del molteplice, dotata di una forte connotazione valoriale. In modo esattamente simmetrico, l'ideologia statualista propugnata dagli idealisti è tale per cui lo Stato unifica (o ne ha la pretesa) la conflittualità sottostante, non solo sottoponendola sottostante al "discorso dell'Uno"[58], ma anche rivendicando a

[56] La critica si è orientata, non a torto, nel riconoscere un legame di continuità tra le riflessioni rensiane e certi temi dell'esistenzialismo francese, a partire da tematiche filosofiche, come quelle legate all'assurdo, che avvicinerebbe a Camus, o politiche, come l'antielezionismo, che riporterebbe, ancora, a Sartre. È davvero singolare come la critica di Rensi alla fondazione trascendentalistica dell'empiria coincida pressoché letteralmente con l'*incipit* con il filosofo francese rivede, in un suo scritto giovanile, la nozione husserliana di intenzionalità. Scrive Jean Paul Sartre, (*La transcendance de l'Ego*, Paris, 2003, pp. 13-14): «*Il faut accorder à Kant que "le Je Pense* doit pouvoir *accompagner toutes nos représentations*". *Mais faut-il en conclure qu'un Je,* en fait, *habite tous nos états de conscience et opère réellement la synthèse suprême de notre expérience? Il semble que ce serait forcer la pensée kantienne. Le problème de la critique étant un problème de droit, Kant n'affirme rien sur l'existence de fait du* Je Pense».

[57] Il riferimento è a Sören Kierkegaard, *La Malattia mortale. Saggio di psicologia cristiana per edificazione e risveglio di Anti-Climacus*, con una *Introduzione* di R. Cantoni, Roma, 1976.

[58] Che si tratti della trasposizione di categorie teologiche è palese se si pensa che tale pacificazione, tale sottoposizione al discorso dell'Uno è perseguita per il tramite dell'imparzialità di un "terzo". Lo Stato, in altri termini, si struttura secondo una modalità "trinitaria" che ha la pretesa di costituire l'oggetto da ricondurre ad unità, oggetto cui è negato ogni statuto di autonomia. Il detto per cui "non c'è due senza tre", trova una sua pertinente declinazione nella pretesa della sfera politico-statuale di costi-

sé la capacità di trasvalutare, sublimandola e quindi eticizzandola, la tensione, il contenuto di forza, immanenti alle forme spontanee di socialità. Se da un punto di vista puramente esteriore, e perciò segnato da un realismo empirico, non è possibile fare la differenza tra il gesto di un boia e quello di un volgare assassino, la violenza di cui lo Stato è ritenuto essere l'unico detentore legittimo non è mai monopolizzata in quanto tale, *sic et simpliciter*: di tale monopolio, in altri termini, non si dà nessuna fondabilità 'formale', scientifica[59]. Alla base della rivendicazione di un monopolio tutto statuale dell'"uso legittimo della forza", vi è, più concretamente, una pretesa eticizzante, la cui fondatezza

tuirsi quale condizione *a-priori* di quel conflitto che è chiamato a regolare. Così: «La tecnica sociale che chiamiamo "diritto" consiste nell'indurre l'individuo ad astenersi dall'intervenire con la forza nella sfera di interessi di altri mediante mezzi determinati: nel caso di tale interferenza, la stessa comunità giuridica reagisce con un'interferenza uguale nella sfera degli interessi dell'individuo responsabile dell'interferenza precedente. Occhio per occhio. È l'idea di retribuzione che sta alla base di questa tecnica sociale. Solo in uno stadio di evoluzione relativamente tardo l'idea di retribuzione viene rimpiazzata con quella di prevenzione. Ma si ha allora unicamente un mutamento dell'ideologia che giustifica la tecnica specifica del diritto. La tecnica in sé resta la stessa.», H. Kelsen, *General theory of law and State* (1945), trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1984, p. 22. Si noti che Kelsen definisce 'ideologica' la trasformazione di paradigma all'interno del diritto, nel passaggio dal modello della retribuzione, che sostiene la vendetta, a quello della prevenzione, che sostiene l'idea dell'ordinamento giuridico come detentore monopolistico della forza. Sulla questione del rapporto tra diritto e figura dcl "terzo", cf., B. Romano, *Filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2002, p. 133 e ss. Per un approfondimento della stessa direzione, cf., Id., *Ragione giuridica e terzietà nella relazione,* Roma 1997; Id., *Terzietà del diritto e società complessa,* Roma, 1998. Più orientata in senso politologico, invece, la riflessione di P. P. Portinaro, *Il terzo. Una figura del politico,* Milano, 1986.

[59] Ancora Kelsen definisce "paradossale" la situazione per la quale sanzione ed illecito non siano distinguibili da un punto di vista puramente esteriore, così (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 20): «Fra i paradossi della tecnica sociale qui caratterizzata come ordinamento coercitivo vi è il fatto che il suo strumento specifico, l'atto coercitivo della sanzione, è esattamente dello stesso genere dell'atto che esso cerca di impedire nelle relazioni fra gli individui, ossia dell'illecito; il fatto cioè che la sanzione contro il comportamento socialmente dannoso è essa medesima un comportamento siffatto. […] L'antinomia, peraltro, è solo apparente. Il diritto è indubbiamente un ordinamento per la promozione della pace, in quanto vieta l'uso della forza nelle relazioni fra i membri della comunità. […] E appunto così facendo che il diritto assicura la pace della comunità». Notiamo come, operando in siffatto modo, Kelsen riporti al centro dell'argomentare quella questione teleologico-valoriale, pure espunta in sede di definizione metodologica. È perché il diritto tende a garantire la pace sociale che il monopolio della forza da parte dell'ordinamento giuridico è legittimo.

va sondata al vaglio di una critica radicale: la violenza, di cui lo Stato è monopolistico detentore legittimo, è pensata in siffatto modo innanzitutto perché non è "volgare violenza", quanto, al contrario, forza, considerata come il prodotto di un processo di "messa in forma", di educazione della mera pulsione. Così, la forza di cui lo Stato è detentore monopolistico è, *in nuce*, violenza che, nella forma dell'attuazione della giustizia, riesce ad estingue ogni altra violenza, perché ri-solve il conflitto: la questione dello Stato come "terzo" nella redenzione del conflitto pre-suppone la sua capacità di sublimare qualitativamente la forza materiale. Da un punto di vista filosofico, Rensi rielabora, *mutatis mutandis*, la stessa critica di cui Schopenhauer fa oggetto la deriva metafisica, che aveva caratterizzato la produzione kantiana successiva alla *Critica della ragion pura*, e che trova proprio nel tentativo di elaborazione di una teoria del diritto uno dei punti più alti. Vi è di più: ne *Il mondo come volontà e rappresentazione*, si riprende il Kant della prima stesura della *Critica della ragion pura*, per giocarlo, polemicamente, contro quello delle edizioni successive della stessa e delle due successive critiche, la *Critica della Ragion pratica* e la *Critica del giudizio*, che, nel complesso, costituiscono il nocciolo della costruzione kantiana.

Questa prospettiva è da cogliersi in un quadro storico-politico particolare: le esperienze con le quali è chiamato a confrontarsi Rensi sono quelle, drammatiche, della crisi dello Stato[60], della dissoluzione anomica del legame sociale tradizionale, che ha costituito il nocciolo della crisi europea ed occidentale prima della grande Guerra. Così: «Vale la pena ricordare che le considerazioni di Rensi di questi anni, sussurrate o gridate, risentono tutte di un clima in cui era fortemente

[60] Per un'introduzione alla tematica della crisi dello Stato tra fine '800 e inizio '900, limitata al solo caso italiano, cf. F. Tessitore, *Crisi e trasformazione dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra '800 e '900,* Milano, 1988. Assai incisivi in questa direzione sono anche da considerarsi: AA.VV. *I giuristi e la crisi dello Stato liberale tra Otto e Novecento,* a cura di A. Mazzacane, Napoli, 1986; AA.VV., *Staat und Gesellschaft,* a cura di E. W. Böckenförde, Darmstadt, 1976; AA.VV., *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea,* a cura di F. Ruffilli, Bologna, 1979; P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra ottocento e novecento,* Milano, 1986; A. Catania, *Lo Stato moderno,* Torino, 1996. Con riferimento a quest'ultimo contributo, cf., soprattutto, *Lo stato sociale,* p. 15 e ss., nonché, *L'ordinamento giuridico concreto e la teoria dell'istituzione: Carl Schmitt e Santi Romano,* p. 85 e ss.

avvertita la 'crisi' dell'autorità. In questa situazione, anche se ispirate da differenti motivazioni e idealità, erano maturate diverse dottrine, volte a ripensare il rapporto autorità-libertà, come, ad esempio, la complessa teoria della legittimità del potere di Guglielmo Ferrero e le *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi* di Giuseppe Capograssi, ispirate allo storicismo vichiano»[61]. In questa situazione di crisi, nella quale l'autopercezione stessa dell'umano è sottoposto ad una torsione di inenarrabile radicalità, ciò che è in questione è il rapporto tra limite e suo superamento, tra pura unità e molteplicità, tra essere e divenire. E per il Rensi che guarda allo scenario della crisi della civiltà europea, crisi dello Stato, anomia del legame sociale, guerra, non si situano in un''eccedenza' della ragione moderna, in un'area "totalmente altra" da essa: al contrario, le sono totalmente interne[62]. Si badi bene: non è mai tematizzo, a partire dalla "crisi dello Stato", il suo superamento. Si pensa sempre a partire da quel "punto utopico", costituito da una fedeltà assoluta e mai strumentale alla dimensione statuale, fedeltà che si incarna in un'iniziale adesione al fascismo[63], determinando la perce-

[61] A. Montano, *Il prisma a specchio della realtà. Percorsi di filosofia italiana tra Ottocento e Novecento*, p. 195. Sulla crisi della dimensione autoritativa nello scambio intellettuale tra Rensi e Ferrero, cf., in particolare, F. Mancuso, *L'itinerario intellettuale di Giuseppe Rensi nelle lettere inedite a Guglielmo Ferrero (1902-1928)*, estratto da «Nuova Antologia», n. 2208, Firenze, Ottobre-Dicembre 1998, nonché, Id., *Giuseppe Rensi e Guglielmo Ferrero tra democrazia e fascismo*, in *Nuovi Studi su Guglielmo Ferrero*, Atti del Convegno *Rivoluzione, bonapartismo e restaurazione in G. Ferrero*, Forlì, 21-22 novembre 1997 e delle *Giornate di studi del gruppo di ricerca CNR* su *Storia, società e politica in G. Ferrero*, 27-28 gennaio 1998, a cura di Lorella Cedroni, Roma, 1998, pp. 165-191.

[62] Anche su questo punto, così come in precedenza in tema di "differenza sessuale", vi è in Rensi una notevole affinità con il pensiero di Simmel. Per un confronto tra le rispettive posizioni, cf. L. Battaglia, *Rensi e Simmel*, in *L'inquieto esistere. Atti del Convegno su Giuseppe Rensi nel cinquantenario della morte* (1941-1991), a cura di R. Chiarenza, N. Emery, M. Novaro e S. Verdino, Genova, 1993, pp. 131-149. Per un approfondimento sul tema, si veda G. Simmel, *Der Krieg und die geistigen Entscheidungen*, trad. it., *Sulla guerra*, cit.

[63] Sottolinea nei seguenti termini le ragioni del distacco di Rensi dal fascismo Montano, *Il prisma a specchio della realtà. Percorsi di filosofia italiana tra Ottocento e Novecento*, cit. p. 190: «Quando il fascismo si rivelerà il partito della maggioranza, della distruzione delle libertà dei singoli, e schiaccerà le individualità, Rensi, coerentemente, ne diventerà un fiero e coraggioso avversario». Sull'argomento, cf., D. Colafrancesco, *Rensi dinanzi al fascismo*, in *L'inquieto esistere. Atti del Convegno su Giuseppe Rensi nel cinquantenario della morte (1941-1991)*, cit., pp. 96-109.

zione netta di una intraducibilità pratica di un sì ferreo senso delle istituzioni.

È a partire da tale ideale che si può scorgere lo stretto rapporto tra la difficoltà della dialettica come dispositivo teorico che media la conflittualità del reale, riportandola alle dimensioni della ragione e del valore e quella crisi dell'autorità e dello Stato liberale, che ha luogo in un contesto nel quale sindacalismo, ultrabolscevismo, associazionismo di sinistra ed anarchismo evidenziano ad ogni piè sospinto la crisi di una scienza del diritto che non si costituisca in senso formalistico e deduttivistico, legata a categorie legate ad un'impropria declinazione congiunta di trascendentalismo ed idealismo. La critica rensiana al formalismo giuridico è compiutamente definita già a partire dal 1914, in *Formalismo e amoralismo giuridico*[64], per esser ribadita nel 1919: nei suoi *Lineamenti di filosofia scettica*[65], in cui si evidenzia come l'universalismo kantiano si costituisca come un modo solo intellettualistico, cioè immaginario, di superare la rozzezza dell'empiria, trasvalutandone i contenuti in modo altrettanto immaginario, rafforzandone, al di là delle dichiarazioni d'intenti, il carattere necessitato e brutale. Ora, proprio nella misura in cui il formalismo intrinseco alla ragione liberale resta un fatto puramente intellettuale, esso si espone ad un "ritorno nel reale" di una molteplicità, solo malamente mediata, generando quella "crisi" della ragione moderna che, lungi dall'esserne momento ex-centrico, si costituisce, per intero, al suo interno. Misconoscere l'originale dissimmetria di razionale e reale, negare come la storia mondana, lungi dall'essere luogo di estrinsecazione dello Spirito, ne costituisca la "negazione originaria", vuol dire abitare, contemporaneamente, ce lo si consenta, i mondi della malafede e dell'illusione ottimistica. In questo senso, acquista legittimità l'asserzione per la quale: «Il mondo fenomenico è totalmente e per sua essenza, negazione di Dio, separazione e distacco da Dio»[66].

Riportare, dunque, l'esperienza alle sue condizioni di pensabilità, e, quindi, pensarla *sub lege*, vuol dire, sin dall'inizio, giustificarne (renderla giusta, in accordo con il latino *jus-facere*) il contenuto. Proprio la ricerca delle condizioni di possibilità dell'esperienza, implica

[64] G. Rensi, *Formalismo e amoralismo giuridico*, Verona, 1914.

[65] Id., *Lineamenti di filosofia scettica*, Bologna, 1919.

[66] N. Emery, *Lo sguardo di Sisifo. Giuseppe Rensi e la via italiana alla filosofia della crisi*, Settimo Milanese, 1997, p. 12.

elevare l'essere a dignità di dover essere, la necessità al livello del *Sollen*: nel ricercare questo sincretismo, il formalismo, morale e giuridico, dipenderebbe totalmente da quel contenuto materiale di cui intende svelare le condizioni di possibilità.

L'analisi di Rensi si rivela, al riguardo, assai penetrante; così: «Lo stesso Kant, parlando dei modi di traslazione del *mio* e del *tuo* da una persona all'altra avverte che ci sono "dei concetti d'oggetti o di strumenti di questa traslazione i quali sono del tutto empirici e non possono trovar posto in una dottrina *metafisica* del diritto, le cui divisioni devono essere fondate su principi *a priori*, e dove quindi bisogna far astrazione dalla materia dello scambio (che potrebbe essere convenzionale) e non considerarne che la forma", sebbene pretenda che il concetto di danaro e quello del libro "possano ricondursi a rapporti puramente intellettuali, sicché il quadro dei contratti puri non rimane alterato da nessuna mescolanza empirica". Ma l'evidente verità si è che non solo i concetti di danaro e di libro sono manifestamente empirici; non solo, per quanto riguarda il libro, l'introduzione del suo concetto in una metafisica del diritto è il palese portato delle preoccupazioni personali più vive del filosofo, che egli, per un naturale miraggio, si illude siano ragione pura e scambia con questa – ma, ben di più, ogni passo che compie Kant nella sua trattazione, incominciando dal primo, quello della deduzione del *mio* e del *tuo*, che presuppone la presa in considerazione delle cose materiali esterne, la loro limitazione e la loro appetibilità da parte dell'uomo, è fondato sull'empirismo e da questi determinato»[67].

I termini della critica rensiana sono radicali, non riguardando solo quegli oggetti che non rientrano né possono rientrare in un impianto che intenda metafisicamente il diritto: anche dove Kant costituisce "a pieno titolo" la sua teoria, dipende unilateralmente da contenuti empirici, la cui risoluzione formalistica è gesto di pura vanità. È un riferimento preciso al Rudolph von Jhering de *Lo spirito del Diritto Romano*, che pure non aveva ancora portato a maturazione compiuta la sua svolta anti-formalistica, propria della teoria dello scopo del diritto (*Zweck im Rechts*) che consente a Rensi di smascherare la pretesa della scienza giuridica trascendentalisticamente fondata, tesa, esclusivamente, a rivestire, in senso peraltro del tutto ideologico, di logica e

[67] G. Rensi, *Formalismo e amoralismo giuridico*, cit., p. 18.

razionalità quel "lato positivo delle cose", che non cessa per questo di costituirsi come integralmente contraddittorio[68].

In definitiva, il procedere del trascendentalismo sarebbe costituito, per Rensi, nei seguenti termini: «Il formalismo giuridico kantiano pretende di considerare non già quali siano i diritti stabiliti in un determinato sistema giuridico (*quid sit juris*), ma quale sia il diritto che la stessa ragione, in modo assoluto ed eterno, prescrive (*justum et injustum*). Da qui l'esigenza di cercare gli elementi del diritto unicamente nella ragion pura, facendo astrazione da ciò che, in un determinato momento del tempo e dello spazio, l'esperienza ci mostra essere diritto; prescindendo da ciò che in via di fatto è stato od è diritto, o da ciò che può esserlo in date circostanze, per non occuparsi se non di ciò che in via razionale ed assoluta dev'essere diritto»[69].

Ecco, in termini lapidari, i termini della critica del Rensi al formalismo kantiano: «Da questo breve esame del formalismo kantiano, possiamo già concludere che o il formalismo è costretto a diventare inconseguente al suo stesso proposito iniziale e ad accogliere in sé quei dati sensibili, sperimentali e storici, che pretendeva escludere, come mero "empirismo", dal campo filosofico; ovvero, quanto più si sforza di rimanere rigoroso formalismo, tanto più smarrisce la possibilità di fissare in modo obiettivo, e indipendente dai fluttuanti criteri soggettivi della coscienza individuale, che cosa sia diritto»[70]. Indipendentemente da quale soggetto si intenda pensare come correlato di tale critica realista, è da rilevare come essa si costruisce a partire dal punto di vista di un materialismo criticamente avvertito e, perciò non ontologizzante né, tanto meno, ingenuo, costituendo un significativo distacco dal positivismo e da una concezione, che, forse ingenuamente, fondeva scientismo e socialismo.

È la critica alla costituzione eticizzante della cittadinanza e dell'obbedienza allo Stato, per il tramite di quella che Rensi definisce la 'fabbricazione' della volontà generale, attraverso il pensiero di

[68] La citazione completa recita: «[…] l'illusione della dialettica giuridica la quale circonda il lato positivo delle cose con l'aureola della *logica*, e cerca di farci accettare le istituzioni esistenti come fondate in ragione», R. von Jhering, *Lo spirito del Diritto Romano*, trad. fr. De Meulenaere, Parigi, 1888, vol. IV, p. 308, cit. in G. Rensi, *Formalismo e amoralismo giuridico*, cit., pp. 24-25.

[69] *Ivi*, p. 24.

[70] *Ivi*, pp. 31-32.

Rousseau, Kant ed Hegel, che si costituisce quale ulteriore e fondamentale momento di questa critica. La sua filosofia del diritto matura nell'ambito di una progressiva disillusione nelle capacità degli ordinamenti concreti nel realizzare la giustizia, che gli si configura sempre più come un ideale irrazionale, lasciando spazio ad una ripresa critica del rapporto tra forza e diritto e, ancor più distintamente, del trionfo della forza sulla ragione. Con ciò Rensi apre allo scetticismo ed alla ripresa critica della sofistica, solo dopo aver però portato a compimento l'opera di demistificazione del formalismo giuridico, di quella "fabbricazione della volontà generale", segnata dall'ideologicità, che ha luogo sull'asse teorico Kant-Rousseau-Hegel.

4. *La volontà generale come "fabbricazione". Da Rousseau all'idealismo, via Kant*

Si è visto in precedenza come pluralismo e scetticismo non possano esser pensati come il prodotto del desiderio di fuoriuscire da una concezione filosoficamente "forte" del mondo e dei processi del pensiero. Al contrario dello spirito di tolleranza e dell'altrettanto falsa tensione anti-identitaria che muovono, seppur ambiguamente, il pensiero "debole" nell'epoca del "post-moderno", lo scetticismo rensiano, la sua ripresa dei presocratici, il suo continuo riferirsi ai sofisti non ha nulla di generico, di "politicamente corretto": il suo irrazionalismo trova fondamento in una ragione che, se da un lato è considerata come il rovesciamento dell'idealismo a partire dal suo compimento[71], dall'altra, è costituita a partire da una concezione che di irrazionale, nel suo impianto fondativo, non ha nulla. Così, si rivendica l'iscrizione dell'irrazionalismo nell'ambito di una prospettiva filosofica e fondata in senso razionale, fatto di ragione e mai colto in una prospettiva estetizzante: da qui, la possibilità di iscriverne la portata nell'ambito delle "ragioni dell'irrazionalismo"[72]. In realtà, nell'analisi dell'Autore, di irrazionale in senso proprio v'è innanzitutto la ragione occidentale con le sue pretese rassicuranti, che si costituirebbero, solo illusoria-

[71] Cf. G. Rensi, *Il materialismo critico*, Roma, 1935.

[72] Cf., in particolare, *L'alogismo del reale*, in Id., *Le ragioni dell'irrazionalismo*, cit., pp. 30-35.

mente, come negatrici ed occultatrici delle dimensioni, tra di loro coestensive, del conflitto, del divenire, della contraddizione[73].

Giuseppe Rensi fa rivivere la lezione dei poeti e quella dei pensatori che hanno filosofato, prima, se non contro, ogni pretesa di logicizzazione del reale, operata dal pensiero metafisico in nome della verità. Opera in questa direzione, contro ogni tensione all'occultamento ed alla pacificazione "reattiva" di fronte ad un mondo irrimediabilmente lacerato dalla contraddizione: lo fa per de-mistificare – ancora una volta sulla base degli strumenti critici che la filosofia schopenhaueriana gli offre – tale pretesa. Se la lezione di Leopardi[74] apre a Rensi la prospettiva dell'inconoscibilità del mondo, inconoscibilità pensata a partire dalla preminenza dell'oggetto[75], dalla sua inesauribilità, è la ripresa della filosofia presocratica a costituire il corrispettivo, sul versante del soggetto, di siffatto realismo scettico. È da un punto di vista profondamente iscritto nella teoria, è a partire da una profonda "visione del mondo", che Rensi può scrivere: «Ma come dunque la realtà si sottrae alla valutazione razionale, come essa è non-ragione, così neppure nelle nostre *ragioni* si può dire che esse siano *ragione*,

[73] «Nessun sotterfugio filosofico riesce dunque a togliere, velare o mutare il significato delle contraddizioni, per chi sappia guardarle senza i paraocchi speculativi», Id., *La filosofia dell'assurdo*, cit., p. 59.

[74] «Tre punti, adunque, emergono luminosamente come propri del pensiero di Leopardi e in diametrale opposizione all'idealismo assolutista. Il primo, che le volontà o ragioni non confluiscono, non v'è fondo comune in esse, non alcunché di uno in tutte, non "spirito oggettivo"; bensì loro caratteristica è la divergenza, l'odio. Il secondo che, per conseguenza, le nostre ragioni o volontà non sono une, ma irriducibilmente molte, e noi siamo non "il nostro simile", ma radicalmente "dissimili". Il terzo, che solo la coazione, e non l'immaginario fatto che la volontà della legge sia anche la volontà dell'individuo, può riuscir a costituire la società», G. Rensi, *Lineamenti di filosofia scettica*, cit., p. 105. Per una riflessione relativa all'importanza di Leopardi nel pensiero del filosofo di Villafranca, cf. *Giuseppe Rensi e Giacomo Leopardi. L'irrazionalità del reale e la storia come caso*, in, A. Montano *Il prisma a specchio della realtà. Percorsi di filosofia italiana tra Ottocento e Novecento*, cit., pp. 249-259.

[75] Così, a partire dalle *Operette morali*: «Le cose non sono quali sono, se non perch'elle son tali. Ragione preesistente, o dell'esistenza, o del suo modo, ragione anteriore o indipendente dall'essere e dal modo di essere delle cose, questa ragione non v'è, né si può immaginare. Quindi nessuna necessità né di veruna esistenza, né di tale o tale, e così o così fatta esistenza… Niente preesiste alle cose. Né forme o idee, né necessità né ragione di essere, e di essere così o così. *Tutto* è posteriore all'*esistenza*», G. Leopardi, *Zibaldone*, 1613, 1616, pp. 265-267, cit., in G. Rensi, *La filosofia dell'assurdo*, cit., p. 62.

che esse si trovino nel punto o centro certo della *ragione*»[76]. La storia del pensiero filosofico occidentale, còlta da questo punto di vista, sarebbe segnata, nell'analisi dell'Autore, dal contemporaneo misconoscimento dell'inconoscibilità del reale e dalla negazione della pluralità e limitatezza dei singoli punti di vista, in nome del riasserito predominio della verità sull'opinione. Nel pensiero presocratico, così come in quello dei sofisti, si scorge la temerarietà dello spirito che si solleva dalla vicinanza con la mera datità, che si relativizza costituendo nell'uomo quel punto di vista, che è anche, nietzschianamente, vista del punto, preannunciando, in un certo senso, la rivoluzione copernicana di Kant, senza, però, cedere alle tentazioni dell'universalismo. Scrive Rensi: «Coi sofisti, l'umanità comincia ad acquistare il senso copernicano. *Qui*, *noi*, non è l'assoluto, non è tutto. *Qui* vale come là; *noi* come *loro*; la *nostra* verità come la *loro.* Quindi la *nostra* verità (nessuna *nostra*, la *nostra* di nessuno) non è la *verità*. Il centro della verità non è *qui*, attorno a noi, in noi»[77]. I sofisti, nell'interpretazione qui proposta, da un lato avrebbero per prima inteso la relatività dei costumi, la molteplicità delle forme in cui si danno gli enti mondani, negando ogni rapporto di 'familiarità'[78] col mondo. Dall'altro, non si sarebbero tirati indietro di fronte alla lacerata scissione che abita il reale, lasciando che ad operare in questo senso fossero i loro oppositori, maestri di quella metafisica arte di "alterare ottimisticamente la realtà" in cui furono maestri Socrate e Platone, preceduti in ciò, almeno stando all'interpretazione di Nietzsche, dal lavoro di corruzione dello spirito tragico, portato a compimento da Euripide, che portò tale 'ottimismo' sulla scena[79].

Portare la verità sulla scena del pensiero e della storia significa, in questo senso, negare teoricamente e lo statuto della contraddizione e l'antinomia costitutiva del reale, per ritrovarle, potenziate, nella pras-

[76] *Ivi*, p. 63.
[77] *Ivi*, p. 44.
[78] *Ivi*, p. 43.
[79] «Dioniso era già stato cacciato dalla scena tragica, cacciato da una potenza demoniaca che parlava per bocca di Euripide. Anche Euripide era in un certo senso solo maschera: la divinità che parlava per sua bocca non era Dioniso e neanche Apollo, bensì un demone di recentissima nascita, cioè Socrate. È questo il nuovo contrasto: il dionisiaco e il socratico, e l'opera d'arte della tragedia però a causa di esso», F. Nietzsche. *Die Geburt der Tragödie*, trad. it. *La nascita della tragedia*, a cura di G. Colli e M. Montinari, Milano, 2002, p. 83.

si: di tale cortocircuito di identità universalistica e contraddizione sarebbe imbevuta la ragione politica moderna, autoritaria in realtà proprio lì dove asserisce la libertà del singolo. È sulla base della struttura antinomica del reale che si trasforma in autoritaria quella filosofia politica che pone al centro del suo interesse la verità e la libertà del soggetto. Coerentemente col suo procedere, Rensi ravvisa come, nella filosofia politica moderna, la riasserzione della libertà e della piena autonomia del singolo nel cielo purificato dei concetti costituisca, nella prassi politica, un fortissimo movimento di misconoscimento dell'autoritarismo e del contenuto arbitrario del potere. La filosofia della libertà trapassa in autoritarismo. Rousseau[80], Kant[81], Hegel: Giuseppe Rensi individua le pietre miliari di quel processo di sostanzializzazione ed ipostatizzazione della razionalità del legislatore, pensata in grado di garantire e rappresentare non il soggetto nel proprio interesse particolare, quanto il "vero io" del singolo, anticipatore e legittimante la presunta eticità di molte delle forme politiche dello Stato novecentesco

Quale migliore supporto ideologico ad una pratica dell'autorità di quello, sulla cui base, nell'obbedienza alla legge, la "posta in gioco" sarebbe costituita dal "vero io" del cittadino, che, in tal modo, da soggetto (ossia da resto di pratiche d'assoggettamento) si trasforma, d'incanto, in libero cittadino? Quale violenza più sopraffattrice di quella esercitata in nome del bene dell'altro? Se nell'obbedienza, in questione è il "vero io" del sottoposto, ecco, im-mediatamente, redenta la sua obbligazione, la sua passività: il sottoposto è esonerato da

[80] Per un'introduzione complessiva al problema, cf. A. Biral*, Rousseau: la società senza sovrano*, in *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, a cura di G. Duso, Bologna, 1987, pp. 191-235.

[81] Si sostiene con vigore interpretativo la tesi della rilevanza del pensatore francese nella costituzione teorica dell'idealismo, tra l'altro, in G. Gurvitch, *Kant und Fichte als Rousseau-Interpreten,* in «Kantstudien»*,* XXVIII, 1922, pp. 138-164. Sottolinea la rilevanza della questione E. Cassirer, in Id., *Das Problem Jean-Jacques Rousseau,* in «Archiv für Geschichte der Philosophie», XLI, 1932, trad. it., *Il problema G. G. Rousseau,* Firenze, 1956. Cf., inoltre, R. Mondolfo, *Rousseau e la coscienza moderna,* Firenze, 1954. La stessa tesi è invece sminuita nella sua portata in J. de Vleeschauwer, *L'évolution de la pensée kantienne* (1938), trad. it., *L'evoluzione del pensiero di Kant,* Roma-Bari, 1976, p. 45: «È quindi Rousseau, ben più che Hume, ad essere responsabile del preteso scetticismo di Kant, che non è, alla fine, che un pessimismo passeggero». Per una ricognizione del rapporto Rousseau-Kant, cf. P. Pasqualucci, *Rousseau e Kant,* 2 voll., Milano, 1976.

ogni sforzo in questo senso, è esautorato da ogni possibile conquista di spazi di libertà e attività, perché ha *la* libertà. Dunque, gli basta obbedire.

Ma, ancora una volta, il presupposto di questo atteggiamento è di natura filosofica: è nel misconoscimento della pre-esistenza della realtà al soggetto, nella riaffermazione dell'assoluta centralità dell'io che si annidano i germi della pratica dell'autoritarismo politico e della "passivizzazione" del singolo. Al contrario, la passivizzazione cosciente del soggetto-assoggettato a realtà pre-esistenti, e, in fondo, razionalmente ingiustificabili, è motore d'attività. Da qui, la complessa dialettica di libertà ed autorità, dove l'una tende, costantemente, a rovesciarsi nell'altra. Scegliamo come punto di partenza l'io, la preminenza della sua dimensione volitiva, il misconoscimento di ogni sospetto nei confronti del suo volere? Cadremo nell'illibertà. Giustamente, per Rensi: «Implicitamente per Kant, esplicitamente per Fichte, la volontà, l'attività del volere, l'*io* effettua necessariamente il bene. La volontà è il bene: così si può riassumere il loro pensiero»[82].

Il correlato politico di questa prima mistificazione, ossia l'ottimistica mancanza di ogni dubbio in ordine al volere, è una seconda mistificazione, sulla cui base una successione di momenti unificanti sarebbe in grado di rappresentare nella sua verità ed integralità il "vero io" del singolo. Prima l'io comune, poi lo Stato stesso, sarebbero tutori e garanti della verità del singolo. Così, prima di ogni altro, in Rousseau: si è riflettuto abbastanza sull'equivoco sulla base del quale, per il filosofo francese, l'obbedienza alla legge è veicolata dall'asserzione che quest'ultima sarebbe il prodotto della volontà generale?

Riasserire i diritti di quella critica demistificante con la quale Alcibiade, stando alla narrazione di Senofonte, mette in difficoltà lo stesso Pericle, significa sostenere la tesi secondo la quale sono violenze e non prodotto della ragione. Per Alcibiade: «Le cose che i pochi impongono alla moltitudine, non colla persuasione, ma con la forza». Pericle annuisce, dando ragione all'incalzare del suo interlocutore, sostenendo come: «[…] ogni necessità che uno imponga ad un altro di fare certe cose, senza avercelo persuaso, sia che e scriva o no in forma di legge, ogni tale necessità mi pare che sia violenza piuttosto che leg-

[82] G. Rensi, *Autorità e libertà*, ed. a cura e con un'*Introduzione* di A. Montano, Napoli, 2003, p. 81.

ge»[83]. Questo "salutare" e "demistificante" scetticismo si rivela quando pensiamo alla legge supportata da un'entità dallo statuto epistemologico estremamente problematico quale la "volontà generale". Nella sua concreta declinazione politica, quest'ultima, si connota assai problematicamente, e quindi con estrema difficoltà, nel suo connotato qualitativo, non riuscendo a definirsi con precisione il soggetto deputato a definire cosa sia una volontà generale non numerabile, non sottoponibile a criteri "oggettivi" di verifica. Così, da fatto universale e non quantificabile, la volontà generale scade a semplice "volontà della maggioranza". Quando è pensata in questi termini, ossia come "volontà dei più", incappa nell'obiezione inoppugnabile sulla base della quale l'intelligenza non si somma (due teste, mille teste, tutte le teste messe insieme non pensano meglio di una) e il con-senso non riesce ad emendarsi dalla sfera dell'essere e, in quanto modalità del consentire, da quella del *sensus*. Alla radice di questo discorrere, vi è sempre la posizione precedentemente delineata, sulla base della quale l'unificazione del molteplice come pensato dai teorici del positivismo "etico" o "legalistico", dai cultori del "feticismo della legge"[84], è in realtà niente altro che un'ipostasi, un tentativo fittizio, e perciò ideologico, di "venire a capo", ossia di padroneggiare la molteplicità dell'opinare, sottoponendola all'Uno della verità.

Per Giuseppe Rensi, molto efficacemente: «Si finge di non vedere, così ragionando, che l'interesse comune, inteso in tal guisa, è una mera astrazione, una vuotissima genericità, un vero *flatus vocis*; che quello che si vuole non è il suono delle sillabe "interesse comune" (nel quale solo c'è la generalità del volere), bensì un determinato oggetto, che incarna costituisce, *è* l'interesse comune, ma circa il quale la generalità del volere non c'è più, perché l'incorporazione dell'idea di interesse comune nell'oggetto che la deve incarnare (la cosiddetta "sintesi *a-priori*" avviene nelle direzioni più diverse, cioè negli oggetti più incompatibili»[85].

[83] Id., *Lineamenti di filosofia scettica*, cit., p. 64.

[84] L'espressione è stata resa celebre da Gény, che però la riprende dalla riflessione positivistica, ed in particolare da Augusto Comte.

[85] G. Rensi, *Lineamenti di filosofia scettica*, cit., p 65. È possibile commentare questo passo del Rensi nell'ambito del parallelismo, più volte asserito, tra questa impostazione e certe tendenze dell'esistenzialismo francese ed in particolare con il pensiero di Jean-Paul Sartre: per il filosofo francese, rispetto all'essere, si danno totalizzazioni

Contrariamente alle pretese, in ultima analisi misticheggianti, di Rousseau, la capacità della volontà generale di costituire, in seno allo Stato, la verità dell'essere cittadino, è destinata allo scacco: la volontà generale non fa mai Uno, essa è sempre il prodotto della dialettica conflittuale di volontà particolari: come gonfiando l'io non si fa mai Dio, così, elevando ad universalità volontà per essenza particolari, non raggiungiamo mai l'universale. Per essenza, e non a caso, però: ossia, intendendo esprimere un punto di vista pienamente filosofico e non genericamente votato al pluralismo. Nel conflitto delle volontà particolari: «V'è sì, da ognuno dei lati opposti la *pretesa* che la propria volontà sia e debba essere generale. Ma questa pretesa d'ognuno è neutralizzata dalla uguale pretesa d'ogni altro. In fatto, le volontà cozzanti e pugnanti, non si sono mai vedute, né mai si vedranno fondersi in quel mistico parto di letteratura filosofica che è la "volontà generale"»[86]. Al tempo stesso, però, parlare di "contratto sociale" significa, in Rousseau, superare ogni elemento convenzionalistico nella direzione della costituzione di un "io comune" (*moi commune*), prodotto di un'aggregazione di soggetti non più particolari, ma che si costituiscono in una determinazione razionale, universalizzante, dove però tale universale si costituisce come fondativo di un nesso sociale segnato dall'univocità e dall'organicità. La teoria del contratto sociale ha la tendenza, in altri termini, a trapassare in una teoria dello spirito oggettivo. Diventa momento fondativo dell'idealismo. Diventa costitutivo di quell'autoritarismo implicito all'affermazione della volontà e dell'onnipotenza dell'io. L'affermazione della libera volontà si trasforma nel suo contrario in Kant, nella misura in cui la volontà universale è chiamata a sanare la *coupure* che si da tra la rivendicazione di autonomia del soggetto e l'obbedienza ad una obbligazione che non deriva dal soggetto stesso. È solo perché il soggetto dell'obbligazione è la volontà universale che il soggetto può costituirsi contemporaneamente libero ed assoggettato. Ma ancora una volta, ciò che accade è

solo parziali, mancando, strutturalmente, ogni possibilità di «totalizzazione di tutte le totalizzazioni parziali». Ciò è vero, per l'intellettuale esistenzialista, anche in estetica, infatti (J. P. Sartre, *Penser l'art. Entretiens*, «Obliques», nn. 25-25, Paris, 1981, p. 16): «*La Beauté est une unification totalisatrice donnant à travers cette totalisation le spectre d'une totalité qui n'est jamais atteinte; et c'est dans le rapport entre totalisation et totalité que je trouverais l'idée de Beauté*».

[86] G. Rensi, *Lineamenti di filosofia scettica*, cit., pp. 79-80.

che si giustifica una libertà reale per il semplice tramite di un'interpretazione intellettuale: la considerazione etica dell'agire implicherebbe, quasi magicamente, la costituzione di un soggetto 'autonomo', 'libero'. L'eteronomia si trasforma in autonomia sulla base di un gioco di prestigio: nella misura in cui la legislazione pratica presuppone esseri ragionevoli, essa si costituirà come momento dell'esplicazione del superamento del singolo della sua natura particolare, incline all'eteronomia, schiava del bisogno. Così, si sono aperte le porte all'affermazione dell'idealismo: la piena espressione dell'assoluta libertà coincide con un impulso sul quale non giace alcun sospetto, quello dell'infinito potenziamento dell'io, del suo impulso sempre rafforzato a volersi volente. Luogo "elettivo" di siffatta affermazione è considerato lo Stato. Osserva Rensi: «Sinora, come abbiamo visto, la vita dello spirito, ragione od *io*, è assolutamente libera, nessuna costrizione le si impone, e non ha che da essere libera. È tale ovunque essa si trovi, cioè in ogni uomo. Se ora gli uomini mettono in comune e fanno esistere al di fuori del sacrario della loro coscienza, nel mondo esterno, quel tanto del loro *io*, spirito o ragione che è suscettibile di avere una siffatta esistenza esteriore, questo tanto di ragione o spirito, comune a tutti, che vien ora fatto esistere d'un'esistenza esteriormente oggettiva, è la legge, le istituzioni politiche e sociali, lo Stato. La legge, lo Stato, adunque, sono ciò che vuole la ragione di tutti, l'*io* di ogni uomo. sono il volere della ragione di tutti. Sono la stessa volontà della ragione od *io* d'ognuno. Poiché sono ciò che questo vuole, così sono effettuazione della sua libera volontà, della sua libertà. Anche la legge è la stessa cosa della volontà sovrana e libera, ossia della libertà dell'*io*, come lo era la verità e la morale»[87]. Così, anche una volontà palesemente immorale, come quella di Cesare Borgia o di Napoleone, diviene nello Stato morale perché si erge a paradigma della "ragione di tutti". D'altra parte, l'individuo, vincolato, ridotto ad oggetto nel mondo delle relazioni economiche e sociali si riscatterà teleologicamente e sarà fine per l'altro soggetto nello Stato. Dunque, nell'obbedienza non è più questione di potere, ma di verità, il 'devi' cui ci obbliga la legge presuppone la dimensione del padroneggiamento dell'essere del singolo. Al tempo stesso, anche nel disobbedire è questione di verità. Il trasgressore non è tale contro un potere, ma trasgredisce contro la sua

[87] G. Rensi, *Autorità e libertà*, cit., p. 80.

stessa essenza, contro la sua stessa natura, contro la sua verità. Ecco: la filosofia della libertà trapassa in autoritarismo.

Si era partiti dalla considerazione sulla base della quale: «[…] l'*io*, o coscienza, o ragione, cava e deve cavare unicamente dal suo proprio fondo, sviluppa e deve sviluppare la sua attività unicamente attingendo da sé. Nulla di esteriore ad esso *io* o ragione, ossia nulla di materiale o di empirico, deve premere su di esso, determinarlo e sottoporlo; ma esso deve invece, in perfetta indipendenza da tutto ciò che non è esso (cioè dall'elemento empirico) svolgere la sua intima potenzialità»[88]. Alla base, una mistificazione del rapporto tra attività e passività, tra schiavitù e libertà: si rivendica, astrattamente, la libertà del soggetto e la sua attività, considerando lo Stato, novello "paradiso terrestre" luogo elettivo di tale passaggio dalla passività alla libertà. Ogni determinazione, ogni determinismo è aborrito, nell'anelito redentivi della rivendicazione della libertà del soggetto. Devi volere! Devi essere libero! Si tratta dell'ideologia sottesa ad ogni statalismo: ecco come si materializza il nocciolo teologico e valoriale, intrinseco ad ogni positivismo giuridico, incluso quello di matrice formalistica.

Così, della coscienza individuale, l'idealismo propugna come: «Sviluppando unicamente da sé in assoluta autonomia rispetto all'elemento da esso diverso, ossia empirico, è in perfetto stato di libertà». Il nesso tra teoria e politica si stringe, dimostrando la sua coerenza: la riaffermazione della superiorità dell'elemento razionale su quello sensibile, la riasserzione della superiorità della verità di fronte a costume ed alla certezza da un lato, di fronte all'arte dall'altro, si costituiscono come *pendant* teorico di una liberazione che ha luogo solo nel cielo dei concetti, ma che interdica autoritativamente nella prassi tale movimento. La violenza nella pratica è sempre in rapporto all'esercizio di violenza nella teoria: la verità è quella particolare opinione, quel determinato sentire che, nel costituirsi come vero, avoca a sé una matrice concettuale di radicale alterità nei confronti di ciò da cui deriva.

In questa critica della volontà generale come 'fabbricazione', così ben delineata dal Rensi nel 1919, nei suoi *Lineamenti di filosofia scettica*, si ribadisce, seppur implicitamente, un orientamento di fondo condiviso da un altro autore francese, esponente anche lui del reali-

[88] *Ivi*, p. 78.

smo giuridico, Léon Duguit. Il giuspubblicista di Bordeaux pubblica, nel 1917, un importante saggio in ricostruisce le teorie giusfilosofiche che avrebbero propiziato l'affermazione dello Stato-nazione nella forma assolutista e pangermanista, che avrebbe determinato a Grande guerra, a partire dall'opera di Jean Jacques Rousseau[89]. Tale scritto fu prima pubblicato in inglese e poi riproposto in francese, in due contributi, di cui il primo titola *Jean Jacques Rousseau, Kant ed Hegel*, in cui Duguit riasserisce la medesima gerarchia concettuale tra gli autori delineata da Rensi. È singolare notare come quest'ultimo, già nel 1914, e quindi tre anni prima dell'uscita dell'importante *The Law and the State*[90] faccia i conti, sull'argomento, con la dottrina del giuspubblicista francese, tacciato, nella sua *pars costruens*, nella sua ricostruzione del fenomeno normativo, di riproporre il tanto criticato modello della rousseauiana volontà generale. Così: «Amiamo qui rilevare come la stessa recente dottrina del Duguit, non ostante le apparenze contrarie, costituisca una luminosa conferma della concezione del diritto come volontà universale»[91]. Rensi considera "acerba" la critica del Duguit alla teoria della rousseauiana "volontà generale", "finzione metafisica", totalmente assimilata alla modalità rappresentativa del suffragio universale. Citando *Les trasformation du Droit Public*[92]*,* con il quale il pubblicista bordolese intende rendere ragione della direzione del mutamento degli istituti di diritto pubblico, Rensi plaude alla concezione, ivi espressa, secondo la quale la legge, votata dall'assemblea del popolo è una concrezione normativa votata comunque da una maggioranza quantitativamente intesa, fatto che, da un punto di

[89] In questa fase del pensiero rensiano è da registrare una posizione assolutamente comune ai due pensatori riguardo all'intervento tedesco contro il Belgio del 1915, che ebbe luogo in violazione della norma *pacta sunt servanda*, considerata dallo stesso Kelsen alla base del diritto internazionale. Per quanto riguarda la posizione del giuspubblicista bordolese, relativamente all'invasione tedesca del Belgio, cf., a titolo esemplificativo, L. Duguit, *Souverainité et liberté*, *Leçons faites à l'Université Columbia (New-Jork) 1920-1921,* trad. it. *Sovranità e libertà*, a cura di V. Rapone, Torino, 2007, p. 109 e ss.

[90] Si fa qui riferimento ad un importante saggio di L. Duguit, *The Law and the State*, (trad. it. *Il diritto e lo Stato*, a cura di V. Rapone, Soveria Mannelli, 2012) pubblicato prima integralmente in inglese e poi riportato in originale, diviso in due saggi, nella *Revue de droit public*, negli anni 1918 e 1919, con i titoli, rispettivamente, di *J. J. Rousseau, Kant et Hegel* e *La doctrine allemande de l'autolimitation.*

[91] G. Rensi, *Autorità e libertà*, cit., p. 177.

[92] Cf., sul punto, L. Duguit, *Les trasformation du Droit Public*, cit.

vista empirico, altro non vuol dire se non che la volontà di un certo numero di individui ha la forza di imporsi su altri, sotto l'egida di una legittimazione universale dal trattofantasmatico. Anche dove si raggiungesse l'un-animità, essa sarebbe sempre il prodotto della somma di volontà individuali, non munita di una suvvalenza qualitativa nei confronti di eventuali oppositori. Duguit, in altri termini, condivide con Rensi il presupposto sulla cui base "i tutti non fanno il Tutto" ed il con-senso anche unanime è sempre nell'ordine del particolare e mai della verità.

Ciò che rileva è che proprio nella concezione del fenomeno normativo del giuspubblicista francese si intravedono i tratti malcelati di una più raffinata affermazione della volontà generale di Rousseau e dei suoi sversamenti idealistici. È nella misura in cui Duguit tenderebbe ad ancorare la legittimità sostanziale delle concrezioni statuali ad un principio sottostante come quello solidaristico, pensato come immanente ed antimetafisico, che riprodurrebbe l'idea di un nesso organico tra diritto e società. Nella misura in cui il pensiero centrale del Duguit è quello secondo il quale lo Stato, i suoi organi e le sue istituzioni altro non sarebbero che un sistema, funzionale e non sostanziale, di soddisfazione dei bisogni (bisogni, si badi bene, e non desideri) della collettività sottostante, si ha che: «La dottrina del Duguit è, dunque, veramente il trionfo del concetto del diritto come volontà universale, perché, in quanto interpretazione dello Stato esistente, è la dimostrazione che nessuna teoria lo spiega tranne quella che lo concepisce come la formazione e lo strumento delle esigenze (cioè della volontà) della collettività, e, in quanto segna un indirizzo all'evoluzione futura del diritto, esprime la tendenza a togliere del tutto al governo ogni possibilità di resistere alla volontà sociale»[93].

Non interessa qui esprimere assenso o dissenso nei confronti dell'interpretazione del Rensi, che pure non si condivide per intero: ciò che ci interessa evidenziare è come anche una teoria considerata molto avanzata in quegli anni sia tacciata di organicismo, posta in serie e considerata come il perfezionamento di un processo di eticizzazione del legame sociale cui avrebbero contribuito non solo Rousseau, Kant, Fiche, Hegel, ma anche, allo stesso titolo, i teorici dello Storicismo giuridico tedesco, con in prima linea il Savigny. L'opposizione tra

[93] G. Rensi, *Formalismo e amoralismo giuridico*, cit., p. 189.

questi ed Hegel è giustamente relativizzata, in nome di una costituzione allo stesso tempo etica e olistica del legame sociale comunitario, organicamente inteso, segnato da una tra svalutazione in senso valoriale della forza. L'importanza di questa posizione si rivelerà a proposito della ricostruzione dell'articolazione del rovesciamento della "filosofia dell'autorità" in "filosofia della libertà", nonché della stessa definizione "realistica e scettica" del fenomeno normativo, offerta dall'Autore di *Autorità e libertà*.

5. *Il senso della critica. Realismo e decisionismo a confronto*

Sono, dunque, "scetticismo e realismo", le matrici filosofiche cui Rensi attinge per articolare quel particolare passaggio che consente ad una "filosofia dell'autorità" di trapassare in "filosofia della libertà". È importante rilevare, come, ancora una volta, il realismo di Rensi sia un realismo mai generico[94], quanto, al contrario, una posizione filosofica interna al soggetto "moderno", che tende a sua volta ad articolare una posizione soggettiva: non siamo di fronte ad un realismo *tout-court*, quanto ad un articolato di pensare realisticamente all'interno del "discorso filosofico della modernità"[95]. Tale soggetto, epistemico e politico, resta nell'analisi di Rensi radicato nello Stato e nella fedeltà alle istituzioni. Con ciò, si intende, in primo luogo, specificare come tutto il movimento, oggettivo, cioè storico-sociale, e teorico, che porta una parte della riflessione giusfilosofica del suo tempo a cercare "oltre lo Stato" una modalità fondativa del diritto, è lontana dalla prospettiva del Rensi. Altra questione che si desidera rilevare sull'argomento è come questa tensione all'edificazione di un soggetto, realisticamente fondato, non scemi mai, se non proprio nella sua fase di adesione al fascismo, che, dal punto di vista storiografico, ben si qualifica come 'decisionista'. Certo, la fondazione etica che costituiva, comunemente, diritto e morale, progressivamente, viene meno, così come viene meno la tensione giusnaturalistica che pure aveva animato il Rensi oppositore dell'idealismo in nome della trascendenza. Ma di una vera e propria

[94] Id., *Realismo*, Milano, 1925.

[95] Da qui l'interesse di Rensi per l'opera di J. Royce, *Lo spirito della filosofia moderna*, Bari, 1910, di cui cura la traduzione, integrandola con una assai esemplificativa *Prefazione*, del 1909.

deriva nichilistica, sulla quale la critica ha sempre più battuto negli ultimi anni, a parere di chi scrive, è corretto parlare più al riguardo dei primi anni '20 che per tutta la sua opera, precedente e successiva alle riflessioni di testi contestuali all'adesione di Rensi al fascismo, quali *Filosofia dell'autorità*, nonché *Principi di politica impopolare.* Anche l'interpretazione di Nietzsche come filosofo della volontà di potenza è pregna della considerazione che il valore sia un ente che affermativamente si strutturi in virtù della sua cogenza su di un piano puramente fattuale, ma tale interpretazione è da leggersi, nella prospettiva qui proposta, in senso scettico e non nichilistico.

Cominciamo dal primo punto: Giuseppe Rensi è l'Autore che, lo abbiamo visto, seppur di sfuggita, in nome dello Stato stesso, ripudia il fascismo[96]. Se, come abbiamo più volte sottolineato, il realismo critico è realismo non ingenuo, non ontologico, esso è costitutivo di un soggetto, e per il Rensi questo soggetto è legato ad un'assoluta preminenza, seppur rilevata in ultima istanza, dello Stato quale pivot del sistema delle fonti. Quella di Rensi resta una delle possibili interpretazioni della crisi dello Stato e, da questo punto di vista, pur nella radicale diversità che connota i due autori, il suo pensiero potrebbe esser assimilato a quello di Silvio Trentin[97], coraggioso oppositore del fascismo ed acuto e serio interprete della crisi dello Stato, in chiave essa stessa statalista. Per Rensi, il problema è, semmai, quello di qualificare il rapporto tra Stato e diritto, affinché si costituisca quale entità politica limitata in un senso a tratti affine a quello del liberalismo (da qui i suoi riferimenti al Mill e al v. Humboldt[98]). Lo Stato che deve essere limitato dall'esterno, dalla benefica influenza dei costumi, dalla presupposizione di una realtà sociale che gli preesiste necessariamente, non è però, uno stato "imbelle", come lo Stato liberale che consente l'avvento del totalitarismo.

[96] Per una lapidaria testimonianza di tale distacco, cfr. G. Rensi, *Il Critone. Critiche al fascismo*, in «La Sera», 5 gennaio 1922, poi ripreso in Id., *Teoria e pratica della reazione politica*, Milano, 1922.

[97] Cf., S. Trentin, *La crisi del diritto e dello Stato*, cit.

[98] Rensi fa qui riferimento alla concezione elaborata da W. von Humboldt (1767-1835), nel suo importante *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen* (1850), in cui si elabora un'idea dello Stato di diritto, che libera l'individuo da ogni concezione paternalistico-eudemonista del potere. Cfr., sull'argomento, W. von Humboldt, *Werke in fünf Bände*, a cura di A. Flitner, K. Giel, Stuttgart, 1960-1981, trad. it., *Stato, società e storia*, a cura di N. Merker, Roma, 1974.

In questo senso, Rensi afferma con veemenza le ragioni del realismo scettico contro quelle del totalitarismo; così :«Lo Stato, il quale, conscio che non esiste una ragione *una*, uno spirito *uno*, assoluto, che come tale quindi sia quello che *deve* esistere in tutti, che perciò un uomo, sicuro di possederlo, abbia diritto di imporlo agli altri; conscio invece che la ragione non è *una* ma *più*, che esistono *più* ragioni ciascuna delle quali è *ragione* con la medesima legittimità dell'altra; ponendosi su tale terreno realista, irrazionalista o scettico, partendo dal quale solo è possibile approdare nel campo politico pratico a queste conclusioni; capisce che l'azione e l'autorità dello Stato deve essere limitata da poche cose essenzialissime della convivenza sociale, e, per tutto il resto, poiché sa che non c'è una ragione *una*, che non c'è *la* ragione, che esso non ne è in apodittico e sovrano possesso – per questi motivi pei quali cadde l'Inquisizione – lascia spazio alla libera azione sociale ed all'anticonformismo»[99]. Se la filosofia dell'autorità, che si costituisce per trapassare nella libertà, è antirazionalista (e, si badi bene, non irrazionalista) è perché è legata a doppio filo ad una ragione avvertita in senso realistico, che non si costituisce come attiva, indipendente, autocratica nei confronti della realtà. Scrive Rensi: «Si vide pure che la filosofia dell'autorità è tale nel senso che essa è antirazionalismo, più che irrazionalismo. Nel senso cioè che essa dice: la ragione od *io* prende e deve prendere ogni contenuto dal di fuori di sé, dal campo empirico: anziché possedere rispetto a questo quell'assoluta indipendenza da esso, in cui consiste la "libertà" per la "filosofia dello spirito", è da esso totalmente dipendente; il fatto esteriore, empirico, totalmente la domina e la dirige e deve dominarla e dirigerla; senza questo e la sua guida essa non approda a nulla, nulla ricava dal suo fondo, anzi, non è nulla»[100]. Esiste un nocciolo di valori che sono e restano intangibili, che nessun principio di maggioranza può violare: il principio dell'"individualità garantita" costituisce un nucleo di valore intangibile, che, se necessario, sarà garantito autoritativamente, e non oltre, tramite l'uso della forza. Entriamo, a questo punto, nel nucleo teorico, che anima, al fondo il presente lavoro. A questo proposito, quando, si parla di difesa autoritativa di un nucleo di valori giuridici, quando si parla di Stato organico come di quello Stato che tale nucleo

[99] G. Rensi, *Autorità e libertà*, cit., p. 117.
[100] *Ivi*, p. 118.

garantisce, quando si fa riferimento alla decisione politica ed a quella mitologia che le pertiene, si è sostenuti dall'irrazionalismo, dalla riaffermazione della costituzione politica del fenomeno normativo, o da un antirazionalismo solidamente articolato sul piano filosofico?

Di certo, il costante ricorso ai costumi, alle consuetudini, alla religiosità, alle ragioni della maggioranza, costituisce una sfera di relazioni che limita la ragione politica, che è obbligata a costituirsi come recettiva e tollerante, intendendo la tolleranza non nel senso borghese del termine. Sull'infondabilità logica dell'ordinamento, sulla sua inseità, non c'è ragione che tenga, di qui il ricorso al fondamento autoritativo del diritto ed alla decisione politica quale strumento ultimo di conservazione dello Stato. Ma non è la decisione costitutiva del legame sociale in senso organicistico.

Al contrario, a questo discorso, rimane premessa la considerazione del radicale svuotamento antiorganicistico di tutta la dimensione comunitaria, organica, operata da Rensi contro il pensiero storicista ed idealista. L'affidamento ad un legame sociale di stampo *coutoumier* va nella direzione dello svuotamento e non della costituzione della sostanza, etica od organica della società.

È vero che la fondazione etica del diritto in Giuseppe Rensi scema progressivamente negli anni, a favore di una considerazione realista del fenomeno giuridico, in cui emerge sempre più la stringenza del rapporto tra diritto e forza. Ma in Rensi, come accennato in precedenza, una vera e propria assimilazione dei due termini si ritrova solo ed esclusivamente nella sua fase di adesione al fascismo, e cioè al livello della sua *Filosofia dell'Autorità*. Il problema, di natura interpretativa, è in siffatto modo predicabile: quale Rensi relativizzare? A partire da quale momento interpretare gli altri? Si ha buon gioco nel sostenere come in Rensi, progressivamente, la considerazione di una radica etica comune tra diritto e morale si affievolisca. Ma per che cosa? In quale direzione? Dalla pur giusta osservazione, secondo la quale: «Da posizioni giusnaturalistiche Rensi è ormai passato ad un netto positivismo: il diritto naturale, il diritto razionale, l'idea di giustizia in sé, dello Stato giusto, del diritto giusto, l'idea di giustizia sono espressioni ormai prive di senso, puri *flatus vocis*»[101], siamo necessitati a dedurre

[101] M. Pasini, *Norma, autorità e "pazzia": la meta-etica di Giuseppe Rensi*, in *L'inquieto esistere,* cit., p. 31.

che, unilateralmente, «Il diritto trae le sue ragioni dal fatto: la 'giustizia' è mera necessità della società di difendere se stessa; nessuna valenza morale può esserle attribuita, perché è impossibile agire sulla coscienza del reo attraverso la pena»[102]?

Sembra invece di poter asserire come la messa in crisi dei criteri eticizzanti ed astratti di fondazione del diritto sia funzionale ad una qualificazione immanente del fenomeno giuridico, ricondotto "salvificamente", cioè criticamente, all'uso della forza, ma quasi mai unilateralmente appiattito su di essa. La critica alla giustizia, intesa nel senso di verità sostenuta da una pretesa universalizzante, nonché ad un determinato modo di intendere il diritto naturale sono prelusivi, sempre, della qualificazione della forza stessa. È facendo costante riferimento a due autori, che Rensi pensa questo movimento: Jhering e Stammler[103]: partiamo da Stammler.

Scrive Rensi, ancora nel suo: *Autorità e libertà*: «Tutti questi caratteri distintivi di ciò che, pur generato dalla forza, è diritto, in confronto di ciò che è mero arbitrio, si concentrano forse nella domanda dello Stammler. Il quale, dopo aver costatato che il diritto è coazione ('*Zwangsbefehl*'), quindi atto di forza, si preoccupa appunto di vedere come si distingua dagli altri comandi coattivi quello che è 'diritto', quali note dunque rendano possibile di separare il 'diritto' dagli atti d'arbitrio soggettivi. La sua soluzione è la seguente. Siamo in presenza del mero arbitrio, e quindi di una forza bruta, quando colui che emana la prescrizione "non considera questa come una norma che debba obiettivamente vincolare le relazioni degli uomini, ma piuttosto vi dà

[102] *Ibidem.*

[103] R. Stammler (1856-1938), fu teorico neo-kantiano della indipendenza del diritto dalla sfera economica, considerando la sfera normativa condizione *a priori* dell'esperienza sociale. Il suo sforzo fu teso ad una ricostruzione formale della scienza del diritto e del rapporto di quest'ultima con la giustizia. Secondo Fassò: «L''idea' del diritto (ossia la giustizia) non ha un contenuto determinato come nel giusnaturalismo tradizionale; al pari del concetto, essa è puramente formale. Con espressione divenuta celebre, lo Stammler in una delle sue prime opere aveva chiamato questo "diritto giusto (*richtiges Recht*)", a cui è intitolato uno dei suoi libri più noti [*Die Lehre von dem richtigen Rechte* (1902, rielab. 1926)], "diritto naturale con contenuto variabile (*Naturrechtmit wechselndem Inhalte*)», cit., in G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento,* cit., p. 222. Tra le altre opere dello Stammler, ricordiamo, seppur incidentalmente, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtauffassung*, Leipsig, 1896, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911.

significato d'un soggettivo appagamento dei desideri del detentore del potere mediante il vincolo imposto solo ad altri»[104]. Al contrario, per Stammler, saremmo nell'ambito del diritto, ove: «[…] egli stesso che comanda vuole essere vincolato dalla regola da lui emanata; […] allorché chi comanda non è vincolato, si tratta di forza bruta d'arbitrio; non c'è un comando che abbia una validità inviolabile e quindi non c'è diritto. Colui che comanda dev'essere anch'egli vincolato al comando; finché sta per i sottoposti, deve stare anche per coloro che comandano»[105]. Si evidenzia come nel concetto di inviolabilità del comando (*Unverletzbarkeit*) risieda l'essenza del giuridico in Stammler per il quale, evidentemente, vale la superiorità della sfera normativa e non vi sono aree franche, né di natura politica, né di carattere decisionistico-normativo[106].

Un discorso similmente articolato lo si può fare anche a proposito di Jhering: è possibile notare come nell'ambito di un movimento di progressiva fuoriuscita dalle categorie idealistiche tradizionalmente fondanti il diritto naturale, Rensi segua il movimento del giurista tedesco, teso, nella fase 'antiformalista' del suo pensiero, a qualificare in senso immanente il rapporto tra diritto e forza, senza appiattirli l'uno sull'altro. Il confronto tra un saggio di Rensi del 1914, dal titolo *Forza e diritto*, con la *Conclusione* de *L'amore e il lavoro nella concezione scettica*, testo, si badi bene, del 1933, è illuminante a tal riguardo. Per il Rensi del 1914, che legge bene lo Jhering di *Der Kampf um's Recht*[107], si ha che: «Per lo Jhering il diritto non è la forza, sebbene egli si sia lasciato andare qua e là ad espressioni le quali farebbero credere che tale sia il suo pensiero. Ma in realtà, per lui il diritto è un "principio di volontà subiettiva", un "sentimento giuridico interno e soggettivo", il "sentimento della ragione propria fondato sulla conservazione delle proprie forze e tendente al mantenimento dei frutti di queste. […] L'uso della forza, per questa dottrina, è l'indizio esteriore dell'esistenza del sentimento interno del diritto (e ciò è perfettamente

[104] G. Rensi, *Autorità e libertà*, cit., p. 125.

[105] *Ibidem*.

[106] Per una ricognizione del rapporto tra decisione e sfera normativa, interna ai quadri concettuali del positivismo giuridico, si faccia utilmente riferimento a A. Catania, *Decisione e norma*, Napoli, 1979.

[107] Cf., R. von Jhering, *Der Kampf um's Recht*, Wien, 1891, trad. it., a cura di R. Racinaro, *La lotta per il diritto e altri saggi*, Milano, 1989.

vero anche oggi, poiché all'attacco di un nostro evidente diritto sentiamo l'impulso, spesso invincibile, di opporre immediatamente la forza; ma non è affatto, l'uso della forza, *la stessa cosa* di questo interiore sentimento giuridico»[108]. In termini ancora più espliciti, per Rensi: «[…] l'aggiunzione della forza non costituisce dunque l'essenza del diritto, ma, tutt'al più, il modo con cui questo dà esteriormente manifestazione di sé. […]. È chiaro, adunque. Il diritto, per Jhering, è un sentimento, una qualità, un'entità, che *non* è la forza. Il diritto è, perciò, una cosa, e la forza, *un'altra*, spesso staccata da lui e che viene in suo soccorso per il valore intrinseco e indipendente della forza (che *ora* non ha) appartenente a quella entità per sé stante, che è il diritto. Non la forza fa, quindi, il diritto»[109].

Alla luce di quanto detto, guardiamo, ora, la *Conclusione* de *L'amore e il lavoro nella concezione scettica*: Rensi critica l'utopismo intrinseco nel marxismo, negando che il proletariato possa, concretamente, costituirsi come classe universale. Lo fa, citando Jhering e Nietzsche: siamo per questo in un ambito segnato dal nichilismo? Siamo nell'irrazionalismo quando affermiamo, con Nietzsche, che di *diritto* si può solo cominciar a parlare, quando uno di quei sentimenti, nel conflitto con gli altri, per mezzo della lotta e della forza si traduca in legge, in costituzione politica. Nel 1933, Rensi asserisce come diventi sempre più chiara la 'verità' (si badi bene, la verità), non solo di Ehrlich, e di Cruet[110], autori che, in area tedesca e francese hanno asserito

[108] G. Rensi, *Forza e diritto*, in «Cultura filosofica», n. 3, 1915, p. 221. Circoscrive la portata della sanzione negativa in Jhering A. Catania, *Manuale di filosofia del diritto*, Napoli, 1995, p. 286: «La concezione jherinhiana, che vede lo Stato come origine del diritto e addirittura come destinatario del diritto stesso (gli organi) è riflesso del suo tempo storico: lo stato bismarckiano autoritario e accentratore; Jhering non può non constatare quanto il diritto del suo tempo sia lontano dalla cosiddetta premialità; e però il fatto che Jhering fosse un grande conoscitore e studioso del diritto romano, non poteva non condurlo a considerare la sanzione *negativa* come, in linea teorica, una possibilità e non una necessità esclusiva per il diritto, e ad auspicare per il futuro un ritorno, come appunto ai tempi dei romani, ad una regolamentazione *giuridica* e non meramente *sociale* della premialità». Per un'introduzione complessiva al complesso rapporto che struttura la reciprocità di forza e diritto nella filosofia giuridica del '900 cf., dello stesso Catania, *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del '900*, Napoli, 1990.

[109] *Ivi,* pp. 220-221.

[110] Rensi si riferisce qui ad un altro testo, che scandisce una tappa di notevole importanza nel tentativo di ridefinire in senso non statalista la gerarchia delle fonti, e che

la necessaria limitazione della legge, e cioè del diritto statuale di fronte a quella "normatività diffusa", propria delle aggregazioni sociali e anti-statuali, ma di tutti gli esponenti del realismo giuridico. Permane, però, qualcosa di essenziale: il diritto è ancora espressione di un *sentimento giuridico*, mai di pura forza. Rispetto al saggio del 1914, è d'uopo riconoscere che il diritto viene sempre visto, sul piano fattuale, come l'esteriorizzazione non di rapporti di forza, quanto di quel sentimento giuridico cui Jhering fa riferimento. Ciò che varia, radicalmente, è che la giustizia è sentimento giuridico tra gli altri: viene a mancare ogni tipo di riferimento trascendente, per cui la giustizia stessa, che si trova equiparata, a questo punto, al sentimento del giusto, è lasciata alla dialettica immanente delle forze che strutturano in campo in cui tale sentimento si costituisce. Il realismo di Rensi resta irrimediabilmente segnato da una salvifica impalcatura scettica, che evita ogni scivolamento in direzione irrazionalistica o nichilista. Il diritto come fenomeno si formula sulla base di condizioni di fatto che lo foggiano e che lo determinano: ciò che vale come giusto, senza esserlo mai, non riposa su un fondo razionale, ma sulla ineludibile contingenza storico-sociale; così: «… Ma esso concetto non significa già che qualunque *pazzia* possa esser fatta diventare diritto da una sua decisione *volontaria* dell'autorità della maggioranza o del detentore del potere; bensì significa che nella sfera della ragione pura trovano *ugualmente* luogo alcune opposte soluzioni di diritto o di ordinamento sociale, dal punto di vista della *ragion pura*, tutte *isostenicamente* valide tra le quali la scelta è operata dall'autorità delle circostanze empiriche, extrarazionali, dianzi menzionate, dal fatto 'volontario'. Che vi siano soluzioni e decisioni le quali esorbitano interamente dalla sfera della ragione e non possono in alcun modo trasformarsi in diritto, è cosa di cui lo scetticismo non può dubitare, precisamente come non può stare in dubbio se, per avventura, anche la soluzione 2+2=5 abbia sede nella sfera della ragione, sia pari in valore a quella 2+2=4, l'una e l'altra siano *isosteniche* e bisogna tra l'una e l'altra considerare l'*epoché*»[111].

È questa una resa al nichilismo? O forse questo movimento, che intende render ragione della costituzione oggettiva del diritto, deve

anche per Ascoli costituisce un importante punto di riferimento. Cf., dunque, J. Cruet, *La vie du droit et l'impuissace des lois*, cit.

[111] G. Rensi, *Apologia dello scetticismo*, cit., p. 122.

però esser sempre pensato, ancora una volta, in senso critico, dal punto di vista demistificante ed avvertito del filosofo che vuole svuotare di essenza etica la costituzione del legame sociale. Rensi, ancorato al più rigido statalismo, non riesce a fornire, nei suoi scritti ultimi, un criterio di qualificazione che consenta di separare forza e diritto. Questa differenza, che non svanisce mai, diventa sempre più labile, ma deve sempre esser còlta a partire da un realismo 'critico', e, cioè, dall'esistenza di un soggetto la cui stessa irruzione è frantumazione dell'ordine oggettivo, e, quindi, di ogni assimilazione ingenua di forza e diritto. Nell'ambito dell'*isostenia* tra le possibili soluzioni possibili, quella che è sostenuta dall'idea di giustizia esisterà come le altre, e la lotta per il diritto resta, con Jhering, la lotta perché il legame del singolo con l'ideale si conservi, contro ogni trascendentalizzazione della soggettività, che intenderebbe regolare e garantire l'accesso alla sfera ideale. Se non il rapporto tra ordinamento concreto e ideale di giustizia non è configurabile se non meccanicamente, è del singolo la possibilità di battersi a morte perché non perisca la possibilità di valorizzazione determinata dal rapporto con l'ideale.

Il fatto non è mai diritto: la deriva nichilistica non riguarda il Rensi analista del rapporto tra forza e diritto. In questo senso, si ritiene l'esito scettico del Rensi profondamente segnato dalla ragione, mentre l'obnubilamento di questa frattura tra essere e dover essere, tra vigilanza critica e realtà sarebbe da scorgersi solo nella fase della sua adesione al fascismo, e quindi al livello, soprattutto, de la *Filosofia dell'autorità*[112]. A scagionare del tutto il Rensi dall'accusa tanto di adesione acritica al regime fascista, quanto di un'identificazione immediata tra diritto e forza, è il giudizio che della posizione del Nostro dà un fascista convinto e, entro i limiti del possibile, rigoroso: Sergio Panunzio, docente in quegli anni di Filosofia del diritto nell'Università di Ferrara. È dalla sua posizione, quella di una dottrina legata al

[112] Ciò, senza negare validità all'analisi di Cacciari, secondo la quale, ad esempio: «La Guerra è interpretata da Rensi in una chiave prettamente schmittiana. La *Filosofia dell'autorità* del 1920 è del tutto comparabile, sotto il profilo del suo impianto teorico, non certo sotto quello dell'erudizione giuridica, con *Die Diktatur* di Schmitt, del 1921», M. Cacciari, *Il disincanto di Giuseppe Rensi*, in *L'inquieto esistere*, cit., p. 20. In questione è se questa posizione possa costituirsi come pietra di paragone dell'opera del Rensi, colta nella sua globalità, o la si intenda riferire ad un Rensi 'incantato', in tempo e in uno spazio circoscritto, dalle muse fasciste.

sindacalismo ed alle radici soreliane e socialisteggianti del movimento fascista che Panunzio commenta, nei seguenti termini, la posizione del Rensi in materia di diritto e forza: «All'immanentismo giuridico del Croce, ultimo e più autorevole continuatore della filosofia hegeliana, si è opposto, in questi ultimi tempi, il trascentismo giuridico, di intonazione platonica, del Rensi. Il Rensi prende di mira e colpisce il realismo giuridico del Croce in un suo importante, per quanto breve, articolo: *Forza e diritto*. Il Rensi, nello scrivere il suo articolo ha presente sotto gli occhi ed è anzi sotto la suggestione del Belgio devastato e massacrato all'inizio della guerra europea. Anche il Rensi inizia la sua sottile indagine con l'analisi del Jhering, le cui contraddizioni filosofiche abbiamo già constatato col Perone […] Come già si è detto dinanzi, la forza per Jhering, come in genere per tutte o molte delle teorie materialistiche, non è autonoma e fine a se stessa, ma serve a qualche fine che la trascende; è mezzo e non fine. Niuna meraviglia quindi che il Rensi si serva dell'"empirismo" del grande giurista tedesco per combattere la tesi idealistica-assoluta del Croce. Per il Rensi, invero, la teoria di Jhering non mira, come fa il Croce, a identificare diritto e forza»[113]. Il giudizio di Panunzio per cui nelle teorie materialistiche la forza non è autonoma, non è "fine a se stessa", è pienamente condivisibile: da siffatto materialismo, Rensi non recederà più.

Non allo stesso modo per Croce: anche per questa strada, si dimostra come la posizione di Croce sia assai più vicina all'apologia dello status quo di quella di Rensi, evidenziando come, in un verso o nell'altro, fascismo ed idealismo abbiano un certo grado di affinità. Il primo risolve la frattura tra soggetto e mondo, annullandola sul versante dell'oggetto, il secondo, fa lo stesso, sacrificando il reale su quello del soggetto. Contro entrambe queste posizioni, sempre ritorna la critica lucidità del Rensi, per il quale, ancora una volta, si afferma, quale punto "alto" di una riflessione filosofica e non generalmente moralistica, la superiorità di quella ragione dell'irrazionalismo, per la quale: *Was wirklich ist, das ist unvernünftig- was vernünftig ist, das ist unwirklich*[114].

La lotta per la Ragione, per la Giustizia, per la Libertà è velo per l'affermazione ideologica dell'interesse materiale ed utilitaristico dei

[113] S. Panunzio, *Diritto, forza e violenza. Lineamenti per una teoria della violenza*, Trieste, 1921, pp. 33-34.

[114] *Ciò che è reale è irrazionale, ciò che è irrazionale è reale.*

singoli: la demistificazione *della* lotta per *la* Libertà e per *la* Giustizia apre però uno spazio che è quello della lotta per *le* libertà e per l'affermazione di tensioni ideali che hanno lo stesso diritto delle altre volizioni, misurandosi nell'agonalità di un campo di forze strutturato nell'immanenza. Per Rensi, in definitiva, la libertà è sottesa all'intero ordinamento giuridico, e ciò che vale non è *la* libertà, in sé irreale ed impossibile in generale, quanto la lotta agonale per *le* libertà. E la fantasia che la libertà sia conquistata una volta per tutte, garantita formalisticamente, non è che prelusiva di una nuova barbarie, di una nuova negazione delle singolarità in nome dell'Uno: lo scetticismo di Rensi, a questo punto, non è irrazionalismo, quanto, coerentemente, operazione preliminare allo svuotamento di sostanza etica di una realtà che deve essere demistificata affinché si delinei la possibile affermazione, segnata dall'immanentizzazione, di modalità di affermazione di soggettività pulsanti, indomite, irriducibili all'asservimento; così, in *Autorità e libertà*, è dato leggere come: «Libertà significa poter essere *io*; schiavitù: non poterlo essere; è l'*io* stesso, cioè, che resta rintuzzato, diminuito, negato quando gli viene a forza imposto qualcosa che non vuole, contro cui rilutta, che egli condanna, che non è *lui*». L'uomo, non potendo rinunciare alla sua potenza, resta 'condannato', esistenzialisticamente, alla ricerca di una libertà e di una realizzazione della giustizia come ideale sempre più utopiche: il realismo scettico, lungi da ogni esito nichilistico, è allora la filosofia che testimonia dell'impossibilità radicale dell'uomo ad uscire dalla modalità 'agonale' del suo agire, rinunciando a sé quale essere libero ed al perseguimento della giustizia come ideale.

Finito di stampare presso
la Cangiano Grafica Napoli
novembre 2012