

Nella stessa collana

1. FRANCESCA SALERNO, *Le gestioni aeroportuali. Profili pubblicistici e privatistici*, 2011
2. ANTONIO LUONGO, *L'eutanasia 'critica' del positivismo. Neocriticismo, diritto e stato nell'opera di Alfredo Bartolomei*, 2008
3. ALBERTO DE VITA, Marco Esposito (a cura di), *La sicurezza sui luoghi di lavoro. Profili della responsabilità datoriale*, 2009
4. MARIA LUISA TUFANO (a cura di), *Le zone di pesca: regime, strutture, funzione*, 2009
5. ELIO DOVERE (a cura di), *Munuscula. Scritti in ricordo di Luigi Amirante*, 2010
6. PAOLA MAZZINA, *Nuove prospettive del diritto di difesa. Profili costituzionali di un disegno in evoluzione*, 2011
7. DIEGO ROSSANO, *Le «tecniche cognitive» nei contratti di intermediazione finanziaria*, 2011
8. MARIA CONCETTO D'ARIENZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo. Silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, 2012

RIFLESSIONI SULLA FILOSOFIA DEL DIRITTO DI ALFREDO BARTOLOMEI

a cura di
GIANVITO BRINDISI e ANTONIO LUONGO



Edizioni Scientifiche Italiane

sintetica del pensiero [...] produrre qualche specie di sapere»⁷⁷) non sottrae Bartolomei alla deriva positivista a cui mi sembra infatti neppure si sottragga il metodo della sua «induzione comparativa». Così, non di autonomia sembra parlare la costruzione teorica dello Stato in Bartolomei, autonomia come vertice del processo democratico, ma di coercizione e di forza. Non così in Kant, invece, come si accennava, che costruisce proprio il concetto di coazione sull'idea paradossale di libertà, unendo sul piano dell'istituzione statale la dimensione della libertà con la sua limitazione giuridica. Nella *Metaphysik der Sitten*, infatti, il diritto, in quanto *idea* «è unito all'autorizzazione a costringere»⁷⁸ col seguente ragionamento: «tutto ciò che è *ingiusto* rappresenta un ostacolo alla libertà basata su leggi universali, e la costrizione è un ostacolo o una resistenza opposta alla libertà. Di conseguenza, quando un certo uso della libertà stessa è di ostacolo alla libertà basata su leggi universali (ossia è ingiusto), la costrizione cui si ricorre come *impedimento* a ciò che fa *da ostacolo alla libertà* si accorda con la libertà basata su leggi universali e dunque è giusta»⁷⁹. Qui si mostra come l'*idea pratica* di libertà, in quanto giusta, possa essere difesa, *giuridicamente*, contro una sua *ingiusta* limitazione. *Nella prassi* ideale e reale si incontrano saldamente. Così, la coercizione viene giustificata idealmente, su di un piano universale e non come il frutto di un dettato unilaterale, imperativistico. È questa capacità di trasporre sul piano 'oggettivo' l'istanza universale di libertà che è mancata forse a Bartolomei al fine di descrivere lo Stato che maturava nelle pieghe della *Belle époque*, restando piuttosto ancorato a un'impostazione positivista che, pur con alcuni accenti profetici, non riusciva a proiettarsi verso il tempo nuovo.

⁷⁷ A. BARTOLOMEI, *Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto...*, cit., p. 145.

⁷⁸ I. KANT, *Metafisica dei costumi*, cit., p. 63.

⁷⁹ *Ivi*, p. 65.

VINCENZO RAPONE

Alfredo Bartolomei lettore del realismo giuridico

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

Può, e non a torto, destare perplessità il fatto che un lavoro come *Diritto pubblico e teoria della conoscenza*, che intende essere opera critica, se non demolitoria, del realismo giuridico, venga recensito in modo per così dire chiasmatico da due autori di opposto indirizzo. Come rendere ragione, infatti, della contraddittorietà tra il giudizio, positivo, di un giurista realista, Gumpłowicz, pure oggetto degli strali della critica dell'irpino, e quello, negativo, di un giurista al contrario formalista, Laband, che, pure, doveva rappresentare uno dei possibili punti di riferimento nella critica delle correnti sociologiche? Mentre il giurista tedesco, dopo un'attenta disamina di alcune delle argomentazioni del Bartolomei¹, cita un celebre verso oraziano (*Desinit in piscem mulier formosa superne*)² per evidenziare la parzialità della sua fatica, nell'ambito di un vero e proprio ribaltamento della prospettiva propria del testo, Gumpłowicz³ plaude ad un lavoro, il cui merito sarebbe da rinvenire nel combattere le esagerazioni di un indirizzo così giovane come quello sociologico, senza contestarne la legittimità. La cornice teorica sopra esposta è in grado, a parere di chi scrive, di rendere ragio-

¹ Cfr. 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.

² ORAZIO, *Ars poetica*, 3-4. *Epistola ai Pisani*.

³ Cfr. L. GUMPOWICZ, *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.

ne, innanzitutto, del fatto che un'opera come *Diritto pubblico e teoria della conoscenza* sia stata recensita, contraddittoriamente, in modo positivo da un esponente di quella giurisprudenza sociologica (Gumpowicz) pure oggetto della critica di Bartolomei e negativamente da un esponente della giuspubblicistica tedesca (Laband), che avrebbe dovuto trovare conforto in questa lettura. 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 esegeti⁴ può risultare chiarito alla luce del reciproco e contraddittorio strutturarsi di empirismo e formalismo.

È nell'ottica di fornire un contributo al chiarimento dei termini dell'importante polemica dottrinale sul metodo che ha visto gli indirizzi positivistico-sociologico e positivistico-giuridico disporsi antagonisticamente l'uno contro l'altro, che questo lavoro di rilettura di alcuni tra i più significativi luoghi dell'opera di Bartolomei prende le mosse, muovendo consapevolmente dalla premessa che, nella loro unilateralità, né il sociologismo, né il formalismo, sono in grado di restituire se non l'unità, quanto meno la totalità del fenomeno normativo, e che è necessario il superamento di entrambi al fine di intendere la connessione tra normatività e società.

Il fatto che, come si è visto, studiosi che edificano le proprie riflessioni da presupposti opposti, come Gumpowicz e Laband, possano esprimere giudizi così contraddittori con le aspettative, dimostra proprio come la pagina di Bartolomei, partendo una considerazione parziale, svalutativa ed unilateralmente empirica del fenomeno normativo, finisca per rovesciarsi nel suo opposto, ossia in una sistematizzazione unilateralmente formale dello stesso, finendo in definitiva i due opposti indirizzi per convergere in più punti. In questo senso, resta inoppugnabile la ricostruzione tripartita del percorso del giusfilosofo offerta da

⁴ Cfr. 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.

Piovani nel suo *Necrologio*, composto in occasione della dipartita del giusfilosofo irpino, nella quale la periodizzazione evidenzia la discontinuità della sua ispirazione, ma nell'opera sono 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 altrimenti⁵.

Se, a dispetto delle discontinuità, se non delle contraddizioni, si dà un tratto di coerenza nella pagina di Bartolomei, lo si può rinvenire, come vedremo, e in un atteggiamento epistemico di fondo, e in uno stile d'analisi ad esso collegato, da cui derivano delle contraddizioni, per così dire, intrasistemiche: l'idea che percorre dall'inizio alla fine l'opera del filosofo irpino, chiaramente formulata già nel suo studio sul Romagnosi⁶, è di matrice critica.

Si fa riferimento soprattutto al Kant della *Critica della ragion pura*⁷, sulla cui scorta la verità si costituisce 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 or-

⁵ 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».

⁶ 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'εξοχήν».

⁷ Cfr. I. KANT, *Dell'illusione trascendentale, Parte seconda, I*, in *Critica della ragion pura*, ed. it. a cura di G. Colli, Milano 1995, pp. 359 ss.

ganizzazione *a parte subjecti* dei fenomeni, più che non di una penetrazione della realtà, del noumeno, in sé. Si tratta di una posizione per cui, *ab origine*, organizzazione fenomenica e dinamiche valoriali si danno in una prospettiva strutturata secondo un'antinomia irrisolvibile, che ha, come vedremo, profondi riflessi nella considerazione dei rapporti intercorrenti tra diritto e potere. Sulla base di questa posizione di fondo, in modo certamente coerente con la stessa, si impianta poi uno stile d'analisi, sulla cui scorta il realismo sociologico è considerato in modo abbastanza unilaterale, così deprivato da qualsivoglia elemento formale e costruttivo, cui corrisponde un'altrettanto unilaterale lettura del formalismo.

La sua analisi della sociologia giuridica, come vedremo a tempo debito, è a tal punto unilaterale che, estendendosi anche alla *pars construens*, fa funzione di *fil rouge* tra le fasi in cui può essere scandita la sua ricerca: quella, per così dire, sociologica e quella, per così dire, formalista, quella, infine, che tenta una sintesi tra i due aspetti. In tal modo, è possibile guardare alla sua opera, al ribaltamento delle posizioni abbracciate nel tempo, prima empirico-sociologiche, poi positivistico-formali, e quindi al suo diverso atteggiarsi in sede epistemica, in chiave unitaria. La tensione critica costituisce 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, primo di tutti il fascismo, che il suo 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*⁸ riveste

⁸ A. BARTOLOMEI, *Diritto pubblico e teoria della conoscenza*, in «Annali dell'università di Perugia - Facoltà di Giurisprudenza», 1903, vol. I, fasc. 2, pp. 1-127.

un'importanza di tutto rilievo, perché fornisce un contributo originale al chiarimento del rapporto tra giuspubblicistica da un lato, e aspetti formali e materiali della filosofia della conoscenza dall'altro. Essa si costituisce nell'ambito di un auspicato processo di rischiaramento concettuale, con il quale il giusfilosofo irpino dichiara, implicitamente, di fare opera di emendazione rispetto alla prima fase del suo pensiero, tutta 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»⁹.

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

⁹ 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. Cfr. A. LUONGO, *op. cit.*

za 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 materialità 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. 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, colto nella sua interezza.

Constatata l'esistenza di almeno due possibili posizioni in tema di scienza dello Stato, quella di formalistica di Jellinek¹⁰, centrata sulla messa in evidenza del conflitto metodologico esistente in seno alla scienza dello Stato, e quella sociologica di Deslandres¹¹, 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 giurispubblicistica, 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 involuppa la sfera statale tra fine-'800 e inizi-'900, è questione che investe la sfera politica. Riemerge sul punto, 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 affer-

¹⁰ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1919.

¹¹ M. DESLANDRES, *La crise de la science politique et le problème de la méthode*, Paris 1900.

ma: «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»¹². 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»¹³.

Il giusfilosofo irpino si esprime, così, in termini che finiscono per contribuire 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. La crisi del diritto pubblico, dunque, 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 scivola, 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

¹² A. BARTOLOMEI, *Diritto pubblico e teoria della conoscenza*, cit., p. 1.

¹³ *Ivi*, p. 2.

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 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»¹⁴. 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 sì scientificamente fondata, nonostante la difficoltà costituita nell'opera di elevare al rango di generalità ciò che è individuale, difficoltà acuita dal suo costituirsi al crocevia tra discipline limitrofe, quali la psicologia individuale e collettiva, la biologia.

La scienza della società deve affiancare e non sostituire la scienza del diritto pubblico: la vocazione di quest'ultima, a sua volta, non deve contaminarsi con discipline empiriche, deve restare circoscritta alla sfera normativa ed alimentarsi di una metodologia mutuata con la scienza del diritto. 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 rap-

¹⁴ *Ivi*, p. 4.

porti 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»¹⁵.

La strategia argomentativa di Bartolomei ha il seguente tenore: 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 dell'indagine di connessioni fattuali, riconducibili al principio di causalità, funzionalmente tesa alla ricerca di connessioni unificanti i fenomeni sociali. Se ne critica l'ingerenza impropria nel campo delle scienze del diritto, cosicché: «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 compito ideale sia riconosciuto, giacché non tutti i rappresentanti dell'indirizzo vi consentono, la meta da raggiungere, i modi e le vie per raggiungerlo»¹⁶.

Si tratta di un punto 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

¹⁵ *Ivi*, p. 4.

¹⁶ *Ivi*, pp. 6-7.

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, potendo, in particolare, essere approcciato con più metodi (filosofico, sociologico, storico, dommatico, etc.)¹⁷.

Se questa posizione si rivela, in generale, nient'affatto peregrina, il problema comincia a porsi, però, 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 che ne inficerà anche la *pars construens*. 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, Bartolomei riporta le critiche di marca realista al culto della logica, su cui tanto la Pandettistica quanto la Scuola dell'esegesi avevano 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 inscin-

¹⁷ 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».

dibile complessità fenomenologica. Essa è d'altronde una dottrina *formalistica* senza vita, 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»¹⁸.

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 – sulla rivendicazione del porsi in posizione attiva nei confronti del reale, materializzandosi quest'attività in quella di astrazione operata sull'oggetto, che segna i limiti tanto del conoscibile, quanto dell'esperibile.

«È su di astrazioni che si fondano tutte le scienze, tutto il sapere, il quale ha sempre una base subbiectivistica 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»¹⁹, 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 gradualmente 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»²⁰. In tal modo, la scienza viene riportata ad un atteggiamento attivo nei confronti del reale, proprio di un

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ivi*, p. 12.

²⁰ *Ivi*, p. 13.

padroneggiamento dello stesso, rivendicando con ciò un 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 tutta 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', 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»²¹.

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 più totale nei confronti del reale.

²¹ *Ibidem.*

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.

2. La giurisprudenza pura e le sue ragioni

La presente analisi si dipana attraverso l'analisi di un testo del 1905, anno in cui Bartolomei dà alle stampe uno scritto dal titolo *Su alcuni concetti di diritto pubblico generale*²², in cui ribadisce le linee della sua impostazione, rivendicandone con forza la specificità, associato alla piena consapevolezza dei limiti dell'indagine scientifica, senza negare la necessità 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. Egli 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»²³, 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 della critica che gli era stata mossa da giuspubbli-

²² Cfr. A. BARTOLOMEI, *Su alcuni concetti di diritto pubblico generale. Studi critici*, in «Studi Saresi», II, 1905, pp. 225-74.

²³ *Ivi*, p. 5.

cisti del calibro di Forti²⁴ e Ferracciu²⁵, 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 – si tratta di un'istanza assolutamente condivisibile – non deve avere luogo a scapito di quella che viene definita «autonomia tecnica e scientifica del diritto». Per Bartolomei, il problema di approcci 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

²⁴ Cfr. 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. CARVALE, *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 Gumpłowicz*, 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»).

²⁵ Cfr. 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».

della stessa sociologia dall'invasione dei metodi di quella scienza dell'organico, la biologia, che aveva soppiantato la fisica 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-Pintor²⁶, 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 una sua originalità, dovuta alla sua adesione al formalismo critico, che convive con la negazione di uno dei dogmi che maggiormente hanno appesantito la giuspubblicistica mitteleuropea di fine-'800 inizi-'900, rendendo esiguo il limite tra definizione giuridica e politica dello Stato: quello della personalità giuridica dello Stato.

La sua posizione in tema di personalità giuridica si giustifica con l'affermazione, che a dire dell'autore sarebbe essa stessa di stampo formalista, 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

²⁶ Cfr. M. SIOTTO-PINTOR, *I criteri direttivi d'una concezione realistica del diritto pubblico*, in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia», serie III, vol. III, fasc. 1-2, 1905.

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 uno scadimento al livello empirico²⁷. Si presuppone, in questo modo, come valore fondamentale quello di una presunta coerenza logica del sistema, anche a discapito della sua applicazione alla storia concreta. 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 una 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, innanzitutto estranea alla situazione concreta che erano andate a disciplinare, e, inoltre, non controllabile epistemologicamente. 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 data 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 sem-

²⁷ 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 manifestazioni. 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».

pre a mutamento e a correzione»²⁸. 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 normativo²⁹. Si 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 separazione 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 statale 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, tutta funzionale al formalismo. Nella fattispecie concreta, il criterio dello scopo sembra

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Su posizioni ovviamente opposte sul punto, uno dei massimi esponenti di quel diritto sociale, oggetto degli strali di Bartolomei: 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 XVIIe siècle jusqu'à la fin du XIXe 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 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'une façon objective». Sulla problematica delle trasformazioni del diritto, nell'ottica di una ridefinizione sociale del diritto, cfr., almeno, L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris 1912; J. CHARMONT, *Les transformations du droit civil*, Paris 1912; M. LEROY, *La transformation de la puissance public*, Paris 1907.

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.

L'atteggiamento di Bartolomei vuole ridurre la costruzione della personalità giuridica a mera tecnica: 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 precedenza 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 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 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, non dipende in alcun modo dalla sua capacità di essere funzionale al contesto che è chiamata a regolare, per cui, potenzialmente, può regolare qualsiasi realtà. Approntare ulteriori strumenti di natura logico-concettuale nel caso di una difettosa regolazione di realtà sociali determinate attiene, meramente, alla sfera fattuale.

Riassumendo sul punto, anche in questo caso la posizione del giusfilosofo rischia di configurarsi aspecificamente, anche se la sua posizione in materia di personalità giuridica, come vedremo a breve, non è priva di interesse.

Più 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, elabora³⁰. 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; una dottrina non può 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 meno 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 scarse 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 i risultati raggiunti, 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 psicotico.

³⁰ 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*».

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, fino a che punto, ci chiediamo, 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 fila³¹. Si tratta di un 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,

³¹ Così A. BARTOLOMEI, *Le ragioni della giurisprudenza pura, Prolusione letta il 29 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 dinanzi, pel quale sento impari ogni mia possa, e ne sarebbe vinto, se un altro sentimento ben più incalzante e fervido non prevalessse, incitandomi a dire».

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»³², e, in seconda battuta, alla convergenza tra le due correnti (la *Freirechtsbewegung*, per l'appunto, ed il realismo 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 intuizio-

³² Per una ricostruzione non meramente filologico-ricostruttiva della *Freirechtsbewegung*, cfr. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., volume II; per quanto riguarda la sola dottrina francese, cfr., 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.

ne 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»³³. 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 punto di partenza per successive elaborazioni, l'argomentazione di Bartolomei, per alcuni versi, non appare del tutto convincente, soprattutto nella misura in cui è costruita, contraddittoriamente, sull'associazione tra il sociologismo giuridico da un lato e, dall'altro, quel movimento del diritto libero che poneva al centro della sfera normativa non più il legislatore, quanto il giudice e la propria capacità di creare se non *contra legem*, certamente *preter legem*³⁴. Pur mossa dal giusto intento

³³ A. BARTOLOMEI, *Le ragioni della giurisprudenza pura*, cit., p. 26.

³⁴ Scrive 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

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»³⁵, il Nostro non si perita di constatare in che misura il ricorso alla generalità propria della norma sociale, e quindi l'integrazione tra giusliberismo e giurisprudenza sociologica abbia tentato un'utile integrazione, volta a limitare certe rivendicazioni dall'inequivoco 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, facendosi portatrice delle istanze 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, però, è del tutto acritica, e ciò, nella misura in cui non rende ragione dello sforzo con cui la buona parte della sociologia giuridica e dell'antiformalismo tendono a limitare l'individualismo tutto sommato anarcoide dei 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 so-

(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 *Freirechtsbewegung* e correnti sociologico-giuridiche alcune opere di EUGEN EHRLICH (*Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft. Soziologie und Jurisprudenz. Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes*; Leipzig 1902; nonché, Id., *Die juristische Logik*, Tübingen 1925).

³⁵ A. BARTOLOMEI, *Le ragioni della giurisprudenza pura*, cit., p. 21.

ciologica 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 esponenti del «diritto libero» 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 tesoreggiavano l'elemento sociologista 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»³⁶.

³⁶ *Ivi*, p. 23.

Molto problematica 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 di adattarsi, *de jure*, ad ogni possibile situazione sociale, impreveduta 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 dalla possibilità di determinazione razionale: in questo senso, ogni volizione dello Stato persegue finalità sociali estranee 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»³⁷. Essendo realisticamente siffatta espansione logica delle disposizioni particolari un concetto metafisico, esso cela ideologicamente il bisogno di far parlare la legge come

³⁷ *Ivi*, p. 24.

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.

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»³⁸. Dunque, la 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, per cui, quanto più restiamo all'interno dei confini dell'ordinamento, tanto più quest'irrazionale sarà garantito. 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 la-

³⁸ *Ibidem*.

cune del diritto è un'impossibilità logica»³⁹, 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 statale, Bartolomei sostiene, in sostanza, la posizione che, se lacune ci sono, esse sono extrasistemiche, non intrasistemiche, riguardando la modalità per cui valori, sociali e ideali, circoscrivono dall'esterno un ordinamento, determinando vuoti normativi che però riguardano l'istituzione e non l'istituto 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 regola 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

³⁹ *Ivi*, p. 25.

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 vuoi, i *momenti-limiti* delle cose. Così, ogni scienza si svolge in uno *stato storico*⁴⁰. Infine: «Ora, questo elemento *non giuridico* nella costruzione della dommatica *giuridica*, elemento non giuridico che deve alla sua circonferenza, 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*»⁴¹.

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 astrante 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 Stato⁴².

⁴⁰ A. BARTOLOMEI, *Diritto pubblico e filosofia*, Estratto dagli *Studi periodici di Filosofia del Diritto e dello Stato*, Vol. I, 1923, p. 47.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Sul punto, cfr. A. LUONGO, *op. cit.*, pp. 117-20.

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»⁴³, meritoriamente, egli 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 tale? In che misura 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 '900⁴⁴?

⁴³ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano 2000, pp. 69-70.

⁴⁴ PIETRO 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: «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» (*Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano 1986, pp. 244-45).

A questi problemi, il realismo giuridico ha tentato di rispondere, tenendo presente l'inassimilabilità di sovranità e soggettivazione della potenza statale. Il confronto tra l'approccio normativistico di Bartolomei e le correnti realistiche è, dunque, a questo punto, assolutamente stringente, anche al costo di prendere in considerazione contributi precedenti rispetto a quelli sin qui trattati.

3. *Il realismo giuridico nella prospettiva di Bartolomei*

Si tratta ora di specificare tanto il senso, quanto i limiti di un capitolo assolutamente centrale nella riflessione di Bartolomei, quello relativo alla critica alle correnti del realismo giuridico, 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 astratta del giurista formalista. Come l'opera di Kelsen ha perfettamente esemplificato, si astrae su uno sfondo materiale solidamente costituito, ossia, la questione della validità si pone sullo sfondo di un ordinamento efficace.

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 materia⁴⁵. Il filosofo del diritto, sostenendo

⁴⁵ 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).

che l'astrazione, seppur in minima parte, si legittima in virtù della struttura stessa del suo oggetto, così come l'indagare la struttura matematica della materia si giustificerebbe per il suo stesso essere strutturata in senso matematico, paga però un ulteriore tributo, seppur 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 della scienza finisce con l'essere giustificata non dall'attività del soggetto, quanto dalla struttura 'oggettiva' della realtà, la quale presenta 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 deve, in modo del tutto pertinente e conseguente, cercare nessun conforto 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»⁴⁶.

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

⁴⁶ *Ivi*, p. 15.

che il rapporto concreto, vivo, tra materia e forma abbia luogo all'esterno, al di là della categorizzazione scientifica.

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.

La pure acclamata tendenza di Bartolomei a contraddirsi nell'ambito dello scorrere di poche pagine non deve però porre in ombra l'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 Ardigò⁴⁷. In quest'ultima, in particolare, è ben presente la critica alla tendenza della sociologia ad espandersi oltre i suoi confini 'naturalisti' 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 fenome-

⁴⁷ 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*, Roma-Bari 2001, 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)».

nologi (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 riflessione 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.

Constatata l'esistenza di almeno due indirizzi della ricerca socio-normativa, quello che studia la funzione sociale del diritto, i cui esponenti sono individuati dal Nostro in Marx, Loria, Schäffle, Jhering, Durkheim, e quello storico-comparativo,

Bartolomei studia Ardigò come esponente 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 esponenti sono Maine⁴⁸, Dahn, Post, nonché lo stesso Ardigò⁴⁹.

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 positivismo⁵⁰, 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 soluzione possibile dei problemi del sapere, dell'essere e dell'agire. Ontologia, epistemologia, etica, sono elementi costitutivi anche della riflessione positivista, «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 na-

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Cfr. A. BARTOLOMEI, *I principi fondamentali dell'etica di Roberto Ardigò e le dottrine della filosofia scientifica*, Ragusa 1900.

⁵⁰ Cfr. A. LUONGO, *op. cit.*

tura delle cose⁵¹, 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 mediamente da una corrispondente soluzione del problema gnoseologico⁵². 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»⁵³.

⁵¹ 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, Verkehrsbedürfnis, Rechtsgefühl sind mir verschiedene Bezeichnungen für dasselbe Ding*». Per una prima ricognizione concettuale della «natura delle cose», cfr. N. MORRA, *Natura delle cose*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1965, vol. XI, pp. 44 e ss.; H. SCHAMBECK, *Der Begriff der «Natur der Sache». Ein Beitrag zur Rechtsphilosophischen Grundlagenforschung*, Wien 1964; G. STRATENWERT, *Das Rechtstheoretische 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*, vol. II, pp. 70 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.

⁵² A. BARTOLOMEI, *I principi fondamentali dell'etica di Roberto Ardigò e le dottrine della filosofia scientifica*, cit., pp. 9-10.

⁵³ *Ivi*, p. 25.

Se di questo sociologismo si criticano i limiti pur nella fase positivista, esso resterà la pietra di paragone di tutto il realismo sociologico, 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 realtà⁵⁴. 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 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.

⁵⁴ In questo senso (*ibidem*): «È su di astrazioni che si fondano tutte le scienze, tutto il sapere, il quale ha sempre avuto una base subbiottivistica».

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 singoli rapporti empirici che sorgono e si svolgono nella realtà delle organizzazioni statali»⁵⁵.

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, egli stesso oggetto dei suoi strali, 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*»)⁵⁶, evidenziando come contraddittoriamente lo studioso francese avesse taciato 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 fa, 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 scien-

⁵⁵ *Ivi*, p. 18.

⁵⁶ DESLANDRES, *La crise de la science politique et le problème de la méthode*, cit., pp. 94 ss.

ze, 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?»⁵⁷.

La posizione che qui emerge è davvero singolare dal punto di vista storico-ricostruttivo: il giusfilosofo sembra ignorare, tra l'altro, che 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 fisica⁵⁸. 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, appiattendolo 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,

⁵⁷ A. BARTOLOMEI, *I principi fondamentali dell'etica di Roberto Ardigò e le dottrine della filosofia scientifica*, cit., p. 22.

⁵⁸ È con grande chiarezza che GEORGES 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».

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.

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»⁵⁹, siffatto processo di qualificazione non è considerato costante, quanto piuttosto variabile nel 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 non è sup-

⁵⁹ Si era scritto, però, alla pagina precedente, che si trattava di un processo attinente al metodo scientifico, più che all'evoluzione quale oggetto.

portata da una teoria della personalità giuridica dello Stato: il suo pensiero, di fatto, si iscrive in un'ottica realista (non sociologica, ma piuttosto 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, al realismo sociologico propriamente detto⁶⁰. È strano, infatti, constatare 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 sperimentabili, l'idea di causalità, che ritiene patrimonio della tradizione teologico-metafisica. In questo senso, la posizione di Comte è esemplare⁶¹: 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

⁶⁰ 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».

⁶¹ 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». Cfr. A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, 4a ediz., 1877, vol. VI, pp. 637-638.

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 causa⁶². La *Interessenjurisprudenz* si oppone alla *Begriffsjurisprudenz*, quale movimento il cui testimone giungerà fino alla giurisprudenza non a caso detta degli interessi, i cui principali esponenti saranno Philipp Heck e Rudolf Müller-Erzbach. Essa è centrata sull'idea di scopo, criterio strutturato in radicale opposizione tanto all'impianto causalistico che regge le leggi di natura, quanto all'autonomia concettuale di concetti deduttivamente concatenati. Siamo in presenza di un «terzo regno», che non coincide né con quello della logica assiomatico-deduttiva, né con il naturalismo empirico. Una 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

⁶² Per una rigorosa critica formalista a quest'indirizzo, cfr. H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsätze*, trad. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, I, a cura di A. Carrino, Napoli 1991, pp. 86-122.

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»⁶³. 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 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*»⁶⁴, ma d'altro

⁶³ R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, trad. it. *Lo scopo nel diritto*, a cura di M.G. LOSANO, Torino 1972, p. 17.

⁶⁴ *Ibidem*.

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 differenzerebbero 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, talé 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. Dall'altro gli è necessaria a dare ragione di quelle differenze intercorrenti tra sentire aristocratico e sentire servile, nonché di quelle, 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 trascendimento 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 bisogno⁶⁵.

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»⁶⁶. 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

⁶⁵ 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, cfr. M. RIEDEL, *Bürgerliche Gesellschaft und Staat bei Hegel*, Neuwied und Berlin 1970; per una contestualizzazione storica del problema, cfr. 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 G. SOLARI, *Il concetto di società civile in Hegel*, in ID., *Studi storici di filosofia del diritto*, Torino 1949, pp. 344-362.

⁶⁶ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., pp. 21-22.

istituto serve scopi sociali che non coincidono con la propria dimensione 'originaria', intende centrare 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 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 trasportare acriticamente realtà in concetti (cosa d'altra parte impossibile), quanto, piuttosto, formalizzare preliminarmente il proprio oggetto, operando però realisticamente. La costruzione 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.

4. Conclusioni

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 sleggi 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 potere⁶⁷. 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, intende «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

⁶⁷ 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 questioni metodologiche odierne*, cit., pp. 11-12).

passività, ad un'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 «dire 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 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'illusione 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»⁶⁸.

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

⁶⁸ *Ivi*, p. 18.

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 qui ad attestare una distanza verso la dimensione empirico-fattuale dell'«uomo qualunque»⁶⁹.

Bartolomei scioglie ogni riserva sull'inesistenza di qualsivoglia ponte tra metodo e determinazione politica dell'oggetto: pensare giuridicamente lo Stato, non vuol dire costituirlo giuridicamente, anzi una cosa è la necessità giuridica dell'ipotesi, un'altra il risultato, ad essa contrario. Tra formalismo giuridico e costituzione giuridica dello Stato, dunque, non c'è nessun rapporto, 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 al di là della scienza. Il formalismo e il rigore scientifico si costituiscono, controfinalisticamente, sul terreno di un approccio al tempo stesso realistico 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 all'interno dei quadri concettuali e del-

⁶⁹ 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».

le costruzioni della scienza del diritto, e, di conseguenza, non c'è nessun legame necessario tra scienza e Stato di diritto come progetto giuridico.

La stessa questione dell'equazione tra formalismo, senso dello Stato e certezza del diritto, a questo punto, andrebbe rivista sotto una nuova luce, perché sarebbe errato 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 asserirne il primato complessivo dell'extragiuridico e della politica sul diritto, evidenziando come giuridificazione come esercizio concreto e razionalizzazione come esercizio della scienza abbiano luogo «sin dove si può e non oltre».

In definitiva, il problema può essere sintetizzato nei seguenti termini: è possibile confinare all'extragiuridico siffatto modo di costituire l'oggetto? Davvero valori pure indubitabili come il senso dello Stato, la certezza del diritto, sono garantiti dal formalismo, o forse in esso non germina il decisionismo come costante superamento del vincolo? Riasserire metodologicamente valori, non vuole forse dire in questo caso svilirli quanto alla 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.

Indice

<i>Premessa</i>	7
GIANVITO BRINDISI <i>Dalla scienza alla vita, passando per la forma. Il pensiero giuridico di Alfredo Bartolomei</i>	11
BIAGIO DE GIOVANNI <i>Su Bartolomei</i>	57
ANTONIO LUONGO <i>Il 'potere costituente' e la 'scuola nazionale del diritto pubblico' in Alfredo Bartolomei</i>	65
VINCENZO OMAGGIO <i>Alfredo Bartolomei e l'interpretazione del diritto</i>	87
ULDERICO POMARICI <i>Fra due eredità. Alfredo Bartolomei tra formalismo giuridico e sovranità politica</i>	95
VINCENZO RAPONE <i>Alfredo Bartolomei lettore del realismo giuridico</i>	117