



SAPIENZA  
UNIVERSITÀ DI ROMA

Dipartimento di Filosofia

Dottorato in Filosofia

Ssd: M-fil/03

***Attualismo e problema giuridico.  
La filosofia del diritto alla scuola  
di Giovanni Gentile***

Dottorando:

Andrea Pinazzi

Matr: 1043021

Supervisor:

Chiar.mo prof. Marcello Mustè

Chiar.mo prof. Francesco Saverio Trincia

Chiar.mo prof. Paolo Ridola

XXVI Ciclo

## Indice

<b>Introduzione</b>	4
<b>1. Giovanni Gentile</b>	21
1.1 I presupposti della filosofia del diritto	23
1.2 Legge e moralità del diritto	31
1.3 Il problema dello Stato	48
1.4 Nota sulla critica	59
<b>2. Giuseppe Maggiore</b>	67
2.1 L'incontro con Gentile	69
2.2 Le origini del problema: <i>L'unità del mondo nel sistema del pensiero</i>	72
2.3 Il diritto e il suo processo ideale	76
2.4 L'attualismo come unità	85
2.5 La filosofia del diritto come concretezza della filosofia	94
2.6 La critica all'attualismo	100
<b>3. Ugo Spirito</b>	104
3.1 <i>La Storia del diritto penale italiano</i>	109
3.2 Il nuovo Codice Penale	130
3.3 Il ruolo del giudice penale	141
<b>4. Arnaldo Volpicelli</b>	147
4.1 Gli anni 1924-1926: <i>Natura e Spirito e Pedagogia polemica</i>	148
4.2 Il confronto con la dottrina: Croce, Romano, Del Vecchio	154
4.3 La riflessione sull'ordinamento corporativo	157

<b>5. Guido Calogero</b>	167
5.1 <i>La Logica del giudice</i>	172
5.2 Giustizia, diritto, libertà	191
5.3 L'esperienza giuridica come pedagogia morale	202
<b>6. Angelo Ermanno Cammarata</b>	208
6.1 Circa la natura statutale o sociale del diritto	214
6.2 Concetto giuridico e concetti giuridici	220
6.3 La natura non coattiva della norma e il problema della libertà	233
<b>Per finire</b>	246
<b>Bibliografia</b>	249

## Introduzione

Quando, nel 1916, Giovanni Gentile pubblicò la prima edizione de *I fondamenti della filosofia del diritto*<sup>1</sup>, Benedetto Croce aveva già dato alle stampe da circa un decennio tanto la memoria su *La riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, quanto la *Filosofia della pratica*<sup>2</sup>. La memoria pontaniana – interpretata dai filosofi del diritto alla stregua di una provocazione – aveva dato luogo, in particolar modo, a una serie di reazioni critiche<sup>3</sup> nel cui seno si colloca, sotto un certo aspetto, anche il testo gentiliano<sup>4</sup>. Tuttavia, una simile interpretazione, pur giustificata per certi versi, in particolare per quel che riguarda l'analisi storica del dibattito filosofico<sup>5</sup>, ci pare essere riduttiva, non potendosi rintracciare nel testo di Croce il bersaglio critico principale dell'opera di Gentile, o, in questa, una *vis polemica* tale da porre il filosofo abruzzese in posizione, per dir così, privilegiata rispetto agli altri autori che il pensatore siciliano intende implicitamente criticare nel suo lavoro. Certo, dallo scritto gentiliano traspare una distanza radicale rispetto alle tesi crociane, ma si tratta di una distanza che non si esaurisce nell'ambito della filosofia giuridica, coinvolgendo il modo stesso di pensare la filosofia e dando, quindi, testimonianza di quella frattura, intellettuale prima che umana, che si andava maturando almeno dalla stesura dell'*Atto del pensare come atto puro*<sup>6</sup>, e che sarà valutata da Eugenio Garin come «il tema più significativo della nostra filosofia dell'ultimo cinquantennio»<sup>7</sup>. Piuttosto, è quindi corretto affermare che Gentile coglie alcuni aspetti del problema crociano; criticandolo «egli respinge l'idea che la prassi

---

<sup>1</sup> G. Gentile, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Mariotti, Pisa 1916.

<sup>2</sup> B. Croce, *Filosofia della pratica. Economia ed etica*, Laterza, Bari 1945. B. Croce, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Ricciardi, Napoli 1926. Si veda anche, B. Croce, *Obiezioni alla mia tesi sulla natura del diritto*, in "La Critica", VI, 1908, pp. 149-155.

<sup>3</sup> In proposito si vedano: M. Mustè, *Benedetto Croce e il problema del diritto*, in "Novecento", II, 1992, fascicolo 4, pp. 60-73. G. Perazzoli, *Benedetto Croce e il diritto positivo. Sulla "realtà" del diritto*, Il Mulino, Bologna 2011. A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Giuffrè, Milano 1974.

<sup>4</sup> Cfr. A. Lo Schiavo, *La filosofia politica di Giovanni Gentile*, Armando, Roma 1971, p. 174-175.

<sup>5</sup> In proposito è, tuttavia, opportuno ricordare la tesi di Frosini che rintraccia i precedenti culturali e le origini di alcune formule esposte nel testo gentiliano in un periodo precedente alla pubblicazione della *Riduzione* crociana (Cfr. V. Frosini, *L'idealismo giuridico italiano*, Giuffrè, Milano 1978, pp. 14-16).

<sup>6</sup> In riferimento alla distanza apertasi a partire dagli anni Dieci dello scorso secolo tra Gentile e Croce si veda, B. Croce, *Conversazioni critiche. Serie II*, Laterza, Bari 1918, pp. 67-95.

<sup>7</sup> E. Garin, *Cronache di filosofia italiana. 1900-1943*, Laterza, Bari 1966, p. 172.

*non* sia conoscenza e che la conoscenza non sia anche prassi. La distinzione crociana di teoria e pratica, sostiene, produce una scissione naturalistica e la *filosofia* non tollera scissioni [...]. Gentile critica perciò il “nuovo pragmatismo”, ricordando Avenarius, Mach, Rickert, Bergson, Poincaré, ma non ricordando Croce, che pure doveva essere un obbiettivo non secondario della sua critica»<sup>8</sup>.

Vi è poi un'altra ragione, a nostro avviso di maggiore rilevanza, per cui la vita della riflessione gentiliana in ambito filosofico-giuridico è da interpretarsi, in massima parte, come non dipendente da quella di Croce. La riflessione di Gentile sul diritto si dimostra, infatti, capace – anche attraverso le letture e le interpretazioni originali che ne diedero gli autori il cui pensiero è, accanto a quello del filosofo di Castelvetro, oggetto di questo lavoro – di vivere una vita autonoma, di ampio respiro, entrando nel dibattito giuspubblicistico apertosi in Italia a cavallo tra gli anni Venti e Trenta del Novecento. L'idea che le ragioni dell'ingresso di Gentile e dei suoi allievi nel dibattito citato siano, almeno in parte, da rintracciarsi nel destino politico del filosofo di Castelvetro – con la nomina a Ministro della Pubblica Istruzione e, dopo le dimissioni seguite al delitto Matteotti, a presidente della Commissione dei Quindici prima e dei Diciotto poi – sminuendo, così, tanto l'originalità quanto l'apporto teorico dei pensatori oggetto di questo lavoro, sembra recisamente da ridimensionare anche sul piano storico. In particolare per quanto riguarda gli altri autori qui trattati, gli allontanamenti, quando non le vere e proprie fratture – si pensi al caso di Ugo Spirito e Arnaldo Volpicelli, le cui tesi sul corporativismo furono, di fatto, rigettate da Gentile all'indomani del Convegno di Studi Sindacali e Corporativi svoltosi a Ferrara nel 1932, con la conseguenza di un certo raffreddamento dei rapporti – intercorse tra maestro e allievi, devono far dubitare dell'esistenza di un legame tra la fortuna, a volte effimera, di questi e i ruoli ricoperti da Gentile, nel e a margine del regime. In proposito, è anche opportuno ricordare che, sebbene Gentile ricoprisse indubbiamente un ruolo centrale nel panorama culturale e istituzionale italiano degli anni Venti e Trenta, la sua collocazione e la ricezione della sua filosofia all'interno del fascismo non è da considerarsi pacifica: se, infatti, molti furono

---

<sup>8</sup> G. Perazzoli, *Benedetto Croce e il diritto positivo*, cit., p. 157. Più in generale, si vedano le pp. 157-162.

coloro, e in particolare i giovani, che dall'interno del PNF guardarono con interesse alla sua speculazione, almeno altrettanti furono quelli che, con le motivazioni più diverse, vi si opposero<sup>9</sup>. Un ruolo centrale in quest'opposizione fu, senza dubbio, giocato dal suo, pur controverso, liberalismo<sup>10</sup>, da quella posizione centrale assegnata alla libertà che rese possibile che, pur permanendo gli esiti assolutamente illiberali della sua vicenda personale, dalla sua filosofia potessero scaturire formulazioni decisamente liberali.

Il tentativo di ridurre l'attualismo giuridico a una reazione al modo in cui il problema era stato impostato da Benedetto Croce è, dunque, da considerarsi un errore. Il filosofo abruzzese, tuttavia, continua a rappresentare per gli autori trattati – e non potrebbe essere altrimenti – un riferimento di primo piano, ora nella chiave di critica radicale portata avanti da Spirito e Volpicelli<sup>11</sup>, ora come interlocutore ricercato, ma non sempre trovato, come nel caso di Calogero che, comunque, manifestava una dichiarata e costante opposizione all'equazione crociana tra diritto e forza<sup>12</sup>. Altrettanto vero è come Croce dimostrasse agli autori da noi trattati un'attenzione critica, caratterizzata da accenti a tratti paternalistici e da un certo fastidio per la messa in discussione delle sue tesi da parte di personaggi che, almeno fino al 1924, egli tendeva a distinguere da Gentile<sup>13</sup>. Nelle critiche a questi autori,

---

<sup>9</sup> Per un'analisi della collocazione di Gentile nel panorama culturale fascista e per una valutazione della sua influenza su questo, rimandiamo ad A. Tarquini, *Il Gentile dei fascisti. Gentiliani e antigentiliani nel regime fascista*, Il Mulino, Bologna 2009. Si veda anche C. Cesa, *I nemici di Giovanni Gentile (1929-1941)*, in "Giornale critico della filosofia italiana", LXXXII, 2004, pp. 1-18.

<sup>10</sup> È interessante notare come, nella lettera che il 31 maggio 1923 Gentile indirizza a Mussolini per ringraziarlo della tessera del PNF, scriva: «Liberal per profonda e salda convinzione [...], mi son dovuto persuadere che il liberalismo come io l'intendo e come l'intendevano gli uomini della gloriosa Destra che guidò l'Italia del Risorgimento [...], non è oggi rappresentato in Italia dai liberali che sono più o meno apertamente contro di lei, ma, per l'appunto, da lei» (G. Gentile, *La riforma della scuola in Italia*, Treves-Treccani-Tumminelli, Milano-Roma 1932, pp. 127-128).

<sup>11</sup> Si pensi, ad esempio, al volume di U. Spirito, A. Volpicelli e L. Volpicelli, *Benedetto Croce*, Anonima Romana Editoriale, Roma 1929. L'avvertenza al volume, in realtà una raccolta di saggi prodotti in autonomia dai diversi autori, recita: «si è creduto opportuno di riunirli insieme, così da accogliere e soddisfare un bisogno, quanto mai vivo ed imperioso, della cultura italiana contemporanea. Che oggi, infatti, si sforza di veder chiaro e bene a fondo nel pensiero crociano, al quale sente di dovere gran parte del rinnovamento ideale e dell'innalzamento raggiunto in ogni ordine degli studi; ma del quale stenta a determinare i limiti e le difficoltà, per liberarsene e procedere più spedita e consapevole».

<sup>12</sup> Si veda, in proposito, la lettera di Calogero a Piero Calamandrei del 26 gennaio 1940, in appendice a P. Calamandrei, *Fede nel diritto* (a cura di S. Calamandrei), Laterza, Roma-Bari 2008, pp. 131-140.

<sup>13</sup> Si vedano, ad esempio: B. Croce, *Conversazioni critiche. Serie I*, Laterza, Bari 1918, pp. 254-259. B. Croce, *Conversazioni Critiche. Serie IV*, Laterza, Bari 1932, pp. 175-177. B. Croce, *Conversazioni critiche, Serie V*, Laterza, Bari 1939, pp. 263-266 e 279-283. B. Croce, *Nuove pagine sparse. Serie prima*, Riccardo Ricciardi Editore, Napoli 1948, pp. 160, 282-284.

tuttavia, traspare il suo atteggiamento nei confronti di tutto l'idealismo gentiliano, i cui tratti più aspri sono resi evidenti da quella che fu definita da Ugo Spirito la «brutta pagina» di diario con cui Croce commenta, il 17 aprile del 1944, la notizia dell'omicidio di Giovanni Gentile: «tale la fine di un uomo che per circa trent'anni ho avuto collaboratore, e verso il quale sono sempre stato amico sincero, affettuoso e leale. Ruppi la mia relazione con lui per il suo passaggio al fascismo, aggravato dalla contaminazione che egli fece della filosofia con questo»<sup>14</sup>.

Sul piano più generale degli studi filosofico-giuridici non si può non ricordare la tesi di Norberto Bobbio e riconoscere che «la battaglia per la nuova filosofia», in questo senso portata avanti insieme, pur tra importanti differenze, da Gentile e da Croce, «fu, nel campo degli studi giuridici, in gran parte una battaglia contro la sociologia»<sup>15</sup>. Sul piano del dibattito filosofico-giuridico, i primi decenni del secolo scorso sono caratterizzati dagli strascichi dell'opposizione tra “scuola classica” e “scuola positiva”, apertasi in Italia a partire dalla seconda metà del secolo XIX. In questo dibattito, i gentiliani, e in particolare Giuseppe Maggiore e Ugo Spirito, entrarono direttamente, cercando di affermare un paradigma che potesse rappresentare la sintesi dei principi delle due scuole. Lo stesso Gentile, avremo modo di vederlo nel testo, prenderà posizione nei confronti del positivismo giuridico di derivazione lombrosiana, criticandolo, ma non mancando di riconoscergli dei meriti<sup>16</sup>.

È qui opportuno, quindi, descrivere, sia pure per grandi linee, i caratteri peculiari delle due scuole, la cui critica riveste un ruolo di primo piano nel panorama filosofico-giuridico attualista. La scuola classica, le cui origini sono rintracciabili nell'opera di Beccaria, tendeva a considerare il delinquente un uomo come tutti gli altri e fondava il principio di imputabilità sul libero arbitrio, assegnando alla pena un carattere preminentemente retributivo e introducendo una corrispondenza diretta tra

---

<sup>14</sup> B. Croce, *Scritti e discorsi politici. 1943-1947. Volume primo*, Laterza, Bari 1963, p. 305. Cfr. U. Spirito, *Gentile e Croce (Lettera aperta a Benedetto Croce)*, in “Giornale Critico della Filosofia Italiana”, XXIX, 1950, pp. 1-11. In proposito ci permettiamo di rimandare anche a F. S. Trincia, A. Pinazzi, *Filosofi e totalitarismi. Giovanni Gentile*, in *Logoi VII*, Tipografia Lithos, Castelvetro 2011, pp. 17-22.

<sup>15</sup> N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di comunità, Milano 1965, p. 62.

<sup>16</sup> Cfr. *Infra*.

pena e reato. Alla legge veniva assegnata, così, una funzione essenzialmente preventiva: posto di fronte alla corrispondenza tra azione delittuosa e sanzione stabilita dalla norma, il soggetto, libero di scegliere, si sarebbe astenuto, nelle intenzioni del legislatore, dal commettere il reato. Un'applicazione di questi principi si ebbe in Italia nel 1889, quando, dopo discussioni durate quasi trent'anni sull'opportunità di fornire al regno riunito un Codice Penale unitario, venne emanato il codice Zanardelli. Il difetto di questa scuola, agli occhi dell'idealista, risiede nel concetto affatto esteriore, e perciò astratto, che si dà tanto della libertà quanto della legge.

Al contrario, la scuola positiva – che trae origine dagli studi di Cesare Lombroso – basata culturalmente sulla fiducia nei metodi di indagine scientifica della natura, non considerava il delinquente come un uomo libero: egli, nel compiere l'azione delittuosa, veniva interpretato come predeterminato dalle proprie carenze fisiologiche e psichiche e dai condizionamenti ambientali e sociali. Lo studio si spostava, così, dal delitto considerato come fatto bruto, al delinquente e la pena finiva per perdere la sua funzione retributiva – resa inutile e inefficace dalla predeterminazione a commettere reati – per assumere quella della difesa della società dal malato portato a delinquere da un lato e, dall'altro, quella della cura e riabilitazione del reo. La pena non si sarebbe dovuta, quindi, stabilire in anticipo, ma sarebbe dovuta essere ritagliata su ogni singolo caso.

Per l'idealismo, tanto la scuola classica quanto la positiva si presentavano, dunque, insufficienti a dare spiegazione del delitto: la prima a causa della considerazione affatto estrinseca del fatto delittuoso e la seconda per l'elisione totale della libertà di scelta dell'individuo. Vi è, però, un punto che le accomuna ed è la considerazione naturalistica con cui analizzano l'una il delitto, l'altra il delinquente. La critica idealistica a questo modo di considerare porta Bobbio ad affermare che «i filosofi del diritto appartenenti alla corrente dominante, all'idealismo storicistico, hanno risposto concordemente, sulle tracce del Croce e del Gentile, e salvo qualche eccezione (Calogero), che la scienza giuridica è una scienza naturale»<sup>17</sup>. Non ci

---

<sup>17</sup> N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 67.



soffermeremo qui sul rapporto tra scienza giuridica e filosofia del diritto, tema complesso, difficilmente risolvibile con una sentenza univoca, meritevole, al contrario, di una trattazione indipendente per ciascuno degli autori trattati; vi ritorneremo, invece, più volte nel corso della trattazione. Quello che, in questo luogo, prima di tutto ci interessa affermare è che, se riguardo a questo punto è possibile rintracciare un intento comune a Croce e a Gentile, le analogie sembrano destinate ad esaurirsi qui: se è vero che «nella *Riduzione*, la domanda sulla natura del diritto si risolve nella ricerca della “distinzione”: determinare quel che distingue il diritto dalla morale» e che, per Croce, la filosofia del diritto «ha come unico scopo di chiarire tale distinzione, per il cui tramite il concetto giuridico rivela un’essenziale “amoralità”»<sup>18</sup>, per Gentile il problema si rivela addirittura opposto. In proposito è interessante riportare il giudizio che dei *Fondamenti* dà Croce in una lettera del 26 ottobre 1916: «a Napoli volevo intrattenerti della tua ultima memoria sul diritto, che è bella, limpida, piena di ottima filosofia, ma che, a mio parere, salta il problema proprio del diritto, o lo tocca solo nella forma derivata della legge o *norma agendi*»<sup>19</sup>. Nel filosofo di Castelvetro si tratta, infatti, di dimostrare l’intrinseca connessione di diritto e morale, la derivazione di quello da questa. È senz’altro opportuno notare come, a causa della connessione strettissima dei due termini, «il diritto vive dunque, nel pensiero di Gentile, una vita difficile, che a rigore non è vita, è piuttosto la sua continua impossibilità di costituirsi come tale»<sup>20</sup>, almeno fino alla tardiva, e non del tutto risolutiva, introduzione, nella trattazione del nostro, del concetto di Stato.

Tuttavia, ciò che qui ci preme soprattutto notare è come, nonostante le indubbe difficoltà e, diciamo pure, manchevolezze della trattazione di Giovanni Gentile, egli seppe dare vita a una sua scuola di filosofi del diritto, formati tanto nelle aule di Filosofia quanto in quelle di Giurisprudenza, che proseguirono, affinarono, corressero, fino a giungere sovente a distanze e a critiche anche radicali, il suo pensiero sul tema, ed entrarono più o meno direttamente nel dibattito legislativo e

---

<sup>18</sup> M. Mustè, *Benedetto Croce e il problema del diritto*, cit., pp. 63-64.

<sup>19</sup> B. Croce, *Lettere a Giovanni Gentile*, (a cura di Alda Croce, con un’introduzione di Gennaro Sasso), Mondadori, Milano 1981, p. 527.

<sup>20</sup> G. Sasso, *Le due Italie di Giovanni Gentile*, Il Mulino, Bologna 1998, p. 293.

dottrinario dell'epoca. La semplice notazione storica spinge, dunque, a far dubitare dell'affermazione di Norberto Bobbio, secondo cui *I fondamenti* e, più in generale, la produzione filosofico-giuridica di Gentile «opera, sublime, in rapido e altissimo volo sulla nuda e volgare empiria, mirante a dare al diritto una collocazione definitiva, se pur un po' subalterna, nella vita dello spirito [...], merita di essere ricordata soltanto più come esempio-limite di radicalizzazione e di ipostatizzazione filosofica di un'idea non peregrina del senso comune»<sup>21</sup>, che non come un reale contributo al dibattito filosofico-giuridico.

Per delineare il carattere di una scuola non basta, è ben evidente, l'aver avuto un maestro, o un ispiratore, comune. Se tanto bastasse, sarebbe allora da chiudersi il discorso, accettando la sentenza crociana che riduceva l'attualismo a una «scoletta, cioè uno di quei tentativi che la gente che non pensa fa per sopraffare chi pensa»<sup>22</sup>. Tuttavia, una simile affermazione, di per sé ingiusta nella sua durezza, nella perentorietà con cui bolla i seguaci del filosofo di Castelvetrano come «scolaretti pappagalli», si rivela tanto più errata in riferimento a una filosofia, come quella di Giovanni Gentile, che non conosce – almeno nelle intenzioni – il carattere della definitività<sup>23</sup>. «Attualismo», scriveva Vito Fazio Allmayer, «non è un certo compiuto sistema di pensiero che un giorno fu scoperto da Giovanni Gentile, ma è un'apertura di pensiero verso la vita e l'avvenire»<sup>24</sup>. La migliore comprensione del carattere non definitivo che la filosofia gentiliana si proponeva è, forse, quella formulata da Ugo Spirito nell'affermazione che apre *La vita come ricerca* secondo cui «pensare significa obiettare»<sup>25</sup>. Obiettare, infatti, significa, a sua volta, criticare, oltrepassare, superare, e si può solo a patto di non prescindere, anzi, di ritenere in sé, nella propria intimità intellettuale, l'oggetto del superamento, ed è con questa consapevolezza che tenteremo di individuare una base unitaria pur nella diversità delle trattazioni.

---

<sup>21</sup> N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 43-44.

<sup>22</sup> Lettera di Benedetto Croce a Gentile dell'undici gennaio 1920, in B. Croce, *Lettere a Giovanni Gentile*, cit., pp. 589-591.

<sup>23</sup> Cfr. A. Del Noce, *Giovanni Gentile. Per una interpretazione filosofica della storia contemporanea*, Il Mulino, Bologna 1990, p. 119.

<sup>24</sup> V. Fazio Allmayer, *Attualismo*, in "Giornale critico della filosofia italiana", XXXII, 1953, pp. 129-135.

<sup>25</sup> U. Spirito, *La vita come ricerca*, Sansoni, Firenze 1937, p. 7.

Non sarebbe senz'altro corretto parlare della filosofia del diritto attualista come di una formulazione univoca, una sorta di blocco granitico da affrontare di petto, penetrandolo o, non riuscendovi, spezzandolo. Gli autori trattati furono diversi sotto molti aspetti: per formazione, per età, per interessi, per sentimento religioso e politico. Diversi anche nei loro rapporti tra di loro e con Gentile. La filosofia del diritto attualista non fu, dunque, il prodotto di un cenacolo intellettuale omogeneo che, anzi, ci sentiamo di poter affermare, mai esistette, quanto piuttosto il frutto del lavoro indipendente di pensatori fra loro anche distanti, a volte su posizioni opposte, ma sempre reciprocamente implicantisi, e accomunate dalla mutuazione della filosofia di Gentile. In questo quadro, ciascuno agisce come un prisma che, attraverso la sua personalità e i suoi interessi, illumina un problema specifico dell'ambito giuridico. È attraverso questo gioco di rifrazione che bisogna muoversi per cogliere non la – certo assente – pretesa univocità della filosofia del diritto attualista, ma la sua sostanziale unitarietà e il contributo che questi pensatori diedero al dibattito filosofico-giuridico della prima metà del secolo scorso.

A un primo sguardo le differenze possono risultare più evidenti rispetto alle affinità. Per quanto riguarda il rapporto con Gentile, a gettare un'ombra di dubbio sulla possibilità di parlare di una vera e propria derivazione scientifica, basterebbe la constatazione delle evoluzioni indipendenti, e spesso critiche, che le varie filosofie qui analizzate ebbero nel corso del loro sviluppo. Rispetto ai rapporti degli "allievi" tra di loro, la diversità, a tratti radicale, dei campi di indagine indurrebbe, in prima battuta, a far pensare a una irriducibilità delle varie analisi: se Maggiore e Spirito si applicavano al diritto penale e a una critica esplicita alle "due scuole", Calogero si concentrava, invece, sui temi relativi al diritto civile e alla procedura. Se Volpicelli ricercava la coincidenza del diritto privato col pubblico e di entrambi con lo Stato, questa soluzione veniva invece radicalmente negata, in polemica con Kelsen, da Cammarata. Proprio questa diversità di applicazioni e di risposte è, tuttavia, quella che ci spinge a tentare di rintracciare l'unitarietà di fondo della scuola gentiliana. È indubitabile, infatti, come, al netto delle distanze specifiche che per prime saltano agli occhi, gli autori che affronteremo si muovano, più ancora che da basi identiche,

in un orizzonte di senso comune di cui la diversità delle soluzioni, invece di scalfirlo, rappresenta la fecondità. Altrettanto evidente è come il pensiero di Giovanni Gentile, al di là dei tradimenti e dei parricidi, tentati, riusciti o mancati, continui a rappresentare sempre il punto di riferimento principale, ora in via positiva, ora negativa, dei protagonisti del nostro lavoro.

Fin qui l'accento è caduto sulle differenze: di Gentile da Croce prima, di Gentile dai suoi allievi poi e, infine, di questi tra di loro; l'esistenza di un orizzonte comune è stata postulata ma non affrontata. Si tratta, ora, di mostrare quali sono i tratti comuni, di valutare se quella sentenza rivolta da Augusto Del Noce ad Ugo Spirito, secondo cui l'abbandono, o la negazione, dell'attualismo compiuto dal filosofo romano non debba piuttosto considerarsi, alla fine, come un «rovesciamento per fedeltà»<sup>26</sup>, non possa essere estesa agli altri autori oggetto del presente lavoro.

Il primo punto comune, immediatamente evidente, è costituito dal concepimento dell'attualismo come superamento della scuola positiva, come sintesi delle posizioni di questa con quelle della scuola classica, in un'esaltazione della libertà del soggetto che non rinuncia, tuttavia, a considerare nella personalità e nell'azione del reo i fattori spirituali che l'hanno determinata. Nell'attualismo giuridico si esplicita la necessità di trattare delitto e delinquente come un'unità indissolubile, trasformando quelle che, nella loro considerazione esclusiva, erano due astrazioni in una realtà concreta. La libertà del delinquente, concretatasi nel fatto delittuoso, viene ad essere, così, non più una libertà naturalisticamente, e perciò astrattamente, considerata, ma la concretezza dell'atto del suo farsi, la moralità dell'agire del reo che si realizza nell'illecito compiuto. Da questa posizione deriva la particolare concezione della pena comune agli autori trattati. In questo senso è anche indicativo che il testo gentiliano a cui i nostri – sebbene ciascuno in modo diverso – fanno maggiormente riferimento sia, accanto a *I fondamenti*, il *Sommario di pedagogia*: in tutti loro, in effetti, il diritto, attuato solo nel procedere giuridico, assolve a un ruolo pedagogico e, di conseguenza, il giudice che pronuncia la sentenza assolve al ruolo di maestro, amico, confidente, redentore del condannato. Il

---

<sup>26</sup> A. Del Noce, *Giovanni Gentile*, cit., p. 113.

tema, già ben presente in Maggiore, raggiunge le sue più compiute e piene formulazioni in Calogero e in Spirito. Per quest'ultimo, in particolare, si tratta di promuovere una vera e propria riforma della procedura penale, nel cui progetto dedicherà parte dei suoi sforzi.

L'esaltazione del concetto di libertà del soggetto, punto centrale e vero motore primo dell'attualismo, conduce a uno dei tratti più particolari che accomuna gli autori qui trattati, ovvero alla considerazione della norma giuridica come essenzialmente non coattiva. Quest'affermazione fa sorgere immediatamente la domanda sul come una norma, un dispositivo, cioè, che ha, o dovrebbe avere, come suo scopo quello di regolare i contegni e i comportamenti sociali degli individui e di mostrare la sua validità qualora questi non si conformino al suo dettato, possa definirsi non coattiva. Per dare una risposta di massima, che aiuti a inquadrare la questione, che è ciò che qui importa, ci basta far riferimento alla considerazione della norma come *voluto*, comune a tutti gli autori trattati. Avremo modo di analizzare in che modo la considerazione del diritto come il *volere già voluto* conduca, nell'originaria formulazione di Gentile – in cui un soggetto sovrano non viene chiaramente posto – a contraddizioni che, mettendo in pericolo la vita stessa del diritto, lo costringeranno ad apportare alle sue posizioni modifiche tutt'altro che irrilevanti. È bene chiarire come la concezione idealistica della norma come *voluto*, sebbene possa a prima vista presentare alcune assonanze con la tradizione del positivismo giuridico, sia destinata a distinguersene radicalmente, mostrandosi riducibile ad essa solo assegnando un significato assai ampio al termine in questione. Se, al contrario, assumiamo come criteri determinanti per giungere alla definizione di *positivismo giuridico* i cinque punti tracciati da Herbert Hart<sup>27</sup>, appare evidente come la concezione idealistico-gentiliana rispetti, e perlopiù in chiave anti-

---

<sup>27</sup> Cfr. H.L.A. Hart, *The concept of law*, Oxford University Press, London 1961, trad. it. di M. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965, pp. 299-300. I cinque punti tracciati per giungere alla definizione di *positivismo giuridico* sono: «1) che le leggi sono comandi di esseri umani; 2) che non vi è una connessione necessaria tra diritto e morale, o tra il diritto com'è e il diritto come deve essere; 3) che l'analisi o lo studio del significato dei concetti giuridici è uno studio importante che deve essere distinto (per quanto non debba in alcun modo opporsi a queste) dalle ricerche storiche, dalle ricerche sociologiche, dalla valutazione del diritto in termini di morale, scopi sociali, funzioni etc.; 4) che un ordinamento giuridico è un "ordinamento logicamente chiuso" in cui si possono dedurre delle decisioni corrette da norme giuridiche predeterminate con mezzi puramente logici; 5) che i giudizi morali non possono venire dimostrati, come i giudizi di fatto, con argomentazioni

giusnaturalistica, il primo – ovvero la costituzione del diritto sulla base di comandi di esseri umani – e, in parte, il quinto, ma violi o ignori del tutto i restanti tre che, del resto, non ricoprono particolare rilevanza neppure per gli altri autori qui trattati. Più interessante sarà, però, osservare come la considerazione della *norma-voluto* – il cui scopo principale è, accanto a quello di trovare una fondazione filosofica per il diritto, quello di prendere le distanze dalle considerazioni naturalistiche e fattuali dello stesso – unanimemente recepita dagli “allievi”, subisca nelle loro interpretazioni mutamenti e trasformazioni che non ne scalfiscono, tuttavia, il significato originario. Così, se per Gentile il *voluto* era il *prodotto* immediato dell’atto morale del soggetto distaccatosi da questo, per Giuseppe Maggiore questa produzione assume piuttosto i caratteri di un *riconoscimento* che presuppone, accanto all’esistenza di un soggetto sovrano, quella di una molteplicità di soggetti volenti. In Cammarata, poi, il *voluto*, sceverato da elementi morali, viene tolto nella sua più pura formalità. Che si consideri come prodotta, come riconosciuta o nella sua pura forma, è questa caratterizzazione della norma come *voluto*, come il *mio* voluto, che l’io introietta e vive nella sua realtà spirituale, a poter rendere possibile la considerazione della norma giuridica come non coattiva. Su questo tema il dibattito portato avanti dai pensatori attualisti si eleva dai confini nazionali aprendo a una polemica con Hans Kelsen – che dà ragione di un dibattito non circoscritto all’ambiente nazionale – i cui maggiori esponenti sono Arnaldo Volpicelli e Angelo Ermanno Cammarata. Se il primo, a cui va il merito di aver tradotto e fatto tradurre alcuni degli scritti del pensatore austriaco sulle pagine dei “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, accetta, e anzi condivide, pur giungendoci per altre vie, la coincidenza kelseniana tra ordinamento giuridico e Stato, limitando la parte più aperta della sua polemica alla

---

razionali, o con una prova sperimentale». Dalla lettura dei cinque punti elencati, appare evidente come la formulazione gentiliana possa essere ricondotta nel seno del positivismo giuridico solo dando di questo un’interpretazione assai vasta, riducendone la portata al rifiuto delle tesi che postulano un’origine naturale delle norme giuridiche o la loro riconoscibilità per esclusiva via di ragione. Ad allontanare la filosofia giuridica di Gentile dal positivismo, per come lo si è descritto nei cinque punti precedenti, contribuisce, in particolar modo, la rilevanza data alla derivazione del diritto dalla morale e l’inscindibilità che si dà tra dimensione giuridica, morale e storica. Si veda anche, U. Scarpelli, *Cos’è il positivismo giuridico*, (a cura di A. Catania e M. Jori), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997, pp. 63-64.

considerazione dell'ordinamento giuridico come essenzialmente coattivo, il secondo rigetta in blocco ambedue le tesi.

Al problema della libertà è strettamente correlato quello della moralità del diritto e, in senso lato, della giustizia. Avremo modo di vedere come Guido Calogero – a cui si deve la trattazione forse più consapevole e più vibrante del problema, che sfocerà, da un lato, in una considerazione unitaria dei concetti di diritto, diritti e giustizia e, dall'altro, nella ben nota polemica con Benedetto Croce sul liberalsocialismo – individui uno dei difetti principali delle tesi dei suoi colleghi nell'aver troppo calcato la mano sul concetto di libertà tralasciando del tutto quello di giustizia. Nell'impostazione calogeriana, infatti, tra giustizia e libertà si dà un legame inscindibile, nel senso in cui la giustizia consiste nel limitare la propria libertà per fare spazio alla libertà altrui. L'affermazione secondo cui il concetto di giustizia sarebbe stato svalutato nell'idealismo attuale a causa della volontà di mantenere l'etica nella sua più assoluta purezza formale, pur in parte giustificata sul piano dell'analisi, non coglie, però, fino in fondo le implicazioni delle tesi che andremo qui ad esaminare. Non solo perché il diritto permane in questi autori nella sua dimensione eminentemente morale, affermazione che, così formulata, è destinata a rimanere vuota, non potendo dirci nulla circa il suo rapporto con la giustizia, ma perché, pur non arrivando alle altissime vette calogeriane, l'altro – che è poi il termine essenziale per cui si dà giustizia nel senso inteso da Calogero – rimane un punto fondamentale di tutto l'attualismo giuridico. Centrale è il ruolo della dialettica *alter-socius* in Maggiore ben prima che Gentile la introduca in *Genesi e struttura della società*. Come potrebbe, poi, interpretarsi il rapporto giudice-condannato alla stregua di quello educatore-educando, centrale, oltre che in Calogero, in Spirito, prescindendo dalla presenza di un *altro*? L'*altro* si trova a ricoprire costantemente il ruolo di termine necessario attraverso cui l'io giunge a conoscersi nella sua concretezza spirituale. Mediante queste interpretazioni, dunque, il pensiero di origine gentiliana finisce per svelarsi come «la più antiegoistica e la più antividualistica delle filosofie»<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> A. Del Noce, *Giovanni Gentile*, cit., p. 112.

Vi è, poi, un ultimo punto da tenere attentamente in considerazione per cogliere lo sfondo unitario di questa “scuola” ed è relativo al carattere antiteoreticista comune agli autori trattati. La sua forse più compiuta formulazione si trova, ancora una volta, nel pensiero di Guido Calogero, in cui, attraverso la critica al logicismo giuridico, assume accento proceduralistico, avanzando l’esigenza che il giudizio della Suprema Corte non si riduca a un mero controllo logico, ma contempra sempre l’analisi del fatto che si va giudicando. Tuttavia, sebbene non sempre così esplicite ed argomentate, posizioni simili e assimilabili a quest’assunto sono rintracciabili in tutti gli autori trattati: è il caso dell’esigenza spiritiana di un giudizio penale che, pur necessitando per ragioni morali di una determinatezza della pena stabilita dal codice, sia in grado di ritagliarsi sul caso specifico considerando, contestualmente, delitto e delinquente, o della caratterizzazione del diritto, fornita da Maggiore, come processo della sua autoformazione. A questa esigenza va, per altri versi, ricondotto anche il pensiero di Cammarata, che traduce questo principio in una critica della dogmatica giuridica e nell’affermazione che la filosofia non debba applicarsi alle categorie della giurisprudenza, mirando a indagare, piuttosto, il processo dello spirito che si pone come diritto e, quindi, ciò che c’è di “vero” sotto le categorie giuridiche.

La posizione antiteoreticista, quindi, mostra, se non di derivare, di andare a braccetto con le precedentemente accennate e comuni origini antipositiviste e anticlassiciste. Per tutti gli autori affrontati non si tratta, in effetti, di fornire delle schematizzazioni, o dei modelli, di filosofia del diritto, quanto piuttosto di indagare, sotto vari aspetti, la sua più intima spiritualità e, perciò, vera filosoficità. L’applicazione al diritto empirico – la cui conoscenza rimane, come abbiamo avuto modo di accennare, centrale – avviene solo a seguito della profonda meditazione filosofica, tenendo ben conto che questa successione non si deve intendere in termini cronologici, e, comunque, sempre nel segno del pensiero concreto. L’esigenza che muove queste argomentazioni si rivela, in fondo, per dirla ancora con le parole di Fazio Allmayer, quella per cui «non si può costruire una filosofia la quale, per



spiegare la realtà, si estrometta dalla realtà stessa supponendo un mondo inattuale che rompa i suoi legami con la vita che viviamo attualmente»<sup>29</sup>.

Rimane ora da vedere se l'impostazione attualistica abbia avuto un suo effettivo riscontro nella cultura giuridica italiana. Antonio De Gennaro, nel suo vasto lavoro su *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, esamina le influenze che l'idealismo italiano ha avuto sul pensiero giuridico. L'intento dell'autore è, evidentemente, quello di ricondurre queste influenze alla filosofia di Croce, mettendo in secondo piano, se non proprio dimenticando del tutto, i contributi di origine gentiliana. L'autore non manca, tuttavia, di affrontare nella loro totalità i pensatori che qui consideriamo, trattandoli, a onor del vero, in modi quasi opposti: se di Spirito, Volpicelli e Maggiore dà un giudizio sostanzialmente critico, accomunandoli sotto la luce dell'irrazionalismo, la sua posizione nei confronti di Calogero e Cammarata, cui dedica un'ampia trattazione, è profondamente diversa. In entrambi i casi, tuttavia, la tendenza è quella di ricondurli all'interno, se non di un paradigma, di un dibattito di natura crociana, impostazione che trova smentita non solo tra le righe dell'argomentazione, ma anche nella chiara ammissione dell'autore che le premesse di Cammarata sono «esplicitamente gentiliane»<sup>30</sup>. L'ammissione delle premesse gentiliane di Cammarata – cosa che avviene, sia pure in maniera meno netta, anche per Calogero – autore caro a De Gennaro, è tanto più importante qualora si consideri che, ponendo Cammarata accanto a Cesarini Sforza come esponente di punta della “dottrina italiana”, l'autore dà atto di uno sviluppo scientifico a cui autori di formazione gentiliana presero parte in prima linea.

Opposta alla posizione di De Gennaro sembra essere quella di Vittorio Frosini, che tende a riconoscere alla scuola attualista maggiore rilevanza rispetto alla crociana per quel che riguarda il dibattito filosofico-giuridico. Nell'intento di mettere in luce la fecondità che, anche attraverso il dibattito tra le due correnti dell'idealismo italiano si ebbe negli studi giuridici nei primi decenni del secolo scorso, egli non

---

<sup>29</sup> V. Fazio Allmayer, *Attualismo*, cit.

<sup>30</sup> A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., p. 266. In proposito si vedano anche: G. F. Lami, *Forme logiche e scienza del diritto in Angelo Ermanno Cammarata*, Antonio Pellicani Editore, Roma 2000, pp. 16-17 e 24-25 e B. Leoni, *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, Giappichelli, Torino 1942, pp. 103-106.

manca, tuttavia, di evidenziare come spesso «si verificò una influenza congiunta dei due pensatori nel quadro di una concezione genericamente idealista»<sup>31</sup>.

Pur nell'importanza che ebbero per la teoria e per il dibattito, è, comunque, opportuno notare come le posizioni attualistiche non abbiano riscontrato ampi consensi, non solo nel dopoguerra, quando ha prevalso, soprattutto in campo filosofico, un rigetto della tradizione giusfilosofica italiana di matrice idealistica, ma anche negli anni in cui erano più attuali. Significative sono, in tal senso, le critiche feroci che, durante il già citato convegno di Ferrara, subirono Spirito e Volpicelli. Altrettanto significativo è ricordare i – pur diversi per toni – commenti al Codice Rocco di Maggiore e di Spirito: se il primo si mostrava più incline a un giudizio positivo sul lavoro del guardasigilli, imputandogli solo una certa ecletticità tra le due scuole e una sovrabbondanza che, comunque, si sarebbe potuta ridimensionare col testo definitivo<sup>32</sup>, il secondo – che più si concentra sul tema, e le cui analisi avremo modo di affrontare nel corso di questo nostro lavoro – si spingeva fino a lamentare la mancata ricezione delle tesi dell'idealismo attuale. Va, tuttavia, affermato che, proprio a causa del loro eminente carattere filosofico e della loro natura non schematizzante, la ricezione delle tesi attualistiche si sarebbe solo difficilmente potuta affidare a un codice: esse hanno piuttosto bisogno di essere recepite e attuate nello studio, nella pratica, nella vita, mostrando la loro rilevanza non tanto rispetto alla normazione, quanto rispetto alla considerazione del reo e al modo di approcciarsi all'analisi del fatto delittuoso.

Anche per quel che riguarda la vita giuridica del nostro paese nel secondo dopoguerra, non sembra possibile parlare di una fortuna che abbracci trasversalmente gli autori oggetto del nostro lavoro. Forse l'unico a cui si può tributare il riconoscimento di un'influenza diretta nella vita politica e giuridica dell'Italia repubblicana è Guido Calogero<sup>33</sup>, per gli altri ha prevalso un certo ostracismo,

---

<sup>31</sup> V. Frosini, *L'idealismo giuridico italiano*, cit., p. 23.

<sup>32</sup> Cfr. G. Maggiore, *Giudizio sul progetto preliminare del nuovo codice penale*, Stab. Tip. Fratelli Corselli, Palermo 1928.

<sup>33</sup> Cfr. A. Buratti, M. Fioravanti (a cura di), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*, Carocci, Roma 2010. In particolare si veda il saggio di M. Fioravanti, *La normale di Pisa. Guido Calogero e Aldo Capitini tra costituzionalismo, liberalsocialismo e non violenza*, in *ivi*, pp.137-149.

senz'altro comprensibile – ed entro certi limiti perfino giustificabile – tanto sul piano emotivo che su quello politico, ma di cui rimane inaccettabile, sul piano speculativo, l'opzione operata in favore dell'oblio a scapito della critica, anche, ove necessario, feroce, ma sempre condotta con argomenti scientifici. Non è nostra intenzione cercare giustificazioni che, oltre che irrintracciabili, rimarrebbero estrinseche allo scopo di questo lavoro. Siamo, al contrario, convinti che, nell'accingersi allo studio delle tesi di un autore, la sua vicenda umana, pur non potendo ignorarsi, vada messa tra parentesi, al fine di meglio cogliere il senso e il valore della sua produzione. È questo lo spirito che ci sembra doveroso tenere nell'accostarsi a una storia e a un pensiero che, sia pure spesso in modo inconsapevole, attraverso forme derivate e indirette, continua a riguardarci ancora oggi.

*Attualismo e problema giuridico.*  
*La filosofia del diritto alla scuola di*  
*Giovanni Gentile*

## Giovanni Gentile

Pur non rappresentando la cifra centrale del suo pensiero, il problema giuridico attraversa gran parte della filosofia di Giovanni Gentile. Ovvio – forse fin troppo evidente – è ricondurre l'indagine gentiliana sul diritto al trentennio che va dal 1916 al 1943, cioè dalla prima stesura dei *Fondamenti della filosofia del diritto* alla affrettata scrittura di *Genesi e struttura della società*. È questo un trentennio pieno di tribolazioni, in cui non solo Gentile tocca con mano la datità empirica del diritto, rivestendo la carica di Ministro della Pubblica Istruzione, e trasformandosi a tutti gli effetti in un uomo politico – e in un legislatore – attivo, ma in cui anche l'attualismo, completata nel decennio che va dal 1912 al 1922 la sua struttura architettonica, si trova a dover fare i conti col terreno della *pratica*. Testimonianza delle difficoltà che la filosofia gentiliana incontra nel misurarsi col diritto è la triplice riscrittura dei *Fondamenti*, che conduce, se non a un mutamento delle posizioni, a un continuo affinarsi dello sguardo.

Nonostante non se ne dia una trattazione specifica prima di quella data, il confronto di Gentile col problema giuridico non comincia nel 1916. Aldo Lo Schiavo, nel suo libro dedicato alla filosofia politica del nostro, notava come Gentile non fosse estraneo al problema giuridico, e in particolare a quello del rapporto del giure con la morale, fin dal periodo preattualistico<sup>1</sup>, rintracciandone la testimonianza nella *Prefazione ai Principii di etica* di Bertrando Spaventa, editi dal nostro nel 1904<sup>2</sup>. Nella prefazione alla riedizione dell'opera spaventiana si trovano già *in nuce* alcuni dei temi che saranno sviluppati nella stesura della filosofia del diritto di Gentile: sono i temi di un diritto che non può considerarsi slegato dall'ambito morale, o delle riflessioni sulla coazione intesa come relativa, poiché l'uomo si

---

<sup>1</sup> Augusto Del Noce si spinge fino a sostenere la sostanziale compiutezza dell'attualismo già a partire dal *Rosmini e Gioberti* e da *La filosofia di Marx* (cfr. A. Del Noce, *Il suicidio della rivoluzione*, Rusconi, Milano 1992<sup>2</sup>, 49-92), più condivisibile pare, tuttavia, la tesi sassiana che tende a considerare un'esagerazione il giudizio di Del Noce (cfr. G. Sasso, *Le due Italie*, cit., p. 319). Sebbene le due opere giovanili contengano *in nuce* i principii dell'attualismo, questo non può dirsi esplicitamente formulato prima della stesura della memoria su *L'atto del pensiero come atto puro*. Sul punto si veda anche A. Amato, *L'etica oltre lo Stato. Filosofia e politica in Giovanni Gentile*, Mimesis, Milano-Udine 2011, p. 28.

<sup>2</sup> Cfr. A. Lo Schiavo, *La filosofia politica di Giovanni Gentile*, cit., p. 175.

determina sempre da sé<sup>3</sup>. Si tratta, è vero, di un interesse principalmente storiografico, ma sufficiente a far ritenere che il confronto di Gentile col problema giuridico non possa essere ricondotto esclusivamente al corso che in quell'anno il filosofo di Castelvetro tene «nell'Università di Pisa agli scolari della Facoltà di Giurisprudenza»<sup>4</sup>. No, il confronto inizia prima, se non proprio dall'*Introduzione* all'opera di Spaventa, almeno dalla stesura de *Le origini della filosofia contemporanea in Italia*: nel secondo volume dell'opera storico-filosofica che intende ripercorrere le tappe di un'ideale sviluppo del pensiero italiano fino a giungere all'idealismo attuale, si trova un'ampia discussione sulla scuola di diritto positivo fondata a Torino da Cesare Lombroso, in cui già è evidente l'impostazione che Gentile vorrà dare alla sua filosofia del diritto. Altro importante riferimento, precedente i *Fondamenti*, è il secondo volume del *Sommario di pedagogia come scienza filosofica*.

Per la verità, il modo in cui Gentile affronta il problema giuridico è ampiamente desumibile dai tratti generali della sua filosofia, e non potrebbe essere altrimenti per un pensatore che vede nella filosofia la negazione di ogni specializzazione. Non si può, quindi, comprendere la filosofia del diritto gentiliana senza tener presente il ruolo che il filosofo siciliano assegna al pensiero, inteso come attività essenzialmente pratica, produttrice di realtà, e non teoretico speculare su una realtà già costituita, o la dialettica eterna tra logo astratto e logo concreto. Per lo scopo che ci proponiamo dovremo, tuttavia, dare per assodate le tesi e le posizioni sviluppate nella *Teoria generale dello spirito*, o nel *Sistema di logica*, non potendo – dati gli spazi che ci siamo fissati – darne una trattazione esaustiva, dovremo accontentarci di farvi riferimento quando necessario, limitandoci a prendere in diretta considerazione solo i testi in cui il problema giuridico, o problemi relativi alla sfera che comunemente chiamiamo giuridica, sono esplicitamente affrontati.

---

<sup>3</sup> Cfr. B. Spaventa, *Principii di etica* (a cura di G. Gentile), Luigi Pierro Editore, Napoli 1904, pp. VII-XXIII.

<sup>4</sup> G. Gentile, *I fondamenti della filosofia del diritto. Terza edizione riveduta e accresciuta*, Sansoni, Firenze 1937, p. V.

## I presupposti della filosofia del diritto

Il modo in cui Giovanni Gentile affronta il problema giuridico nel suo *Le origini della filosofia contemporanea in Italia*, ha il carattere della ricostruzione storica. Il sesto capitolo del secondo volume – dedicato ai positivisti – toglie a oggetto la Scuola di Antropologia Criminale, fondata a Torino da Cesare Lombroso. Portando avanti la critica alle dottrine positiviste, se ne deplora il riporre «nella stessa essenza delle cose il principio, che ne rende possibile il pensiero»<sup>5</sup>. Si perde, così, la natura spirituale della conoscenza e dello stesso essere umano. In questo senso, pur nel carattere storico dell'opera, non manca l'impostazione del metodo filosofico. Gentile si rivolge allo Spinoza dell'*Etica*, e alla determinazione del suo *ordo philosophandi*. Scrive Spinoza: «Credo che ciò dipenda dal non osservare l'ordine corretto di filosofare; ché ritengono che l'essenza di Dio – che dovrebbero considerare prima di ogni altra cosa, perché vien prima tanto per la conoscenza quanto per se stessa – secondo l'ordine della conoscenza venga per ultima, e che prima di tutto vengano le cose che sono chiamate *oggetti dei sensi*»<sup>6</sup>. Col positivismo ci troviamo, dunque, di fronte a una vera e propria inversione metodologica che conduce inevitabilmente in contraddizione: nulla ci può essere detto dell'essenza spirituale partendo da oggetti naturali. Ad essere presupposta è la distinzione tra logo astratto e logo concreto che negli stessi anni Gentile sta elaborando nei due volumi del *Sistema di logica*. Quello che tuttavia più ci riguarda, per il problema specifico che qui ci interessa, è la natura peculiare del soggetto gentiliano: il suo delinearsi come *autoctisi*, creazione di se medesimo. Data la coincidenza tra soggetto e atto, che è atto autocreativo del soggetto stesso, non può che conseguire la critica radicale a quelle dottrine che ripongono nell'essere naturale, e perciò apparente e astratto, del soggetto la sua essenza. Nelle pagine della *Fenomenologia dello spirito* dedicate alla fenomenologia, Hegel metteva in guardia dal ritenere che lo *spirito* fosse un osso, siamo qui di fronte a una formulazione sostanzialmente analoga.

---

<sup>5</sup> G. Gentile, *Le origini della filosofia contemporanea in Italia. II. I positivisti*, Sansoni, Firenze 1957, p. 153.

<sup>6</sup> Spinoza, *Ethica*, trad. it. di S. Landucci, *Etica*, Laterza, Roma-Bari 2009, p. 69.

La dottrina lombrosiana è, agli occhi di Gentile, da scindersi in due parti: «l'una più propriamente filosofica, l'altra empirica», ed è nella seconda che i seguaci della teoria di Lombroso hanno «come riformatori dei metodi di cura del delitto [...], meriti di prim'ordine»<sup>7</sup>. Il riconoscimento del merito di Lombroso, che è, s'intende, di esclusivo carattere empirico, ha a che fare con l'idea gentiliana della rieducabilità del delinquente, di cui tratteremo in seguito. La felice intuizione sul metodo di contrasto alla delinquenza di Lombroso poggia però su un duplice errore: il primo è, l'abbiamo visto, l'inaccettabile inversione tra oggetto naturale e spirituale, ciò che è intollerabile agli occhi di Gentile è la presupposizione stessa di un dualismo tra i due termini, dualismo che non può darsi se non per astrazione. Il secondo errore, più specifico, che ci riguarda quindi più da vicino, è la considerazione del delinquente come *malato*: la dottrina psicopatologica del delitto – e del delinquente – conduce a una sostanziale cancellazione della libertà individuale, sottraendo al soggetto la sua stessa soggettività, nel momento stesso in cui gli sottrae la possibilità di autorealizzarsi. Anche in questo caso, dunque, l'errore si sdoppia: da un lato abbiamo un individuo che viene considerato naturalmente predeterminato a delinquere, cancellando la natura spirituale del soggetto e, con essa, la moralità stessa dell'agire pratico; dall'altro abbiamo la pretesa di riconoscere il delinquente dalla sua analisi fisiognomica e antropometrica. Pur non volendo prendere in considerazione le molteplici contraddizioni in cui Lombroso e i suoi cadono nella determinazione stessa delle caratteristiche fisiologiche che determinano il soggetto portato a delinquere, che richiederebbero una trattazione a sé, dobbiamo rilevare come ci troviamo qui di fronte all'assurdo di voler conoscere il concreto muovendo dall'astratto.

Formato dal «materialismo semplicistico» di Moleschott, Lombroso assumeva che «l'azione non è altro che una trasmissione della modificazione materiale dalle fibre di senso (in cui è sensazione), attraverso il cervello o luogo delle percezioni, alle fibre di moto»<sup>8</sup>. L'assoluto meccanicismo di questa formulazione esclude dall'agire umano ogni traccia di libero arbitrio: spostando l'analisi dell'azione

---

<sup>7</sup> G. Gentile, *Le origini della filosofia contemporanea*, cit., p. 154.

<sup>8</sup> Ivi, pp. 161-162.



delittuosa dall'ambito morale a quello naturale, la scuola di antropologia criminale si limita a consolidare i termini del materialismo di Moleschott, cadendo in «affermazioni paradossali, ma esse stesse irrecusabili per chi concepisca l'atto spirituale come funzione del cervello»<sup>9</sup>. Con quella che appare un'assurda contraddizione, la negazione del libero arbitrio compiuta in seno al positivismo non comporta, tuttavia, la negazione dei concetti di bene e male all'interno di questa dottrina: il bene sarà una legge di natura, relazionata alle esigenze di conservazione della specie, e il male la negazione di queste esigenze. Va da sé, dunque, che, riducendo l'agire morale a necessità naturale, e mettendo in primo piano le esigenze della specie rispetto all'agire dell'individuo, la pena avrà lo scopo non di redimere o educare il delinquente, quanto quello di proteggere la società da un male che potrebbe distruggerla, ed è di questo aspetto che il giudice dovrà tenere conto formulando il giudizio. Il delinquente è per sua natura irredimibile: è, tutt'al più, passibile di cura. La trasformazione delle carceri in istituti di cura nasconde, da un certo punto di vista, la cancellazione della responsabilità del reo. E, tuttavia, nel recupero naturalizzante di concetti appartenenti all'ambito spirituale dell'attività umana, e strettamente relazionati al libero agire morale, è nascosta la contraddizione che mina dall'interno la formulazione lombrosiana. La distinzione tra genio, pazzia e delinquenza, da Lombroso impostata sul piano naturalistico, «è fatto spirituale, fatto di valore»<sup>10</sup>. Al di là della critica a una concezione che vede il corpo e non lo spirito, non bisogna pensare che il capitolo dedicato a Lombroso e ai suoi allievi abbia molto da dirci circa la filosofia giuridica di Gentile. Un ultimo accenno merita quella che è, agli occhi di Gentile, la contraddizione forse più radicale in cui cade il positivismo lombrosiano: ammettiamo pure che il delinquente sia un malato e che, di conseguenza, più che la pena possa la terapia, questa rimane, comunque, un «dovere:

---

<sup>9</sup> Ivi, p. 164. Nel suo *Attualismo e diritto penale*, Stefano Riccio, per il resto convinto che occorra ricostruire tutto ciò che l'attualismo ha demolito, trova nella critica che Gentile muove alla scuola lombrosiana uno dei punti di merito e di verità della sua dottrina, insieme alla rivendicazione della necessità di una filosofia del diritto che, pure, non deve confondersi con esso. (Cfr. S. Riccio, *Attualismo e diritto penale. Contributo alla critica della concezione penale attualistica*, Editrice Studium, Roma 1936, pp. 60-65).

<sup>10</sup> Ivi, p. 167.

dovere sociale, e però dovere di tutti, anche dei delinquenti, in quanto parte anch'essi della società»<sup>11</sup>.

Diversi i toni, e l'argomento, che troviamo nel secondo volume del *Sommario di pedagogia*, diritto e filosofia giuridica non sono oggetto del testo, vi troviamo, tuttavia, alcune formulazioni che possono condurci a comprendere meglio la filosofia del diritto di Gentile. È stato, infatti, notato come il rapporto tra maestro e allievo presentato nella pedagogia costituisca il presupposto teorico al rapporto tra cittadino e Stato, che verrà formulato nella fase più matura della riflessione gentiliana sul tema<sup>12</sup>.

Il primo capitolo del libro, dal titolo *L'etica del sapere*, prende ad oggetto la disciplina necessaria all'insegnamento scolastico, «e dico di quello scolastico, perché un qualsiasi insegnamento è pur possibile senza la disciplina intesa in questo senso empirico di condizione della scuola»<sup>13</sup>, vi si trovano, tuttavia, elementi di primaria importanza per la formulazione – e in particolar modo per la riformulazione – della filosofia giuridica gentiliana. È il caso della teorizzazione del rapporto di autorità e legge.

Assente nella prima edizione dei *Fondamenti della filosofia del diritto*, il principio di un'autorità esterna è qui chiaramente affermato: «l'autorità è il principio d'ogni governo esercitato da una volontà che rappresenta e fa valere la legge»<sup>14</sup>. Siamo qui di fronte al «riconoscimento pratico» di un'autorità assegnata al docente. Ora, l'autorità ha il compito di far valere la legge intrinseca all'insegnamento scolastico. Bisogna tuttavia tener presente che la legge, intesa per sé sola, «non è attività, ma termine di riferimento di un'attività, in quanto può esser saputa o voluta; e come tale, non può farsi valere o imporsi»<sup>15</sup>. Siamo qui di fronte a due temi di fondamentale importanza per la comprensione della filosofia del diritto gentiliana: la considerazione della legge, presa per se sola, come astratta e la conseguente necessità di una volontà che, rivolgendosi alla legge, la faccia vivere conferendole validità. È

---

<sup>11</sup> Ivi, p. 169.

<sup>12</sup> Cfr. G. Marini, *Aspetti sistematici della "Filosofia del diritto" di Gentile*, in "Giornale critico della filosofia italiana", LXXIII, 1994, pp. 462-483.

<sup>13</sup> G. Gentile, *Sommario di pedagogia generale. Vol. II*, Sansoni, Firenze 1942, p. 27.

<sup>14</sup> Ivi, p. 28.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

interessante notare come la necessità di animare la legge, perché essa abbia validità, sia già presente in un testo che precede di quattro anni la stesura dei *Fondamenti di filosofia del diritto*, facendo dubitare dell'occasionalità del confronto gentiliano col diritto. L'altro aspetto che è interessante notare è la non immediata coincidenza di volontà e legge: «bisogna cioè che vi sia una volontà che voglia la legge, e non sia essa stessa la legge; in guisa che questa non sia più termine d'attività, ma divenga essa medesima attività, forza viva e operosa»<sup>16</sup>. La legge è sempre pensata nella sua unità con la volontà, data l'impossibilità di distinguere in concreto i due termini. La formulazione che incontriamo nel sommario di pedagogia è più chiara di quella che incontreremo nei *Fondamenti*: è qui più evidente, perché non complicato dall'insistenza sulla dialettica volere-voluto, l'apparente dualismo che si dà tra volontà e legge. Data la necessità di animare la legge, perché questa sia viva, l'autorità si costituisce come l'unità originaria di legge e volere, ma «non perché la legge renda autorevole la volontà, né perché la volontà renda autorevole la legge: ciò implicherebbe l'indipendenza originaria dei due principi dell'autorità; quella indipendenza che abbiamo esclusa; ma perché l'autorità è la volontà della legge o la legge della volontà, che è il medesimo»<sup>17</sup>. Se non ci fosse questa unità originaria di volontà e legge, nessuno dei due termini potrebbe diventare autorevole, perché entrambi si guarderebbero dal di fuori, senza riuscire a relazionarsi l'uno all'altro. La legge si pone, quindi, già nella sua caratteristica di essere passato voluto cui il volere attuale si rivolge per vivificarla nella sua attività. Quello che è, tuttavia, rilevante notare è che qui si ammette implicitamente l'esistenza di un soggetto gerarchico cui spetta il compito di far valere la legge. L'assenza di un simile soggetto sarà uno dei punti deboli delle prime due edizioni dei *Fondamenti*.

Il tema dell'immanenza dell'autorità all'unico soggetto è qui portato avanti con minor forza rispetto al testo successivo: pur nella affermazione dell'autorità interna all'unico soggetto, al maestro viene riconosciuta un'autorità empirica. Quella del maestro è, per così dire, una personalità preminente su quella degli scolari. Si può considerare questa posizione come l'anticipazione del tema dello Stato, che sarà

---

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Ivi, p 29.

introdotto solo nell'ultima edizione dei *Fondamenti*. Il maggior vantaggio di questo testo, rispetto alle prime due stesure dei fondamenti è la chiara affermazione dell'elemento sociale dell'autorità: «pare si possa tutt'al più aspirare all'autorità, meritarsela, non darsela: per ottenerla effettivamente è d'uopo che altre volontà concorrano nella nostra e la riconoscano»<sup>18</sup>. È, tuttavia, evidente come il tema del riconoscimento non comporti l'esistenza di un pluralità di soggetti: se, sul piano empirico, simile pluralità non può non essere ammessa, la vera società «non è quel che trascende l'individuo per collegarlo con altri individui, bensì quella che l'individuo, soggetto universale, stringe in sé con se stesso»<sup>19</sup>. Con la riproposizione della *societas in interiore homine*, già formulata nel primo volume del *Sommario*, si introduce uno dei capisaldi della filosofia giuridica gentiliana: il riconoscimento pratico dell'altrui volontà comporta l'assunzione della volontà altrui nella nostra, l'immedesimazione di due volontà condotta non come il piegarsi della volontà debole alla volontà forte, ma come l'esito del processo di spiritualizzazione della realtà che è universalizzazione. L'autorità del maestro, all'interno della scuola è, quindi, la stessa volontà degli scolari, non in quanto le due volontà permangono nel trovarsi l'una di fronte all'altra, ma perché si immedesimano risolvendosi l'una nell'altra di modo che «realizzare la disciplina, o realizzare una volontà-legge riconosciuta dagli scolari, potrà esser dunque lo stesso che realizzare la propria volontà di maestro. *La disciplina non è il dovere dello scolaro, anzi il dovere fondamentale del maestro*»<sup>20</sup>.

Assunta la realizzazione della disciplina come autorealizzazione che il maestro fa di sé, universalizzandosi nella scuola, resta da vedere quali siano i metodi per mantenere la disciplina. Nel processo di universalizzazione dello spirito, l'infrazione alla disciplina non è considerabile come un incidente ma «un momento necessario alla disciplina»<sup>21</sup>. Inizia qui ad affacciarsi la tematica della violazione della legge come dialetticamente immanente alla legge stessa, che sarà uno dei temi della seconda aggiunta ai *Fondamenti*. L'essere immanente della violazione, importa

---

<sup>18</sup> Ivi, p. 35.

<sup>19</sup> Ivi, p. 36.

<sup>20</sup> Ivi, p. 37.

<sup>21</sup> Ivi, p. 49.

l'immanenza della pena o, per il tema scolastico che è oggetto del testo, del castigo, nella stessa azione che viola la disciplina. V'è, tuttavia, in questa che potremmo considerare, sebbene alla lontana, una prima formulazione del problema penale ancora qualcosa di acerbo, di non ancora pronto: se è vero che «il castigo, se deve sanare il dissidio tra lo spirito e la sua legge, non può consistere se non in una modificazione del primo: ché se la legge potesse mutarsi, il torto non sarebbe del ribelle, e l'indisciplina non ci sarebbe»<sup>22</sup>, bisogna inevitabilmente constatare come la legge sia in certo modo sottratta al divenire dello spirito. C'è qui una sorta di sospensione della dialettica in cui la legge appare data una volta per tutte, come incisa nel marmo e immodificabile, posizione che appare in contrasto con la necessità di riporre nella legge la volontà che essa valga. La possibilità del modificarsi della legge (meglio sarebbe dire della norma) verrà ampiamente trattata nei *Fondamenti*, giungendo a una formulazione decisiva con l'introduzione della figura di Antigone, avvenuta nell'ultima edizione del testo.

Ciò che risulta più interessante notare è, tuttavia, il ruolo del castigo che, inteso non come restauratore della disciplina violata, ma come instauratore della stessa, porta alla considerazione della pena come immanente alla violazione (e al violatore) della disciplina. L'utilità del castigo consiste, dunque, nel far comprendere a chi l'ha violata la necessità della legge. In questo senso, a rivelarsi ingiusto e immorale è il perdono, se non in quei casi in cui il colpevole si sia già pentito: «il perdono legittimo e morale è quello che risparmia i castighi inutili, perché interverrebbero dopo raggiunta e attuata la loro finalità, quando il colpevole è già pentito e ha riconosciuto il proprio torto e la necessità della legge che aveva negata»<sup>23</sup>. Come conciliatore della legge col violatore della legge, di universale e particolare, il castigo, e perciò anche il giudice cui spetta di comminare il castigo, si rivela essere non l'avversario, ma l'amico del colpevole. Interessante è, da questo punto di vista, il carattere che viene attribuito al castigo: se il suo scopo è, come abbiamo detto, quello di sanare il dissidio tra lo spirito e la sua legge, è evidente che questo castigo non possa che essere immanente all'attività spirituale stessa caratterizzandosi, dunque,

---

<sup>22</sup> Ivi, pp. 53-54.

<sup>23</sup> Ivi, p. 52.

come un'esigenza morale. In cosa debba consistere il castigo spetta poi al giudice – nel caso specifico al maestro – deciderlo volta per volta: «il castigo deve far sentire tale scissura [tra spirito e legge]; e non andare più in là; e riuscirà tanto più efficace quanto più viva sarà l'unità, in cui si sia prodotta la scissura. E poiché questa unità si fonda sull'universalità dello spirito, l'efficacia del castigo sarà in ragion diretta dell'universalità dello spirito del maestro»<sup>24</sup>. L'elemento di dolore, di afflizione, è in certo modo estrinseco al castigo, o, comunque, gli è inessenziale. Se, come termine del castigo, termine già insito nel rendersi conto della scissura tra il proprio spirito e la legge, si ha la soluzione della distanza, il dolore non nasce nel castigo «o nasce morendo nel suo opposto»<sup>25</sup>. Il dolore, non costituendo né il fine ultimo del castigo, né il suo scopo primario, nasce già morto, perché col sorgere del castigo la particolarità è già risolta nell'universale. Il fine riconciliatorio del castigo esclude poi, di per sé un castigo che trascenda la conciliazione, negando non la particolare azione illecita, ma l'universalità stessa del soggetto che porta a termine l'azione: «un castigo che negasse, non quello che è accidentale e particolare, ma la stessa essenza ed universalità dell'anima del colpevole, cesserebbe di essere un castigo per diventare un delitto. Il castigo è giustificato dal bene che realizza»<sup>26</sup>.

La morale immanenza del castigo allo spirito del castigato, porta Gentile a un'altra presa di posizione: se il castigo è da accettare, perché già insito nella difformità dell'azione alla legge, e perché capace di riconciliare dall'interno questa difformità, altrettanto non si può dire del premio: ponendo un fine esterno all'azione e, quindi, allo spirito, il premio si traduce in una falsificazione dei fini etici presenti, invece, nel castigo. Guardando a un fine esterno, il dovere si trasforma, nel caso del premio, da categorico a ipotetico, con una sostanziale cancellazione della moralità dell'azione. La realtà spirituale non può che avere i suoi premi dentro se stessa: nella conciliazione del particolare e dell'universale, il premio, ponendo empiricamente un fine fuori dello spirito, finisce per distruggere lo stesso edificio spirituale. «Abituare i giovani a guardare fuori di se stessi a un fine il cui raggiungimento non dipenda in

---

<sup>24</sup> Ivi, p. 55.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Ivi, p. 56.

tutto da loro, ma anche dal beneplacito altrui, che potrà esserci e potrà anche mancare, è abitarli a non vedere e non valutare il pregio intrinseco e assoluto di ogni lavoro, d'ogni atto spirituale, e del complesso della vita che a ciascun d'essi spetterà di vivere» quello che viene a mancare nel premio è, dunque, la certezza assoluta nella verità dell'azione spirituale, sostituita dal dubbio su un'approvazione che è incerta, e «quando non c'è nello spirito un giudizio che sia assoluto, una volontà che sia assoluta, non ci può esser l'edificazione dell'umana potenza, anzi piuttosto la sua demolizione»<sup>27</sup>.

### **Legge e moralità del diritto**

È con la stesura de *I fondamenti della filosofia del diritto* che il problema giuridico giunge a una sua esplicita e completa – sebbene non definitiva – determinazione. La riflessione sul ruolo da assegnare alla filosofia del diritto all'interno del sistema gentiliano deve già essere indotta dalla genesi e dalla storia del testo. Se è vero, come ci viene ricordato dallo stesso Gentile, che il nucleo originale del libro è frutto della trascrizione degli appunti preparati per il corso tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa nell'anno accademico 1915-1916, va nondimeno notato, con Arnaldo Volpicelli<sup>28</sup>, che la triplice edizione dell'opera, con il continuo aggiustamento della forma, lo spostamento di capitoli, e l'introduzione di nuovi che, oltre a modificare l'impostazione originale, comportano una trasformazione del punto di vista, getta sull'opera una luce che non può essere quella dell'occasionalità, oltre a fornirgli un certo fascino.

---

<sup>27</sup> Ivi, p. 57.

<sup>28</sup> Cfr. A. Volpicelli, *La genesi dei Fondamenti della Filosofia del Diritto di Giovanni Gentile*, in "Giornale critico della filosofia italiana", XXVI, 1947, pp. 308-322. Volpicelli nota, inoltre, come Gentile non avrebbe potuto sottrarre ai suoi «scolari» temi fondamentali dell'operare e della teoria giuridica se non fosse stato guidato da un preciso intento filosofico. Al di là della storia del testo, è forse questa mancanza ciò che più deve indurre a riflettere circa la sua natura occasionale. A questo proposito si veda anche il saggio di A. Pigliaru, *Esercizio primo sulle varianti de "La Filosofia del Diritto"*, in V. Vettori (a cura di), *Giovanni Gentile*, La Fenice, Firenze 1954, pp. 114-143. Ripercorrendo le variazioni al testo tra le tre edizioni, Pigliaru mette in luce come queste siano il sintomo della fatica del pensiero.

L'edizione originale del 1916 è costituita dai soli primi sei capitoli, nell'edizione del 1923 viene aggiunto in appendice un testo scritto due anni prima dei *Fondamenti*, avente per oggetto la morale rosminiana<sup>29</sup>, nell'edizione definitiva del 1937 l'appendice si trasforma in introduzione, e al termine della trattazione vengono aggiunti due capitoli, pensati in origine come saggi a sé stanti: *Lo Stato e La politica*<sup>30</sup>. Ci occuperemo del problema dell'inserimento dello Stato in seguito, quello che per il momento ci interessa è la questione del fondamento del diritto. Daremo per assodate le riflessioni relative allo spirito come attività pratica, contenute nell'introduzione aggiunta nell'ultima edizione e ci addentreremo immediatamente nella formulazione originale del testo.

Già dall'inizio della lettura, trova conferma quanto osservato nella trattazione del testo relativo alla Scuola di Antropologia criminale del Lombroso: la filosofia del diritto si rende necessaria contro gli assunti della scuola storica positivista che pretendeva di fare del diritto un fatto. «La questione da risolvere è, se sia possibile concepire il diritto come puro fatto o fenomeno: e riguarda perciò non un metodo che presupponga il diritto, ma la stessa posizione del diritto»<sup>31</sup>. Il punto fondamentale per dare contezza dell'impossibilità di interpretare il diritto esclusivamente come fatto, o come fenomeno storico e sociale, è la centralità del soggetto che si perderebbe in una simile formulazione. Il fenomeno va riportato al soggetto, giacché «chi dice “fenomeno”, dice soggetto a cui il fenomeno appare: a cui appare, come la filosofia moderna ha dimostrato, in virtù dell'attività propria del soggetto stesso, che misura, anzi *forma* il reale, che egli si rappresenta alla stregua delle proprie categorie»<sup>32</sup>. La ricollocazione in posizione centrale dell'attività produttiva del soggetto, non solo esclude la possibilità di trovare un fenomeno – e, per il tema che ci interessa, un

---

<sup>29</sup> Lo scritto, nato due anni prima dei fondamenti come testo indipendente, di introduzione alla morale rosminiana, viene inserito da Gentile perché «contiene l'esposizione di alcune idee che sono il presupposto della posteriore trattazione molto stringata della filosofia del diritto; dove sono riprese in modo forse anche troppo sommario» (G. Gentile, *I fondamenti*, cit., p. VI). L'insistenza gentiliana sulla stringatezza del corpo originale dell'opera rappresenta una spia che, come si è notato, rivela l'attenzione del filosofo per quest'opera.

<sup>30</sup> Il capitolo VII, *Lo Stato*, era stato preparato da Gentile per il Congresso hegeliano di Berlino del 1931, dove era stato letto col titolo *Il concetto dello Stato in Hegel*. Il capitolo VIII, *La Politica*, era già apparso (col titolo *Diritto e politica*) nello “Archivio di Studi Corporativi” del 1930.

<sup>31</sup> G. Gentile, *I fondamenti*, cit., p. 35.

<sup>32</sup> Ivi, p. 37.



fenomeno giuridico – al di fuori di questa attività, ma finisce anche per annullare sostanzialmente la differenza tra fenomeno e categoria. Spostando il ruolo della categoria da catalogatore di fenomeni originatisi esternamente all'attività soggettiva a produttore di realtà, va da sé che la distinzione tra i due momenti (fenomeno e categoria) venga meno. Il formalismo delle categorie kantiane si scioglie fino a far coincidere la categoria con l'oggetto di cui è categoria.

Con Kant si risolveva il problema della filosofia antica di pensare le categorie come predicato e «si pensò perciò alla categoria come funzione del pensiero pensante, forma dell'attività giudicatrice», si permaneva, tuttavia, nell'errore di «lavorare sopra una materia che non essa [categoria] crea, ma presuppone: e in generale di unificare questa materia per se stessa molteplice, conferendole in conseguenza quegli attributi di necessità e universalità che essa nella sua molteplicità non può avere»<sup>33</sup>. Per essere intesa correttamente, la categoria non deve essere «né predicato che assorba in sé il soggetto, come accade nella logica aristotelica, né funzione che, pur volendo essere sintesi a priori, cacci fuor di sé la materia, l'esperienza, e quindi la realtà» e, di conseguenza, «la categoria autosintesi, atto immanente dell'Io, è l'unica categoria onde si pensi *a parte obiecti* e *a parte subiecti* tutto il pensabile: l'unica categoria predicato, con cui, pensandosi oggettivamente il mondo, lo si pensa e deve pensare come tutto Io; l'unica categoria funzione, con cui, pensandosi soggettivamente, il mondo è tutto Io: quel pensiero per cui esso si pensa e si deve pensare»<sup>34</sup>, con la conseguente immanenza dell'oggetto alla categoria, anzi la coincidenza di oggetto e categoria.

Affrontando il tema della possibilità di una categoria giuridica – possibilità esclusa da Croce nella sua *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*<sup>35</sup> – Gentile coglie la duplice determinazione di cui la categoria è

---

<sup>33</sup> G. Gentile, *Sistema di logica come teoria del conoscere. Vol. II*, Laterza, Bari, 1923, pp. 104-106.

<sup>34</sup> Ivi, pp. 114-119.

<sup>35</sup> La determinazione della legittimità di una categoria giuridica a sé stante, non è oggetto di un testo che vuole «dedurre la necessità della filosofia del diritto non contro i filosofi che ne hanno negato o messo in forse la possibilità, ma verso i giuristi, che ammettono il diritto e non scorgono il problema specifico della filosofia del diritto» (G. Gentile, *I fondamenti*, cit., p. 41). La risposta, peraltro non indirizzata esplicitamente a Croce, appare forse un po' sbrigativa, va tuttavia considerato che, nonostante l'esemplificazione sia giuridica, Gentile non sembra in questo primo capitolo dei suoi *Fondamenti*, occuparsi specificamente del problema del rapporto tra categoria e fenomeno giuridici, quanto piuttosto di categoria e fenomeno *tout court*.

passibile: «la distinzione [tra fenomeno e categoria], verbalmente agevole e ovvia quando si formula, riesce invece sottile ed astrusa quando si determini con tutto il rigore logico»<sup>36</sup>. La sola distinzione possibile all'interno dell'idealismo attuale è quella per cui si può dire che «la categoria stessa è fenomeno quando non è categoria in atto; ma è categoria, e non più fenomeno, quando funge da categoria; ed è la nostra stessa categoria»<sup>37</sup>. Questa distinzione, che comporta un elemento di identità, in cui il fenomeno giuridico è caratterizzato come il distaccarsi della categoria da se stessa, e in cui i due corni della questione non divergono sostanzialmente, ci introduce al modo in cui Gentile affronta il problema della legge. Il fenomeno giuridico si delinea come un passato, un atto del soggetto distaccatosi dal soggetto stesso, la vita del diritto risiede invece nella categoria giuridica, delineata come il pensiero attuale del diritto. L'elemento passatista del fenomeno è evidente nell'esempio dello storico che si rivolge al diritto romano (fenomeno) per riportarlo in vita nel suo pensiero (categoria).

L'altra formulazione contro cui Gentile è costretto a prendere posizione è quella del diritto come fatto – opposizione già accennata quando abbiamo parlato della critica alla scuola lombrosiana. Il fatto è qualcosa di già realizzato: è natura, e «contro questa natura, e in generale contro la realtà che è un fatto, sta lo spirito [...], e lo spirito, per questo solo che sta di fronte alla natura e alla universalità dei fatti, è libero, che è come dire non è un fatto»<sup>38</sup>. Il fatto si situa nel tempo, è un passato dell'atto spirituale e «nel tempo non c'è se non quel che c'è, ossia quel che vi poniamo noi»<sup>39</sup>, nel suo concreto pensiero, dunque, il diritto, come ogni umana realtà, è atto, e fatto sarà solo nel pensiero astratto di esso. Questa formulazione, che si ritrova in tutta la filosofia di Gentile, deriva dalla necessità di interpretare lo

---

<sup>36</sup> Ivi, p. 38.

<sup>37</sup> Ivi, p. 39.

<sup>38</sup> Ivi, pp. 42-43.

<sup>39</sup> Ivi, p. 42. Così, nella *Teoria generale dello spirito*, dopo aver esposto i concetti di spazio e tempo come “sistemi del molteplice”, Gentile rileva come la caratteristica essenziale dello spazio concretamente pensato sia quella di essere “attività spazializzatrice”, non molteplice, dunque, ma *moltiplicazione*. Allo spazio si correla il tempo e, data la caratterizzazione di spazio come attività spazializzatrice e tempo come correlato di essa, «è ben da notare che non noi siamo nello spazio e nel tempo; anzi lo spazio e il tempo, tutto ciò che si spiega spazialmente e succede a grado a grado nel tempo è in noi». (G. Gentile, *Teoria generale dello spirito come atto puro*, Sansoni, Firenze 1938, p. 122).

spirito come realtà autocreata, e perciò libera; interpretazione che sarebbe impossibilitata dal presupporre una realtà esterna al soggetto e, quindi, pensiero del diritto esclusivamente come fatto. Tuttavia va rilevato come il diritto, sotto un certo aspetto, debba essere considerato come fatto, ma come fatto è considerabile esclusivamente in quanto fatto da noi, cioè in quanto atto passato. L'intellezione del fatto implica sempre e comunque l'attività spirituale: il «*risolvere il fatto nel fare, l'oggetto della nostra esperienza nella nostra esperienza*» in cui si discioglie «la massiccia materialità immediata nel fluente processo spirituale di cui è risultato»<sup>40</sup>. Se, dunque, nel suo empirico stare, il diritto deve permanere nell'essere considerato nel suo aspetto fattuale, lo scopo della filosofia del diritto deve essere quello di spiegare e di cogliere quale sia il principio produttivo del fatto. Tale scopo non trascende la considerazione fenomenologico-storica del diritto, dal momento che «intendere è produrre, e la categoria per cui si intende, non può essere altro che il principio produttivo», sicché fare diritto è già fare filosofia del diritto.

L'inammissibilità della considerazione esclusivamente fattuale del diritto è strettamente collegata al modo in cui nella filosofia gentiliana viene concepito il pensiero, inteso come realizzatore non di una realtà sua esclusiva, ma di tutta la realtà. Conseguenza di questa posizione è, come abbiamo già accennato, l'impensabilità di una realtà che si ponga fuori dall'attività del soggetto pensante. Il pensiero che avesse una realtà fuori di sé, sarebbe, per ciò stesso, negato: gli sarebbe negata la possibilità di conoscere l'oggetto della sua cognizione. «L'oggetto, infatti, della cognizione non può essere se non interno alla cognizione stessa; e quando si postuli una cosa esterna, si postula come sconosciuta e inconoscibile»<sup>41</sup>. Il discorso non si limita alle scienze umane, in cui più facile è cogliere l'immanenza al pensiero dell'oggetto, ma si estende anche alle scienze naturali ed esatte. Tuttavia, Gentile non si dilunga nella trattazione, già portata avanti altrove, notando correttamente come il tema in oggetto «appartiene a quelle forme testé accennate della realtà [morale], dove più facilmente si vede la spiritualità dell'essere, e dove perciò la tesi idealistica

---

<sup>40</sup> G. Gentile, *I fondamenti*, cit., p. 45.

<sup>41</sup> Ivi, p. 49.

non può incontrare difficoltà quando si sia riusciti ad affisare l'essenza di cotesta forma, che è già fermamente determinata nella coscienza comune»<sup>42</sup>.

La riduzione della sfera giuridica a quella morale costituisce, senza dubbio, un punto di distacco forte nei confronti della filosofia giuridica crociana, intenta a ricondurre il diritto all'economico, all'utile, ma getta anche un'ombra di incertezza sulla possibilità di affermare l'esistenza di una categoria giuridica. Il processo in cui l'Io giunge a realizzarsi è unico: unico è il processo del pensiero o, per il tema che ci interessa, della volontà, che è poi lo stesso del pensiero<sup>43</sup>, consiste «nell'affermazione di sé, mediante la quale noi siamo presenti a noi medesimi, con coscienza più o meno energica e vigorosa, ma indefettibilmente sempre. Nel "sé", identità di oggetto col soggetto, riflessione dell'essere su se medesimo, è il carattere proprio dell'affermazione, ossia dell'attività per cui si realizza l'Io»<sup>44</sup>. Da questo processo, in cui l'Io si realizza realizzando la realtà medesima, è esclusa ogni molteplicità: il presupporre un molteplice creerebbe una frattura all'interno del processo, la molteplicità che empiricamente vediamo va, dunque, intesa come lo stesso processo di moltiplicazione dell'Io. Inteso lo spirito come processo, la realtà spirituale va intesa come realtà dialettica: lo spirito non può essere inteso come tutto bene o tutto male, ma ha sempre in sé i due momenti, positivo e negativo. Sebbene non in forma esplicita, è questa una ripresa del tema del castigo che è già contenuto nell'azione delittuosa e che contiene già in sé la conciliazione e la risoluzione dell'opposizione. Concepire la realtà diversamente che nella sua forma dialettica significherebbe sottrarla all'atto spirituale che la crea, giacché «una realtà spirituale già fissata è una realtà già materializzata, annullata spiritualmente; e se realtà è realtà spirituale, annullata assolutamente. Quindi è che una realtà affatto inerte riesce inconcepibile; e quindi anche l'esperienza di tutti i momenti, che l'arrestarsi del lavoro spirituale non importa già l'arresto dell'evoluzione spirituale, bensì l'involuzione, il logorio e il dissipamento del già acquisito»<sup>45</sup>. Nella sua vita dialettica, lo spirito è già realtà morale, e la moralità si può ben dire che «non è

---

<sup>42</sup> Ivi, p. 53.

<sup>43</sup> Cfr. G. Sasso, *Le due Italie*, cit., pp. 266-267.

<sup>44</sup> G. Gentile, *I fondamenti*, cit., p. 55.

<sup>45</sup> Ivi, p. 63.

forma speciale di spiritualità»<sup>46</sup>, ma investe ogni momento della vita dello spirito. Morale è, dunque, nella concezione gentiliana, qualunque azione, qualunque giudizio che implichi l'atto dell'Io. Non solo l'attività pratica è morale, ma anche, ad esempio, l'attività teoretica e l'estetica.

La domanda che più ci interessa per il tema in esame è quella sulla natura del bene, da Gentile caratterizzato come «il valore dello spirito nella sua attualità dialettica; e si può dire la maggiore concretezza della realtà spirituale [...]. Morale è l'atto spirituale in quanto realizzazione dello spirito; e la negazione della moralità non si può perciò concepire come reale momento della vita dello spirito senza entrare nel concetto dello svolgimento spirituale»<sup>47</sup>. Due sono i punti che devono essere messi in luce: il primo è, lo abbiamo già visto, la riconduzione della sfera giuridica, in quanto facente parte dell'unica realtà spirituale, sotto la sfera morale che si presenta a tutti gli effetti come omnicomprensiva. Il secondo, più specifico, riguarda la definizione esclusivamente formale che qui si dà della morale. Un simile approccio al problema sarà foriero di non poche difficoltà quando Gentile si troverà a dover affrontare nello specifico la definizione dell'atto delittuoso. Anticipando quanto affronteremo in seguito, bisogna dire che il delitto, in quanto atto lesivo della moralità, sarà considerato esclusivamente come un'astrazione, su questo punto, e sulle critiche che gli furono rivolte, ci soffermeremo in seguito.

L'opposizione viva e vitale di disvalore e valore conduce all'eterna e inevitabile vittoria del bene sul male. Nell'introduzione, inserita nell'ultima edizione del testo, Gentile si riferisce, per spiegare questo punto, alla novella dello sciocco Mancini che, montato in sella su uno degli asini che aveva noleggiato, e contando quelli che gli venivano dietro, si trovava con un asino in meno: «chi, infatti, vede il male senza vedere il bene in cui quel male è vinto e annullato, vede gli asini che ha davanti, non quello su cui è montato»<sup>48</sup>. Perché vi possa essere riprovazione è necessario che vi sia un atteggiamento morale superiore a quello che viene ad essere riprovato, ma non in un modo in cui i due momenti restino esterni l'uno all'altro, ma

---

<sup>46</sup> Ivi, p. 65.

<sup>47</sup> Ivi, p. 67.

<sup>48</sup> Ivi, p. 12.

in quello per cui il momento riprovato è interno al suo superamento. «Il riprovare non è l'antecedente di un'ulteriore volontà che instauri il bene in luogo del male già negato. L'atto del riprovare e quello del volere il bene sono un solo atto: atto che non è negativo, bensì positivo. Giacché quella volontà che riprova e condanna, essa stessa è volontà di bene. E quindi il bene si realizza nel punto stesso che si oppone al suo opposto. Così è che in ogni caso, paia esterno il male ed altrui, o interno e nostro, il volere buono è una crisi interiore onde il bene nasce dal male: e nasce, non presupponendolo, ma ponendolo nell'atto con cui lo nega e se ne trae fuori»<sup>49</sup>.

L'atto di riprovazione si delinea, dunque, come il togliimento del male – che possiamo intendere come il momento astratto, particolare, di una volontà – nel bene, che va, invece, interpretato come momento concreto e universale. In questo togliimento, però, il male viene anche posto all'interno dell'universale, assumendo la sua collocazione come momento dialettico della volontà universale. Interessante è notare come la volontà che condanna si delinea come volontà di bene, in quanto volontà che supera ciò che condanna. La figura del giudice – che inizia qui ad affacciarsi, sia pure non in maniera esplicita – si presenta parallela a quella del maestro che castiga: in entrambi i casi abbiamo una volontà universale che cancella, assorbendola in sé, la volontà negatrice del bene. Ma che cos'è questo bene che viene instaurato da una volontà negatrice del male? Il bene è la stessa volontà, «è *svolgimento*, la cui attualità importa il momento negativo, il male; senza del quale lo svolgimento, il diventare del bene, cesserebbe, e il bene verrebbe meno»<sup>50</sup>.

Oltre l'ulteriore esplicitazione della natura dialettica del bene, e della sua sostanziale coincidenza con la volontà volente, quello che è interessante notare è il soggetto a cui viene affidato lo svolgimento spirituale: «intanto questa realizzazione pare sia affidata all'individuo, che, particolare per la sua natura, dovrebbe agire come volontà universale. In verità, se l'individuo fosse puro particolare (*natura* come dicono i teologi), non c'è dubbio che a lui, alle sue sole forze, sarebbe in eterno negata ogni possibilità di bene, ove non intervenisse l'esterno sussidio miracoloso di una grazia sovrumana. Ma questa posizione dell'individuo [...]. È affatto

---

<sup>49</sup> Ivi, pp. 69-70.

<sup>50</sup> Ivi, p. 70.

fantastica»<sup>51</sup>. Ci troviamo, dunque, di fronte all'apparente contraddizione di un individuo che si trova al tempo stesso ad essere particolare e universale, risolta nel senso per cui «l'individuo, in conclusione, è universale in quanto non è essere della natura, oggetto dello spirito, ma soggetto lo spirito. E la sua legge morale appunto perciò non è niente di sopraggiunto, quasi missione che gli s'imponga *ab extra*, o croce che gli si getti sulle spalle; bensì la sua stessa vita»<sup>52</sup>. L'universalità dell'individuo comporta che il conflitto tra individui sorga mercé la cattiva posizione del problema morale, causata dalla mancata comprensione del processo dello spirito.

Questa individualità particolare, che vede gli individui opporsi fra di loro, ma risolversi in un unico individuo tramite la risoluzione del conflitto, è negata dall'agire morale. L'individualità particolare non va, dunque, intesa come alcunché di reale, ma come «l'ideale momento interiore dell'atto morale» ed è quindi «solo alla luce di questo concetto [che] è possibile sorprendere l'individuo particolare nella immanente realtà morale»<sup>53</sup>. Ci troviamo di fronte a una situazione circolare per cui la realtà morale, che è immanente all'agire dell'individuo particolare si trova a contenere questo suo medesimo individuo come suo momento.

Negata la concretezza dell'individuo particolare, riportato alla sua dimensione astratta, occorre procedere alla ricerca di quale sia il soggetto concreto del mondo morale e, quindi, del diritto. La natura dello spirito umano è assolutamente sociale, tanto che si può dire che la società sia già immanente all'individuo. Si affaccia così uno dei temi che meglio preparano la strada alla formulazione del diritto gentiliana, tema che sarà oggetto di contestazioni da parte degli oppositori della filosofia di Gentile. La società si trova ad essere immanente all'individuo per una necessità logica più che etica: se «non c'è affermazione volitiva che non sia esclusione e soppressione della sua rispettiva negazione» consegue che «Robinson Crusoe nella sua isola, e prima di conoscere venerdì, non può non realizzare il proprio volere con quel processo medesimo che è proprio del volere d'ogni individuo vivente in società: negando cioè quell'opposto del volere stesso nel suo valore universale, che è il

---

<sup>51</sup> Ivi, pp. 70-71.

<sup>52</sup> Ivi, p. 71.

<sup>53</sup> Ivi, p. 73.

momento particolare o finito del volere nella società»<sup>54</sup>. La traslazione della società da *inter homines* a *interiore homine*, compiuta per scopi di rigore logico, trasformando il momento associativo di una pluralità di individui in un momento astratto, considerabile esclusivamente sul piano empirico, finisce per sottrarre in una certa misura al diritto uno dei suoi scopi: la conciliazione di conflitti, caratterizzando la trattazione gentiliana del tema.

Il problema della legge viene definitivamente introdotto da quello dell'autorità, trattato in modo sostanzialmente diverso da quanto fatto nel *Sommario di pedagogia*: Gentile, pur ammettendo la necessità dell'autorità per la sussistenza di alcune forme sociali, evidenzia come ve ne siano altre che non si basano su un principio di autorità, escludendo il carattere fondativo di quest'ultima. L'esempio dell'amicizia fatto da Gentile per escludere la natura fondamentale e costitutiva dell'autorità è, tuttavia, debole basandosi su una forma molto particolare e anomala dell'associazione tra individui<sup>55</sup>. È, peraltro, dubbio se l'amicizia possa considerarsi a tutti gli effetti una forma di società, perlomeno sul piano giuridico. Spostandosi dall'amicizia a una forma di società che può apparire altrettanto immediata: la famiglia, risulta evidente come essa si basi sulla sanzione e sul riconoscimento da parte di un'autorità sovrana. Per quanto riguarda forme sociali più classiche (Stato, famiglia o anche scuola) Gentile è costretto ad ammettere l'esistenza di un principio d'autorità risiedente, almeno sotto l'aspetto empirico, in un individuo (padre, maestro) o in una forma istituzionale (governo). Tuttavia a questo principio di autorità è negato non solo il carattere fondativo, ma anche l'esistenza concreta. «Quale che sia il grado di razionalità delle considerazioni che c'inducono a riconoscere un'autorità superiore alla volontà nostra la forza delle leggi a cui essa è sottoposta, sono state sempre vane logomachie, essendo ben chiaro che, per alta che

---

<sup>54</sup> Ivi, p. 75.

<sup>55</sup> Santi Romano critica esplicitamente la posizione gentiliana riguardante la forma sociale rappresentata dall'amicizia, mettendo in evidenza la possibilità di distinzione tra «questa società in senso largo dalle altre in senso stretto, in cui si produce il fenomeno giuridico» (S. Romano, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto. Parte prima*, Enrico Spoerri Editore, Pisa 1918, pp. 26-27).



sia cotesta autorità, essa non sarà mai se non all'altezza a cui l'avremo noi collocata»<sup>56</sup>.

L'elemento di riconoscimento, essenziale all'autorità, sarà, come vedremo, altrettanto essenziale alla legge nel suo aspetto normativo, e diciamo nel suo aspetto normativo perché si affaccia qui una duplicità di piano della legge: «giacché di leggi ve n'ha due: una unica, e veramente legge; l'altra infinitamente molteplice, e legge sì e no, e solo in virtù della prima»<sup>57</sup>. La legge vera e fondamentale assume il carattere di momento fondativo della legge, da cui scaturiscono le leggi particolari – o norme – che costituiscono i momenti dialettici di quest'unica legge che gode di autorità propria. Scissi i due aspetti della legge, come legge fondamentale e come norma, e prima di giungere alla comprensione di quale sia il momento fondativo del diritto, occorre porre l'accento su un'ulteriore apparente duplicità nella legge. Affermando che «il soggetto della legge è pure il soggetto della forza che la esegue: l'attività dello spirito. Dove non puoi distinguere, se non per astrazione, forza e legge; perché la legge non è un *prius* né un *posterius* rispetto alla energia che la pone nella sua realtà osservandola liberamente»<sup>58</sup>, bisogna pure osservare che la forza che pone la legge è passibile di una duplice formulazione o, quantomeno, di poter essere osservata da due lati. La forza assume un significato completamente diverso a seconda che si guardi dall'interno o dall'esterno, «*a parte subiecti*» o «*a parte obiecti*», e «la differenza è tale e tanta che la prima è, ben si può dire, la radicale negazione della seconda, quantunque comunemente si creda che in ambo i casi si tratti della identica forza»<sup>59</sup>. La forza vista dall'esterno, non può essere per il soggetto l'atto in cui si crea e, se la legge «è pel soggetto l'atto stesso del suo realizzarsi», la conseguenza è che la forza che può dirsi diritto è «la forza interiore, l'attività o potenza dello spirito nella sua intimità»<sup>60</sup>.

L'aspetto di exteriorità che il diritto assume in certe sue manifestazioni – il caso esemplare è quello dell'educazione, ma, dal momento che tutto l'operare giuridico si

---

<sup>56</sup> G. Gentile, *I fondamenti*, cit., p. 77.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Ivi, p. 80.

<sup>59</sup> Ivi, p. 82.

<sup>60</sup> Ivi, p. 83.

delinea come un processo pedagogico, possiamo estenderci ad ogni manifestazione giuridica – attende in realtà di essere risolto nell'immanentizzazione del momento coattivo. Così, «la stessa educazione veramente quando si ha l'esteriorità si risolve e il maestro, come già voleva S. Agostino, diventa interno dello spirito dell'educando, in guisa che la forza dell'uno sia la forza propria del secondo»<sup>61</sup>. Inteso il rapporto educativo, e più in generale il rapporto spirituale, come un rapporto a doppio senso, in cui la forza esterna viene interiorizzata nel processo di autorealizzazione del sé, consegue che una forza possa dirsi esterna solo fin quando il processo spirituale non si sia compiuto. Tuttavia, c'è un modo più concreto di intendere l'esteriorità della forza: «la vera esteriorità, a cui bisogna guardare sempre per intendere ogni forma derivata e indiretta di essa, è questa interna negatività del volere, fuori del quale è impossibile imbattersi in nulla che abbia un qualunque valore, positivo o negativo, per lo spirito»<sup>62</sup>.

Lo spostamento del momento di esteriorità all'interno dell'atto volitivo stesso è particolarmente rilevante per la tematica giuridica, e lo è perché introduce il tema di un diritto non coattivo. L'apparente esteriorità coattiva del diritto è da intendersi nel senso di questa esteriorità interiore: la coazione non ha una sua forza autonoma e indipendente, ma «è evidente che la forza della coazione, esercitata fisicamente o no, sarà nel dolore, che si oppone nella coscienza del soggetto all'attuazione della realtà del soggetto stesso: giacché soffre chi agisce e non realizza se stesso»<sup>63</sup>. Sappiamo, dal *Sommario di pedagogia*, che il dolore consiste nella mancata realizzazione del soggetto, il difetto la «negazione di qualche cosa che non c'è mentre dovrebbe esserci»<sup>64</sup>, il mancato soddisfacimento di un desiderio. La forza della coazione sta, dunque, all'interno di questa mancanza di realizzazione, di quello che potremmo definire un atto inibito, impossibilitato nella sua realizzazione, e, dunque, la forza della coazione non interviene dall'esterno sull'atto, ma è contenuta nell'atto stesso, impossibilitato nel suo compiersi.

---

<sup>61</sup> Ivi, p. 84.

<sup>62</sup> Ivi, p. 85.

<sup>63</sup> Ivi, p. 86.

<sup>64</sup> G. Gentile, *Sommario di pedagogia generale. Vol. I*, Laterza, Bari 1923, p. 31.

Ma qual è, dunque, la scaturigine del diritto, la cui ricerca è il reale compito della filosofia giuridica? «La concreta attuazione del volere non è dunque se non pura attività morale, buona volontà, bene. Ma nella dialettica di questo atto, onde s'instaura in eterno il bene, sono da distinguere momenti diversi; perché non tutto ciò che non è bene è male»<sup>65</sup>. È stato osservato che questo non-bene che è anche un non-male, viene inserito nello svolgimento della filosofia gentiliana senza alcuna necessità dialettica<sup>66</sup>, andando a costituire un elemento di disturbo. In effetti, il risolversi del fatto nell'atto, o del voluto nel volere, viene interrotto dall'introduzione di questo terzo elemento. Prima avevamo un volere non attuale – male – che veniva pacificamente assorbito e risolto all'interno del volere attuale, trasformandosi in bene; ora abbiamo un terzo elemento che resiste all'assorbimento.

Il volere si scinde, dunque, nei suoi due termini: volere come concreto atto del volere e volere come passato, o voluto. Quello che è, però, interessante notare è come il voluto diventi condizione e “legge” del volere, nel momento in cui si stacca dal volere attuale. La libertà della volontà fa sì che non si possa volere restando chiusi in un voluto, ma staccarsi da esso nella dialettica e considerarlo un *semplice voluto*. Nonostante il necessario distacco e il superamento del voluto nell'attualità del volere, il voluto si rivela essere condizione del volere: il voluto non è sottratto alla dialettica del volere, ma da volere attuale si trasforma in suo contenuto. «Il voluto, come volere già voluto, non è più volere, ma contenuto di volere: non è più legge, ma contenuto di legge; non è più libertà che è forza, ma forza senza libertà; non è più oggetto che è soggetto, ma oggetto opposto al soggetto»<sup>67</sup>. Come presupposto dell'attuale volere, il voluto si trasforma da forza che era già libertà, in forza che limita la libertà. Ma il voluto, è voluto dello stesso soggetto che ora si sente limitato dal suo voluto. Non potrebbe egli trasformarlo nello svolgimento della sua vita spirituale? La risposta è che egli non si riconosce più nel suo voluto è, pur rimanendo ad esso legato da un nesso di intimità, lo sente, per così dire, esterno a sé.

---

<sup>65</sup> G. Gentile, *I fondamenti*, cit., p. 87.

<sup>66</sup> Cfr. A. Lo Schiavo, *La filosofia politica di Giovanni Gentile*, cit., p. 178.

<sup>67</sup> G. Gentile, *I fondamenti*, cit., p. 89.

Esplicitato che questo volere già voluto è il diritto in senso stretto, si procede alla distinzione dalla morale. Sotto un primo aspetto, diritto e morale divergono come il fatto e l'atto: il diritto è volontà già realizzata, laddove la morale è volontà che si realizza. Tuttavia, «si errerebbe a credere il diritto posteriore alla morale, benché non ci sia dubbio che determinate forme giuridiche succedano a determinate forme etiche»<sup>68</sup>, la morale costituisce, infatti, il culmine concreto dell'atto spirituale. Sembrerebbe, quindi, che più che scaturire dalla morale il diritto finisca per risolversi in essa, tuttavia bisogna tener presente l'impossibilità di considerare l'antecedenza o la successione in termini cronologici: «il già voluto, si badi bene, non è effettivamente condizione del volere; non è, voglio dire, un suo cronologico antecedente; perché è il volere che fa il voluto "già voluto": e questo perciò intanto è, in quanto c'è il volere che lo contrappone a sé, e lo nega nella sua particolarità, che è la sua obbiettività astratta»<sup>69</sup>. In questo movimento di volere e voluto, il diritto si pone come il momento astrattamente positivo. Si torna qui al problema del terzo momento inserito nella dialettica del volere, e della sua necessità o meno: il diritto si pone come l'essere della volontà voluta, ma universale, e non particolare come è, invece, il male. Ancor più rilevante è, tuttavia, l'inizio della caratterizzazione del diritto come un *tra*, uno *zwischen*, tra due morali: quella da cui sorge e quella in cui termina.

Il diritto, in quanto "essere" della volontà, la volontà lo trova già in sé: «il "già voluto" è il contenuto eternamente presente del volere, in tutta la sua ferrea necessità (comandi esso o vietati). Il potere sovrano, come abbiamo già visto, egli lo ha in sé; e fuori di sé, dove empiricamente gli si rappresenta armato di spada, non può vederlo se non attraverso di quello che ha già nel suo intimo»<sup>70</sup>. L'aspetto esterno della legge è, dunque, risolto nell'atto del soggetto, e non potrebbe esser riconosciuto da lui se egli non avesse già originariamente in sé la radice della legge. La legge è, dunque, nel soggetto e il soggetto è nella legge e se questa è dura, lo è solo perché la vediamo rigida di fronte a noi, non conoscendone l'intimità con lo spirito nostro.

---

<sup>68</sup> Ivi, p. 90.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> Ivi, p. 91.

La distinzione tra diritto soggettivo (*facultas agendi*) e diritto oggettivo (*norma agendi*), si basa esclusivamente su un punto di vista empirico, essendo evidente che la facoltà di far valere il proprio diritto deriva dall'esistenza di un diritto, e che quindi il diritto soggettivo sia un derivato dell'oggettivo. «di che una riprova empirica è nel fatto che il diritto soggettivo sussiste, anche quando il soggetto cui compete non ne abbia coscienza e non lo faccia valere»<sup>71</sup>. Si introduce qui il problema – risolto solo nella terza edizione del testo, con l'introduzione dello Stato – di quale sia il soggetto che fa valere il diritto quando il soggetto cui compete non ne abbia coscienza, quello che è, comunque, per il momento più interessante notare è l'identificarsi della volontà mia con la volontà del diritto, di modo che «*la mia volontà non è una volontà mia, arbitraria e particolare, ma la stessa forza del diritto oggettivo*»<sup>72</sup>. Ed è la forza del diritto oggettivo perché è la volontà che gli dà vita, vivificandolo e richiamandolo nelle azioni giuridiche concrete in cui solo esiste il diritto. Il diritto di un credito non esiste in astratto, nella fattispecie credito, ma nel credito unico, particolare e soggettivo che io esigo di riscuotere in virtù di quel diritto oggettivo e universale che stabilisce la fattispecie creditoria.

Il duplice rimando di diritto soggettivo e diritto oggettivo, l'immanenza dell'uno all'altro, porta alla determinazione del diritto come non coattivo: il giure non avrà valore in virtù di una forza coattiva esterna che lo imponga, ma scaturirà dal rimando tra oggettivo e soggettivo che costituisce la sua vita, rimane il dubbio se la semplice *opinio iuris*, richiamata da Gentile, basti da sola a far sussistere il diritto. La coattività non è, dunque, il carattere del diritto e, se coazione vogliamo ammettere che ci sia, dobbiamo affermare che essa consiste non in un'imposizione ma nell'immanenza del potere sovrano al soggetto. Il tratto distintivo del diritto è l'annullamento della volontà violatrice del diritto, e quindi, la conciliazione di universale e particolare. Il carattere coattivo del diritto risiede quindi nel fatto che «noi lo sentiamo coattivo: legge della nostra volontà, senza che sia la nostra stessa volontà»<sup>73</sup>. La coazione delineata da Gentile è, di fatto, non coattiva: non lo è perché

---

<sup>71</sup> Ivi, p. 92.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> Ivi, p. 95.

tutta calata all'interno del processo dialettico del volere, in cui il diritto costituisce sì, un elemento di disturbo e rottura, ma in cui manca un soggetto in grado di garantire e far valere il diritto. La difficoltà di mantenere in vita il diritto senza un soggetto che lo garantisca è avvertita da Gentile fin dalla prima stesura dell'opera, ma la questione delle garanzie del diritto è da lui ritenuta «secondaria e accessoria rispetto alla natura del diritto» perché lo spirito «è portato dalla sua stessa universalità a rendere sempre più efficace verso la libertà particolare la disposizione giuridica»<sup>74</sup>. Simile formulazione, motivata da esigenze logiche, tradisce la difficoltà che Gentile incontra nel mantenimento in vita del diritto, difficoltà di cui egli si rende da subito conto, ma che non è ancora in grado di risolvere.

Nella sua interiorità all'atto spirituale, dunque, «il diritto si libra tra la morale da cui sorge e la morale a cui mette capo: e ogni momento della storia, così nell'individuo come nell'insieme degli uomini, che sono tutti un individuo, è un momento di moralità che risolve una situazione giuridica per farne nascere una nuova. Ogni organismo di rapporti giuridici è come un sistema della natura, che l'attività dello spirito ha creato, e che nell'attività dell'Io tornerà a riassorbirsi, come elemento di un ulteriore ampliamento e potenziamento del regno dello spirito. E il diritto ben può dirsi la *natura nel mondo della volontà*»<sup>75</sup>. A chi intenda lo svolgimento del diritto come è delineato nella filosofia gentiliana, e come abbiamo cercato di illustrare finora, il parallelismo con il regno della natura non appare strano. È l'elemento astrattamente positivo del diritto a poter essere paragonato alla natura: quel momento che si è apparentemente staccato dal processo del volere per affisarsi in una determinazione che ci appare slegata dalla nostra vita spirituale, ma a cui dobbiamo rivolgerci, rivivificandola, nel nostro atto spirituale. Sulla distinzione tra fatto naturale e fatto umano ci siamo già soffermati, non ritorneremo quindi qui sull'argomento. L'esempio portato da Gentile per meglio chiarire cosa significhi che il diritto è natura nel mondo della volontà, è quello del diritto di proprietà. Ora, ciò che può essere definito mio, «è l'Io, il mio spirito: un sentimento, che io sento; una sensazione che io provo; un pensiero che io penso, un poema che io compongo;

---

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> Ivi, p. 97.

un'opera che io compio; il suolo che è suolo occupabile ed io occupo; o suolo coltivabile, e io coltivo; e tutto insomma che è prodotto del mio fare, e in cui s'incorpora quasi il mio Io»<sup>76</sup>. Ciò che è mio, dunque, è solo l'Io, e se io dico mio un oggetto è perché il mio io vi si è incorporato facendolo suo, cioè possedendolo. Il diritto di proprietà sorge nel momento in cui, cessato l'atto di incorporazione, io dico mio l'oggetto, ma sorge come astratto e, pure, presupposto di ogni atto che si rivolga all'oggetto posseduto: una compravendita, ad esempio, presuppone il possesso dell'oggetto che si vuole vendere, e quindi, quell'originario atto d'incorporazione dell'io in esso. In questo modo, la proprietà è considerata sotto l'aspetto dell'astratta natura nel momento in cui si considera come fatto il diritto riposto nell'oggetto, ma nel momento in cui si apprende nel suo processo concreto si vede come essa sia in realtà la volontà di possesso che l'io ha riposta nell'oggetto, e che risorge a ogni nuovo atto che presupponga quella volontà. La natura che è presupposto della volontà è, dunque, diritto, e la volontà che presuppone la natura è morale.

L'opposizione fra diritto e morale assume, dunque, carattere esclusivamente gnoseologico, giacché «la legge, nella sua attuale realtà, è, e non può non essere morale: ma nell'atto, per cui la legge è realmente legge, e in cui perciò deve dirsi che consista la sua realtà, essa non è soltanto legge: cioè, non è più soltanto quella legge, con cui da noi si agguaglia il diritto. Essa infatti si attua mediante la volontà attuale, che è libertà»<sup>77</sup>. Dunque, la legge è sempre unica, ma ora si conosce come diritto e ora come morale, a seconda che si guardi nella sua astratta fissità, o nel suo concreto svolgimento, e se la si guarda come diritto è limite alla libertà, mentre se la si guarda come morale è la stessa libertà realizzata.

Il cammino del diritto nella storia è spiegato dalla «intrinseca medesimezza» di diritto e morale, che è pure la ragione per cui è possibile sottoporre il diritto a valutazioni morali. Infatti, «il diritto esiste come diritto, ma non nasce come diritto. La legge – fonte tipica del diritto stesso – è, alla sua origine, un atto etico, in quanto non può avere se non quel fine immanente, che come avvertimmo, è *unum et idem*

---

<sup>76</sup> Ivi, pp. 97-98.

<sup>77</sup> Ivi, pp. 98-99.

con l'atto spirituale»<sup>78</sup>. È per questo che la legge trova di fronte a sé la coscienza pronta a giudicarla moralmente.

Si affaccia, quindi, il problema di una legge che sia ingiusta – risolto solo nell'ultima edizione con l'introduzione della figura di Antigone. In questa prima formulazione il problema della promulgazione di una legge ingiusta è risolto dal pacifico scorre della dialettica spirituale. Una legge che sia ingiusta, infatti, è momento astratto della vita dello spirito, che sarà tolta nel suo divenire. Permane il problema di una legge che, finché sia in vigore, ha comunque forza di legge, oltre a non esserci un reale discrimine tra la volontà che non osserva una legge giusta, compiendo dunque un'azione delittuosa, e quella che non osserva una legge ingiusta, promuovendo lo sviluppo del diritto. Insieme all'assenza di garanzie per il diritto, e alla sua conseguente impossibilità di mantenersi in vita, è questo uno dei problemi più spinosi della prima formulazione dei *Fondamenti della Filosofia del Diritto*, problemi che si riassumono nell'assenza di un soggetto di rango sovrano, cui spetti di conservare e far valere il diritto stesso.

### **Il problema dello Stato**

Come abbiamo osservato, uno dei principali ostacoli al mantenimento in vita del diritto nella formulazione originale dei *Fondamenti* è l'assenza di un soggetto sovrano che lo faccia valere. Il mantenimento in vita del diritto è interamente lasciato all'agire dell'individuo, soggetto dell'attività spirituale. Se, poi, si guarda alla particolare struttura dell'individuo gentiliano, che non è individuo per nascita, ma «coscienza e possesso della universalità, non esiste immediatamente; non è un dato. Non basta, per essere individuo, nascere; nascono anche il coniglio e la gallina, che non saranno mai individui»<sup>79</sup>, cioè esito del processo della sua propria autorealizzazione, si vede come si rischi di cadere nell'assurdo di un individuo alla nascita privo di capacità e tutela giuridica, perché ancora non universalmente realizzato ma, per dir così, solo potenzialmente universale. Si rivela, quindi,

---

<sup>78</sup> Ivi, p. 100.

<sup>79</sup> G. Gentile, *Genesi e struttura della società*, Sansoni, Firenze 1946, p. 22.



necessario inserire un soggetto dotato di un'universalità già in atto che sia il vero soggetto agente del diritto. Per la verità un simile soggetto è implicitamente ammesso già nella prima edizione dei fondamenti, ma esclusivamente su un piano empirico, si tratta ora di dargli dimensione concreta giustificandolo sul piano filosofico. Quello che doveva essere inserito era lo Stato. Non che Gentile ignorasse l'esistenza dello Stato e la sua fondamentale rilevanza per il mantenimento empirico del diritto, ma nella prima stesura dell'opera non lo aveva preso a oggetto sistematico, probabilmente perché l'inserimento di una duplicità, per lo meno formale, nel soggetto del diritto, avrebbe creato un elemento di difficoltà all'interno del sistema. Con lo sviluppo del pensiero, non meno che a causa delle critiche che alla sua dottrina giuridica furono mosse, egli si deve però convincere della necessità dell'inserimento dello Stato.

Gentile affronta apertamente e teoreticamente il problema dello Stato nel saggio *La filosofia e lo Stato*, edito sul "Giornale critico della filosofia italiana" del 1929 e ripubblicato, quattro anni più tardi e col titolo invertito, in *Introduzione alla filosofia*<sup>80</sup>. Nella trattazione la prevalenza viene assegnata alla filosofia: «il requisito essenziale per l'intelligenza della questione dei rapporti tra Stato e filosofia è la filosofia», delineata come un «pensiero potente onde l'uomo realizza la sua personalità, e si fa il suo mondo, vivendo la sua vita». È, infatti, impensabile una filosofia che non si occupi del problema dello Stato, dal momento che per intenderlo «bisogna filosofare, e in una concezione filosofica, ossia totale, sistemare il concetto dello Stato»<sup>81</sup>. L'esposizione che Gentile compie in questo testo non si ferma all'assegnazione della prevalenza alla filosofia: vi si trovano, sia pure in forma ancora non completamente definita, le linee fondamentali che caratterizzeranno le trattazioni successive del problema. Come «nazione consapevole della sua unità storica», lo Stato si caratterizza per essere lo stesso uomo realizzato universalmente. Da un lato viene, così, introdotto il tema di uno Stato che si pone all'interno

---

<sup>80</sup> G. Gentile, *La filosofia e lo Stato*, in "Giornale critico della filosofia italiana", X, 1929, pp. 161-170. Cfr. G. Gentile, *Introduzione alla filosofia*, Treves-Treccani-Tumminelli, Milano-Roma 1933.

<sup>81</sup> Ivi, pp. 161-163. La posizione di Gentile, oltre a rivendicare i capisaldi della propria filosofia, appare come una risposta potente alle critiche che, tredici anni prima, Vincenzo Miceli aveva mosso alla filosofia giuridica del nostro, e che incontreremo in seguito.

dell'individuo, come realizzazione costante di sé. Dall'altro viene rivendicata la forte sostanzialità etica dello Stato: «lo Stato come personalità non è amorale e non è agnostico. *Nihil humani a se alienum putat*, perché esso non è se non il vero uomo [...]. Lo Stato non è, in quanto legittimo, se non la stessa coscienza universale con cui si immedesima l'autocoscienza del cittadino: e la vita dello Stato consiste appunto nel processo continuo e progressivo di tale immedesimazione»<sup>82</sup>.

Lo Stato gentiliano si costruisce sul modello delle hegeliane *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, non solo in ragione dello scopo originario dell'aggiunta del 1937 ai *Fondamenti*, presentata al congresso hegeliano di Berlino (1931) col titolo *Il concetto dello Stato in Hegel*, ma soprattutto perché, a parere dell'autore, «spetta ad Hegel nella storia del pensiero il merito di aver costruito, o, come altri direbbe, di avere scoperto, il concetto dello Stato»<sup>83</sup>. E la messa in evidenza del termine costruire, di contro a quello (scoperto) che a una prima lettura parrebbe più adeguato al concetto non è casuale, importando un punto di vista radicale. Prima di Hegel, «fino a Fichte, tra' suoi stessi contemporanei, non si sospetta nemmeno il carattere spirituale, e cioè la stessa sostanzialità dello Stato, che non può esser nulla di sostanziale se non è una realtà spirituale»<sup>84</sup>. Lo Stato gentiliano si caratterizza, dunque, per essere una sostanzialità etica in cui vengono tolti sia l'individualismo sia il giusnaturalismo che vedeva nel diritto naturale il diritto dell'individuo opposto allo Stato. Ciò che viene tolto è la possibilità stessa di pensare un individuo opposto al suo Stato. Il concetto dell'opposizione tra individuo e Stato, che caratterizzava le varie posizioni giusnaturalistiche, rimane giustificato sul piano storico dell'opposizione a uno Stato dispotico, ma sfocia nell'inevitabile conseguenza della negazione dello Stato come sostanza etica e, dunque, nella negazione stessa dello Stato, che rimane «una semplice realtà di fatto, ingiustificata e ingiustificabile, contro la quale batterà l'individualismo liberale – giusnaturalistico e contrattualistico – fino a sboccare nella sua logica conseguenza dell'anarchismo»<sup>85</sup>. Per controbattere a queste concezioni, che permanevano nella visione materialistica che vuole

---

<sup>82</sup> Ivi, p. 167.

<sup>83</sup> G. Gentile, *I fondamenti*, cit., p. 103.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> Ivi, p. 105.

l'individuo come mera natura, e la formazione sociale come la giustapposizione di più individui meccanicamente collocati uno di fianco all'altro, era necessario salire a un più ampio concetto dello spirito, concetto che si trova, tuttavia, già implicito nelle concezioni giusnaturalistiche, che, più o meno inconsapevolmente, muovono dal concetto dell'individuo consapevole di sé come fonte dei suoi diritti.

Quello che è più interessante notare è che in questa formulazione l'aspetto naturale dell'individuo non sembra più essere negato come frutto di pura astrazione, contrapposta alla concretezza dell'individuo come processo storico, ma va a costituire il presupposto dell'attuazione storica e dialettica dell'individuo stesso. Viene, dunque, inserita una dualità – per lo meno sotto l'aspetto formale – all'interno dell'individuo, che si delinea non più come puro spirito, ma come natura e spirito. Avremo, così, un individuo naturale che si viene svolgendo spiritualmente, assumendo consapevolezza di sé come individuo e come realtà. Per così dire, la natura è la potenzialità dell'individuo, da cui è necessario muovere per giungere alla sua concreta attualità spirituale.

Il merito di Hegel è quello di aver sottratto, nella dialettica dell'autocoscienza, lo spirito alla concezione materialistica in cui l'individuo era semplice particolare e, nella nuova luce, l'individuo «non è un semplice particolare, perché tanto egli è spirituale, e perciò anche individuale, nel significato proprio di questo termine, quanto realizza di universalità»<sup>86</sup>. L'individuo, quindi, non è più tutta universalità, ma, al contempo, particolare e universale: particolare in quanto natura, universale in quanto spirito, che è la stessa realizzazione che l'individuo fa di sé nel processo dell'autocoscienza. La definizione dello Stato come sostanza etica consapevole di sé è, dunque, la maggiore conquista che l'uomo moderno compie della propria libertà. Quello che è, per i nostri scopi, più rilevante notare è, però, che in questa concezione compare un soggetto volente distinto – se non sostanzialmente almeno formalmente – dall'individuo: questa è «la vera conquista che l'uomo moderno fa della propria libera essenza nel mondo positivo dei rapporti sociali, organati e definiti nel diritto, riassunti e attuati nel volere universale dello Stato»<sup>87</sup>. A porsi come soggetto volente

---

<sup>86</sup> Ivi, p. 107.

<sup>87</sup> Ivi, p. 108.

universale non è più, quindi, l'individuo, ma lo Stato, vero soggetto universale in atto, volente il diritto.

Nella concezione hegeliana, dato il processo di universalizzazione del sé nello Stato, «cessa infatti l'opposizione della libertà con la legge o con l'autorità, e chi si rappresenta la concezione hegeliana dello Stato come una concezione autoritaria contro la concezione liberale del giusnaturalismo individualistico, non si rende conto, o meglio, ignora, il rapporto tra la forma soggettiva e la forma oggettiva dello spirito in quella *Fenomenologia dello spirito* da cui questa filosofia prende le mosse. L'autorità è la stessa esistenza della libertà; e la libertà fuori dalla legge è una mera astrattezza»<sup>88</sup>. Lo Stato si rivela, così, la realizzazione della stessa libertà dell'individuo e la critica ad Hegel – colpevole di non aver ancora compreso il metodo dell'immanenza<sup>89</sup>, e di aver quindi limitato sotto un triplice aspetto la libertà sostanziale dello Stato, facendolo urtare dapprima contro la volontà degli altri e limitandolo, poi, nella *Weltgeschichte* e all'interno dello spirito oggettivo, facendolo precedere da famiglia e società civile<sup>90</sup>– non sminuisce la portata della costruzione hegeliana, e la sua rilevanza per il fondamento gentiliano del diritto. Lo Stato è pensato da Gentile come l'assoluto, come il culmine del processo di autorealizzazione, in cui non è preceduto da nulla, né può essere tolto in nulla: è la realizzazione universale dell'individuo, sicché, Stato e storia universale finiscono per coincidere.

La coincidenza tra Stato e storia del mondo, e la sua radicale immanenza al processo di realizzazione dell'individuo, conducono a un duplice esito: da un lato si rende impensabile uno Stato che sia dato una volta per tutte, essendo il processo di realizzazione dello Stato è lo Stato stesso, che non può mai affisarsi in una forma determinata, sicché si può dire che lo Stato non è la realtà morale realizzata una volta

---

<sup>88</sup> Ivi, p. 111.

<sup>89</sup> Nella filosofia hegeliana permangono dei residui di trascendenza: nella separazione della fenomenologia dalla logica e nella tripartizione del sistema in logica, filosofia della natura e filosofia dello spirito. Il metodo dell'immanenza consiste «nella concretezza assoluta del reale nell'atto del pensiero, o nella storia: atto che si trascende quando si comincia a porre qualche cosa (Dio, natura, legge logica, legge morale, realtà storica come insieme di fatti, categorie spirituali o psichiche di là dall'attualità della coscienza) che non sia lo stesso Io come posizione di sé». (G. Gentile, *La riforma della dialettica hegeliana*, Sansoni, Firenze 1954, p. 232).

<sup>90</sup> Cfr. G. Gentile, *I fondamenti*, cit., p. 114.

per tutte, ma la tendenza universale a forme di realtà morale sempre più perfezionate e che tale «tendenza è la sua stessa essenza»<sup>91</sup>. D'altro lato, la consapevolezza di poter dire «*l'Etat c'est moi*: cioè l'io, l'uomo, che è persona in quanto autocoscienza, libera, e però etica»<sup>92</sup>, conduce, accanto alla presa d'atto dell'esistenza fattuale di altri Stati, a una distinzione radicale tra quello che è lo Stato "nostro" e quelli che sono altri Stati. Per cui si può dire che solo lo Stato nostro, quello cioè che realizziamo nel nostro volere, ha valore ed esistenza concreta per noi, mentre gli altri Stati esisteranno solo se il nostro vi si rapporti e li riconosca in quanto Stati, in quanto suoi *altri*.

La formulazione più completa, e più interessante per i nostri scopi, del problema in questione non si trova, tuttavia, nei *Fondamenti*, ma in *Genesi e struttura della società*, testo che, pur viziato da una scrittura affrettata, presenta una trattazione più diffusa del tema in oggetto e offre spunti interessanti per il problema del diritto. «Il volere come volere comune e universale è *Stato*. Per intendere il quale, secondo la sua essenza, non bisogna fermarsi ad alcuno de' suoi aspetti empirici»<sup>93</sup>. L'introduzione di un volere comune, accanto al volere universale, anzi, la coincidenza del secondo col primo, presuppone la già accennata duplicità formale all'interno dell'individuo che, particolare per natura, giunge, mediante il suo processo di realizzazione a sapersi universale. Presuppone, però, anche un altro momento, o, meglio, la specificazione del processo di autorealizzazione-universalizzazione dell'individuo, la cui esplicitazione costituisce il vero elemento di novità contenuto nell'ultima opera della produzione gentiliana. Abbiamo già incontrato nei *Fondamenti* il tema per cui l'individuo non può, agendo, non agire secondo gli schemi tipici dell'azione in società, costruendo al suo interno la società e per cui questa deve dirsi, in concreto, *in interiore homine*. Quello che in questo testo viene ad essere inserito, attribuendogli concretezza spirituale, è il momento dell'alterità<sup>94</sup>: l'io non si trova più ad agire *come se* avesse di fronte a sé, e però al suo interno, un *alter*, ma lo incontra effettivamente. Assistiamo, dunque, a un essere

---

<sup>91</sup> Ivi, p. 113.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> G. Gentile, *Genesi e struttura*, cit., p. 57.

<sup>94</sup> Cfr. G. Sasso, *Le due Italie*, cit., pp. 301-302.

che non è in origine individuo ma puro particolare, poiché individuo diventa mediante la sintesi col suo *alter*. Lo schema che vedeva, in origine, la presenza di un unico io si muta qui in uno schema che prevede l'esistenza di una molteplicità di io che, però, non sono individui, e perciò non soggetti dello spirito. L'io immediato diviene Io mediante la sintesi col non-io che si trova di fronte, e che assume come il suo *alter* nel processo di realizzazione della propria universalità spirituale. «L'io non è né io immediato, né immediato non-io, che nella loro immediatezza si equivalgono e sono *nulla*», ma «l'uno diventa Io attraverso la sintesi in cui pone il non-io, e diventa perciò non-io. E viceversa, nella sintesi il non-io opponendosi realmente all'io, diventa Io: perché sintesi significa *opposizione*, ma significa pure *identità* degli opposti»<sup>95</sup>. È la riproposizione del tema del soggetto che pone il suo oggetto, con una differenza radicale: fintanto che si parla di oggetti inanimati, la posizione dell'oggetto da parte del soggetto non sembra incorrere in grosse difficoltà, qui si tratta, però, di due *uno*, che potremmo chiamare dei soggetti in potenza, che si pongono e si oppongono l'un l'altro per divenire Io, soggetto in atto. Il non-io, posto dall'uno che si fa Io, è Io esso stesso, e, nel processo spirituale in cui l'io si realizza, non è semplice oggetto, ma un *alter*, che è *socius*, ovvero quel soggetto interiore mediante cui solo l'io può realizzare la sua spiritualità. E lo Stato, la massima realtà spirituale, si realizza, dunque, non come il volere realizzato di un singolo io, ma come il volere di un'io che si realizza nella tensione dialettica col suo *socius* e, però, come il volere di due io che concorrono, ponendosi l'un l'altro come non-io, alla realizzazione della realtà spirituale. Questo il senso in cui va accolta l'affermazione che lo Stato è volere comune, prima ancora di essere volere universale.

Sceverato dagli elementi empirici (suolo, tradizioni, linguaggio) che costituiscono l'aspetto esteriore della nazione, lo Stato, come volontà politica, si pone come il soggetto che vuole il diritto: «la volontà dello Stato è diritto (pubblico o privato, secondo che regola i rapporti tra Stato e cittadini, o tra cittadini e cittadini). In ogni caso attua la sua volontà come volontà del cittadino in quanto volontà universale. Non c'è diritto senza Stato, ed ogni individuo che afferma un suo diritto,

---

<sup>95</sup> G. Gentile, *Genesi e struttura*, cit., pp. 33-34.

si appella sempre a un volere universale a cui ogni arbitrio deve cedere, appunto perché arbitrio»<sup>96</sup>. Si esplicita, dunque, un punto di cui si sentiva l'esigenza fin dalla prima stesura dei *fondamenti*, e il processo in cui l'individuo fa valere il suo diritto da lineare si fa, per dir così, triangolare: non è più l'individuo che si rivolge al voluto per riattualizzarlo nel suo attuale volere, e far così valere il proprio diritto, ma l'individuo si rivolge allo Stato – soggetto universale – che fa valere il diritto. Il mutamento del processo è rilevante perché si inserisce, così, un soggetto universale che si pone da un lato come il vero soggetto ponente il diritto, e dall'altro come il garante dello stesso. Il diritto incontra, quindi, nello Stato un soggetto che volendolo universalmente lo fa valere sempre e contro l'arbitrio del cittadino che vi si oppone. Quell'elemento di difficoltà che era stato riscontrato nella dialettica del volere trova, così, una ragione alla sua esistenza: «c'è lo Stato; e c'è la sua volontà; la sua legge. Nella quale il cittadino, dalla nascita alla morte, trova il suo *limite*, presupposto della sua esistenza, condizione della sua libertà. La volontà dello Stato, con cui egli deve fare i conti, è volontà non in atto, ma già posta, già voluta, già manifestata in maniera chiara, esplicita, certa. E questa manifestazione della volontà deve *precedere* i casi che essa regola»<sup>97</sup>.

E, tuttavia, «il diritto, come abbiamo visto a suo luogo, è un momento astratto della volontà; nella cui effettiva attualità la forma giuridica è sempre superata e assorbita. L'attualità del volere è infatti etica»<sup>98</sup>. Il diritto è «la volontà voluta: questa astratta posizione che ha luogo in quanto nel processo della volontà si considera il solo momento oggettivo e si prescinde dal soggetto a cui esso è correlativo»<sup>99</sup>. Ma la legge non può essere considerata così astrattamente: non si può prescindere, nel considerarla, dal suo operare: «la legge è legge in quanto regolatrice dei singoli atti della volontà; osservarla è possibile soltanto nei casi pratici» e «non è vero che una legge sia concepibile, col suo valore di legge, fuori di tutti i casi particolari, di cui essa si pone e vuole farsi valere come legge. E come tale può farsi valere ad un patto:

---

<sup>96</sup> Ivi, p. 58.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> G. Gentile, *I fondamenti*, cit., p. 121.

<sup>99</sup> Ivi, p. 124.

che sia l'anima di tutti i casi particolari in cui storicamente si attua»<sup>100</sup>. La legge è, dunque, la forma universale delle azioni particolari che si compiono in funzione di essa, e, nell'unità tra il caso particolare e l'universalità della legge vive l'azione giuridica, che si può dire il momento concreto della legge. «L'azione giuridica è, essa appunto, il diritto: quello che abbiamo detto il momento obbiettivo della volontà. La quale vuole volendo qualche cosa, il suo oggetto. Ma quest'oggetto, a ben riflettere, non è altro che la stessa volontà che vuole»<sup>101</sup>. L'oggetto voluto dalla volontà che vi si rivolge per farlo valere non è veramente oggetto, sicché volendo la legge la volontà volente non vuole una legge che preesista all'atto concreto del suo operare, ma vuole sé volente la legge. Non, però, in un modo in cui ci siano, per così dire, due volontà: una che vuole la legge e l'altra che vuole la volontà che vuole la legge, ma in modo che il volersi della volontà volente la legge sia lo stesso volersi come legge.

Si può, dunque, permanere nel considerare il diritto esclusivamente come la volontà voluta solo astraendo dal soggetto che vuole questa volontà, laddove «tutta la storia del diritto – origine della consuetudine col suo spontaneo sviluppo, lotta tra il vecchio diritto e il nuovo spirito e nuove condizioni sociali, decadenza del diritto, abrogazione di esso o rivoluzione – si spiega per questa intrinseca natura del solo diritto che possa regolare di fatto la volontà, in quanto ne è la sua stessa determinazione»<sup>102</sup>. La posizione della legge, dunque, non si pone come il limite della libertà del soggetto, ma come la sua più alta affermazione, non afferma la debolezza, anzi, la potenza del soggetto. Interviene qui una distinzione che è fondamentale per intendere la rilevanza della rielaborazione che, mercé l'introduzione di due nuovi capitoli, interviene all'interno della filosofia giuridica gentiliana: se è vero che la legge costituisce la libertà del soggetto, essa è «del soggetto, s'intende, nella sua universalità. La quale, anche questo s'intende, è uno sviluppo continuo, per cui l'universalità del volere non ha lo stesso valore nel selvaggio e nell'uomo civile, nel bambino e nell'adulto, nell'uomo incolto e nell'uomo educato a sentire in se stesso come proprio interesse l'interesse del suo

---

<sup>100</sup> Ivi, pp. 122-123.

<sup>101</sup> Ivi, p. 123.

<sup>102</sup> Ivi, p. 124.



popolo o l'interesse assolutamente umano». La distinzione in gradi dell'universalità del soggetto, importa che si possa parlare di «universalità di diritto più che di fatto, per cui la legge si pone e si fa valere anche se a un cittadino che deve osservarla possa apparire un esterno e violento limite della sua libertà»<sup>103</sup>. Il farsi valere della legge presuppone, comunque, un soggetto che la faccia valere, che non può essere, evidentemente, il soggetto ancora non giunto alla sua universalità. La duplicità di soggetto che avevamo ravvisato si fa, quindi esplicita, e la legge si pone per il soggetto come da realizzare, sì, ma realizzata in anticipo: rimane la forma dell'universalizzazione del soggetto, ma più che di creazione si deve parlare di riconoscimento di ciò che c'è già. Infatti, «accade bensì che, operando, il soggetto non faccia sua la legge e non l'osservi. Ma non perché gli riesca di operare senza determinarsi. In tal caso egli si limita in un diritto che non è il diritto universalmente riconosciuto. Osserva una sua legge che non è la legge. Avrà torto. E gli si deve praticamente dimostrare»<sup>104</sup>. La possibilità formale di determinare il diritto mediante l'azione individuale, determinandosi il soggetto nel diritto, permane; tuttavia si scontra con l'esistenza di un diritto che viene riconosciuto da un'universalità che non possiamo che intendere, sul piano empirico, se non come costituita da una molteplicità di soggetti. Nell'errore commesso dal cittadino che non riconosca il diritto del suo Stato come l'unico diritto possibile, e nella conseguente pratica dimostrazione dell'errore stesso, ritornano i toni che abbiamo visto a proposito del rapporto maestro-allievo, che, non a caso, è stato visto come il presupposto teorico del rapporto tra cittadino e Stato. Si affaccia, però, anche una riforma nella dialettica del diritto, con particolare rilievo per la tematica accennata in precedenza della "legge ingiusta": turbato il pacifico scorrere del diritto da voluto a volontà in atto, a causa dell'introduzione di un soggetto terzo, è evidente come la legge ingiusta non possa mutarsi quasi automaticamente in legge giusta e come la dialettica del diritto non possa più costituirsi come uno scorrimento lineare. Lo svolgimento e il progresso del diritto si presenta, così, come un conflitto tra due volontà: la particolare che si universalizza e l'universale in atto dello Stato. «Così, per esempio,

---

<sup>103</sup> Ivi, p. 125.

<sup>104</sup> Ivi, p. 126.

la legge non scritta di Antigone è una legge superiore alla scritta, che lotta contro di questa, la critica e promuove lo svolgimento della coscienza giuridica. Il *ius condendum* agisce per tal modo sul *ius conditum*: e nella sua stessa idealità e mancanza di positività si pone pur sempre innanzi alla volontà come limite oggettivo»<sup>105</sup>. La volontà volente riforma, dunque, il diritto, ma non può riformarlo se non se lo trova di fronte come diritto, e perciò voluto, ma voluto in atto. Lo *ius condendum* che si oppone al *conditum* non si oppone a un passato, ma si oppone a un diritto in atto, e Antigone, non riconoscendo la norma di Creonte, e opponendovisi, vi si oppone come a una norma che, pur iniqua, e quindi da superare, ha forza di legge.

Quello che in origine era parso l'aspetto passato del diritto, che doveva risolversi nell'atto del volere, e che ci aveva spinto a dubitare della possibilità che il diritto avesse un effettivo carattere vincolante, viene corretto o, almeno, specificato meglio. «Il diritto non è un passato rispetto all'atto spirituale in cui esso vale come diritto; ma ha comune con tutto ciò che è passato l'irreformabilità e meccanica necessità. Privato di questa necessità, il diritto cessa di essere quel limite alla volontà che esso è; cessa di esser diritto»<sup>106</sup>. Gentile sembrerebbe, dunque, in contrasto con quanto affermato appena poche righe sopra, cancellare la possibilità di riforma del diritto, e in effetti, se si segue il filo logico del discorso gentiliano che in questo luogo più che altrove è in piena continuità con quanto sostenuto nella prima edizione dei *Fondamenti*, il diritto, in quanto tale, è, e non può non essere, irreformabile. Irriformabile perché, come tale, il diritto è cristallizzato, e in questo, assume il carattere limitativo che quotidianamente esperiamo. Questa ideale anteriorità del diritto alla volontà è il diritto astratto, che nell'unione con la volontà si concretizza e diviene volere, che è volere *morale*, terreno su cui si collocano le valutazioni sul diritto e su cui esso può pure essere riformato.

Il diritto, dunque, è volontà, non, però, volontà dell'individuo, ma del popolo, in cui l'individuo concorre. Il volere comune non va inteso come la radicale trasformazione del volere individuale, quanto, piuttosto, come il suo svolgimento, la

---

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> *Ivi*, p. 127.

sua universalizzazione in cui «ciascuna [volontà] deve prendere a sua norma l'altra; e ciascuna, a suo modo, si può dire che abbia in sé stessa la norma sua»<sup>107</sup>. Il momento dell'alterità diviene, dunque, fondamentale per la costituzione sociale e del volere comune che crea il diritto. Si può senza dubbio continuare a dire che il diritto sia creazione dell'Io, ma perché l'individuo, ogni individuo «agisce politicamente, è uomo di Stato, e reca in cuore lo Stato, è lo Stato. Ciascuno a modo suo, ma ciascuno tuttavia concorrendo in uno Stato comune»<sup>108</sup>. Se, conformemente alla formulazione gentiliana, diamo al “volere di un popolo” il nome di politica, e, pur consapevoli della stretta connessione di questa con la morale, in quanto entrambe volere in atto, non ci nascondiamo la differenza che intercorre tra le due, per grado di universalità e peculiarità dell'oggetto<sup>109</sup>, dobbiamo dire che il diritto non è più creatura della morale, ma della politica: «la politica, creando la realtà politica, crea quell'elemento di questa realtà che è il diritto»<sup>110</sup>. È, dunque, contro questo volere politico, cioè già universale, che l'individuo è destinato a scontrarsi quando violi il diritto, e l'esistenza di un volere che è universale già in atto, o universale a un grado di potenza superiore rispetto al cittadino, inserisce quelle garanzie per il mantenimento in vita del diritto che erano assenti nella prima stesura dei *Fondamenti*.

### **Nota sulla critica**

L'opera di Gentile fu da subito oggetto di attenzione e di critiche. Nel 1920 Vincenzo Miceli, che di Gentile aveva preso il posto nell'insegnamento presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'ateneo pisano, dedicava allo scritto gentiliano una nota in cui rilevava il gran merito di mostrare l'intima connessione intercorrente tra

---

<sup>107</sup> Ivi, p. 129.

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> Se, con Gentile, diamo il nome di morale a qualunque volere in atto, in cui l'individuo compie il suo processo di universalizzazione, e assumiamo la politica come il volere dello Stato, che vuole la vita dello Stato, non può sfuggire in primo luogo che, mentre la prima è un volere che si universalizza, la seconda è un volere già universalizzato; e, in seconda battuta che la prima non ha un oggetto specifico, che invece ritroviamo nella seconda: morale è qualsiasi volere del soggetto, politico il volere indirizzato alla vita statale. Morale e politica, dunque, si rivelano identiche rispetto alla forma, e non al contenuto, per cui si può ben dire che esse siano uguali, tenendo presente, però, che non coincidono.

<sup>110</sup> Ivi, p. 130.

diritto e morale. La logica conseguenza rinvenuta dal Miceli era, però, l'impossibilità di dare una trattazione filosofica del diritto. Esaltando l'intima connessione di morale e diritto, Gentile avrebbe, insomma, fallito proprio nello scopo che si era prefissato: la differenza tra volere (morale) e voluto (diritto) è tale che «nel primo caso possiamo conseguire un concetto filosofico; mentre nel secondo, ci troviamo di fronte a un semplice concetto empirico» e quando crediamo di aver ottenuto il concetto filosofico del diritto «ci troviamo invece di fronte al concetto della morale»<sup>111</sup>. Gentile riuscirebbe, insomma, nell'esatto contrario del suo obiettivo fornendo la dimostrazione dell'impossibilità di una trattazione filosofica del diritto.

La lettura di Miceli è indubitabilmente viziata dalla pregressa convinzione che il diritto sia un concetto empirico, impassibile di trattazione filosofica, tuttavia coglie alcuni punti di indubbia difficoltà nella trattazione gentiliana. Nel caratterizzare il diritto come il momento fissato della dialettica volere-voluto si corre il rischio – ravvisato anche da noi – che qualunque voluto possa dirsi diritto, con una sostanziale cancellazione della distinzione tra diritto e morale positiva. La soluzione invocata dal Miceli è l'introduzione dello Stato: «il diritto non può che essere diritto dello Stato o di un ordinamento costituito sotto un potere sovrano»<sup>112</sup>. È l'assenza di sovranità, dunque, il vero *vulnus* della prima stesura dei fondamenti.

La replica di Gentile non si fece attendere e avvenne quello stesso anno dalle pagine del “Giornale critico della filosofia italiana”, l'autore si premurò poi di ripubblicare la sua risposta in appendice alle edizioni del 1923 e del 1937 dei *Fondamenti*. È questo il segno che, perlomeno sul piano del pratico operare del giure, le critiche di Miceli coglievano nel vivo, attaccando la dottrina gentiliana là dove era più debole. Gentile si rivolge, in primo luogo, contro la convinzione di poter considerare il diritto esclusivamente nel suo aspetto di prodotto storico: è evidente che, in questo caso, non solo il diritto, ma tutta la realtà, dovrebbe essere considerata come stante di fronte allo spirito e, quindi, non produzione di esso. Gentile ritiene che nella concezione di Miceli si dia un duplice piano di realtà: una

---

<sup>111</sup> V. Miceli, *Il concetto filosofico del diritto secondo Giovanni Gentile*, in “Annali delle Università Toscane”, 1920, pp. 244-245.

<sup>112</sup> Ivi, p. 247.

realtà empirica e una realtà assoluta; possibilità del tutto negata dal procedere stesso della speculazione gentiliana, che, eliminando qualsiasi dualità, fa della filosofia tutta la realtà. È ovvio, dunque, che Gentile non potesse accettare simili obiezioni, ed è altrettanto ovvio che la risposta a Miceli si limiti, sul piano filosofico, a ribadire le posizioni precedentemente espresse. Non avviene esattamente la stessa cosa per quel che riguarda le critiche mosse da Miceli sul piano del pratico operare del diritto: per evitare di scivolare nel fraintendimento per cui ciascun voluto sarebbe diritto, Gentile deve ammettere che diritto ci possa essere solo dove c'è Stato, ma, in opposizione a Miceli, specifica che «questo Stato storico ed empirico, che conferisce gli stessi caratteri al diritto, che lo presuppone, non è un fatto storico nel senso che Miceli intende, se non in quanto empiricamente, e però astrattamente, considerato»<sup>113</sup>. In questo senso, si potrebbe considerare la risposta a Miceli come la primitiva ammissione della necessità dello Stato. Miceli, del resto, non era il solo a rimproverare a Gentile l'assenza di un soggetto sovrano nella sua filosofia, e abbiamo già incontrato alcune critiche che proprio in questo senso si muovevano. Quello che è, però, veramente inaccettabile è che, dall'introduzione dello Stato come soggetto sovrano, si deduca l'impossibilità di dare un concetto filosofico del diritto. L'argomentazione di Miceli è, su questo punto, piuttosto debole, ed è agevole a Gentile rispondere che «per sottrarre il diritto al dominio della filosofia dimostrandone l'intimo rapporto con lo Stato, bisognerebbe provare che lo Stato a sua volta non è materia di riflessione filosofica. Ciò che non si può pensare, se non arrestandosi a una semplice rappresentazione particolare dello Stato»<sup>114</sup>. Se Gentile, dunque, dimenticando lo Stato, non riesce nel tentativo di dar fondatezza al diritto, Miceli fallisce nel voler asserire che del diritto non si possa dare concetto filosofico.

La risposta di Miceli seguì in una lettera privata, oggi conservata presso l'archivio della Fondazione Gentile<sup>115</sup>. Miceli controbatte a Gentile di non aver mai sostenuto, come voleva il nostro, l'esistenza di due realtà, una empirica e l'altra assoluta, avendo invece affermato che la realtà «pur essendo una, possa essere

---

<sup>113</sup> G. Gentile, *I fondamenti*, cit., p. 137.

<sup>114</sup> Ivi, pp. 137-138.

<sup>115</sup> Lettera di Miceli a Gentile, datata *Pisa 1 dicembre 1920*, inedita, conservata presso l'Archivio della Fondazione Gentile, serie 1, corrispondenza, sottoserie 2, lettere inviate a Gentile.

considerata da due punti di vista diversi, e mentre la si guarda da un punto di vista, si fa della filosofia; si rimane nel campo empirico allorché la si guarda dall'altro» e afferma che «ciò è, né più, né meno, di quello che tu [Gentile] stesso ammetti»<sup>116</sup>. Considerando diritto e Stato come prodotti storici, Miceli non intende negare «che il diritto possa anche essere considerato filosoficamente, anzi, in modo implicito vengo ad affermarlo»<sup>117</sup>. Fin qui, dunque, Miceli rivendica un'identità di vedute tra il suo pensiero giuridico e quello di Gentile, considerato superiore a quello di Croce, proprio nel momento in cui evidenzia la connessione e la necessaria risoluzione del diritto nella morale. Tuttavia, proprio questo è il punto in cui le due concezioni divergono, e in cui la critica di Miceli si fa forte: «dopo queste poche spiegazioni mi pare che la mia opinione non debba differire dalla tua se non forse per la conseguenza che io ne traggo, negando recisamente l'esistenza di una vera e propria filosofia del diritto, che, date quelle premesse, costituirebbe una vera e propria contraddizione»<sup>118</sup>. Le premesse, cui Miceli rimanda, sono quelle stesse viste nella nota critica, e che qui vengono ribadite con maggior vigore. Il punto è che «quando considero il diritto filosoficamente, esso cessa di essere stretto diritto, cioè il diritto dei giuristi, come tu stesso riconosci quando dici che non c'è diritto che sia propriamente stretto diritto, ribelle a lasciarsi assorbire nell'atto del volere morale», ma, «assorbito nell'atto del volere morale, il diritto cessa di essere stretto diritto, per diventare appunto morale»<sup>119</sup>. Pur scorgendo correttamente l'intima connessione della morale col diritto, Gentile si lascia sfuggire che, per poter esser conosciuto nel suo operare, il diritto deve essere considerato separatamente dalla morale, laddove deve essere considerato tutt'uno con essa quando se ne voglia avere il concetto concreto. Dall'oscillazione tra separatezza empirica e unità concreta dell'operare giuridico dalla morale, Miceli inferisce l'impossibilità dell'esistenza di una categoria giuridica.

A causa delle conclusioni, tutt'affatto divergenti, a cui i due giungono, la rivendicazione di una sostanziale identità di vedute da parte del giurista cosentino ci

---

<sup>116</sup> *Ibidem.*

<sup>117</sup> *Ibidem.*

<sup>118</sup> *Ibidem.*

<sup>119</sup> *Ibidem.*

sembra inappropriata. Miceli coglie, però, nel giusto quando oppone a Gentile il problema, essenziale per il diritto stesso, dell'operare giuridico e della necessità che il diritto si mantenga anche quando non ci sia alcun soggetto a volerlo. A questi due aspetti, essenziali per il diritto, Gentile aveva dedicato nel corpo originale dei *Fondamenti* solo poche righe, affermando, come abbiamo visto, che la coattività del diritto risiede solo nel sentimento della sua coattività da parte del soggetto, e riducendo la questione della garanzia del diritto a un ruolo secondario.

Di qualche anno successiva (1923) è la ponderosa analisi che Vittore Marchi<sup>120</sup> fece di tutta la filosofia gentiliana che si era fino ad allora prodotta. Il punto polemico che sembra costituirsi a scaturigine delle critiche mosse dal filosofo e giurista potentino – che di lì a pochi anni sarebbe divenuto membro del consiglio direttivo dell'Accademia d'Italia, sotto il segretariato Castelli, distinguendosi per il fervore fascista e antigentiliano – sembra essere l'interpretazione della filosofia di Mazzini. Non mancano, tuttavia, nel testo elementi che ne rendono interessante la lettura per i nostri scopi. Sorvolando sulla critica generale alla filosofia gentiliana, che muove dalle pagine del *Sistema di logica*, ci soffermeremo sull'ultima sezione che toglie ad oggetto esplicito i temi che ci riguardano più da vicino. È evidente come Marchi avesse ben presente nella stesura delle sue critiche quelle che a Gentile erano già state mosse da Miceli: negando la distinzione hegeliana tra società civile e Stato, Gentile si lascia sfuggire il concetto concreto di quest'ultimo. Marchi correla alla confusione gentiliana tra Stato e società la posizione del primo esclusivamente *in interiore homine*, con un'operazione che, pur cogliendo un problema comune, ci pare rischi di confondere due temi che è opportuno tenere distinti. Il punto centrale della critica è, tuttavia, rintracciabile nell'assenza di *imperium* che caratterizza il diritto Gentiliano. L'autorità, fondata secondo la dottrina di Gentile sul consenso spontaneo delle volontà, non è, a parere di Marchi, sufficiente a dar conto della natura del diritto: «l'autorità, propriamente appartiene allo Stato, il quale è il solo che abbia l'unità di volere e azione»<sup>121</sup>. La riprova empirica, che non può, però esser fatta

---

<sup>120</sup> V. Marchi, *La filosofia morale e giuridica di Giovanni Gentile*, Stabilimento Tipografico F.lli Marchi, Camerino 1923.

<sup>121</sup> Ivi, p. 316.

valere sul piano filosofico è riscontrata da Marchi nel fatto che, alla violazione della legge, lo Stato risponderebbe – e risponde – con la coazione.

Anche quando si occupa del rapporto tra legge e forza o tra diritto e coazione, la critica di Marchi si limita a rilevare la sostanziale insufficienza della posizione dello Stato *in interiore homine*. È questo lo zoccolo duro su cui il filosofo potentino punta per demolire l'edificio del diritto gentiliano: pur riconoscendo l'assoluta rilevanza dell'interiorità del momento spirituale, Marchi obietta al filosofo siciliano che lo Stato vive la sua vita tra gli uomini, con un parziale recupero della tematica contrattualistica dell'atto d'unione come fondativo dello Stato.

La critica di Marchi ha indubabilmente il merito di individuare alcuni problemi centrali nel sistema filosofico-giuridico gentiliano, tuttavia, non penetrando l'argomentazione del filosofo di Castelvetro, ma rimandovi sulla superficie, è minata dal voler – per dirlo con espressione gentiliana – correggere il concreto muovendo dall'astratto.

Le due critiche che abbiamo accennato, pur diverse nei contenuti: più attenta alla possibilità di parlare filosoficamente del diritto quella di Miceli, incentrata sulla possibilità del diritto di mantenersi in vita all'interno del sistema gentiliano quella di Marchi, convergono in un punto comune: la critica all'assenza di un soggetto di rango sovrano che garantisca il diritto.

Le critiche di Gioele Solari e di Widar Cesarini Sforza colgono, invece, un altro punto. Cesarini Sforza apprezza le critiche che Gentile aveva mosso alla formulazione crociana, notando come Croce avesse posto le forme della vita spirituale una accanto all'altra, perdendo l'unità dello spirito. Tuttavia, obietta al pensatore siciliano di aver fatto della legge non un atto pratico, ma un atto teoretico. Nella lettura di Cesarini Sforza, il diritto si pone in Gentile esternamente al volere e, quindi, astrattamente «giacché [...]. È reale soltanto il volere nell'atto del suo realizzarsi, ossia soltanto il volere concreto e libero in cui il momento negativo è superato perché l'atto concreto lo pone solo, appunto, come suo momento dialettico»<sup>122</sup>. Ma questo importa che il volere debba, ogni volta che vuole

---

<sup>122</sup> W. Cesarini Sforza, *Filosofia del diritto*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1957, p. 31



giuridicamente, rivolgersi a un estraneo, facendo così della volontà che vuole la legge una *volontà teoretica*. Il movimento dialettico gentiliano si costituisce come movimento esclusivamente ideale. Gentile individua correttamente nella legge la proiezione oggettiva di un atto volitivo, ma svolge il tema in maniera tale che nella norma la componente pratica scompare. La critica di Cesarini Sforza non si rivolge, dunque, a un qualche assente nella filosofia giuridica gentiliana, ma mira al procedere stesso del sistema.

A un assente torna a rivolgersi Gioele Solari, il grave *vulnus* della formulazione gentiliana è qui l'assenza di un principio di alterità: «avendo eliminato la condizione formale della alterità dei soggetti che è il postulato della ragione giuridica individualistica, Gentile nello sforzo di dedurre il diritto dall'attività dell'individuo morale correva il pericolo di riuscire a un solipsismo sociale e politico infecondo»<sup>123</sup>. Nonostante Solari prosegua la sua critica attaccando – come già abbiamo visto in Marchi – l'indistinzione gentiliana tra società civile e Stato, è l'assenza del principio di alterità lo zoccolo duro dell'argomentazione e che pone la formulazione gentiliana in regresso rispetto agli sviluppi della filosofia giuridica dopo Kant. Identificando universale e sociale, Gentile negava il problema specifico del diritto, riducendolo esclusivamente a quello del presupposto morale. Ciò che si rivela necessario, per poter continuare a pensare il diritto nella dialettica di astratto e concreto, la cui formulazione costituisce il merito di Gentile, è «spostarsi dal piano della spiritualità individuale a quello della spiritualità sociale. Fermo restando il principio gentiliano che astratto e concreto sono momenti necessari della spiritualità etico-giuridica, dobbiamo considerare tali momenti oltre, non contro, la vita dell'autocoscienza, nella dialettica dello spirito oggettivo sociale», insomma, l'idea della libertà come generatrice del diritto rimane «integra e vitale», ma deve intendersi «in rapporto alle finalità e alle esigenze della vita collettiva»<sup>124</sup>.

Le obiezioni fin qui incontrate non esauriscono certo le critiche che alla filosofia giuridica gentiliana furono mosse – altre ne incontreremo negli autori che

---

<sup>123</sup> G. Solari, *Diritto astratto e diritto concreto*, in “Giornale critico della filosofia italiana”, XXVII, 1948, p. 71.

<sup>124</sup> Ivi, p. 81.

tratteremo nel seguito del testo – sono però rappresentative dell’attenzione che alla filosofia gentiliana veniva prestata anche dal versante giuridico. Bisogna poi rilevare come le critiche incontrate mirino a due versanti paralleli: quelle di Miceli e di Cesarini Sforza si concentrano maggiormente sull’aspetto metodologico, la prima obiettando l’impossibile esistenza di una filosofia del diritto, e la seconda individuando l’assenza della sfera pratica nella formulazione gentiliana della legge e mettendo in discussione la stessa natura pratica dell’atto gentiliano. Le critiche di Marchi e di Solari entrano, invece, maggiormente nel merito del testo e ne individuano i punti deboli nell’assenza di un soggetto di rango sovrano e nella soppressione della condizione formale di alterità. Esula dagli scopi del testo stabilire chi, tra Gentile e i suoi critici avesse ragione, intento che risulterebbe, peraltro, manicheo. Soprattutto in riferimento alle obiezioni di Miceli e di Marchi, formulate quando la stesura della filosofia giuridica gentiliana era ancora in corso d’opera, è opportuno – oltre a sorgere spontaneo – il domandarsi se le aggiunte del 1937, e soprattutto la stesura di *Genesi e struttura della società*, introducendo la dialettica di *alter e socius* e uno Stato che è, perlomeno formalmente, altro rispetto all’individuo siano o meno sufficienti a superare le critiche, inserendo un *quid* che permetta al diritto di mantenersi in vita.

## Giuseppe Maggiore

Giuseppe Maggiore nasce a Palermo il 27 luglio del 1882. Il padre, medico, era una figura nota nel capoluogo siciliano, ove «esercitava la professione come fosse un apostolato: come una missione di umanità e di carità», curando gratuitamente chi non avesse la disponibilità di pagare, tanto da trasformare la carrozza con cui si recava in visita in «un'istituzione: familiare e cittadina»<sup>1</sup>. La madre era incolta, come si conveniva all'epoca alle donne della buona borghesia siciliana.

L'autobiografia postuma – *Vita di nessuno* – costituisce una miniera di informazioni sulla formazione familiare, scolastica e intellettuale di Maggiore.

Maggiore venne al mondo, terzo di sei fratelli, in una famiglia agiata, di stretta osservanza cattolica, rigida nell'educazione, in cui spiccavano, accanto alle figure genitoriali, la sorella della madre, nubile, che si occupava direttamente del controllo educativo dei nipoti e uno zio prete verso il quale Maggiore non nasconde una profonda devozione spirituale e culturale. Alle caratteristiche della famiglia sono dovuti tanto la particolarità dell'educazione ricevuta insieme ai fratelli, quanto le possibilità di contatti e di conoscenze che il giovane Maggiore ebbe anche grazie alla notorietà del padre. È opportuno accennarvi perché all'educazione infantile si deve, almeno in parte, il percorso peculiare della riflessione filosofica del nostro.

A Maggiore e ai suoi fratelli fu interdetta la strada fino a che non giunse il tempo di arrivare al liceo. I genitori, avallati in questo dalla zia, non volevano che i figli avessero contatti con l'esterno e l'educazione era impartita fra le mura domestiche da un numero di precettori che non elencheremo. L'unico contatto con la scuola pubblica avveniva alla fine dell'anno scolastico, quando era necessario recarvisi per gli esami di passaggio d'anno, che il padre pretendeva fossero certificati da un Regio Istituto. Anche il divertimento era confinato nel patio paterno, rallegrato da una miriade di animali domestici, in particolar modo uccelli e da cui era bandito, sotto il rigido controllo della zia, ogni gioco che potesse dare l'idea di essere peccaminoso. Il cattolicesimo intransigente della zia si traduceva in racconti infernali

---

<sup>1</sup> G. Maggiore, *Vita di nessuno*, Ghibardo, Cuneo 1954, pp. 99-101.

che esercitavano una grande impressione, se non una vera e propria paura, sul piccolo Maggiore.

Alla clausura infantile si deve la sorta di imbarazzo «il senso di stupore e di smarrimento che provai quando posi piede, la prima volta, in una scuola pubblica»<sup>2</sup>. Ottenuta la licenza ginnasiale con due anni di anticipo, Maggiore venne iscritto nella prima classe del liceo a tredici anni, trovandosi a contatto con compagni più grandi di lui, spesso ripetenti. Era l'avverarsi di un sogno di libertà, limitata, tuttavia, dall'obbligo familiare di compiere di filato il percorso che conduceva dalla scuola alla casa, senza fermarsi per strada e sempre in compagnia del fratello. A parte il contatto con coetanei molto più esperti della vita, Maggiore non ha in generale un buon ricordo della sua istruzione superiore. Se nel novero dei suoi insegnanti salva i docenti di latino e greco e di matematica, nessuna stima dimostra per i professori di filosofia: «posso dirmi autodidatta. Se a qualcuno venisse in mente di scoprire chi sia stato il primo tra i miei maestri a istillarmi l'amore per la speculazione, non troverebbe nessun nome, da cui possa dirsi che la vocazione discenda per li rami. La filosofia è, nel mio cervello, autoctona»<sup>3</sup>.

Terminato il liceo, Maggiore rivendicava la propria vocazione di artista e, dietro le sue insistenze, il padre gli concesse di frequentare i corsi esterni dell'Accademia di Belle Arti palermitana, a patto che si dedicasse contemporaneamente agli studi universitari, affrontati, senza passione, presso la facoltà di Giurisprudenza.

«M'iscrissi alla facoltà di giurisprudenza. Io stesso non so né perché né come. Sarei potuto entrare con la stessa indifferenza in medicina, in lettere, in scienze (fatta eccezione per la matematica) e magari in teologia. Il mio spirito era un orcio vuoto, dove c'era posto per ogni liquido. Ma nella giurisprudenza vanno a finire – chi non lo sa? – tutti gli spostati intellettuali, come tutti i rivi sboccano a mare»<sup>4</sup>. Maggiore non arriva, dunque, all'università mosso dalla passione giuridica, né egli aveva intenzione di indaffararsi nella professione legale. Nell'ateneo palermitano fu allievo

---

<sup>2</sup> Ivi, p. 140.

<sup>3</sup> Ivi, p.144.

<sup>4</sup> Ivi, p. 147.

di Salvioli, Riccobono, Schiattarella e, in un secondo tempo, di Miceli. Il giurista calabrese – che abbiamo incontrato in merito alla sua critica alla filosofia del diritto gentiliana – pur apprezzato sotto il profilo umano, non godeva, sul piano scientifico, della stima di Maggiore già prima dell'incontro con Gentile: gli mancava la sensibilità verso i massimi sistemi, inficiata da una mentalità tecnica ed empirica; non era «tempra di filosofo, come egli stesso dimostrò mettendo in dubbio la legittimità della sua materia nello scritto: *Esiste una filosofia del diritto*»<sup>5</sup>; non era privo, tuttavia, di onestà intellettuale, tanto che il nostro ricorda come gli fosse facile metterlo in imbarazzo negli incontri che, di lì a qualche anno, si sarebbero svolti nella Biblioteca filosofica di Palermo.

Proclamato dottore *in utroque*, Maggiore malcelava la scarsa voglia di dedicarsi al diritto e in una causa affidatagli da un amico scappò dall'aula prima del dibattito. Ciononostante preparò e vinse il concorso in magistratura che, se non altro, gli servì, secondo quanto egli stesso afferma, a squadrare il cervello e a dargli un metodo negli studi, sottraendolo al vagabondare rapsodico da una disciplina all'altra che aveva fino ad allora caratterizzato la sua vita di giovane studioso. Nel frattempo andava maturando la sua vera vocazione: la filosofia.

### **L'incontro con Gentile**

Giuseppe Maggiore incontrò per la prima volta Giovanni Gentile nel 1908, in casa di Giuseppe Amato-Pojero, che di lì a due anni avrebbe costituito la Biblioteca filosofica di Palermo, di cui Maggiore sarebbe figurato tra i fondatori. Lo stesso incontro con Amato-Pojero è rilevante per la biografia intellettuale del nostro: ipocondriaco e tanatofobico, egli confinava la sua vita tra le mura domestiche, non mancando, però, di circondarsi di amici e intellettuali e dando vita a un cenacolo culturale che sarebbe stato istituzionalizzato nel 1910 con la fondazione della Società degli Studi Filosofici, cui era correlata la Biblioteca. Egli non aveva, ne avrebbe in seguito, pubblicato nulla, possedeva però una vasta cultura filosofica e consigliò a

---

<sup>5</sup> Ivi, p. 153.

Maggiore testi di storia della filosofia e letture spaventiane che lo avrebbero guidato fino alla stesura de *L'unità del mondo nel sistema del pensiero*<sup>6</sup>, la sua prima opera filosofica a carattere sistematico.

L'incontro con Gentile avvenne presso la casa di Amato-Pojero nell'autunno del 1908. Maggiore ricorda, non senza imbarazzo, di essere stato presentato al poco più che trentenne professor Gentile col titolo di filosofo, e scrive altresì: «non entrai subito nella consuetudine del Gentile: tanto meno nella sfera d'azione del suo pensiero. Spontaneamente, per conto mio, avevo infilato la via dell'idealismo e m'ingegnavo di percorrerla fino in fondo»<sup>7</sup>.

Furono i dubbi hegeliani a spingere Maggiore a vincere la timidezza e ad avvicinare Gentile per chiedergli chiarimenti, salvo scoprire che il filosofo siciliano non trovava in Hegel il vangelo, iniziò così una frequentazione intellettuale che spinse il nostro a rifarsi scolaro per esser più vicino al poco più anziano conterraneo. Maggiore entra, dunque, nell'ambito della filosofia gentiliana, salvo uscirne, anni dopo, ricondotto sull'onda della tradizione familiare a un cattolicesimo che pretende la trascendenza del Dio vivente.

Nel ricordo non mancano le critiche: Gentile era spinto dall'amore eccessivo per le sue idee «a sopravvalutare delle autentiche nullità, che gli ronzarono intorno ripetendo i suoi concetti come piatti dischi di grammofono, e a guardare con diffidenza altri, che dai suoi insegnamenti, in purezza di fede, si dilungarono»<sup>8</sup>. Non manca, poi, un accenno autobiografico, velato di un'amarrezza che non nasconde la devozione e l'ammirazione anche sul piano umano. Il nocciolo duro della dottrina gentiliana è, per Maggiore, il sentimento a cui si riannodano tutte le tematiche che il filosofo siciliano trattò nella sua produzione scientifica, e non è un caso che al sentimento Maggiore dedicatesse, quando già stava maturando il distacco dall'attualismo, uno scritto filosofico giuridico che si riallaccia in pieno alla filosofia di Gentile<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> G. Maggiore, *L'unità del mondo nel sistema del pensiero*, Orazio Fiorenza, Palermo 1913.

<sup>7</sup> G. Maggiore, *Vita di nessuno*, cit., p. 156.

<sup>8</sup> Ivi, pp. 143-164.

<sup>9</sup> G. Maggiore, *Il sentimento nel diritto*, in "Giornale critico della filosofia italiana", XIV, 1933.

Maggiore, come vedremo in seguito, sarà spinto ad allontanarsi dall'idealismo, ma la devozione che dimostra a Gentile fa sì che il suo non sia un rinnegare le origini, quanto piuttosto uno sviluppo che era già insito nella formazione ricevuta da bambino. Nell'idealismo gentiliano, Maggiore riconosce un'istanza di libertà, tradita dal contaminarsi di questa filosofia col regime fascista. Non che Maggiore fosse un oppositore, egli fu, infatti, fascista per convinzione. Tuttavia egli individua, dopo l'epoca d'oro in cui «l'idealismo italiano esordì con lo scatto animoso di una pattuglia di punta – pochi volenterosi – che prese d'assalto la posizioni tenute per un trentennio dal materialismo e dal positivismo», un'altra epoca, in cui all'idealismo «capitò la più fiera disavventura, che possa colpire una filosofia: quella di cadere nella “officialità”, di divenire filosofia delle scuole: scolastica». Era questo il tempo irrevocabile di una decadenza: «la filosofia vive di libertà. Anzi è la forma più alta di questa. Incatenata dalla legge – sia pure un modesto programma scolastico – si ribella [...]. L'idealismo decaduto a imparaticcio di scolaretti, a *vademecum* di maestruccioli, a “lascia passare” per i pubblici concorsi, perdette il suo slancio creativo, si cristallizzò, si burocratizzò, s'imborghesì»<sup>10</sup>. È questo il motivo ufficiale dell'abbandono dell'idealismo gentiliano, se ne intrecciano altri, più intimi, ma non di minore – anzi forse maggiore – importanza.

Più profondo è, senza dubbio, il movente religioso: difetto dell'idealismo è su questo versante il panlogismo, il risolvere tutto nel pensiero. Ma «nessuna immanenza può negare la trascendenza di Dio»<sup>11</sup>. Il risultato della negazione di ogni dualismo è, da un lato, la negazione della dualità tra uomo e Dio, che conduce l'idealismo a un antropolatrisimo che non conosce uscite. Dall'altro la negazione di ogni realtà dell'errore e del male. «Queste riflessioni provocarono in me il divorzio – lento ma risoluto – dall'idealismo hegeliano»<sup>12</sup> e, ci si permetta di dire, da quello gentiliano. Dalla «mano del Dio vivente» Maggiore è, dunque, ricondotto nel solco della originaria fede cristiana, fino a invocare sulla scia di sangue della seconda guerra mondiale la venuta di un Dio-giudice che venisse a salvare il mondo. In una

---

<sup>10</sup> G. Maggiore, *Vita di nessuno*, cit., p. 243.

<sup>11</sup> Ivi, p. 241.

<sup>12</sup> G. Maggiore, *L'unità del mondo nel sistema del pensiero*, cit., p. 242.

lettera datata Palermo, 12 agosto 1929<sup>13</sup>, Maggiore precisa le ragioni e gli ambiti del dissenso da Gentile e scrive: «il mio dissenso dal Suo modo di pensare concerne il campo religioso. La mia nuova coscienza di credente nelle verità consacrate dalla rivelazione e dalla tradizione Cristiana, non mi concedono [*sic*] di acconciarmi definitivamente a una concezione del sovrannaturale lontana da quella ortodossa». E continua: «il dissentimento, in questo campo, non toglie che io rimanga legato da affettuosa devozione a colui che mi ha insegnato a studiare». La lettera prosegue, poi, fino a rintracciare in Gentile stesso la scaturigine del rinnovato sentimento cristiano: «debbo a Lei (all'esser passato, voglio dire, per il Suo pensiero) se oggi ho riconquistato la mia fede. Senza una filosofia – quale l'idealismo – tutta compresa al problema divino, non avrei ritrovato il divino che mi era sfuggito».

### **Le origini del problema: *L'unità del mondo nel sistema del pensiero***

È con la stesura de *L'unità del mondo nel sistema del pensiero* che Maggiore comincia a confrontarsi sistematicamente e filosoficamente con il problema giuridico. Il testo, influenzato dalle letture spaventiane di quegli anni, non contiene ancora una trattazione del tema che possa definirsi attualista, vi è, però, già presente parte degli argomenti che verranno sviluppati nel corso della riflessione del nostro.

Lo scopo del libro non è quello di fornire una trattazione di filosofia giuridica, il problema del diritto viene, quindi, relegato a una ventina di pagine comprese tra la trattazione dell'attività economica e di quella morale. Evidente già alla prima lettura è la perfetta riconducibilità dello schema utilizzato nella trattazione al modello hegeliano. Il testo vede la luce in contemporanea con *Il metodo dell'immanenza* di Gentile, i residui di trascendenza che vi si trovano sono, quindi, giustificati sul piano storico dal fatto che il Maggiore, pur frequentando in quegli anni Gentile, non poteva aver letto i risultati della speculazione del maestro.

Il diritto si trova qui a vivere la sua vita come momento tramite, tratto d'unione tra economia e morale. Se il superamento dell'ambito economico segna il togliersi di

---

<sup>13</sup> Lettera di Maggiore a Gentile, inedita, conservata presso l'Archivio della Fondazione Gentile, serie 1, corrispondenza, sottoserie 2, lettere inviate a Gentile.



un approccio esclusivamente utilitaristico alla vita, pure, un forte elemento di utilitarismo rimane ancora insito nel diritto. Il giure ha qui la sua ragion d'essere come momento della vita dello spirito, preceduto dall'economia e superato nella morale, gli mancano, dunque, le caratteristiche di assoluto atto dello spirito, unico e insuperabile, che caratterizzeranno la trattazione più matura e più propriamente attualista del tema.

L'economia è designata come il momento del puro utilitarismo, dell'egoismo, dell'appetito. L'*homo oeconomicus* è «la immediatezza dell'individualità stessa, la volontà concreta del soggetto che si determina dandosi un contenuto sempre nuovo e originale»<sup>14</sup>. Ma l'appetito dell'*homo oeconomicus* trova il suo fine fuori di sé, e questo primo momento utilitaristico è perciò destinato a risolversi in una forma superiore dello spirito. Tuttavia, il sollevarsi dall'economico al giuridico continua a trovare il suo motivo all'esterno: nell'altro, in un'alterità che è irriducibile, se non per via sintetica all'io. Gli uomini – sostiene Maggiore – amano il proprio tornaconto, e sono perciò egoisti, ma sono pure portati a un'identica pietà verso i propri simili, «allora l'egoismo si ripiega ed offusca, e colà dove egli regnava, guizza il barbaglio di una luce più diffusa ed intensa: la *Giustizia*. Questo nuovo sentimento (chiamiamolo così nella sua attuale indeterminatezza) è così poco in armonia con la coscienza meramente utilitaristica, e così difficile a dedursi da questa, che si disegna subito come una contraddizione»<sup>15</sup>. Nel diritto permane, dunque, un dualismo di duplice aspetto: da un lato esso è momento dello sviluppo dello spirito, oltrepassante e oltrepassato al tempo stesso. Dall'altro è rivolto ad altro dall'io ed è il tema dell'alterità, sempre presente negli scritti di Maggiore, che costituisce uno dei punti di distacco della filosofia del nostro da quella di Gentile. Inoltre, nel diritto permane un elemento di utilitarismo, è anzi proprio l'utilitarismo che sottostà a ogni norma giuridica, solo l'aureola di sacertà che circonda la legge ha impedito di comprendere il carattere utilitaristico della stessa.

Il diritto è, così, a un tempo economia e più dell'economia: è economia perché conserva il momento utilitaristico, ma è di più perché la supera attraverso la mediazione.

---

<sup>14</sup> G. Maggiore, *L'unità del mondo nel sistema del pensiero*, cit., p. 222.

<sup>15</sup> Ivi, p. 227.

L'individualità dell'atto economico viene tolta nell'unità della legge giuridica che fa sì che il soggetto sia con altro. Nel regno del diritto il soggetto individuale, immediato è tolto e trasformato in un soggetto unico e la legge non è azione volitiva, ma «la misura costante di qualsiasi determinazione volitiva»<sup>16</sup>. Ecco, dunque, una nuova pluralità si affaccia nella trattazione del diritto: la norma procede da una molteplicità di casi che deve poi regolare, analogamente alla legge scientifica che fornisce un modello astraendo da una quantità di casi. Il diritto è quindi sì universale, ma astratto, inadeguato alla vita proprio perché ipostatizzato e fissato. A questa astrattezza si correla la coazione che accompagna il diritto nella sua determinazione pratica. E il diritto si caratterizza così per essere non in atto, ma dover-essere.

La coincidenza solo relativa di volere e legge fa sì che il soggetto volente voglia la legge, ma «il più delle volte a malincuore, cedendo a una forza che egli stesso si impone»<sup>17</sup>. Ha il carattere del *coactus volui* l'adeguarsi del soggetto alla legge, il rispettarla trovandosela di fronte come qualcosa che sente estraneo: bene universale contrapposto al suo benessere particolare, astratto opposto a concreto. L'autocostrizione dell'osservare la legge non basta a riassorbirne l'esteriorità immediata, e all'astrattezza della legge si correlano violazione e coazione. Nel diritto la coazione prende il ruolo di quel «glutine connettivo [...], che assicura quanto è possibile, la coesione dei suoi due momenti antagonistici»<sup>18</sup>, ovvero del momento propriamente giuridico, universale, che si contrappone al risorgere dell'economico, particolare e individualista, costringendolo ad adeguarsi alla norma giuridica. Appare evidente, quindi, come, in questa fase del pensiero di Maggiore, la coazione assuma carattere esterno al soggetto a cui viene imposta. È la violazione che promuove lo sviluppo del diritto. E qui si pone la differenza fondamentale che intercorre tra violazione e coazione: la coazione è molto più legata all'astrattezza della legge di quanto non sia la violazione, il momento coattivo, inteso come esterno, può intervenire o meno a sanzionare l'illecito, ma la violazione è la vita stessa, lo sviluppo storico e spirituale del diritto. Solo erroneamente si può considerare la

---

<sup>16</sup> Ivi, p. 231.

<sup>17</sup> Ivi, p. 237.

<sup>18</sup> Ivi, p. 238.

violazione come un che di estrinseco e accidentale alla sfera del diritto: «è dell'essenza della legge l'essere continuamente violata»<sup>19</sup>. Il diritto violato non può, tuttavia, essere restaurato dalla pena: delitto e pena, presi per sé soli, rimangono due astratti posti l'uno di fronte all'altro. La pena può servire a ricomporre la frattura all'interno di un dato ordinamento giuridico, ma non basta all'oltrepassamento del momento astrattamente universale del diritto.

La violazione, momento essenziale della legge, segna il passaggio dal diritto alla morale. Il salto è motivato, più che altro, da una necessità dialettica, tipica della struttura triadica di questa prima opera di Maggiore, le ragioni che portano il diritto a togliersi nella morale non sono bene illustrate: se l'autore era sicuro della necessità – perlomeno sistematica – dell'oltrepassamento del diritto nella morale, non aveva forse una comprensione piena del problema che gliene rendesse agevole la spiegazione. Il diritto trapassa nella morale perché è necessario, ma tale necessità è tutta logica, non pratica: come il momento economico, individualista, doveva negarsi e togliersi nel diritto, in cui l'azione individuale trova di fronte a sé un ordinamento che la limiti, così quest'esteriorità astratta del momento giuridico deve togliersi nella morale in cui è l'unità concreta di soggettivo e oggettivo, di volizione e legge.

Più interessante è la notazione che «la legge si trasgredisce non soltanto per egoismo, per ribellione dell'io economico all'io giuridico, ma anche per sentimento etico, per la rivolta ideale della universalità dello spirito, alla falsa infinità del comando legale»<sup>20</sup>. Interviene, così, un terzo elemento nella violazione della legge: un io che non è più individuale né astratto, ma concretamente universale e che reagisce all'astrattezza giuridica perché sente la verità etica del giusto e dell'ingiusto. È la violazione di quest'io e non dell'io individuo che segna il passaggio dal diritto nella morale, ed è una violazione che non è, quindi, neppure violazione, ma sviluppo storico immanente della vita del diritto, che non rompe, ma promuove attraverso quell'azione morale che sola è mia e in cui scompare ogni opposizione di volere e legge, perché l'io si sa come universale.

---

<sup>19</sup> Ivi; p. 239.

<sup>20</sup> Ivi; p. 247.

## Il diritto e il suo processo ideale

*Il diritto e il suo processo ideale* è indubbiamente segnato da una migliore comprensione della filosofia attualista, tanto da meritare di essere citato in nota da Gentile nella prima edizione dei fondamenti come «uno de' più serii e meditati scritti filosofici intorno al diritto che si siano pubblicati in questi ultimi anni in Italia»<sup>21</sup>. L'influenza del pensiero di Gentile sull'opera è non solo evidente, ma anche pubblicamente e privatamente dichiarata dall'autore. In una lettera datata Palermo, 22 gennaio 1916, Maggiore annuncia a Gentile la pubblicazione del «volumetto sul diritto», di cui invia una copia, non senza avvertire che «Ella [vi] ritroverà molto di sé stesso»<sup>22</sup>. E in un'altra di pochi giorni successiva (30 gennaio 1916) afferma: «se non avessi altro giudizio favorevole dal Suo, sarei già pienamente soddisfatto»<sup>23</sup>.

Il mutamento di prospettiva è più radicale di quanto lo stesso autore fosse portato ad ammettere: «il concetto del diritto come pura volizione del comune, contrapposto dialetticamente al volere dell'individuale (economia) e dell'universale (morale), era il punto di vista precedente, qui non conservato. Il nuovo [...], [è] quello attuale dell'*jus*, in un'intuizione dinamica della realtà universale; onde storia e filosofia del diritto finiscono per coincidere»<sup>24</sup>. La distanza è più radicale perché comporta la negazione stessa della tripartizione dello spirito e della dialettica triadica che caratterizzava il testo più antico: non ci può essere tripartizione perché unico è l'atto in cui si realizza lo spirito. Si rende, così, necessaria la trasformazione del soggetto: «il soggetto che crea e si riconosce nella sua creazione, non poteva più essere la *res cogitans*, la sostanza immobile e persistente, in cui il mondo del divenire proietta la sua ombra; ma doveva spoltrirsi e animarsi, dilatare talmente i

---

<sup>21</sup> G. Gentile, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Tipografica Editrice Cav. F. Mariotti, Pisa 1916, p. 56, nota 1. L'edizione del 1937, che usiamo qui come riferimento, riporta la citazione di Maggiore, ma non il commento elogiativo di Gentile, di conseguenza assente anche nell'edizione critica delle opere, è questo il segno probabile del distacco che in quegli anni stava già maturando tra i due pensatori. In proposito si veda, V. Frosini, *L'idealismo giuridico italiano*, cit., p. 15

<sup>22</sup> Lettera di Maggiore a Gentile, inedita, conservata presso l'Archivio della Fondazione Gentile, serie 1, corrispondenza, sottoserie 2, lettere inviate a Gentile.

<sup>23</sup> Lettera di Maggiore a Gentile, inedita, conservata presso l'Archivio della Fondazione Gentile, serie 1, corrispondenza, sottoserie 2, lettere inviate a Gentile.

<sup>24</sup> G. Maggiore, *Il diritto e il suo processo ideale*, Orazio Fiorenza, Palermo 1916, pp. VII-VIII.

suoi confini da abbracciare ogni momento della realtà»<sup>25</sup>. Il soggetto, così, non può avere nulla al di fuori di sé, ponendosi come l'unico creatore di tutta la realtà, che è realtà sua e perciò concreta. In questa nuova declinazione del problema, non solo il diritto rientra nell'atto unico della creazione di sé, e non solo non può essere sorpassato o preceduto da alcunché, ma si deve anche mutare il modo di interpretarlo.

Riassorbito nel processo soggettivo-vitale, che è l'unica realtà, il diritto non può più venir pensato come concetto: «il concetto è di per sé negazione della realtà» perché questo è fisso e immutabile, astrattamente universale, di contro «la vita è esistenza concreta, essere determinato (non *sein* ma *dasein* direbbe Hegel); perciò sempre esistenza di qualcosa, di qualcuno». «Combiniamo tutti i concetti possibili in quell'ordine che appare più perfetto. Dov'è il vivente?»<sup>26</sup>. Perdendo il contatto con la vita, il concetto si delinea come l'universalità astratta, irrelata all'atto del soggetto. E posta la verità nella vita, va da sé che anche il diritto, per essere concepito come vero, vada inteso come vita e, perciò, processo, fuori da ogni concettualizzazione.

«La concezione del soggetto-processo libera la filosofia dalla oziosa questione intorno all'esistenza di un'attività pratica. Il soggetto non può essere pratico, perché è la *πρᾶξις*, l'azione per eccellenza. Il suo essere è l'azione; di là dall'azione non ci è più il soggetto»<sup>27</sup>. Simile affermazione toglie ogni dubbio circa la radicalità della trasformazione che è intervenuta nel pensiero di Maggiore. Se tutto il soggetto è prassi, e perciò stesso attività che è la sua stessa creazione, non si può dare alcuna distinzione all'interno dell'attività sua; non ha, quindi più ragion d'essere la distinzione in tre momenti che era stata formulata in precedenza.

Se l'unica realtà è del soggetto, va da sé che anche il diritto si trovi ad avere una realtà soggettiva: «il Diritto è immanente nel soggetto, è una posizione dell'io; questa verità è indubitabile. Ma perché la scienza non prenda figura di domma, conviene ora dimostrare come il diritto si sviluppi dall'io»<sup>28</sup>. La prima attenzione della filosofia del diritto sarà, dunque, quella di rintracciare il processo genetico

---

<sup>25</sup> Ivi, p. 25.

<sup>26</sup> Ivi, pp. 5-9.

<sup>27</sup> Ivi, p. 40.

<sup>28</sup> Ivi, p. 49.

attraverso cui il diritto giunge a formarsi come tale: «è nell'atto della sua genesi ideale che il filosofo deve coglierne il significato, e determinarne il valore»<sup>29</sup>. In quest'ottica, il diritto si trova solamente nel processo della propria realizzazione. Il diritto nulla presuppone e da nulla può essere presupposto, è questo il passaggio dal punto di vista del diritto come concetto a quello del diritto come processo, ovvero quel diritto che «non sia solo presupposto o solo presupponente, non soltanto principio o soltanto principiato, ma attività che presuppone e finisce sé stessa, circolo assoluto, vita»<sup>30</sup>. Se così è, se il diritto va inteso come vita, esso stesso finisce per coincidere col soggetto, e «fin dove si estende il soggetto, si estende il diritto; la vita dell'io e la vita giuridica hanno un palpito solo»<sup>31</sup>. Tutta la realtà del diritto è, dunque, la realtà stessa del soggetto: è nella processualità che i due finiscono per coincidere ed esser uno. Il diritto, per esser compreso, non deve essere fissato nelle definizioni, ma vissuto: «se vogliamo penetrare l'*jus* nella sua essenza, immedesimarci col suo principio eterno, dobbiamo infrangere il suo involucro formale, e immergerci nel suo processo»<sup>32</sup>. Ma la comprensione del processo del diritto non può avvenire se non attraverso la critica delle sue manifestazioni oggettuali, ipostatizzate e perciò astratte, fino a giungere alla sua realtà concreta.

Postulata la soggettività come unica realtà concreta, consegue che tutto ciò che prende forma oggettiva – nel diritto come altrove – avrà il carattere dell'astrattezza. L'oggetto, il dato, il fatto, ciò che è fissato e reso immutabile non ha diritto di esistenza nel mondo dello spirito. «Il vero essere dell'oggetto è il suo non essere (come oggetto) e il suo divenire soggetto»<sup>33</sup>. Nell'ambito giuridico, o in quello che più propriamente si chiamerebbe del diritto astratto, quest'oggettività prende una duplice forma: come natura e come persona. Natura è il presupposto extrasoggettivo del diritto, la *res* che ci si trova di fronte e su cui si basa – o si pretende di basare – qualsiasi azione giuridica. Quest'esteriorità materiale è destinata a sciogliersi nel procedere dell'atto giuridico: «nonostante l'apparenza contraria che sorge dalle

---

<sup>29</sup> Ivi, p. 51.

<sup>30</sup> Ivi, pp. 53-54.

<sup>31</sup> Ivi, p. 58.

<sup>32</sup> Ivi, pp. 62-63.

<sup>33</sup> Ivi, p. 67.

costruzioni dommatiche, il concetto della natura, quale cosa in sé, non riceve una confutazione migliore come nel campo del diritto. Nel diritto la categoria della *cosa* – come entità estrasoggettiva – sparisce; e le viene sostituita la categoria di *valore*», la sostituzione rende evidente la rivoluzione copernicana che pone il soggetto al centro, e per cui si può dire che «ciò che, per la scienza naturalistica, è, esiste soltanto, nel mondo giuridico, *vale*»<sup>34</sup>. Ciò che in prima istanza è cosa, fatto bruto, passibile di descrizione viene trasformato dall'attribuzione di un carattere valoriale che gli assegna valenza morale e lo rende non più descrivibile, ma solo valutabile assiologicamente. La trasformazione fa sì che non esista più il delitto in sé, ma *quel* delitto concretamente determinatosi nell'azione del delinquente e che come tale non può essere descritto, ma deve essere giudicato, giungendo a una comprensione e a una valutazione più profonda di quella cui si potrebbe giungere limitandosi a uno sguardo descrittivo, che si relegherebbe nella superficialità della fattispecie immediata, limitandosi a descrivere e catalogare dall'esterno l'evento delittuoso.

Nell'interpretazione di Maggiore, la *persona* è la figura che i giuristi pongono contro l'oggetto giuridico, contro la natura, ma della natura essa ha gli stessi difetti. Plasmata sul modello della fisicità naturale, questa maschera, quasi una vaga ombra che si agita sulla scena non ha nulla che fare col vero soggetto, che è il soggetto atto, il processo: tutta materiale nulla può dirci della vita morale. È oggetto, non soggetto, posta da e per il soggetto nel processo del diritto. E cos'è, dunque, questa persona astratta se non una proiezione del vero soggetto? Così, nei *Saggi di filosofia giuridica*, Maggiore definisce la persona naturalisticamente intesa: «la persona fisica o naturale è così, per il diritto, simile a un segmento di retta delimitato da due punti: la nascita e la morte», evidenziando come «l'ordine giuridico rimane fuori di lui, ed egli è soggetto non per sé, per sua virtù, come *causa sui*, ma unicamente per autorità e riconoscimento di quel potere che lo fa essere quello che è»<sup>35</sup>. Tale materialismo continua a essere presente nella concezione dualista di anima e corpo che, «se non si considerano come momenti o aspetti di una stessa unità primigenia, non possono mai

---

<sup>34</sup> Ivi, p. 69.

<sup>35</sup> G. Maggiore, *Saggi di filosofia giuridica*, Orazio Fiorenza, Palermo 1914, pp. 50-53.

più ricongiungersi se non per artificio»<sup>36</sup>. Occorre, quindi, oltrepassare questa concezione della persona per entrare in un'altra in cui il soggetto, da condannato che era all'immobilità, riveli la sua vera essenza come divenire, sia nel suo aspetto di persona fisica che in quello di ente giuridico.

Se le due forme della natura e della persona segnano l'oggettività materiale del processo dello spirito, in altri due modi si manifesta la sua oggettività ideale: legge da un lato e violazione dall'altro assumono questo carattere. Alla legge si addicono le caratteristiche dell'oggettività perché «è, è posta come una realtà divenuta». Della legge si possono predicare quegli attributi di dogmaticità che non si possono correlare al soggetto, ma come tale, come legge essa «disdice sé stessa, è astratta, irreali. Essa presuppone il diritto, non ne è fonte»<sup>37</sup>. Lo scorgere il carattere astratto della legge nel suo aspetto di norma conduce a un ribaltamento prospettico: l'affermare che la legge sia prodotto e non fonte del diritto significa riconoscere come unica fonte del *jus* il processo stesso della sua creazione. Alla prevalenza del processo sulla statuizione, Maggiore fa corrispondere la seconda caratteristica della legge, che si pone non solo come essere, ma anche come dover-essere. Con un inserimento che, già nel dominio del diritto astratto ci proietta in quello del concreto, Maggiore rileva come sia proprio l'astratta fissità della legge a spingere alla ribellione morale, che è atto concreto e che promuove lo sviluppo giuridico.

Vista nella sua astrattezza, la violazione non si pone se non come il momento negativo della legge: «il trasgredire, l'infrangere, il violare presuppone infatti l'esistenza di qualche cosa di fermo e di solido che si possa disgregare, come, all'urto, una cosa resistente». Se la violazione ha bisogno di una realtà oggettuale su cui far perno, ne consegue che non si possa dare violazione là dove tutto è processuale e, dunque, fluido e mutevole. Quello che bisogna, allora chiedersi è: «il positivo, il reale, è davvero legge?», è solo contro questa fissità irrelata, infatti, che può darsi la violazione. Da quanto detto consegue che «la realtà del diritto non è nella posizione astratta della norma, ma nel suo attuarsi»<sup>38</sup>. Astratta, dunque, la

---

<sup>36</sup> Ivi, p. 61.

<sup>37</sup> G. Maggiore, *Il diritto e il suo processo ideale*, cit., pp. 72-73.

<sup>38</sup> Ivi, p. 76.



norma e astratta anche la sua violazione, finché si rimanga nella convinzione che la realtà sia dell'essere. Per comprendere il carattere concreto del diritto occorre fare il passo ulteriore e giungere alla comprensione che la realtà è del divenire.

Il risolversi delle due forme di oggettività osservate nel soggetto comporta una radicale trasformazione del rapporto che lega tra loro i due termini. La realtà non è più dell'oggettività assoluta, ma neppure della soggettività assoluta, quanto dell'oggettività che si risolve nella soggettività, non in un modo in cui i due termini precedono il rapporto, ma in quello in cui si danno solo nel rapporto stesso. L'oggettività sarà, quindi, solo relativa, perché oggettività di un soggetto che la pone. Fin qui non si ravvisa una sostanziale distanza dalle tesi di Gentile. È, tuttavia, proprio su un punto cardine della teoria gentiliana che inizia a intravedersi una differenza. Abbiamo osservato nel precedente capitolo come Gentile giudichi l'agire di Robinson, relegato in solitudine sulla sua isola, perfettamente conforme all'agire giuridico, come, anzi, lo tolga ad esempio dell'esistenza della società esclusivamente *in interiore homine*. Il punto di vista di Maggiore è, su questo punto, diverso: se l'unica cosa che si può salvare della dommatica giuridica è la categoria del rapporto giuridico, pur declinato nel senso di un «rapporto creativo», che pone, cioè, i suoi termini, risulta evidente come l'attore si rivolga, nel far valere il suo diritto a un altro. Maggiore si, sforza, a parole di mantenere quest'alterità assolutamente all'interno del soggetto. Di fatto, però, la sua argomentazione giunge ad altro rivelandosi difforme da quella di Gentile. «Si tratta però d'intendere questa relazione: di dare il giusto valore speculativo a questo *ad aliquid*, in cui consiste il diritto. Quando parlo qui di attività, non voglio dire riconoscimento passivo di un *altro* fuori di me»<sup>39</sup>. Il perno su cui ruota quella che, a parere di chi scrive, è una distanza non trascurabile di Maggiore da Gentile è quel passivo posposto a riconoscimento. Un riconoscimento è, dunque, implicitamente ammesso, si tratta di osservare in che modo si attui: non sarà la muta accettazione dell'esistenza di un altro che mi è di fronte, ma l'interiorizzazione e, quindi, la soggettivizzazione di questo medesimo altro. La spiegazione ci giunge dallo stesso Maggiore: «la realtà

---

<sup>39</sup> Ivi, p. 83.

del conoscere non è quella dell'*altro* (l'oggetto in sé), ma dell'*altro per l'io* (soggetto-oggetto). L'altro riconosciuto, è un altro io: non più l'altro assolutamente», e «appena sorge quella sintesi ideale che è il diritto, ecco l'altro divenuto *prossimo, socio*»<sup>40</sup>. La dialettica di *alter* e *socius*, già accennata nei *Saggi di filosofia giuridica*<sup>41</sup>, è, dunque, ben presente in Maggiore circa un trentennio prima che Gentile la inserisca nel suo *Genesi e struttura della società*, quasi costretto dalla necessità di appianare le difficoltà che costellavano le prime stesure dei *Fondamenti* e, più in generale, la sua filosofia del diritto. Stupisce, peraltro, che, conoscendo bene lo scritto di Maggiore, Gentile non avesse ritenuto necessario prendere in considerazione questo punto che fa risultare l'argomentazione dell'allievo più agevole per quanto concerne l'aspetto giuridico. Una ragione, tuttavia, c'è: inserendo la dialettica *alter-socius*, si inserisce implicitamente una molteplicità di soggetti che, come abbiamo osservato risultava inconcepibile nella formulazione gentiliana.

Agli occhi di Maggiore, formatosi nelle aule di giurisprudenza, questa molteplicità non doveva creare le difficoltà insormontabili che opponeva invece a Gentile, doveva apparirgli, anzi, pacifica e inevitabile. E, in effetti, a ben guardare, i soggetti in Maggiore sono almeno tre: non più l'io, che attraverso il suo atto forma il diritto, ma il diritto – o meglio, il processo giuridico – soggetto universale, che si forma attraverso l'azione di due soggetti particolari (io e socio) che si universalizzano nell'azione giuridica. La differenza non è trascurabile, e rende il testo di Maggiore più vicino a *Genesi e struttura della società* che a *I fondamenti della filosofia del diritto*. Il diritto segna la concretezza assoluta dello spirito, perché il soggetto in esso non rinuncia a sé, ma non annichilisce l'altro: non si dà una lotta per il riconoscimento in cui un contendente debba cedere all'altro e in cui sorgano le due figure del servo e del signore. Né egoismo né altruismo hanno luogo nel diritto, in esso il soggetto è giusto, ovvero mediazione concreta dei due termini.

L'introduzione di fatto di una pluralità di soggetti, che rompe con l'unità del soggetto gentiliano, rende possibile la trattazione di argomenti che erano di difficile

---

<sup>40</sup> Ivi, p. 84.

<sup>41</sup> «L'io non sgombra la lizza di ogni alterità, per correr la lancia con la sua propria ombra. L'altro non è eliso definitivamente, o dichiarato una proiezione allucinatoria, bensì ricollocato nel suo mondo che è quello dell'io» (G. Maggiore, *Saggi di filosofia giuridica*, cit., p. 33).

svolgimento nella filosofia del maestro. Tale è il caso dello Stato: come abbiamo osservato, nella fase iniziale della sua riflessione giuridica, Gentile negava che al diritto fosse essenziale lo Stato. Per Maggiore, al contrario, lo Stato è tanto strettamente legato al diritto da poter parlare di una convertibilità dei due termini: «domandare se il diritto presupponga lo Stato, o lo Stato il diritto, è fuor di luogo, poiché i due termini sono convertibili. Ogni diritto, in quanto ha concretezza storica, è diritto statale; e ogni Stato, se ha radici nella vita, è Stato di diritto»<sup>42</sup>. L'assunzione che ogni diritto sia, e non possa non essere, statale toglie ogni dubbio circa la sua natura, e rende impossibile muovere al Maggiore l'obiezione di formalismo che avevamo mossa a Gentile: se al diritto è essenziale la sanzione statale, se, anzi, il diritto coincide con lo Stato in quanto sua vita, va da sé che l'autonormazione di una banda di delinquenti non può avere carattere giuridico, se non su un piano astratto. Quello che viene ad essere introdotto è non solo un duplice livello di volere, universale e particolare, che rende possibile una distinzione netta tra modificazione e violazione del diritto, ma anche una duplicità di soggetti volenti: universale e particolari.

Essenziale diviene per il diritto l'esistenza di una comunità politica. Lo Stato si pone non solo come «la massima concretezza della giustizia», che «unifica la soggettività astratta, e l'oggettività pure astratta, del diritto, in quanto ordinamento giuridico universale, atto riassuntivo di tutto il processo dell'*jus*»<sup>43</sup>, ma come la stessa attualità del rapporto giuridico. Nella conduzione del problema da parte di Maggiore, nell'affermazione della necessità di una comunità politica, essenziale al diritto, è facile rintracciare un'eco delle tesi di Miceli – cui abbiamo avuto modo di accennare in polemica con Gentile – che egli aveva avuto come professore di filosofia del diritto all'Università di Palermo. Nella coincidenza col diritto, e con l'ordinamento giuridico, lo Stato si erge a soggetto universale del diritto, in cui i soggetti particolari vengono posti.

Correlata all'idea del diritto è quella della forza: non c'è diritto senza forza, che è energia autodeterminativa e, quindi, coazione. Questa, però, «non la vede chi la

---

<sup>42</sup> G. Maggiore, *Il diritto e il suo processo ideale*, cit., p. 111.

<sup>43</sup> Ivi, p. 107.

cerca sotto forma di *jussum* o di *vetitum*, che preme sulla norma col peso di un'autorità esteriore; la rinviene, invece, sempre chi la coglie nel momento della sua attività, nell'atto autocreativo del diritto»<sup>44</sup>. La forza coattiva del diritto non è, dunque, una forza che intervenga dall'esterno, ma è lo sviluppo immanente del diritto stesso. Tale posizione è del tutto analoga a quella gentiliana che distingue la forza in *a parte objecti* e *a parte subjecti*. Interessanti sono, invece, gli sviluppi che ne derivano all'opera del Maggiore. Dall'interiorità della coazione, o, meglio, da una critica speculativa del concetto di coazione inteso nel senso naturalistico, il giurista palermitano fa derivare la possibilità di un diritto internazionale. Individuando la tesi nell'attribuzione di validità al diritto internazionale, anche se questo difetta di un'adeguata sovranità, e l'antitesi nella negazione della medesima validità proprio per la mancanza di un potere che possa tradurlo in atto, Maggiore individua l'insufficienza delle due posizioni nella «separazione, implicita, di diritto e potere, di giustizia e sovranità»<sup>45</sup>. In questo modo, una volta affermata l'esistenza di un diritto internazionale occorre andare alla ricerca di un soggetto che ne possa essere il garante. In questo caso, quindi, le conclusioni di Maggiore appaiono addirittura opposte a quelle del maestro: anche quando, nell'edizione del 1937, Gentile giunge a ad ammettere la necessità dello Stato per il mantenimento in vita del diritto, distingue tra Stato nostro e altri stati, attribuendo carattere concreto esclusivamente al primo, e riducendo gli altri ad astrazioni che hanno esistenza solo in relazione allo Stato nostro. La posizione di Gentile radicalizza l'assolutezza dello Stato, negando con forza che esso possa essere trasceso da alcunché, sia la hegeliana storia del mondo,

---

<sup>44</sup> Ivi, p. 113.

<sup>45</sup> Ivi, p.115. Nei *Saggi di filosofia giuridica*, Maggiore definisce la sovranità come la «unità immanente dello spirito, che si pone in maniera universale nel corso della storia [...]. Il convergere in un punto solo di tutti i raggi che si dipartono dal multiforme apparir della vita» e lo Stato come «lo stesso potere sovrano dell'autocoscienza», dirigendosi verso una visione immanentistica della sovranità che è tale in virtù dell'immanenza dello Stato al cittadino che abbiamo visto delinearsi in maniera diversa da quanto fatto dal primo Gentile (G. Maggiore, *Saggi di filosofia giuridica*, cit., pp. 39-40). Nella *Filosofia del diritto*, poi, Maggiore ritorna sul tema trattando del diritto internazionale. All'obiezione che uno Stato non potrebbe riconoscere sovranità a una comunità di Stati senza rinunciare alla sua stessa sovranità, egli oppone l'immanenza della comunità di Stati al processo di formazione dello Stato stesso. La *vexata quaestio* sulla possibilità dell'esistenza di un diritto internazionale è quindi risolta nel senso di una rivendicazione d'immanenza della sovranità dell'organismo superstatuale allo Stato stesso, senza che questo si privi totalmente o in parte della sua sovranità, ma nel senso in cui la sovranità dell'organismo superiore gli coappartiene in quanto parte del suo stesso processo formativo-vitale (Cfr. G. Maggiore, *Filosofia del diritto*, Orazio Fiorenza, Palermo 1921, pp. 163-164).

sia un organismo giuridico internazionale. E che cos'è il diritto internazionale se non qualcosa che trascende la sovranità statale? A prima vista non si può che dare risposta affermativa a questa domanda. Ma se si comprende a fondo la lettura che Maggiore dà del problema, la soluzione che egli propone appare logica, quasi ovvia. Le argomentazioni contro il diritto internazionale possono essere prese per valide solo da chi fissi il diritto in uno Stato determinato, e veda nel trascendimento di questo la dissoluzione stessa del giure. Il vantaggio di Maggiore, rispetto a Gentile, è quello di non aver fatto del diritto un posto da e per il soggetto, ma il soggetto stesso della sua autocreazione, che si manifesta attraverso la sua forza sì nello Stato come nel processo. Con questo nuovo punto di vista si giunge a vedere che «la realtà del diritto non è altro che l'attualità di tutti i suoi momenti, il suo processo storico universale», che si svolge come Stato, ma anche al di sopra di questo e si può, quindi, affermare che il diritto internazionale «esiste solo in virtù della forza; non di una forza esteriore, però, capace di imporre coattivamente dei principj morti di giustizia; ma in virtù della sua energia interiore, che anima, attraverso ingiustizie ed orrori, il suo processo storico»<sup>46</sup>.

### **L'attualismo come unità**

Il maggior merito dell'attualismo giuridico consiste nell'unificare i principii che guidavano due scuole allora in competizione tra di loro: la scuola classica e quella positiva. Analoga posizione la incontreremo quando, trattando di Ugo Spirito, ci troveremo ad affrontare la sua *Storia del diritto penale italiano*, l'argomentazione di Maggiore si distingue, tuttavia, da quella spiritiana: meno peso vi ha la componente storica rispetto all'impianto teorico. In Maggiore non si tratta di mostrare la genesi dell'attualismo giuridico come frutto del processo di sviluppo storico, ma di porlo come il termine sintetico di due tradizioni considerate non superate, ma ancora vive e vitali.

---

<sup>46</sup> Ivi, pp. 117-118.

Questo il senso della comunicazione *L'unità delle scuole di diritto penale*<sup>47</sup>, letta presso la Biblioteca filosofica di Palermo l'otto dicembre del 1916. La necessità di trovare una terza via alla filosofia giuridica è suggerita a Maggiore dalla constatazione del conflitto che «ferve da più di trent'anni» tra «classicismo e positivismo nel seno del diritto penale». Si rende, allora, necessario un terzo sistema, che si ponga come il pacificatore del dissidio e «faccia dire di sé alla storia che *arbitro si assise in mezzo a lor*»<sup>48</sup>. Questo il compito che deve assumere su di sé l'idealismo attuale.

Maggiore fa derivare il classicismo giuridico non, come da uso tradizionale, dall'opera di Beccaria, egli si spinge più in là e più a fondo: il classicismo giuridico deriva la sua struttura teorica direttamente da Cartesio, la nascita di questa corrente viene, dunque, anticipata di oltre un secolo. Da Cartesio, il classicismo deriva in particolare i difetti che ne minano, agli occhi dell'idealista, la struttura: «Il Descartes come tutti i grandi filosofi, ebbe figura bifronte. Fu padre del soggettivismo moderno con la scoperta dell'*io penso*, ma legò il suo nome anche al sistema dell'oggettività astratta, che divenne la filosofia della Rivoluzione col nome di Razionalismo o Illuminismo. L'origine di quest'atteggiamento a prima vista contraddittorio del pensiero cartesiano, era nella stessa concezione insufficiente dell'*io penso*, per modo che il soggetto, immaginato come una sostanza diversa da quella di Dio, e difforme da quella materiale, lasciava tutto (la natura e gli altri soggetti) fuori di sé»<sup>49</sup>. La filosofia cartesiana si rivela, dunque, una filosofia oggettivista, che individua il centro della sua riflessione all'esterno del soggetto. Figlio dell'illuminismo e, per questa via, nipote del cartesianesimo, il classicismo giuridico non poteva che imboccare questa medesima strada.

La stesura del *Dei delitti e delle pene*, si inserisce in un clima storico in cui il giusnaturalismo contrattualista francese imperava nella cultura italiana. Cresciuto in un clima radicalmente antistoricista, il Beccaria rimetteva l'uomo al centro della speculazione giuridica, il suo era, però, un uomo immaginato in modo radicalmente

---

<sup>47</sup> G. Maggiore, *L'unità delle scuole di diritto penale*, Orazio Fiorenza, Palermo 1918.

<sup>48</sup> Ivi, p. 1.

<sup>49</sup> Ivi, p. 3.

naturalista: era sì il soggetto del diritto, ma immaginato come contrapposto ad altri soggetti e alla società. Dall'opposizione individuo-società, deriva l'errore radicale di Beccaria e del classicismo giuridico in genere: «tutto il diritto in conseguenza, per il Beccaria, viene improntato al criterio dell'eteronomia. Non è fatto dal soggetto; ma da altri per il soggetto. Le leggi, la sovranità, la pena non sono altro che dei mezzi con cui gli uomini indipendenti, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra, mirano a difendere e conservare la propria libertà»<sup>50</sup>. La legge viene così svuotata da ogni elemento morale, e ridotta a mezzo per la difesa sociale, che diviene il vero scopo della dottrina classica. È lo spirito trascendentalista la vera chiave di lettura del classicismo giuridico, quello stesso spirito di trascendenza che «porta a rintracciare il perché del diritto di punire altrove che nel soggetto, anzi in qualcosa di oggettivo che gli si oppone, nella società, per esempio, da difendere contro l'uomo singolo»<sup>51</sup>. Il classicismo si fa, così, portavoce di una filosofia – l'illuminismo – morente, e oppone individuo e società come due sostanze non solo distinte – che già sarebbe un assurdo – ma opposte, mancando di scorgere la natura storica e soggettiva della società, e considerandola come una fissità immutabile.

La scuola positiva aprì gli occhi sul contrasto che incorreva tra la scuola classica e la realtà storica e sociale contemporanea. «Il positivismo rimane sempre quale nacque, un movimento pratico, il reagire della vita nella sua schiettezza contro le strettoie in cui l'avevano costretta le sottigliezze dei classici. Che avevano finito per notomizzare il diritto come un essere morto, rigettato alla riva dal fiume della storia»<sup>52</sup>. Conseguenza di questa lettura è la difficoltà incontrata da Maggiore nel considerare il positivismo come una teoria. Il positivismo vive di un carattere che non è solo a-filosofico, ma antifilosofico. Il brodo di coltura in cui si andava maturando la nascita, sancita dall'opera di Lombroso, del positivismo giuridico, era quello dell'antropologia, della sociologia e della statistica, in un clima culturale più o meno consapevole di segnare lo «abbiosciarsi ineffabile degli studj speculativi in

---

<sup>50</sup> Ivi, p. 5.

<sup>51</sup> Ivi, p. 9.

<sup>52</sup> Ivi, p. 10.

Italia», ma comunque pronto a rinunciarvi, e a tener testa con le scienze esatte all'indebolirsi della filosofia.

Lo stesso Lombroso ebbe «l'accortezza di conservarle [alla sua teoria] un'impronta naturalistica, guardandosi di mettere il becco *ex professo* in questioni filosofiche. Egli intese a studiar l'uomo come il naturalista studia e classifica l'animale». L'errore del positivismo comincia, dunque, quando «codeste discipline, da semplici strumenti di ricerca, si gonfiano di un valore speculativo che non hanno, a causa della loro limitatezza, o si adoperano a sciogliere problemi che dal loro punto di vista sono insolubili»<sup>53</sup>. L'errore che segna l'inevitabile declino del positivismo non si deve, perciò, cercare nell'opera di Lombroso, ma in quella dei suoi allievi che provarono ad affrontare problemi filosofici con gli strumenti di una dottrina che era nata per affrontarne di naturali, ed era, quindi, inevitabilmente incapace di dare risposte sul piano dell'agire umano. Particolarmente significativa, in questa chiave, è l'elaborazione che della teoria lombrosiana fece il Garofalo, che tentò di radicalizzare la teoria dell'uomo delinquente fino a giungere alla formulazione della teoria del delitto naturale. Quello che sfuggiva al Garofalo era, però, la natura essenzialmente umana dell'azione: considerando l'atto come naturalisticamente determinato, egli si lasciava sfuggire che «quando io dico un'azione delittuosa io enuncio né più né meno che un valore, formo un giudizio col quale attribuisco una qualifica, un predicato, che fuori dello spirito si vuota di qualsiasi senso comune»<sup>54</sup>. L'atto con cui si giudica il delitto è, essenzialmente, atto morale e, perciò, soggettivo; in ragione di questa osservazione, del delitto non si può dare che un'analisi storica e filosofica. La stessa dottrina della difesa sociale, invocata da Enrico Ferri come fondamento al diritto di punire, denuncia, secondo Maggiore, il residuo metafisico e assiologico insito nel positivismo: se questovolesse veramente mostrarsi puro da ogni metafisica, dovrebbe rinunciare a rintracciare altra fonte alla pena che la pena stessa.

Il positivismo, tuttavia, sopravvive alle proprie contraddizioni interne e, se vi riesce, è perché in esso trovano asilo «tutte le critiche e le ripugnanze della coscienza

---

<sup>53</sup> Ivi, p. 13. Una posizione sostanzialmente analoga a questa è quella espressa da Ugo Spirito nella sua *Storia del diritto penale italiano*, che avremo modo di esaminare nel capitolo seguente.

<sup>54</sup> Ivi, p. 14.



moderna, che sente la insufficienza e l'ingiustizia di molti istituti legislativi attuali. Tutto il fermento di questa vita nuova che si affatica verso l'umanità della legge ha trovato senza dubbio energica risonanza nella nuova scuola»<sup>55</sup>. Pur viziato da un'innegabile insufficienza teorica, il positivismo si dimostra, dunque, capace di interpretare il disagio di una vita costretta in una dogmatica giuridica insufficiente a rispondere alle sue esigenze. È questo il merito del positivismo rispetto al classicismo, ed è il punto per cui non si può rigettare questa teoria che va, invece, compresa e contaminata con ciò che di vero si poteva trovare in quella più antica. Il positivismo mantiene meriti di prim'ordine come movimento pratico, ma rimane viziato, sul piano della teoria dall'insufficienza teorica che lo caratterizza, così come, al contrario, il classicismo, sorretto sul piano teorico da una filosofia forte come il cartesianesimo si lascia, invece, sfuggire la pratica. «Avviene così che il classicismo, impotente al cospetto della pratica, si arrapina a tenersi ritto in teoria; e che il positivismo teoricamente battuto, non resta di progredire sul terreno della pratica»<sup>56</sup>. Il compito di risolvere l'*impasse*, giungendo all'unificazione dei principii ispiratori delle due scuole, spetta all'idealismo.

Se un ruolo, dunque, spetta alla filosofia sul problema giuridico è quello di risolvere le antinomie che sorgono tra la teoria e la prassi. «Ad uscire da queste contraddizioni, in cui il realismo della giurisprudenza dommatica si è ridotto a stagnare, parmi nessun altro rimedio possa soccorrere, tranne la filosofia. Alla quale sarà dato finalmente rompere quell'eterno moto a pendolo delle dottrine attuali tra classicismo e positivismo, avviandole su una linea retta di continuo progresso»<sup>57</sup>. La lotta tra positivismo e classicismo, più che un conflitto tra diverse e opposte teorie, prende, come abbiamo visto, i colori di uno scontro tra teoria e pratica. In questa natura particolare del dibattere è già insita la risposta su quale sia la filosofia che deve prendere su di sé il compito di risolvere la lotta: «la filosofia atta a dirimerla è quella che abbia superato il dualismo di teoria e pratica. Val quanto dire che sia scesa nel cuore della realtà, che non è attività senza sapere, né sapere senza attività; ma

---

<sup>55</sup> Ivi, p. 17.

<sup>56</sup> Ivi, p. 18.

<sup>57</sup> Ivi, p. 24.

unità immanente di sapere e di fare»<sup>58</sup>. È all'attualismo, quindi, che spetta il compito di risolvere il conflitto unificando i principii vitali delle due opposte dottrine, mandandole dalla scoria astratta che le ricopre.

Il passo per dissolvere l'astrattismo che incatenava tanto il positivismo quanto il classicismo, e li condannava all'incapacità di risolvere e di scorgere il fondamento di elementari problemi della vita giuridica è la radicale reinterpretazione dell'uomo. «Per chi vive remoto dalla scepsi filosofica, l'uomo è un'armatura d'ossa, vestito di quelle "miserie carni" che i figli offrivano alla fame di Ugolino mordentesi per il dolore ambo le mani»<sup>59</sup>. È questa la visione naturalistica dell'uomo, mutata, ma non superata, dalla spiritualista, che al corpo affianca l'anima. Non superata perché «la *res cogitans* è sempre *res*, come non accade di mostrare. Il dualismo spiritualistico non è altro in fondo che un dualismo materialistico: invece di una materia sola, ammette due sostanze materiali, il corpo e l'anima, siano pure di valore diverso. Ma così l'uomo non è spiegato. Egli non può essere oggetto, materia inerte e quiescente, finché pensa, si muove, agisce, svolge da sé la propria storia»<sup>60</sup>. La confutazione della formulazione che, per semplicità, chiameremo materialistica, e che vede il dualismo di anima e corpo, arriva all'attualista dalla vita stessa. Reinserito nell'atto vitale che è la creazione che egli fa di sé stesso, l'uomo deve essere inteso come soggetto, in cui «nessuna forza può svellere il mio essere dal mio pensiero. *Cogito ergo sum*: in queste tre parole palpita un mondo. La realtà mia vera, profonda, ultima, non può essere che soggettività. Perché la soggettività sola, ponendo sé pone l'essere. L'uomo è dunque soggetto; e la sua scienza non può essere che soggettivismo»<sup>61</sup>.

L'uomo è, dunque, *il* soggetto del diritto, trasformato dalla visione attualista nell'attore principale, a scapito di quella società – considerata fondante sia dai classicisti che dai positivisti – che ha, sulla scorta di Gentile, esistenza concreta solo *in interiore homine*. Si tratta qui di una radicale reinterpretazione del soggetto giuridico rispetto a quanto sostenuto dalle due scuole. Non si tratta più di individuare

---

<sup>58</sup> Ivi, p. 25.

<sup>59</sup> Ivi, p. 29.

<sup>60</sup> Ivi, p. 31.

<sup>61</sup> Ivi, p. 32.

una sostanza che possa fungere da soggetto all'azione giuridica, nel qual caso, avrebbe eguale valore sceglierla nell'individuo, nella società, o in un entità radicalmente trascendente in modo che il diritto si trovi a procedere "per grazia di Dio". Si tratta, invece, di cogliere l'essenzialità del soggetto nel suo operare: «non è più possibile ora scambiare il soggetto per una sostanza, quale che ne sia la natura. Con l'ipotesi di una sostanza spirituale rientreremmo difilato nel materialismo, messo or ora da parte»<sup>62</sup>. La tematica antisostanzialistica è di chiara matrice attualista: la sostanza è qualcosa di fatto, immutabile, fisso, aprioristicamente determinato e, perciò inconoscibile; il soggetto, all'opposto, è l'atto continuo della sua creazione e, quindi, attività. Proprio della vita è il mutamento, laddove questo manchi, non c'è vita.

Stabilito che il soggetto è attività, occorre approfondire la comprensione di quest'attività, che si rivelerà essenziale per l'intelligenza delle problematiche giuridiche. «L'attività di un soggetto non è attività, e il soggetto di un'attività non è soggetto: poiché l'attività non trascende il soggetto, aderendovi come un attributo, ma gli è immanente; è il soggetto stesso», al contempo, l'attività è la vita universale, per cui può dirsi che «non il fabbro opera sul ferro, ma la vita universale, il tutto, Dio, se così piace chiamarlo, agisce in loro» e «per quest'indissolubile unità dell'azione del singolo e dell'azione del tutto, l'attività del soggetto può dirsi attività assoluta»<sup>63</sup>. L'attività del soggetto si pone, quindi, identica all'attività universale. In questa posizione si rintraccia la radice della libertà. In contrasto con la formulazione della dottrina del libero arbitrio, che interpretava la libertà come libertà di scelta tra azioni distinte, proposizione assurda agli occhi dell'idealista, perché «chi può volere indifferentemente un'azione o l'altra, non vuole l'azione ma la sua volontà di agire»<sup>64</sup>, e dunque, inconsapevolmente, vuole la sua attività che è una, Maggiore ricorda che «l'azione è sempre azione del tutto nel singolo», e che da questa connessione si deriva che, di conseguenza, «l'azione è la vera libertà»<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> Ivi, pp. 35-36.

<sup>64</sup> Ivi, p. 38.

<sup>65</sup> Ivi, pp. 40-41.

L'azione è libertà perché è universale, da questa universalità dell'azione deriva il peculiare concetto di imputabilità che caratterizza il Maggiore: «l'uomo è imputabile perché libero», era il canone della scuola classica mutuato e accettato dal nostro una volta che il concetto di libertà sia passato attraverso il filtro dell'idealismo. Attraverso questo filtro, tuttavia, si scopre che l'uomo è libero perché la sua azione è azione universale. Il concetto di volontà viene, in questo sistema, espulso da quello di imputabilità: «se in realtà mi si imputano delle azioni, non è perché io le abbia volute, ma perché sono immanente in esse, perché la mia azione è la mia stessa soggettività attuale» e «interrogato del mio essere non posso rispondere altro: il mio essere è la mia attività». La prima conseguenza della nuova posizione è che «l'imputabilità non possa circoscriversi ai fatti volonarij»<sup>66</sup>. Ma se l'imputabilità risiede nell'azione, e se l'azione ha valenza universale, consegue non solo che ogni azione è imputabile, ma che mi sono imputabili anche azioni non mie, per modo che le colpe dei padri ricadono eternamente sui figli. Del resto, scrive Maggiore, «se Dio stesso – così vuole la religione cristiana – prescrisse all'uomo di espiare i falli dei suoi maggiori, bollandolo del marchio del peccato originale, ricordo della caduta di Adamo, non si sa come l'uomo possa cansarsi a una legge siffatta»<sup>67</sup>. Questa nuova imputabilità universale, spinta da esigenze teoretiche, e non da necessità pratiche della vita giuridica, introduce nel diritto, in particolar modo per quel che riguarda l'aspetto penale, una difficoltà che è difficile superare. Se un'azione mi si può imputare in virtù dell'universalità del mio agire, e in conseguenza della sua universalità diviene impossibile non solo l'individuazione e, quindi, la comminazione di una pena, al delinquente, ma la stessa distinzione tra lecito e illecito. A questo problema Maggiore tentò di rispondere con la distinzione di imputabilità e responsabilità. Si tratta, a dire il vero, di una distinzione verbosa e inagevole, che mira a distinguere due cose che in realtà sono una. «imputabilità universale non vuol dire eguale imputabilità. S'intopperebbe in un falso concetto dell'universalità, se, dopo l'anzidetto, ad ogni essere si desse carico delle proprie

---

<sup>66</sup> Ivi, pp. 42-43.

<sup>67</sup> Ivi, p. 44.

azioni in modo uniforme»<sup>68</sup>. Tale distinzione reintroduce il volontarismo come base della responsabilità: si è responsabili esclusivamente delle azioni che si sono volute, ma responsabilmente si risponde solo di ciò che è già fissato, laddove si è imputabili dell'azione nel suo svolgimento. Si è responsabili in fatto, ma imputabili in atto. Quello che è, tuttavia, rilevante è che sul piano giuridico si risponde di ciò di cui si è responsabili e non di ciò che può essere imputato. La distinzione di imputabilità e responsabilità, dunque, ritenuta essenziale agli occhi di Maggiore, si rileva una complicazione superflua ai fini dell'agire giuridico<sup>69</sup>.

La retribuzione dell'atto – che consegue alla responsabilità – viene decisa di volta in volta in base all'attualità storica, così può darsi che ciò che in un'epoca si consideri lecito sia illecito in un'altra. La distinzione tra imputabilità e responsabilità rischia, quindi, di ridursi alla distinzione stessa tra diritto positivo, e però astratto, e diritto ideale e, quindi, concreto. Il pericolo che deriva da questa distinzione ci pare essere l'impossibilità di dare una trattazione filosofica dell'imputabilità giuridica; questa pare infatti ridotta alla sua componente morale.

In questo quadro teorico la funzione della pena prescinde dalla retribuzione per un delitto compiuto: «l'idea di retribuzione è viziata di trascendenza: procede dal falso concetto di una volontà individuale, libera autrice del male, a cui s'immagina corrispettiva l'azione di un'altra volontà (divina o sociale) che ritorce il male stesso». Nell'ottica attualista in cui si pone Maggiore, la pena è, al contrario «la responsabilità in atto, la specificazione storica del principio universale dell'imputabilità»<sup>70</sup>, immanente alla stessa azione delittuosa, che non può sottrarvisi.

---

<sup>68</sup> Ivi, p. 47.

<sup>69</sup> Nello scritto *Il problema della responsabilità legale secondo l'idealismo attivistico*, Maggiore afferma che il «principio della responsabilità universale va inquadrato *sic et simpliciter* nel sistema dell'etica. Ond'è che non parleremo di responsabilità *legale*, in antitesi a una responsabilità *morale*, come si fa dai positivisti» perché «noi dobbiamo considerare il diritto come un momento della moralità, e perciò ci è forza alloggarlo sempre e irrevocabilmente entro e non fuori del mondo etico». Pertanto «è vano parlare di azioni che siano materialmente nostre e spiritualmente non nostre. Anche l'azione apparentemente meno nostra, l'azione necessitata, impostaci per forza esteriore, è pur nostra da poiché non si può spiritualmente svincolare dal soggetto che la compie» (G. Maggiore, *Il problema della responsabilità legale secondo l'idealismo attivistico*, Tipografia Guerriero Guerra, Perugia 1924, pp. 3-7). La radice della ragione per cui ciascun uomo è chiamato a rispondere delle sue azioni di fronte alla legge penale è data, quindi, dall'inseparabilità dell'atto dallo spirito del soggetto che lo compie. Ciascun uomo risponde, quindi, in virtù della sua immanente umanità dell'azione che ha compiuta «perché nessuno potrà mai togliere che l'azione loro sia loro, sia l'attualità e la realtà del loro spirito, che, agendo, crea il suo mondo» (ivi, p. 13).

<sup>70</sup> G. Maggiore, *L'unità delle scuole di diritto penale*, cit., p. 54.

In questa chiave, in cui la pena è il frutto non di un'oggettività giuridica da cui derivi, ma di un diritto che si pone come radicalmente soggettivo, nessuna distinzione intercorre tra pena propriamente detta e sanzioni correlate o accessorie. Anche i provvedimenti presi contro i malati di mente, o gli alcolizzati, quei soggetti che comunemente si definiscono incapaci di intendere rivestono il ruolo della pena. In questa chiave, e quasi a dispetto dell'universale imputabilità, la pena prende, nella filosofia di Maggiore, un carattere di individualità che la conduce, in modo molto più radicale che nelle altre due scuole ad essere ritagliata di volta in volta sul soggetto che ha commesso il delitto. Riconducendo il castigo allo spirito del delinquente si vira verso una radicale individuazione della pena che rende impossibile schematizzarne il funzionamento. In questo senso un'importanza radicale viene attribuita all'interprete della legge, al giudice, che non dovrà limitarsi a ricondurre il caso specifico all'interno di una generica fattispecie, cui corrispondano una serie di retribuzioni predeterminate, ma dovrà, di volta in volta, intagliare e misurare il castigo sullo stesso caso specifico, facendosi, per così dire, legislatore egli stesso. Quella che sembrava essere una negazione del principio di responsabilità individuale si rivela essere, al netto della teoria, la sua più radicale affermazione. Nell'attualismo, dunque, il dualismo tra le due scuole, che vedeva opporsi libero arbitrio e determinismo, è riassorbito nella corrente della vita.

### **La filosofia del diritto come concretezza della filosofia**

Assodata e confermata la posizione di scuola che nega il potersi parlare di filosofie particolari perché «l'unità sistematica del sapere, è un principio, senza del quale non è possibile entrare nella filosofia», e rinunciato, quindi, a fare della filosofia del diritto una disciplina filosofica particolare, che sarebbe già un'aporia, Maggiore si propone di assegnare alla filosofia giuridica un ruolo rispetto alla filosofia *tout court*. È indubbio che, per lo meno a un primo sguardo, la filosofia giuridica appaia come quel ramo specialistico della filosofia che toglie ad oggetto il diritto. In questo oggettivarsi, tuttavia, la filosofia del diritto non perde nulla della

filosofia, e il suo rivolgersi a un oggetto non importa, dunque, il suo particolarizzarsi. Al contrario «l'unità originaria della filosofia non esce sminuita o limitata, come può credersi, dalla sua applicazione al diritto», essa invece «si approfondisce e intensifica, poiché la filosofia, pur sempre rimanendo il sistema dell'intera speculazione, si aguzza e si affina nell'intelligenza di quel fenomeno concreto, che è il diritto»<sup>71</sup>. Nell'applicarsi all'oggetto diritto, dunque, la filosofia anziché perdere in universalità guadagna in concretezza. Si può dire che sia proprio nel suo applicarsi all'oggetto che la filosofia diviene concreta, laddove, inapplicata, rimaneva morta astrazione, la filosofia del diritto riesce, quindi, a «dimostrare la inseparabilità di teoria e pratica, di pensiero e azione, di logica ed esperienza». Il diritto, infatti, «nasce dalla realtà sociale, dai bisogni della convivenza, e quindi ha radici essenzialmente pratiche: il diritto è un fatto volontario, in quanto scaturisce dalla volontà legiferante e alla volontà si rivolge. Ma se codesto è il contenuto del mondo giuridico, la sua forma non può che essere logica, perché [...], non può che assumere una forma logica, forma cioè di concetto, di giudizio, di sillogismo»<sup>72</sup>.

La concretezza viene conquistata dalla filosofia nella sua relazione al processo vitale, atto autocreativo del soggetto, se non entra nell'agone dell'attività sua rimane trascendente ed estrinseca e, perciò, astrazione irrelata e sovrapposta dall'alto alla vita. Già Giovanni Gentile aveva messo in guardia contro i filosofi che, dalla finestra, guardavano il mondo, e la gente che vi soffriva, vi lottava e vi moriva, convinti di potersi dare una ragione senza necessità di scendere per la strada. La posizione di pensiero è qui del tutto analoga. «Nato dalla società, il diritto, alla società ritorna: germinato dal mondo dei bisogni concreti, in quello si ripiega; ma non senza essersi prima astratto e, diciamo così, sublimato nel mondo della pura logica formale, di quella logica che è il tessuto connettivo della giurisprudenza»<sup>73</sup>. L'applicarsi della filosofia al diritto non è un'estrinseco occuparsi di, ma è un operare con, un farsi diritto, un vivere il diritto. In questa dimensione, la filosofia giuridica,

---

<sup>71</sup> G. Maggiore, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 5-6.

<sup>72</sup> G. Maggiore, *Il sentimento nel diritto*, in "Giornale critico della filosofia italiana", XIV, 1933, p. 133.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

lungi da mutarsi in una branca particolare del pensiero filosofico, si trasforma nella massima concretezza della filosofia tutta.

Sul piano del pratico operare della giurisprudenza occorre, invece, distinguere tra ciò che è filosofia del diritto e ciò che è scienza giuridica particolare. La filosofia, infatti, prende sì ad oggetto il diritto, riassorbendolo nel processo vitale che è creazione di sé, ma prende ad oggetto un diritto che è positivo, già strutturato in ordinamenti che hanno, nella dimensione astratta, le loro regole, il cui studio spetta a discipline specialistiche. La filosofia è, dunque, la coscienza dell'oggettività propria del diritto, ma è la sua coscienza critica che «non è l'analizzare e l'astrarre che può fare il giurista, inteso a studiare estrinsecamente l'oggettività, ma un addentrarsi in quel processo soggettivo, onde il diritto, attraverso la coscienza del giurista, e in particolare di chiunque senta in maniera giuridica, si forma»<sup>74</sup>. Da un lato, dunque, l'analisi del processo particolare, dall'altro, la vita del diritto. Nell'assoluta adesione alla vita, sta tutta la praticità della filosofia. Se le scienze particolari rispondono alla necessità di conoscere una realtà oggettiva, la filosofia si propone, al contrario di giungere al fondamento di tutta la realtà: «la filosofia, in tanto è vera conoscenza della realtà, in quanto è anzitutto conoscenza del suo principio, del principio, cioè, in forza del quale la realtà si realizza. Rispetto a questo principio, la realtà oggettiva è un principiato, vale a dire una conseguenza»<sup>75</sup>. La filosofia, dunque, in quanto scienza della vita si pone come scienza prima, da cui le particolari si fanno derivare per astrazione. Da questa rivendicazione del primato della filosofia, e dell'idealismo in particolare, come scienza della vita deriva la logica conseguenza dell'origine ideale, e perciò immanente e assoluta, del diritto. Alla sua irriducibile vitalità si deve l'impossibilità di definirlo se non in formule astratte e vuote.

Dalle formulazioni teoriche, che abbiamo qui sbrigativamente elencate, avendole incontrate, se non perfettamente identiche, almeno sostanzialmente equivalenti, in altri testi che abbiamo trattato, derivano risposte pratiche all'operare giuridico. È il caso della presa di posizione contro il diritto al suicidio: se il soggetto è unità di spirito e corpo, e quindi di universale e particolare, non si vede perché lo

---

<sup>74</sup> G. Maggiore, *Filosofia del diritto*, cit., p. 19.

<sup>75</sup> Ivi, p. 44.



spirito non possa avere delle obbligazioni rispetto al corpo e, quindi, prevedere una legge che punisca l'autolesionismo. È la tematica dell'unità di oggettività e soggettività che spinge Maggiore a quest'affermazione: nel diritto il momento oggettivo non può mai mancare.

Ciò che è, per i nostri scopi, più rilevante è, però, la stretta connessione che Maggiore fa intercorrere tra diritto e comunità: «l'idea del giusto non si realizza nel soggetto in quanto tale, ma in quanto vivente in una comunità di soggetti: nessuno è *persona* considerato a sé e in sé, come solitario individuo, ma la persona singola richiama sempre un'universalità»<sup>76</sup>. Che Maggiore ne fosse o meno consapevole, ci troviamo qui di fronte a una radicale opposizione alla formulazione gentiliana del problema. Riprendendo la comunità come scaturigine non solo del diritto ma anche della distinzione tra ciò che è giusto e ingiusto e, dunque, del senso morale, le si attribuisce valore concreto, ammettendo che essa abbia valore non solo *in interiore homine*, ma anche *inter homines*. La comunità, formata a reale soggetto del diritto, diviene anche titolare a pieno titolo della personalità e quindi, della titolarità giuridica che non pertiene all'uomo prima che egli giunga a crearsi da sé nella comunità, non è innata. L'ammissione dell'esistenza di diritti innati farebbe ricadere nella concezione naturalistica del soggetto, immaginato come un presupposto alla coscienza. Spetta dunque alla comunità tutelare il diritto di chi non sia giunto ancora a sapersi soggetto, con una posizione, è interessante notare, che sarà ripresa dal Gentile di *Genesi e struttura della società*. In tal modo «diritto e società divengono quindi termini convertibili. *Ubi jus ibi societas*, ma anche *ubi societas ibi jus*. Nella società si entra solo per via della coscienza giuridica, e la coscienza giuridica è posizione di una società»<sup>77</sup>. Nel quadro che si va delineando, il problema della responsabilità viene visto sotto una luce nuova: se la persona non è tale innatamente, va da sé che possa essere responsabile, e quindi imputabile, solo chi ha una personalità tale da poter compiere un'azione sua e, quindi, da farla valere al cospetto delle leggi.

---

<sup>76</sup> Ivi, p. 138.

<sup>77</sup> Ivi, p. 156.

La conseguenza è che il mondo giuridico non possa concludersi «nella solitudine dell'io, ma si svolge come un mondo di più persone, che entrano in relazione reciproca di obblighi e di pretese», per modo che «il certosino nella sua cella non può dire neppure: questo è *mio*. Il diritto, in quanto è, come abbiamo visto, bifronte, oggettivo, norma e pretesa, suppone sempre una *relatio ad alterum*, un'altro, cioè con cui l'io entri in connessione e comunione»<sup>78</sup>. La distanza da Gentile è netta, ed è resa più evidente dagli esempi scelti: l'eremita e il diritto di proprietà. Abbiamo già incontrato in altri testi di Maggiore il riferimento a Robinson chiuso nella sua isola, e già allora abbiamo notato la differenza rispetto al modo gentiliano di affrontare il tema. Differenza che si ricava in modo forse ancora più chiaro nell'esempio del diritto di proprietà: il filosofo di Castelvetrano, riducendo la proprietà esclusivamente allo spirito, affermando che mio è solo l'io che si incorpora nell'oggetto, attraverso il lavoro e la volontà, eliminava la necessità di riferimento all'altro che è qui, al contrario essenziale per la formazione stessa del diritto.

Una delle conseguenze più interessanti, se non forse *la* conseguenza più interessante del valore fondamentale assegnato alla comunità nel processo di formazione e riconoscimento del diritto riguarda il diritto internazionale. La dottrina che dichiarava l'impossibilità di un diritto internazionale si basava sull'erronea confusione di forza associativa (società, secondo come l'intende il Maggiore), alla base della creazione del diritto, e coazione. Nella formulazione di Maggiore, al contrario, la forza coattiva, intesa come esterna, rappresenta un'astrazione, la sua concretezza va cercata nella stessa attività del soggetto e, quindi, nella sua volontà d'associarsi. Il diritto internazionale non è più, dunque, impossibilitato dall'assolutezza dello Stato, che non può trovare legislatore al di sopra di lui. Anzi, lo Stato «non è sé stesso se non si distingue da ciò che non è lui. Ma gli *altri* stati divengono in tanto, come termine indispensabile della distinzione, un momento della sua stessa vita. La sua vita è insieme vita degli altri stati, e viceversa: egli è in relazione a loro, e loro sono in relazione a lui. Or questa relazione – che è un riconoscimento reciproco di personalità – è né più né meno che diritto»<sup>79</sup>. Il diritto

---

<sup>78</sup> Ivi, p. 151.

<sup>79</sup> Ivi, p. 164.

internazionale si trova, quindi, non solo ad essere ammesso nella sua concretezza, ma viene ad essere considerato elemento essenziale per la vita dello Stato e, quindi, per la vita del diritto. Potremmo, quindi, affermare che, in Maggiore, il diritto internazionale gode, nella sua forza associativa, del rango di fonte primaria del diritto. Occorre, tuttavia, distinguere e giungere alla piena comprensione dell'argomentazione. Esattamente come avviene per l'individuo, non è lo Stato che pone il diritto internazionale: «la volontà empirica di uno stato – come organismo storicamente determinato, può credere di porre lei, di suo arbitrio, con questo o quel trattato positivo, la esistenza degli altri stati. Grama illusione!». Ma, la volontà di uno Stato determinato non è se non l'astrazione dal processo che pone lo Stato. «Se dallo stato positivo noi risaliamo all'attività che lo pone, troviamo che quest'attività, in quanto processo, pone la comunità degli altri stati. Che questa comunità sia organizzata storicamente come anfizionia, lega, sant'alleanza, società delle nazioni, tribunale internazionale, è questione secondaria»<sup>80</sup>. Sopra lo Stato è, dunque, posta una volontà superiore, una forza associativa che è prima della volontà statuale e che pone lo e gli stati, ponendo se stessa come il vero soggetto del diritto. «In fondo anche questa è la soluzione dello Hegel, quando al di sopra degli stati ammette una terza potenza, che è lo spirito»<sup>81</sup>. Il ritorno alla formulazione hegeliana segna un momento di distacco non secondario non solo dall'attualismo giuridico, ma dall'intera formulazione dell'attualismo gentiliano. La storia del mondo, posta al di sopra degli stati, faceva parte di quei residui di trascendenza che Gentile aveva criticato in *Il metodo dell'immanenza* e avrebbe criticato ancora nella conferenza sul concetto dello Stato in Hegel che avrebbe pronunciato al congresso hegeliano di Berlino (1931) e avrebbe inserito nell'ultima edizione dei *Fondamenti*, per chiarire alcuni punti oscuri che l'assenza dello Stato aveva creato nella prima edizione.

---

<sup>80</sup> Ivi, pp. 164-165.

<sup>81</sup> Ivi, p. 165.

## La critica all'attualismo

Maggiore giunge, dunque, all'abbandono dell'attualismo. Le motivazioni che lo portarono a questa scelta sono in parte elencate nella sua autobiografia postuma, e riguardano il ritorno al cattolicesimo dell'infanzia. Il *vulnus* dell'attualismo viene rintracciato nel panlogismo che riduce non solo la natura, ma Dio stesso al pensiero. «Come tutto ciò può soddisfare un credente? A furia di risolvere tutto nel pensiero, nell'uomo, nella storia, si finisce per cadere nell'antropolatria, nel negare l'essere, l'al di là, l'infinità e superumanità di Dio, la vita ultraterrena. Il credente non può far senza di un Dio personale e di un'anima personale, la quale, compiuto che sia il viaggio terreno, inizia una sua vita seconda ed eterna»<sup>82</sup>. Tuttavia questo è sufficiente solo in parte a dare contezza dell'abbandono della filosofia attualista. Abbiamo osservato come la filosofia di Maggiore sia da sempre più attenta a tematiche tipiche dell'operare pratico del giure di quanto non sia quella di Gentile. In Maggiore un elemento di trascendenza che consente il riconoscimento di un soggetto sovrano è presente fin dalle origini, come pure una distinzione, se non approfondita, almeno sentita, dell'ambito giuridico da quello morale. L'elemento di distacco forse più evidente è, però, la presenza non solo ammessa, ma rivendicata come centrale per la vita stessa dell'atto giuridico, della condizione di alterità. Contrariamente a quanto avviene in Gentile, che, fino all'ultima formulazione contenuta in *Genesi e struttura della società*, non vede nell'altro se non una proiezione dell'io – posizione contrastata da Maggiore sin dagli anni venti – in Maggiore, all'altro è da sempre assegnata esistenza concreta, e la società può dirsi *in interiore homine* solo perché è anche *inter homines*, e gli uomini costituiscono un unico dal punto di vista spirituale in virtù della forza associativa che li stringe. L'accento posto sulla dimensione intersoggettiva, e sull'esistenza della società *inter homines* prima che *in interiore homine*, più che una differenza di sfumatura rispetto alla conduzione gentiliana del tema, è un radicale ribaltamento del punto di vista: abbiamo osservato, infatti, come in Gentile la società potesse dirsi *inter homines* solo perché prima *in interiore*

---

<sup>82</sup> G. Maggiore, *Vita di nessuno*, cit., p. 241.

*homine*. Il primato assegnato dal filosofo di Castelvetro all'io è qui trasformato e assegnato alla società come momento intersoggettivo, prodotto da una pluralità di io.

È, dunque, sulla scorta di queste premesse che Maggiore giunse, all'indomani del termine del secondo conflitto mondiale a scrivere l'articolo *Il problema del diritto nel pensiero di Giovanni Gentile*<sup>83</sup>. Certo non si può del tutto escludere che Maggiore fosse interessato a criticare la filosofia gentiliana anche a causa degli esiti infausti della guerra, tuttavia l'ipotesi di una sorta di "opportunismo intellettuale" deve essere fortemente ridimensionata. Maggiore subì, è vero, il fascino della filosofia gentiliana, ma nel suo ambito si mosse sempre con una certa autonomia, giungendo a conclusioni spesso contrastanti, se non opposte, a quelle di Gentile. Quella di Maggiore va, pertanto, considerata una parabola che passa per l'attualismo venendo da un hegelismo di matrice spaventiana, più che la storia di uno studioso formatosi in seno a questa scuola filosofica. Nell'attualismo Maggiore aveva cercato la soluzione ai problemi posti dalla vita giuridica e dal contrapporsi insanabile della scuola classica e della scuola positiva. Non essendo riuscito a trovare soluzioni adeguate era naturale che ne uscisse, tenendo con sé ciò che di buono aveva raccolto, e tralasciando ciò che invece non riusciva utile alla formulazione di una filosofia del diritto.

Come filosofo, Maggiore fu, se così si può dire nel seno di una filosofia che nega lo specialismo, più "specialista" di Gentile, non raggiunse le vette teoretiche del contreraneo ma, forse proprio per questo, fu più addentro al problema specifico che si poneva. In questo senso è indicativo che Maggiore cominci l'articolo citato sottolineando il carattere episodico dell'interessamento di Gentile al diritto: «è probabile che il Gentile non si sia affacciato *ex professo* al problema del diritto prima del biennio 1915-1916, in cui tenne, per incarico, l'insegnamento della filosofia del diritto nella facoltà di giurisprudenza dell'Ateneo pisano». Avendo tentato di rintracciare le radici dell'interessamento di Gentile al problema giuridico in testi più antichi, accettiamo questa visione solo con riserva. Il punto veramente cruciale è, però, che «il Gentile fu e rimase essenzialmente un teoreta. Il suo fermo ancoraggio

---

<sup>83</sup> G. Maggiore, *Il problema del diritto nel pensiero di Giovanni Gentile*, in "Giornale critico della filosofia italiana", XXVI, 1947, pp. 189-202.

al principio della circolarità di filosofia e storia lo portava infatti, e quasi fatalmente, a concepire la storia della filosofia come la filosofia stessa nel suo divenire»<sup>84</sup>. Maggiore si affretta a specificare che l'attenzione prestata ai problemi universali non toglieva a Gentile ogni curiosità per i particolari, ma è evidente come la tendenza del filosofo di Castelvetro all'universale e, segnatamente, all'unità e unicità dell'atto dello spirito, costituiscono ormai agli occhi di Maggiore un grave limite alla sua filosofia del diritto. È l'assolutezza dell'atto, l'assoluta logicità della filosofia gentiliana a risultare, in fin dei conti, insufficiente, se non intollerabile, a Maggiore: «l'assolutismo, l'autocrazia del pensiero può apparire, alla prima, come un'ipotesi tentante e affascinante. L'idea di un pensiero che tutto pone e nulla presuppone, che genera il mondo in forza della sua intima dialettica, come il ragno secerne da sé la sua tela, si presenta quale un *ubi consistam* incrollabile, poiché di tutto si può dubitare, salvo dello stesso pensiero che dubita».

E tuttavia, proprio in questa assoluta centralità o, meglio, nell'esclusione di tutto ciò che non sia pensiero sta il pericolo rappresentato dall'attualismo, in specie quando lo si applichi al diritto: «se non che per veleggiare sicuri in cotesto mare del pensiero, senza pericolo di naufragio, bisogna alleggerire la navicella del nostro ingegno di molte cose, che non sono inutile zavorra; anzi valori, di cui non ci sentiamo pronti a disfarcì»<sup>85</sup>. E di «inutili zavorre» Maggiore non si era mai voluto disfare, se, come abbiamo visto, anche nella fase di più stretta vicinanza all'attualismo gentiliano, non aveva saputo o potuto, rinunciare a principii che erano invece esclusi del tutto o relegati all'astratto nell'argomentazione di Gentile. Respingendo il soggetto empirico, ammettendo come unico soggetto l'assoluto, l'attualismo si dimostra incapace di dare contezza del problema penale, che risulta, in effetti uno dei più difficili da comprendere sia nell'opera di Gentile che in quelle più giovanili di Maggiore.

«il delinquente è tenuto a rendere conto del maleficio, in quanto ne è moralmente responsabile; e ne è responsabile in quanto è libero. Chi dice responsabilità (o imputabilità, che è la stessa cosa) dice libertà. E chi dice libertà dice

---

<sup>84</sup> Ivi, p. 189.

<sup>85</sup> Ivi, p. 197.

ancora *suità*, poiché nessuno può rispondere dell'atto che non sia *suo*»<sup>86</sup>. Ma se l'unico soggetto capace di agire è l'universale, va da se che non possano esserci imputati. Perdendo l'attività degli io empirici, riassorbita nell'attività dell'unico Io universale che si particularizza di volta in volta, l'attualismo dà l'impressione di fare come il cane «che lascia cadere il tozzo di pane dalla bocca, per addentarne l'immagine riflessa dalla volubilità delle onde»<sup>87</sup>.

Nulla sopravvive, dunque, dell'attualismo giuridico? E nulla ne rimane nel pensiero del Maggiore? Rispondere affermativamente a queste due domande sarebbe sbagliato. Dell'attualismo, del pensiero giuridico declinato da Gentile, rimane la parte più essenziale, sceverata dalle circonvoluzioni e dalle complessità in cui era costretta dalla prevalenza assegnata al rigore logico.

Una volta che il rigido monismo attualista si sia infranto e aperto a un'alterità che conosce più livelli (*socius*, Stato, diritto internazionale), rimane «la sua concezione del diritto come il *voluto*, ossia come l'oggettivazione e quasi la cristallizzazione del volere in una legge esteriore, rigida, cogente: la determinazione e giustificazione speculativa della legge come *ius positum*. E resterà al tempo stesso – contro tutte le teorie positivistiche e materialistiche – l'asseverazione della intrinseca moralità del diritto: lievito della sua perenne crisi e condizione del suo inarrestabile progresso»<sup>88</sup>. È questa la parte più essenziale dell'attualismo di Gentile, che, pur nelle differenze e nelle distanze, Maggiore continua a condividere.

---

<sup>86</sup> Ivi, p. 200. Si noti come, nella maturità dell'opera di Maggiore, i due termini responsabilità e imputabilità, di cui avevamo avvertito la difficoltà di una distinzione che poteva esserci solo a parole, finiscano per coincidere. Si cancella, peraltro, del tutto il problema derivante da quella che era stata definita imputabilità universale, rivendicando l'imputabilità solo per un atto compiuto dall'io, inteso ora e qui come io empirico. Non si cancella la necessità di un io assoluto, ma si riporta l'azione all'empirico.

<sup>87</sup> Ivi, p. 198.

<sup>88</sup> Ivi, p. 202.

## Ugo Spirito

Ugo Spirito nasce ad Arezzo il 9 settembre del 1896. Figlio di un ingegnere, Spirito si dichiara legato, attraverso l'esperienza paterna, alla Napoli di De Sanctis. Ricevuta al liceo un'educazione di carattere positivista, si iscrive alla facoltà romana di Giurisprudenza indirizzato, più che dall'interesse per la materia giuridica, dai problemi nervosi che lo affliggevano e che gli rendevano consigliabile una facoltà ritenuta semplice. Giungerà alla laurea in diritto civile ottenendo una votazione di soli due punti sopra il minimo, definita, dallo stesso Spirito, «mortificante»<sup>1</sup>.

L'esperienza presso la facoltà di giurisprudenza, ove «miei maestri furono i positivisti Maffeo Pantaleoni e Enrico Ferri. Ma positivisti erano anche quasi tutti gli altri professori della facoltà, sì che non avevo modo di ascoltare voci diverse che potessero in qualche modo aprirmi a esigenze diverse»<sup>2</sup>, è da considerare come la spinta decisiva verso la filosofia. Fu «l'insegnamento del Ferri, che dal diritto penale si estendeva all'antropologia criminale e alla sociologia criminale, quello che improvvisamente fece nascere nel mio animo la coscienza di antinomie insolubili alla luce della filosofia del positivismo»<sup>3</sup>. Spirito si rivolge, così, alla filosofia e all'idealismo per cercare il motivo profondo e la chiave di lettura di quelle questioni morali che restavano insolute e insolubili con lo sguardo del positivista.

Tuttavia, proprio la giovanile frequentazione col positivismo e con personaggi che della "scuola positiva" erano stati gli animatori e gli ispiratori, segna la cifra del particolare rapporto che lega Ugo Spirito all'antropologia e alla sociologia criminale. La comprensione spiritiana delle esigenze del positivismo è più profonda, più consapevole che negli autori oggetto di questo lavoro. In lui non si tratta della negazione di una scienza che vuole conoscere il concreto muovendo dall'astratto,

---

<sup>1</sup> «Giunsi alla laurea nelle feste natalizie del 1918, dopo la fine della guerra. E fu una laurea mortificante, in diritto civile, su *I doveri inerenti al diritto di patria potestà*. Ebbi la votazione di 82 su 100. I due voti, oltre gli ottanta, mi furono dati da Enrico Ferri. Era una laurea mortificante, alla fine della guerra, durante le vacanze di Natale, nell'atmosfera di una diffusa generosità generata dagli eventi. Ed io avvertii il colpo in maniera evidente. Era una laurea che non aveva alcun significato, né poteva indicare un qualunque avvenire. Dovevo assolutamente andare avanti. Ma come?» (U. Spirito, *Memorie di un incosciente*, Rusconi, Milano 1977, p. 33).

<sup>2</sup> U. Spirito, *Storia della mia ricerca*, Sansoni, Firenze 1971, p. 20.

<sup>3</sup> Ivi, p. 21.



quanto piuttosto della necessità di uno sviluppo, del raggiungimento di una maggiore consapevolezza delle istanze stesse che, in forma embrionale e a tratti inconsapevole, erano già presenti nei motivi cardine della scuola positiva.

È, quindi, «per dare un fondamento più sicuro ai miei studi di diritto penale e di economia politica» che Spirito si iscrive, subito dopo la laurea in giurisprudenza, alla facoltà di filosofia. «Il nuovo orientamento idealistico, del quale mi ero informato attraverso l'insegnamento di Giovanni Gentile, mi dava la certezza di poter riprendere con chiara consapevolezza i problemi incontrati e non risolti sul piano dell'analisi giuridica»<sup>4</sup>. È senz'altro rilevante, ai fini dell'analisi, notare come queste righe siano state scritte da uno Spirito già maturo, giunto quasi alla fine del suo percorso intellettuale e mondano e già passato, quindi, attraverso l'abbandono dell'attualismo. Tuttavia, non si può fare a meno di scorgere due punti salienti nella causa scatenante del suo rivolgersi alla filosofia. Il primo è la centralità che la problematica giuridica assume nella motivazione: è la necessità di giungere a una più profonda comprensione del problema giuridico che spinge il giovane Spirito a farsi filosofo. In effetti, bisogna convenire con Antonio Russo nel sostenere che, sebbene la produzione di carattere più strettamente giuridico e filosofico-giuridico del nostro si concentri nel decennio che va dal 1923 al 1932, il problema del *jus*, permea tutta la filosofia di Spirito<sup>5</sup>. D'altro canto, è rilevante notare come non ci sia nelle parole di Spirito traccia di una cesura netta tra positivismo e filosofia idealistica, quanto piuttosto la messa in luce di un percorso che si snoda attraverso i due momenti. Giovanni Dessì nota come Spirito affermi di aver vissuto la sua fede nel positivismo durante il periodo della prima guerra mondiale, ma altrettanto come «evidentemente si trattava di un positivismo al quale si affiancavano le suggestioni di quel clima culturale diffuso in Italia negli anni precedenti la grande guerra», e come «se Spirito si riteneva positivista per la sostanziale accettazione della prospettiva che i propri docenti universitari proponevano, d'altra parte egli viveva in un contesto culturale e politico determinato da tutt'altre istanze. Il neoidealismo di Croce e Gentile, le riviste come il "Leonardo", la "Voce", "Lacerba", il futurismo e il nazionalismo italiano, il

---

<sup>4</sup> Ivi, p. 133.

<sup>5</sup> Cfr. A. Russo, *Ugo Spirito: dal positivismo all'antisicenza*, Guerini, Milano 1999, p. 56.

sindacalismo rivoluzionario, erano diverse espressioni di una cultura che affermava il primato della vita contro l'astrazione, dello spirito contro la materia»<sup>6</sup>. Sebbene lo stesso Spirito si spinga fino a parlare di una funzione "terapeutica" dell'idealismo attuale, capace di sostituire la libertà al rigido determinismo in cui restava confinata la concezione positivista, sembra a noi potersi affermare che le critiche alla scuola positiva espresse soprattutto nella fase giovanile e di maggiore adesione all'attualismo dell'autore, più che costituire la negazione delle origini positiviste, si delineino come il momento veramente dialettico e necessario per giungere alla (ri) scoperta delle esigenze fondamentali di progresso nell'analisi del delitto e del delinquente di cui la stessa scuola si faceva portavoce.

Il pensiero e l'opera di un autore vanno guardati nel suo complesso. È questo che ci ricorda l'autore nella sua autobiografia filosofica. Spirito scrisse la sua *Storia del diritto penale italiano* nel «momento della mia massima adesione all'attualismo e si attenderebbe un atteggiamento decisamente critico nei confronti di una concezione [quella positivista] fondata su presupposti metafisici radicalmente opposti. Ma i problemi lungamente maturati nell'analisi dei fenomeni della delinquenza non consentivano l'abbandono di certe conclusioni faticosamente conquistate»<sup>7</sup>. Se da un lato si dichiara, per convinzione filosofica, idealista e attualista, Spirito permane, dunque, sul piano dell'operare giuridico, nel non rigettare, anzi, nel considerare cariche di validità, per quanto viziate dall'empirismo e da una visione scientifica scorretta le tesi di base della scuola positiva. «Il mio consenso, sia pure con le riserve dettate dalla fede idealistica, era sostanzialmente esplicito». Ma come si può conciliare la fede e l'adesione all'idealismo attualista con il permanere nella considerazione di validità e col consenso alle tesi positive? La risposta era stata già fornita dall'autore nella *Storia del diritto penale* e qui riportata: «se si guarda al positivismo opponendolo astrattamente all'idealismo posteriore ci si preclude la via ad ogni possibile comprensione del passaggio dall'uno all'altro. Parlare di semplice reazione, e ridurre quindi il positivismo a pura negatività dialettica dell'idealismo, significa negare il concetto di sviluppo e svalutare lo stesso idealismo».

---

<sup>6</sup> G. Dessì, *Ugo Spirito. Filosofia e rivoluzione*, Luni Editrice, Milano-Trento 1999, p. 20.

<sup>7</sup> U. Spirito, *Storia della mia ricerca*, cit., pp. 135-136.

Sembrerebbe, quindi, essere una necessità idealistica a spingere Spirito a non negare, opponendogli manicheamente l'idealismo, i risultati raggiunti dalla scuola positiva. Se, però, si tiene conto che il positivismo «è affermazione di concretezza e di storicismo»<sup>8</sup>, la rivalutazione del positivismo assume dei toni che non possono ridurla a una formale restituzione di valore storico-dialettico, ma che coinvolgono il contenuto stesso delle sue dottrine.

Se si aggiunge che «Il positivismo è stato [...], il vero motore del secolo rivoluzionario, ed è andato molto oltre la definizione storica. L'antipositivismo è potuto sembrare un movimento critico di distacco e di abbandono, ma, in realtà, non ha potuto incidere che molto superficialmente nello svolgimento delle scienze sociali. Eravamo tutti positivisti, ma lo siamo ancora per tanta parte delle nostre convinzioni. E quando, poi, la critica idealistica ha raggiunto le radici più profonde della metafisica positivista, l'opposizione è potuta apparire totale, ma certe esigenze fondamentali sono continuate o sono rinate attraverso nuove finalità»<sup>9</sup>. Il quadro di uno Spirito che, pur attraverso la parentesi attualista, conservi l'iniziale fede nel positivismo sembra più chiaro.

Pure, l'influenza dell'attualismo e della lezione di Gentile sull'opera di Ugo Spirito non va sottovalutata o ridotta a una parentesi che si chiuda con la fine, resa esplicita nel 1937 con la pubblicazione de *La vita come ricerca*, del periodo di maggiore infatuazione per il filosofo siciliano<sup>10</sup>. «Studente della facoltà di giurisprudenza e studioso di diritto penale e di economia politica, cercavo nella filosofia quei fondamenti speculativi di tali discipline che non avevo trovato nei libri dei giuristi e degli economisti. Gentile mi apersero improvvisamente nuovi orizzonti e

---

<sup>8</sup> Ivi, p. 137.

<sup>9</sup> U. Spirito, *Memorie di un incosciente*, cit., p. 14.

<sup>10</sup> Marcello Mustè ricostruisce le fasi del pensiero di Ugo Spirito, ricollegando in parte il passaggio dal positivismo all'attualismo anche alla perdita della fede religiosa e alla ricerca di una nuova fede e non mancando di mettere in luce la profonda influenza intellettuale e umana che l'incontro con Gentile ebbe sul giovane Spirito. Per quanto riguarda il superamento dell'attualismo che «rifiutato come teoria e come sistema, assumeva l'aspetto, antidogmatico e antinomico, del *dubbio*: e questa forza corrosiva del *ma* e del *non so* costituiva l'essenza della modernità, intesa come critica di ogni mito e di ogni dogma», Mustè ne rintraccia le origini non nel libro del 1937, ma già negli scritti del 1929-1933 coincidenti, in massima parte, col periodo dei *Nuovi studi di diritto economia e politica* (cfr. M. Mustè, *La filosofia dell'idealismo italiano*, Carocci, Roma 2008, pp. 126-129). Per quel che riguarda la vicenda specifica de *La vita come ricerca*, è poi interessante osservare l'aspra recensione che Gentile ne fece fare da Cantimori sulle pagine del "Giornale critico", accompagnandola con una

dopo poche lezioni una trasformazione radicale cominciò a determinarsi nel mio modo di pensare e di concepire la vita. Educato da anni al positivismo e alunno di Enrico Ferri e di Maffeo Pantaleoni, mi accorsi subito dei limiti di una metafisica che – pur rispondendo a esigenze profonde e imprensindibili – troppo facilmente rivelava la superficialità dei suoi presupposti e dei suoi principi informatori»<sup>11</sup>. Quello tra attualismo e positivismo rimane, quindi, in Spirito, un rapporto in bilico, oscillante tra la necessità di negare il *modus operandi* della scuola positiva e quella altrettanto, se non più, forte di salvare le novità a cui la stessa scuola positiva era giunta.

Gentile è lo scopritore e, in un certo senso, il “padre” filosofico di Ugo Spirito, dopo il primo esame, sulla *Critica della ragione pura*, Gentile chiama Spirito a collaborare come segretario al nascente “Giornale critico della filosofia italiana”, era il giugno del 1919. La laurea in filosofia arriva un anno dopo, con lode e dignità di pubblicazione<sup>12</sup>. Il distacco dall’attualismo comincia, invece, con l’inizio della pubblicazione dei “Nuovi studi di diritto, economia e politica” di cui Spirito sarà condirettore insieme ad Arnaldo Volpicelli per tutta la durata della rivista (1927-1935), e in cui si comincia ad accennare il rapporto di identità intercorrente tra scienza e filosofia. È, però, con la pubblicazione de *La vita come ricerca* che il distacco giunge a maturità e che Gentile si spinge fino a parlare di uno Spirito «non più mio», all’indomani della pubblicazione de *La vita come arte*<sup>13</sup>.

Le divergenze filosofiche non scalfiscono, tuttavia, il legame umano che intercorreva tra Gentile, il maestro, e Spirito, l’allievo. La profondità e la devozione di tale rapporto emerge chiaramente dalla lettera con cui Spirito si rivolge a Croce<sup>14</sup>

---

sua nota in cui il libro di Spirito viene definito «fondamentalmente sbagliato» (si veda, D. Cantimori, *La vita come ricerca*, in “Giornale critico della filosofia italiana”, XVIII, 1937, pp. 356-370). Altrettanto interessante – vi ritorneremo nel capitolo dedicato a Calogero – è notare come Gentile sconsigliasse Calogero dal rivolgersi a Spirito nel suo *La conclusione della filosofia del conoscere* (cfr. *infra*, p. 170, nota 8). Gennaro Sasso ha notato come, ad irritare Gentile, fu «non tanto il dissenso filosofico, quanto invece il compiacimento con il quale il dubbio e la disperazione vi erano, al di qua di ogni austero controllo, esibiti come il carattere stesso dei tempi [...]. Perché anche in lui da tempo forse il dubbio si era insinuato con forza insidiosa, al libro di Spirito, che pretendeva di farne il principio stesso della realtà, aveva dato una replica così insolitamente ferma e fin drammatica» (G. Sasso, *Filosofia e idealismo. II. Giovanni Gentile*, Bibliopolis, Napoli 1995, pp. 627-629).

<sup>11</sup> U. Spirito, *Giovanni Gentile*, Sansoni, Firenze 1969, p. 7.

<sup>12</sup> Cfr. U. Spirito, *Memorie di un incosciente*, cit., pp. 34-36.

<sup>13</sup> Cfr. U. Spirito, *Giovanni Gentile*, cit. p. 8.

<sup>14</sup> U. Spirito, *Gentile e Croce*, cit.

per chiedere il permesso alla pubblicazione dell'epistolario tra lui e Gentile. E risulta ancor più evidente dalla valutazione di Spirito del suo legame con l'attualismo formulato nel ventennale dalla morte di Gentile. «La mia persona è congiunta a quella del Gentile in una forma eccezionale e inconfondibile, destinata a dare una luce e un tono peculiari alla mia trattazione. All'attualismo, infatti, sono legato non soltanto con un rapporto di indole speculativa e culturale, ma legato come può essere la vita di un uomo a quella di un altro uomo, sì che il mio dire affonderà le proprie radici in una zona sentimentale, che è in qualche modo la stessa zona sentimentale che il Gentile considerava come la radice del pensiero»<sup>15</sup>. Se la portata teorica del rapporto con l'attualismo esce, in certa misura, diminuita dagli accenti usati da Spirito, altrettanto rafforzato ne esce il rapporto col Gentile uomo e maestro, che era stato capace di dare al positivista Spirito un altro modo di osservare la realtà. Nell'idealismo, Spirito cercava l'identificazione di scienza e filosofia, un'identificazione che non poteva trovare e che lo spingerà ad allontanarsene. E, tuttavia, proprio in Gentile trova le basi del problema. Se «in un mondo come quello di oggi tutto informato alla scienza e alla tecnica [...], il neoidealismo è superato e diventato ormai definitivamente anacronistico»<sup>16</sup>, è però altrettanto vero che il passaggio attraverso il neoidealismo era momento imprescindibile per giungere al suo superamento, e non bisogna pensare che il distacco sia indolore.

### ***La Storia del diritto penale italiano***

È con la *Storia del diritto penale italiano*, pubblicata nel 1925 presso l'editore De Alberti di Roma, in due volumi, quasi a sottolineare la cesura intercorrente tra scuola classica e positiva, che Spirito inizia la sua trattazione filosofica del problema giuridico. Prima che la dettagliata storia delle dottrine che si dipana attraverso il testo, a spingere alla riflessione deve essere la struttura stessa del libro. Si delinea, attraverso l'analisi, una filosofia della storia che, muovendo dall'opera di Cesare Beccaria, giunge al suo compimento nell'idealismo attuale.

---

<sup>15</sup> U. Spirito, *Giovanni Gentile*, cit., p. 189.

<sup>16</sup> Ivi, p. 229.

È la convinzione del primato italiano nella scienza del diritto criminale, che origina «dalla metà del secolo XVIII in poi» ad apparire come il motivo ispiratore per la scrittura, motivo in cui non mancano toni “politici”: «oggi che l’Italia va acquistando quella coscienza di sé che troppo tempo le è mancata: ora che proprio per l’acquisto di tale coscienza l’Italia sta rifacendo la sua storia e valorizzando la propria cultura, è tempo di procedere a una rivalutazione critica della storia del diritto penale italiano e ad una soluzione più moderna, e più rispondente allo sviluppo del nostro pensiero filosofico di quest’ultimo ventennio, dei problemi fondamentali del diritto penale»<sup>17</sup>. E, tuttavia, nonostante il riconoscimento della rilevanza della scuola italiana per gli studi di diritto criminale, Spirito prosegue evidenziando come, tanto la scuola classica quanto la positiva si siano sostanzialmente attestate su posizioni filosofiche che poco o nulla avevano a che fare con la tradizione italiana: illuminista la prima, positivista la seconda<sup>18</sup>. «A questa accettazione quasi del tutto passiva, e perciò affatto irriflessa, delle concezioni filosofiche a cui si sono ispirati i nostri studi di diritto penale, è dovuta non solo una diminuzione di originalità dei risultati a cui si è pervenuto – risultati per altri riguardi di grandissima e fondamentale importanza – ma anche la loro debolezza costitutiva dal punto di vista speculativo». Occorre, quindi, «porre nuovi fondamenti ad una scienza del diritto penale, che, adeguandosi ai risultati del nostro pensiero filosofico, possa dirsi con sempre maggior diritto veramente italiana»<sup>19</sup>. È questo un chiaro intento programmatico, più che l’ovvia premessa di “cortesia”, in anni in cui la rivendicazione dell’*italianità* costituiva un punto imprescindibile della politica non solo culturale del paese e lo zoccolo duro dell’ala politica in cui il giovane Spirito si trovava, per convinzione, a militare. Tuttavia, e dovrebbe apparire ovvio, non è questo il punto cruciale della critica. L’intento scientifico è quello dell’oltrepassamento dell’astratta contrapposizione delle due scuole in una sintesi che possa dare nuova vita ai principii dell’una e dell’altra.

---

<sup>17</sup> U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano. Vol. I. Da Beccaria a Carrara*, De Alberti, Roma 1925, pp. 7-8.

<sup>18</sup> Cfr. *Supra*, pp. 7-9.

<sup>19</sup> U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano. Vol. I, cit.*, pp. 8-9.

L'opposizione tra le due scuole rimane estrinseca e inessenziale, incapace di cogliere i motivi profondi che animavano i contendenti e, perciò, inutile alla costruzione di una formulazione più completa del diritto penale. «Il positivismo non ha saputo far altro che ripetere fino alla noia che la scuola classica ha guardato al delitto senza guardare al delinquente, all'ente giuridico e non al fatto, e ha opposto la concretezza dei propri metodi all'astrattezza di un puro diritto [...]. D'altra parte i seguaci della scuola classica, nella loro polemica contro i positivisti, o si sono trastullati su più o meno vuote discussioni sul concetto di diritto e di ente giuridico, o hanno bizantineggiato sui rapporti tra diritto e sociologia, o hanno sciolto inni retorici al libero arbitrio (!) contro l'immoralità del determinismo»<sup>20</sup>. La così detta terza scuola, che scaturisce dal caotico opporsi di classicisti e positivisti, si limita a rappresentare lo smarrimento dei principii fondamentali delle due scuole.

Per comprendere il contrasto tra le due scuole occorre, quindi, considerare i caratteri essenziali delle opposte dottrine. La scuola classica vive di «una razionalità al di fuori e al di sopra della storia»<sup>21</sup>, tesa com'è alla ricerca di un diritto ideale e, perciò, permane in un'astratta considerazione tanto della tematica giuridica, quanto del fenomeno delittuoso. Il delitto si fissa, così, nella sua semplice caratteristica di infrazione di una norma, permettendo, sì, una facile distinzione tra lecito e illecito, ma limitandosi nell'analisi all'azione delittuosa a causa della rinuncia implicita tanto alla comprensione profonda dei motivi che la causano, quanto alla connessione del delitto e, perciò del delinquente, con le cause sociali, culturali e storiche che lo determinano. È un'esteriorità quella che caratterizza il modo di procedere della scuola classica: il delinquente è semplicemente colui che, violando la norma, si pone da se stesso al di fuori del consesso sociale e civile.

All'opposto, la scuola positiva «guarda al delitto nella sua attualità concreta», spingendo l'analisi oltre il singolo fenomeno di violazione, indagando le condizioni in cui è avvenuto, spingendosi fino a investigare la personalità del delinquente: «allo studio del delitto [...], si sostituisce quello del delinquente»<sup>22</sup>. È qui che emerge con

---

<sup>20</sup> Ivi, pp. 10-11.

<sup>21</sup> Ivi, p. 18.

<sup>22</sup> Ivi, p. 20.

chiarezza la predilezione di Spirito per la scuola positiva: la necessità di «non ridurre il delitto ad una astratta obiettività per cui si prescinda dalla sua particolare individuazione storica, ma di considerare il delinquente, ossia il delitto nel suo concreto carattere soggettivo in riferimento alla coscienza di colui che l'ha compiuto», rappresenta la «esigenza attualistica» in cui «è il maggior merito della scuola positiva e il suo valore indiscutibile»<sup>23</sup>.

Manca, tuttavia, alla scuola positiva, la comprensione concreta della portata spirituale di quest'esigenza, interpretata, per la filosofia stessa a cui si ispira, in modo affatto naturalistico. «Delitto e delinquente sono visti in relazione a tutto il mondo in cui essi si realizzano, e acquistano quindi una concretezza maggiore che non per tutta la scuola classica, ma tutto questo mondo, poi, in cui essi hanno la loro realtà, tutto il mondo della società umana – e perciò lo stesso delitto e lo stesso delinquente – non è che un mondo puramente naturale da osservarsi dal di fuori come un semplice meccanismo»<sup>24</sup>. In questo modo, l'istanza attualistica correttamente scorta dal positivismo viene ad essere immediatamente negata. Considerato come elemento naturale, il delinquente viene perciò stesso ridotto a fatto, e lo studio del reo si riduce da indagine del processo spirituale che lo ha portato a compiere l'azione delittuosa a studio del *fatto* delinquente. «Alla considerazione viva e reale, perciò, del delitto e del delinquente, e in generale di tutta la vita sociale, si sostituisce un'analisi puramente empirica delle azioni umane e si perde così di vista, nella determinazione di una serie molteplice di fatti, l'unità del processo spirituale»<sup>25</sup>. Sottrarre all'analisi il valore storico della vita, per ridurla a un'analisi sociologica, significa sottrarre allo studio la vita stessa, da ciò consegue la perdita di forza e di valore delle indagini compiute in seno al positivismo. Osservato dal di fuori, l'uomo non può apparire altro che natura, ma la sottrazione dell'essenza spirituale che si può scorgere solo nel processo. La conseguenza diretta è l'eliminazione di ogni carattere morale nel giudizio non solo del delitto, ma del delinquente stesso, con le conseguenze che ne derivano anche per la determinazione della funzione della pena.

---

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Ivi, p. 21.

<sup>25</sup> Ivi, pp. 21-22.



La scuola positiva si rivela, così, scuola di immoralità. «Il delinquente non è più il malfattore che deve rispondere della sua malvagità, ma piuttosto il disgraziato che deve essere curato di un'anormalità di cui non è responsabile». «il delinquente, quindi, anziché esser trattato da un punto di vista amorale, è trattato proprio immoralmente. E la pena, perciò, che per la scuola positiva ha il solo carattere di difesa sociale, non solo non è pedagogica, ma è antipedagogica». «E il delinquente stesso così, vedendosi esaminare come un anormale e vedendo cercare la ragione del suo delitto nella sua conformazione cranica, nei suoi dati antropologici, fisiologici, ereditari, etc., finisce in ultimo col persuadersi anche lui di essere un disgraziato irresponsabile, e smarrisce, nel pregiudizio di un tragico fatalismo, la sua coscienza morale, soffocando ogni rimorso e inibendosi la via della riabilitazione»<sup>26</sup>. C'è, in questi passi, qualcosa di più dell'embrionale enunciazione del fine pedagogico della pena, e del ruolo del giudice come educatore: c'è l'enunciazione di un rapporto identitario e bidirezionale tra pedagogia e morale che annulla la distanza e l'opposizione tra me e gli altri<sup>27</sup>. È la sottrazione del valore morale al delitto che fa sì che la pena non possa avere carattere pedagogico, ma è la stessa sottrazione di questo carattere che rende la pena immorale.

È un identico *vulnus* a rendere non più perseguibili le metodologie e gli intenti delle due scuole: il naturalismo. Se il naturalismo della scuola positiva è evidente nella considerazione stessa del delinquente come fenomeno naturale, quello della scuola classica va, invece, ricercato nella pretesa fondazione naturale del diritto e nella prosecuzione di un giusnaturalismo insufficiente a dare contezza concreta del *jus*. «Attraverso le esigenze delle due scuole e le relative insufficienze, si delinea così il compito di una rielaborazione del diritto penale su basi di maggior concretezza»<sup>28</sup>. È, quindi, essenziale riportare l'analisi del delitto e della normazione penale alla sua attualità storica, riconducendo il diritto alla sua origine etica. È qui che l'influenza gentiliana si fa particolarmente evidente: le parole con cui Spirito riconduce il diritto alla sua origine morale ricalcano, più che riecheggiare, quelle usate da Gentile nei

---

<sup>26</sup> Ivi, pp. 24-25.

<sup>27</sup> Cfr. U. Spirito, *Giovanni Gentile*, cit., p. 33

<sup>28</sup> U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano. Vol. I*, cit., p. 26.

*Fondamenti della filosofia del diritto.* «Ora per precisare il concetto di diritto occorre considerare la dialettica propria di ogni processo spirituale nella duplicità dei suoi momenti di fatto e fare, di astratto e concreto, di voluto e di volere». Qui, però, il discorso sembra discostarsi da quello del filosofo siciliano: in cerca dell'unità, ma meno ossessionato dall'*uno*, Spirito evidenzia subito il dualismo intercorrente tra diritto e morale: «nell'ambito di questo processo dialettico noi possiamo appunto determinare il dualismo di diritto e di morale: dualismo in cui il diritto rappresenta il momento astratto del processo etico concreto, e nel processo si risolve acquistando a sua volta la propria concretezza. Concretezza che non consiste nell'annullarsi come diritto, ché altrimenti si annullerebbe lo stesso dualismo dialettico e quindi la possibilità del processo, ma consiste proprio nel vivere come diritto, vale a dire nell'essenza stessa del momento astratto che rappresenta»<sup>29</sup>. Il diritto, quindi, scaturito da un atto morale e in perenne tensione dialettica col momento etico, si trova, a differenza che in Gentile, ove rappresentava il momento della pura astrazione, ad avere vita concreta come diritto in sé, non solo in quanto riassorbito nell'atto morale<sup>30</sup>.

Bisogna tuttavia rilevare come, alla scaturigine morale e al carattere primariamente etico del diritto penale, si debba la determinazione della pena. Tornando su questo punto a quanto sostenuto dalla scuola classica, Spirito rivendica l'immanenza della pena al concetto stesso di diritto ed evidenzia come, in quest'ottica, la pena assuma, in quanto etica, un fondamentale ruolo pedagogico, che prende radicalmente le distanze dal ruolo curativo assegnatole nella scuola positiva. Visto il diritto come una realtà etica, il ruolo della pena non potrà che essere quello di promuovere lo sviluppo morale della coscienza del reo: «difendere il diritto non può significare che difenderlo là ove esso solo può realizzarsi e cioè nella coscienza umana. Punire significa instaurare nella coscienza del reo un livello spirituale superiore, renderlo consapevole del suo errore, fargli riconoscere la superiorità del

---

<sup>29</sup> Ivi, p. 28.

<sup>30</sup> Si è già avuto modo di osservare come Gentile identifichi completamente l'ambito giuridico con quello morale e come il diritto, scaturito da un atto morale, si ritraduca in atto morale quando viene richiamato e attualizzato nella sua applicazione. Cfr. *Supra*, pp. 45-48.

diritto da lui violato»<sup>31</sup>. Il significato della pena è, dunque, nella redenzione del reo, «ma educazione, e quindi anche punizione, è sinonimo di realtà umana nella sua universalità: universalità della quale vivono il diritto e la pena giuridica: tuttavia appunto perché il diritto ha una propria determinazione nel campo della realtà etica, la pena giuridica non potrà che essere educazione entro quella particolare determinazione della realtà che è il diritto»<sup>32</sup>. L'intento che muove Spirito non è solo teorico: la radicale trasformazione della base filosofica su cui improntare il diritto penale è anche, almeno in parte, indirizzata verso le discussioni che in quegli anni riguardavano il Codice Penale italiano e che si sarebbero tradotte nella riforma della legislazione penale affidata ad Alfredo Rocco. Discutere del valore delle due scuole e individuarne la sintesi nell'idealismo attuale significa quindi, in parte, cercare di indirizzare il percorso delle riforme legislative italiane.

Iniziando la trattazione storica, Spirito evidenzia come l'opera di Beccaria, più che il parto di una mente geniale, sia il frutto dello spirito del suo tempo. Nato in seno al cenacolo creatosi intorno al *Caffè* dei fratelli Verri, il *Dei delitti e delle pene* riflette il modo di pensare dell'intelligenza milanese – ed europea – della seconda metà del '700, sottolineando come, tanto la scuola classica, quanto quella positiva, affondano nell'illuminismo, ove «spesso s'intrecciano e si confondono portando a degli iati e a delle contraddizioni a prima vista ingiustificabili. Due correnti che trovano la loro ragion d'essere negli antecedenti storici del pensiero del secolo XVIII quale esso si determina specialmente in Francia, e si riportano l'una al razionalismo cartesiano, l'altra all'empirismo e al sensismo di origine inglese»<sup>33</sup>. L'opera di Beccaria rappresenta una rivoluzione tracciando per prima l'esigenza di una scienza del diritto penale. Rivoluzione, però, che si iscrive nel seno del più ampio cambio di prospettiva del pensiero e dell'uomo nel secolo dei lumi. L'importanza dell'opera di Beccaria, che «diviene quasi il fondamento imprescindibile per la giusta comprensione dei penalisti posteriori»<sup>34</sup>, non viene messa in discussione, a essere invece messa in dubbio è la paternità stessa dell'opera: Beccaria «non aveva una

---

<sup>31</sup> U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano. Vol. I*, p. 29.

<sup>32</sup> Ivi, pp. 29-30.

<sup>33</sup> Ivi, pp. 37-38.

<sup>34</sup> Ivi, p. 49.

forte personalità e [...], quindi inconsciamente rinunciava all'orgoglio dell'autonomia del proprio lavoro»<sup>35</sup>. Si giustificano così, almeno in parte, la perfetta applicazione del modello contrattualista e la «supina» accettazione dei canoni illuministi. Spingendosi oltre, però, e sulla base del carteggio intercorso tra i fratelli Verri, Spirito giunge a mettere in forte dubbio che Beccaria avesse effettivamente scritto il *Dei delitti e delle pene*. «L'idea del libro sorse in seno alla compagnia del *Caffè* e l'occasione fu data certamente dal fatto che Alessandro Verri ricopriva in quei tempi (1763) l'ufficio di protettore dei carcerati ed aveva quindi immediata e dura esperienza delle tristi conseguenze cui conducevano il diritto e la procedura penali allora dominanti»<sup>36</sup>. Al di là degli episodi che diedero occasione alla stesura del libro, a parere di Spirito è rilevante notare come Pietro Verri rivendicasse a sé gran parte del merito della scrittura e come, in più di una lettera, si lamentasse dei trionfi ottenuti da Beccaria a Parigi e dovuti a un lavoro da ritenersi in massima parte suo e del fratello Alessandro. Più che l'aneddotica delle rivalità in seno a un gruppo di intellettuali che era, con ogni evidenza, giunto a tesi che potremmo definire “collegiali” sul problema del diritto penale, quello che è rilevante notare è proprio come le idee espresse nel libro «più che il frutto del pensiero dell'autore sono il risultato di un'intima collaborazione di tutti i componenti il gruppo del *Caffè* e le conclusioni cui essi pervenivano attraverso lunghe ed animate discussioni, in cui lo stesso entusiasmo e la stessa passione del Beccaria trovavano il loro impulso essenziale»<sup>37</sup>.

Frutto della mentalità all'epoca dominante, l'opera di Beccaria trova la sua principale importanza storica nell'essere l'applicazione del contrattualismo al diritto penale. Corollario di questa traduzione sono i fini dell'azione penale e, di conseguenza, lo scopo della pena. Fine di ogni attività sociale deve essere *la massima felicità divisa sul maggior numero*, le leggi, quindi, «non sono che convenzioni a cui gli uomini pervengono per salvaguardare reciprocamente i loro diritti e le proprie rispettive sfere d'azione»<sup>38</sup>. È, quindi, un fine utilitaristico che

---

<sup>35</sup> Ivi, p. 52.

<sup>36</sup> Ivi, p. 54.

<sup>37</sup> Ivi, p. 55.

<sup>38</sup> Ivi, p. 66.

muove il diritto di punire, sottraendogli, nello scopo del raggiungimento della massima felicità per il maggior numero, carattere etico. La pena ha, dunque, l'unico scopo di impedire al reo di danneggiare ancora la società. A questo fine si impronta anche la durata della pena, ma se lo scopo è quello di impedire al reo di continuare con la sua condotta a danneggiare la società, l'assenza di un fine pedagogico nella stessa finisce per inficiarne il valore. La derivazione della legge dal contratto sociale e l'assoluta necessità di rispettare il diritto di tutti i contraenti il patto tra cui, non può sfuggire, si colloca anche il reo, conduce a due conseguenze. La prima riguarda il ruolo del giudice che dovrà esprimere la sentenza basandosi su un rigoroso sillogismo, limitandosi, cioè, ad applicare la legge al caso in esame<sup>39</sup>. È questa la risposta necessaria all'arbitrarietà con cui il giudizio veniva formulato in precedenza, ma sottrae al giudice quel ruolo di interpretazione e rieducazione che, come vedremo, è essenziale per Spirito. La seconda conseguenza finisce per apparire in contrasto col fine stesso della maggiore felicità per il maggior numero e, quindi, con quello dell'impedire al reo di continuare a danneggiare la società. Si tratta delle argomentazioni di Beccaria contro la pena di morte, fondate essenzialmente sul concetto di contratto sociale: fondandosi sull'accordo di tutti, la legge non può prevedere l'uccisione di un contraente il patto. «Chi è mai», argomenta Beccaria, «colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo?». Beccaria propone, allora, di sostituire la pena di morte con la riduzione perpetua in schiavitù a questo si potrebbe opporre, e Spirito lo lascia fare a Facchini – che all'indomani della pubblicazione del *Dei delitti e delle pene* aveva attaccato l'autore proprio su questo punto – che è altrettanto difficile che qualcuno abbia dato al suo vicino il diritto di renderlo schiavo. Più che su questo punto, tuttavia, è sulla conseguenza che ne deriva che deve incentrarsi la critica: eliminando la possibilità della pena di morte, si tradisce il fine stesso della pena secondo Beccaria, quello cioè di assicurare la maggior felicità per il maggior numero e di tutelare la società dall'eventualità che il reo possa nuocerle in futuro. La questione quindi, più che i toni di un contrasto tra

---

<sup>39</sup> Il tema del sillogismo giudiziale non viene affrontato da Ugo Spirito è tuttavia interessante notare come, dure critiche alla concezione sillogistica – difesa da Beccaria – verranno portate da Calogero. Cfr. Capitolo V.

opinioni sui diversi tipi di pena, assume quelli di una contraddizione logica con le premesse stesse del sistema.

Minato alla base dall'origine contrattualista e dall'individualismo e naturalismo cui questa visione si informa, il lavoro di Beccaria ha, comunque, il merito di proporre per primo una costruzione sistematica e scientifica del diritto penale.

I difetti che minano i sistemi degli altri esponenti della scuola classica sono sostanzialmente riconducibili a quelli che minano il lavoro di Beccaria: è la concezione naturalistica che assegna alla pena lo scopo esclusivo della “difesa sociale” che rende sorpassati i canoni della scuola classica. La difesa sociale è «di individui contro individui, della maggioranza degli individui contro alcuni individui; della particolarità di fronte alla particolarità. Lotta, in fondo, dei più contro i meno; imposizione estrinseca di volontà a volontà. Questo è il residuo illuministico di cui dobbiamo interamente liberarci; principio teorizzato da Beccaria e trascinato dopo di lui in tutta la storia del diritto». Ciò che si rende necessario è la comprensione della componente etica del diritto, che ne fa un universale e non più un particolare di fronte a particolari, in questa chiave si trasforma anche la società che deve essere difesa: non più il maggior numero, ma «quella società che è umana in quanto l'umanità rappresenta un valore spirituale» e, perciò, etico. Diviene necessario, quindi, «elevare a coscienza assolutamente etica il diritto in una società concepita come eticità»<sup>40</sup>.

Le obiezioni di Spirito agli autori della “scuola classica” proseguono con gli stessi toni che abbiamo visto per il Beccaria. Non mancano, però, le eccezioni e le differenze nell'analisi. È questo il caso di Gian Domenico Romagnosi. Il filosofo di Salsomaggiore – che svolse la sua attività universitaria negli anni in cui andavano diffondendosi in Italia i *codici napoleonici* che costituirono il fondamento della legislazione italiana posteriore, e che particolare rilevanza ebbero nella città natale del filosofo con la promulgazione, nell'1820, del codice penale e di procedura penale

---

<sup>40</sup> U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano. Vol. I*, cit., p. 76.

di Maria Luigia<sup>41</sup> – ha già «chiara la coscienza che la natura è immediatezza e come tale senza valore spirituale, brutta necessità senza libertà». La conseguenza diretta è l'assoluta assenza di moralità che Romagnosi scorge nella concezione naturale. Tuttavia, l'opposizione alla concezione naturalistica non si trasforma in nulla di più che un contrasto teorico. Nella negazione dell'istanza contrattualista, riportando la ragion d'essere del diritto a una trascendenza cui l'uomo deve adeguarsi, Romagnosi nega anche «ogni esigenza volontaristica e perciò di carattere veramente spirituale»<sup>42</sup>. Romagnosi, quindi, pur scorgendo il difetto intrinseco nella considerazione naturale del diritto finisce per permanere in una concezione giusnaturalistica. Tuttavia un'altra esigenza è implicitamente presente nell'opera del giurista parmense: la pena viene determinata come contropinta all'azione delittuosa, come prevenzione al ripetersi del delitto. «concepito in tal guisa il diritto di punire è logico che il perseguimento della sua finalità deve prospettarsi come una funzione di non esclusiva spettanza della legge repressiva. Il vero fine della pena si consegue meglio quando la pena stessa è prevenuta ed è eliminata in precedenza alla sua necessità». L'eliminazione preventiva della pena riconduce a un carattere pedagogico implicitamente presente nella stessa: «prevenire il delitto significa realizzare sempre più il perfezionamento della società e quindi migliorare e svolgere tutti i fattori della vita sociale: politica, religione, educazione, etc.». In Romagnosi è, dunque, già implicita l'esigenza che sarà fatta propria dalla scuola positiva, della prevenzione del delitto attraverso l'intervento sociale. «Ma per ora non si intravede che, appunto, l'esigenza. Alla soluzione si potrà pervenire soltanto quando si saprà identificare in modo concreto ed assoluto il problema della prevenzione con quello della repressione. Perché soltanto allora si potrà davvero concepire la repressione come essenziale azione educativa»<sup>43</sup>.

Anche in Pellegrino Rossi si trova un progresso sensibile rispetto ai suoi predecessori, si ha qui la comprensione del carattere morale del diritto e si coglie «nel suo intimo il difetto essenziale di tutte le teorie illuministiche e giunge alla

---

<sup>41</sup> Cfr. U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano. Vol. II. Dalle origini della scuola positiva al nuovo idealismo*, De Alberti, Roma 1925, pp. 172-173.

<sup>42</sup> U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano. Vol. I*, cit., pp. 98-99.

<sup>43</sup> Ivi, pp. 102-104.

posizione del problema nei suoi veri termini etici. Senonché l'eticità che egli riesce a concepire è ancora irretita nella trascendenza del giusnaturalismo»<sup>44</sup>. È con Pasquale Stanislao Mancini che si giunge alla comprensione del carattere etico insito in ogni azione umana, giungendo alla «affermazione decisa del principio etico unico costitutivo della pena», conquista «definitiva»<sup>45</sup> della scienza penale.

È, tuttavia, solo attraverso l'opera di Giovanni Bovio che si compie il vero cambio di prospettiva: esaurito l'illuminismo, e giunti alla comprensione della sua astratta antistoricità, si fa avanti l'esigenza di guardare ai problemi con maggiore concretezza, rinunciando alle generalizzazioni della scuola classica. Bovio può, quindi, definirsi l'iniziatore di una nuova epoca, in cui «il punto di partenza e il piano di ricerche sono completamente spostati, e dalla nuova impostazione del problema scaturiscono tutte le nuove esigenze delle teorie penalistiche contemporanee»<sup>46</sup>. In Bovio si trovano, dunque, implicite, le esigenze fondamentali tanto del positivismo quanto dell'attualismo, accomunati dalla necessità di guardare al delitto e al delinquente nel concreto svolgersi dell'azione delittuosa. Si mettono, così, in discussione le categorie giuridiche di derivazione settecentesca per giungere al quesito fondamentale della «possibilità di un rapporto logico tra reato e pena»<sup>47</sup>. Reato e pena vengono considerati come due realtà eterogenee, tra cui non è possibile stabilire una proporzione matematica, con la conseguente contraddittorietà del diritto penale. «Ognuno già vede quanto siano importanti queste prime conclusioni che minano alle fondamenta i vecchi criteri oggettivistici e intellettualistici della considerazione del delitto e quindi della pena; ma il Bovio non si arresta a questa critica in cui è palese l'influsso del pensiero di Hegel, e procede oltre per cogliere la realtà del delitto nella più intima individualità del delinquente e mostrarne, così, in altra e più profonda maniera, l'impossibilità della misura»<sup>48</sup>. Il reato – e il delinquente, in quanto agente del reato – iniziano ad essere considerati come il punto di incontro di più fattori, in cui gioca senz'altro un ruolo di primaria importanza

---

<sup>44</sup> Ivi, p. 129.

<sup>45</sup> Ivi, p. 155.

<sup>46</sup> U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano. Vol. II*, cit., p. 7.

<sup>47</sup> Ivi, p. 9.

<sup>48</sup> Ivi, p. 10.



l'azione individuale, ma entrano anche la natura e la società. «L'uomo non può essere più considerato come un mondo a sé, affatto irrelato, ma come il punto di confluenza di una necessità naturale, di una necessità storica e di una necessità sociale, a cui si aggiunge, sì, la libertà individuale, ma solo come fattore tra fattori e quindi nella necessaria limitazione di questa coesistenza»<sup>49</sup>. Si va, così, verso la determinazione dell'individuo nella sua realtà concreta, in unità, cioè, col mondo che concorre alla sua determinazione e all'affermazione della libertà dell'individuo nella sua intima interconnessione col mondo. Tuttavia, Bovio non giunge alla sintesi di libertà e necessità e, così, finisce per ritenere il diritto penale contraddittorio. Ciò che a Bovio mancava era la concezione, attualistica, del *mondo nell'individuo*, anziché dell'individuo nel mondo.

La scuola positiva trae la sua origine dalle dottrine di un medico olandese, naturalizzato italiano fino a ricoprire la carica di Senatore del Regno nella XIII legislatura: Jakob Moleschott. La ricerca di un legame dell'uomo col suo ambiente si spinge fino all'indagine fisiologica dei legami con la natura e con gli ascendenti e i discendenti. La componente spirituale dell'azione umana viene del tutto annullata e il pensiero stesso è considerato come flusso di materia. La conseguenza dell'assoluto naturalismo in cui è osservata la realtà umana è la sottrazione di ogni valore morale all'azione e la riduzione della responsabilità da etica a sociale. Tuttavia, appare evidente il bisogno di unità che sottende alla visione determinista: «dalla fisiologia di Moleschott all'antropologia di Lombroso, alla sociologia di Ferri è tutto un processo che spiega il bisogno di una visione sempre più cosmologica dell'azione umana»<sup>50</sup>.

La storia della ricerca di Cesare Lombroso, così come – pur tra importanti distinzioni – dei positivisti che seguirono e riformarono la sua scuola è quella di un errore. L'errore è per la verità duplice: il primo, filosofico, è quello di voler comprendere il concreto dell'azione spirituale partendo dall'astratto della conformazione naturale del delinquente, lo spirito dall'osso. Ma c'è un altro errore

---

<sup>49</sup> Ivi, p. 14. In proposito si veda, in particolare, G. Bovio, *Saggio critico del diritto penale*, Sonzogno, Milano 1902.

<sup>50</sup> U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano. Vol. II*, cit., p. 24. In riferimento all'interpretazione data da Gentile della scuola positiva si veda il paragrafo *I presupposti della filosofia del diritto*, nel primo capitolo.

che non è meno rilevante, anzi, lo è forse di più perché si incunea all'interno dello stesso metodo scientifico che Lombroso voleva rigorosamente applicato alla sua ricerca. Lombroso parte dal particolare per giungere a conclusioni universali, operando, dunque, da corretto seguace del metodo scientifico, per quanto il tentativo di derivare, dalla *fossetta occipitale mediana* del brigante Vilella un canone per riconoscere l'uomo predeterminato a delinquere poggiasse su presupposti e osservazioni non strettamente fondati scientificamente. L'errore interviene quando Lombroso, anziché muovere dai dati raccolti per giungere a conclusioni quantitative – e pur sempre euristiche – inizia a prendere in considerazione solo i dati che potevano dar conferma alla propria teoria. Si tradisce così lo stesso metodo scientifico, finendo non per costruire un modello sulla base di dati, ma inserendo i dati raccolti in un modello già precostituito, di cui le misurazioni rappresentano solo la conferma empirica. L'idea di tracciare un parallelo tra il delinquente, il pazzo e l'uomo preistorico precede, infatti, di almeno un anno il riscontro che Lombroso aveva creduto di trovare nella particolare conformazione cranica del Vilella.

Le conseguenze che dalla teoria dell'atavismo derivano si dispiegano ampiamente in ambito morale. Determinato ad agire dalla sua conformazione fisica, il delinquente risulta privo di responsabilità e la sua azione priva di valenza morale. La riduzione del delinquente al tipo antropologico non risulta, tuttavia, soddisfacente per Lombroso che nel corso delle molteplici edizioni de *L'uomo delinquente* integra il modello antropometrico prendendo in esame anche cause psicologiche e sociologiche. Il risultato, comunque, non cambia e il delinquente permane nell'essere il coacervo irresponsabile delle cause che si accumulano nella sua azione. «È tutto il mondo naturale e sociale che confluisce nell'atto del delinquente, ed è un mondo in cui le determinazioni si moltiplicano all'infinito»<sup>51</sup>. La funzione della pena viene, conseguentemente, conformata alle premesse naturalistiche e deterministiche di questa teoria. Privo di responsabilità morale, il reo non può – e non deve – espiare un reato di cui non è se non l'autore materiale, formato così per natura, non può neanche essere rieducato. La pena non avrà quindi «il fine della vendetta, o del castigo, o

---

<sup>51</sup> Ivi, p. 38.

della giustizia assoluta, ma solo quello della difesa sociale». Si tratta, qui, di difendere la società attraverso una pratica terapeutica, che sola può applicarsi a un malato. «Concepito il delitto come un'anormalità o una morbosità, il compito della società doveva necessariamente diventare quello di curare il reo»<sup>52</sup>, con una sostanziale giustapposizione del concetto di pena terapeutica a quello di difesa sociale. Tratto interessante della teoria di Lombroso è, poi, il contrasto all'unità territoriale del codice penale che, derivato dal rilievo attribuito alle condizioni ambientali, si traduce in un contrasto ai tentativi di unificazione che si facevano in Italia all'indomani dell'unificazione del Paese. L'opera di Lombroso costituisce, dunque, un punto di svolta nella considerazione del delitto e del delinquente, ma risulta insufficiente e viziata, oltre che dalle sviste scientifiche, dal naturalismo che costituisce l'errore comune alla scuola classica e a quella positiva.

A tentare di dare veste giuridica alle teorie di Lombroso è Raffaele Garofalo. Nel tentativo deve, però, accorgersi dell'indeterminatezza sostanziale che caratterizzava i risultati dell'antropologia criminale. Si tratta qui non di un'indeterminatezza metodologica o qualitativa, ma ancora quantitativa: ad essere errato non è il metodo adottato, non si tratta tanto di una svista nella scelta dell'oggetto da esaminare, quanto di una carenza di dati: «quello che manca veramente all'antropologia criminale è la prova incontestabile che qualsiasi carattere del cranio o dello scheletro si trovi molto più frequentemente nei criminali che nelle persone presunte oneste»<sup>53</sup>. A parere di Garofalo, è quindi l'insufficienza, e non l'errore, a caratterizzare i risultati a cui era pervenuto Lombroso. Si rendeva, pertanto, necessaria l'indagine di altri caratteri che conducessero in maggiore profondità la conoscenza del delinquente. Assunto che «l'antropologia non basta: bisogna entrare più addentro nella soggettività del delinquente, bisogna entrare nella sua anima», il passo obbligato era la sostituzione della psicologia criminale all'antropologia. Garofalo è, così, convinto di compiere un sostanziale passo avanti nello studio del delinquente. L'opinione di Spirito è, invece, di taglio nettamente

---

<sup>52</sup> Ivi, pp. 40-42.

<sup>53</sup> R. Garofalo, *La criminologie*, citato in U. Spirito; *Storia del diritto penale italiano. Vol. II*, cit. pp. 47-48.

opposto: «il Garofalo può illudersi di una maggiore scientificità, ma in fondo la sua psicologia è ben più indeterminata e vaga dell'antropologia del Lombroso. Appunto perché la psicologia ha un'esigenza spirituale superiore all'antropologia, ha poi un valore scientifico infinitamente inferiore: più ci si avvicina allo spirito e più si rivela insufficiente ogni classificazione e sistemazione naturalistica»<sup>54</sup>. Nel tentativo di superare l'antropologia in direzione di una comprensione più profonda dei moventi del delitto sta il maggior merito e la concretezza dell'opera di Garofalo. La sua astrattezza risiede, invece, nel mantenimento dei metodi di indagine dell'antropologia applicati alla psicologia, con una sostanziale naturalizzazione della stessa. Quello di Garofalo è, quindi, un percorso interrotto, che parte dalla necessità di una più alta comprensione spirituale dell'azione del reo, ma si interrompe nelle rigide schematizzazioni tipiche della scuola positiva.

Per quanto riguarda la funzione della pena, la posizione di Garofalo si fa interessante e spinge Spirito a parlare di «un abbandono, sia pure parziale, dei postulati della scuola positiva»<sup>55</sup>. Influenzato da Spencer, Garofalo vede la realtà come un'evoluzione naturale, nel cui seno la pena si trova a svolgere la funzione di selezione naturale. Ad essere al centro dell'attenzione, quindi, non è più la cura del reo o la difesa della società dal ripetersi di azioni delittuose, ma lo sviluppo stesso della società. È la società il vero protagonista e il beneficiario assoluto della pena, la figura del reo passa in secondo piano. Al criterio di proporzionalità della pena al delitto viene sostituito quello di idoneità del delinquente alla vita sociale. Chi si macchia di un delitto risulta inidoneo a vivere in società e, quindi, deve essere rimosso. Il pieno recupero della pena di morte come pena esclusiva per una serie di delitti, riporta l'attenzione dallo studio del delinquente e delle condizioni in cui il delitto si è svolto alla considerazione della mera oggettività del *fatto* delitto. Le motivazioni accessorie – economicità, inutilità della detenzione perpetua per la

---

<sup>54</sup> U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano. Vol. II*, cit., p. 49.

<sup>55</sup> Ivi, pp. 54-55.

promozione dello sviluppo sociale<sup>56</sup> – che Garofalo allega alla sua difesa della pena di morte riescono oggi a turbarci in misura forse ancora maggiore dell'evidente errore per cui una selezione in tutto e per tutto artificiale viene considerata naturale. Nelle considerazioni sull'inutilità di mantenere in vita il delinquente, Spirito scorge l'assoluta incapacità di Garofalo di intendere il valore spirituale della vita e dell'individuo. «Sui fondamenti di una morale positivista, per cui gli individui sono considerati atomisticamente nell'assoluta estraneità reciproca, si parla del reo soltanto come del nemico da respingere, e non si sospetta neppure lontanamente che il reo non è fuori, ma dentro la società, e che la società può liberarsene solo redimendolo»<sup>57</sup>. Garofalo, quindi, considerando delinquente e delitto come astrazioni, finisce per cancellare anche le esigenze più profonde della scuola positiva.

Spetta ad Enrico Ferri, che, è opportuno ricordarlo, di Spirito fu maestro presso la Facoltà di Giurisprudenza, il merito di dare la sistemazione più coerente e completa della scuola positiva, «correggendo da un lato l'indirizzo prevalentemente antropologico del Lombroso e da un altro l'astrattismo psicologico-giuridico di Garofalo». Muovendo dall'antropologia criminale e da criteri statistici, Ferri arriva alla determinazione della sua *sociologia criminale*. Il merito maggiore della nuova dottrina è quello di osservare il delitto non più in relazione a determinati fenomeni naturali, ma «in relazione a tutta la vita e a tutta la realtà, in cui si ricercano appunto le radici profonde e infinitamente molteplici dell'azione umana in generale e dell'azione delittuosa in particolar modo»<sup>58</sup>. Il delinquente permane, in certa misura, e sulla base dei criteri antropologici che costituiscono il punto di partenza di Ferri, in uno stato di anormalità, ma la sociologia stabilisce un'intima e stretta connessione del delinquente – e del delitto – con la società. La negazione del libero arbitrio, già insita nelle premesse della scuola positiva, si fa con Ferri più chiara nella sua componente sociale. Nel giudizio dell'azione delittuosa devono essere considerate

---

<sup>56</sup> «La reclusione perpetua, che vanamente vorrebbe rendersi terribile con la segregazione in cella, dimenticandosi che la disperazione del prigioniero non ha eco fuori del carcere, produce alla società il danno materiale del provvedere ai bisogni di un uomo per tutta la sua vita. Cosicché, in corrispettivo della mancanza di utilità, non vi è che un nuovo svantaggio sopportato dalla società sotto forma di spese del mantenimento del condannato» (R. Garofalo, *Criminologia*. Citato in U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano. Vol. II*, cit., p. 59).

<sup>57</sup> Ivi, p. 60.

<sup>58</sup> Ivi, pp. 63-64.

anche le condizioni materiali, economiche, familiari ed educative del reo, quelle condizioni, insomma, in cui la società gioca un ruolo determinante. La conseguenza è la trasformazione della responsabilità morale del reo in una responsabilità *sociale*, che non significa esclusivamente, e non soprattutto, il dover rispondere di fronte alla società, ma anche la confluenza della stessa nell'azione delittuosa. Si crea, così, un'unità sostanziale tra società e delinquente, di cui, però, Ferri non ha saputo scorgere il profondo valore spirituale. «Sicché la sua intuizione costretta entro i limiti di un naturalismo materialistico e meccanicistico, non ha dato tutti i frutti che poteva dare: ma il problema è posto e di fronte ad esso i classicisti non hanno modo di rispondere. Una nuova via si è aperta nel campo del diritto penale»<sup>59</sup>.

Due punti della teoria penalistica di Ferri devono destare interesse: il primo è la determinazione della funzione della pena, il secondo il ruolo del legislatore. Il reo deve essere punito per la reazione che la sua azione provoca nella società. Fin qui non ci si discosta molto, o affatto, dalla determinazione della pena come *difesa sociale*. La pena, però, si rivela solo *uno* tra tanti mezzi per combattere il delitto, si accompagna a una serie di sostitutivi penali e, cosa ancor più rilevante, «è messa sullo stesso piano dei criteri preventivi di cui ha la stessa finalità. Prevenzione e repressione per questo aspetto si identificano perfettamente e l'identità, su cui Ferri esplicitamente insiste, cancella dalla pena tutti quei caratteri tradizionali che si assommavano nel concetto di vendetta, e instaura, sia pure sul terreno contraddittorio di una teoria deterministica, un sistema criminale *essenzialmente educativo*»<sup>60</sup>. Il carattere educativo della pena entra, dunque, con Ferri a pieno diritto nella determinazione della stessa. In questo rinnovato punto di vista si inserisce anche il compito del legislatore che non sarà più quello di produrre un efficace sistema repressivo del delitto, ma quello di programmare un sistema preventivo che passa non solo attraverso il diritto criminale, ma anche, e soprattutto, attraverso la programmazione e l'esecuzione di quei provvedimenti sociali che comprendono l'educazione dell'uomo in (e alla) società. Pur viziati dal presupposto naturalistico

---

<sup>59</sup> Ivi, p. 76.

<sup>60</sup> Ivi, p. 79.

sono questi temi che avranno un profondo influsso e avranno pieno riscontro nell'opera di Spirito.

Le critiche mosse alla scuola positiva sono, a parere di Spirito, infruttuose prima dell'affermazione dell'idealismo italiano. È solo con l'idealismo assoluto che si ha «la prima effettiva comprensione dell'esigenza positivista e quindi il suo reale ed intrinseco superamento»<sup>61</sup>. L'idealismo italiano, ponendo a perno della sua riflessione il concetto di libertà, si pone immediatamente come critica al positivismo, ne rappresenta, tuttavia anche il superamento, portando a una più profonda e concreta comprensione di tematiche già implicitamente presenti nella scuola positiva. Le differenze intercorrenti tra i due massimi animatori dell'idealismo italiano del secolo XX si riflettono con particolare rilevanza nella trattazione di tematiche giuridiche. Croce appare a Spirito più vicino alla tradizione del positivismo di quanto lo sia Gentile, si porrebbe, anzi, in una posizione di transizione tra positivismo e idealismo. Croce oppone alla radicale negazione della libertà contenuta nel positivismo la teoria di una sintesi tra libertà e necessità, per cui l'azione umana nasce non nel vuoto, ma nel seno delle condizioni sociali esistenti e, pure, mantiene un ampio grado di libertà. La volizione è correlata alla situazione preesistente – e risulta perciò *necessitata* – ma permane nel suo essere volizione e, quindi, libera. In Croce, tuttavia, si permane nel considerare lo spirito trascendente all'io agente e in un sostanziale dualismo tra individuo e società che si traduce nell'attribuzione di responsabilità al singolo da parte della società, con la conseguenza che «l'uomo, in altri termini, è un irresponsabile: se si crede responsabile è perché tale lo fa la società o si fa da se stesso»<sup>62</sup>. La legge giuridica avrà, quindi, un fine particolare, e in alcun modo universale.

---

<sup>61</sup> Ivi, p. 88.

<sup>62</sup> Ivi, p. 116. La critica spiritiana a Croce riguarda soprattutto la considerazione dell'atto umano come creatore che si muove, però, in un mondo presupposto, in cui, cioè, la situazione storica gli è data. Il punto è, a parere di Spirito, che «lo Spirito in terza persona non può essere che natura, e quando si cerca di determinare il concetto della sua libertà non si può non rimanere irretiti nelle maglie del determinismo» (ivi, p. 113). Oltre alla conseguente "irresponsabilità" dell'individuo, vista nel testo, ciò che deriva da questa posizione è una considerazione affatto estrinseca e inessenziale della legge penale che non può avere un fine immanente e, quindi, carattere universale. Anche la concezione della pena che ne deriva è viziata dall'assunto di fondo: essa sarà concepita come una «minaccia utilitaria,

Accenneremo solo brevemente all'opera di Gentile, avendola trattata in precedenza. Ciò che rende, agli occhi di Spirito, fondamentale per il criminalista la sua opera è, da un lato, l'identificazione di teoria e pratica e il concetto dialettico di libertà che si delinea, dall'altro ed è rilevante sottolinearlo, in Gentile Spirito vede non la negazione della scuola positiva, ma colui che l'aveva condotta a nuova vita. «L'atteggiamento così radicalmente e decisamente critico del Gentile nei riguardi della scuola positiva non gli impediva tuttavia di vedere i germi fecondi che in essa si rivelavano pur attraverso gli errori e le incongruenze. Anzi egli affermava che i meriti della nuova scuola e le verità incontestabili che son contenute nelle sue dottrine si sarebbero dimostrati ben più importanti qualora si fossero spogliati "dall'odioso involucri" che li riveste»<sup>63</sup>. Un accenno in questa direzione è fatto anche al Maggiore, impegnato, a parere di Spirito a cercare la sintesi di classicismo e positivismo nell'idealismo attuale<sup>64</sup>.

L'analisi di Spirito, quindi, più che una descrizione di vari modi in cui si è trattato il problema penale, costituisce un vero e proprio percorso che, muovendo da Beccaria, arriva all'idealismo attuale. Il fondamentale punto di svolta si ha con l'affermarsi della scuola positiva, in cui si trovano già le premesse fondamentali

---

per distogliere altri da fare azioni di una certa classe». Agli occhi di Spirito, è questa una visione «puramente *contemplativa* della legge [...], affatto estrinseca e irrilevante per il giurista e il criminologo che vogliono procedere nella loro opera con una finalità pienamente consapevole. La filosofia non può loro dir nulla, poiché, per il Croce, essa è contemplazione che trascende l'azione» (ivi, p. 118). Si veda in proposito, B. Croce, *Filosofia della pratica*, cit., in particolare i capitoli "Necessità e libertà nell'atto volitivo", "Lo svolgimento e il progresso" e "L'attività giuridica come attività genericamente pratica (economica)". Si veda anche B. Croce, *Frammenti di etica*, Laterza, Bari 1922. In particolare i capitoli XXII e XXIV. Di parere analogo, riguardo al rapporto tra Croce e il positivismo, sembra essere Volpicelli (cfr. *infra*, pp. 154-155). Sul presunto positivismo di Croce, Giovanni Perazzoli scrive: «se il positivismo giuridico concepisce la realtà del diritto come una realtà metafisica, Croce concepisce la realtà del diritto come astrazione rispetto alla verità dell'assoluto [...]. Abbiamo così due soluzioni opposte, che, lette dal punto di vista della critica della metafisica, presuppongono sempre la *realitas*» (G. Perazzoli, *Benedetto Croce e il diritto positivo*, cit., pp. 161-162). È da questo punto di vista, dunque, che la considerazione di Spirito può rivelare il suo fondamento.

<sup>63</sup> U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano. Vol. II*, pp. 122-123.

<sup>64</sup> Come abbiamo avuto modo di vedere nel precedente capitolo, anche Maggiore tenta di trovare, nell'idealismo attuale, la sintesi di classicismo e positivismo giuridico, percorrendo, però, vie diverse da quelle battute da Spirito. In certa misura, poi, bisogna notare come una, pur implicita, interpretazione del positivismo come scalino necessario per giungere all'idealismo attuale, e di questo come superamento di quello, venga data dallo stesso Gentile. Per i temi che qui ci interessano, si ricordi soprattutto il riconoscimento dei meriti di Lombroso in materia di «cura» del delitto, metodi che, come è stato notato, si ricollegano all'idea gentiliana, sviluppata e ampliata da Spirito, della rieducabilità del delinquente (cfr. *supra*, pp. 23-31. Si veda anche, G. Gentile, *Le origini della filosofia contemporanea in Italia. Vol. II*, cit., capitolo VI).



dell'idealismo, e in cui già si trovano le posizioni che, sul problema penale, Spirito andrà sviluppando in seguito. La scuola positiva permane nel suo essere "scuola di immoralità", perché sottrae il delinquente alla sua responsabilità<sup>65</sup>, tuttavia giunge a risultati e concezioni difficilmente contestabili. L'unità della vita che si affaccia nella scuola positiva costituisce il punto di partenza per una soluzione del problema penale. Si rende, però, necessario giungere a un altro concetto dell'unità, pensata non più come naturale ma come etica. Questo il compito dell'idealismo che, rivendicando la spiritualità della natura, e osservando allo stesso tempo i fattori e il fatto delitto, giunge a un nuovo concetto di responsabilità che era impossibile tanto alla scuola classica quanto alla positiva, e che presuppone l'unità spirituale del vivente. Sicché «quando l'assassino compie l'omicidio, egli non rappresenta qualche cosa di estraneo alla mia personalità, sì che io possa disinteressarmi del suo delitto: io devo riconoscere ch'egli vive della stessa realtà di cui vivo io e di cui io sono responsabile, e che la sua colpa mi appartiene come tutta la realtà»<sup>66</sup>. Si instaura, così, un'unità indissolubile tra reo e società che fa sì che il delinquente non possa più essere allontanato o espulso dalla società, ma che, in fondo, conduce anche all'impossibilità di considerare il delinquente in quanto tale, di marchiarlo come delinquente. Il giudice si rivela così intimamente connesso col giudicato, fino al punto di affermare che «quando il giudice giudica e punisce, non si volge propriamente all'altro da sé, ma a se stesso, e giudica e punisce se stesso in quanto umanità»<sup>67</sup>. La pena viene ad essere, quindi, non solo educazione, ma autoeducazione.

A essere radicalmente negata dall'idealismo è la teoria del delinquente nato, poiché nulla si nasce per natura. La connessione tra spirito e corpo viene, invece conservata, ma con un radicale ribaltamento: non è il corpo a influenzare lo spirito, ma viceversa. «Identificati, infatti, corpo e spirito, il primo viene a risolversi nel secondo come sua determinazione e non come suo determinante, sì che lungi dal

---

<sup>65</sup> A tal proposito è rilevante l'esempio, riportato da Spirito, di un falsario che, detenuto, alla domanda «ripeterai il tuo crimine quando sarai liberato?» rispondeva «dipenderà dalle condizioni fisio-psicologiche ed ambientali in cui mi troverò» (U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano. Vol. II*, cit., p. 164).

<sup>66</sup> Ivi, p. 145.

<sup>67</sup> Ivi, p. 147.

considerare il corpo come la ragione di alcune manifestazioni psichiche di cui il delinquente sarebbe perciò moralmente irresponsabile, l'idealismo afferma che il delinquente è responsabile, anche e prima di ogni altra cosa, del suo corpo; e che nel suo corpo deve trovarsi non l'indice della sua irresponsabilità, ma uno degli indici qualificativi della sua responsabilità»<sup>68</sup>. Ciò che è, in ultima istanza fondamentale compiere, e che rappresenta il merito assoluto dell'idealismo, è il passaggio dalla sociologia alla storia, ovvero dalla «storia della natura» alla «storia dello spirito», nel passaggio, cioè, «dalla legge del meccanismo alla legge morale»<sup>69</sup>.

### **Il nuovo Codice Penale**

La produzione teorica di Spirito non si riduce allo speculare sul problema giuridico, ma si traduce in una concreta presa di posizione riguardo alla legislazione italiana in materia, con particolare attenzione alle riforme che si andavano attuando negli anni venti. Già nel programma dei *Nuovi studi di diritto economia e politica*, la rivista fondata nel 1927 da Spirito e Arnaldo Volpicelli, era chiaramente espressa la volontà di tradurre in una pratica azione di riforma sociale i risultati della riflessione filosofica. Studi «“nuovi”, nel senso appunto che intendono – in conformità coi nuovi bisogni e con le nuove esigenze – collaborare all'opera di revisione interiore e rigorosamente scientifica delle discipline sociali: di portare o promuovere in esse, senza vane e illusorie pretese di *renovatio ab imis*, quei metodi e indirizzi spirituali e mentali che, vigorosamente affermatasi nella coscienza e nella cultura contemporanea, stentano ancora a permeare di sé gl'istituti e la scienza – specialmente il diritto»<sup>70</sup>. È, quindi, l'esigenza di una riforma sociale nel seno dei nuovi risultati della filosofia – e della scienza – a costituire il motivo ispiratore della nuova rivista.

---

<sup>68</sup> Ivi, p.152.

<sup>69</sup> Ivi, p. 161.

<sup>70</sup> “Nuovi studi di diritto economia e politica”, I, 1927-1928, p. 1.

In questa necessità si iscrive la produzione di Spirito che, da filosofo, si rivolge a politici e legislatori svolgendo un'analisi dettagliata e critica delle riforme penali che andavano producendosi.

Il progetto del nuovo codice, operato da Alfredo Rocco, viveva, agli occhi di Spirito, di un eclettismo difficile a risolversi e che si traduceva in soluzioni abbozzate e spesso incapaci di tradursi nella pratica. «È stato detto e ripetuto che il nuovo codice è completamente *au dessus de la mêlée*, e che le scuole contrastanti sono state tutte superate senza preconcetti e dommatismi. Ma ci son due modi di mettersi al di sopra della mischia e le conseguenze ne sono molto differenti: il primo, di chi agisce in virtù di un principio superiore alla cui luce sa giudicare le forze in conflitto e tutte risolverle in un'unità organica che le transvaluti; il secondo, invece, di chi non giunge a superare i criteri contrastanti e tutti li accoglie cercando di conciliarli estrinsecamente. Ora il nuovo codice a me pare risenta appunto di questo eclettismo costituzionale, che fa coesistere in esso principî fondamentali contraddittori e permanere sostanzialmente insuperato l'antagonismo delle due scuole»<sup>71</sup>. Il risultato è quello di una sostanziale disorganicità del progetto Rocco, diviso tra le conclusioni della scuola classica e della positiva e, di conseguenza, tra due modi di intendere l'imputabilità e la funzione della pena.

L'errore della scuola classica consiste, come abbiamo già avuto modo di vedere, in un «concetto troppo angusto di libertà», che si traduce nell'esame della libertà del reo solo in relazione al momento del fatto delittuoso, con la conseguenza di pervenire all'assurdo di condanne e assoluzioni spesso ingiuste a causa dell'astrattezza e della limitatezza con cui viene considerato il delitto. Di contro, la scuola positiva ha completamente svuotato il concetto di responsabilità della sua intrinseca moralità, riducendo la funzione della pena esclusivamente alla difesa della società: «punire vuol dire solo difendersi, e la pena si identifica con la misura di sicurezza applicabile in quanto tale a qualsiasi specie di delinquente, dal savio al pazzo, dal presunto responsabile moralmente al così detto non imputabile per vizio di

---

<sup>71</sup> U. Spirito, *Il progetto del nuovo Codice Penale*, in "Nuovi studi di diritto economia e politica", I, 1927-1928, p. 81.

mente»<sup>72</sup>. Tra i due estremi si barcamena il progetto Rocco, con una sostanziale sottovalutazione dei risultati cui era giunto l'attualismo riguardo la responsabilità universale.

La tensione tra le due posizioni si traduce in quelle che sono, a parere di Spirito, vere e proprie contraddizioni nella determinazione e nella funzione della pena, causate da una sostanziale confusione e una non chiara caratterizzazione delle differenze di oggetto e di ruolo tra pene e misure di sicurezza. Il nuovo codice «ha conservato la linea del vecchio codice per tutto ciò che riguarda la responsabilità morale del delinquente e il concetto di pena, e vi ha giustapposto poi tutta una nuova parte ispirata alla scuola positiva e fondata sul concetto di difesa sociale»<sup>73</sup>.

Spirito muove, per dimostrare la contraddittorietà del nuovo Codice, e segnatamente, quella tra pene e misure di sicurezza, dal commento delle norme in esso contenute. In particolare gli articoli 45 e 81 (oggi rispettivamente 42 e 85) sembrano dividere i delinquenti in due classi: «degli imputabili e dei non imputabili; dei moralmente responsabili e degli irresponsabili. E se ai primi è riserbata la pena con il suo carattere tradizionale di retribuzione etica e giuridica, parrebbe che agli altri dovesse essere invece riserbata la speciale sanzione delle misure di sicurezza»<sup>74</sup>. Questa interpretazione viene, tuttavia, vanificata dalla lettura dell'art. 203 (oggi 202), già il concetto di persona "socialmente pericolosa" si mostra, agli occhi di Spirito, di difficile e insufficiente determinazione giuridica e implica una «distinzione fondamentale tra malvagità e pericolosità» che sarebbe di per sé impossibile. La determinazione del concetto di pericolosità del reo tentata dall'art. 204 (oggi 203) sulla base dell'ultimo capoverso dell'art. 134 (oggi 133), si rivela, al contrario, controproducente portando a una sostanziale sinonimizzazione dei termini malvagità e pericolosità e, pertanto, annullando «quello che era potuto sembrare il carattere peculiare delle misure di sicurezza» che «diventa invece un elemento essenziale per la determinazione della pena»<sup>75</sup>. Pene e misure di sicurezza, quindi, più che rispondere a cogenti esigenze nella prevenzione del reato e nella punibilità e nella

---

<sup>72</sup> Ivi, p. 82.

<sup>73</sup> Ivi, p. 83.

<sup>74</sup> Ivi, p. 84.

<sup>75</sup> Ivi, p. 85.

redenzione del reo, rispondono alla necessità di conciliare – estrinsecamente – due diverse tendenze teoriche, con una «indistinzione nebulosa» che, lungi dal costituire un *vulnus* involontario del nuovo codice, si rivela «indispensabile al principio eclettico che lo ispira»<sup>76</sup>. Il nuovo codice, ha tra gli altri, il merito di spostare l'attenzione dallo studio del reato a quello del delinquente, secondo quanto Spirito rileva dalla lettura dell'art. 83<sup>77</sup> che escludeva l'applicabilità della prima parte dell'art. 81 (oggi 85) a chi si sia messo anche solo colposamente in condizione di incapacità di intendere e di volere. Se l'esame si limitasse all'elemento oggettivo del fatto reato è evidente che chi, pur volontariamente, risultasse incapace al momento del fatto sarebbe, per ciò stesso, inimputabile, con l'esclusione di chi si fosse posto in stato di incapacità di intendere, il giudice è, di fatto, costretto a corredare l'esame del reato con quello delle condizioni antecedenti e susseguenti in cui il reo si trovava ad agire. Ciò che, quindi, in questo caso si punisce «non è propriamente il reato, ma l'essersi messo in condizioni di commetterlo»<sup>78</sup>. L'articolo 83 sembrava, quindi, rispondere all'esigenza, tanto positivista, quanto attualista, di guardare oltre il momento del reato per analizzare la personalità del reo, ma la sostanziale ed evidente confusione tra *colpa* e *dolo* – corretta oggi nel testo dell'art. 87 – che lo caratterizza conduceva all'aggravarsi dell'errore precedente, conducendo due forme radicalmente diverse di delinquenza a rispondere allo stesso titolo del medesimo reato. La confusione e le gravi conseguenze che ne derivano risultano particolarmente evidenti a Spirito dall'analisi degli articoli relativi ai reati commessi in stato di ubriachezza. Se per casi di ubriachezza accidentale veniva, infatti, prevista un'attenuante e una diminuzione della pena, il contrario avveniva per i casi di ubriachezza abituale<sup>79</sup>. Tuttavia, e non può non stupire, in caso di intossicazione cronica la situazione è

---

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> Oggi art. 87 C.P. Con una sostanziale variazione testuale, l'esclusione dell'applicabilità dell'odierno art. 85 è limitata a chi si sia posto *volontariamente* in stato d'incapacità di intendere e di volere: «la disposizione della prima parte dell'articolo 85 non si applica a chi si è messo in stato di incapacità di intendere o di volere ai fini di commettere il reato, o di prepararsi una scusa».

<sup>78</sup> U. Spirito, *Il progetto del nuovo Codice Penale*, cit., p. 86.

<sup>79</sup> Circostanza prevista dall'art. 90 (oggi 94) C. P.

radicalmente ribaltata, con l'applicazione di tutte le attenuanti del caso e con una divergenza che permane ancora oggi<sup>80</sup>.

La confusione tra pene e misure di sicurezza si accentua nella determinazione del delinquente per tendenza, per cui è previsto un generale aumento di pena e, in maniera ancora più evidente nel trattamento previsto per i delinquenti non imputabili a causa di totale vizio di mente. L'articolo 223<sup>81</sup>, prevedeva il ricovero obbligatorio in manicomio giudiziario per i prosciolti a causa di vizio di mente, intossicazione cronica, infermità psichica o sordomutismo. Fissando i minimi e i massimi di durata del ricovero coatto, il nuovo codice finisce per snaturare l'essenza e lo scopo stesso delle misure di sicurezza che dovrebbero avere, per il loro obiettivo, durata indeterminata, condizionata alla guarigione o alla cessazione della pericolosità sociale del reo. La misura di sicurezza viene, così, trasformata in una pena camuffata, come reso evidente da quanto recitano gli articoli 206 e 207 c. p. (oggi rispettivamente 207 e 208) che confermano la revocabilità delle misure di sicurezza alla cessazione della pericolosità sociale del reo, ma subordinano la stessa revoca alla osservanza del limite minimo previsto per legge.

Riguardo al ruolo del giudice, Spirito conviene che uno dei maggiori pregi del progetto è quello di lasciare un'ampia discrezionalità ai suoi poteri decisionali. «Per chi è convinto della necessità di adeguare la pena, più che alla gravità del reato visto nella sua fisionomia oggettiva, alla personalità di colui che delinque, non può esser dubbio che una relativa indeterminatezza delle pene fissate dal codice sia indispensabile a un'effettiva opera di giustizia penale»<sup>82</sup>. Tuttavia, il dualismo delle sanzioni previste e il permanere, accanto alle misure di sicurezza, della pena determinata – frutto del contendere irrisolto tra scuola classica e positiva – limitano, e in certi casi annullano, il valore del potere discrezionale del giudice e, per un altro verso, privano l'imputato di sostanziali garanzie giuridiche. «In realtà può affermarsi

---

<sup>80</sup> L'art. 91 C. P. (oggi 95) prevede che in caso di intossicazione cronica da alcool o sostanze stupefacenti si applichi quanto previsto agli artt. 84 e 85 (oggi rispettivamente 88 e 89), riguardanti il vizio totale e parziale di mente e che escludono l'imputabilità o attenuano la pena.

<sup>81</sup> Oggi art. 222 C. P. Con sentenza n. 139 del 27 luglio 1982 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del primo comma dell'articolo in oggetto, ove non prevede che il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario debba essere subordinato all'accertamento della persistente pericolosità sociale del reo, ma debba essere applicato sempre e incondizionatamente.

<sup>82</sup> U. Spirito, *Il progetto del nuovo Codice Penale*, cit., p. 93.

che il nuovo codice lascia al giudice facoltà illimitata nell'aggravare le pene e più ancora le misure di sicurezza, e consente invece un potere minimo di ridurle e attenuarle», assegnando al giudizio sulla personalità del reo un valore tutto sommato minimo nella determinazione della pena.

Il giudizio sul primo progetto Rocco si rivela, quindi, negativo, sottolineando il suo esser viziato da una sostanziale inorganicità «che non si deve a ragione estrinseca e però estrinsecamente rimediabile, bensì a una inadeguata comprensione e conciliazione delle esigenze della scuola classica e della scuola positiva. Vano dunque dovrà risultare ogni tentativo di correzione che miri a questo o a quel particolare, e non investa, invece, gli stessi criteri informativi»<sup>83</sup>. In particolare da eliminare è il dualismo tra pene e misure di sicurezza.

Il giudizio sostanzialmente negativo sull'elettismo e la contraddittorietà intrinseca al progetto Rocco non cambia quando, dall'analisi del progetto preliminare, si passa a quella del progetto definitivo. Il frutto di due anni di lavoro di Rocco è «una edizione diligentemente riveduta e minuziosamente corrette del *Progetto preliminare* pubblicato nell'agosto del 1927», corredata di un'ampia relazione dove il guardasigilli illustrava i motivi ispiratori e le ragioni delle norme e in cui, tuttavia, «le modificazioni non hanno mutato affatto la fisionomia generale del codice, né son valse a rimuovere, se non in minima parte, le obiezioni di principio già formulate in questa rivista a proposito del progetto preliminare»<sup>84</sup>. Particolare attenzione desta la spiegazione della norma contenuta all'art. 92 fornita dal Rocco. Il rischio ravvisato da Spirito era che si punisse in egual misura chi avesse commesso il reato nella piena capacità di intendere e volere e chi si fosse posto, anche solo colposamente, in stato di incapacità. La conseguenza estrema era che, secondo il nuovo codice, tanto il parricida con premeditazione che il figlio ubriaco che avesse ucciso il padre sarebbero stati puniti con la pena di morte. Rocco obietta che l'articolo 90 «dichiara che lo stato di incapacità volontariamente o colposamente procuratosi non esclude l'imputabilità, ma lascia impregiudicata la questione del

---

<sup>83</sup> Ivi, p. 94.

<sup>84</sup> U. Spirito, *Il progetto definitivo di un nuovo Codice Penale*, in "Nuovi studi di diritto economia e politica", II, 1929, p. 316.

titolo di imputabilità, in base al quale l'agente deve rispondere dei singoli fatti, in relazione alla condotta da lui serbata e che fu causa dell'evento costitutivo del reato»<sup>85</sup>. L'argomentazione di Rocco è, per certi versi, e sotto il profilo dell'adeguamento della pena al carattere del reo, unito alla determinatezza del reato, ineccepibile. È, tuttavia, un dettaglio non trascurabile ad inficiare la bontà delle argomentazioni del ministro: nel *progetto definitivo* non si trova traccia di alcuna norma che riduca la portata responsabilizzante dell'articolo 90; è, quindi, da concludersi che, stando alla norma, chi si sia posto colposamente in stato d'incoscienza è imputabile allo stesso titolo di chi era pienamente cosciente all'atto del delitto.

Nella mancata comprensione del concetto di *responsabilità universale* è, a parere di Spirito, da rintracciarsi la chiave filosofica delle contraddizioni e del radicale dualismo che inficia il progetto Rocco e trasporta l'individuazione della responsabilità in un esame estrinseco, che conduce a ridurre la distinzione tra pena e misura di sicurezza in un puro verbalismo. La sovrapposizione tra pena e misura di sicurezza offre un buon argomento a Spirito per enunciare la necessità del superamento di una separazione che può apparir chiara solo a chi si fa portavoce di una concezione tecnica del diritto penale. La sovrapposizione di scopo mostra, infatti, quanto le funzioni rivendicate alle misure di sicurezza siano le stesse che devono essere alla base della pena.

Scopo principale della *concezione tecnico-giuridica* del diritto penale, il cui fondamento è da rintracciarsi in Arturo Rocco, fratello del guardasigilli Alfredo, era la rivendicazione di «difendere la sacra autonomia del diritto: autonomia che vien violata dai classicisti, i quali lo contaminano di filosofia o di metafisica, e vien violata dai positivisti, che lo riducono a parte della sociologia»<sup>86</sup>. A tale rivendicazione sottende un atteggiamento nei confronti tanto del classicismo, quanto del positivismo, che non si pone il problema di comprendere le due scuole, ma solo di negarle. Ciò che ne consegue è, invece, la riduzione del diritto penale a quello

---

<sup>85</sup> A. Rocco, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale*, Tipografia delle Mantellate, Roma 1929, p. 141.

<sup>86</sup> U. Spirito, *La concezione tecnico-giuridica del diritto penale*, in "Nuovi studi di diritto economia e politica", II, 1929, p. 31.



statuito, sicché «La scienza del diritto penale ha per oggetto lo studio sistematico del diritto *vigente*, ossia del diritto *positivo*. Non esiste altro diritto penale all'infuori di quello raccolto nella legislazione dello Stato; e alla nostra scienza non può quindi assegnarsi oggetto diverso»<sup>87</sup>. Ciò che viene ad essere negato, dunque, è ogni studio che sia teso a individuare i principi fondamentali che sottendono al diritto, riducendo lo studio del problema penale a una questione di carattere esclusivamente tecnico. Nella crisi delle due scuole, la concezione tecnico-giuridica finisce per appigliarsi a un positivismo «di seconda potenza» che riconosce come unico dato scientifico il diritto vigente, finendo per farne, inconsapevolmente, un dato naturale. La conseguenza è che «L'atteggiamento speculativo non è affatto mutato, e solo è cambiato l'oggetto, il *dato* che naturalisticamente si vuol studiare: non più il delinquente e tutti i fenomeni sociali ad esso relativi, bensì il sistema delle norme legislative, che hanno per scopo la repressione del delitto»<sup>88</sup>. Tuttavia, mutando così l'oggetto di studio, si finisce non per dare maggiore scientificità allo studio del diritto, ma per sottrargliene appoggiandolo su un'impalcatura di formule da cui non è dato raggiungere il fondamento. Il tentativo di enunciare i principi del diritto per questa via si riduce a una sostanziale sistematizzazione delle norme vigenti, incapace di cogliere al centro la questione giuridica.

Spirito dà forma sistematica alle sue critiche e perplessità sul progetto Rocco in *Il nuovo diritto penale*. Come già nei saggi citati, vi si denuncia il radicale permanere nel progetto Rocco dell'eclettismo proprio del previgente codice Zanardelli, con la conseguente e insoluta questione della libertà e della derivante responsabilità morale del delinquente che vedeva scontrarsi classicisti e positivisti. Il giudizio sull'operato di Rocco si fa qui, però, più duro, prendendo direttamente di mira la capacità del ministro di interpretare la situazione storica in cui versavano gli studi di diritto penale. «Di questa situazione storica, in cui trovansi gli studi di diritto penale, par che non si sia reso conto il ministro Rocco nella sua relazione al parlamento. Né, del resto, potevasi pretendere da lui l'improvvisazione di un sistema legislativo, che superasse fin dai suoi presupposti speculativi l'antinomia di scuola classica e

---

<sup>87</sup> E. Massari, *Le dottrine generali del diritto penale*, Arti grafiche Panetto e Petrelli, Spoleto 1928.

<sup>88</sup> U. Spirito, *La concezione tecnico-giuridica del diritto penale*, cit., p. 33.

positiva»<sup>89</sup>. Ciò che viene ad essere imputato a Rocco è di aver sostanzialmente trascurato le soluzioni a cui era giunto l'idealismo attuale. Infatti, «pur mancando oggi nel campo dottrinale una vera e propria teoria o scuola di diritto penale, a cui ispirarsi per sfuggire alle contraddizioni e alle manchevolezze delle due scuole antagonistiche, v'è già tutto un fiorire di studi filosofici, storici e giuridici, da cui è possibile prender le mosse per risolvere, anche sul terreno pratico della legislazione penale, il problema che ne è al fondamento: il problema della imputabilità morale»<sup>90</sup>.

L'analisi del rapporto tra pene e misure di sicurezza, come conseguenza dell'errata concezione dell'imputabilità morale, ricalca in gran parte ciò che Spirito aveva già affermato nei due saggi apparsi sui "Nuovi studi". La contraddittorietà derivante dalla giustapposizione di pene e misure di sicurezza si colora qui di più forti toni etici: «è infatti evidente che, o si ritiene essenziale salvaguardare l'eticità e la giuridicità della pena, e allora non si può porre accanto alla pena le misure di sicurezza, di cui il giudice può far uso quando creda, in sostituzione della pena, frustrando così la ragion d'essere di questa; o, viceversa, si ritiene possibile prescindere da ogni valutazione morale e da una precisa garanzia giuridica, e allora si deve abolire la pena nel vecchio senso e lasciare il posto alle sole misure di sicurezza»<sup>91</sup>. La strada per la soluzione del problema si apre con la delineazione di un nuovo concetto di pena.

La soluzione all'inevitabile dualismo che il convenire nel nuovo codice della tradizione classica e di quella positiva provocava è da ricercarsi in un nuovo concetto di libertà. Non solo si traduce, così, la responsabilità del delinquente in una responsabilità morale, ma si afferma anche che nell'azione delittuosa converge tutto il mondo naturale e umano, trasformando la responsabilità da particolare a universale. L'uomo, così, perde da un lato l'universalità naturalistica in cui lo volevano immerso i positivisti, ma cessa anche di essere un soggetto avulso dalla storia, acquista, cioè, un nuovo tipo di universalità: un'universalità storica. La conseguenza del nuovo sguardo gettato sull'uomo è che «se si riesce davvero a

---

<sup>89</sup> U. Spirito, *Il nuovo diritto penale*, La nuova Italia, Venezia, 1929, p. 18.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> *Ivi*, p. 26.

guardare la naturalità dell'uomo solo in funzione della sua umanità, e a giudicare perciò l'uomo come assoluta realtà etica, la pena non potrà avere altro fine che quello educativo e accanto ad essa non avrà luogo altra specie di sanzione». «Eliminato», infatti, «il dualismo di spirito e natura, di libertà e necessità, nel concetto stesso dell'uomo e dell'azione umana, cessa pure ogni ragione di distinguere le pene dalle misure di sicurezza, e di affermare le une invece delle altre o tutte e due insieme»<sup>92</sup>. Ciò che, sul piano teorico, prelude a quest'affermazione è la posizione che l'uomo sia sempre moralmente responsabile delle sue azioni.

Per giungere all'effettiva unità di pene e misure di sicurezza occorre arrivare a un più ampio concetto di pena, in cui siano assorbite le misure di sicurezza «dando loro quel significato spirituale, senza il quale non possono avere alcuna ragion d'essere»<sup>93</sup>. I fini delle misure di sicurezza – educativo, curativo, di guarigione, riabilitazione e redenzione del reo – entrano, dunque nella pena, ma con una più alta valenza spirituale ed etica. L'unificazione di pene e misure di sicurezza va nel senso di un innalzamento del livello morale del sistema penale che non sottrae più alcun delinquente al «diritto di essere *punito*», al diritto, cioè, di espiare il suo delitto e di redimersi dalla condotta delittuosa e di non essere menomato «nel senso etico e nella coscienza della propria responsabilità». Viceversa «il delinquente, verso cui si agisce con misure di sicurezza, e che si tratta come un malato o come un degenerato per forza naturale, deve necessariamente finire col credere, con maggiore o minore consapevolezza, di essere fatalmente destinato al male, e finire, cioè, col chiudersi la via alla riabilitazione»<sup>94</sup>. È, quindi, a favore del delinquente che si attua almeno una parte della riduzione delle misure di sicurezza alle pene. Un'unificazione che si indirizza verso una maggiore comprensione morale della sua azione e, quindi, verso una maggiore e più alta possibilità di redenzione.

Si giunge, così, a interrogarsi sulla durata temporale della pena: deve essa essere determinata o indeterminata? Anche in questo caso classicisti e positivisti si guardano da fronti opposti. Nella fissazione della pena in una durata determinata è,

---

<sup>92</sup> Ivi, p. 34.

<sup>93</sup> Ivi, p. 35.

<sup>94</sup> Ivi, p. 36.

poi, da distinguere due piani: il primo, di carattere legislativo, riguarda la codificazione e lo stabilirsi entro la legge dei limiti della pena prevista per una data fattispecie; il secondo, di carattere giudiziario, riguarda invece la sentenza con cui il giudice giunge a fissare la durata della pena in relazione a uno specifico fatto delittuoso. Entrambi i corni della questione risultano, agli occhi di Spirito, giustificati dalla tutela dovuta all'imputato di fronte al potere e agli abusi di uno Stato a lui trascendente; tutela che è divenuta superflua nella nuova concezione dello Stato immanente all'individuo. Tralasciamo la questione sul se sia effettivamente e realisticamente possibile sancire la secondaria importanza della tutela giuridica dell'imputato di fronte allo Stato – sia pure nella concezione di uno Stato immanente ed etico – e passiamo a rilevare un altro punto che restituisce importanza alla determinazione della durata della pena, non più sul piano giuridico ma su quello etico. «Se scarso ormai si rivela il valore giuridico della determinazione legislativa della pena, importantissimo e imprescindibile è invece il suo valore etico e educativo; e ciò non solo nei riguardi del delinquente, ma anche dei non delinquenti. La misura delle pene, stabilita dal codice penale, fa in certo modo assurgere questo a codice morale della Nazione»<sup>95</sup>. Non solo, infatti, il soggetto trova nella quantificazione della pena un riscontro e una, sia pur empirica e estrinseca, scala assiologica stabilita dallo Stato, ma anche «la misura della pena segna nell'animo del delinquente l'indice della gravità del suo delitto ed è uno degli elementi, che possono contribuire alla redenzione del colpevole»<sup>96</sup>. Questo il valore etico della determinazione della pena, che trasforma il momento della sentenza nel centro della vita del colpevole.

Sul piano dello scopo pratico della pena, ovvero della redenzione, rieducazione e riabilitazione del reo, la pena determinata può, tuttavia, rivelarsi insufficiente. A questo scopo meglio assolve una pena che si determini *in itinere* in base all'effettivo grado di redenzione del reo. Se, dunque, entrambi i modelli di pena conservano un nucleo di verità o di valore pratico, è evidente che non si possa scegliere l'uno a scapito dell'altro. Piuttosto il carattere determinato o indeterminato della pena

---

<sup>95</sup> Ivi, p. 39.

<sup>96</sup> Ivi, p. 40.

devono essere conciliati l'uno con l'altro. La proposta avanzata da Spirito è quella di una pena che sia prorogabile, che, cioè, pur essendo determinata all'atto della sentenza, possa essere aumentata in relazione all'effettivo livello di riabilitazione del reo. Si conserverebbero, così, tanto il valore etico-pedagogico della determinazione, quanto quello pedagogico-riabilitativo dato dalla possibilità di valutare momento per momento lo stato del reo.

Se, dal punto di vista legislativo, Spirito non riscontra alcuna difficoltà alla possibilità di mutare il modello di pena sulla base della nuova proposta, riconosce che alcune difficoltà potrebbero darsi sul piano giudiziario. La soluzione è rintracciata in una doppia sentenza: «a noi sembra che un buon sistema sarebbe quello di lasciare al giudice l'obbligo di determinare nella sentenza la durata minima della pena da scontare, ma di non procedere alla liberazione del reo se non in seguito a una nuova sentenza, da emettersi, possibilmente dallo stesso giudice, al termine della pena minima»<sup>97</sup>.

### **Il ruolo del giudice penale**

Il duplice livello di sentenza (di condanna e di liberazione) e l'accento posto sull'importanza che sia lo stesso magistrato a emettere le due sentenze, preludono a una radicale reinterpretazione del ruolo del giudice penale, che assume tanta più rilevanza quanto più si avanza la necessità di individualizzare sempre più la pena e si comprende il carattere intrinsecamente ed essenzialmente etico e pedagogico del diritto penale.

Il giudice penale deve entrare in una più alta intimità con il delinquente, diventare il suo amico, il suo consigliere. È evidente, quindi, che il contatto del giudice con l'imputato non può più ridursi alle poche sedute del dibattimento: «secondo la nuova concezione della pena, invece, il giudice dovrebbe pervenire alla sentenza soltanto dopo aver seguito il delinquente durante tutti gli atti dell'istruttoria, averne ricercato il passato attraverso tutte le sue manifestazioni, averne indagato

---

<sup>97</sup> Ivi, p. 42.

l'animo attraverso ripetuti colloqui anche di carattere confidenziale e per nulla attinenti al processo, averne conosciuto la famiglia, la casa, gli amici, e, insomma, aver vissuto il più profondamente possibile la vita stessa di lui»<sup>98</sup>. Si potrebbe obiettare che, così facendo, si giungerebbe non al giudizio sul delitto, ma solo sul delinquente; lo scopo di Spirito è, al contrario, quello di giungere a un giudizio che affronti la valutazione del delitto in relazione alla sua storia.

È, poi, nel compito del giudice dopo la sentenza che si ha una vera rivoluzione: pronunciando la sentenza, il magistrato «deve assumere la responsabilità del delinquente, deve risponderne a se stesso e agli altri, come il padre risponde del figlio o come l'educatore risponde dell'educando»<sup>99</sup>. La sentenza, quindi, non rappresenta più il culmine dell'attività del giudice, ma l'inizio del rapporto tra giudice e reo. In questa nuova visione, il giudice segue il condannato non solo durante lo svolgimento della pena, diventandone il confidente e potendo giungere, alla fine della condanna, a una sentenza di scarcerazione o di prosecuzione della pena pienamente consapevole, ma dovrebbe proseguire il rapporto con il reo anche dopo la scarcerazione, aiutandolo nel difficile momento del reinserimento in società. «Il giudice verrebbe», quindi, «ad avere un compito simile a quello del maestro», non solo perché «come il maestro procede alla sentenza, ovvero allo scrutinio, sul fondamento dei voti, delle note e delle osservazioni dell'anno scolastico, così egli dovrebbe procedere alla sentenza di liberazione o di proroga della pena, sul fondamento di tutte le indagini fatte e di tutti i dati raccolti durante il tempo di espiazione della condanna»<sup>100</sup>, ma anche, e forse soprattutto, perché nella nuova visione della pena, il giudice si tramuta in una sorta di consulente e guida spirituale del condannato. Il riferimento evidente è al *Sommario di pedagogia* di Gentile, da più parti è stato notato come, quest'opera, oltre a costituire uno dei presupposti teorici della filosofia del diritto gentiliana, e un punto di riferimento di primaria importanza per gli autori che stiamo qui trattando, costituisca anche il presupposto immediato del “giudice educatore” di Spirito. In effetti, il rapporto tra giudice e

---

<sup>98</sup> Ivi, pp. 53-54.

<sup>99</sup> Ivi, p. 54.

<sup>100</sup> Ivi, p. 55.

giudicando che si instaura nella nuova visione, ricalca molto da vicino quello tra maestro e allievo tracciato da Gentile: come lì maestro e scolaro dovevano fondersi l'uno nell'altro e la disciplina costituiva, più che il dovere dello scolaro, quello del maestro, così in Spirito giudice e giudicando vengono a essere uno e la pena si costituisce come il dovere del giudice che egli vive, assumendone il carico su di sé, assieme al condannato<sup>101</sup>.

La premessa alle nuove funzioni che il giudice deve assumere su di sé è una trasformazione radicale non solo nella procedura penale, ma anche nella formazione e nella carriera del giudice stesso. Per preparare un magistrato che deve dedicare la sua intera vita alla redenzione del delinquente è necessario separare recisamente le carriere del giudice civile e del giudice penale. «Carriera distinta deve significare soprattutto diversa preparazione culturale e diverso tirocinio» e, «la distinzione deve risalire fino all'ordinamento universitario e segnare due correnti di studi affatto diverse». La separazione tra i corsi di studio dovrebbe essere tanto radicale che «la preparazione del giudice penale dovrebbe essere solo in minima parte di carattere giuridico e in massima parte, invece, di carattere filosofico, storico e letterario» soprattutto, però, «dovrebbe essere integrata da un lungo tirocinio nelle carceri e nei manicomi, a diretto contatto con delinquenti e con alienati, per la conoscenza della loro personalità spirituale»<sup>102</sup>. La figura del giudice penale che si va delineando non è, dunque, quella di un esperto in materia giuridica, né del perito in un esame naturalistico e psichiatrico del delinquente, quanto piuttosto quella di un esperto conoscitore dell'umanità che, nel suo essenziale e fondamentale ruolo di educatore potrà, di volta in volta, servirsi dell'esperto in questa o quella materia specifica, ma per inserire il suo parere in una più ampia e più alta sistematizzazione e considerazione del delinquente. L'esperienza del giudice penale dovrà, poi, integrarsi con l'attività legislativa per fornirgli gli strumenti e i parametri adeguati alla prevenzione della delinquenza, sancendo, così, la trasformazione del giudice in studioso della psicologia e del fenomeno criminale.

---

<sup>101</sup> Cfr. *Supra*, pp. 4-7.

<sup>102</sup> U. Spirito, *Il nuovo diritto penale*, cit., p. 58.

Al nuovo modello del giudice si deve accompagnare necessariamente l'abolizione della giuria: se il ruolo dei giurati trovava, come del resto la rigida determinazione legislativa della durata della pena, la sua giustificazione storica nell'essere organo di garanzia contro gli abusi di una giustizia penale che assumeva carattere politico e a tratti vendicativo, nella nuova concezione dello Stato non è più così. Accanto a questa considerazione storica trovano luogo altre di carattere più tecnico: i giurati vengono a contatto con l'imputato solo per il breve volgere del dibattimento e sono, inoltre, privi di qualsiasi formazione specifica.

Il progetto Rocco aveva messo in evidenza alcune delle problematiche derivanti dall'istituto del giurì così come era attuato nella procedura italiana previgente senza, tuttavia, mostrare piena consapevolezza di tutte le implicazioni morali e pedagogiche che dall'esistenza di tale istituto derivavano. In particolare il guardasigilli aveva, nella relazione ministeriale, fissata l'attenzione sul duplice livello di giudizio che si aveva nelle Corti d'Assise, mettendo in dubbio la validità e la sensatezza di distinguere il giudizio *di fatto* dal giudizio *di diritto*. La necessità che muoveva il ministro era, in particolare, quella «di un controllo più serio e più competente nella formazione del verdetto» che si sarebbe potuta ottenere «ammettendo i giurati a decidere, insieme col magistrato, e questo con quelli le questioni tutte di fatto e di diritto, e a procedere insieme all'assoluzione o alla condanna e alla conseguente applicazione della pena». Ci si orientava, così, verso una soluzione più vicina allo scabinato che alla giuria vera e propria.

Anche rispetto a questa soluzione, Spirito non nasconde delle perplessità, che espone diffusamente in due appendici al testo. Vengono qui argomentate le motivazioni – già esposte altrove e nell'ordine del giorno presentato da Spirito alla riunione del giugno 1926 dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale, che viene riportato nel testo – contro l'istituto dei giurati. Le motivazioni contro il giudizio popolare possono ricondursi a tre radici fondamentali: 1) di carattere politico, 2) di carattere giuridico, 3) di carattere tecnico-procedurale. I secondi due punti possono esser visti insieme.



Per quanto riguarda il primo, Spirito si limita a ribadire l'inutilità di un organismo sorto a tutela dell'imputato di fronte alla legge in una concezione che non vede più l'opposizione di cittadino e Stato. Per quanto riguarda gli altri due, invece, oltre a ribadire la scarsa conoscenza dell'imputato che il giurato può raggiungere e la sottrazione del ruolo pedagogico del giudice che dall'istituto dei giurati deriva, Spirito mette in evidenza come «il verdetto di Corte d'Assise è l'unico esempio di sentenza non motivata, che si abbia nell'amministrazione della giustizia»<sup>103</sup>, risultando spesso viziato da motivazioni umorali più che razionali. Contro la difesa dell'istituto dei giurati fatta in nome di una maggiore libertà di cui essi godrebbero rispetto ai magistrati e alla conseguente ipotetica eventualità che il loro giudizio, oltrepassando la norma, restituisca a un giudizio giuridicamente corretto, ma ingiusto, un equo giudizio morale, Spirito rivendica la possibilità di risolvere il problema assegnando maggiore libertà al magistrato stesso, senza dover correggere il diritto attraverso una violazione del diritto.

Quanto a una riforma che vada nel senso di uno scabinato, Spirito la ritiene una falsa soluzione se non proprio una soluzione peggiore del male. La cooperazione più stretta tra giudici popolari e togati trasformerebbe il male della giuria in più sottile e insidioso, intanto perché «riunendo giudici popolari e togati, questi ultimi dovrebbero venire a compromesso con i primi e portare la discussione su un terreno in cui l'empiria avrebbe il predominio sulla competenza»<sup>104</sup>, ma poi anche perché il giudice togato finirebbe così per assumere direttamente su di sé la responsabilità del verdetto – cosa che non avviene nel caso di una giuria vera e propria – diminuendo insieme al suo personale il prestigio della magistratura. Nella critica a una riforma che vada nel senso dello scabinato si coniugano, dunque, le critiche già viste a proposito della giuria, in particolare per quanto riguarda l'impossibilità di fatto di seguire il reo nella sua redenzione, con altre che hanno carattere anche politico nei riguardi della magistratura. In questo secondo senso è da leggersi l'appello rivolto al ministro Rocco che «risolverà il problema riportandolo nei suoi termini precisi. Termini che non possono non essere politici, in quanto politico è ogni istituto dello

---

<sup>103</sup> Ivi, p. 130.

<sup>104</sup> Ivi p. 132.

Stato e particolarmente politiche sono le origini e le ragioni della giuria; termini che sono scientifici, in quanto la funzione del giudice penale deve ormai essere sottratta al tradizionale empirismo, essenzialmente antieducativo»<sup>105</sup>.

Con la nuova concezione del ruolo del giudice penale e la conseguente proposta di abolizione degli istituti di giuria e scabinato, la proposta di una riforma del modello penale italiano, che riporti l'esame dell'atto delittuoso all'interno dell'ambito morale giunge al termine. Le esigenze espresse da scuola classica e positiva giungono, se non a una sintesi, perlomeno a un felice compromesso. Il carattere educativo della pena si rivela al contempo curativo ed etico, inoltre, rinunciando al carattere retributivo proprio della pena per come era intesa dagli esponenti della scuola classica, e non escludendo il delinquente dal consesso sociale, dimostra una più alta considerazione del reo – che permane nell'esser ritenuto partecipe di quell'umanità e di quella socialità che gli venivano in certa misura sottratte tanto dai classicisti quanto dai positivisti – nella consapevole affermazione della necessità di un rapporto che dalla sua natura pedagogica ricava il suo valore etico.

---

<sup>105</sup> Ivi, p. 138.

## **Arnaldo Volpicelli**

La figura di Arnaldo Volpicelli è legata a filo doppio a quella di Ugo Spirito e, con essa, al dibattito intorno al corporativismo che, in particolare ad opera di Giuseppe Bottai, fu promosso a cavallo tra gli anni venti e trenta e che raggiunse il suo culmine – perlomeno per quanto riguarda la vicenda di Volpicelli e Spirito – col *Convegno di Studi Corporativi di Ferrara* del 1932, cui seguirono le accuse di “comunismo” rivolte ai due gentiliani e la chiusura, voluta dal Ministro Cesare Maria De Vecchi, dei *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, di cui Volpicelli era condirettore insieme a Spirito.

L'attenzione di Volpicelli non si incentra, come invece osservato negli autori trattati in precedenza, in una riflessione filosofica approfondita sulla scaturigine del principio giuridico. La sua opera è tutta concentrata sul problema del corporativismo, nel rintracciarne i fondamenti scientifici e dogmatici e nello stabilire l'identità di società e Stato. È corretto, quindi, affermare, con Giovanni Franchi, che «la sua produzione scientifica e la sua effimera popolarità, si concentrano, a ben vedere, in un arco di tempo assai breve, cioè a cavallo tra gli anni Venti e Trenta»<sup>1</sup>. La specificità e, come forse è lecito dire, l'angustia tematica e temporale del pensiero di Volpicelli, non devono condurre in inganno circa la sua inutilità. Se, come nel caso degli autori che abbiamo finora trattato, è d'obbligo tenere presente una certa inattualità del pensiero, pure, non bisogna esagerare quest'assunzione: è vero, al contrario, che questi autori possono aiutarci a comprendere la crisi della dottrina giuridica italiana del Novecento e che, in particolare per quanto riguarda Volpicelli e Spirito, tratti di attualità permangono ancora oggi se uno studioso come Fulco Lanchester si spinge provocatoriamente fino a raccomandare la lettura delle teorie giuslavoristiche dei due pensatori come scalino fondamentale per comprendere le origini del diritto del lavoro contemporaneo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> G. Franchi, *Arnaldo Volpicelli. Per una teoria dell'autogoverno*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2003, p. 6.

<sup>2</sup> Cfr. F. Lanchester, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano 1994. In particolare il capitolo III.

Come, in certa misura, per gli autori già trattati e, in particolar modo per Ugo Spirito, il testo gentiliano cui Volpicelli fa maggiormente riferimento è il *Sommario di Pedagogia* ed è altrettanto rilevante che la filosofia del diritto sia in Volpicelli strettamente legata alla filosofia politica, tanto da rendere indistinguibili i due campi d'azione, eliminandone del tutto i confini. Dire diritto è, dunque, dire politica e dire politica è, almeno sotto un certo aspetto, dire azione pedagogica dello Stato.

La riflessione di Volpicelli muove dalla necessità di ripensare il classico schema liberale all'interno della filosofia gentiliana. Negli anni che partono dal 1927, ovvero dall'inizio delle pubblicazioni dei *Nuovi Studi* si assiste, tuttavia, a un parziale mutamento delle posizioni, che conduce al passaggio da uno schema antropologico in tutto e per tutto riconducibile a quello di Gentile, in cui il diritto è inteso come *voluta* dell'individuo universale, a uno schema in cui un maggior ruolo viene assegnato alla società e che segna la fase corporativista di Volpicelli.

### **Gli anni 1924-1926: *Natura e Spirito e Pedagogia polemica.***

Gli anni che vanno dal 1924 al 1926 segnano, come è stato notato, il banco di prova dell'attualismo come componente teorica dell'ormai affermatosi regime fascista<sup>3</sup>. Passato il delitto Matteotti, «idiota e nefando», secondo la definizione datane da Volpicelli<sup>4</sup>, Gentile firma, insieme ai colleghi Oviglio, Federzoni e De Stefani, una lettera di dimissioni da ministro che, anziché smarcarlo dal regime, segna il suo legame definitivo con esso. Maggiore, Spirito e Volpicelli, lo seguirono

---

<sup>3</sup> «La crisi del regime fascista, dovuta all'omicidio di Giacomo Matteotti (10 giugno 1924), provoca una frattura anche tra i liberali legati alla scuola di Gentile. Alcune figure già vicine al filosofo siciliano prendono le distanze dal fascismo: è il caso di Giuseppe Lombardo Radice, con la sua rivista "L'Educazione Nazionale", poi di Ernesto Codignola, dello storico Adolfo Omodeo, di Guido De Ruggiero ecc., mentre diventa definitiva la rottura con Benedetto Croce (autunno '24). Gentile, al contrario, pur dimettendosi da Ministro della Pubblica Istruzione, si lega definitivamente alla politica di Mussolini. Lo seguono nella sua scelta Giuseppe Maggiore, Armando Carlini; dei "romani": Ugo Spirito, Carmelo Licitra, Acuzio Sacconi e Arnaldo Volpicelli che, fin dagli inizi del 1925, danno vita al comitato di redazione de "L'Educazione Politica", continuazione de "La Nuova Politica Liberale" e organo dell'Istituto Nazionale Fascista di Cultura» (G. Franchi, *Arnaldo Volpicelli*, cit., pp. 36-37). Si vedano anche: R. De Felice, *Mussolini il fascista. La conquista del potere, 1921-1925*, Einaudi, Torino 1966, in particolare le pp. 644 e sgg., S. Romano, *Giovanni Gentile. La filosofia al potere*, Bompiani, Milano 1984, pp. 187 e sgg. e A. Tarquini, *Il Gentile dei fascisti. Gentiliani e antigentiliani nel regime fascista*, cit., pp. 44-45.

<sup>4</sup> A. Volpicelli, *Il Fascismo e lo Stato*, in *L'educazione politica dell'Italia e il fascismo*, Remo Sandron Editore, Palermo 1929, p. 93.

nella sua scelta. Per quest'ultimo, in modo forse ancor più forte che per gli altri, si trattava, tuttavia, anche di mostrare discontinuità politica e scientifica con gli aspetti più deteriori del fascismo, di attuare una distinzione tra fascismo e fascisti che presenta non poche difficoltà in una filosofia tutta tesa a identificare la volontà con l'atto della volontà, con l'espressione corporea e, in definitiva, lo spirito col corpo, e che risulta, pertanto, più verbale e teorica che pratica e reale. Il tentativo di distinzione, tuttavia, apre le porte alla comprensione di cosa intendesse Volpicelli per fascismo: si trattava, come in buona misura anche per Ugo Spirito, di un movimento ideale, di un'interpretazione sociale che poco aveva a che fare con la vicenda storica del regime italiano, ma che in esso cercava, convinta di scorgervelo, il suo inveramento mondano. Quello che si vuole dire non è che la partecipazione di Volpicelli al regime non fosse convinta e consapevole, ma che il fascismo, come dimostrato dalla vicenda politica di Spirito, non era l'esito strettamente necessario delle teorie promosse dai fondatori dei *Nuovi studi*. Per correttezza, bisogna tuttavia notare come, contrariamente al collega più giovane, Volpicelli non facesse mai sentire la sua voce nel dibattito marxista all'indomani della caduta del regime mussoliniano. Il tentativo di distinzione assume poi un'ulteriore luce se si tiene presente l'esigenza di unità insita alla riflessione di Volpicelli e, soprattutto, quella di giungere all'identificazione di individuo, Stato e partito pensato non come egemonico, ma come unificazione morale del paese.

Va rilevato come in Volpicelli, per lo meno nella fase che stiamo esaminando, ci si trovi di fronte al concetto di un'unità della vita pensata in modo più forte e con accenti a tratti più positivisti di quanto avveniva nel sodale Spirito. Il corpo, identificato con lo spirito sulla base di un'interpretazione spirituale delle funzioni fisiologiche e dell'assunto che «il corpo, la realtà naturale non sono nulla fuori e indipendentemente dalla nostra esperienza»<sup>5</sup>, porta all'identificazione dell'io col mondo. Il vero corpo è tutto l'universo, «non è, infatti, evidente che il corpo umano, ad es., non sussisterebbe un istante, senza la respirazione e la nutrizione [...]? È chiaro, infatti, che né i nostri polmoni sarebbero tali fuori e senza l'aria; né l'aria

---

<sup>5</sup> A. Volpicelli, *Natura e spirito*, De Alberti, Roma 1925, p. 25.

sarebbe tale fuori e senza i nostri polmoni»<sup>6</sup>. Quest'unità della vita su base naturalistica e fisica, prelude al concetto di una superiore unificazione dell'io con lo Stato e con la società. Poggiando sull'unità di di stimolo e sentire, Volpicelli giunge ad asserire l'unità del mondo col corpo considerato fisiologicamente. Tuttavia «ulteriormente considerato e indagato nella sua vita più vera, è una realtà fenomenica, un mondo sensibile, un processo infinito di azioni e reazioni spirituali [...]. Che la realtà non sussista al di fuori dell'io, dell'esperienza sensibile o tattile, significa appunto che l'io è il cosmo stesso vivente, animato, cosciente di sé: che l'azione dell'io è, immediatamente e in se stessa, azione cosmica, creazione e trasformazione immanente del mondo»<sup>7</sup>.

L'affermazione della coincidenza di io e mondo nell'attività creatrice dell'io conduce «a una considerazione attualisticamente concreta, [nella quale] la vita dello spirito si svela e chiarisce come sempre nuova ed autonoma posizione di sé; e i così detti “limiti insuperabili”, le così dette “leggi costitutive” dello spirito umano, si svelano e chiariscono come ipostatizzazioni realistiche degli schemi, onde noi ordiniamo, e cioè generalizziamo e fissiamo, le nostre esperienze storicamente determinate e continuamente cangianti»<sup>8</sup>. Il corpo si rivela, dunque, individuale, dove lo spirito rappresenta l'universale processo di creazione di sé. Quello che, tuttavia, traspare in questa formulazione è la considerazione della legge come procedente per astrazione da una molteplicità di casi e, non casualmente, il riferimento è qui al Croce della *Filosofia della pratica* che, come è noto, considerava le leggi quali «atti volitivi concernenti classi di azioni»<sup>9</sup>. Come alle così dette leggi naturali non poteva essere a pieno diritto assegnato il nome di leggi, perché è mancante in esse l'elemento volitivo, così, per Croce, non possono essere chiamate leggi quelle morali o individuali che hanno per oggetto una forma o un atto singolo: «per la mancanza dell'elemento di generalità o di classe, non si può chiamare, e nessuno chiama, legge un atto volitivo individuato e singolo»<sup>10</sup>. L'argomentazione

---

<sup>6</sup> Ivi, p. 59.

<sup>7</sup> Ivi, p. 70.

<sup>8</sup> Ivi, p. 73.

<sup>9</sup> B. Croce, *Filosofia della pratica*, cit., p. 317.

<sup>10</sup> Ivi, p. 319.

crociana, esplicitamente richiamata da Volpicelli, prosegue notando come, se in una parata militare può sembrare che tutti compiano lo stesso movimento, a guardare con più attenzione risulta evidente la diversità e l'unicità dei movimenti di ciascuno, da cui il movimento apparentemente unico è tratto per astrazione<sup>11</sup>. Dal che il nostro conclude che «in concreto, non si può, insomma, parlare *del* corpo, ma *dei* corpi; e, di essi, come di realtà che infinitamente divengono»<sup>12</sup>. Se ne deduce una infinita libertà creatrice dello spirito che, però, esclude, proprio in virtù della sua creatività, ogni arbitrarietà dal suo atto. Ancora si può sentire un'eco crociana: l'arbitrio «non è guida, ma mancanza di guida; non azione, ma inazione, ossia azione contraddittoria; non attività, ma passività»<sup>13</sup>. L'arbitrarietà implicherebbe il caos che è il contrario del mondo. La libertà dell'Io si pone, dunque, come storia che è «unità e continuità del processo di posizione della libertà e del processo di realizzazione del mondo»<sup>14</sup>.

Sul piano filosofico-politico e, in senso lato, filosofico-giuridico, sono gli anni della costruzione di una pedagogia politica che, muovendo da tematiche gentiliane e passando per la difesa della riforma della scuola, giunge a considerare come eminentemente pedagogico il ruolo dello Stato. Rispondendo, dalle pagine de "L'educazione Nazionale" alle critiche che Maresca aveva mosso alla riforma, accusata di tradire le stesse primitive istanze dell'attualismo nel momento in cui riduceva al minimo gli spazi di autonomia per i maestri elementari, Volpicelli dà corpo a una sua idea di liberalismo: promuovere la libertà è, agli occhi del filosofo romano, il cardine e il compito stesso dell'attualismo, ma «la libertà di cui esso parla, non è una vuota libertà, ma una libertà concreta che, proprio in virtù di questa sua concretezza, implica un principio determinato d'azione»<sup>15</sup>. La conseguenza, per quel che riguarda l'insegnamento, è l'assunzione di un principio di libertà basato non su un preteso e preesistente spazio vuoto all'azione del maestro – libertà che rivelerebbe accenti naturalistici e anarchici che finirebbero per distruggere ciò che, mediante

---

<sup>11</sup> Cfr. *ivi*, pp. 329-330. Una trattazione più diffusa e maggiormente approfondita della filosofia del diritto crociana, con un parziale mutamento di accenti, sarà sviluppata da Volpicelli in un saggio del 1927, che vedremo in seguito.

<sup>12</sup> A. Volpicelli, *Natura e spirito*, cit., p. 75.

<sup>13</sup> B. Croce, *Filosofia della pratica*, cit., p. 338.

<sup>14</sup> A. Volpicelli, *Natura e spirito*, cit., p. 79.

<sup>15</sup> A. Volpicelli, *Una rivendicazione dell'idealismo contro la riforma della scuola elementare*, in *Pedagogia polemica*, De Alberti, Roma 1925, p. 33.

l'educazione di matrice statale, si deve costruire – ma coincidente con la sua azione stessa, che edifica la sua libertà concreta con e nello Stato che regola l'insegnamento. Per quanto riguarda, invece, il secondo corno della questione, lo Stato, si può assistere all'inizio di una considerazione che non vede in esso se non l'inveramento e la realizzazione della libertà concreta del cittadino.

L'insistenza sullo stretto rapporto che lega pedagogia e politica è, in massima parte, la conseguenza del rifiuto di interpretare la realtà naturalisticamente. L'educazione può essere interpretata come apolitica solo nella concezione naturale e democratica della libertà, laddove, considerando quest'ultima come un dovere da realizzare e, perciò, avente la regola e la sovranità al suo interno, non può considerarsi al di fuori del processo storico in cui si pone. La natura politica della scuola rivela, allora, la connessione della cultura con i problemi reali della vita dell'uomo e il suo condizionamento sulla base delle situazioni storiche e nazionali. Occorre, poi, ricordare la scaturigine della sovranità dello Stato, individuata, in questa fase, nella possibilità stessa di impartire un'educazione: lo Stato esiste «come Stato sovrano perché e in quanto educatore e formatore della coscienza umana»<sup>16</sup>. Considerare la scuola in via apolitica si può solo permanendo nella separazione di pensiero e vita, se da questa posizione si passa a quella per cui «l'universalità del pensiero non consiste già nell'astratta e statica inalterabilità, identità e contrapposizione alla vita, che è divenire e contrasto; si vero nella sua effettività di principio creativo di vita»<sup>17</sup>, si giunge alla conclusione che la scuola non possa essere apolitica: «la scuola non può essere apolitica (metapolitica!), poiché, esso, il sapere, culmine e meta ideale della vita dello spirito, non è apolitico, o indifferente ed estraneo agli interessi della vita, quale essa si configura e si ordina nella concretezza del mondo storico; ma è, appunto, espressione e risoluzione dei problemi concreti della vita dell'uomo, che non è mai un uomo in generale (il concetto astratto di sé!), ma un individuo storicamente e politicamente determinato»<sup>18</sup>. Più che di fronte alla considerazione della politicità dell'educazione, allora, ci troviamo di fronte

---

<sup>16</sup> Ivi, p. 28.

<sup>17</sup> A. Volpicelli, *Scuola e politica*, in ivi, p. 89.

<sup>18</sup> Ivi, p. 91.



all'affermazione dell'identità di educazione e politica, identità che assegna alla seconda natura eminentemente pedagogica.

La nuova considerazione della libertà passa attraverso il rinnovamento del concetto di liberalismo che importa il superamento dello Stato giuridico, ovvero della distinzione tra ordinamento giuridico formale e mondo della vita politica. Si tratta dell'anticipazione delle esigenze che, di lì a pochi anni, prenderanno forma nelle teorie corporative. Il nuovo liberalismo rappresentato, secondo l'opinione dell'autore, dal fascismo dovrà prendere forma di Stato-partito, non nel senso di Stato del partito egemonico, ma Stato di quel partito che, dominando in un dato momento storico, si fa portavoce delle esigenze e dello spirito del tempo. Lo Stato così inteso si rivela non vuoto contenitore, ma guida per la vita culturale, spirituale e sociale del Paese. In questo quadro, i singoli partiti, anziché dover essere soppressi, vanno intesi non come «spazialmente coesistenti e interferenti *ab extrinseco*, ma come dialetticamente immanenti in un processo unico di vita politica, che in essi si individua e si sostanzia»<sup>19</sup>. La conseguenza è che lo Stato partito, lungi dal coincidere con la dittatura di un partito unico, finisce per rivelarsi come la forza giuridico-politica prevalente che, tuttavia, «deve necessariamente spogliarsi, per essere Stato, delle sue scorie particolaristiche, del suo spirito partigiano e fazioso, del suo *illegalismo*, che è, poi, manomissione dello Stato, e però della sua stessa realtà di partito di governo»<sup>20</sup>. Dire *Stato-partito*, allora, significa non dire Stato partigiano, ma più correttamente, Stato politico, concretezza che nega il formalismo dello stato liberale e giuridico per trasformarla in contenuto, l'attributo "partito" perde, quindi, il suo originario significato. In questa chiave, Volpicelli polemizza con Maggiore che auspicava la trasformazione dello Stato fascista in forma assolutista che è, invece, l'esatto contrario del partito che esce dal processo di universalizzazione e di politicizzazione dello spirito nazionale. In una certa misura, stato-partito equivale, quindi, a dire stato storico.

---

<sup>19</sup> A. Volpicelli, *lo Stato come Stato-partito*, in *L'educazione politica dell'Italia e il fascismo*, cit., p. 108.

<sup>20</sup> Ivi, p. 102.

Il modello volpicelliano è quello di uno Stato che deve andare a coincidere con la vita politica, per farsi espressione di tutte le forze sociali. Lo Stato di diritto è, in questo modello, superato nella realtà storica. «Ma la politicizzazione dello stato rappresenta, al contempo, la statalizzazione del partito vincente. In ciò noi possiamo vedere in Volpicelli ancora l'esigenza di comporre la contrapposizione tra quello che è stato definito il fascismo "movimento" e il fascismo "regime"»<sup>21</sup>. Tuttavia, è d'obbligo notare come, in Volpicelli, al pari che in Spirito, l'accento cada sempre sulla capacità rivoluzionaria e spirituale del fascismo inteso costantemente come movimento di popolo teso alla ricerca della propria unità, capace di riassumere in sé le esigenze della concezione liberale e statalistica sintetizzate con quelle della tradizione socialista.

### **Il confronto con la dottrina: Croce, Romano, Del Vecchio.**

Proprio alla sintesi con posizioni socialiste e comunesteggianti si deve, in buona misura, lo sviluppo della fase successiva della riflessione di Volpicelli, attenta più che a riconoscere nello Stato l'educatore e il culmine spirituale della vita del cittadino, a ricercare la base dell'esistenza stessa dello Stato nel lavoro e nell'azione sindacale.

La fase della riflessione corporativa di Volpicelli coincide in modo quasi integrale col periodo della vita della rivista *Nuovi studi di diritto, economia e politica* e giunge al culmine, come già accennato, con il *Convegno di studi Sindacali e Corporativi* di Ferrara del 1932. Non si deve, però, ritenere che la riflessione del filosofo romano sia in questa fase tutta assorbita dallo studio del corporativismo. Ad esso si intreccia la formulazione di una filosofia giuridica che muove principalmente dal confronto con la dottrina e dalla critica delle teorie di Del Vecchio e Romano ma anche, e forse soprattutto, con la filosofia del diritto di Benedetto Croce.

Alla teoria del diritto del filosofo abruzzese, Volpicelli dedica nel 1927, anno di fondazione dei *Nuovi studi*, un lungo saggio. «Il Croce risollevara l'indagine

---

<sup>21</sup> G. Franchi, *Arnaldo Volpicelli*, cit., p. 43.

filosofica del diritto a un'indiscussa dignità filosofica e a quel superiore grado speculativo raggiunto dal pensiero moderno (Hegel), ma pressoché del tutto sfuggito ai posteriori cultori della filosofia del diritto, precipitata e sommersa nella confusionaria sociologia naturalistica e negli empirici guazzabugli dell'enciclopedia giuridica e della teoria generale del diritto»<sup>22</sup>. Il merito principale della dottrina crociana viene rintracciato nella considerazione storica del diritto, che abbatte «l'assurdo ed anacronistico giusnaturalismo, che entifica e immobilizza l'immanente ed inesauribile universalità e idealità del diritto»<sup>23</sup>. I difetti ne sono invece rintracciati, in primo luogo in quella che è, a parere dell'autore, la sua natura positivista, rintracciabile nell'esigenza di catalogare e determinare i prodotti dello spirito umano, e che, a detta del filosofo romano, costituisce il movente primo della filosofia dello spirito di Croce. In secondo luogo Volpicelli critica la distinzione dell'attività dello spirito in economica e morale: «vogliamo dire, insomma, che quello economico non è un principio distinto di attività dello spirito od una forma attuale della volontà; ma un puro modo di presentarsi allo spirito del suo passato. Economica è solo la volontà attuata, e però giudicata; onde il valore puramente gnoseologico della categoria dell'utile, come criterio specifico di valutazione del “fatto” della volontà»<sup>24</sup>. Il sostanziale dualismo della definizione e i residui empirici presenti tanto nella riflessione sullo Stato, quanto in quella sulle leggi, rendono la conduzione crociana del tema insufficiente e incapace di cogliere il valore metafisico e storico dei temi trattati e della volontà, considerata nel suo astratto aspetto logico.

La posizione di Santi Romano viene analizzata nei *Nuovi studi* del 1929 in un saggio diviso tra il primo e l'ultimo fascicolo di quell'anno. La teoria di Romano «non vuol essere solo una costruzione scientifica storicamente convalidata e rispondente a perentorie esigenze di carattere tecnico, ma addirittura una teoria filosofica, pel fatto stesso di rivendicare i suoi titoli, con insistente e serrata polemica, contro la tradizionale filosofia del diritto»<sup>25</sup>. La dottrina di Romano coglie

---

<sup>22</sup> A. Volpicelli, *La teoria del diritto di Benedetto Croce*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, I, 1927-1928, p. 242.

<sup>23</sup> Ivi, p. 262.

<sup>24</sup> Ivi, p. 267.

<sup>25</sup> A. Volpicelli, *Santi Romano*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, II, 1929, p. 13.

nel giusto quando sostiene la necessità di non derivare le definizioni filosofiche e scientifiche del diritto dalla prassi giurisprudenziale, tuttavia, Romano, riconducendo il diritto alla sua origine sociale e collegando ogni specifica forma giuridica a una particolare forma di società, rivela la sua avversione alla filosofia, nel momento stesso in cui fa procedere la definizione del diritto dalle condizioni empiriche in cui l'istituzione sociale si viene a trovare. La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici che «nonché derivare dal concetto d'istituzione, deriva soltanto dalla sua chiarita accezione e degenerazione formalistica»<sup>26</sup>, è ciò che deve anzitutto essere respinto della teoria di Romano. La conseguenza della teoria in oggetto sarebbe di slegare il diritto dallo Stato, collegandolo, al contrario, ad ogni istituzione sociale e ricadendo nell'assunzione crociana secondo la quale anche le regole di una banda di delinquenti costituiscono un diritto. Presupporre, poi, un diritto sociale al diritto dello Stato, significherebbe muoversi nell'ambito del diritto naturale, scindendo in due il diritto. «La teoria statualistica, insomma, è l'unica vera teoria storicista del diritto, appunto perché lo Stato è solo e proprio la storica mediazione della società, il superamento "immanente" e continuo della "immediata" esistenza della società»<sup>27</sup>.

L'altro errore di Romano è quello di considerare l'ordinamento giuridico chiuso e concluso in sé stesso, elidendo, di fatto, il rapporto del giure con la vita: «la norma, infatti, è una *linea divisoria* tra le azioni umane, e, per ciò appunto, un principio di connessione e di assimilazione logica dei due mondi in cui le divide»<sup>28</sup>. Al di là delle critiche, Volpicelli riconosce a Romano il merito di aver superato le concezioni individualistiche e rapportualistiche del diritto per giungere alla formulazione della teoria dell'ordinamento giuridico come istituzione sociale. L'opera di Romano si rivela, quindi, di fondamentale importanza per la riedificazione della scienza giuridica: «la nuova scienza giuridica dovrà certo passare attraverso

---

<sup>26</sup> Ivi, p. 19. In queste righe è possibile scorgere un'affinità con le posizioni di Angelo Ermanno Cammarata, che avremo modo di analizzare nel capitolo a lui dedicato. La somiglianza, relativa soprattutto alla critica alla scaturigine sociale del diritto, e al rifiuto della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, si esaurisce in virtù dell'accento posto fortemente da Volpicelli sulla natura storica del giure.

<sup>27</sup> Ivi, p. 24.

<sup>28</sup> Ivi, p. 363.

l'opera del Romano, ma liberandola di quegli errori, che non sono soltanto suoi, ma di tutte le scienze sociali contemporanee»<sup>29</sup>.

Il confronto con la dottrina coinvolge anche l'opera di Del Vecchio. Quello portato avanti dalle pagine dei *Nuovi studi* del 1931 è un vero e proprio attacco che si concentra in primo luogo sulla separazione tra scienza giuridica e filosofia. L'errore di Del Vecchio è da rintracciarsi, in primo luogo, in un'errata interpretazione di Kant che lo porta a negare la creatività del pensiero e a presupporre la distinzione di universale e particolare. Del Vecchio muove quindi alla ricerca di un concetto logico, puro, del diritto concetto che, nell'interpretazione di Volpicelli è reso impossibile dalla stessa storicità del diritto e dal suo essere prodotto di un soggetto storico. Il diritto è da cogliersi nella sua realtà concreta, ovvero nell'atto suo, di conseguenza è da superarsi la distinzione tra diritto e morale e considerare il diritto nell'unione della società *in interiore homine*.

### **La riflessione sull'ordinamento corporativo**

Al di là del confronto con la dottrina e la filosofia del diritto, il nucleo centrale della riflessione volpicelliana è costituito dall'inserimento all'interno del dibattito sul corporativismo. La fase di maggior adesione al problema inizia nel 1929, anno in cui Volpicelli vince a Catania il concorso per l'insegnamento di Filosofia del diritto. Tuttavia non bisogna dimenticare alcuni scritti precedenti, in particolare *Società, stato e società di Stati* (1927)<sup>30</sup> che, pur non contenendo una dottrina che possa definirsi corporativista, e non trattando il tema del corporativismo, presenta in embrione quella che sarà la posizione di Volpicelli sul tema. «Stato è l'immanente forma politica della realtà sociale» ovvero la società che si autogoverna e si regge da sé, «società in quanto *autorevole* significa, insomma, *autogoverno* della società»<sup>31</sup>. La conseguenza del volgersi in direzione dell'assoluta coincidenza di individuo, società e Stato, che viene, dunque, a caratterizzarsi come lo stesso autogoverno del

---

<sup>29</sup> Ivi, p. 366.

<sup>30</sup> Cfr. G. Franchi, *Arnaldo Volpicelli*, cit., pp. 83-84.

<sup>31</sup> A. Volpicelli, *Società, Stato e società di Stati*, in "Nuovi studi di diritto, economia e politica", I, 1927-1928, p. 5.

cittadino, è quella di considerare il diritto nella sua natura eminentemente sociale, e però statale, evidente nell'affermazione che «nulla cioè che accada, viva ed operi nello Stato si sottrae al diritto [...]. Onde la coestensione e coincidenza assoluta tra la vita o il costume sociale e il diritto»<sup>32</sup>. Se, da un lato, questa formulazione è in parte sovrapponibile a quella che Gentile andava sviluppando in quegli anni – e che, di lì a poco, avrebbe introdotto negli ultimi due capitoli dei *Fondamenti*, riguardo a uno Stato che *nihil humani a se alienum putat* – dall'altro risulta evidente come, pur ridimensionata in teoria, l'esistenza di una pluralità di soggetti agenti in società acquisti qui maggior rilevanza rispetto al pensiero del maestro. Deve, comunque, essere chiaro che la società viene intesa dal filosofo romano come unità originaria, o, meglio, come «processo interiore di unificazione cosciente».

Nel 1930 Volpicelli viene chiamato a insegnare Dottrina generale dello Stato presso l'Università di Pisa. Nella prelezione, letta il 2 dicembre di quell'anno, si trova scritto: «la dottrina generale dello Stato, dal punto di vista del diritto è quindi la *teoria generale dell'ordinamento giuridico*, e poiché la nozione di diritto si risolve compiutamente in quest'ultima (in quella cioè di ordinamento giuridico), la dottrina generale dello Stato coincide puntualmente con la *teoria generale del diritto*»<sup>33</sup>. Si tratta di una posizione molto simile a quella di Giuseppe Maggiore, che affermava la convertibilità dei termini Stato e diritto, ma è soprattutto l'apertura a una trattazione filosofica del problema: cassata l'impossibilità di trattare autonomamente la dottrina generale dello Stato, Volpicelli afferma: «il nostro corso sarà nient'altro che un corso di filosofia del diritto, ma rigorosamente intesa in conformità coi più maturi e sicuri risultati del pensiero moderno; di filosofia del diritto, coraggiosamente liberata da tutte le sterili e vuote astruserie di cui la cenerentola del diritto e della filosofia è stata rimpinzata dai non filosofi e non giuristi, che ne hanno fatto il trastullo della loro incompetenza»<sup>34</sup>.

Il nucleo centrale del corso è rappresentato dall'esigenza di dimostrare la natura essenzialmente pubblica del diritto. Si parte, dunque, col notare la

---

<sup>32</sup> Ivi, p. 11.

<sup>33</sup> A. Volpicelli, *Natura, oggetto e limiti della dottrina generale dello Stato*, in “Nuovi studi di diritto economia e politica”, III, 1930, p. 359.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

coestensività del concetto di sovranità all'ordinamento giuridico e, di conseguenza, la coincidenza indissolubile di ordinamento giuridico e Stato. Ciò che è interessante notare è come, in ragione della coincidenza già ricordata di Stato e cittadino, qualsiasi azione interindividuale che abbia portata giuridica – l'esempio riportato è quello della contrattazione – non si riveli essere se non una manifestazione della sovranità dello Stato, con conseguente elisione del dualismo tra diritto pubblico e diritto privato. Il culmine dell'argomentazione sarà, allora, rappresentato dal «dimostrare la natura pubblicistica di tutto il diritto, compreso evidentemente quello così detto privato»<sup>35</sup>.

Per comprendere meglio questa posizione bisogna, però, guardare altrove: nella prefazione a *Corporativismo e scienza giuridica*, volume che raccoglie alcuni dei saggi che Volpicelli aveva prodotto sul tema, il filosofo romano afferma: «attraverso i vari saggi raccolti, si viene infatti determinando un'intera dottrina dello Stato

---

<sup>35</sup> Ivi, p. 364. «La sovranità» scrive Volpicelli «è attributo essenziale e coestensivo dell'ordinamento giuridico, o attributo inessenziale, o comunque proprio di alcuni organi e funzioni di esso? Risponderemo dimostrando che *l'attributo sovrano è essenziale e coestensivo a tutto l'ordinamento giuridico*, mercé una critica perentoria della concezione autocratica della sovranità, rimasta a fondamento e modello degli ordinamenti giuridici costituzionali. I quali, immedesimando la sovranità con alcuni istituti, competenti a porre individuare eseguire la norma giuridica, accoglievano pedissequamente il principio fondamentale dell'autocrazia». Così, «per quanto “costituzionalizzata”, costituita cioè per opera degli stessi soggetti con un'autolimitazione parziale del loro volere [...], la sovranità è tuttavia materializzata e contratta in un particolare organismo, sopraordinato, distinto, opposto al corpo sociale e all'ordinamento giuridico». È interessante rimandare in proposito alla dottrina di Kelsen, interlocutore critico di Volpicelli, con cui non mancano, però, interessanti punti di contatto. In proposito si vedano: A. Volpicelli, *Dalla democrazia al corporativismo*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, III, 1930. A. Volpicelli, *La teoria dell'identità di individuo e Stato*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, VI, 1933, H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Denticke Verlag, Leipzig-Wien 1934, trad. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1967, pp. 77-94 e 138-148 e H. Kelsen, *General theory of law and state*, Harvard University Press, Cambridge 1945, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Etas Kompass, Milano 1966, pp. 185-196. Ci pare condivisibile quanto affermato da Giovanni Dessì: «si può sostenere che Volpicelli intenda separare la difesa del liberalismo e della democrazia parlamentare dalla dottrina pura del diritto. Quest'ultima, come teoria avalutativa e formale, che prescinde dai contenuti e riafferma l'identificazione dello Stato con il diritto, eliminando definitivamente l'idea di diritto naturale, resta un'acquisizione valida per ogni ordinamento giuridico e quindi anche per lo Stato fascista [...]. Naturalmente la contrapposizione tra Volpicelli e Kelsen resta radicale: si tratta in fondo di una diversa valutazione dello Stato liberale» (G. Dessì, *Ugo Spirito. Filosofia e rivoluzione*, cit., pp. 59-61). Un'ampia trattazione dei rapporti tra Volpicelli e Kelsen è stata, di recente, svolta da Mario Losano nella vasta prefazione al volume di Hans Kelsen e Arnaldo Volpicelli *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, pubblicato nel 1930 e oggi ristampato per Aragno. Losano nota come i due «cercavano da posizioni opposte una soluzione ai problemi di quegli anni», ovvero come, pur da posizioni opposte, Volpicelli e Kelsen combattano gli stessi avversari, e come la prossimità scientifica tra i due non debba stupire, mettendo anche in luce la natura non unidirezionale dell'interesse, evidenziando come anche l'*entourage* kelseniano guardasse a Volpicelli, con particolare riferimento alla sua critica del dualismo tra diritto pubblico e privato. (cfr. H. Kelsen, A. Volpicelli, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo* (a cura di M. G. Losano), Aragno, Torino 2012, p. 8 e pp. 41 e sgg.).

corporativo, personalissima e concretissima. La forma che potrebbe racchiuderla è quella dell'*autogoverno* o del *super-liberalismo* [...]. Questo libro rivendica in pieno un'interpretazione "ultra-liberale" dello Stato corporativo»<sup>36</sup>. Si tratta di un'esplicita presa di posizione contro le accuse di comunismo che a lui – e a Ugo Spirito – erano state mosse all'indomani del convegno di Ferrara. Ma si tratta anche di un'interpretazione radicale del liberalismo, che si ricollega a quella, svolta anni prima, che individuava nel fascismo, e nella teoria dello Stato-partito, il liberalismo concreto. «Per ciò appunto l'obbiettivo costante delle mie indagini è il liberalismo, il falso e bugiardo liberalismo che, intendendo la libertà come *arbitrio dell'individuo dissociato*, e dovendo ciò non ostante far posto a un minimo di organizzazione e d'autorità statale che quell'arbitrio protegga e delimiti *ab extra*, distingue e spezza la libertà in due sfere: l'una *civile*, riservata al privato, cioè sottratta alla consociazione e alla connessa disciplina giuridica unitaria; l'altra *politica*, consistente nel nudo e crudo diritto, assicurato al cittadino, di eleggere una rappresentanza statale che eserciti, *in sua vece e per conto suo*, il potere d'impero»<sup>37</sup>. La lunga citazione rende evidente il punto centrale della questione, rintracciabile nella rivendicazione di una libertà sostanziale contrapposta a quella formale e astratta del liberalismo classico. Quello che si va cercando è il riassorbimento dell'autorità statale all'interno dell'attività dell'individuo, ovvero la consapevolezza di quest'ultimo di essere coincidente con lo Stato suo. Lo schema della trattazione si avvicina a al tema gentiliano della società *in interiore homine*.

Tuttavia, ciò che distingue la trattazione volpicelliana di tematiche che si potrebbero considerare più pertinenti a una trattazione di filosofia politica che di filosofia del diritto, è l'aver tentato di condurre il tema proprio sul piano della giurisprudenza, assegnandogli un valore anche per ciò che riguarda l'organizzazione pratica dello Stato. «Se un valore io non esito ad assegnare a questo volume» afferma l'autore «non è tanto per la dottrina che esso viene germinalmente e faticosamente sboccando attraverso la discussione e la critica, quanto *per l'aspetto giuridico in cui si sforza di profilarla*». Il diritto rappresenta, infatti, agli occhi dell'autore, la più

---

<sup>36</sup> A. Volpicelli, *Corporativismo e scienza giuridica*, Sansoni, Firenze 1934, p. V.

<sup>37</sup> Ivi, pp. V-VI.



impervia delle scienze sociali, attraverso la cui scarnità «culmina tutto il processo di elaborazione sociale»<sup>38</sup>. La formulazione giuridica degli istituti sociali rappresenta, quindi, il culmine della vita che in essi si deposita. Si evidenzia, così, la genesi filosofico-storica della giurisprudenza, che porta ad affermare la coincidenza di essa con la filosofia del diritto e di entrambe con la filosofia politica<sup>39</sup>.

L'identità di filosofia del diritto e giurisprudenza sembra essere, in un certo senso, inclinata a favore di quest'ultima, con una presa di consapevolezza della vacuità di una filosofia del diritto privata del suo oggetto e una conseguente assegnazione di concretezza alla giurisprudenza stessa. È stato, del resto, notato come uno dei tratti comuni agli allievi di Gentile che si applicarono al tema sia, a differenza del maestro, la considerazione e l'affermazione della concretezza del diritto: «giurisprudenza e filosofia del diritto sono un'unica e medesima cosa. La morte della giurisprudenza empirica è insieme la morte di quella vacua logomachia, che è stata ed è la filosofia del diritto»<sup>40</sup>. D'altro lato, però, si deve prendere coscienza della natura astrattiva della giurisprudenza, ma anche in questo caso si torna a confermare la sua genesi eminentemente storico-politica. «La natura astrattiva della giurisprudenza postula, insomma, la consapevolezza della concreta realtà politica sul cui fondamento e nel cui ambito è unicamente possibile e legittima l'astrazione giuridica [...]. La giurisprudenza si costruisce e distingue, come scienza positiva ed autonoma, solo nel suo riflesso ed immanente rapporto con la politica e con la storia»<sup>41</sup>.

È dalla consapevolezza della natura politica della giurisprudenza che Volpicelli muove per dare fondamento all'ordinamento corporativo, che dovrà procedere dogmaticamente da basi non istituibili per dogma, ma da rintracciarsi scientificamente. Se, infatti, la costruzione dell'ordinamento corporativo deve

---

<sup>38</sup> Ivi, p. VI.

<sup>39</sup> Cfr. ivi, pp. 6-7. «La natura filosofico-storica della giurisprudenza è dimostrata in atto dalle costruzioni giuridiche tuttavia dominanti [...], esse, infatti, concernono un ordinamento giuridico enucleatosi in conformità di principi e di necessità di vita storicamente determinati, e sono espressione di un congruente indirizzo spirituale. Non solo; ma tutta l'indiscutibile forza della legislazione e della giurisprudenza moderna deriva dall'intuizione fondamentale unitaria di cui è l'espressione: dalla filosofia politica che, interpretando le esigenze e le condizioni sociali dello spirito moderno, le informa e vi si incarna».

<sup>40</sup> Ivi, p. 7.

<sup>41</sup> Ivi, p. 5.

procedere per dogma, al contrario, non è possibile fondare per via dogmatica i suoi presupposti che vanno, invece, rintracciati per via scientifica. Nella relazione tenuta al convegno di Ferrara, e ripubblicata nel testo corredata dalle risposte alle obiezioni, che alcuni tra i cultori del diritto corporativo le avevano mosso, Volpicelli sostiene esser mancata la consapevolezza concreta dell'identità tra politica e giurisprudenza. La strada per giungere al corporativismo, che, nell'interpretazione di Volpicelli, si identifica con la coincidenza di società e Stato passa, allora, per l'abbandono del concetto materiale dello Stato in favore di un formalismo che non contrapponga, se non per via gnoseologica, i due termini in questione. Ci si correla, così, a quanto affermato nel saggio precedente riguardo al rapporto tra individuo e Stato: «a seconda, infatti, che preesista l'individuo o la società, l'altro termine è necessariamente fittizio e contingente» e ancora: «un'autorità che non viva e non viga nella coscienza è un fatto bruto (indistinguibile dalla forza della natura): essa ha un senso solo se è un valore; ma tale è solo nella coscienza dell'individuo: se è liberamente voluta: se è la norma interiore della libertà»<sup>42</sup>. La conseguenza per il concetto di Stato è che «esso non può più intendersi, coerentemente alla logica della premessa atomistica, come un particolare organo trascendente – autocratico, legalistico, burocratico – dotato delle così dette funzioni politico-giuridiche e dei così detti servizi d'utilità generale (*cura promovendae salutis*; fine sociale); ma come l'organismo integrale ed immanente della vita sociale»<sup>43</sup>. Attraverso l'affermazione della coincidenza dello Stato con gli individui si giunge alla già accennata coincidenza del diritto pubblico con quello privato, in modo non da sminuire la personalità dell'individuo, ma da elevarla a momento organico e responsabile dello Stato.

Lo scopo ultimo della concezione corporativa portata avanti dal nostro è l'assorbimento dei conflitti di categoria: «lo Stato vuole appunto riaffermare la sua autorità nei confronti delle classi sociali che coi loro conflitti ne minano le basi». Sotto un certo aspetto, quindi, «il più stilizzato concetto tradizionale dell'autorità dello Stato, delle funzioni e dei fini dello Stato, dei mezzi per conseguirli, è ancora

---

<sup>42</sup> Ivi, pp. 11-12.

<sup>43</sup> Ivi, p. 13.

inegabilmente presente nella primissima fase della legislazione corporativa»<sup>44</sup>. Il punto è, tuttavia, superare il concetto stesso di un possibile conflitto tra classi sociali e, con esso, l'idea di molteplicità. I molti «ci sono e possono esserci solo per guerreggiarsi e distruggersi, non per integrarsi e concorrere a un'unica realtà positiva (la società) [...]. Perché la molteplicità si giustifichi, occorre che non importi *ab initio* la sua distruzione; ma ciò è possibile solo se è originariamente connessa, se è, per sua interna natura, collaborazione e concorso ad un'unica realtà positiva: che è, per l'appunto, il solo concetto *logico* di società»<sup>45</sup>. Come già si è avuto modo di accennare, la società si presenta, dunque, non come unificatrice e sanatrice di conflitti, ma come quell'unità originaria che precede il molteplice e il conflitto ad esso correlato, facendoli concorrere nell'unità sua. Lo Stato è, quindi, *l'interesse* della società stessa, ovvero degli individui che vi partecipano in quanto soci, in modo che «ciascuno nella sua veste di cittadino o di "socio" [...], è solo colui che partecipa dell'interesse della società statale»<sup>46</sup>. Ci si indirizza, così, verso una concezione sostanziale e non formale dello Stato, di cui il corporativismo rappresenta l'espressione, che conduce a una concezione assolutamente sociale dell'individuo stesso e che, spostando la questione dall'ambito istituzionale a quello etico, contrasta ogni teoria favorevole a una pluralità di ordinamenti giuridici, possibile solo ove si consideri astrattamente il diritto, sciogliendolo dalle sue implicazioni politiche e sociali.

Al contrario, il corporativismo riaffermerebbe i valori spirituali del diritto e dell'individuo in quanto *socio*, correlato indissolubilmente alla società sua. «Questa concezione assolutamente sociale dell'individuo-persona e, per converso, assolutamente individuale della società, è il principio primo, il *presupposto speculativo caratteristico* del corporativismo»<sup>47</sup> che porta alla considerazione della società come *organismo unitario integrale*.

Si giunge, così, a trattare il problema dell'autorità nello Stato corporativo, che Volpicelli affronta polemizzando con Pellizzi. Il punto è: «come può essere

---

<sup>44</sup> Ivi, p. 31.

<sup>45</sup> Ivi, pp. 34-35.

<sup>46</sup> Ivi, p. 38.

<sup>47</sup> Ivi, p. 51.

trascendentale l'autorità, se l'uomo ha da essere "libero" (metafisicamente, spiritualmente libero), se l'autorità deve costituire un "valore", e non un "fatto"?»<sup>48</sup>. L'essenza valoriale dell'autorità, fa sì che essa possa sussistere solo se posta o riconosciuta da noi, interna e immanente all'individuo. Analogie possono essere rinvenute rispetto al modo in cui, nel pensiero di Ugo Spirito, venivano affrontati, sul terreno del diritto penale, il ruolo della sanzione e la funzione della coazione procurata dalla norma e interpretata come sempre immanente al soggetto che, per astrazione, poteva dirsi coartato. Più esplicita risulta, tuttavia, la ripresa del tema gentiliano della forza *a parte subjecti*, che trova una sua originale riformulazione in seno alla teoria dello Stato corporativo. L'errore fondamentale di Pellizzi era quello di far derivare la società dall'autorità, con una sostanziale inversione dei termini: «l'autorità, dunque, fundamentalmente immanente, risiede e s'immedesima logicamente nella società. La progressiva conquista storica di questo concetto promuove il correlativo sviluppo delle istituzioni giuridiche, in cui si viene sempre più adeguatamente incarnando quella identità»<sup>49</sup>. Lo scopo del diritto pubblico contemporaneo è, appunto, quello di erodere il principio di un'autorità esterna, il ruolo del *principe*, per esplicitare la sua coincidenza con lo spirito storico della società.

Il corporativismo si presenta, allora, come il realizzatore della formula democratica, «democraticamente irrealizzabile», "tutti sovrani, sovranità di tutti", realizzata attraverso la comprensione delle volizioni individuali: «il corporativismo, qual è da noi inteso, nonché escludere o disconoscere, postula esplicitamente e realizza "compiutamente" la molteplicità delle volizioni individuali del fine pubblico, conciliandola, anzi, facendola coincidere con la più solida unità-autorità statale» e, ancora, lo Stato corporativo «è lo Stato delle corporazioni, *e solo di esse*; lo Stato, cioè, che il suo potere d'impero non contrae più *in un organo sopraelevato specifico* [...]. Ma colloca, realizza ed "esaurisce" *nelle stesse corporazioni, e quindi in tutto il corpo sociale ovunque e comunque operante*»<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Ivi, p. 194.

<sup>49</sup> Ivi, p. 196.

<sup>50</sup> Ivi, p. 198.

L'interpretazione volpicelliana dello Stato corporativo si indirizza, dunque, a metterne in evidenza la natura essenzialmente non rappresentativa: «che è la rappresentanza? È un istituto giuridico che presuppone la distinzione “reale” tra la *potestà* di volere e l'*esercizio* di essa: tra il titolare astratto dell'autorità e chi concretamente l'esercita [...], è la sovranità del monarca oppure del popolo? Ebbene, l'organo che per delegazione e per mandato di essi concretamente la eserciti, è il rappresentante, e solo il rappresentante, della sovranità. Conseguenza. Rappresentativo è, a rigore, non solo lo Stato democratico, ma anche quello autocratico»<sup>51</sup>. La rappresentanza, in quanto derivata e indiretta si rivela qualitativamente inferiore e insufficiente a dare risposta al problema della sovranità. Nello Stato corporativo che è «Stato totalitario», Stato e popolo sono «*una perfetta identità: una realtà unica indissolubile*», per cui «*la sovranità si realizza direttamente e compiutamente*»<sup>52</sup>. Il Consiglio delle Corporazioni si costituirebbe, quindi, come il diretto esecutore della volontà popolare. Il problema riguarda, a questo punto, la natura della composizione del consiglio: se, infatti, i membri fossero nominati, sarebbe null'altro che un secondo Senato. Qualora, invece, i membri fossero eletti dal basso, in nulla si distinguerebbe dalla situazione democratica. «*Il perno di tutto il sistema*», scrive Volpicelli, «*è appunto il generale problema della formazione delle gerarchie; che in esso si trasferisce in toto il problema della rappresentanza, così autocratica che democratica*»<sup>53</sup>. Nello Stato corporativo, al contrario, non c'è bisogno di elezioni, ma le gerarchie si generano spontaneamente «*come immediato e diretto punto di confluenza unitaria degli interi ed analoghi processi gerarchici delle singole corporazioni*»<sup>54</sup>.

Quella che viene ad essere pensata è, dunque, una sorta di democrazia diretta, attraverso il cui pensiero e la cui strutturazione, la filosofia del diritto volpicelliana rivela la sua natura essenzialmente e concretamente politica, tanto che Umberto Campagnolo – che negli anni trenta si trovava a Ginevra, dove ebbe modo

---

<sup>51</sup> A. Volpicelli, *Legislazione e rappresentanza nello Stato corporativo*, in A. Volpicelli, F. Barbieri, *Il problema della rappresentanza nello Stato corporativo*, Sansoni, Firenze 1935, p. 13.

<sup>52</sup> Ivi, pp. 20-21.

<sup>53</sup> Ivi, p. 24.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

di collaborare con Kelsen e di affrontare la lettura di *Corporativismo e scienza giuridica* – notava come Volpicelli «ne se place pas vis-à-vis du droit en juriste, mais en politicien»<sup>55</sup>. La connessione strettissima tra ordinamento statale e riflessione giuridica, che in esso e per esso esercita tutta la sua portata e si conclude, segna la cifra dell'inattualità – più evidente in Volpicelli che negli altri autori trattati – di questo pensiero. L'opera di Volpicelli risulta, peraltro, caratterizzata da una dimensione che, se non claustrofobica, potremmo dire perlomeno asfittica: nessuno spazio e riservato alla trattazione del problema penalistico – scarso anche l'interesse per la scaturigine del diritto e per la sua natura etica – né al tema, che vedremo ampiamente sviluppato in Calogero e, in parte, in Cammarata, del procedere del giudizio. Lo stesso richiamo alla funzione pedagogica dello Stato, di chiara ispirazione gentiliana, si traduce in una dimensione più che altro politica che, così come la trattazione più puramente giuridica di Volpicelli – il cui nucleo essenziale è da rintracciarsi, come ricordato, nel tentativo di identificare diritto pubblico e diritto privato – la destinano a chiudere il dibattito circa la coincidenza di volere privato e volere statale esclusivamente nell'ambito ristretto del corporativismo. Complice anche il già ricordato rifiuto volpicelliano di applicarsi, all'indomani della caduta del regime, ad altri assetti sociali, il tentativo di recuperare e riattualizzare il suo pensiero, separandone le vicende dalla fase storica in cui è fortemente inserito, presenta elementi di difficoltà quasi insormontabili.

---

<sup>55</sup> U. Campagnolo, *Conversazioni con Hans Kelsen. Documenti dall'esilio ginevrino. 1933-1940* (a cura di M. G. Losano), Giuffrè, Milano 2003, p. 187.

## Guido Calogero

Il profilo e la biografia intellettuale di Guido Calogero ne fanno un personaggio per molti versi eccentrico rispetto a quelli che stiamo trattando e, comunque, uno dei più interessanti, in bilico tra le posizioni crociane e quelle gentiliane, sempre superate. Pur accennandovi – principalmente riguardo alla diversità di campo tra privato-utile e pubblico-etico – Calogero non muove la sua indagine sul terreno, comune agli autori fin qui trattati, del diritto pubblico e penalistico. Il suo interesse principale, come chiaramente risultante dalla sua principale opera filosofico-giuridica: quella *Logica del giudice* che fu la sua tesi di laurea in giurisprudenza in anni in cui l'attività antifascista gli rendeva consigliabile aprirsi la possibilità di una professione non legata al mondo accademico<sup>1</sup>, è la procedura del giudizio. Referenti privilegiati di Calogero si dimostrano, allora, non solo Piero Calamandrei – che del libro fu editore – ma anche Salvatore Pugliatti, Arturo Carlo Jemolo, Emilio Betti, che in quegli anni davano vita a quella “disputa sui concetti giuridici” in cui, in certa misura, l'opera calogeriana si inserisce.

Per un certo aspetto va poi notato come Calogero dimostri di avere una concezione del diritto discorde da quella dei suoi stessi maestri ideali: nel far coincidere il concetto di diritto con quello di giustizia egli si dimostra equidistante

---

<sup>1</sup> «In realtà, con poche modifiche, il libro non era se non la tesi con la quale, in quel medesimo anno 1937, Calogero aveva conseguito, presso la Facoltà di legge dell'Università di Siena, la laurea in giurisprudenza». «Calogero raccontò che intorno al 1935, quando era professore ordinario di Storia della filosofia nell'Università di Pisa, preoccupato che l'attività politica antifascista, nella quale sempre più si stava coinvolgendo, potesse privarlo della cattedra e, con questa, del principale mezzo di sostentamento suo e della sua famiglia, decise di iscriversi alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Siena per conseguirla la laurea in una disciplina giuridica e mettersi così in condizione, se i tempi lo avessero richiesto, di esercitare l'avvocatura» (G. Sasso, *Calogero: il diritto fra logica e etica*, in “Annali dell'Istituto Italiano per gli Studi Storici”, XXIV, 2009. p. 204). Tuttavia, «Se queste furono le ragioni pratiche della scelta che allora Calogero compì, nessuna di queste basterebbe a spiegare l'impegno che egli profuse nella sua tesi», «se perciò erano state ragioni pratiche a indurlo a tornare studente in una Facoltà giuridica, non è affatto escluso che alla radice di quelle ne operassero altre, non pratiche, ma critiche e teoriche» (ivi, pp. 205-206). In proposito si veda anche, C. Nitsch, “*Il giudice e lo storico*”. *L'esperienza del giudizio nel 'cattivo avviamento' dei tempi*, in C. Cascione, E. Germano, C. Masi Doria (a cura di), *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Satura Editrice, Napoli 2006. pp. 601-687. In particolare si veda la nota 17: «con una lettera del 27 ottobre 1936, Guido Calogero inoltrava ad Alessandro Raselli, allora Rettore dell'Ateneo senese e titolare, presso la Facoltà di Giurisprudenza della stessa Università, della cattedra di Diritto processuale civile, “domanda ufficiale” di ammissione all'esame di laurea, corredata dalla copia dattiloscritta di “un grosso libro di diritto processuale” (pagine vii + 322) intitolato *La logica del giudice e la competenza della Cassazione*, presentato come dissertazione in vista della discussione».

tanto da Croce quanto da Gentile. Il limite dell'idealismo giuridico è da Calogero rintracciato nell'aver molto insistito sul concetto di libertà, tralasciando punto quello quello di giustizia: «l'idealismo italiano contemporaneo ha riconosciuto nel suo sommo valore, ed energicamente svolto ed approfondito, il concetto di libertà: ha invece, per lo più, considerato meramente giuridico ed empirico quello di giustizia. Sembra, così, che si sia riconosciuto inevitabile il divorzio tra quelle due che il Carducci cantava “ultime dee superstiti, Giustizia e Libertà”»<sup>2</sup>. L'argomentazione di Calogero prosegue mostrando come il divorzio tra i due concetti sia nato in seno a una distinzione teorico-filosofica tra la libertà assoluta, declinata al singolare e le libertà al plurale. Proprio la libertà assoluta si rivela, però, condizione necessaria per ogni sforzo di liberazione.

Come entra la giustizia in questa dialettica tra Libertà e libertà? Nella sua ricerca di purezza «l'idealismo ha finito per diffidare di ogni precisa determinazione della legge morale. E quando ha voluto determinarla, l'ha designata appunto nella libertà, la quale, concepita nel più vasto e comprensivo senso che si è visto, è poi l'universale potere umano di porre e di togliere ogni determinazione, e con ciò di rispettare o di svalutare ogni norma»<sup>3</sup>. Il problema della giustizia si rivela, insomma, correlato a quello della svalutazione idealistica del concetto di alterità: recuperato nella sua concretezza il tema dell'esistenza di una pluralità di individui, e fatto coincidere il principio etico con quello dell'altruismo, la giustizia si pone come il riconoscimento dell'altrui libertà e, quindi, come autolimita della propria. Quello tra giustizia e libertà non astratte è, quindi, un rapporto di doppia implicazione.

---

<sup>2</sup> G. Calogero, *Intorno al concetto di giustizia*, Stamperia F.lli Parenti di G., Firenze 1941, p. 3. Riguardo all'opera di Gentile, va notato come Calogero le riconosca il merito di aver posto al centro il pensiero considerante rispetto al pensiero considerato, motivo di fondo che «nessuna filosofia dopo di essa può non fare egualmente valere» (G. Calogero, *Il principio fondamentale dell'attualismo gentiliano*, in “Il Veltro. Rivista della civiltà italiana”, XX, 1976. pp. 220-221). Tuttavia, «disgraziatamente, Gentile partecipava, anche lui, di quella tradizionale e in fondo acritica reverenza verso la logica scolastica, che non era soltanto del Medio Evo ma anche di pensatori del calibro di un Kant e di un Hegel» (ivi, p. 222). Il che costituiva il *vulnus* e l'errore da superare del pensiero gentiliano, un po' come, per Gentile, era stato il residuo di trascendenza presente nella dialettica hegeliana. In proposito alla questione relativa al rapporto tra giustizia e libertà in Croce, anche con riferimento al dibattito che sorse tra questi e Calogero nei primi anni Quaranta, si veda, G. Sasso, *Calogero e Croce. La libertà, le libertà, la giustizia*, in *Filosofia e idealismo. III. De Ruggiero, Calogero, Scaravelli*, Bibliopolis, Napoli 1997, pp. 301-413.

<sup>3</sup> G. Calogero, *Intorno al concetto di giustizia*, cit., p. 5.



Su questo punto, la distanza dalle posizioni di Gentile, pur corrette alla luce dell'introduzione, prima da parte di Maggiore, e poi dello stesso filosofo di Castelvetrano, della dialettica *alter-socius* è evidente. Se lì l'*alter* si rivelava per lo più nella sua veste di espediente tecnico o termine del diritto, qui l'altro assume un ruolo più centrale, come condizione stessa dell'azione morale.

La rilevante distanza di Calogero da Gentile non deve, però, far pensare a una cesura netta, e non solo per la contiguità biografica, evidente e più volte ricordata dallo stesso Calogero. Ne *L'ipotesi di Ugo Spirito*, dopo l'affermazione di un debito di riconoscenza intellettuale nei confronti di Spirito, Calogero ricorda il suo incontro con Gentile, avvenuto dopo le dimissioni di questi dalla carica di Ministro, quando «con una vibrante lezione in cui annunciava il suo ritorno allo studio e alla scuola, riprese l'insegnamento universitario»<sup>4</sup>. L'incontro con il maestro dell'attualismo si consuma, quindi, in una fase storica che, sebbene di pochi anni successiva, è diversa da quelle in cui erano avvenuti gli incontri con Maggiore e con Spirito. Quello conosciuto da Calogero è un Gentile che ha già delineato completamente i tratti della sua filosofia e che è già passato attraverso l'esperienza di uomo pubblico che, seppure proseguirà durante tutto l'arco del ventennio fascista, lo farà con toni più defilati. Anche i toni usati da Calogero per descrivere Gentile sono diversi da quelli che si ritrovano nei colleghi più anziani, passata l'esperienza di governo, egli non è più il giovane filosofo innovatore conosciuto da Maggiore, ma l'affermato cattedratico dai toni paternalisti: «persino nei generosi interventi che [...], fece in mio favore quando risultai già schedato come antifascista dalla polizia [...], come se si fosse trattato solo della sventatezza di un giovane studioso il quale verosimilmente capiva poco di politica»<sup>5</sup>. Tuttavia, pur denunciando una scarsa familiarità, Calogero riconosceva a Gentile il merito di avergli aperto gli occhi alle complesse questioni della filosofia.

Una contiguità ancora maggiore egli la sentiva, però, con Ugo Spirito che riteneva più liberale di Gentile nei confronti dei suoi interlocutori e più aperto alla discussione. Al netto delle distanze, intercorse tra i due anche a causa di differenti

---

<sup>4</sup> G. Calogero (et al.), *L'ipotesi di Ugo Spirito*, Bulzoni, Roma 1973. p. 11.

<sup>5</sup> Ivi, p. 14.

scelte politiche, Calogero ricorda le discussioni sui temi della politica e della libertà e quelle sui temi logici e gnoseologici «su cui si fondava la concezione attualistica di Gentile»<sup>6</sup> su cui Spirito riusciva ad essere più convincente. Non solo, dunque, il seminario di Spirito insegnò a Calogero «ad essere “uomo del dialogo”»<sup>7</sup>, ma una comunanza teorica intercorreva tra i due tanto da portare il nostro a rivendicare l'affinità de *La vita come ricerca* e de *La scuola dell'uomo*. Altri punti di contatto potremo rintracciarli, per i temi che ci interessano, nella figura del giudice come educatore. Allontanandoci da Spirito, e ritornando a Gentile, bisogna poi notare che lo stesso Calogero rivendica la filiazione attualista de *La conclusione della filosofia del conoscere*. L'attualismo si rivelava prefazione critica del crocianesimo «il quale così si svelava valido in tutte le sue interpretazioni singole, nel campo estetico e in quello etico-politico, proprio in quanto si depurava, mercé la istanza attualistica interpretata come istanza antignoseologica, da tutto quel gnoseologismo e logicismo più o meno aristotelizzante che lo stesso Croce aveva serbato nelle pagine della sua *Logica*»<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Ivi, p. 19.

<sup>7</sup> Ivi, p. 17.

<sup>8</sup> Ivi, p. 20. In proposito, è interessante notare come, nella lettera datata «Forte dei Marmi 20/09 37 XV [sic]» e riprodotta con numero 182 nel carteggio Gentile-Calogero, Gentile, riferendosi al manoscritto de *La conclusione della filosofia del conoscere*, esorti Calogero a togliere dal testo la lettera ad Ugo Spirito che vi era contenuta, nel timore che questa potesse «dare l'impressione che il tuo pensiero coincida col suo: ciò che non mi pare. E poiché il libro di Spirito [*La vita come ricerca*], così concitato e superficiale com'è, fa scandalo e favorisce i pronostici circa il destino degli attualisti che, *ad maiorem Dei gloriam*, andranno a finire tutti nelle braccia della Chiesa, io preferirei e riterrei più opportuno che tu riducessi questa lettera a una postilla finale o ad una prefazione, in cui, messo da parte il pathos personale e privato, tu, se credi, insistessi piuttosto sulle differenze che sulle somiglianze» (G. Gentile, G. Calogero, *Carteggio (1926-1942)*, (a cura di C. Farnetti), Le Lettere, Firenze 1998, p. 190). È interessante notare come, tanto nella prima edizione (1938), quanto in quella definitiva del 1960 – che usiamo come riferimento – de *La conclusione della filosofia del conoscere*, Calogero, pur riferendosi a Spirito come a «uno dei migliori scolari del Gentile», precisi in nota che «non è qui, naturalmente, considerata la successiva evoluzione del pensiero di questo autore, quale si manifesta nel volume *La vita come ricerca*» (G. Calogero, *La conclusione della filosofia del conoscere. Nuova edizione accresciuta*, Sansoni, Firenze 1960, p. 104, corpo testo e nota 1). Tuttavia, la successiva affermazione secondo cui «nel suo complesso, essa fornisce una indiretta conferma della legittimità delle critiche qui avanzate, e della generale tesi antignoseologica su cui esse si basano» (*ibidem*), fa apparire la presa di distanza da *La vita come ricerca* dettata più che altro da motivi di opportunità e dalla volontà di accondiscendere ai desideri di Gentile, che del libro si sarebbe fatto editore. Sul caso specifico si veda, G. Sasso, *Una “lettera aperta” di Guido Calogero a Ugo Spirito (1937)*, in *Filosofia e idealismo. III*, cit., pp. 415-440 (alle pp. 433-440 si trova riprodotto il testo della lettera). Sui rapporti tra Spirito e Calogero si vedano: M. Mustè, *La filosofia dell'idealismo italiano*, cit., pp. 125-148 e S. Zappoli, *Guido Calogero. (1923-1942)*, Edizioni della Normale, Pisa 2011, pp. 35-37, 67-71, 288-292 e 309-319. In proposito è anche interessante notare il giudizio di Croce riguardo la diretta influenza di Spirito sulla formazione del pensiero di Calogero, espresso nell'aspra recensione che egli fece de *La logica del giudice* (cfr. B. Croce, *Conversazioni critiche. Serie V*, cit., pp. 282 e sgg.).

Nonostante il rapporto di derivazione dall'attualismo sia esplicitamente dichiarato da Calogero, risulta evidente la ricerca di una filiazione anche crociana della propria filosofia, che, pure, verrà messa in dubbio dallo stesso Croce il quale, a proposito dell'argomentazione antilogicista contenuta nel volume su *La logica del giudice* si trovava a scrivere: «il peggio è che, di là dalla polemica contro la Logica antica e medievale, c'è, nell'autore, una sorta di avversione contro la Logica stessa, contro ogni sorta di Logica, a beneficio di non si sa quale volontarismo o prammatismo o eticismo, che poi, nonostante che egli si atteggi al contrario, fa tutt'uno con lo sciagurato "idealismo attuale", del quale l'autore crede di essersi tratto fuori, e di cui, invece, egli esibisce lo sfacelo ultimo, il scoperto irrazionalismo decadentistico»<sup>9</sup>.

La derivazione attualista di Calogero è stata opportunamente messa in luce da Silvio Bolognini: «al di là degli elementi di dissenso riscontrabili in Calogero nei confronti del pensiero di G. Gentile, appare degno di nota mettere in luce il comune carattere "antilogicista" ("antiteoreticista", "antimetafisico", "antignoseologico") presente nella filosofia dei due autori»<sup>10</sup>. A questo si accosta il tema attualistico della irriducibilità del pensiero. È lo stesso Calogero a riconoscere, in *Filosofia della filosofia*, l'importanza centrale della critica alla metafisica mossa da Gentile per il formarsi della critica allo gnoseologismo e al logicismo. L'atto puro, o pensiero pensante, è per Calogero il più vero pensiero e più vero spirito che ha a sé immanente la totalità del reale. Nella filosofia di Gentile, Calogero rinviene, dunque, una svolta di portata radicale per tutto il pensiero contemporaneo: dopo l'opera del filosofo di Castelvetrano diviene impossibile lo stesso parlarsi di gnoseologia

---

<sup>9</sup> B. Croce, *Conversazioni critiche. Serie V*, cit., p. 282. In proposito si vedano anche: C. Nitsch, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Giuffrè, Milano 2012, pp. 249-260 e G. Sasso, *Calogero e Croce. La libertà, le libertà, la giustizia*, cit.,

<sup>10</sup> S. Bolognini, *Alle radici della teoria dell'argomentazione giuridica. Il pensiero di Guido Calogero in rapporto alle odierne epistemologie e metodologie del diritto*, Pubblicazioni dell'I.S.U Università Cattolica, Milano 1987, p. 16. Si vedano, più in generale, le pagine 11-31. Tuttavia, «se da un lato Calogero fa dell'attualismo il punto di passaggio obbligato per ogni pensiero che voglia essere veramente al passo con i tempi, dall'altro le più significative tesi attualistiche vengono dall'autore recepite non in modo acritico ma adeguatamente "ripensate" alla luce delle proprie "categorie" speculative» (ivi, p. 162).

essendo il pensiero vero non quello “gnoseologizzato”, ma solo quello “gnoseologizzante”.

### ***La Logica del giudice***

Il testo principale per comprendere la critica al logicismo giuridico operata da Calogero è, come è noto, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*. Nato, come si è ricordato, dalla risistemazione della tesi di laurea in giurisprudenza dell'autore, il testo vide la luce nel 1937 – è quindi coevo alla terza e definitiva stesura de *I fondamenti della filosofia del diritto* di Gentile – nella collana diretta da Piero Calamandrei, ed è a lui dedicato. Nella lettera aperta che l'autore prepone al testo si legge: «Caro Calamandrei, questo libro discute alcune tue idee: ma tu non sei di coloro che temono di essere discussi. Tanto è vero che questa mia critica fa apparire anche più salde e nette, con l'allontanamento di alcune tradizionali sovrastrutture, le linee maestre della tua dottrina circa la natura e il compito della Cassazione»<sup>11</sup>. Il riferimento è, con ogni evidenza a *La Cassazione civile* di Calamandrei. La notazione oltrepassa i caratteri della *captatio benevolentiae* – peraltro affatto superflua, dati i rapporti di amicizia e di frequentazione intercorrenti tra i due – nei confronti di chi, pur non condividendone le tesi, aveva scelto di accogliere e pubblicare il libro: vi si legge una stima intellettuale, oltre che umana, che non fatica a oltrepassare i limiti della diversità delle opinioni scientifiche. Pronto ad accogliere in certa misura l'ideale stesso del dialogo, e già autore di incursioni nel campo della filosofia e della teoria del ragionamento «capivi benissimo come, per quanto imperiosa sia l'esigenza della specificazione della ricerca a seconda della personale preparazione e attitudine, sia pur necessario che di tanto in tanto si stabilisca un contatto fra le varie aree d'indagine, affinché non accada che, anche quando si affaticano su problemi affini, i vari ricercatori s'ignorino a vicenda e non traggano vantaggio gli uni dagli altri»<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, CEDAM, Padova 1964. p. V.

<sup>12</sup> Ivi, p. VI.

Già dalla lettura del sommario risulta evidente la duplice partizione dell'opera. La prima parte, più teorica e di maggiore interesse filosofico, affronta i temi interni alla logica del processo e alla competenza della Suprema Corte; la seconda, di natura più tecnica, e che avrà per noi minore interesse, prende a oggetto le tematiche e i modi procedurali interni al giudizio cassazionale. A loro volta, i temi individuabili nella prima parte sono due: il primo relativo alla critica dell'interpretazione del giudicare cassazionale come sillogistico, puramente formale, e riconducibile allo schema della logica aristotelica e scolastica; il secondo relativo all'interpretazione del giudicare giurisprudenziale come giudizio storico. Queste due tematiche, per quanto strettamente legate, sono da affrontare separatamente, sia per coglierne appieno la specificità, sia per rendere più agevole la trattazione.

Il punto da cui muove l'analisi calogeriana è quello secondo cui «la massima acquista il suo pieno senso quando sia messa in rapporto con la concreta configurazione del giudicato e la comprende, pur variando naturalmente la misura di tale integrazione di significato a seconda dei casi, e cioè a seconda del maggiore o minore impoverimento con cui la massima [...], riproducesse quella che effettivamente orientò la decisione e s'incorporò ed articolò in essa»<sup>13</sup>. Già da qui può scorgersi *in nuce* la tematica che guiderà l'intera trattazione: si tratta, come può vedersi, della critica a una concezione del giudicato cassazionale che lo considera slegato dal mondo del fatto. La massima di Cassazione viene, così, ad assumere una rilevanza e un senso solo se è messa in relazione non solo col contenuto di giudizio – o di legge – che interpreta, ma, anche, con il fatto concreto che viene ad essere giudicato, cosicché non si può dare interpretazione della norma che esuli dal caso concreto. Si tratta, sia pure con le rilevanti distinzioni pratiche, della ripresa del tema comune – con importanti differenze – a Croce e Gentile della legge non come voluto a sé stante, ma come volontà dell'applicare la legge al caso concreto.

La conseguenza è che l'irrompere del giudizio di Cassazione nel giudizio di fatto non possa limitarsi al giudizio sul vizio logico. Il criterio di illogicità trova, infatti, una sua ragion d'essere quando serva all'accertamento del fatto e, in questo

---

<sup>13</sup> Ivi, p. 4.

caso, si rivela non facilmente censurabile in Cassazione: l'erroneità logica eventualmente presente nei gradi di giudizio inferiori non si correla, infatti, di necessità a un'analoga erroneità giuridica. L'errore fondamentale della dottrina dominante riguardo al giudizio cassazionale è, a parere di Calogero, quello di identificare la struttura logica del giudizio con quella del sillogismo aristotelico, la struttura del giudicare si mostrerebbe, così, come una catena di sillogismi. Il *punctum dolens* dell'argomentazione a favore del controllo esclusivamente logico-formale operato dalla Cassazione si riassume nella domanda per cui «come infatti potrebbe la Suprema Corte asserire o negare la facile supplibilità di alcuni elementi sottintesi di una deduzione, qualora di questa deduzione avesse presente il puro schema logico-formale, scevro di ogni “contenuto”?». È, infatti, evidente che «un simile schema è una semplice indicazione di rapporti [...], ed è allora ovvio che in nessun caso potrà aver senso l'asserzione della supplibilità, o non supplibilità, dell'uno o dell'altro di tali elementi, proprio in quanto essi non sono elementi, ma solo segni di elementi possibili»<sup>14</sup>.

La questione si sposta, allora, dall'analisi della forma del supplire – ovvero quel procedimento logico per cui, data la premessa “A è B” e la conclusione “A è C”, è agevole dedurre il termine medio mancante “B è C” – a quella del contenuto da supplire. Scrive Calogero: «per poter supplire occorre non solo che qualcosa manchi,

---

<sup>14</sup> Ivi, pp. 20-21. Sebbene il collegamento al testo sui *Fondamenti della logica aristotelica* sia evidente e sia stato ben indagato, sembra qui opportuno rimandarvi per ricordare come, Calogero, le riconoscesse un valore «dal punto di vista per cui questa stessa teorizzazione, considerata nella sua forma fondamentale e nelle dottrine da essa presupposte, è stata riconosciuta non valutabile come un mero artificio verbalistico (che non si saprebbe come avesse potuto tanto tempo interessare l'anima degli uomini), ma bensì come una ricerca oculata, e quasi sempre giustificabile, di una serie di schematizzazioni tipiche di certe date determinazioni del contenuto del pensiero. – Non ha valore, d'altronde, non soltanto in base all'esclusione della concepibilità (di tautologia nota *ab antiquo*) come sistema di norme e di esempi per la buona direzione del raziocinio, ma bensì, assai più gravemente, per l'implicita negazione della sua valutabilità come espressione, più o meno adeguata, di leggi intrinseche all'atto stesso del pensiero considerato nel suo aspetto di astratta oggettività» (G. Calogero, *I fondamenti della logica aristotelica*, La Nuova Italia, Firenze 1968, pp. 244-245). Rilevante è anche l'osservazione svolta nel saggio *Di certe persistenti illusioni dei logici e dei metodologi*, pubblicato nel 1959 sulla “Rivista di Filosofia” e oggi contenuto in *La conclusione della filosofia del conoscere*: «si continua a credere di poter rintracciare il modo “logico” di distinguere il vero dal falso, l'esatto dall'erroneo, il significativo dal non significativo, senza comprendere che questa antica ed eleatizzante pretesa può tutt'al più valere nell'ambito di sistemi algebrici o semantici fondati, appunto ed apposta, su tali presupposti convenzionali, mentre resta illusoria e inefficace in qualunque altro campo» (G. Calogero, *La conclusione della filosofia del conoscere*, cit., p. 268). In proposito, Silvio Bolognini nota come il combattere questa “vecchia illusione” sia uno degli scopi fondamentali della filosofia giuridica calogeriana (cfr. S. Bolognini, *Alle radici della teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 21).

ma anche che qualcosa ci sia: dove non c'è nulla, non ci sono neppure lacune, e quindi, né la possibilità né l'esigenza dei supplementi». E ancora: «dalla considerazione di una vuota cornice si può magari dedurre l'esigenza di "supplire" il dipinto, ma non certo può dedursi quale dipinto debba essere supplito»<sup>15</sup>. Il punto centrale, per correggere la dottrina della supplibilità come deduzione meramente logica, è il comprendere che la lacuna può essere colmabile solo a condizione che essa «non sia lacuna del vuoto, ma lacuna del pieno: non lacuna di astratte forme logiche, supplibili per definizione, ma lacuna di qualche aspetto di quel loro contenuto concreto, che non si supplisce per definizione, perché non è schema, ma realtà»<sup>16</sup>. Si vede, così, come, già dalle prime battute del testo, il contenuto irrompa nel giudizio logico riuscendo, in certa misura, a scardinarne le basi. Non è un caso che Calogero affermi che «per vedere come anche la Suprema Corte sia talora illogica e contraddittoria, non c'è che da considerarla quando si presenta come garante della logicità e della non contraddittorietà»<sup>17</sup>. Ci si trova, a parere dell'autore, nell'assurdo per cui una sentenza, che dovrebbe controllare la logicità di un'altra, non solo non la controlla, ma, a volte, finisce per rivelarsi illogica essa stessa. La via per risolvere l'*impasse* è da rintracciarsi nella verifica della natura esclusivamente logico-formale della sentenza di Cassazione e sul se le sue presunte logicità e formalità non rischino di rivelarsi, al fine, una veste illusoria «che come tutte le cose illusorie può far piacere a chi la contempra, ma provoca inconvenienti a chi la scambia per cosa reale»<sup>18</sup>.

La natura tecnica del libro, e il pubblico cui si rivolge, spingono l'autore ad affermare che, ai fini dell'indagine, è possibile prescindere da discussioni filosofiche circa la natura della logica «e circa l'idoneità di un dato sistema di logica a valere come strumento onnipresente del raziocinio». Anzi, è «opportuno prescindere, affinché la trattazione del concreto problema giuridico qui posto in discussione non appaia condizionata dall'una o dall'altra premessa filosofica, e quindi tale che il giurista, il quale non intenda uscire dall'ambito della propria disciplina, possa

---

<sup>15</sup> G. Calogero, *La logica del giudice*, cit., p. 21

<sup>16</sup> Ivi, pp. 21-22.

<sup>17</sup> Ivi, p. 30.

<sup>18</sup> Ivi, p. 31.

opporle quale *fin de non recevoir* la sua dipendenza da presupposti altrui e la necessità di un loro controllo preventivo, d'altronde non di sua competenza»<sup>19</sup>. Quello che emerge dal passo citato è, comunque, se non una vera e propria critica, uno smarcamento nei confronti del modo di procedere gentiliano, che, se da un lato rintracciava in una logica omnicomprensiva la *regina viarum* dell'argomentare umano, dall'altro muoveva, nell'affrontare la tematica giuridica esclusivamente dal terreno della filosofia e, in essa, finiva per restar confinato. Specialmente sul secondo punto, la velata critica calogeriana si rivela affine a quelle che al filosofo di Castelvetro venivano mosse in quegli anni da Maggiore e da Spirito. Lungi dal potersi parlare di una separazione netta tra sfere del sapere, risulta evidente che, nell'affrontare il problema giuridico, sia sul terreno del diritto che si devono muovere i primi passi e che la filosofia debba entrare in gioco «solo quando il giurista stesso, animato da preoccupazioni filosofiche per ciò che potrebbe sembrargli una svalutazione dell'attività del giudicare in quanto esclusione della sua logicità tradizionalmente intesa, si appellasse ai diritti universali della logica e protestasse contro la loro lesione, sarebbe il caso di intervenire sul piano puramente speculativo»<sup>20</sup>.

Il secondo punto in questione si rivela più interessante e finisce per richiamare in causa quella filosofia – e in particolare la filosofia di Gentile – che sembrava essere stata esclusa in prima battuta: «ogni logica, insomma, in quanto considerazione di un pensiero perciò delimitato nelle sue funzioni e nei suoi limiti, è sempre implicitamente superata dallo stesso pensiero considerante, che per determinare quei limiti deve poter guardare oltre: ed è quindi per ciò medesimo infirmata nella sua universalità, ossia privata di filosofica assolutezza»<sup>21</sup>. Il recupero del motivo gentiliano della contrapposizione tra pensiero pensante e pensiero pensato, atto e fatto, volente e voluto, concreto e astratto, è evidente, ed è reso ancor più chiaro dall'esplicito riconoscimento calogeriano della più moderna riflessione filosofica, che, accortasi delle contraddizioni in cui cadeva quando tentasse di

---

<sup>19</sup> Ivi, p. 34.

<sup>20</sup> Ivi, p. 35.

<sup>21</sup> Ivi, p. 36.



teorizzare il teorizzare, ovvero di filosofare sulla filosofia, si è fatta pensiero sulle cose (nelle, diremmo meglio noi) declinandosi non più come filosofia dello spirito, ma come filosofia della prassi.

Ciò che è, insomma, da espungere dal giudizio giuridico non è la logica *tout court*, ma quella logica aristotelico-sillogistica che esclude dal procedere del pensiero il contenuto, riducendosi a mera speculazione formale. Si deve, al contrario, ritenere che esista una logica del diritto che poco ha a che fare con quella sillogistica, e sia strettamente correlata con il procedere stesso del giudizio, poiché «è ovvio che, l'errore di logica giuridica non potendo essere in concreto altro che errore giuridico, l'incongruenza sarà (quando sarà) piuttosto nelle parole adoperate nella motivazione della sentenza che nell'effettivo risultato giurisdizionale»<sup>22</sup>. E, tuttavia, «nessuna speciale determinazione preventiva è, dunque, necessaria: né della logica in sé, come disciplina filosofica, né della logica del diritto, come radice ideale di tutto il mondo giuridico, giacché l'una e l'altra, considerate per sé, o vaniscono nel nulla o non forniscono che indicazioni generiche e indifferenti»<sup>23</sup>. Messa in secondo piano la questione relativa all'esistenza di una logica giuridica speciale, separata dalla logica filosofica e, quindi, in certa misura rappresentativa di uno speciale pensiero, il problema fondamentale che occorre affrontare si rivela essere quello della «questione specifica, se il processo mentale della giurisdizione possa, e debba, esser considerato come tipo di deduzione sillogistica nel senso della logica tradizionale»<sup>24</sup>.

Il punto fondamentale da comprendere è che «l'operazione propriamente logica, nel senso tecnico della parola, comincia, com'è noto, solo quando già sussistono le premesse»<sup>25</sup>. Ora, date premesse possono certamente derivare dalle conclusioni di ragionamenti sillogistici anteriori, ma «siccome ogni conclusione sillogistica presuppone altre premesse, e il rinvio non può procedere all'infinito, così è forza che sussista uno stabile punto di partenza, oltre il quale non occorra più retrocedere»<sup>26</sup>. Il problema fondamentale del procedere sillogistico è da rintracciarsi,

---

<sup>22</sup> Ivi, p. 42.

<sup>23</sup> Ivi, p. 46.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> Ivi, p. 48.

<sup>26</sup> Ivi, p. 49.

allora, nell'assoluta svalutazione del contenuto delle premesse, o meglio, nel suo non trovarsi mai nelle premesse, ma solo nel processo attraverso cui si giunge alla conclusione.

Stanti così le cose, il ruolo e il significato del lavoro del giudice finisce per essere svalutato a sua volta: «chi non saprebbe fare quello che il giudice dovrebbe fare? Non solo il più candido dei professori di logica scolastica quale continuava ad insegnarsi anche in Italia prima della riforma Gentile, ma addirittura l'ultimo dei mortali, e magari una scimmia o un cane con cui si riuscisse ad intendersi»<sup>27</sup>. Il vero compito del giudice subisce, allora, un ribaltamento rispetto all'opera esclusivamente deduttiva in cui finiva per essere relegato dalla dottrina sillogistico-deduttiva. «Il fatto è, come ognuno intende, che la vera grande opera del giudice sta non già nel ricavare dalle premesse la conclusione, ma proprio nel trovare e formulare le premesse»<sup>28</sup>. L'opera del giudice, quindi, si costituisce nel superamento della difficoltà di rintracciare la premessa maggiore (*de jure*) e la minore (*de facto*) e nel metterle in relazione tra loro.

È rilevante notare come, stando all'analisi di Calogero, il secondo modo di operare, quello cioè in cui l'opera del giudice si attua come ricerca e messa in relazione tra loro delle premesse, costituisca la realtà concreta del funzionamento del supremo organo giurisdizionale, mentre il primo modo – puramente logico – si configuri esclusivamente come un'ipotesi di scuola. Si affaccia, così, il tema di una contraddizione latente tra teoria e pratica del procedimento cassazionale che non può esser sanata alla luce della dottrina logicista.

Ciò che occorre dunque fare è abbandonare la «logicità di carattere propriamente deduttivo, argomentativo, conclusionale per una logicità puramente positiva, determinativa, definitoria»<sup>29</sup>. La sostituzione del dedurre le premesse col porre le premesse implica, poi, che non si dia un duplicità tra le premesse stesse, ma che la premessa sia, a rigore, una: «non resta infatti che un'unica asseverazione, in cui il soggetto, esprime l'azione che si è realizzata, vien sussunto sotto il

---

<sup>27</sup> Ivi, p. 50.

<sup>28</sup> Ivi, p. 51.

<sup>29</sup> Ivi, p. 58.

predicato, esprimente la norma di legge che, come si dice, la “prevede” (cioè nella quale si ritiene appunto “prevista”, nei suoi termini più generali, quell’azione umana che si è “vista” specificata nel fatto)»<sup>30</sup>. Fatto e norma corrispondono, così, a soggetto e predicato del giudizio di sussunzione.

Il giudizio in cui si concreta la sentenza permane nell’esser formulato in forma di sillogismo, tuttavia ci si trova di fronte a un ribaltamento del procedimento deduttivo: il giudice, infatti, non si trova più di fronte a premesse da cui dedurre la conclusione, ma di fronte a una conclusione (il giudizio unico di sussunzione) che deve munire di premesse, non potendo, pertanto, nel suo operare, esimersi dal giudicare nel fatto e non solo nel diritto.

D’altro canto «la concreta sussunzione giurisdizionale, onde in un certo quadro di realtà umana si ritiene di poter ravvisare quei più generali aspetti con cui tale situazione è stata prevista come possibile da un’espressa volontà di legge, non nasce come conclusione di un sillogismo antecedente (perché, in questo caso, sarebbe già viva nelle premesse), né ha bisogno di vivere in un sillogismo ulteriore (perché non potrebbe acquisirvi alcuna virtù vitale che già non avesse in se medesima)», e, cioè non è mai «né conclusione né premessa, cioè non è mai qualcosa da dedurre o da presupporre; non è mai, soprattutto, qualcosa di cui si possa prospettare la logica sussistenza e verità come tale che sia e stia per propria razionale virtù, indipendentemente dalla vita materiale delle situazioni di fatto che esprime»<sup>31</sup>.

Il giudizio si rivela, così, unico nel fatto e nel diritto, ovvero un unico giudizio di sussunzione del fatto sotto il diritto. Occorre, tuttavia, ancora distinguere il piano del fatto da quello del diritto, non perché possa darsi un giudizio di fatto che non sia già di per sé giudizio di diritto, o un giudizio di diritto sceverato dal contenuto *in facto*, quanto, piuttosto, per comprendere in che modo il *facto* si sussuma nel *jure*.

In contrasto con la teoria dell’*allgemeine Tatfragen*, Calogero argomenta che non può esistere una questione di fatto generale, essendo il fatto sempre particolare. Non si può «parlare di *allgemeine Tatfragen* se non in un senso affatto generico, giacché, risolvendosi ogni questione di fatto nell’accertamento di un accadimento

---

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> Ivi, p. 68.

concreto, e cioè affatto individuale, essa è sempre *besondere Tatfrage*. “Generale” può essere bensì la norma di cui ci si vale per giungere probatoriamente alla convinzione della verità del fatto»<sup>32</sup>. Il contraltare di questa posizione è costituito dall’altra secondo cui «come la categoria delle *allgemeine Tatfragen* non regge all’indagine critica (manifestandosi come caratteristico documento di quello spirito logico-tradizionale, che tende ad inserire in ogni aspetto del processo le categorie dell’universalismo logico di Aristotele, e che perciò crede che le “questioni generali” sorgenti nell’accertamento del fatto possano essere isolate dalle “questioni particolari” e ravvicinate alla superiore sfera del *de jure* solo perché “più tipiche”), così analogamente non le resiste neppure quella delle *konkrete Rechtsfragen*»<sup>33</sup>. Tra fatto e diritto si dà, dunque, quella distinzione netta per cui il primo è sempre particolare, mentre il secondo sempre universale, e per cui il primo va sussunto nell’universalità del secondo e, con esso, portato all’universalità. La distinzione, all’interno delle dimensioni del fatto e del diritto, di certi speciali fatti che assurgano all’universalità o di questioni di diritto a cui sia attribuita la caratteristica della concretezza e, perciò stesso, della particolarità, è non solo inutile e non supportato su base scientifica, ma rischia di rivelarsi perfino dannoso per la scienza giuridica e proceduralistica.

L’errore sta nell’elevare questioni di fatto a questioni di diritto mediante l’adozione del caso tipico, ovvero di quel caso che derivato da casi concreti mediante l’astrazione e, quindi, la messa in evidenza di tratti comuni si ritiene, per ciò stesso, passibile di universalità. «Ma questa considerazione del “tipico” come tale che elevi il *de facto* al grado del *de jure* è d’altronde proprio il portato di quell’uso giuridico del motivo logico dell’universalità»<sup>34</sup>. In questo modo si finisce per elevare al grado di universale qualcosa che è, per sua natura, particolare e, perciò, per considerarlo in astratto. Ricollegandoci agli autori precedentemente trattati, potremmo dire che il fatto generale non esiste perché non c’è fatto che nell’atto suo. Ovvero che, nel considerare un accadimento delittuoso non si può fare a meno di considerarlo nel

---

<sup>32</sup> Ivi, p. 80.

<sup>33</sup> Ivi, p. 81.

<sup>34</sup> Ivi, p. 88.

concorso degli eventi – e della vita – che hanno portato a quell'accadimento. Diverso è, certo, il caso della fattispecie sotto cui sussumere un dato evento. Lì ci troviamo, sì, nell'ambito della generalità – o universalità, i due termini sembrano, infatti, qui essere convertibili – ma è altresì vero che ci si muove sul terreno del *de jure*.

Il discorso fin qui portato avanti sulla distinzione tra giudizio di fatto e di diritto e sulla sussunzione del fatto al diritto ci ha, in apparenza, portati lontani dal tema che costituisce la linea guida del libro di Calogero, quello cioè della logicità o illogicità del giudizio per Cassazione. Tuttavia non è stato un discorso inutile per meglio comprendere quale sia la natura peculiare della logica del giudicare giuridico nel suo aspetto logico. Si torna, ora, ad osservare il punto in questione: si può parlare di un procedere logico della Suprema Corte, si può, cioè, considerare il suo operare esclusivamente sotto un aspetto, per dir così, formale? La risposta arriva dalla giurisprudenza stessa della corte, con particolare attenzione alle massime d'esperienza. Scrive Calogero: «la censurabilità delle massime di esperienza in Cassazione, prova quindi che la logicità richiesta nel loro uso non è quella insidente nelle strutture formali di cui esse sono premesse, bensì quella costituita dalla loro congruenza reale, dall'effettiva loro rispondenza alle cose»<sup>35</sup>. I punti salienti del passo citato sono due: da un lato il già ricordato irrompere del fatto nel giudizio cassazionale, è, infatti, evidente che, dovendo giudicare l'aderenza al fatto di una massima d'esperienza non si possa prescindere dalla conoscenza del fatto in questione. D'altro canto si affaccia qui un'altra questione: quella relativa a una logica del giudizio che non è affatto formale, ovvero non coincidente con la logica di Aristotele. Più che di una logica sulle cose sembra qui potersi parlare di una logica delle cose, o nelle cose, essendo la logicità di una decisione di giudizio già insita nell'esame del fatto stesso. Si giunge, così, all'affermazione dell'eliminazione di ogni possibilità di un puro controllo logico per Cassazione.

Si pone ora il problema della distinzione del giudizio di fatto da quello di diritto. La base da cui muovere è quella per cui si considera il fatto come il reale e il diritto come l'ideale, il fatto come ciò che è e il diritto come ciò che deve essere, il

---

<sup>35</sup> Ivi, pp. 102-103.

fatto appartenerebbe così al terreno del reale, mentre il diritto si muoverebbe nell'ambito del possibile. È, tuttavia, un terreno accidentato che conduce all'annosa opposizione tra *jus conditum* e *jus condendum*: ad appartenere precisamente all'ambito del possibile sarebbe, a rigore, solo il secondo, laddove il primo muoverebbe i suoi passi sul terreno del reale. Tuttavia, bisogna considerare come *conditum* e *condendum* non abbiano affatto nature diverse «tanto è vero che [il diritto], prima di essere *conditum*, dovette pure essere *condendum*, così come, a sua volta, nessun *condendum* potrebb'essere seriamente prospettato come tale qualora non si sentisse che la volontà di legge ad essa posta come opportuna rimarrebbe esattamente la stessa, salva la sua maggiore efficacia, qualora l'accettazione e sanzione della comunità la traducesse in *jus conditum*»<sup>36</sup>. Ci troviamo di fronte a uno dei punti in cui si fa più evidente la lezione gentiliana: la legge si profila qui come una volontà voluta e divenuta legge, ovvero volontà collettiva e in cui «la coscienza di quel che è fatto non è già negazione della coscienza di quel che è da fare, ma anzi sua base congenita, perché come si potrebbe intendere, se non si fosse bene in chiaro su quanto è compiuto?»<sup>37</sup>. Altro punto essenziale da comprendere è che il diritto non esiste per sé solo, ma esclusivamente nella condizione di essere ora *conditum* e ora *condendum*: «qualsiasi realtà del diritto [...], o è un'istituzione propugnata o sancita nel passato, o è un'istituzione propugnata nel presente» e, in quanto tale, è fatto umano, cioè atto divenuto fatto, «e come la prima s'intenderà facendo la storia della legislazione e della giurisprudenza e del diritto, così la seconda s'indagherà ponendosi nella situazione etico-politica che l'ha determinata, e appoggiandola o modificandola o respingendola»<sup>38</sup>.

Si tratta, come si vede, della critica a ogni concezione che consideri il diritto come entità sussistente di per sé. Su questo terreno si iscrive la critica che, con qualche ragione, può essere definita di scuola, tanto al positivismo quanto al giusnaturalismo. In Calogero non si trovano le lunghe pagine, né la *vis polemica* che erano state riscontrate ad esempio in Ugo Spirito, tuttavia, una critica alle due

---

<sup>36</sup> Ivi, p. 117.

<sup>37</sup> Ivi, p. 118.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

posizioni è esplicita. La mentalità positivista «in quanto contempla nel diritto la sua eterna e ideale realtà, platonicamente iperurania»<sup>39</sup> risulta, agli occhi del filosofo romano, paragonabile alla mentalità matematica. Il che non esclude il merito essenziale del giusnaturalismo – qui accomunato al positivismo – consistente nella difesa degli ideali giuridici in situazioni politiche ancora troppo deboli<sup>40</sup>, «ma tutto questo (ormai dovrebb'esser chiaro) non esclude l'insussistenza di quel diritto in sé, che è il tipico mito del giusnaturalismo in quanto si presenta non come ideale d'azione ma come metodo di scienza»<sup>41</sup>.

Certamente occorre prendere atto che un elemento di idealità è intrinseco a ogni istituto giuridico. Tuttavia, quello che per i nostri scopi è più rilevante notare è la natura attuale, cioè il farsi, di ogni istituto. Così, per esempio, «l'entità giuridica della cassazione non è infatti qualcosa che si constata, ma qualcosa che si fa: e se si obiettasse che anche il quadrato non si constata ma si fa, in quanto appunto si costruisce, non ci vorrebbe molto a ribattere che altra è la necessità con cui si costruisce il quadrato e altra quella con cui s'istituisce la cassazione, tant'è vero che mentre il quadrato non si può fare fuor che nel modo in cui si fa, la cassazione può farsi in assai diversi modi, com'è chiaro a chiunque consideri le legislazioni processuali regolanti, nei vari Stati del mondo, il funzionamento del supremo organo giurisdizionale»<sup>42</sup>. Circa la natura di questo fatto, ovvero di questo farsi, ci siamo già soffermati in precedenza, e non è qui il caso di ritornare su quanto affermato in riferimento ad altri autori e, segnatamente, rispetto alla distinzione gentiliana tra fatto naturale e fatto umano, se non per ribadire ancora una volta la differenza tra i due fatti in questione che, del resto, risulta già di per sé evidente dal passo citato. Il “fatto” quadrato è fatto naturale, immutabile e indifferente all'esistenza umana,

---

<sup>39</sup> Ivi, p. 120.

<sup>40</sup> La posizione qui espressa ricalca sostanzialmente i meriti riconosciuti al giusnaturalismo e al classicismo giuridico da Spirito, e di cui si è trattato nel capitolo a lui dedicato. Tuttavia le ragioni di base appaiono parzialmente diverse: non si tratta qui di promuovere la necessità del superamento di quella situazione, caratterizzata per Spirito dall'opposizione tra cittadino e Stato, nello Stato nuovo. La differenza di vedute politiche si riflette, in qualche modo, nell'argomentare. Quello che è qui in gioco è, dunque, solo la necessità logico-scientifica di superare uno schema che pone il diritto come fissato in sé e, in qualche modo, “fatto naturale”. La posizione calogeriana si rivela, dunque, particolarmente vicina a quella di Gentile su questo punto specifico.

<sup>41</sup> G. Calogero, *La logica del giudice*, cit., p. 121.

<sup>42</sup> Ivi, p. 124.

laddove il “fatto” Corte di Cassazione trova proprio in quest’ultima la sua origine e la sua ragione di esistenza.

Al “fatto” umano sono, dunque, riconducibili tutti i fatti giuridici, non solo in quanto “voluti” ma anche, e soprattutto, in quanto latori di una implicita normatività storica. Il fatto giuridico è, quindi, derivazione dell’atto umano, genesi che si estende anche alla norma: «è evidente che come nel fatto giuridico non c’è mai *actum* senza *agendum*, perché esso non è appunto che un *agendum* divenuto *actum*, così nella norma giuridica non c’è mai *agendum* senza *actum*, perché nessun *agendum* potrebbe essere prescritto senza che fosse insieme chiarito il presupposto *actum*, cioè la situazione di realtà già realizzata in occasione della quale debba esser tradotto in atto quel comando»<sup>43</sup>. Tanto il fatto che la norma giuridica risultano, così, immediatamente sottratti al terreno della realtà naturale e ricondotti su quello di quella peculiare dimensione – tutt’affatto umana – che è la realtà storica.

Il posizionamento del diritto sul piano storico sposta l’attenzione sulla natura del giudizio giuridico, ed è questo il secondo grande tema che attraversa il libro di Calogero. Nella concezione calogерiana il lavoro del giudice è paragonabile a quello dello storico: «come lo storico, egli non ha interesse che per l’azione dell’uomo; l’accadere naturale non ha per lui un significato se non come momento e fondamento di accadere umano»<sup>44</sup>. Sulla connessione calogерiana di giudizio storico e giudizio giuridico si è non poco discusso, a partire dal non proprio lusinghiero appunto di Benedetto Croce, secondo cui Calogero non avrebbe ben compreso la natura e la specificità della storia, come trasparirebbe dalla separazione tra il lettore e il narratore di storia che, secondo Croce, sarebbe alla base dell’interpretazione calogерiana e che farebbe sì che Calogero si applicasse alla «*historia inferior*, che s’intesse sulle estrinseche testimonianze»<sup>45</sup> più che sulla Storia propriamente detta. A parere di Croce, poi, «la storia, sia che si prenda nella sua forma superiore, sia in quella inferiore, non basta a generare il giudizio del magistrato», «il proprio della sentenza del giudice sta», infatti, «in quella così detta “sussunzione”, onde si fa

---

<sup>43</sup> Ivi, p. 127.

<sup>44</sup> Ivi, p. 128.

<sup>45</sup> B. Croce, *Conversazioni critiche. Serie V*, cit., p. 279.



rientrare il fatto che si ha dinanzi, storicamente ricostruito, in una norma di legge: “sussunzione”, che non è un atto teorico ma pratico, un atto volitivo, un *imperium*, che individualizza, ossia crea la legge, e pronuncia un comando»<sup>46</sup>.

Carlo Nitsch ha dedicato al tema uno studio in cui, dopo la iniziale notazione secondo cui la *Logica del giudice* troverebbe conferma, a parere dello stesso Calogero nel saggio *Il giudice e lo storico* di Calamandrei – richiamato, in chiave critica, da Croce – si sviluppa la tesi di una derivazione crociana della storiografia di Calogero<sup>47</sup>. Quale che sia la derivazione della storiografia di Calogero, ciò che è più importante notare è come «il confronto assai fecondo con l’opera dello storico mette a nudo il carattere enigmatico dell’agire del giudice, ponendo in questione la controversa determinazione del gradiente volitivo dei processi di cognizione, come la problematica definizione di un limite, giuridicamente significativo, tra indagine storica e azione pratica»<sup>48</sup>.

Riprendendo ora il filo dell’argomentazione calogeriana, bisogna notare come il tratto comune dell’azione dello storico e del giudice sia rintracciabile nel non universalizzare, ma nel ricostruire fatti: «al pari dello storico, inoltre, il giudice ha di fronte a sé il fatto non come una realtà già esistente, ma come qualcosa da ricostruire. Quel che ha innanzi, come dato della sua diretta esperienza sensibile, è solo un complesso di documenti, di testimonianze, di prove: e in base ad esso egli deve ricostruire il fatto»<sup>49</sup>. Dal punto di vista procedurale, dunque, l’accertamento probatorio appare sostanzialmente identico alla ricostruzione storica. Occorre, però, mettere in luce come sia lo stesso Calogero a porre delle distinzioni: «questa sostanziale identità dell’accertamento probatorio alla ricostruzione storiografica del fatto sembra per altro infirmata da due circostanze»<sup>50</sup>. Si tratta, da un lato, dei limiti procedurali a cui il giudice è tenuto ad obbedire e, dall’altro, della non assoluta adeguazione alla realtà dei fatti del giudizio giuridico, adeguazione che, a parere di Calogero sarebbe invece propria della ricostruzione storica. Per dirlo meglio: mentre

---

<sup>46</sup> Ivi, p. 280.

<sup>47</sup> Si veda, C. Nitsch, “*Il giudice e lo storico*”. *L’esperienza del giudizio nel ‘cattivo avviamento’ dei tempi*, cit.

<sup>48</sup> Ivi, p. 674.

<sup>49</sup> G. Calogero, *La logica del giudice*, cit., p. 129.

<sup>50</sup> Ivi, p. 130.

lo storico deve ricostruire il fatto così come esso era, senza tralasciare alcun dettaglio, il giudice si fermerebbe, nel suo accertamento, a quegli elementi salienti e indicativi per la riconduzione del fatto sotto una data fattispecie giuridica. La ricostruzione storica sarebbe, per così dire, omnicomprensiva, mentre quella giuridica funzionale a uno scopo processuale.

A questa possibile obiezione risponde Calogero: «non è, l'idea della conoscenza storica come attingimento pieno e concretissimo del reale, anch'essa un'eredità ormai illegittima dell'antico realismo e gnoseologismo, il quale, battuto sul piano della cosiddetta natura, si trasferisce nel campo della storia, portandosi dietro quel medesimo ideale della conoscenza dell'*individuum omnimode determinatum* [...]? Di fatto, neanche allo storico interessa il colore della giacchetta che aveva, poniamo, Washington quando scrisse la famosa lettera ai suoi concittadini»<sup>51</sup>. Il ridimensionamento della ricostruzione storica e il rifiuto dell'ideale dell'assoluta approssimazione al reale come punto distintivo e peculiare di essa è funzionale all'analogia portata avanti tra procedere storiografico e procedere giuridico.

Come il giudice, allora, lo storico è condizionato nella selezione di ciò che è rilevante o meno da un codice, che non è quello scritto sotto cui il giudice deve ricondurre l'azione, ma quello universalmente accettato dell'umano interesse. E come il giudice, anche lo storico non conosce il fatto *in re*, ma solo attraverso la mediazione di fonti e documenti. «Ed anche incontestabile è che, così stando le cose, lo storico non può comprendere appieno un'azione compiuta senza intenderla nella totalità dei suoi moventi, cioè senza rivivere l'intero cosmo della consapevolezza che la compì»<sup>52</sup>. Calogero parla qui dello storico, ma, parlando di esso, si occupa, in realtà, del giudice. Il passo appare allora tanto più rilevante quanto più si riesca a scorgere la somiglianza, non solo verbale, con il giudizio che Ugo Spirito dava della funzione del giudice penale. Lì si trattava di un giudice che, rifiutata la posizione classicista del fatto delittuoso come esistente in sé, e – trasportata la “unità della vita” propria del positivismo dal terreno naturalistico a quello concreto e, perciò,

---

<sup>51</sup> Ivi, p. 132.

<sup>52</sup> Ivi, p. 133.

spirituale – doveva nel giudicare, non solo tenere presenti, ma anche veramente conoscere, fino a farsi amico e confidente del reo, la vita di lui e le condizioni che lo avevano portato a delinquere e quelle in cui si era maturato l'evento delittuoso<sup>53</sup>. La dottrina penalistica, e la forte caratterizzazione del ruolo pedagogico del giudice sono assenti dal passo calogeriano, vi si trova, tuttavia, una forte affermazione del principio per cui, nel giudicare, e nel sussumere un fatto sotto la legge, non si possa prescindere dalla conoscenza di tutto ciò che ha condotto al fatto da giudicare. In questo senso, il passo in questione si eleva dal problema cassazionale per estendere la sua portata al giudicare in quanto tale.

È interessante notare che, come il giudizio *de facto*, anche il giudizio *de jure* si forma nella mente del giudice a partire dalla ricostruzione storiografica dell'accaduto. È sempre a partire dalla ricostruzione storica che il giudice può stabilire cosa è e cosa non è di diritto: «come là si tratta d'accertare, in base a prove, come si sia realmente svolto il fatto in questione, così qui si tratta d'accertare, in base a documenti, che cosa sia stato davvero voluto dalla legge per il fatto in questione»<sup>54</sup>. Il che risulta particolarmente evidente nel caso di quelle norme lontane nel tempo o la cui interpretazione possa dar luogo ad incertezza. Vi è, tuttavia, un altro punto, di maggiore profondità, che spinge a considerare il giudizio *de jure* sul terreno della storiografia: «come», infatti, «il cosiddetto giudizio di fatto è l'accertamento del fatto del privato, il cosiddetto giudizio di diritto è l'accertamento del fatto del legislatore»<sup>55</sup>, l'accertamento, cioè, di quel concreto volere della volontà ponente la norma che, postosi come norma, si è cristallizzato come fatto. La fattualità della norma si distingue, tuttavia, da quella del fatto per l'esser non volontà diretta all'azione, ma volontà diretta a che si volesse in certo modo una determinata azione. Così, la *cognitio de jure* può risolversi in un duplice giudizio di fatto «giacché ogni norma implica non solo il fatto, cioè la volizione-azione, che si propone imperativamente alle volontà, ma anche il fatto effettivamente compiuto dal

---

<sup>53</sup> Cfr. *supra*, pp. 141-146.

<sup>54</sup> G. Calogero, *La logica del giudice*, cit., p. 137.

<sup>55</sup> Ivi, p. 138.

legislatore quando, valendosi del suo pubblico potere, pose a termine di quell'imperativo il fatto da compiere»<sup>56</sup>.

Altrettanto interessante è notare come, su questo punto, si iscriva una critica assolutamente rilevante mossa da Calogero nei confronti tanto di Croce quanto di Gentile: quando, infatti, non si tenga presente il secondo punto, ovvero non si consideri l'azione concreta del legislatore «e si vede perciò nella norma giuridica un mero “voluto”, una “volizione di classe” che non è azione effettiva, si può – com'è accaduto agli stessi due massimi rappresentanti della filosofia italiana contemporanea – cadere nell'agnosticismo giuridico, e, per reazione alle astrattezze contemplative del giusnaturalismo tradizionale, anteporre pericolosamente la forza al diritto»<sup>57</sup>. Al di là dell'accomunazione delle posizioni di Croce e di Gentile, che mostra di non tener qui conto delle profonde differenze e, diciamo pure, opposizioni tra i due modi e i due punti di vista da cui si era affrontato il problema giuridico, ciò che è ancor più rilevante, in special modo riguardo a Gentile, è il fatto che Calogero mostri di non considerare qui il “voluto” gentiliano come atto effettivo ma come generico e, perciò, astratto. In questa chiave interpretativa, la posizione crociana e quella gentiliana, universaleggiando, finirebbero per costituire un vero e proprio ostacolo all'intellezione concreta della norma.

Tornando al punto della radice storiografica della questione di diritto, bisogna notare come, proprio grazie ad essa, il giudice si sollevi in certa misura dal ruolo di storico: «ma ecco che proprio in quest'ultima fase di attività, in cui il giudice interroga idealmente il legislatore per porsi nella sua stessa situazione e intendere pienamente quel che egli volle, il suo procedimento viene a soverchiare i confini di quell'operare storiografico, che pur si è visto fin qui costitutivo del suo agire mentale»<sup>58</sup>. La ricomprensione storiografica del voluto dal legislatore non si limita, infatti, ad un'operazione estrinseca, ma importa l'attualizzazione vitale di quanto era stato. Si tratta anche, di riconoscere e ricostruire «che cosa coerentemente [il legislatore] avrebbe potuto volere che fosse voluto, cioè quali altre concrete azioni

---

<sup>56</sup> Ivi, p. 139.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Ivi, p. 141.

avrebbe verosimilmente ritenute comprese nello stesso generale tipo di comportamento designato da quello schema semantico, qualora esse avessero avuto la possibilità d'appartenere al suo mondo mentale»<sup>59</sup>. Si apre, quindi, un altro aspetto dell'attività del giudice che, originato dall'agire storiografico, se ne distingue per portata. Non potendosi immaginare che il legislatore, nell'atto di scrivere la norma, abbia in essa già compresi tutti i casi che possono richiamarla e tutte le sue eventuali applicazioni, il giudice assume su di sé il ruolo di riportare i casi singoli sotto la norma generale, ma, così, si fa a sua volta legislatore, come peraltro diversamente previsto tanto dal codice svizzero che da quello italiano, richiamati dall'autore.

Nell'attività del giudice, dunque, sullo «sfondo della sua identità al procedimento storiografico, spicca poi una sua fase terminale, in cui essa, pur continuando a presupporre come base quell'identità, la oltrepassa d'altro lato decisamente. È la fase in cui, alla fedele ricostruzione storica di quanto è stato effettivamente voluto e compiuto dalla volontà del singolo e da quella del legislatore, si aggiunge la determinazione di ciò che il legislatore avrebbe verosimilmente voluto quando fosse stato invitato a chiarire se dalle parole della sua norma doveva ritenersi potenzialmente significato anche un caso da esse non chiaramente previsto, o che esse non avrebbero, comunque, potuto prevedere»<sup>60</sup>. In questo caso è, appunto, il giudice che deve supplire al legislatore. È rilevante notare come non ci si trovi più di fronte all'accertamento di un reale, quanto piuttosto alla supposizione di un verosimile. È evidente, infatti, che nell'atto del supplire la mancata decisione legislativa, il giudice, non si rivolga effettivamente alla decisione del legislatore, ma, sulla base dell'interpretazione dello spirito della norma, interpreti come verosimile una decisione non avvenuta. «Si può quindi concludere che la più precisa maniera di distinguere quando il giudice risponde alla *questio facti* e quando risponde alla *questio juris* è quella di vedere quando, nel processo di cognizione, egli fa soltanto storia, e quando fa, insieme, storia e più che storia»<sup>61</sup>. Se la storiografia pertiene sia al *facto* che al *jure*, allora, è comunque lecito dire che questo, riguardando non

---

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> *Ivi*, p. 147.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

l'essere, ma il dover essere, sia insieme storico e metastorico. Storico in quanto non si può, né si deve, dimenticare la sua origine umana, metastorico in quanto riguardante realtà che solo parzialmente sono passibili di ricostruzione storiografica. Nella necessità di adeguarsi a situazioni non previste e, comunque, in certa misura contingenti, la cognizione e l'applicazione del diritto trapassano l'accertamento storiografico diretto a indagare le intenzioni del legislatore, si fanno diritto in atto, riferendosi alla norma, ma esistente solo nel processo. Di modo che, non si vuole la legge, ma l'applicazione della legge, ovvero la legge correlata col caso concreto cui si applica.

La distinzione tradizionale che vede il diritto contrapposto al fatto, quasi che ci sia da un lato il *jure* e dall'altro il *facto*, si rivela, anche per questa via, un'illusione gnoseologica che riduce la questione a schemi eccessivamente semplicistici. «L'unico binomio della logica tradizionale che potrebbe, se mai, adoperarsi con minor danno è quello per cui il puro giudizio d'esistenza, onde di qualcosa si dice "è" (inteso, qui, nel senso di "è realmente accaduto") si contrappone al giudizio di predicazione o sussunzione, per cui, s'è visto, qualcosa di mentalmente raffigurato con più determinazioni si sovrappone a qualcosa di mentalmente raffigurato con meno determinazioni, constatando se rientri o non rientri nel suo schema»<sup>62</sup>. L'abbandono del tradizionale impianto logico del giudizio è, come si vede, completo. L'utilizzo della distinzione tra giudizio di fatto e di diritto non potrebbe avere influenza, sostiene Calogero, che sul modo di esprimersi del giudice, dal momento che è ormai evidente che, giudicando sul diritto, non ci si possa esimere dal contestuale giudizio di fatto. Inoltre «tali schematizzazioni semantiche non servirebbero naturalmente a garantire al procedimento giudiziale una rigida sicurezza logica, salvo nell'opinione di quei giudici che avessero della logica stessa un'idea ancora molto tradizionale, e per cui la cosa sarebbe non solo inutile ma dannosa, in quanto potrebbe, aumentando la loro sicurezza estrinseca, diminuire la loro *prudencia* reale»<sup>63</sup>. E, allora, data l'infertilità dello schematismo logico per il processo, e il suo riuscire, anzi, a tradursi in dannosità, «è meglio non valersi più di tali schemi, e

---

<sup>62</sup> Ivi, p. 148.

<sup>63</sup> Ivi, pp. 148-149.

presupporre solo quelle concrete forme dell'agire, per intendere come la legislazione processuale possa più opportunamente, in base alla loro differenza, organizzare anche il particolare istituto della cassazione»<sup>64</sup>.

Le due tematiche chiave del libro, e le linee guida della filosofia giuridica di Calogero, paiono ora sufficientemente chiare da far ritenere superfluo soffermarvici oltre. Il motivo di un giudizio di fatto non separato, e sempre immanente, a ogni giudizio di diritto, non meno che quello della radicale storicità dell'azione giuridica, che, dall'indagine storiografica, si estende fino all'affermazione della dimensione puramente storica del diritto costituiscono i cardini dell'indagine di Calogero, cui si collegano altri aspetti che sarà ora opportuno indagare.

### **Giustizia, diritto, libertà**

Pur rimanendo sempre al centro della riflessione calogeriana – come ben evidenziato nel volume *Etica, giuridica, politica*<sup>65</sup>, facente parte di un ciclo di *Lezioni di filosofia* – l'aspetto proceduralistico e gnoseologico non esaurisce assolutamente il tema del diritto. Accanto ad esso trovano luogo argomentazioni che, per quanto probabilmente meno rilevanti sul piano tecnico-empirico del procedere del giudizio, assumono spessore e interesse anche maggiore per quel che riguarda il tema dell'etica e della filosofia politica. Si tratta della speculazione sulla coincidenza tra diritto e giustizia e mediante questa, che solo per comodità di esposizione potremmo chiamare termine medio, del primo con l'ambito etico-morale. È una posizione che trova una sua traduzione immediata nel terreno della politica, si pensi, ad esempio, alla *Difesa del liberalsocialismo*, e alla polemica con Croce che si trova in essa espressa. Per i temi che qui ci interessano, tuttavia, riteniamo più opportuno prescindere da queste contaminazioni e concentrarci su altri testi.

Si è già ricordato come, all'inizio di *Intorno al concetto di giustizia*, Calogero individui uno dei difetti dell'idealismo e, più in generale, della riflessione filosofica, nell'aver incentrato tutti i suoi sforzi nella ricerca del concetto di 'libertà', relegando

---

<sup>64</sup> Ivi, p. 149.

<sup>65</sup> G. Calogero, *Etica, giuridica, politica*, Einaudi, Torino 1948.

quello di ‘giustizia’ esclusivamente al piano giuridico, e perciò astratto; si tratta ora, però, di evidenziare le conseguenze dell’argomentazione calogeriana.

Occorre, anzitutto, distinguere tra Libertà e libertà, ovvero tra quella Libertà del volere che c’è sempre e che funge da presupposto ad ogni azione umana e quella libertà che «ci dev’essere»<sup>66</sup> ma che, come ben sapeva Calogero – che nel gennaio del 1942, cioè qualche mese dopo la pubblicazione del testo, avrebbe conosciuto il carcere fiorentino delle Murate prima e il confino di Scanno poi – si trova spesso a latitare. Con quale delle due libertà, dunque, si correla il concetto di Giustizia? Se si finisce per far coincidere la libertà con la Libertà, «allora la libertà diventa il mero espandersi del volere, il puro esserci della volontà: e questo non ha più, naturalmente, niente a che vedere con la giustizia, la quale non è il semplice vivere la libertà propria ma il riconoscere la libertà altrui, il limitare la libertà propria per fare spazio alla libertà altrui»<sup>67</sup>. Risulta in questo modo evidente che ad essere correlata con il concetto di giustizia non è quella libertà trascendentale, condizione stessa e imprescindibile del volere, ma quell’altra libertà, di grado più basso ma che, essendo relativa alla vita empirica dell’individuo, finisce per riguardarlo più da vicino. La libertà che si correla con la giustizia è, allora, quella libertà che deve essere intesa come ‘valore’ da raggiungere ed è qui che si innesta una non irrilevante critica all’idealismo, ostacolato nella comprensione della relazione tra giustizia e libertà «dalla preoccupazione di di mantenere il principio etico in quella che appariva come sua assoluta universalità e purezza formale»<sup>68</sup>. Ma, nella sua purezza, l’etica si dimostra priva di ogni contenuto, e incapace di riconoscere un assetto valoriale all’infuori di quella libertà universale che si rivela incapace di dare concrete risposte

---

<sup>66</sup> G. Calogero, *Intorno al concetto di giustizia*, cit., p. 4. Si veda anche, G. Sasso, *Calogero e Croce. La libertà, le libertà, la giustizia*, cit., in particolare le pp. 301-307.

<sup>67</sup> G. Calogero, *Intorno al concetto di giustizia*, cit., pp. 4-5.

<sup>68</sup> Ivi, p. 5. «Nell’elaborazione di questo tema difficile e sfuggente della libertà e delle libertà», nota Gennaro Sasso, «Calogero era animato dalla più alta delle ambizioni morali e, cercando altresì di conferirgli l’adeguato orizzonte speculativo, in sé stesso viveva il conflitto che sempre la coscienza incontra quando le ragioni dell’impegno volto a riparare i torti e a raddrizzare le ingiustizie si scontrano con quella che, con la voce calma e profonda della saggezza, ammonisce che quel “che è” è conforme al suo “dover essere” e che niente perciò si richiede che faccia. Calogero viveva questo conflitto, e lo risolveva col dare ascolto alle ragioni del fare perché infine, con l’opera tenace, l’ideale si realizzasse; e, oltre che all’azione presa nel senso stretto del termine dette luogo a qualcosa d’altro, e cioè alla scrittura di questa sua sofferta verità» (G. Sasso, *Calogero e Croce. La libertà, le libertà, la giustizia*, cit., p. 369).



all'individuo. È su questo punto che si innesta una critica, non esplicita, ma forte, al pensiero di Giovanni Gentile. È un motivo che abbiamo già avuto modo di esaminare negli autori trattati in precedenza e che abbiamo visto assumere particolare rilevanza teorica nel pensiero di Giuseppe Maggioro. Lì, però, ci si muoveva sul terreno del puro diritto, qui su quello ad esso correlato dell'etica. Parlando di diritto bisogna altresì rilevare come, nell'opera di Calogero, esso non possa in alcun modo essere disgiunto dalla riflessione morale e, lo vedremo, come l'etica costituisca la base stessa del diritto. Il tema in questione è quello dell'alterità o, come Calogero preferisce dire, dell'altruità. Se, argomenta l'autore, «non ci sono virtù che non si risolvano nell'unica virtù del volere il bene», allora, «questo bene non può poi esser altro che il bene altrui, l'universale bene degli uomini»<sup>69</sup>. Non è solo il riferimento evangelico «ama il tuo prossimo come te stesso» a muovere l'argomentazione calogeriana, ma, anche, una più profonda esigenza filosofica: quella di dare all'etica un contenuto, rintracciabile proprio nell'*altro*. Nel riferimento ad altro – che è sempre riferimento alla terza persona in termine assoluto, di modo che la moralità non si concluda in un principio di reciprocità – trovano a un tempo giustificazione tanto il concetto di giustizia quanto quello di eguaglianza.

Fin qui si è, dunque, visto come il principio di alterità entri in qualità di carattere determinante nell'ambito morale. Rimane, però, da vedere come esso venga trasferito sul piano giuridico. L'argomentazione di Calogero non affronta in questo luogo il problema in maniera esplicita, pure, spunti rilevanti sul piano filosofico-giuridico possono essere con qualche fecondità desunti dalle righe. In particolare va notato che «tutto quanto si chiama civiltà, dal punto di vista etico-politico, è proprio un indipendente progresso di tale correzione [delle diseguaglianze naturali], operata dagli uomini»<sup>70</sup>. Si introduce, così, una considerazione che potremmo definire pedagogica – tema che ritornerà esplicitamente per quel che riguarda il diritto – della civiltà e, con essa, della giustizia. Il rapporto con l'alterità diviene, così, rapporto educativo ed autoeducativo, confronto determinante per la formazione stessa dell'io. Vi è un punto preciso in cui, tuttavia, finisce per emergere la posizione di Calogero

---

<sup>69</sup> G. Calogero, *Intorno al concetto di giustizia*, cit., p. 10.

<sup>70</sup> Ivi, p. 14.

circa la funzione del diritto: trattando della distinzione tra coercizione ed educazione il nostro scrive che «la distinzione radicale è nel punto che la coercizione trae il suo valore solo dal fine dell'educazione, perché anche per costringere occorre qualcuno che sia convinto» e, ancora, «la forma estrema di questo atteggiamento coercitivo è l'uccisione, o la condanna a morte: con la quale io potrò magari aver contribuito (in situazioni di eccezione, o di ancora non troppo evoluta civiltà) a educare altri, ma avrò fallito irremissibilmente al mio compito educativo nei riguardi di colui che ne era il più prossimo oggetto»<sup>71</sup>. Certo non si può considerare questa una trattazione esaustiva circa la funzione della pena, tuttavia può essere qui rintracciata la dimensione educativa non solo del rapporto giuridico *tout court*, ma di qualunque rapporto che, in quanto rapporto, implica sempre una relazione *ad aliquid*. È su questo terreno che si dà, incontrovertibilmente, la connessione tra diritto e morale. Vi è, però, ancora un altro punto che, per quanto meritevole di essere approfondito, deve essere qui solo accennato, ed è quello relativo allo scopo dell'ordinamento giuridico. È un punto trattato quasi *en passant* dall'autore, ma che assume un tono vibrante, quando si consideri che, come già ricordato, le pagine che stiamo esaminando sono state scritte quasi alla vigilia dell'arresto. «Questo», scrive Calogero, «è l'ideale supremo di ogni ordinamento sociale, di ogni strumento giuridico: in cui la giustizia deve servire alla libertà, perché la libertà possa accrescere la giustizia, e in cui la libertà deve servire alla giustizia, perché la giustizia possa accrescere la libertà»<sup>72</sup>. Tra giustizia e libertà, quando si considerino in concreto, si dà, allora un rapporto di inscindibile doppia implicazione o, meglio, per dirla con le parole di Calogero «esaminando questi concetti, abbiamo visto come essi costituiscano gli aspetti molteplici, e reciprocamente implicanti, dell'unico ed eterno ideale morale»<sup>73</sup>. Tra loro sta il diritto come, potremmo dire, lo “strumento attuativo” della giustizia e della libertà. Strumento che è, però, esso stesso giustizia e libertà.

È questo, potremmo forse dire, il documento programmatico dell'argomentazione di Calogero che, dai temi gnoseologici e proceduralistici, passa

---

<sup>71</sup> Ivi, p. 17.

<sup>72</sup> Ivi, p. 19.

<sup>73</sup> Ivi, p. 20.

sul terreno di quelli morali. E questa nostra digressione sul saggio *Intorno al concetto di giustizia*, non togliendo ad oggetto specifico il problema giuridico, che vi entra solo tangenzialmente, potrebbe sembrare avere valore esclusivamente filosofico e non, come dovrebbe, filosofico-giuridico. Dobbiamo ora rimetterci in carreggiata ed esaminare se, e come, i rapporti tra giustizia e libertà, etica e diritto siano dal nostro esaminati in testi in cui il giure assume una posizione più rilevante.

Il problema del rapporto tra libertà e diritto era già stato affrontato due anni prima nel saggio *La libertà e il diritto*, pubblicato sulla “Rivista internazionale di filosofia del diritto” del 1939. La tematica di fondo è la stessa che abbiamo già vista rispetto al rapporto tra libertà e giustizia, ovvero quella della civiltà come momento in cui la mia libertà si limita per fare spazio all’altrui. Tuttavia, più chiaramente vi si trova espressa la relazione dei due termini con il terzo termine rappresentato dal diritto. E, pure, come si è avvertito, non bisogna considerare questi tre termini come se fossero effettivamente tre, essendo essi sotto un certo aspetto uno. Tralascieremo, per il momento, le implicazioni pedagogiche del rapporto etico tra giustizia e libertà, per notare esclusivamente come, questo rapporto si traduca esclusivamente nel volere la «giusta libertà degli altri»<sup>74</sup>. Fin qui, dunque, nessuna differenza, se non una migliore specificazione, rispetto al testo che abbiamo trattato in precedenza. Ciò che, invece, costituisce il punto di interesse di questo saggio è l’esplicito inserimento della tematica giuridica. Occorre anzitutto notare, con Calogero, come autorità e disciplina «debbono apparire esigenze antitetiche a quella della libertà per tutto il tempo in cui quest’ultima sia semplicemente concepita come libertà dell’individuo, tendente a espandere e ad affermare sé stesso oltre ogni ostacolo che gli si ponga di fronte», ma, quando «si concepisce l’ideale della libertà come s’è ora concepito, e cioè come limitazione della libertà propria per l’instaurazione della libertà altrui, allora si vede come la difficoltà venga meno»<sup>75</sup>. È in questo quadro che viene a collocarsi il diritto. Assunto che «né i diritti né le leggi esistono per sé stesse, nell’Iperuranio o nella carta stampata: esse non sono che atteggiamenti della volontà dell’uomo, la quale pone certe norme ed esige che siano rispettate», l’esperienza

---

<sup>74</sup> G. Calogero, *La libertà e il diritto*, Fratelli Bocca, Milano 1939, p. 9.

<sup>75</sup> Ivi, pp. 10-11.

giuridica si definisce come «un complesso di atti d'intervento nella libertà altrui, costituito tanto dall'enunciazione del dovere, che a tale libertà incombe, di limitarsi in un certo modo, quanto dall'avvertimento di ciò che contro di essa dovrà o potrà esser compiuto se essa non obbedirà a tale obbligo di limitazione, quanto, infine, dall'eventuale messa in atto di queste ultime minacce d'intervento»<sup>76</sup>. Come si vede, i momenti dell'esperienza giuridica sono tre: il primo, relativo all'enunciazione stessa della norma, indica il dovere da compiersi nei confronti dell'altro, il secondo e il terzo sono invece relativi rispettivamente al momento del processo vero e proprio e a quello dell'eventuale esecuzione della sentenza. Ciò che interessante notare è, tuttavia, il muoversi di tutti e tre i momenti all'interno dell'ambito della libertà, intesa come quella libertà non individualista delineata da Calogero e che vede nell'autolimitazione e nella promozione della libertà altrui il suo momento cardine. Ancora più interessante è notare il rapporto che va delineandosi tra diritto e morale. Pensare una morale interiore contrapposta a un diritto esteriore risulta, infatti, impossibile. Il problema del rapporto tra diritto e morale «non è quello della collocazione di due entità o attività in una scala gerarchica, ma quello della pratica opportunità di adottare più o meno, al fine etico-pedagogico, il metodo della coercizione oltre quello della persuasione»<sup>77</sup>. Al di là dell'insistenza sulla coincidenza di etica e pedagogia, si intravede qui una critica alla posizione gentiliana che faceva del diritto un momento astratto dell'unica e concreta attività morale. Diritto e morale vivono in un'interconnessione in cui nessuna scala gerarchica può darsi e, anzi, in cui finiscono per esser quasi il medesimo.

D'altro canto, il legame che si va creando tra esperienza giuridica, morale, e libertà, conduce a rintracciare una connessione altrettanto stretta tra giure e politica. Se il fine ultimo del diritto è quello di promuovere la libertà con un'azione etico-pedagogica, risulta evidente la coincidenza di finalità con l'azione statale. L'azione politica potrebbe essere, infatti, distinta da quella giuridica perché «l'esperienza politica è quella dell'instaurazione di un dato complesso di norme giuridiche», laddove «l'esperienza giuridica è quella dell'uso che si fa di tali norme fino a che

---

<sup>76</sup> Ivi, p. 15.

<sup>77</sup> Ivi, p. 17.

esse non vengano mutate»<sup>78</sup>. Così, però, si vede come esse siano i due momenti dell'esperienza giuridica stessa, l'uno corrispondente alla statuizione di doveri, l'altro all'esecuzione di essi e all'accertamento e sanzionamento di eventuali violazioni. D'altro canto, e qui si sottolinea un punto di contatto con la posizione gentiliana, la legge che si mantiene in vita non esiste se non in virtù di una volontà che fa sì che essa possa mantenersi in vita, che è volontà politica, ovvero, avrebbe detto Gentile, morale dello Stato<sup>79</sup>.

Il tema dell'unità concreta di diritto e morale ritorna in quell'*Etica, giuridica, politica* che avevamo prima lasciato da parte. Vi si legge: «il legiferare è un agire, un influire sugli altri, prima ancora di qualsiasi uso ulteriore della sua sanzione. Ecco dunque quella unità della morale e del diritto, che si scorge quando l'una e l'altro son veduti nella concretezza di quel presente volere che li fa essere entrambi: e che non significa, s'intende, che ogni diritto sia morale, bensì che ogni diritto deve essere morale, che l'esperienza in cui si fa ricorso alla coercizione del diritto deve anch'essa servire all'ideale della moralità»<sup>80</sup>. Ciò che è rilevante notare è come, questa esigenza di moralità insita nel diritto, tanto nel suo aspetto di *conditum*, quanto in quello di *condendum*, si risolva nell'aspirazione a una forma di «giustizia sostanziale» che si traduce, poi, nella «tendenza a far sì che la forma di comportamento, che la legge pretende con la minaccia della sanzione, risponda il più possibile a quel supremo ideale etico, che è l'armonioso equilibrio delle libertà, la reciproca compatibilità delle fruizioni del mondo»<sup>81</sup>. Vediamo, dunque, come la giustizia che è da Calogero accomunata al diritto non prescinda dal contenuto, neppure quando, dal piano sostanziale della libertà si passi a quello formale della legge che prescinde dal contenuto materiale ma in cui la forma finisce essa stessa per essere elevata a contenuto.

È questo il tema dell'eguaglianza di tutti di fronte alla legge, che è, al contempo economica e giuridica. La critica alla posizione crociana è qui particolarmente evidente; per meglio comprenderla, tuttavia, è necessario volgersi

---

<sup>78</sup> Ivi, p. 18.

<sup>79</sup> Cfr. *supra*, p. 59.

<sup>80</sup> G. Calogero, *Etica, giuridica, politica*, cit., p. 272.

<sup>81</sup> Ivi, p. 274.

allo scritto su *Croce e la scienza giuridica* che vide la luce nel 1953 sulle pagine della terza serie della “Rivista italiana per le scienze giuridiche”. Il difetto fondamentale del crocianesimo sarebbe quello di ridurre la giuridicità all’economicità, finendo così per «cancellare la giuridicità stessa». Al contempo, però, Croce, nella *Riduzione*, non vede che l’economicità, privata del diritto che presuppone, si rivela sufficiente a creare dei beni, ma non delle merci, con una sostanziale cancellazione del riferimento *ad aliquid* che le sarebbe connaturato. Il risultato è quello di considerare la libertà come posta assolutamente al di fuori della legge, pregiuridica ed esclusivamente morale. Certo, Calogero non disconosce che, a differenza di quanto, a suo dire, avviene nella *Riduzione*, una forte componente giuridica è presente nella *Filosofia della pratica*, ma riconduce la concezione del diritto come volizione di classe alla teoria crociana dello pseudoconcetto, riportando alla necessità che la legge sia sempre voluta nel caso singolo<sup>82</sup>.

Tornando, ora, ad *Etica, giuridica, politica*, leggiamo: «In concreto, non possono mai sussistere né forme senza contenuto né contenuti senza forma: e ogni legge, ogni “eguaglianza” è sempre giuridico-economica, non mai “soltanto giuridica” e non mai “soltanto economica”. Essa si concreta, in ogni caso, in una coercizione a un comportamento, che può variamente tener conto della suprema esigenza di giustizia sia nella forma del comportamento richiesto con la coazione, sia nel modo adottato per questa stessa coazione»<sup>83</sup>. In certa misura si assiste qui alla ripresa, questa volta in chiave etica, della polemica mossa ne *La logica del giudice* a proposito del giudizio di diritto contrapposto al giudizio di fatto. Non, peraltro, nel senso in cui si porti qui avanti, ancora una volta, un’argomentazione antignoseologista e antisillogistica, ormai assodata, ma in quello per cui, come lì nel

---

<sup>82</sup> Cfr. G. Calogero, *Croce e la scienza giuridica*, estratto dalla “Rivista italiana per le scienze giuridiche”, Terza serie, 1953. In proposito, è interessante notare come Calogero ribalti decisamente l’argomentazione crociana, facendo del diritto un *prius* rispetto all’economia: «di fatto, lo scambio presuppone un consenso, per cui due volontà si accordino in quell’azione, in luogo, poniamo, di tentare di deprearsi, o di restare ciascuna col bene già posseduto. Presuppone, insomma, un accordo in una norma», e ancora, «in questo senso, quindi, non già il diritto presuppone l’economia, in quanto contenuto della sua mera formalità, bensì l’economia presuppone il diritto, in quanto condizione determinante della sua struttura» (G. Calogero, *Etica, giuridica, politica*, cit., p. 305). Con la critica a Croce viene portata avanti, peraltro, anche una critica alla tradizione marxistica originatasi dall’opera di Labriola, da cui la prevalenza dell’economico sul giuridico, a parere dell’autore, deriverebbe.

<sup>83</sup> G. Calogero, *Etica, giuridica, politica*, cit., p. 276.

giudizio non poteva prescindere dal contenuto fattuale dell'azione giudicata, e l'azione giudicante non poteva ridursi a giudizio sulla forma, così qui l'eguaglianza e la libertà sancite dalla norma non possono ridursi a vuote formulazioni, ma devono trovare il loro imprescindibile correlato in una giustizia e una libertà sostanziali, reali e, appunto economiche.

Ci pare poi indicativo che, nel prosieguo dell'argomentazione, sia l'autore stesso a richiamare in causa il giudizio di fatto e il giudizio di diritto: «anche l'attenzione per il giudizio di fatto», scrive, «ossia per l'esatta ricostruzione storica del comportamento che si prospetta come passibile di sanzione, risponde all'evidente preoccupazione morale di non fare all'imputato un gravissimo torto, di condannarlo per un'azione da lui non compiuta in realtà, mancando nei suoi riguardi al dovere della comprensione in un caso di speciale gravità per le conseguenze»<sup>84</sup>. È, allora, evidente come l'attenzione riservata al giudizio di fatto non sia esclusivamente relativa alla forma della procedura, ma si riempia di un non trascurabile valore morale. È la necessità di una giustizia sostanziale che muove la riflessione di Calogero, non meno che l'esigenza di un'attenzione sempre prioritaria al tema dell'altro, rappresentato, nell'azione processuale, dalle parti in causa.

La giustizia, scrive Calogero, «è regola, è misura, è legge; insomma è quadro esterno, norma che s'impone volta per volta al mutevole volto della vita, e che sempre nuovamente deve adeguarsi ad esso»<sup>85</sup>. Al di là dell'immediato aspetto giuridico che viene ora assegnato alla giustizia che, pur mantenendo la sua sostanzialità etica, assume le forme del diritto, ciò che potrebbe trasparire dal passo è una certa contrapposizione tra libertà e giustizia. Va, però, notato che la presunta supremazia della libertà sulla giustizia si rivela un'immagine fuorviante e illusoria e può, anzi, «configurarsi addirittura come una deformazione della libertà»<sup>86</sup>. Qualora, però, dal concetto di una libertà astratta, irrelata, solipsistica, si passi a quello della libertà "equiparata", la libertà che tiene in considerazione l'*altro*, non si può non vedere come se «l'idea della libertà conduce a quella della giustizia, l'idea della

---

<sup>84</sup> Ivi, pp. 280-281.

<sup>85</sup> G. Calogero, *Etica, giuridica, politica*, cit., p. 335.

<sup>86</sup> Ivi, p. 337.

giustizia riporta a quella della libertà» e come «ciascuno dei due concetti ha nell'altro il proprio complemento»<sup>87</sup>. E che, insomma, separare i due aspetti può servire solo a dare due nomi diversi all'identico problema della disciplina giuridica e della convivenza umana «perché quella che poi progredisce è sempre l'unica giustizia-libertà, l'equilibrato e comune bene degli uomini»<sup>88</sup>.

Con un movimento non del tutto peregrino si può considerare relativa al rapporto di doppia implicazione tra giustizia e libertà anche la polemica seguita alla pubblicazione del progetto preliminare di riforma del Codice di Procedura Civile, relativa all'obbligo di verità delle parti nel processo civile<sup>89</sup>. Al problema, Calogero dedica uno scritto nel 1939, pubblicato sulla "Rivista di diritto processuale civile" e ora raccolto nei *Saggi di etica e di teoria del diritto*<sup>90</sup>. Il problema fondamentale era causato dall'articolo 26 del Progetto Solmi che recitava: «le parti, i procuratori ed i difensori hanno l'obbligo di esporre al giudice i fatti secondo verità e di non proporre domande, difese, eccezioni o prove che non siano di buona fede». Lo scritto di Calogero è, per la verità, un testo tecnico, la cui filosoficità va ricercata tra le righe ma che, forse proprio per questa sua natura, lascia ben intendere la stretta connessione e, diciamo pure, indistinzione tra filosofia, teoria e prassi giuridiche.

---

<sup>87</sup> Ivi, p. 339.

<sup>88</sup> Ivi, p. 346.

<sup>89</sup> In proposito si veda, M. Gradi, *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in F. Buongiorno, A. Pinazzi (a cura di), *Etica della responsabilità. Applicazioni e problemi*, "Lo Sguardo", VIII, (2012, 1). Consultabile nella sezione "archivio" del sito web [www.losguardo.net](http://www.losguardo.net).

<sup>90</sup> G. Calogero, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in *Saggi di etica e di teoria del diritto*, Laterza, Bari 1947, pp. 224-256. In proposito, e nell'ottica della critica al logicismo giuridico, si veda anche quanto sostenuto nel già citato saggio *Di certe persistenti illusioni* intorno all'obbligo di dire «tutta la verità»: «qualsiasi giurista osserverà, a questo punto, che il diritto processuale non è né così empio né così matto. Il testimone deve bensì dire "tutta la verità" pertinente al caso, tutta quella che ha rilevanza per la questione che si dibatte [...], è in rapporto a questo scopo pratico, dettato dalle necessità della giustizia e della condotta processuale, che si costituisce la distinzione: e non già in rapporto a un generale criterio di distinzione del vero dal falso. Potranno quindi, in concreto, distinguere soltanto i giuristi e gli avvocati e i giudici, che conoscano la legge e quel caso, e non già i "logici", i quali semplicemente pretendessero di applicare un criterio di verifica» (G. Calogero, *La conclusione della filosofia del conoscere*, cit., p. 270). La radicale inadeguatezza della Logica ad attribuire carattere di verità alla conoscenza viene, con ancora maggiore chiarezza, espressa nel primo volume delle *Lezioni di filosofia*: «non ci sono strumenti logici di cui possiamo impadronirci, né strutture logiche di cui possiamo prendere conoscenza, tali che di per sé, per la loro natura strumentale o formale, conferiscano il valore della verità e della realtà alla nostra conoscenza» (G. Calogero, *Lezioni di Filosofia. I. Logica*, Einaudi, Torino 1960, pp. 219-220). Sul tema si veda anche, P. Calamandrei, *Sul progetto preliminare Solmi*, in *Studi sul processo civile. Volume quarto*, CEDAM, Padova 1939, pp. 168-174.



La questione fondamentale, che animò una vivace polemica che coinvolse, tra gli altri, anche Calamandrei e Carnelutti, e che condusse, in sede di Progetto Definitivo, a una sostanziale modifica dell'articolo in oggetto<sup>91</sup>, era quella relativa alla preoccupazione di garantire la libertà delle parti in gioco. Tralasciando ora le pur importanti notazioni di Calamandrei relative all'interpretazione dell'obbligo di veridicità esclusivamente come obbligo di non agire in malafede e con cui Calogero ci pare concordare, concentriamoci sull'interpretazione di quest'ultimo. Il problema fondamentale derivava, a parere del nostro, dalla mancata determinazione del principio di veridicità: in mancanza di una precisa determinazione normativa, l'articolo 26 rimaneva vago e passibile di interpretazioni controverse, costituendosi come *lex imperfecta*. Non ci addentreremo nelle questioni relative al dolo uni o bilaterale, né cercheremo di indagare le motivazioni che spinsero insigni giuristi a definire la frode unilaterale come fisiologica e quella bilaterale come patologica (Carnelutti) o la seconda come forma aggravata della prima (Lipari).

Ci concentreremo, invece, sul problema della distinzione tra “probità” e “veridicità”. È qui che la scienza giuridica di Calogero incontra la sua filosofia. «La contrapposizione della “libertà” al “limite”», scrive Calogero commentando le posizioni di Carnelutti e di Albanese, «non ha alcun interesse in sede giuridica, perché il diritto non conosce libertà senza norma né norma senza libertà, proprio in quanto studia le norme della libertà: cosicché quel che importa non è speculare circa la libertà essenziale al diritto subbiiettivo o circa la ripugnanza o non ripugnanza del limite alla libertà o circa il rapporto tra libertà, diritto subbiiettivo e pubblico interesse, ma discutere e proporre in concreto quale nuova limitazione della libertà d'agire nel processo debba sostituirsi a quella diversa delimitazione della stessa libertà, che è oggi sancita dal codice e dalla tradizione vigente»<sup>92</sup>. Il punto, allora, è duplice, muovendosi al contempo sul piano filosofico e su quello giuridico. L'aspetto relativo al primo corno è quello del riconoscimento dell'intrinseca interconnessione

---

<sup>91</sup> L'art. 26 del Progetto Preliminare si trasforma nel 29 del Progetto Definitivo, che recita: «le parti e i loro procuratori e difensori hanno il dovere di agire con probità e lealtà», omettendo tanto il riferimento alla verità, quanto quello all'obbligo. L'obbligo di lealtà e probità è mantenuto, con testo sostanzialmente invariato rispetto all'art. 29 del Progetto Definitivo, nell'art. 88 del Codice di Procedura Civile oggi vigente.

<sup>92</sup> G. Calogero, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, cit., p. 247.

di libertà e giustizia che abbiamo affrontato nelle pagine precedenti e che non riconosce esistenza a una libertà astratta dalla norma e a una giustizia che non sia essa stessa espressione di libertà. Per quanto riguarda il secondo aspetto, la questione non è dissimile: si tratta, infatti, di individuare in concreto in cosa consista l'obbligo di lealtà o, per dirla con le parole di Calogero: «le regole del pugilato, per ottenere la correttezza del giuoco, non prescrivono in astratto “la lealtà”, o “l'equo uso dell'astuzia”»: dicono in concreto quali colpi siano leciti e quali no»<sup>93</sup>.

La differenza tra il mentire e l'esser sleali passa allora attraverso la distinzione tra una forma di menzogna e un'altra forma di menzogna, tra cui è possibile distinguere solo ponendo al centro l'altro: «non si può infatti esser sleali senza mentire; ma si può anche mentire a fin di bene, e non si dirà sleale se non chi mente in danno altrui»<sup>94</sup>. La sensazione è quella di trovarsi di fronte a un rovesciamento dell'argomentazione kantiana relativa al *Preteso diritto di mentire per il bene dell'umanità*, che si spinge fino ad ammettere, se non un diritto vero e proprio, almeno la plausibilità della menzogna purché “a fin di bene”. Tuttavia, il punto, sebbene destinato a sollevare qualche perplessità, viene ridimensionato nella sua portata qualora si tenga bene a mente la situazione politica e, in senso lato, giuridica in cui Calogero si trovava a scrivere. Ciò che invece emerge con chiarezza dalle righe è il costante riferimento *ad aliquid* dell'argomentazione calogeriana. Probità e lealtà si esercitano, così, sempre nei confronti dell'altra parte, ponendo in secondo piano il concetto di veridicità, fino, ci pare, ad ammettere in un certo senso un *diritto di mentire*, purché non mosso da ragioni dolose, ma da sentimento di giustizia.

### **L'esperienza giuridica come pedagogia morale**

Conclusa la trattazione della coincidenza tra diritto e giustizia, stretti nel medesimo vincolo morale, è ora opportuno volgerci a un aspetto che abbiamo fino a questo punto rimandato. Si tratta della natura essenzialmente pedagogica dell'esperienza giuridica. La connessione tra diritto e pedagogia potrebbe far pensare

---

<sup>93</sup> Ivi, p. 248.

<sup>94</sup> Ivi, p. 249.

a un immediato rinvio alle tesi formulate da Ugo Spirito e, certo, dei tratti comuni sono presenti ed evidenti. Tuttavia, non si può fare a meno di sottolineare delle differenze. Non solo perché, in Calogero, è più stretto il nesso tra pedagogia e morale, ma anche, e soprattutto, perché, diversamente da quanto avveniva per il collega più anziano, il rapporto pedagogico non si configura qui come un rapporto gerarchico, verticale, dal giudice all'imputato (e poi al condannato), quanto piuttosto come un rapporto orizzontale, da io ad altro. Non si tratta dell'azione dell'universale sul particolare, del rapporto educativo come autoeducativo, secondo lo schema per cui non si educa mai propriamente altri, ma, sempre, se medesimo, ma di quello per cui ogni rapporto pedagogico, ogni rapporto etico, è «rapporto con la personalità altrui»<sup>95</sup>. In questo senso, Calogero mostra di lasciare da parte la figura del “maestro” gentiliano inteso nel suo ruolo di figura istituzionale, ma di ben comprendere un altro aspetto, forse ancor più essenziale, della sua pedagogia: quello dell'azione dell'uomo sull'uomo che conduce all'unità spirituale<sup>96</sup>.

La comprensione non esclude, tuttavia, il superamento e la critica alle posizioni di Gentile, se è vero che «ancora prima di venerdì, Robinson aveva di fronte a sé il Dio in cui credeva, e tutti gli uomini con cui sperava di ritrovarsi»<sup>97</sup> e che un Robinson che sia veramente isolato, e che non spera un giorno di rientrare nel consorzio degli uomini non risponderà ad alcun imperativo morale, giacché «tutto quello che egli vorrà e farà, lo vorrà e farà per mero riguardo a sé medesimo, sia che si tratti della brutta e immediata soddisfazione del suo desiderio, sia che si tratti di una più intelligente considerazione del suo interesse»<sup>98</sup>. Morale si rivela, dunque, esclusivamente la posizione dell'esistenza altrui. Su questo terreno si consuma l'identità di educazione e morale, dal momento che «l'esigenza pedagogica, che dopo aver fatto porre all'io il proprio limite nel tu, gli fa imporre al tu il suo limite nel lui, è la stessa più profonda esigenza della morale»<sup>99</sup>. L'esperienza pedagogica, così, non conosce «altro scopo che quello di facilitare l'acquisto della massima

---

<sup>95</sup> G. Calogero, *La scuola dell'uomo*, Sansoni, Firenze 1956, p. 2 e p. 15.

<sup>96</sup> Cfr. G. Gentile, *I fondamenti*, cit., pp. 83-85.

<sup>97</sup> G. Calogero, *La scuola dell'uomo*, cit., p. 26.

<sup>98</sup> Ivi, p. 29.

<sup>99</sup> Ivi, p. 35.

possibile capacità di godere la vita in comune, cioè di sviluppare al massimo quei gusti che risultino massimamente compossibili con l'analogo sviluppo dei gusti altrui»<sup>100</sup>. La facilitazione della “vita in comune” costituisce, per un certo verso, anche il terreno proprio del diritto, in questo è individuabile una prima presa di contatto tra i due ambiti. Tuttavia, lo slittamento dall'ambito morale a quello più propriamente detto giuridico avviene con la constatazione che «in sede giuridica, noi siamo ancora legati a ordinamenti penali i quali troppo spesso presuppongono che certi comportamenti meritino di essere puniti, e non soltanto evitati»<sup>101</sup>. Il passaggio può apparire non immediato, risulta, però, più evidente qualora si consideri la centralità della dimensione dell'altro che abbiamo sopra accennato. Il punto diventa, allora, la necessaria sostituzione dello spirito socialmente terapeutico a quello di condanna.

Certo, Calogero non sviluppa, com'era invece nel caso di Spirito, una strutturata dottrina del sostitutivo penale, che coinvolga un'analisi tecnica della distinzione tra pena e misura di sicurezza e giunga alla formulazione di un progetto di riforma del giudice penale. La trasformazione dell'esperienza giuridica in esperienza pedagogica è, potremmo dire, a-giuridica o, meglio, pre-giuridica, muovendosi principalmente sul terreno morale. Ad essere qui in gioco non è la “difesa sociale” che, pur attraverso la critica aspra e argomentata alle posizioni classiche e a quelle positivistiche, continuava ad affacciarsi dalle righe di Spirito. In Calogero, non si tratta di promuovere il reinserimento in società del reo attraverso la comprensione delle cause spirituali del delitto e la loro rimozione tramite l'educazione che è sempre ri-educazione: il punto è qui quello non del reinserimento in società, che presupporrebbe l'esistenza di una società preesistente all'atto educativo, quanto quello della creazione, attraverso l'azione pedagogica, del nesso sociale che lega il reo al giudice, l'io all'altro. Se lì, dunque, il giudice si configurava innanzi tutto come il maestro che doveva indicare al reo la via della redenzione, e solo in seconda battuta come l'amico del colpevole che, con lui, viveva la pena, qui è anzitutto l'aspetto di prossimità che viene ad essere messo in luce. Il giudice, allora,

---

<sup>100</sup> G. Calogero, *Dodici tesi filosofiche*, Art. Graf. Ed. Comm. A. Urbinati, Roma s.d., p. 16.

<sup>101</sup> G. Calogero, *La conclusione della filosofia del conoscere*, cit., p. 349.

che non sembra essere mai espressamente nominato da Calogero, più che il maestro, finisce per rappresentare il *prossimo* del giudicato, qualora con la parola *prossimo* si passi ad intendere colui con il quale abbiamo una comunità di sentire. Va, dunque, notato come, nella riflessione sul diritto, Calogero riversi «una forte visione etica e pedagogica, che l'impegno politico e civile avrebbe irrobustito»<sup>102</sup> e come, per questa via, il primato venga assegnato all'etica e alla pedagogia e non al diritto, di modo che non l'azione pedagogica è una funzione dell'esperienza giuridica, ma l'esperienza giuridica è un'aspetto dell'azione pedagogica.

Il passaggio necessario per giungere alla piena comprensione della natura insieme etica e pedagogica del diritto è l'abbandono non solo dell'astratto logicismo sillogistico ampiamente criticato ne *La logica del giudice*, ma della stessa considerazione logica del diritto. Proseguendo l'argomentazione de *La conclusione della filosofia del conoscere*, dopo aver notato, come abbiamo accennato, la necessità di oltrepassare la visione punitiva del diritto, Calogero avverte che «in compenso, si continua a credere che al diritto sovrintenda la "logica", che ci siano "concetti giuridici", che la giustizia possa dipendere da realtà metafisiche, come se la "logica" e i "concetti" e le "realtà metafisiche" esistessero, e i diritti non si riducessero a modi di regolare i propri comportamenti. Tutti questi sono errori dai quali ci si dovrebbe ormai liberare, una volta per sempre»<sup>103</sup>. Il diritto, dunque, sceverato da ogni costruzione dogmatica e trascendente, deve essere ricondotto sul terreno della vita comune, che è terreno morale, contribuendo al suo progresso. Ma il progresso stesso della morale è «ampliamento dell'esperienza etico-pedagogica»<sup>104</sup>, in un senso che la lega all'analisi del rapporto tra persuasione e coercizione.

---

<sup>102</sup> P. Ridola, *Guido Calogero e i "concetti Giuridici"*, in "Teoria del diritto e dello stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica" 2004, 3, p. 378. In proposito, Gennaro Sasso ha notato come l'azione *lato sensu* pedagogica del giudice sia inscindibile dalla sua azione di ricostruzione storiografica, avendo nel fondo il medesimo carattere: «la storia si scrive perché c'è un futuro, così come la legge 'non dispone che per l'avvenire'; ma insieme va scritta senza far torto al passato, e così la giurisdizione deve educare considerando quanto realmente fu». E ancora «la ricostruzione adesiva e il giudizio pedagogico non sono, nella storiografia, momenti astrattamente successivi, ma attività compresenti e interferenti, così nel processo giurisdizionale la ricostruzione del fatto non è indipendente dalla sua sussunzione sotto il diritto, perché la possibilità di tale sussunzione ne costituisce la meta» (G. Calogero, *La logica del giudice*, cit., p. 136). Pedagogia e storiografia, dunque, si rivelano due procedimenti affatto coincidenti (cfr. G. Sasso, *Calogero: il diritto fra logica ed etica*, cit., pp. 361-364).

<sup>103</sup> G. Calogero, *La conclusione della filosofia del conoscere*, cit., pp. 349-350.

<sup>104</sup> G. Calogero, *La libertà e il diritto*, cit., p. 1.

Anche in questo caso, il primato deve essere assegnato all'aspetto dialogico-pedagogico rispetto a quello coattivo e punitivo: quello tra coercizione e persuasione è un rapporto tale per cui «non è già la coercizione che deve decidere l'intervento della persuasione, ma è la persuasione che deve decidere l'intervento della coercizione»<sup>105</sup>. È sempre la comprensione dell'altro a muovere l'argomentazione calogeriana tesa sempre al raggiungimento della giusta libertà che, in termini di diritto, si traduce nella necessità che l'individuo si senta «di dover sottostare fino alla morte solo a quella coercizione legale, che si sia sancita non per coercizione ma per convinzione»<sup>106</sup>. Il parziale recupero della tematica gentiliana dell'*opinio juris* assegnata al singolo, non nasconde la diversità dei toni usati rispetto al maestro. La norma voluta non si presenta qui come effettivamente prodotta dal soggetto, quanto come da esso riconosciuta. Il volere la legge dell'individuo comporta quindi, esclusivamente il riconoscimento della sua necessità al fine della vita comune. Altro aspetto di distinzione rispetto alla posizione del maestro è proprio l'insistenza sulla necessità della legge per la vita comune: ci troviamo – come avveniva anche in Spirito e in Maggiore – qui di fronte all'esistenza di una comunità e di un *alter* reali, e non solo *in interiore homine*, caratteristica propria dell'argomentazione gentiliana almeno nella sua prima fase. Al contrario, qui, la concreta esistenza di un altro di fronte a me costituisce il primo motore e il motivo essenziale per l'esistenza dell'universo giuridico. Se, in Gentile, per l'esistenza di una legge era sufficiente il volerla, qui, come in Maggiore, ad essere essenziale è il riferimento *ad aliquid*, con dei toni, però, parzialmente diversi. Se lì, infatti, si trattava essenzialmente del rapporto di obbligazione dell'altro a me e di me all'altro, qui si tratta, invece del rapporto creativo ed educativo di me nei confronti dell'altro e viceversa.

In conclusione, risulta evidente come l'analisi calogeriana del problema giuridico sia improntata a un massimo di concretezza. Il motivo centrale è quello, esplicitato in apertura di capitolo, e sempre tenuto presente nel corso della trattazione, della critica al logicismo astratto. Ad esso, però, si interconnettono altre tematiche che, pur apparentemente distanti, contribuiscono alla formazione peculiare

---

<sup>105</sup> Ivi, p. 23.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

della trattazione calogeriana. Sono i temi dell'interconnessione tra etica e diritto, ma anche tra pedagogia, giudizio e politica. Si forma, così, una teoria che non solo lascia da parte ogni formalismo – rischio che avevamo rintracciato per lo meno nella prima fase del pensiero gentiliano sul tema – ma che oltrepassa radicalmente anche la distinzione crociana di economia ed etica. Non si può qui dare l'una senza l'altra. Il diritto calogeriano, allora, oltre che con la Giustizia, intesa qui con la g maiuscola, si dimostra inscindibile dal problema dei diritti, cancellando, in certa misura, quello slittamento semantico che di solito avviene nella trasformazione del singolare in plurale. Si forma, così, una teoria che pone al suo centro l'individuo. Non, però, l'individuo inteso in via solipsistica, astrattamente isolato, ma quell'individuo che è sempre connesso al suo altro, alla sua comunità. Nel nesso di educazione-persuasione che stringe il singolo alla legge, che è voluta perché riconosciuta al contempo necessaria ed eticamente valida – con le distinzioni che, sul punto specifico, intercorrono tra diritto civile e diritto penale – si produce un legame tra individuo e società che, per quanto presupponga una società esterna all'individuo, si rivela più forte e più produttivo di quello pensato dallo stesso Gentile ponendo la società concreta esclusivamente *in interiore homine*.

## **Angelo Ermanno Cammarata**

Angelo Ermanno Cammarata nasce a Catania il 27 giugno del 1899 e, conseguita la maturità, a sedici anni si iscrive alla Facoltà di Giurisprudenza della città natale, per poi trasferirsi in quella di Pisa, dove si laurea nel 1919. È qui che ha occasione di ascoltare per la prima volta la viva voce di Giovanni Gentile di cui è assistente volontario a Roma, dove esercita anche l'avvocatura, fino a ottenere, nel 1925, la libera docenza in filosofia del diritto. Inizia così una peregrinazione in varie università che lo vedrà approdare nel 1937 alla neonata Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trieste, di cui sarà preside dal 1942 e rettore dal 1946 al 1952. Oltre alla Filosofia del diritto, vi insegna anche Storia delle dottrine politiche, Istituzioni di diritto pubblico e Dottrina dello Stato, non trattando mai nelle sue lezioni la dottrina corporativa cara al regime e «manifestando così, in forma non dirompente ma sostanziale, il suo antifascismo. Tanto è vero che prende la tessera del P.N.F. All'ultimo momento, nel 1934, per non essere espulso dall'Università e lo fa, come egli stesso scrive in un suo curriculum, “per necessità familiari”»<sup>1</sup>. Esaurita l'esperienza triestina, Cammarata insegnerà prima nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli e, in seguito, in quella di Scienze politiche della Sapienza di Roma, dove morirà nel 1971.

Cammarata è noto per essere stato il Rettore dell'Università di Trieste in anni difficili per il capoluogo Friulano e che lo vedranno impegnato in prima persona non solo sul fronte universitario, con la fondazione della facoltà di Lettere e l'ampliamento del polo accademico, ma anche su quello politico, portando avanti una battaglia combattuta sempre con strumenti giuridici e mai in senso stretto politici per la restituzione di Trieste all'Italia e l'attuazione concreta della Dichiarazione Tripartita, che sarà alla base di qualche conflitto con il Governo Militare Alleato. Sul piano scientifico è poi nota particolarmente la sua interpretazione del formalismo

---

<sup>1</sup> A. E. Cammarata, *Fra la teoria del diritto e la questione di Trieste. Scritti inediti e rari*. EUT, Trieste, 2007, p. 9.



giuridico, che lo porterà a polemizzare con Kelsen<sup>2</sup>, principalmente in relazione alla

---

<sup>2</sup> Un'analisi capillare della critica di Cammarata a Kelsen esula dai limiti di questo lavoro. Per quanto riguarda la teoria del pensatore austriaco basti ricordare che «lo Stato come comunità nel suo rapporto con il diritto non è mai una realtà naturale, o una realtà sociale analoga ad una naturale, qual è l'uomo in rapporto con il diritto, se vi è una realtà sociale collegata al fenomeno da noi detto "Stato", e pertanto un concetto sociologico di Stato distinto da quello giuridico, la priorità spetta allora a quest'ultimo, non al primo». La critica al dualismo Stato-diritto portata avanti da Kelsen, coinvolge anche la prevalenza che, nella concezione «tradizionale», si dà allo Stato rispetto al diritto: «un sistema di norme possiede, secondo questa concezione, l'unità e l'individualità che gli valgono il nome di ordinamento giuridico statale proprio perché è, in una maniera o nell'altra, collegato ad uno Stato, quale effettivo fatto sociale; perché è creato "da" uno Stato o è valido "per" uno Stato. Si suppone così che il diritto francese sia basato sull'esistenza di uno Stato francese quale entità sociale, non giuridica» (H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 186-187). Per Kelsen, in ultima istanza, «una conoscenza dello Stato ideologicamente libera, liberata cioè da ogni ideologia e da ogni mistica, non può coglierne l'essenza in altro modo che concependo questa formazione come un ordinamento della condotta umana. Un'indagine più particolareggiata rivela poi che si tratta di un ordinamento sociale coattivo, e che questo ordinamento coattivo deve essere identico all'ordinamento giuridico [...]. Lo Stato è un ordinamento giuridico» (H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 140). A parere di Cammarata, la «Konstruktion» di Kelsen si rivela artificiosa: «essa nasce dall'aver dato all'espressione "Rechtsordnung" tanto il significato, proprio, di "ordinamento giuridico" quanto quello di "sistema di norme giuridiche": e allora si capisce che, partendo dal postulato della esclusiva "giuridicità" delle norme statali, si debba fare dello Stato e del diritto non più, semplicemente, "zwei Seiten derselben Tatsache", ma una stessa ed unica cosa». Nell'interpretazione datane dal giurista catanese, l'operazione kelseniana si riduce a un espediente arbitrario per rimanere all'interno della pura dogmatica giuridica. Tuttavia, sempre nell'interpretazione del nostro, le concezioni dello Stato come realtà sociale, contro cui Kelsen polemizzava, si rivelano innocue per il formalismo giuridico «quando il giurista lasci nell'ombra la c. d. faccia sociale e si limiti a considerare la c. d. faccia giuridica». Ciò che, invece, si può rivelare dannoso per il formalismo è la considerazione «astrattamente teleologica o politica *lato sensu*: e ad evitare questo basta aver chiara coscienza del divario che corre tra la considerazione formalistica (azione *sub lege*) e la considerazione astrattamente teleologica (azione *ad finem*). Identificare, allora, Stato e diritto, non è una superfetazione, ma un autentico non senso» (A. E. Cammarata, *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, F.lli Treves, Roma 1925, pp. 156-158). Il confronto con Kelsen costituisce, senz'altro, un elemento importante, sebbene non prioritario, del lavoro di Cammarata, tuttavia, l'autore afferma: «io non credo, d'altro lato, che si debba attribuire una grande importanza alla recentissima fase... filosofizzante della giuspubblicistica tedesca. Alludo specialmente alla corrente iniziata dal Kelsen [...]. Dico ciò non per nazionalismo scientifico [...], ma perché questa corrente dottrinaria si abbandona sovente ad una dialettica di concetti vuoti, scambiando quasi sempre la dogmatica giuridica con la filosofia e malamente accoppiandole» (ivi, p. 37, nota 41). La critica a Kelsen coinvolge dunque, accanto all'identificazione di diritto e Stato, anche la relazione tra giurisprudenza e filosofia. Altri punti di distanza sono la considerazione della natura coattiva della norma giuridica (rigettata, come avremo modo di vedere, da Cammarata), e la riduzione di tutto il diritto a diritto pubblico. Su quest'ultimo punto Cammarata si limita ad un accenno critico, indirettamente anche nei confronti di Volpicelli. È interessante notare, al di là delle posizioni inconciliabili dei due autori sul rapporto diritto-Stato, come, pur partendo da punti diversi, giungano a considerazioni pressoché identiche riguardo l'illogicità della derivazione del diritto dallo Stato: per entrambi, infatti, le dottrine statualistiche cadono in contraddizione, facendo al contempo dello Stato la scaturigine del diritto e un concetto giuridico. Se gli esiti delle due argomentazioni sono, dunque, distinti, altrettanto non può dirsi per il motivo di base che le anima, rintracciabile nell'esigenza di affermare la prevalenza del diritto rispetto al concetto di Stato. Cammarata, tuttavia, spinto dall'esigenza di un assoluto immanentismo, compie un passo ulteriore, evidenziando come una simile argomentazione possa avere la sua piena validità nel campo della giurisprudenza, ma non possa averne in ambito filosofico, dove quello che ha rilevanza non è lo Stato considerato *inter homines*, ma il rapporto morale che lega l'io all'*alter*, lo Stato vissuto in *interiore homine*, come condizione prima di ogni statualità. La critica di Cammarata a Kelsen può, dunque, essere descritta come la critica a

coincidenza tra Stato e diritto, dimostrando, sul punto specifico, una certa distanza anche da Volpicelli con cui dimostra, per altri versi, qualche affinità<sup>3</sup>. Tuttavia, anche dopo la fase giovanile di maggiore adesione alla filosofia di Gentile, – che trova la sua forse più concreta testimonianza nel saggio pubblicato, dall'allora ventitreenne Cammarata, sul neonato "Giornale critico della filosofia italiana", col titolo *La razionalità del diritto e il giusnaturalismo nella filosofia dell'immanenza assoluta*<sup>4</sup> – l'originaria impronta attualistica residua in tutto l'arco del pensiero di Cammarata che, dandone un'interpretazione originale, la trasforma in *formalismo assoluto*. Domenico Coccopalmerio si spinge fino ad affermare che «tutto il percorso intellettuale di Cammarata, il grande Rettore della italianità di Trieste, si svolge nel perimetro teoretico delle filosofie dell'attualismo di Giovanni Gentile, filosofia che ha dominato, con quella di Croce, il panorama culturale del Novecento italiano», in Cammarata attualismo e immanentismo sarebbero, a conti fatti «una medesima cosa»<sup>5</sup>.

Occorre altresì notare, con Teresa Serra, come già nel 1925 Cammarata «non condivide più la deduzione del diritto tentata da Gentile ne *I fondamenti della filosofia del diritto* proprio perché la ritiene in contraddizione con il principio della *societas in interiore homine*»<sup>6</sup> e come lo stesso Cammarata preponga al volume *Formalismo e sapere giuridico*, «ristampa integrale degli scritti pubblicati tra il 1925 e il 1936 (sono stati esclusi dalla raccolta, su mia richiesta, i precedenti e i successivi) ed in cui mi ero proposto di svolgere, muovendo dall'idealismo "attuale", ma non insensibile a talune suggestioni crociane, un'analisi critico-gnoseologica del

---

questo mancato passaggio ulteriore che conduce il pensatore austriaco a considerare l'aspetto empirico dello Stato, sovrapponendolo a quello filosofico. Per dirla con Ascarelli, è sul terreno del formalismo giuridico che «il maggior rigore filosofico di Cammarata costituisce un progresso sulla posizione di Kelsen cui tuttavia va riconosciuto il merito di avere come ancora nessun altro sviluppata e difesa questa posizione» (T. Ascarelli, *Recensione a A. Cammarata E., Contributi (1925)*, in "Rassegna bibliografica della scienza giuridica", 1926, pp. 347-352. Si vedano anche: T. Serra, *A. Ermanno Cammarata. La critica gnoseologica della giurisprudenza*. ESI, Napoli 1988, pp. 114-123, B. Leoni, *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, cit., pp. 106-111 e 121-129 e G. F. Lami, *Forme logiche e scienza del diritto in Angelo Ermanno Cammarata*, cit., pp. 20-23 e 58-59).

<sup>3</sup> Cfr. *Supra*, p. 159, nota 35.

<sup>4</sup> A.E. Cammarata, *La razionalità del diritto e il giusnaturalismo nella filosofia dell'immanenza assoluta*, in "Giornale critico della filosofia italiana", III, 1922, pp. 163-172.

<sup>5</sup> D. Coccopalmerio, *Qualche considerazione su Cammarata filosofo del diritto*, in A. E. Cammarata, *Fra la teoria del diritto e la questione di Trieste*, cit., p. 13.

<sup>6</sup> T. Serra, *A. Ermanno Cammarata*, cit., p. 42.

sapere giuridico», la seguente avvertenza: «una intensa meditazione, protrattasi parecchi anni, anche su problemi di cui mi era sfuggita la connessione a quelli precedentemente affrontati, mi ha indotto a rivedere, modificandole, quasi tutte le tesi sostenute in questi saggi: senza abbandonare, ben inteso, l'ispirazione immanentistica da cui avevo preso l'avvio»<sup>7</sup>. L'avvertenza di Cammarata e la notazione di Teresa Serra sono sufficienti a far pensare a un radicale abbandono dell'attualismo da parte del filosofo del diritto catanese? È possibile credere che Cammarata fosse spinto a ripubblicare scritti di cui non condivideva più il contenuto esclusivamente da un interesse storico o autobiografico? E che senso avrebbe avuto ricordare, nella stessa introduzione, accanto a quella di Santi Romano<sup>8</sup>, la figura di Gentile come suo maestro, omettendo quella di Croce cui – pur non avendovi intrattenuto contatti diretti – Cammarata dichiarava di dovere gran parte dello sviluppo della sua argomentazione e che aveva ricordato nella prefazione ai *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*? Ci si trova, dunque, di fronte a una questione perlomeno ambigua: se, da un lato, l'arco temporale ristretto in cui i saggi ripubblicati si collocano, con la precisa volontà dell'autore di escludere i precedenti e i successivi, accompagnato dall'avvertenza circa il ripensamento delle

---

<sup>7</sup> A.E. Cammarata, *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Giuffrè, Milano 1963, pp. V-VI.

<sup>8</sup> La figura di Santi Romano costituisce, accanto a quelle di Croce e di Gentile, una delle più influenti, nel panorama italiano, per la formazione del pensiero giuridico del nostro. Il rapporto di Cammarata col giurista palermitano attraversa diverse fasi: dal giudizio prevalentemente critico, espresso nei *Contributi* si passa, nel corso degli anni, ad un avvicinamento progressivo reso esplicito nella già citata avvertenza a *Formalismo e sapere giuridico*, in cui, come abbiamo notato, il nome di Romano viene affiancato a quello di Gentile nell'elenco dei «miei maestri» presentato dall'autore, sostituendo quelli di Croce, Levi e Del Vecchio. Il rapporto scientifico di Cammarata a Romano si snoda in un percorso di cui è qui opportuno dare brevemente atto. Il punto critico principale presente nei *Contributi* è costituito – accanto alla critica alla teoria istituzionalistica presentata da Romano, che non riesce, a parere del nostro, a «mettere in seconda linea il momento della norma» (A.E. Cammarata, *Contributi*, cit., p. 54) – dalla notazione che Romano «non esclude *a priori* la possibilità di aversi due concetti del diritto: uno valido in filosofia ed un altro come base della Giurisprudenza, il che è, invece, da dichiararsi *a priori* assurdo» (ivi, p. 82). Inoltre, la concezione «sociale» espressa da Romano, farebbe sì che anche le norme di una banda di malfattori, in quanto norme di organizzazione sociale, costituiscono diritto «né più né meno che le leggi o norme statuali» (ivi, p. 83). Da ultimo è interessante notare come, in questa fase, Romano sia accostato da Cammarata alla figura di Hans Kelsen; tuttavia, proprio con quest'ultimo, il giurista palermitano avrebbe, al pari del più giovane collega catanese, intrattenuto una vivace polemica. Nonostante la distanza iniziale, è notevole come ad avvicinare Cammarata alle tesi di Romano sia proprio la critica alle concezioni statuali del diritto. La tesi di Romano sul punto in questione è che «mentre il concetto del diritto si determina perfettamente senza quello dello Stato, al contrario non è possibile definire lo Stato senza ricorrere al concetto di diritto» (S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 100), con un'argomentazione che si riconnette direttamente alla critica su basi logiche della derivazione del diritto dallo Stato, che avremo modo di osservare anche in Cammarata. Anche l'affermazione di Romano circa la coincidenza di Stato e ordinamento giuridico statale che, a prima vista, parrebbe porre una distanza incolmabile tra

tesi ivi sostenute, sembra dover far pensare a una rassegna ad esclusivo carattere storiografico, dall'altro, l'esplicito riferimento all'immanenza, il debito di riconoscenza nei confronti di Gentile e la stessa decisione della ripubblicazione devono indurre alla riflessione. Gli stessi toni della prefazione di Cammarata al volume, con la notazione che i saggi ripubblicati sono «gli scritti che hanno avuto la fortuna di destare l'attenzione di non pochi cultori delle discipline giuridiche, lasciando forse traccia nella formazione tecnico-scientifica di alcuni studiosi», sembrano ricalcare, nella forma, ma anche nella sostanza, quelli usati da Gentile nella prefazione alla terza e definitiva stesura dei *Fondamenti della filosofia del diritto*, in cui figuravano in appendice quegli scritti giovanili su Marx ripubblicati esclusivamente «per corrispondere all'insistente desiderio degli studiosi che me ne facevano richiesta»<sup>9</sup>. Sull'episodio gentiliano non poco si è discusso, forse, anche l'analoga operazione compiuta da Cammarata dovrebbe spingere a qualche riflessione.

Certo, Cammarata, come del resto gli altri autori qui trattati, non è fautore di una passiva accettazione delle tesi gentiliane. In lui, come per altri versi anche in Calogero, la distanza dal fondatore dell'attualismo e dalla sua scuola su alcuni punti si fa marcata: basti pensare alla posizione sulla derivazione del diritto dalla morale o

---

lui e Cammarata va, invece, letta nel senso di una vicinanza, comportando, in primo luogo, l'impossibilità della considerazione dello Stato come ente pregiuridico o extragiuridico e, però, scaturigine del suo ordinamento (cfr. ivi, pp. 73-74). Ancora nel 1926, trattando della norma e della "pluralità" degli ordinamenti giuridici, Cammarata, pur riconoscendo l'assoluta rilevanza della dottrina di Romano, tende a sminuirne il valore filosofico (Cfr., A.E. Cammarata, *Il concetto del diritto e la "pluralità degli ordinamenti giuridici"* (1926), ora in *Formalismo e sapere giuridico*, cit., pp. 207-210, note 5, 6 e 7). Le distanze tra i due si stemperano tre anni dopo quando, affrontando la rilevanza del fatto nell'esperienza giuridica, Cammarata dichiara di recedere dall'opinione espressa precedentemente in materia di rinvio tra ordinamenti giuridici «e cioè che ogni rinvio debba ritenersi recettizio, essendo ormai convinto che il concetto della presupposizione sia il più idoneo nella costruzione della teoria dei rapporti tra due sistemi di norme; e con ciò mi accosto a quanto dice il Romano, nelle magistrali pagine dell'*Ordinamento giuridico*, mantenendo immutato, per altro, l'avviso che dei due sistemi uno debba sempre precipitare al livello di semplice "fatto" rispetto all'altro» (A.E. Cammarata, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica* (1929), ora in *Formalismo e sapere giuridico*, cit., p. 278, nota 40). Pur continuando a rifiutare la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, Cammarata si avvicina, dunque, molto alle posizioni di Romano, in particolar modo se si tiene presente che anche nel pensiero di Romano, pur permanendo l'esistenza di una pluralità di istituzioni fonti del diritto, la distinzione dei vari ordinamenti istituzionali «che pure deve continuare a farsi e che, sotto parecchi punti di vista, è sempre necessaria, si risolve, sotto altri punti di vista, in una *partizione interna* dell'ordinamento superiore» (S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 193).

<sup>9</sup> G. Gentile, *I fondamenti della filosofia del diritto*, cit., p. VI.

all'aperta polemica che intrattenne con Giuseppe Maggiore<sup>10</sup> in particolare rispetto rapporto tra diritto e Stato. Tuttavia, il nucleo fondamentale dell'attualismo giuridico, inteso come rapporto tra volere e voluto, residua nella sua opera. Nota bene, ancora una volta, Teresa Serra, come il reale punto di distacco di Cammarata da Gentile sia da rintracciarsi nella convinzione che quest'ultimo, nella considerazione del diritto come *natura nel mondo della volontà*, finisca per confondere il piano psicologico con quello gnoseologico: «*psicologicamente* una legge (p. e. una disposizione del codice civile) può anche dirsi un *voluto* in quanto è volontà diversa da quella dell'individuo a cui è posta di fronte. *Gnoseologicamente* non può dirsi lo stesso: come si farà, infatti, a distinguere, quel "voluto" che è diritto da quell'altro (il vero) "voluto" che è il male?»<sup>11</sup>.

Tutta la filosofia giuridica di Cammarata si delinea, del resto, come il tentativo di dare una fondazione formale al diritto, di individuare nella *forma* il discrimine per identificare la giuridicità o non giuridicità di una norma e, correlativamente, come un'*actio finium regundorum* tra forma del diritto e dogmatica giuridica. Il suo percorso si svolge, per così dire, sul filo di una lama, costantemente in bilico tra il puro logicismo formale – sempre comunque trasceso – e la considerazione viva e vitale, e perciò non astratta, della dottrina e della prassi giuridica, con il rischio costante di cadere in uno dei due opposti. Proprio la considerazione concreta della scienza – e della dogmatica – giuridica costituisce uno dei punti di maggiore interesse della sua filosofia, declinabile, con un'espressione esplicitamente presa dal titolo della sua prima monografia, datata 1925, come una *critica gnoseologica della giurisprudenza*.

---

<sup>10</sup> Cfr. M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto*, Athenaeum, Roma 1928, pp. 40-48, in particolare la nota 2 di p. 44.

<sup>11</sup> A.E. Cammarata, *Contributi*, cit., p. 104 (nota). Cfr. T. Serra, *A. Ermanno Cammarata*, cit., p. 42.

## **Circa la natura statale o sociale del diritto**

L'osservazione di Cammarata sopra citata colpisce al cuore l'argomentazione gentiliana, individuando esattamente quel *vulnus* che avevamo visto essere il maggior punto di difficoltà dell'argomentazione di Gentile, almeno fino all'introduzione dello Stato nel 1937, e che abbiamo osservato essere oggetto di critiche anche da parte di Miceli. Certo, Cammarata non muove la sua critica, e avremo modo di vederlo meglio nel prosieguo dell'argomentazione, sul terreno che vorrebbe ricondurre tutto il diritto a una natura essenzialmente ed esclusivamente statale, al contrario, questa concezione è a sua volta oggetto di aspre critiche da parte del giurista catanese. Pure, l'assenza di un soggetto sovrano che, sebbene non resa esplicita, è facilmente rinvenibile tra le ragioni della critica mossa al maestro, apre alla necessità, rivendicata da Cammarata, dell'esistenza di una pluralità di soggetti.

La critica alla concezione statualista del diritto procede, in Cammarata, di pari passo alla critica della concezione sociale, che non vedeva nello Stato se non un caso particolare di socialità tra gli uomini e assegnava a questa, e non al primo, il compito di essere portatrice del diritto. Un esempio del secondo tipo di dottrina è fornito dal Croce<sup>12</sup>.

Il punto centrale per procedere alla critica della concezione statale è il coglierne l'intrinseco carattere di astrattezza: «la norma, la legge, la volontà non hanno, così come vengono prospettate nelle teorie statualiste, alcuna concretezza: sono meri oggetti, fatti, sono cose considerate come esterne allo Spirito – che è quello stesso che le crea, incorporandole nell'atto della volontà, come norme leggi volontà – e non hanno, com'è stato osservato più volte, nessun vero titolo per cui possano considerarsi concretamente come qualcosa di individuale»<sup>13</sup>. Può dunque vedersi, accanto al richiamo all'argomentare gentiliano, un evidente riferimento

---

<sup>12</sup> Si pensi, in proposito, all'argomentazione di Croce nella *Riduzione* dove, riconducendo l'attività giuridica all'economica e considerandola, quindi «né morale né immorale, ma condizione prima di ogni attività morale od immorale», e rintracciandone, quindi, la peculiarità nella capacità di regolare relazioni umane, ci si spinge fino a mettere in evidenza come «a questo modo, si verrebbe a riconoscere carattere giuridico perfino agli statuti delle associazioni delittuose. Precisamente: *dal punto di vista scientifico*, bisogna riconoscere, alle associazioni delittuose, questo carattere» (B. Croce, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., pp. 40-41).

<sup>13</sup> A.E. Cammarata, *Contributi*, cit., p. 66.

critico, tra gli altri, al lavoro di Miceli, del resto chiamato in precedenza direttamente in causa dall'autore, e rintracciabile con ancora maggiore chiarezza nel passo seguente: «in tale concezione, poi, lo Stato è quasi sempre prospettato come un'entità affatto oggettiva, naturalistica, e in molte teorie elaborate da giuristi assume senz'altro tutta la fisionomia di una costruzione dogmatico-giuridica. Il che, incensurabile fino a quando si atteggi a concetto naturalistico, diventa erroneo ed arbitrario, non appena voglia farsi passare come dottrina propriamente filosofica dello Stato e del diritto»<sup>14</sup>. Sembrerebbe, dunque, aprirsi alla possibilità di concepire un duplice concetto del diritto: uno valido per la giurisprudenza, scienza naturalistica, e uno valido per la filosofia, soluzione che è, però, da escludersi assolutamente.

Vi è, poi, un'altra ragione, di ordine logico – su cui ritorneremo – per cui la dottrina statualista si rivelerebbe infondata: facendo dello Stato, al tempo stesso, il fondamento del diritto e un istituto giuridico, ci si immetterebbe in un circolo vizioso in cui sarebbe impossibile capire fino in fondo chi è fondato da cosa e in cui, inevitabilmente, non sarebbe possibile trovare soluzione al problema.

È su quest'ordine di preoccupazioni che si iscrive una critica portata avanti diffusamente al pensiero di Giuseppe Maggiore che, del resto, ricambia affermando che, in ragione della distinzione tra giurisprudenza e filosofia, Cammarata si immente in un vicolo cieco, anzi, «in verità i vicoli sono due: sbarrati in fondo da due edifici: uno dei quali, costruito con mattoni empirici e cemento astratto, appartiene alla giurisprudenza; l'altro, rizzato su fondamenta concrete e legato da buona travatura speculativa, è quello della filosofia del diritto», e ancora: «io ho il forte sospetto che il C. sia ancora molto lontano dall'aver inteso il concetto e il metodo dell'immanenza. Ne ha appena il sentore, quando dice essere sano canone di critica gnoseologica di badare più a quel che i giuristi fanno, anzi che a quel che i giuristi dicono»<sup>15</sup>. Come abbiamo notato nel capitolo a lui dedicato, il giurista

---

<sup>14</sup> Ivi, p. 67.

<sup>15</sup> G. Maggiore, Recensione a A.E. Cammarata, *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza. I, Il problema del diritto in rapporto al concetto dello Stato*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", V, 1925, pp. 644-648. Si veda anche G.F. Lami, *Forme logiche e scienza del diritto in Angelo Ermanno Cammarata*, cit., pp. 32-34 e 148-152.

palermitano interpreta i due termini, diritto e Stato, come tra loro convertibili, di modo che «domandare se il diritto presupponga lo Stato, o lo Stato il diritto, è fuor di senso perché i due termini sono convertibili»<sup>16</sup>. Si partiva, così, dall'assunto che ogni diritto potesse avere concretezza solo in quanto statale e che, a sua volta, ogni Stato trovasse ragion d'essere esclusivamente in quanto Stato storico e, per ciò stesso, giuridico. La critica di Cammarata si incentra, in primo luogo, proprio sul punto scelto dal collega più anziano per muovere la sua argomentazione. Vi è, tuttavia, qualcosa di più rispetto al rigetto della posizione dogmatica che postula la convertibilità di diritto e Stato: per condurre la sua tesi, Maggiore deve rinunciare a prendere diritto e Stato nel loro significato comune e interpretarli «volta a volta, come sinonimi di “Spirito” “pensiero” “volontà” e così via. Ora, con ciò si arriva a dimostrare qualunque tesi, a patto, ben inteso, che si accettino preliminarmente queste ed altre analoghe *identificazioni immediate*»<sup>17</sup>. Tutta la critica a Maggiore sembra, dunque, strutturarsi come un'accusa di dogmatismo. Ciò che è più rilevante notare è, tuttavia, come la presa di distanza da Maggiore, sembri configurarsi come un distinguo rispetto a posizioni che, per quanto tipiche di quest'autore, sono in buona, se non in massima parte, riconducibili e applicabili anche alla figura di Gentile. La lontananza che si va profilando appare ancora più evidente dall'affermazione seguente: per arrivare alla conclusione che ogni diritto, nella sua concretezza storica, è statale, Maggiore «ha dovuto dare alla parola “diritto” un significato affatto diverso da quello in cui questa espressione è intesa comunemente; ha dovuto identificare il diritto con la Giustizia – e questa, se non è una chimera, non può e non deve essere diversa dalla moralità –, buttando a mare quel diritto astratto che non è ancora Giustizia, ma che è – purtroppo! – l'unico che possa, con quella proprietà di linguaggio che è necessaria perché non sorgano continui equivoci e mescolanze di dottrine filosofiche e di costruzioni giuridiche, chiamarsi: diritto»<sup>18</sup>. Sembra qui trattarsi di un'embrionale, seppure chiara, esplicitazione del progetto che sarà portato avanti da Cammarata: quello di una costruzione del diritto in certa

---

<sup>16</sup> G. Maggiore, *Il diritto e il suo processo ideale*, cit., p. 111. Cfr. *supra*, pp. 83-84.

<sup>17</sup> A.E. Cammarata, *Contributi*, cit., p. 71.

<sup>18</sup> *Ivi*, pp. 71-72.



misura slegata e indipendente dall'ambito morale. Tuttavia è anche sul ruolo della filosofia del diritto che si avanza una distinzione importante: non si tratta più di trovare un fondamento filosofico al diritto, ma, posto che il diritto si riveli un'astrazione, «il vero problema filosofico del diritto consiste precisamente nell'indagare come e perché sorga una siffatta astrazione»<sup>19</sup>.

Ritornando ora alla questione relativa alla presunta origine statale o sociale del diritto, occorre notare come la posizione che vuole il problema insolubile filosoficamente, perché naturalistico, si spinga fino ad affermare che «in realtà, la “giuridicità” di un complesso di norme, vuoi “statuali”, vuoi genericamente “sociali”, è sempre *postulata*, non è mai dimostrata, cioè, con la deduzione dei criteri della valutazione giuridica, dai concetti di “Stato” o di “società”, comunque si vogliano intendere questi ultimi»<sup>20</sup>. Messa così da parte la concezione naturalistica della norma giuridica e posta come indipendente la giuridicità di una norma dalla sua statualità, l'argomentazione di Cammarata si radicalizza: «se lo “Stato” fosse veramente il “creatore” del diritto, il concetto dello Stato dovrebbe avere tutto il valore di *presupposto logico* del concetto del diritto: e allora dovrebbe dichiararsi inammissibile un concetto giuridico dello Stato»<sup>21</sup>. Considerare il rapporto tra diritto e Stato in termini logici, evidenziando la contraddizione e il circolo vizioso che si instaura postulando lo Stato come concetto giuridico che, a sua volta, funge da scaturigine del diritto conduce l'autore a ribaltare la questione: «per la giurisprudenza il rapporto tra il concetto dello Stato e il concetto del diritto, lungi dal potersi configurare in guisa che il primo rappresenti il presupposto del secondo, deve configurarsi in maniera affatto opposta. Solo in tal modo è possibile parlare di un concetto dello Stato come concetto giuridico»<sup>22</sup>.

Il rovesciamento del punto di vista che fa del diritto un *prius* rispetto allo Stato non aiuta, tuttavia, ad uscire dalla conformazione dogmatica in cui la giurisprudenza era destinata a permanere: «nella giurisprudenza – altrettanto dicasi per la scienza politica e per quella economica, e insomma, per ogni sistemazione di studi

---

<sup>19</sup> Ivi, p. 72.

<sup>20</sup> Ivi, p. 146.

<sup>21</sup> Ivi, p. 152.

<sup>22</sup> Ivi, p. 154.

naturalistici delle umane cose – non può intervenire che una considerazione dello Stato come realtà che è *inter homines*, e, appunto perché empirica ed oggettiva, condizionata ora del punto di vista giuridico, ora da quello politico, ora da quello economico e via dicendo; non potranno aversi, perciò, che altrettanti concetti sintetici *a posteriori*, sui quali si combatterà di continuo tra quelli che identificano lo Stato col “potere” o “governo” o “classe dominante”, e quelli che considerano lo Stato come “comunità”, “*populus sociatus*” e via dicendo»<sup>23</sup>. Il punto di vista della filosofia, mirando non a risolvere il dibattito tra i diversi concetti, ma ad indagare la loro genesi spirituale, non può non essere radicalmente diverso. Quello che la filosofia va ricercando è quel rapporto assoluto, in cui la legge è legge dell’altrui personalità solo perché è al contempo legge della nostra, in cui, cioè, ci si trova in un legame morale con il proprio *alter*, che «può anche chiamarsi, ove si voglia, *lo Stato*, inconfondibile con tutte le costruzioni “Stato” delle varie scienze, perché condizione, in senso trascendentale, di tutti gli Stati empiricamente intesi». O, per dirla altrimenti, si tratta di quel «rapporto assoluto che è altresì quello *Stato etico*, introvato ed introvabile in qualsiasi forma e specie di Stato»<sup>24</sup>. Sotto un certo profilo, la posizione avanzata da Cammarata sembra anticipare quella gentiliana, qualora si tenga ben presente che non si tratta qui della contrapposizione tra Stato nostro e altrui. Proprio questa differenza contribuisce a un diverso esito e a una diversa interpretazione politica in Cammarata rispetto a Gentile: se il filosofo di Castelvetrano, seguito in questo da alcuni suoi allievi e, in particolare, da Ugo Spirito e Arnaldo Volpicelli, aveva creduto di scorgere nel nascente regime fascista la più pura essenza dello Stato etico, Cammarata mette in guardia da questa eventualità, «l’eticità non è un semplice “punto di vista” particolare, solidificabile in norme o leggi generiche ed astratte, preesistenti all’azione e regolatrici di questa»<sup>25</sup>. Stato etico e Stato empirico si muovono così su due piani tra loro non comunicanti, ma in cui il primo è condizione necessaria del secondo. Bisogna, perciò, ben guardarsi dalla tentazione di riconoscere in una data forma storica l’incarnazione del principio

---

<sup>23</sup> Ivi, pp. 165-166.

<sup>24</sup> Ivi, pp. 168-169.

<sup>25</sup> Ivi, p. 169.

etico, «dal trasferire nell'ambito di quello che abbiamo detto "senso comune" o empirismo comune, o pensiero ingenuamente realistico, in cui dobbiamo necessariamente ricadere non appena cessi nella mente la vigile attenzione al filosofare *stricto sensu*, tutti quegli atteggiamenti critici e polemici che hanno pienamente valore contro ogni filosofia che non superi realmente la posizione del primo, ma che sono affatto inadeguati contro di questo»<sup>26</sup>. La filosofia non può, dunque, misurarsi sul terreno dell'astratto, della norma, ma esclusivamente su quello concreto della legge che esiste in quanto volontà.

Va poi notato come, sotto il profilo filosofico, la fonte della norma si riveli assolutamente estranea alla caratterizzazione del rapporto tra regola e regolato e, pertanto, la sua insufficienza – se non vera e propria irrilevanza – a determinare la giuridicità della stessa. Sotto il profilo logico, allora, l'unica conseguenza coerente del far derivare la giuridicità della norma dalla fonte da cui essa promana è da individuarsi nell'identificazione, a seconda delle teorie cui si fa riferimento, di diritto e Stato o di diritto e società. «Ma è ovvio come da queste identificazioni non nasca, né possa nascere un criterio storico di qualificazione dell'attività pratica: e ciò perché, tanto la concezione "statuale", quanto la concezione "sociale" del diritto sono inficiate dal vizio originario della dottrina dei "caratteri differenziali" del diritto: il compromesso tra schematismo e storicismo»<sup>27</sup>. La ragione che deve spingere a rifiutare le due concezioni è, dunque, da rintracciarsi nell'incapacità di cogliere la più profonda natura concettuale e, dunque, la scaturigine logica del diritto. Tanto nella concezione statuale, quanto in quella sociale il diritto si pone come derivato da una determinata condizione e situazione storica e contingente, perdendo ogni carattere di originarietà e purezza formale e risultando, pertanto, inattuabile filosoficamente ma solo, per così dire, in via naturalistica.

---

<sup>26</sup> Ivi, p. 172.

<sup>27</sup> A.E. Cammarata, *Il concetto del diritto e la "pluralità degli ordinamenti giuridici"*, cit., p. 209.

## Concetto giuridico e concetti giuridici

L'esposizione della critica, mossa principalmente con criteri logici, alle concezioni statuali e sociali del diritto costituisce il presupposto necessario per meglio intendere le posizioni filosofiche di Cammarata. Il nucleo centrale della sua filosofia, cui si interconnettono tanto le tematiche sopra trattate e che ritorneranno in seguito, quanto le altre che dovremo vedere, è la contrapposizione operata dall'autore tra Concetto giuridico e concetti giuridici.

La prima esposizione organica di questa formulazione, che tornerà in tutta la speculazione successiva, si trova, se non ci inganniamo, nello scritto del 1926 citato sopra. Assodato che «la Giurisprudenza è scienza naturalistica, sì, ma di cose umane, ossia dell'umana attività, e precisamente di quella che si chiama "attività pratica"»<sup>28</sup>, occorre procedere alla critica, su base logica, dell'assunto che postula l'esistenza di una moltitudine di ordinamenti. Come si vede, il punto di partenza ricalca, nella forma e nella sostanza, la formulazione gentiliana che assegnava al diritto il ruolo di *natura nel mondo della volontà*<sup>29</sup>. La posizione di Cammarata risulta ulteriormente precisata nella nota relativa al passo citato, affermando che la distinzione tra attività teoretica ed attività pratica risulta ineliminabile solamente sul piano naturalistico e che, pertanto, è da considerarsi come una distinzione esclusivamente relativa. Da un lato sembra, quindi, corretto parlare, come fa Teresa Serra, di una non condivisione della derivazione gentiliana del diritto datata già 1925, dall'altro, però, è affatto da escludere un'analoga non condivisione della filosofia gentiliana *tout court*, interpretazione avallata dallo stesso richiamo alla "filosofia immanentistica" effettuato da Cammarata nella prefazione. Sembra, quindi, condivisibile la tesi di Coccopalmerio che interpreta tutto il formalismo di Cammarata come una singolare interpretazione dell'attualismo.

La necessità principale che deve muovere la riflessione filosofico-giuridica è quella della distinzione tra il concetto di diritto e i concetti giuridici particolari. È, infatti, evidente che, sebbene ogni concetto di classe «in quanto tale, è

---

<sup>28</sup> Ivi, p. 193.

<sup>29</sup> Cfr. *supra*, p. 21.

essenzialmente *astorico* o *metastorico* che voglia dirsi [...], i concetti giuridici elaborati in questa o in quella sistemazione particolare di problemi giuridici storicamente determinati, hanno perciò un contenuto che può dirsi storico»<sup>30</sup>. Ciò che può essere valido per i concetti giuridici particolari, non può rivelarsi altrettanto valido per il concetto di diritto *in sé* da cui questi devono derivare. Le motivazioni addotte da Cammarata alla sua argomentazione sembrano ricalcare in massima parte quelle riserve, di ordine logico, che abbiamo visto venire avanzate nei *Contributi* a proposito dell'origine statuale del diritto: come li si dava, rintracciando la fonte del diritto nello Stato, un'inversione logica, innescando un circolo vizioso, così, qui, fare del diritto un concetto storico porterebbe all'impossibilità di rintracciare la fonte dei concetti giuridici particolari. «A differenza, quindi, dei concetti giuridici particolari, il concetto del diritto deve consistere *in una mera forma logica da cui sia assente ogni contenuto storico*»<sup>31</sup>.

Le conclusioni a cui giunge l'argomentazione di Cammarata, passando anche attraverso una breve analisi della dottrina dei caratteri differenziali, e della presunta natura coattiva della norma giuridica – argomento su cui ci soffermeremo in seguito – sono solo in parte inaspettate: «se le forme di qualificazione giuridica, perciò, rappresentano una immediata conseguenza della posizione del rapporto tra norma e attività pratica come regola e regolato, si può affermare che la giuridicità non è una qualità “oggettiva” – e tanto meno storica – di alcune classi d'azioni o di alcune classi di norme. Una norma di condotta è giuridica, non in quanto “sociale” oppure “statale”, “bilaterale” o “coattiva” o “esteriore”, ma solo in quanto venga assunta come termine di un rapporto che stia a quello testé indicato come una *species* al *genus*, come un “esempio” alla “legge”»<sup>32</sup>. Il carattere per determinare se una norma sia giuridica viene, allora, rintracciato da Cammarata nella sua capacità di regolare – in quanto assunta a questo scopo – un determinato gruppo di attività pratiche. Come si vede, quello che afferma essere norma giuridica «solo quella che, in immediato ed esclusivo riferimento ad una o più attività pratiche, viene assunta come loro *unica*

---

<sup>30</sup> A.E. Cammarata, *Il concetto del diritto e la “pluralità degli ordinamenti giuridici”*, cit., p. 194.

<sup>31</sup> Ivi, p. 196.

<sup>32</sup> Ivi, pp. 212-213.

regolatrice»<sup>33</sup>, è un criterio esclusivamente formale. Una volta asserita l'unicità formale del rapporto tra norma e regolato, Cammarata ritiene di aver logicamente esclusa la possibilità della considerazione – sempre sul piano formale – di una pluralità di ordinamenti giuridici, nel momento stesso in cui, scegliendo una norma come regolatrice di una data classe di azioni, ha contestualmente escluse dal discorso tutte le altre norme che potevano regolare quella data classe. «Dal punto di vista formale non vi sono altre qualificazioni giuridiche oltre quelle che scaturiscono dalle norme scelte come fonti originarie delle qualificazioni dei contegni in cui si manifestano le attività (sottoposte alle norme): ogni altra modalità di qualificazioni, proveniente, cioè, da altre norme, è logicamente incompatibile con quelle, fino a quando non si sposti, per così dire, l'angolo visuale, e, abbassate le prime norme a semplici elementi di fatto (da cui si può anche prescindere), si scelgano, come uniche regolatrici delle medesime attività, le seconde»<sup>34</sup>. Come si vede, dunque, l'unico elemento per determinare la giuridicità di una norma è lo sceglierla come tale, o, per dirla con termini che possano essere ricondotti a Gentile, il volere che sia tale. Una pluralità di ordinamenti è, dunque, ammissibile solo sul piano materiale dei fatti e, in quanto tale, passibile di essere considerata esclusivamente in astratto, laddove in concreto deve essere considerata solo la norma che attualmente è voluta come giuridica.

Il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici, senz'altro ammesso in una chiave di lettura storica, fallisce nella determinazione della norma giuridica in quanto si mostra «incompatibile [...], coi caratteri di *esclusività* e *irrelatività* propri di qualunque sistema di norme che venga assunto come sistema originariamente giuridico»<sup>35</sup>. La norma viene, così, ad assumere carattere relativo, sfuggendo a quel principio di assolutezza che deve esserle proprio. È per questo che il principio fondamentale della giurisprudenza deve essere ravvisato nella sua forma logica: quale che sia la fonte da cui, storicamente, le norme promanano, è fondamentale che non si perda il carattere di esclusività delle stesse. «Con ciò, per altro, è appena

---

<sup>33</sup> Ivi, p. 214.

<sup>34</sup> Ivi, p. 216.

<sup>35</sup> Ivi, p. 221.

impostato il problema filosofico del diritto: da qualunque concezione speculativa si parta, infatti, non è possibile sottrarsi all'esigenza di giustificare razionalmente il detto principio, inserendolo in una visione totalitaria della realtà»<sup>36</sup>. Il salto da giurisprudenza a filosofia viene a caratterizzarsi, perciò, come passaggio da *dato* a *problema*, da posizione scientifico-dogmatica a indagine sul fondamento logico e, così come la prima non può giungere a cogliere il principio primo del diritto, la seconda non deve impelagarsi nelle questioni di dottrina giuridica, limitandosi, se così si può dire, a rintracciare i fondamenti ideali del concetto giuridico.

Analizzando le tendenze antifilosofiche che si andavano affermando nello studio della giurisprudenza in Italia, Cammarata osserva come la crisi della filosofia del diritto, ovvero di quella disciplina che, seguendo Croce, fa risalire al Thomasius, «si sia manifestata precipuamente in Italia», sulla scorta delle posizioni seguite all'affermazione del positivismo giuridico, «essendo in Francia, ed ancor meno in Inghilterra, ben poco sviluppato il movimento dottrinario della Filosofia del diritto, probabilmente a causa delle diverse condizioni accademiche, mentre in Germania, anche per l'influsso abbastanza chiaro dell'*Allgemeine Rechtslehre* nella Filosofia del diritto, le cose hanno assunto un aspetto perfettamente diverso, se non addirittura opposto»<sup>37</sup>. Ciò che sembra più rilevante notare è, tuttavia, come il discredito della filosofia del diritto non sia imputabile – perlomeno in prima battuta – ai giuristi o ai tecnici del diritto. Al contrario, «i filosofi del diritto cominciarono per i primi a svalutare la loro disciplina quando parlarono con troppa insistenza di una crisi interna che la minacciava, quantunque altri, più tardi, vedesse, e con maggior fondatezza, in quelli che si erano scambiati per i sintomi della presunta crisi “una ragione di vita” della Filosofia del diritto, ed anzi “il segno più certo della sua vita e il primo argomento della sua necessità”»<sup>38</sup>. La prima responsabilità per la caduta in discredito della disciplina filosofico-giuridica è, dunque, da imputare proprio ai filosofi del diritto. Non è difficile scorgere, anche qui, una critica indiretta a Miceli

---

<sup>36</sup> Ivi, p. 223.

<sup>37</sup> A.E. Cammarata, *Su le tendenze antifilosofiche della Giurisprudenza moderna in Italia*, Premiata Tipografia Sociale, Genova 1922, p. 11.

<sup>38</sup> Ivi, pp. 12-13. Il virgolettato rimanda alla prefazione de *I presupposti filosofici della nozione del diritto* di Giorgio Del Vecchio.

che si poneva la domanda *Esiste una filosofia del diritto?* e che proprio in quegli anni portava avanti una discussione piuttosto accesa con Gentile sul tema.

Tuttavia, una volta esclusasi l'esistenza di una disciplina filosofica particolare – tematica su cui non ritorneremo, avendola diffusamente incontrata negli autori trattati in precedenza – occorre stabilire quale sia il ruolo della filosofia che toglie a suo oggetto il diritto. «Filosofia non può essere che autocoscienza, e, siccome non è concepibile realtà che non sia lo Spirito medesimo, così la Filosofia del diritto è l'autocoscienza di quel processo ideale per cui lo Spirito si pone come diritto»<sup>39</sup>. Una filosofia che assumesse il carattere della particolarità terrebbe l'occhio fisso sull'irrealtà, considerando il sistema giuridico come già compiuto e ricadrebbe, per ciò stesso sul terreno astratto proprio delle scienze particolari. Per dire meglio: una filosofia del diritto che si ponesse come filosofia particolare, ricadrebbe immediatamente nell'ambito di quella giurisprudenza che «non è che un complesso di discipline di carattere naturalistico per ciò stesso che il diritto si riduce in esse ad una molteplicità di dati che il giurista si pone davanti per analizzarli e coordinarli in certe guise speciali»<sup>40</sup>, cessando, conseguentemente, di esistere come filosofia.

Il ruolo del filosofo del diritto si pone, quindi, su un piano radicalmente diverso rispetto a quello occupato dal giurista: i suoi sforzi «debbono mirare a scoprire *quel che c'è di reale* sotto le costruzioni della Giurisprudenza; ma non si debbono trasportare di peso i problemi di questa nella Filosofia del diritto senza prima avere osservato se la diversa disposizione gnoseologica non li elida»<sup>41</sup>. Come si vede, dunque, già nel 1922 si trovano i temi che saranno sviluppati quattro anni più tardi: il compito della filosofia del diritto appare già qui teso ad individuare il concetto logico del diritto senza applicarsi minimamente a concetti giuridici particolari. Il riferimento al diverso approccio gnoseologico proprio della filosofia e della giurisprudenza – peraltro ampliato nel testo – sarà il tema proprio di quei *Contributi* che abbiamo trattato in precedenza, rendendo lecito affermare una sostanziale continuità di temi tra la fase di maggiore vicinanza a Gentile e quella in cui

---

<sup>39</sup> Ivi, p. 14.

<sup>40</sup> Ivi, p. 18.

<sup>41</sup> Ivi, p. 22.



Cammarata comincia a dissentire su alcune tematiche. Proprio in virtù della differenza tra le due discipline «il filosofo del diritto potrà, sì, guardare i presupposti gnoseologici di ogni problema giuridico, cercando di scoprire i motivi storici della sua formulazione, mettere in luce soprattutto la realtà deformata dallo schema naturalistico; ma non mai pretendere di risolvere un problema che appartiene ad un dato ordine d'indagini, applicandovi certe formule che hanno pieno valore e significato in un ordine d'indagini gnoseologicamente diverso»<sup>42</sup>. Proprio qui – e nell'esigenza sempre crescente per la giurisprudenza di esser fornita di una serie di principii che andassero oltre l'astrazione da casi particolari – matura, in seconda battuta, la sfiducia che anche i giuristi mostravano nei confronti della filosofia del diritto. Non tenendo conto di quella distinzione gnoseologica che intercorre tra le due discipline, la filosofia del diritto non si era mostrata in grado di fornire alla giurisprudenza il fondamento primo. Il punto fondamentale era la pretesa della filosofia di applicarsi alle categorie proprie della giurisprudenza. Ma, osserva Cammarata, «noi pensiamo che la posizione gnoseologica della Giurisprudenza sia perfettamente distinta da quella della Filosofia: sicché, tutti quei concetti che, per quanto generalissimi, siano essenzialmente legati alla posizione gnoseologica della prima, non possono entrare nel dominio della seconda senza elidersi immediatamente. Norma, sanzione, responsabilità, diritto soggettivo e obbligo giuridico e tutte quelle altre nozioni che si vorrebbero elaborate dalla Filosofia giuridica non rappresentano altro che tanti momenti o aspetti del diritto, separabili da questo e tra di loro solo in quanto la realtà si concepisca come una semplice congerie di *dati*»<sup>43</sup>. La filosofia, avendo per oggetto quegli universali che devono essere tenuti ben distinti dalle generalizzazioni, non ha, e non può avere, lo scopo di fornire una teoria generale del diritto.

Non ci si deve, allora, interrogare sull'utilità della filosofia del diritto per il giurista, ma sulla sua *necessità*: sulla necessità che egli ne ha per giungere a cogliere in profondità ogni azione umana. A parere dell'autore, tale necessità apparirà in tutta la sua evidenza allorché si metta mano a una scienza pura del diritto «che non sia una

---

<sup>42</sup> Ivi, p. 23.

<sup>43</sup> Ivi, p. 31.

semplice generalizzazione delle più importanti teorie della Giurisprudenza, ma che si fondi, invece sulla osservazione della realtà storica alla stregua di criteri dedotti rigorosamente dal concetto del diritto»<sup>44</sup>. Ma, se la filosofia del diritto deve costituire per il giurista la base concreta del suo operare, il filosofo del diritto non dovrà, a sua volta, ignorare i problemi della giurisprudenza che rappresentano «quella esperienza storica di cui deve nutrirsi il suo pensiero». Più che stare in rapporto di concreto ad astratto, filosofia e giurisprudenza sembrano, allora, coimplicarsi.

La giurisprudenza si presenta in un certo senso come una scienza di fatti e, pur rimarcando l'identità assoluta di fatto e valore sul terreno del concreto, Cammarata non può esimersi dal considerare la separazione incolmabile tra i due termini in sede di giurisprudenza: «nella posizione gnoseologica in cui si organizza l'esperienza giuridica – esperienza creatrice, non passiva spettatrice della realtà del diritto – il fatto resterà sempre distinto dal valore». E ancora «potremmo dire anche qui che il fatto sia distinto *per definitionem* dal valore [...]. Tale e non altro è il significato della distinzione, in cui è proprio la chiave di volta della logica giuridica: la distinzione cioè tra l'*elemento formale* e l'*elemento materiale* del diritto»<sup>45</sup>. È opportuno, per meglio comprendere quest'affermazione, chiarire cosa Cammarata intenda con il termine *valore*. Esso «è appunto la conseguenza giuridica, ossia una qualificazione *sui generis* della condotta umana»<sup>46</sup>. La tesi sostenuta da Cammarata mira ad escludere la possibilità che si parli di una derivazione diretta della conseguenza giuridica dal fatto. La necessità che tra fattispecie e conseguenza sia dia una relazione di questo tipo «è una necessità intellettualisticamente concepita, perché non s'identifica con la libertà ed anzi si oppone nettamente a questa», «la necessità di cui parla il giurista è sempre necessità postulata, possiamo dire, *ab extra*»<sup>47</sup>. La necessità che a una data fattispecie segua una data conseguenza non è, dunque, nulla di concreto in sé, ma, piuttosto, la constatazione dello *status quo* in cui, a una data condotta, viene fatta aderire dall'esterno una determinata sanzione.

---

<sup>44</sup> Ivi, pp. 38-39.

<sup>45</sup> A.E. Cammarata, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, cit., p. 277.

<sup>46</sup> Ivi, p. 272.

<sup>47</sup> Ivi, p. 274.

Il punto centrale è il constatare che il fatto esula dall'ambito strettamente formale della giurisprudenza e, di conseguenza, non può rivestire alcun ruolo nella formazione della conseguenza giuridica che sia indipendente dal ruolo svolto dalla norma. Tuttavia, in seno alla logica giuridica, il fatto riveste una fondamentale funzione mediatrice «del trapasso dall'astratta e generica statuizione della norma alla particolare figura di qualificazione giuridica di uno o più contegni»<sup>48</sup>. Il fatto si configura, dunque, come l'elemento indispensabile per ricondurre una figura di qualificazione giuridica alla norma, ovvero costituisce l'indispensabile elemento materiale di cui si compone, accanto a quello formale costituito dalla norma, la qualificazione giuridica<sup>49</sup>.

Questo per quanto riguarda l'empirico operare del diritto. Tra dogmatica giuridica e formalismo si rende, però, necessaria una recisa operazione di «*actio finium regundorum*» allo scopo di una «esatta rappresentazione dei punti oltre i quali cessa la validità delle costruzioni dogmatiche»<sup>50</sup>. Una volta che si sia intrapresa una simile azione di delimitazione dei confini tra formalismo e dogmatica, la scienza giuridica risulta, nella concezione dell'autore, già per ciò stesso superata nella filosofia. Tuttavia, sostiene l'autore, alla giurisprudenza «nessun vero intralcio le è venuto dalla mancata consapevolezza esplicita delle nozioni del formalismo giuridico: perché tale consapevolezza ha valore e significato critico-gnoseologico, mentre la scienza giuridica sorge e si sviluppa sul “dato” (in realtà costruendolo incessantemente), sicché, non appena questo venga in discussione è inevitabile che si debba trascendere la mera posizione scientifica»<sup>51</sup>. Il valore della distinzione o,

---

<sup>48</sup> Ivi, p. 291.

<sup>49</sup> Così, analizzando la funzione e il valore pratico delle norme di condotta, Cammarata sostiene che «la presenza di un elemento storico nel concetto del diritto sarebbe perciò una via continuamente aperta ad una ulteriore generalizzazione, col risultato di far precipitare il concetto del diritto al livello di un semplice particolare astratto, privo di qualsiasi individualità e autonomia logica». E ancora: «è impossibile, quindi, a stretto rigor di logica, parlare di elementi che abbiano la funzione di determinare in via storica la giuridicità di alcuni gruppi di norme di condotta [...]. In altri termini, noi riteniamo che nessuna norma possa dirsi giuridica se considerata come un *possibile criterio direttivo della condotta*, e quindi nella sua storica coesistenza con altre norme di diverso contenuto o di diversa origine, e con elementi qualificabili anche essi come possibili criteri direttivi della condotta: e che tutte le norme possano dirsi giuridiche quando vengono considerate, in relazione ad una o più attività pratiche come esclusivi criteri di *regolarità*» (A.E. Cammarata, *La positività del diritto e il valore “pratico” della norma di condotta* (1930), ora in *Formalismo e sapere giuridico*, cit., pp. 299-301).

<sup>50</sup> A.E. Cammarata, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica* (1936), ora in *Formalismo e sapere giuridico*, cit., p. 351.

<sup>51</sup> Ivi, p. 352.

meglio, della delimitazione, non può, dunque, avere altro carattere che speculativo, non riguardando altro, nei fatti, che la posizione filosofica da cui si ragiona sulla giurisprudenza. In questo senso, la posizione originaria che vede nella giurisprudenza un astratto che deve rintracciare il suo concetto concreto nella filosofia sembra effettivamente ridimensionarsi a favore della prima. Giurisprudenza e filosofia sembrano qui coesistere, andando a cogliere due aspetti paralleli della questione giuridica.

Di nuovo, dunque, è opportuno andare ad osservare quale sia il ruolo riservato da Cammarata alla filosofia. Se la giurisprudenza muove i suoi passi sul terreno proprio del dogma giuridico, alla filosofia compete, come già accennato, il compito di rintracciare la scaturigine profonda del concetto di diritto, cui la scienza giuridica non si mostra interessata. Come già avvertito altrove, in questa sua opera, «la filosofia, se vorrà evitare ogni sincretismo gnoseologico, dovrà guardarsi dall'intervenire nel merito di problemi sorti su un terreno che non è, logicamente parlando, quello dei suoi problemi: e che è un'illusione pensare che si possano far tacere alcune discussioni, trapiantandole dal terreno scientifico a quello speculativo»<sup>52</sup>. Ciò che è più interessante notare nel passo citato è la constatazione di trovarsi di fronte a una filosofia che, delimitando l'ambito della giurisprudenza, circonda corrispettivamente il proprio ambito. Non ci troviamo più, così, di fronte a una filosofia che si costituisce, alla maniera gentiliana, come conoscenza concreta di tutte le scienze umane: quella che qui ci troviamo di fronte è una filosofia pensata, per così dire, *inter pares*, che non esita ad affermare la propria incompetenza in materia di dogmatica giuridica e, dunque, si astiene dichiaratamente e consapevolmente dal parlarne. Oltre alla differenza specifica dalla formulazione di Gentile, appare evidente anche la distanza dal testo più antico, fatto che spinge a riflettere sulla maturazione delle posizioni avvenuta nei quattordici anni intercorrenti tra il 1922 e il 1936.

Tale maturazione risulta ancor più evidente dal ruolo ora assegnato alla filosofia: certamente, si tratta ancora per essa di individuare il concetto del diritto,

---

<sup>52</sup> Ivi, p. 354.

ma questo non costituisce più il suo compito principale rispetto alla giurisprudenza che, in certo senso, può farne a meno. La filosofia «non può agire che *ab intra* – e sempre come filosofia determinata – in quanto cioè diventi fattore di formazione della *personalità* dei singoli studiosi: ma i problemi scientifici, se veri problemi, non hanno altro terreno di soluzione che quello in cui sono nati»<sup>53</sup>. Si tratta, in buona sostanza, dell'abdicazione della filosofia nei confronti della giurisprudenza, nondimeno, la specificazione che ogni filosofia debba essere “filosofia determinata”, potrebbe spingere a pensare all'ammissione di una *filosofia specialis* che era stata rigettata da tutti gli autori fin qui trattati – e che, in parte, abbiamo già visto essere esclusa. Anche il rimarcare, come Cammarata fa qualche pagina oltre, l'inscindibilità del problema filosofico del diritto dal problema filosofico *tout court* appare più come il richiamo a una posizione di scuola, indubitabilmente condivisa in precedenza, che come la forte affermazione di una convinzione.

Più interessante è, per i nostri scopi, rilevare la *funzione creatrice* assunta dall'attività scientifica. Funzione, specifica l'autore in nota, che «non dice nulla a favore dell'opinione che ravvisa una “funzione creatrice di diritto obbiettivo” nella Giurisprudenza»<sup>54</sup>. Quello che si intende per “funzione creatrice dell'attività scientifica” mostra, quindi, di non aver nulla a che fare con la normazione obbiettiva e perciò stesso astratta, piuttosto, l'attività scientifica creatrice richiamata dall'autore sembra, in certa misura, sostituirsi a quell'attività morale che era identificata da Gentile come la vera e unica scaturigine del diritto sul piano concreto. La scienza sembra, così, sovrapporsi alla – e sostituire la – filosofia nel suo terreno più proprio. Tuttavia, proprio il richiamo alla scienza intesa come attività complica il quadro di quanto stiamo affermando. Se si vuole permanere nel quadro dell'idealismo, il considerare la scienza come attività creatrice – e, pertanto, non più o non solo come contemplatrice di un dato – significa superare il suo intrinseco naturalismo e, contestualmente, uscire dalla scienza per entrare nel terreno della filosofia. Affermare, dunque, che la scienza è attività creatrice, significa contestualmente affermare che essa è filosofia.

---

<sup>53</sup> Ivi, p. 355.

<sup>54</sup> Ivi, p. 369, nota 1.

Tuttavia, il problema filosofico del diritto non si risolve nel cambio di prospettiva sulla scienza. Più rilevante è notare che dal punto di vista formale «la norma, non è più uno dei tanti elementi con cui la volontà faccia, per dir così, i conti nel “determinarsi”; non è più cioè, un possibile motivo, ossia una *materia* di scelta, perché non è più elemento della concreta situazione in cui si trova il soggetto che si accinga ad “agire”, ma un criterio che subordina a sé alcuni elementi di quella, insieme all’attività del soggetto medesimo»<sup>55</sup>. La norma, dunque, instaura un rapporto obbiettivo – e non soggettivo – con ciò che deve da essa essere regolato, si trova, per dir così, in una posizione di preminenza rispetto all’azione che deve regolare. Si matura qui uno dei punti di maggior distacco da Gentile, se non proprio il punto in cui la distanza si fa più profonda: la norma è «necessità che non è *materia* ma *forma* di scelta: e in quanto tale, *direzione tipica dell’iniziativa*»<sup>56</sup>. La norma si trova, così, ad aver consistenza non in quanto voluta, ma al contrario in quanto condizione della volontà. L’operazione di Cammarata sembra, sotto un certo profilo, ridimensionare quella componente volontaristica, e perciò di libertà, che Gentile poneva al centro e a scaturigine della norma giuridica. La posizione viene ulteriormente chiarita dall’autore affermando che «così, da un lato ci si spiega perché una tendenza spontanea del pensiero ci porti a ravvisare in ogni norma un atto di volontà: la volontà, infatti, deve apparire alla riflessione dell’intelletto come un *quid* costante (e in questo senso, quindi, “forma”) nel succedersi delle scelte: mentre, d’altro lato, ci si spiega perché solo allo schema del rapporto tra norma ed attività come regola esclusiva a regolato possano ricondursi le figure di qualificazione giuridica»<sup>57</sup>. Si accentua, così, il carattere esclusivamente formale – e non sostanziale, come appariva in Gentile – dell’elemento volontaristico della norma. Per dir meglio: la norma non è più il voluto, ma di questo possiede esclusivamente la forma. Se, quindi, la norma non è più, se non sotto il profilo formale, voluta, va da sé che la sua giuridicità sia da ricercarsi altrove, e precisamente nella «inversione del punto di vista psicologico-empirico» e nella «elisione di ogni considerazione

---

<sup>55</sup> Ivi, pp. 375-376.

<sup>56</sup> Ivi, p. 376.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

d'ordine storico o teleologico». La trasformazione ha sapore radicale: «la norma, infatti, da elemento concomitante ad altri (e quindi, eventualmente, ad altre norme) nell'orientare l'iniziativa, diventa limite *a quo* dell'iniziativa medesima»<sup>58</sup>. La norma non si configura più, quindi, come regolatrice, ma, formalmente, come la stessa scaturigine dell'azione. Di modo che, la scelta di un determinato contegno non sia condizionata ma, per dir così, originata dalla norma medesima.

La norma assume su di sé la responsabilità di garantire la regolarità d'azione per una determinata fattispecie. In questo quadro si inscrivono le figure di qualificazione giuridica come «i “modi” nei quali si *articola* la regolarità determinata dalla norma. Le dette figure, com'è noto, sorgono o si estinguono nella conclusione di un sillogismo che ha per premessa la norma e per medio una certa situazione di fatto»<sup>59</sup>. Nel tentativo di mettere in dialogo fra loro gli autori trattati, è interessante notare come la posizione di Cammarata si ponga, più che in contrasto, in netta antitesi con quella di Calogero, apertamente antisillogistica, illustrata nel capitolo precedente. Tuttavia, rimanendo alla lettera del testo, bisogna notare come la distinzione tra le varie componenti del sillogismo, indicato dall'autore come lo strumento più proprio per far corrispondere norma e fatto in una data qualificazione giuridica, pur essendo logicamente ben determinata, si dimostri «essenzialmente relativa, potendo, a volta a volta una norma o una figura di qualificazione giuridica precipitare ad elemento di fatto di fronte ad una diversa norma e ad una diversa conseguenza giuridica o, viceversa, potendo un *quid facti* (come p. es., nella ripetizione di contegni assunti come *id est* nella consuetudine) trasformarsi in norma»<sup>60</sup>. La distinzione tra i vari termini rivela, dunque, un evidente carattere di debolezza – più ancora che di relatività – come sembra essere dimostrato dalla sostanziale e reale interscambiabilità degli stessi, con ciò, la posizione di Cammarata si muove esclusivamente sul terreno della logica, ma, in essa, rischia di rimanere confinata. Il punto centrale, per meglio comprendere la natura della distinzione operata da Cammarata, è l'assumere che «ogni figura di qualificazione giuridica si

---

<sup>58</sup> Ivi, p. 377.

<sup>59</sup> Ivi, p. 389.

<sup>60</sup> Ivi, pp. 389-390.

esaurisce, logicamente, in sé stessa», precludendosi la possibilità di dar luogo a nuove conseguenze giuridiche o, per dir meglio: quando una figura di qualificazione dà luogo a nuove e ulteriori conseguenze giuridiche, non la si assume nel suo ruolo di contegno già giuridicamente determinato in atto, ma in quello di fatto da determinarsi e, in quanto tale, elemento di mediazione tra norma e nuova qualificazione giuridica. Il risultato è una distinzione o, meglio, una separazione radicale tra la considerazione formale della norma e quella dottrina, o, per usare l'espressione di Cammarata, dogmatica: «altro, insomma è la forma giuridica – che non viene determinata da ragioni di carattere storico, psicologico, teleologico e via dicendo, ma dalla posizione di esclusività che si attribuisce ad una norma o complesso di norme; altro è la materia, che viene individuata mediante l'interpretazione e l'analisi del contenuto dispositivo delle singole norme»<sup>61</sup>. Al di là del contenuto logico dell'affermazione, ciò che è più interessante osservare, è che i due piani – logico e materiale – sembrano qui muoversi su due livelli paralleli, destinati a non incontrarsi mai.

Il risultato immediato del far dipendere la capacità regolatrice della norma esclusivamente dal suo contenuto formale è il prescindere da qualsiasi contingenza storica, sociale, politica. Quando, poi, si passi ad esaminare il concetto di obbligo giuridico che, nella formulazione di Cammarata, è già implicito nel considerare la norma «in quanto criterio esclusivo di regolarità», ammettendo che, «l'obbligo sia la figura di qualificazione giuridica preponderante sulle altre: tanto sulla qualificazione d'illiceità, quanto su quella della possibilità»<sup>62</sup>, risulta evidente come, dalla valutazione circa l'obbligatorietà della norma esuli qualsivoglia componente etica. Sul piano formale ci pare essere certamente corretto il prescindere da valutazioni di tipo assiologico per determinare il carattere vincolante di una norma giuridica. Tuttavia, ciò che salta agli occhi è la totale elisione dell'elemento storico in valutazioni di questo tipo. Una norma giuridica si trova, quindi, ad avere carattere vincolante non perché sentita come tale, ma, esclusivamente, perché ha la forma per esserlo. Messo in relazione con gli altri autori affrontati, si tratta non solo

---

<sup>61</sup> Ivi, p. 395.

<sup>62</sup> Ivi, p. 397.



dell'esclusione di ogni possibilità di opporsi a una norma sentita come ingiusta – presente in Calogero<sup>63</sup> – ma, anche e soprattutto, dell'esclusione della possibilità che una norma ingiusta venga automaticamente tolta e superata nel suo divenire storico e trasformata in norma giusta, come era previsto da Gentile che portava ad esempio il caso di Antigone. La ragione della situazione che viene a profilarsi in Cammatata, ha una profonda motivazione teorica, che porta all'esclusione di ogni criterio di giustizia dalla determinazione della norma: lo stesso richiamo alla natura “deontologica” della norma giuridica, che distinguerebbe la sua regolarità dalla regolarità delle così dette leggi scientifiche, non basta a supplire quella che sembra essere la totale assenza di dimensione morale, essendo relativo esclusivamente alla natura deontologizzante dell'obbligo e rimanendo, pertanto, confinato, *verbis*, sul piano formale.

### **La natura non coattiva della norma e il problema della libertà**

Proprio la volontà di rimanere sul piano formale spinge l'autore ad affermare che «in una nozione siffatta, è già implicito il criterio che la qualificazione di obbligatorietà abbia il proprio *punto di riferimento* nel *vigore effettuale* della norma: e non, quindi, in un soggetto diverso dall'obbligato»<sup>64</sup>. La natura obbligatoria della norma giuridica risiede, dunque, nel sentirla come obbligatoria del soggetto che vi è obbligato. Si tratta, in buona sostanza, del recupero dell'originaria impostazione gentiliana con l'aggiunta, da parte di Cammarata, di un tutt'altro che irrilevante passo in avanti: la chiara e distinta affermazione dell'aspetto esclusivamente formale di quanto si va sostenendo, con contestuale rivendicazione e accentuazione della differenza di piani tra la considerazione filosofica e quella dogmatica. Se, nel pensiero di Gentile, quello del formalismo era un pericolo che metteva a rischio la

---

<sup>63</sup> Abbiamo avuto modo di osservare nel capitolo precedente come in tutta la riflessione di Calogero sia centrale il tema della giustizia, posto in parallelo, ma in posizione leggermente preminente rispetto a quello della libertà, e come, la necessità di non agire ingiustamente, ovvero di non arrecare ingiusto danno ad altri, si spinga fino alla parziale e problematica ammissione di un “diritto di mentire a fin di bene”. Cfr. *Supra*, pp. 200-202.

<sup>64</sup> A.E. Cammarata, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, cit., p. 398.

stessa argomentazione e che era divenuto causa di non poche critiche, in quello di Cammarata, al contrario, è un principio tenuto sempre al centro. A prezzo della dichiarazione di incompetenza, per la filosofia, di addentrarsi in questioni tecnico-giuridiche, Cammarata può riprendere uno dei temi centrali dell'argomentazione del maestro, ovvero, la non estrinsecità della legge al soggetto che le viene sottoposto.

È opportuno, a questo punto dell'argomentazione, richiamare in causa quei *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza* cui avevamo accennato in apertura di capitolo, per notare come la seconda radice della natura non coattiva della norma sia rintracciabile nella critica alle concezioni statuali e sociali del diritto. Come abbiamo osservato, il difetto comune alla concezione statale e a quella sociale del diritto è quello di concretarsi in mere costruzioni naturalistiche che «riportate, poi, in termini di filosofia immanentistica non possono dar luogo che a travestimenti pseudo-filosofici di teorie empiriche»<sup>65</sup>. Il bersaglio polemico si rivela, anche in questo caso, Giuseppe Maggiore, che «parte dal principio immanentistico per cui realtà e idea sono tutt'uno; ma crede ancora che, dopo aver mostrato l'astrattezza del diritto come norma, possa restargli tra le mani un "diritto concreto": il quale (come è ovvio), se non è una chimera, non può essere altro che il concetto della moralità»<sup>66</sup>. A parere di Cammarata, la valutazione giuridica deve, dunque, dirsi astratta, nel momento stesso in cui pone una distinzione tra libertà e necessità. Procedendo alla valutazione giuridica, nota l'autore, il giurista non interpreta la norma in termini di socialità e statualità, ma «in quanto questa può essere, ed è, assunta come fonte di "potestà" e di "obblighi"»<sup>67</sup>. Da qui il nostro fa derivare l'affermazione che abbiamo su accennato o, per dir meglio, «"valutazione giuridica" non è altro che valutazione in termini di potestà e di obblighi: da cui le valutazioni più generiche di "liceità" (che vuol dire: esercizio di potestà o facoltà o diritto soggettivo ed adempimento di obbligo) e di "illiceità" (che vuol dire inadempimento, violazione di un obbligo o dovere giuridico)»<sup>68</sup>. Da ciò, dunque, Cammarata deduce che, in sede di giurisprudenza, libertà e necessità risultino separate, attinendo la

---

<sup>65</sup> A.E. Cammarata, *Contributi*, cit., p. 79.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> Ivi, p. 86.

<sup>68</sup> Ivi, pp. 86-87.

prima all'ambito della potestà di agire, e la seconda all'obbligo di rispettare un dato precetto o ordine giuridico. In questo senso, Cammarata mostra di accettare il collegamento tra norma giuridica e potere coattivo, pur non essendo la notazione di coattività sufficiente a sancire la giuridicità della norma stessa<sup>69</sup>. Egli mostra anche di non considerarla, nel suo pratico operare, strettamente vincolata all'attività dello spirito per come veniva intesa da Gentile. Ribaltando quest'assunto, si potrebbe dire che egli mostri di radicalizzare la concezione gentiliana del *voluta* fino ad attribuire alla norma una potestà slegata e indipendente dal volere attuale. L'esito a cui Cammarata conduce la sua indagine è, tuttavia, diverso da quello da noi qui delineato, e lo è in maniera sufficiente a ricondurre, in buona misura, la sua speculazione sotto l'ombrello di quella gentiliana. Se «non può parlarsi filosoficamente di azioni libere contrapposte ad azioni necessarie, di fronte ad una legge, giacché l'azione, essendo lo stesso *farsi* dello Spirito, non può non essere libertà e necessità insieme»<sup>70</sup>, diventa indispensabile ripensare il rapporto tra giurisprudenza e filosofia. Rapporto in cui la prima finirà, inevitabilmente, per rivestire il ruolo di scienza naturalistica. La domanda fondamentale circa il rapporto filosofia-diritto diventa allora la seguente: «se l'azione, che è tutt'uno con la volontà, in quanto autoctisi spirituale, non può concepirsi concretamente se non come sintesi di libertà e di necessità. Come e perché sorge questo momento in cui la volontà stessa, ponendosi come norma o legge, sembra scindere in due sfere distinte la libertà e la necessità?»<sup>71</sup>. A un primo sguardo, la questione sembra essere in tutto e per tutto sovrapponibile a quelle obiezioni che venivano mosse a Gentile circa la indistinguibilità del *voluta* che è male rispetto all'analogo *voluta* che è, invece, diritto, e che abbiamo visto in precedenza. Quando si guardi più attentamente, invece, non si può non scorgere come la questione sia diversa e, per dirla tutta, più

---

<sup>69</sup>«È arbitrario subordinare l'esistenza di un obbligo giuridico alla predeterminazione di una "sanzione" intesa nel modo sopra criticato. L'obbligo risulta puramente e semplicemente dalla determinazione fattane della norma: la sua trasgressione dà luogo alla qualificazione di illiceità del contegno, qualificazione che costituisce l'unica conseguenza giuridica diretta ed immediata della trasgressione» (A.E. Cammarata, *Sulla c. d. "coattività delle norme giuridiche"* (1932), ora in *Formalismo e sapere giuridico*, cit., pp. 334-335. Cfr. *ivi*, p. 323 e S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 23-25).

<sup>70</sup>A.E. Cammarata, *Contributi*, cit., pp. 87-88.

<sup>71</sup>*Ivi*, p. 89.

profonda: non si tratta qui di inserire un discrimine, individuato in un soggetto sovrano, che riesca a dare conto della distinzione tra *voluto tout court* e diritto, ma della possibilità stessa della norma, considerata come separatrice di libertà e necessità, di costituirsi e della possibilità di risolvere una volta per sempre l'astrazione che si va producendo.

L'argomentazione di Cammarata conduce a quella che si potrebbe interpretare come una radicalizzazione delle posizioni gentiliane: se per il filosofo di Castelvetrano ad avere piena e legittima concretezza filosofica era la morale, a cui il diritto si riconduceva, per il catanese «il concetto del diritto [...], in quanto fondamento logico di una scienza naturalistica [quale la giurisprudenza], non può, rigorosamente parlando, essere ritenuto come un vero concetto filosofico»<sup>72</sup>. Cammarata non manca di porre in evidenza questa sua affermazione definendola come uno tra gli aspetti sostanziali della sua tesi. Il punto di partenza per muovere alla deduzione dell'astrattezza, o a-filosoficità, del concetto di diritto non viene, peraltro, rintracciato nella critica – comune tanto a esponenti di quella che abbiamo definito la scuola gentiliana quanto a Benedetto Croce – alla “dottrina dei caratteri differenziali” del diritto<sup>73</sup>, quanto, come già abbiamo avuto modo di accennare, nella convinzione che «la valutazione *sub specie iuris* sia sempre valutazione astratta, perché scinde – e si esaurisce in quanto tale in questa scissione – la libertà dalla necessità»<sup>74</sup>.

Si compie, così, il passaggio che spinge in certa misura fuori dall'ambito in senso stretto giuridico e riconduce in quello della moralità: la legge «è l'*assunto* stesso dell'atto spirituale: assunto o, come altrimenti si è detto, *principio* dell'atto spirituale in quanto attività: così come il fine è la meta, il *termine ideale* – e reale in quanto ideale – della volontà stessa»<sup>75</sup>. Ciò che è interessante notare è la tensione della legge verso un fine che, in qualche misura, la priva della purezza originaria di cui sembrava investita nell'argomentazione gentiliana. Ancor più rilevante è,

---

<sup>72</sup> Ivi, p. 93.

<sup>73</sup> Cfr. G.F. Lami, *Forme logiche e scienza del diritto in Angelo Ermanno Cammarata*, cit., pp. 115-120.

<sup>74</sup> A.E. Cammarata, *Contributi*, cit., p. 94.

<sup>75</sup> Ivi, p. 102.

tuttavia, notare come in Cammarata, analogamente del resto a quanto già osservato in Maggiore, Calogero e Spirito<sup>76</sup>, si produca una certa insistenza sul concetto di vita sociale e, potremmo dire, di alterità. L'altro non riveste, certamente, il ruolo fondamentale che si è potuto osservare negli autori visti in precedenza e sembra, in prima battuta, delinarsi come astrazione, al pari delle scienze che si fondano sull'assunto dell'esistenza di una pluralità di soggetti, criticate qui come naturalistiche. Tuttavia, non si tratta semplicemente del recupero dell'argomentazione gentiliana che, pure, ha un ruolo di primissimo piano, mostrando la vicinanza che Cammarata ha, su questo punto specifico, col maestro. Quella che sembra ancora più evidente è, però, una vicinanza con le posizioni di Benedetto Croce, resa esplicita dal riferimento alla *Filosofia della pratica*, in cui si leggeva «la realtà è unicità e molteplicità insieme, e un individuo è concepibile solo in quanto ha di fronte altri individui e il processo del reale è effettivo in quanto gli individui sono in relazione»<sup>77</sup>. Ciò posto, il richiamo alla gentiliana *societas in interiore homine*, pur operato e argomentato da Cammarata, non può che apparire come un esercizio logico, apparendo chiaro come, in questo autore, più che di vera e propria posizione dell'*alter* sia opportuno parlare di riconoscimento.

L'errore fondamentale della concezione naturalistica, che riverbera anche nell'assunto di una molteplicità di soggetti intesi in relazione corporea – e non intellettuale e morale – risiede nel concepire l'azione non più «come la stessa attività creatrice dello Spirito, bensì come *modificazione della realtà che avvenga nello spazio e nel tempo e che sia riferibile ad un soggetto*»<sup>78</sup>. Il risultato è di scindere il rapporto immanente che intercorre tra legge e azione e di fare della seconda un *posterius* rispetto alla prima.

Acclarato il risultato cui conduce il pensare la legge come una realtà esterna all'azione, l'autore ribadisce il concetto per cui essa «non può essere, nella sua concreta attualità, che legge universale, e perciò stesso morale: nella legge la volontà

---

<sup>76</sup>Per quanto riguarda quest'ultimo ci si riferisce in particolar modo al rapporto pedagogico intercorrente tra giudicante e giudicato. Si veda, in proposito, il paragrafo *Il ruolo del giudice penale*, nel capitolo dedicato a Ugo Spirito.

<sup>77</sup>B. Croce, *Filosofia della pratica*, cit., p. 307.

<sup>78</sup>A.E. Cammarata, *Contributi*, cit., p. 107.

si pone come assoluta necessità che è assoluta libertà»<sup>79</sup>. Se, dunque, la legge si considerasse esterna all'azione, la sua necessaria universalità si trasformerebbe in generalità privando la norma del suo valore morale. Così considerata essa viene ad essere, nella sua unità di libertà e necessità, autocomando, ricalcando una posizione tipica di scuola. Ciò che assume particolare interesse è, tuttavia, il modo in cui Cammarata affronta la tematica del diritto soggettivo: «la facoltà (o potestà o diritto soggettivo) può essere determinata (sempre astrattamente ed ipoteticamente) come il *residuo* di attività che non viene a cadere direttamente sotto l'efficacia, diciam così, *necessitativa* della legge»<sup>80</sup>. Sembra, così, profilarsi una natura non onnicomprensiva della legge, tale da lasciare uno spazio di azione per il singolo, ma anche da vulnerare l'universalità della stessa che era stata poc'anzi postulata. Certo, Cammarata avverte subito che la libertà di cui si parla in questi casi, astratta, poco o punto ha a che fare con la libertà assoluta di cui parla il filosofo e che viene ricondotta nell'alveo dell'autocitisi gentiliana. Tuttavia, la notazione che «l'obbligo che si dice giuridico è puramente *oggettivo* e non indica la compenetrazione *attuale* e l'identificazione della volontà della legge con la volontà concreta del soggetto»<sup>81</sup>, nel momento stesso in cui pare ammettere l'esistenza cogente dell'obbligo giuridico, getta un'ulteriore ombra di difficoltà sulla possibilità di affrontare, filosoficamente in questo sistema, i problemi inerenti all'ambito empirico-dogmatico della giurisprudenza.

Considerando l'obbligo come immanente all'obbligato, sarebbe spontaneo pensare che nell'osservanza dell'obbligo si concreti la libertà del soggetto. Tuttavia, l'argomentazione di Cammarata – su questo punto particolarmente complicata – non sembra andare in questa direzione. L'assunto di base è che «la libertà non costituisce la sostanza delle qualificazioni secondo lo schema della possibilità, né tanto meno una speciale figura di qualificazione giuridica»<sup>82</sup>. Per chiarir meglio, bisogna evidenziare il punto contro cui Cammarata vuole muoversi, che è sempre quello

---

<sup>79</sup> Ivi, p. 113.

<sup>80</sup> Ivi, p. 115.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> A.E. Cammarata, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, cit., p. 424.

dell'ingresso di elementi materiali nell'ambito del puro formalismo. «Da questo punto di vista se si vuol parlare di libertà, non bisogna dimenticare che la stessa attività conforme ad un obbligo può costituire, come l'attività puramente facoltativa, e perfino un'attività illecita, la situazione-presupposto di obblighi aventi contenuto negativo»<sup>83</sup>. La maggiore difficoltà – che pervade, del resto, tutto il testo – deriva dal trattare unitamente due piani (quello formale e quello materiale) che si vogliono tenere separati in teoria. Una volta che si sia fatta la tara sul modo di condurre l'indagine da parte dell'autore, tuttavia, il senso di quanto si va affermando appare più chiaro. Il punto diventa, quindi, la separazione di due piani di libertà: uno formale e uno materiale, di cui solo il primo ha interesse per la formazione della figura di qualificazione giuridica. Osservando da questo punto di vista, allora, si legge che anche l'attività conforme ad obbligo è, sotto il profilo formale, attività libera e, conseguentemente, può fungere da base per ulteriori obblighi di natura negativa, ovvero per divieti. La libertà, diciamo così, materiale non ha qui alcun rilievo. La parte più interessante della complicata e faticosa esposizione di Cammarata riguardo al problema risulta, comunque, costituita da quanto è possibile leggervi fra le righe: affermando che anche l'azione conforme ad obbligo è, formalmente, azione libera, non solo si rimanda alla libertà attuata dal soggetto nel conformarsi a un obbligo giuridico, riportando in primo piano l'immanenza stessa dell'obbligo all'attività del soggetto, ma si riconduce direttamente alla posizione di Gentile riguardo alla libertà del soggetto nell'osservare la legge.

Se, dunque, «la distinzione tra “azioni” ed “omissioni” ha una grande importanza nella dommatica di varie discipline giuridiche», «in linea formale, non vi è alcun bisogno di ricorrere ad un simile criterio»<sup>84</sup>. Le motivazioni addotte da Cammarata, per avvalorare il carattere superfluo della distinzione, pur ampiamente desumibili dalla trattazione precedente, si dividono in due piani: da un lato si nota come «dal punto di vista formale, come è ormai pacifico, azioni ed omissioni costituiscono le due specie del genere prossimo “contegni”»: la distinzione però viene abitualmente fondata su una distinzione di modalità nel contenuto dispositivo»,

---

<sup>83</sup> Ivi, pp. 422-423. Si veda, S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 184.

<sup>84</sup> Ivi, p. 427.

dall'altro, «nelle espressioni “comando” e “divieto” s'insinua quel significato psicologico-empirico caratteristico della c. d. concezione imperativistica»<sup>85</sup>. Se, sotto il primo versante, viene ad essere negata la possibilità di distinzione logica tra azioni ed omissioni, dal secondo punto di vista, si rimarca come la distinzione possa essere operata solo tenendo conto del contenuto dell'azione. Cerchiamo di spiegar meglio: nel suo determinarsi, il soggetto assume un contegno: dal punto di vista formale, si potrebbe affermare che ciò che vale come azione e, quindi, come atto autodeterminante del soggetto, sia proprio assumere detto contegno. In linea teorica, dunque, e sotto l'aspetto dell'autodeterminazione del soggetto, non è lecito distinguere tra azioni e omissioni, potendosi parlare esclusivamente delle prime aggiungendovi, tutt'al più, l'attributo “azione attuativa” o “azione omissiva”.

Attributo che non può avere valore concreto, essendo relativo e, pertanto, determinato esclusivamente dal contenuto dell'azione. Tuttavia, anche a partire da questa situazione di fatto, può esser svolta una lettura formale, assumendo, cioè, come azione ogni contegno teso ad instaurare una determinata situazione di fatto e come omissione ogni contegno teso a conservare e non alterare, ma «sotto questo profilo, si può dire che la contrapposizione tra azione ed omissione ha un significato essenzialmente “normativo”: dal punto di vista del senso comune, *omnis determinatio est negatio*, e non è concepibile azione che non costituisca l'omissione di tutte le altre azioni possibili. Sicché mentre da questo punto di vista l'omissione è un che d'irreale, nessun dubbio è possibile sollevare sulla realtà dell'omissione dal punto di vista formale. L'omissione ha, si potrebbe dire, una “realtà normativa”, perché il suo fondamento deve rinvenirsi nella posizione della norma come direzione tipica e limite *a quo* dell'iniziativa»<sup>86</sup>. Il testo di Cammarata sembra dunque, in prima battuta, contraddire quanto da noi sostenuto qualche riga sopra, tuttavia, quando si proceda a un esame più attento di quanto riportato, non può sfuggire un dato fondamentale: affermando che l'omissione ha il suo ruolo nella “posizione” della norma preesistente, si afferma, in realtà la sua natura attiva. Così, mentre l'azione che abbiamo detto attuativa, ha il suo scopo primario e il suo fine ultimo

---

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> Ivi, p. 428.



nell'instaurazione di un nuovo assetto normativo, l'azione omissiva si rivolge alla norma riconoscendone attivamente il valore, e, quindi, attuandola come termine di attività. «Anche ciò che dal punto di vista ontologico, caratteristico del senso comune, può sembrare inattività, può apparire come attività dal punto di vista formale, quando venga considerato in relazione ad una norma»<sup>87</sup>.

Pur considerando sovrapponibili azione ed omissione sotto l'aspetto formale, è necessario inserire alcuni distinguo: in particolare, se rispetto alla figura del potere – ovvero della possibilità di agire – nessuna distinzione può intercorrere tra le due figure, spettando al soggetto l'azione di agire o di omettere, rispetto alla figura dell'obbligo le cose non stanno esattamente così, configurandosi a seconda dei casi come obbligatorietà di agire o come obbligatorietà di omettere, e quindi illiceità dell'azione. O, per dir meglio «l'omissione di fronte all'obbligo d'instaurare, l'azione di fronte all'obbligo di conservare una certa situazione di fatto, sono contegni illeciti: l'agire o l'omettere di fronte ad un potere sono contegni leciti, sono estinsecazioni di un'attività che rimane sempre qualificata come possibile»<sup>88</sup>. Come si vede, dunque, la norma è considerata termine *a quo* dell'azione sia nel caso dell'azione omissiva che in quello dell'azione attuativa e, in questo quadro, si iscrive la prevalenza dell'obbligo sulla possibilità di agire. Il soggetto conserva la possibilità di autodeterminarsi in un'azione, ma, questa, sarà vincolata alla lettera della norma, nel senso in cui sarà passibile di essere di volta in volta giudicata come lecita o illecita.

Al fine di meglio chiarire l'equiparazione di azione ed omissione nell'ambito dell'umana attività è opportuno notare come essa non vada considerata alla stregua di un fenomeno naturale: «la considerazione dell'attività umana come “fenomeno naturale” o “fatto fisico” ha il proprio fondamento nella medesima posizione gnoseologica in cui nasce la qualificazione giuridica, ossia nella posizione dell'intelletto»<sup>89</sup>. Il punto è rilevante non tanto per le sue implicazioni filosofiche, già ampiamente riscontrate e riscontrabili negli autori trattati in precedenza, quanto per

---

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> Ivi, p. 429.

<sup>89</sup> Ivi, p. 434.

le conseguenze giuridiche che Cammarata vi fa derivare. Affermando che «rappresentarsi, infatti, l'attività umana come qualcosa che si inserisca nella infinita e multivoca rete delle connessioni casuali e attribuire al suo intervento o al suo non intervento la capacità di dar luogo a una catena di "eventi" o d'impedirla, significa instaurare un dualismo, a prima vista inconciliabile, con quel punto di vista "realistico" che il senso comune adotta nei riguardi dell'attività pratica»<sup>90</sup>, l'autore afferma contestualmente il derivare da questa posizione di tutte le difficoltà relative all'individuazione del punto fino al quale una data modificazione della realtà possa imputarsi all'azione del soggetto. Il punto è che, considerando così, si esige che l'azione funga da termine medio tra una determinata situazione iniziale e un'altra, altrettanto determinata, situazione finale, correlandovi, peraltro, elementi di ordine psicologico ed empirico come dolo e colpa. «Appunto per ciò è stato giustamente posto come limite dei riferimenti causali il criterio che un risultato, o evento che si dica, può essere imputato ad un soggetto fino a quando l'efficienza della sua condotta non sia stata travolta dall'intervento di elementi che non avrebbero potuto essere dominati in alcun modo»<sup>91</sup>.

Il punto decisivo per cogliere la differenza tra una visione di questo tipo e la considerazione formale è che, mentre nel secondo caso, si considera l'azione esclusivamente nel rapporto di norma a regolato, nel primo si mostra di considerarla nel rapporto di mezzo a scopo, instaurando una visione teleologica che, oltre a non aver nulla a che spartire con la visione formalistica, dovrebbe esulare dall'esame del diritto che, interpretato in questo senso, ricade a valutazione politica. Su una simile valutazione teleologica si iscrive anche il concetto di coazione che, pertanto, può sorgere esclusivamente come conseguenza dell'elisione del formalismo: «dato, infatti, che sanzioni, mezzi coercitivi e via dicendo, sorgono logicamente come conseguenze dell'illecito, esse non possono consistere che in "sucedanei", rivolti cioè ad ovviare il mancato conseguimento degli scopi che si sarebbero conseguiti con l'osservanza degli obblighi: il che presuppone che il concetto di norma (e quindi di obbligo) debba esser compreso in un concetto più ampio di "mezzo", con la

---

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> Ivi, pp. 436-437.

inevitabile conseguenza che la giuridicità di un gruppo di norme viene a coincidere senza residuo con la maggiore idoneità di queste – rispetto ad altri gruppi di norme – a conseguire gli scopi cui siano rivolte»<sup>92</sup>. Frutto di argomentazioni empiriche, e tutt'affatto estraneo all'azione – incentrandosi piuttosto sulle conseguenze dalla stessa – il concetto di sanzione, valido in dogmatica, non può essere in alcun modo fatto valere per determinare la giuridicità della norma, così come era stato osservato a suo tempo circa la dottrina dei caratteri differenziali. Ancora una volta, quindi, viene affermato che «la giuridicità dell'obbligo, o deriva dalla giuridicità postulata nella norma con l'assumere questa come criterio esclusivo di regolarità, o non sorge affatto: meno che mai può essere determinata dall'indole di succedaneo pratico o materiale del contenuto delle conseguenze legali dell'inadempimento»<sup>93</sup>.

Il punto che sottende all'argomentazione di Cammarata e che accomuna la critica alle concezioni che individuano la funzione della norma nella sanzione di comportamenti illeciti o, da un altro versante, nella tutela di interessi è che, considerando in questo modo, considerando, cioè, in via utilitaria, si riducono le norme a fatti di cui non è possibile esperire la giuridicità. Certamente la sanzione di comportamenti illeciti, non meno che la tutela di determinati interessi, entrano nell'ambito della norma, non costituendone, tuttavia, l'elemento di giuridicità: «che le intenzioni, e quindi le finalità effettivamente accertabili del *legis lator*, in quanto abbiano trovato espressione ed attuazione nelle norme, debbano esser tenute presenti dalla dogmatica, soprattutto quando si tratta di ricostruire la *ratio legis*, differenziandola dall'*occasio legis*, è indiscutibile; ma tutto questo non dice nulla, assolutamente nulla, a favore dell'equivoco tra i moventi dell'attività dei legiferatori e il criterio puramente formale della qualificazione giuridica»<sup>94</sup>.

La questione non è la legittimità o meno del criterio teleologico a fornire definizioni valide in dogmatica dei concetti di obbligo, illecito e così via, ma la pretesa di elevarsi a un livello superiore: «se, viceversa, queste costruzioni vengono avanzate con la pretesa di definire nozioni fondamentali del sapere giuridico, si deve

---

<sup>92</sup> Ivi, p. 442.

<sup>93</sup> Ivi, p. 446.

<sup>94</sup> Ivi, p. 449.

obiettare semplicemente che il criterio teleologico non può mai surrogarsi al punto di vista formale»<sup>95</sup>. Esso può servire a rappresentarsi l'utilità, all'interno di un dato sistema di norme di una particolare norma, ma non a definirne la giuridicità. A sua volta, la determinazione formale dei criteri di qualificazione giuridica non riveste alcuna utilità diretta ad individuare la *ratio* della norma, e tuttavia, una sua utilità indiretta la rivela nel punto in cui si accinge a individuare il criterio per riconoscere la giuridicità di una norma nel suo essere regolatrice di conegni.

Vi è, però, un altro punto che rivela maggiore interesse per noi e che, in buona sostanza, riconduce l'argomentazione di Cammarata nell'alveo di quella immanentista e, in particolare, gentiliana. Affermando il criterio esclusivamente formale di determinazione di una norma, e rigettando, pertanto, la fondazione dogmatica della stessa, perlomeno sul piano filosofico, si contrasta anche la possibilità di una fondazione legalistica della moralità. Quello che viene, così, ad essere rigettato è un atteggiamento assiologico che vede nella norma la ragione dell'agire morale, contestualmente, il rapporto tra norma e moralità viene ad essere ribaltato in favore della seconda. Ricollegandosi direttamente all'antitesi kantiana tra moralità e legalità, allora, «solo se si prendano per oro di coppella le generalizzazioni dommatiche dei giuristi, si può impostare il problema morale ricorrendo ad una classificazione di norme, perché ciò significa scambiare l'empirico per il trascendentale, il contingente per l'eterno, il particolare per l'universale»<sup>96</sup>.

La figura di Cammarata sembra, dunque, collocarsi, per alcuni aspetti, in una posizione di distanza, o obliqua, nei confronti degli altri autori che abbiamo trattato non trovando luogo, nella sua filosofia, tematiche fondamentali e comuni a quella che abbiamo definito essere la "scuola" di Giovanni Gentile. I temi del giudizio penale – centrali in Spirito e, sia pure in misura minore, in Maggiore – o civile, fondamentale per tutta la costruzione della filosofia giuridica di Calogero, non vengono affrontati in alcun modo dal giurista catanese. Anche la tematica del rapporto tra diritto e Stato è, in certa misura, secondaria, e la relazione tra i due termini è comunque, inevitabilmente, destinata all'impossibilità di essere affrontata

---

<sup>95</sup> Ivi, p. 452.

<sup>96</sup> Ivi, pp. 453-454.

filosoficamente e, di conseguenza, alla dissoluzione sul terreno del concreto. Gli elementi che, forse, riescono meglio a dare conto della distanza di Cammarata rispetto ai colleghi rimangono, comunque, l'assenza di qualsiasi traccia di pedagogia e la constatazione che la norma giuridica non trova più la sua scaturigine nel terreno della morale perdendo, conseguentemente, ogni possibilità di dispiegare i suoi effetti in quest'ambito. Da quanto si è ora affermato, sembrerebbe doversi escludere ogni possibilità di mettere in relazione la produzione filosofico-giuridica di Cammarata – perlomeno in riferimento agli anni della maturità – con quella di Gentile. Leggendo con attenzione tra le righe emerge, tuttavia, un punto in cui la sua argomentazione sembra ricondursi irrevocabilmente al nucleo centrale dell'impostazione gentiliana: collocando la giuridicità della norma nel suo essere scelta come esclusiva regolatrice di contegni, Cammarata recupera il centro stesso del *voluta* gentiliano<sup>97</sup>. In ultima analisi, dunque, la sua filosofia può essere interpretata come un'operazione di limatura, in cui il rinunciare a tutte le tematiche che si intrecciavano nella filosofia giuridica di Gentile, fondamentali e variamente interpretate, criticate e corrette, negli autori che abbiamo trattato, costituisce il passaggio necessario per conservare il suo nucleo, tolto nella sua assoluta purezza formale.

---

<sup>97</sup> Cfr. G.F. Lami, *Forme logiche e scienza del diritto in Angelo Ermanno Cammarata*, cit., pp. 45-50.

## Per finire

Tra gli scopi di questo lavoro non rientrava certamente quello di dare una trattazione complessiva dell'idealismo giuridico italiano. Piuttosto, come esplicitato nel titolo, si voleva esaminare il modo in cui il problema filosofico-giuridico è stato affrontato da quei pensatori che si erano formati in ambiente attualista. Anche in questo caso, tuttavia, non si può dire di aver esaurito la questione, non tanto perché non si sia cercato di affrontare nella sua totalità il panorama dell'idealismo attuale, quanto perché la necessità di concentrarsi in un'indagine condotta dall'interno ha relegato in secondo piano l'analisi della ricezione delle tesi degli autori oggetto del nostro lavoro da parte di pensatori estranei alla tradizione idealista. Anche il confronto con i classici del pensiero giusfilosofico è stato consapevolmente esplicitato solo quando si mostrava strettamente necessario per la comprensione di alcuni sviluppi o per dar ragione della natura assolutamente non provinciale, o circoscritta all'ambito nazionale, delle formulazioni che si andavano studiando.

L'ambizione che ci muoveva era, accanto a quella di mostrare la fecondità dell'impostazione data da Giovanni Gentile al problema filosofico-giuridico, quella di evidenziare come, anche attraverso le letture, le interpretazioni e le critiche che ne fecero i suoi allievi, la filosofia del diritto attualista abbia finito per perdere quell'alone di solipsismo evidenziato da alcuni critici, che, pur sempre rifiutato dal pensatore di Castelvetro, gravava in principio sulla sua produzione. Giunti al termine, ci sentiamo, quindi, di poter rifiutare l'affermazione di Gioele Solari secondo cui «l'attualismo si precluse la via ad intendere la natura specifica del diritto facendone un processo della coscienza individuale e risolvendo nella volontà dell'individuo gli stessi concetti di società e di Stato»<sup>1</sup>. Si deve, al contrario, puntare l'attenzione sulla natura immanentemente sociale dell'io gentiliano, accentuata dalla posizione sempre più centrale che l'*alter*, la società, e la funzione eminentemente pedagogica dell'azione giuridica, assumono tanto nello sviluppo del pensiero filosofico-giuridico di Gentile quanto, in misura ancora maggiore, in quello dei suoi

---

<sup>1</sup> G. Solari, *Lezioni di filosofia del diritto tenute nell'Università di Torino negli anni 1936 e seguenti*, Tipografica Torinese Editrice, Torino s.d., p. 28.

allievi, contribuendo a rendere la filosofia di derivazione gentiliana essenzialmente antiegoistica e cancellando quelle ipoteche che gravavano sulla possibilità che il diritto si mantenesse in vita all'interno di questo pensiero.

Questi intenti non cancellano la necessaria distanza critica che, nell'affrontare lo studio di un pensiero, e tanto più nel caso di una tradizione discussa e oggi quasi dimenticata, come quella dell'idealismo attuale, è sempre necessario tenere. Se un valore fondamentale non si può, tuttavia, fare a meno di riconoscere all'attualismo giuridico, esso consiste nell'aver posto e difeso con forza la scaturigine del diritto nell'etica e nella politica, perseguendo, di pari passo e con un rigore mai osservato prima, l'obbiettivo di una filosofia che non si costituisse come conoscenza estrinseca delle cose, ma operasse in esse. Un lettore accorto come Uberto Scarpelli, per altri versi anche molto critico nei confronti della filosofia gentiliana, evidenziava come all'indomani della lezione attualistica non si potesse più fare a meno di riconoscere la stretta e intima connessione tra diritto e attività morale e politica. «Attività morale e politica», scriveva, «sono nella vita dell'uomo il reale, il concreto; rispetto ad esse il diritto, la norma cristallizzata ed immobile, come la considerano i giuristi, è un astratto»<sup>2</sup>. L'attualismo giuridico si pone, in effetti, come una delle più forti teorizzazioni della connessione necessaria tra attività morale e attività giuridica, e attraverso questa connessione, all'attenzione incentrata sempre più sul *condendum* che sul *conditum*, rivela il suo carattere non definitorio e non definitivo.

Proprio in ragione della sua non definitività e dell'apertura che lo caratterizza, l'attualismo e, in particolare, l'attualismo giuridico, ha potuto svilupparsi e trovare applicazione in direzioni e in campi di studio a volte anche molto diversi tra di loro, mostrando la fecondità di un pensiero il cui carattere peculiare è quello di muoversi all'interno della vita stessa, tanto dell'individuo, quanto delle istituzioni, senza creare sovrastrutture o schematizzazioni applicate dall'esterno o dall'alto. Più che sulle formule e sulle ipostatizzazioni l'attualismo giuridico – a torto accusato di disprezzo nei confronti del procedere empirico del diritto – si è concentrato sulle manifestazioni più vive e concrete del giure, sul momento del giudizio, in cui la

---

<sup>2</sup> U. Scarpelli, *La filosofia del diritto di Giovanni Gentile e le critiche di Gioele Solari*, in AA. VV., *Studi in memoria di Gioele Solari*, Edizioni Ramella, Torino 1954, p. 420.

norma torna attuale, sulle figure che in esso concorrono e sulla rilevanza che va ad assumere nella vita non solo delle parti direttamente in gioco, ma della stessa società.

È proprio nel carattere non definitivo di questa filosofia, nel suo essere vitale e vivente, antiteoreticista, antilogicista e antiastrattista, nella sua assoluta necessità di non considerare teoria e prassi come due regni separati, ma come un *unicum* indissolubile, più ancora che nelle pieghe dei singoli sistemi che si sono esaminati, che, se oggi – riposati gli animi dalle passioni e dagli eventi che hanno contribuito alla caduta in disgrazia del pensiero italiano – si vuole riconoscere alla riflessione attualista sul diritto un nucleo di validità e di fecondità che meriti di essere riportato alla luce, bisogna cercarlo.



## ***Bibliografia***

### **Testi di Giovanni Gentile**

(Per la bibliografia completa degli scritti di Giovanni Gentile, si veda V.A. Bellezza, *Bibliografia degli scritti di Giovanni Gentile*, Sansoni, Firenze 1950).

- (1899) *La filosofia di Marx. Studi critici*, Sansoni, Firenze 1955.
- (1904) Prefazione a: B. Spaventa, *Principii di etica*, Luigi Pierro Editore, Napoli 1904.
- (1907) *Il concetto della storia della filosofia*, in *La riforma della dialettica hegeliana. Terza edizione*, Sansoni, Firenze 1954.
- (1907) *Il circolo della filosofia e della storia della filosofia*, in *La riforma della dialettica hegeliana*, cit.
- (1911) *L'atto del pensare come atto puro*, in *La riforma della dialettica hegeliana*, cit.
- (1912) *La riforma della dialettica hegeliana e B. Spaventa*, in *La riforma della dialettica hegeliana*, cit.
- (1912) *Il metodo dell'immanenza*, in *La riforma della dialettica hegeliana*, cit.
- (1913) *Sommario di pedagogia generale. Vol. 1*, Laterza, Bari 1923.
- (1914) *Sommario di pedagogia generale. Vol. 2*, Sansoni, Firenze 1942.
- (1916) *Teoria generale dello spirito come atto puro*, Sansoni, Firenze 1938.
- (1916) *I fondamenti della filosofia del diritto*, Mariotti, Pisa 1916.
- (1917) *Sistema di logica come teoria del conoscere*, Spoerri, Pisa 1918.
- (1917) *Le origini della filosofia contemporanea in Italia. Vol. 2. I positivisti*, Firenze 1957.
- (1923) *Sistema di logica come teoria del conoscere. Vol. 2*, Laterza, Bari 1923.
- (1923) *I fondamenti della filosofia del diritto. Seconda edizione riveduta*, De Alberti, Roma 1923.
- (1929) *La filosofia e lo Stato*, in "Giornale critico della filosofia italiana", X, 1929.

- (1930) *Diritto e politica*, in “Archivio di studi corporativi”, I, 1930.
- (1932) *La riforma della scuola in Italia*, Treves-Treccani-Tumminelli, Milano-Roma 1932.
- (1933) *Introduzione alla filosofia*, Sansoni, Firenze 1952.
- (1937) *I fondamenti della filosofia del diritto. Terza edizione riveduta e accresciuta*, Sansoni, Firenze 1937. (Usato come riferimento).
- (1946, postumo) *Genesi e struttura della società*, Sansoni, Firenze 1946.

### **Testi di Giuseppe Maggiore**

(Una bibliografia completa delle opere di Giuseppe Maggiore si può trovare in: R. Orecchia, *La filosofia del diritto nelle università italiane. 1900-1965. Saggio di bibliografia*, Giuffrè, Milano 1967, pp. 307-313).

- (1913) *L'unità del mondo nel sistema del pensiero*, Orazio Fiorenza, Palermo 1913.
- (1914) *Saggi di filosofia giuridica*, Orazio Fiorenza, Palermo 1914.
- (1914) *Volontà o responsabilità? Saggio di una teoria idealistica dell'imputabilità penale*, in “Il progresso del diritto criminale”, VI, 1914.
- (1916) *Il diritto e il suo processo ideale*, Orazio Fiorenza, Palermo 1916.
- (1918) *L'unità delle scuole di diritto penale*, Orazio Fiorenza, Palermo 1918.
- (1919) *Se il diritto progredisca*, in “Il Filangieri”, 1919.
- (1921) *Filosofia del diritto*, Orazio Fiorenza 1921.
- (1923) *L'equità e il suo valore nel diritto*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, III, 1923.
- (1924) *Il problema della responsabilità legale secondo l'idealismo attivistico*, Tipografia Guerriero Guerra, Perugia 1924.
- (1924) *Funzione e limiti della dommatica nella scienza del diritto criminale*, Tipografia Guerriero Guerra, Perugia 1924.

- (1925) Recensione a A.E. Cammarata, *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza. I, Il problema del diritto in rapporto al concetto dello Stato*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, V, 1925.
- (1926) *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, VI, 1926.
- (1928) *Giudizio sul progetto preliminare del nuovo codice penale*, Stab. Tip. Fratelli Corselli, Palermo 1928.
- (1933) *Il sentimento nel diritto*, in “Giornale critico della filosofia italiana”, XIV, 1933.
- (1947) *Il problema del diritto nel pensiero di Giovanni Gentile*, in “Giornale critico della filosofia italiana”, XXVI, 1947.
- (1954) *Vita di nessuno*, Ghibauda, Cuneo 1954.

### **Testi di Ugo Spirito**

(Per la bibliografia di Ugo Spirito, rimandiamo a F. Tamassia (a cura di), *L'opera di Ugo Spirito*, Fondazione Ugo Spirito, Roma 1986).

- (1925) *Storia del diritto penale italiano. Vol. I. Da Beccaria a Carrara*, De Alberti, Roma 1925.
- (1925) *Storia del diritto penale italiano. Vol. II. Dalle origini della scuola positiva al nuovo idealismo*, De Alberti, Roma 1925.
- (1928) *Il progetto del nuovo Codice Penale*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, I, 1927-1928.
- (1929) *Il progetto definitivo di un nuovo Codice Penale*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, II, 1929.
- (1929) *La concezione tecnico-giuridica del diritto penale*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, II, 1929.
- (1929) *Il nuovo diritto penale*, La Nuova Italia, Venezia 1929.
- (1929) (con A. Volpicelli e L. Volpicelli) *Benedetto Croce*, Anonima Romana Editoriale, Roma 1929.

- (1937) *La vita come ricerca*, Sansoni, Firenze 1937.
- (1950) *Gentile e Croce (Lettera aperta a Benedetto Croce)* in “Giornale Critico della Filosofia Italiana”, XXIX, 1950.
- (1969) *Giovanni Gentile*, Sansoni, Firenze 1969.
- (1971) *Storia della mia ricerca*, Sansoni, Firenze 1971.
- (1977) *Memorie di un incosciente*, Rusconi, Milano 1977.

### **Testi di Arnaldo Volpicelli**

(La bibliografia completa di Arnaldo Volpicelli si può trovare in G. Franchi, *Arnaldo Volpicelli. Per una teoria dell'autogoverno*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli 2003. Si veda anche il già citato lavoro di Orecchia, alle pp. 441-444).

- (1924) *Una rivendicazione dell'idealismo contro la riforma della scuola elementare*, in *Pedagogia polemica*, De Alberti, Roma 1925.
- (1924) *La Scuola e lo Stato*, in *Pedagogia polemica*, cit.
- (1925) *Scuola e politica*, in *Pedagogia polemica*, cit.
- (1925) *Natura e spirito*, De Alberti, Roma 1925.
- (1928) *La teoria del diritto di Benedetto Croce*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, I, 1927-1928.
- (1928) *Società, Stato e società di Stati*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, I, 1927-1928.
- (1929) *L'educazione politica dell'Italia e il fascismo*, Remo Sandron, Palermo 1929.
- (1929) *Santi Romano*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, II, 1929.
- (1929) *Dal parlamentarismo al corporativismo. Polemizzando con H. Kelsen*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, II, 1929.
- (1929) (con U. Spirito e L. Volpicelli) *Benedetto Croce*, cit.

- (1930) *Natura, oggetto e limiti della dottrina generale dello Stato*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, III, 1930.
- (1930) *Dalla democrazia al corporativismo*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, III, 1930.
- (1930) (con H. Kelsen), *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, (oggi ripubblicato a cura e con una prefazione di M. G. Losano), Aragno, Torino 2012.
- (1933) *La teoria dell'identità di individuo e Stato*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, VI, 1933.
- (1934) *Corporativismo e scienza giuridica*, Sansoni, Firenze 1934.
- (1935) *Legislazione e rappresentanza nello Stato corporativo*, in A. Volpicelli, F. Barbieri, *Il problema della rappresentanza nello Stato corporativo*, Sansoni, Firenze 1935.
- (1947) *La genesi dei Fondamenti della Filosofia del Diritto di Giovanni Gentile*, in “Giornale critico della filosofia italiana”, XXVI, 1947.

#### **Testi di Guido Calogero**

(Per la bibliografia di Guido Calogero si vedano: C. Farnetti, *Guido Calogero dal 1920 al 1986*, Enchiridion, Napoli 1994 e C. Farnetti, *La bibliografia di Guido Calogero: due aggiunte e una errata corrige*, in “La Cultura”, I, 1997).

- (1927) *I fondamenti della logica aristotelica*, La Nuova Italia, Firenze 1968.
- (1937) *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, CEDAM, Padova 1964
- (1938) *La conclusione della filosofia del conoscere*, Le Monnier, Firenze 1938.
- (1939) *La libertà e il diritto*, Fratelli Bocca, Milano 1939.
- (1939) *La scuola dell'uomo*, Sansoni, Firenze 1956.

- (1941) *Intorno al concetto di giustizia*, Stamperia F.lli Parenti di G., Firenze 1941.
- (1946) *Etica, giuridica, politica*, Einaudi, Torino 1948.
- (1947) *Saggi di etica e di teoria del diritto*, Laterza, Bari 1947.
- (1953) *Croce e la scienza giuridica*, estratto da “Rivista italiana per le scienze giuridiche”, terza serie, 1953.
- (1957) *Dodici tesi filosofiche*, Art. Graf. Ed. Comm. A. Urbinati, Roma S.D. (la data indicata è desunta da quella indicata in calce da Calogero nella ripubblicazione del testo avvenuta con il titolo *Un indice sommario* nella seconda edizione de *La conclusione della filosofia del conoscere*).
- (1960) *Lezioni di filosofia*, (3 voll.), Einaudi, Torino 1960. Contiene:
  - Vol. I, *Logica* (1947).
  - Vol. II, *Etica* (1946).
  - Vol. III, *Estetica* (1947).
- (1960) *La conclusione della filosofia del conoscere. Nuova edizione accresciuta*, Sansoni, Firenze 1960. (Usata nel testo come riferimento).
- (1967) *Quaderno laico*, Laterza, Bari 1967.
- (1973) (et al.) *L'ipotesi di Ugo Spirito*, Bulzoni, Roma 1973.
- (1976) *Il principio fondamentale dell'attualismo gentiliano*, in “Il Veltro. Rivista della civiltà italiana”, XX, 1976.

### **Testi di Angelo Ermanno Cammarata**

(Per la bibliografia completa di Angelo Ermanno Cammarata, si veda T. Serra, *A. Ermanno Cammarata. La critica gnoseologica della giurisprudenza*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli 1988, e anche R. Orecchia, op. cit., pp. 70-71).

- (1922) *La razionalità del diritto e il giusnaturalismo nella filosofia dell'immanenza assoluta*, in “Giornale critico della filosofia italiana”, III, 1922.

- (1922) *Su le tendenze antifilosofiche della Giurisprudenza moderna in Italia*, Premiata Tipografia Sociale, Genova 1922.
  - (1924) *Diritto e Stato. Relazione tra i due concetti*, Egeria, Roma 1924.
  - (1925) *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, F.lli Treves, Roma 1925.
  - (1926) *Qualificazione giuridica e scienza del diritto*, Giannotta, Catania 1926.
  - (1926) *Immanentismo e filosofia del diritto*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", VI, 1926.
  - (1936) *Studi sul problema del diritto naturale*, Catania 1936.
  - (1963) *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Giuffrè, Milano 1963.
- Contiene:
- *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza* (1925).
  - *Il concetto del diritto e la "pluralità degli ordinamenti giuridici"* (1926).
  - *Sul fondamento del principio "ignorantia iuris non excusat"* (1928).
  - *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica* (1929).
  - *La positività del diritto e il valore "pratico" della norma di condotta* (1930).
  - *Sulla c.d. "coattività" delle norme giuridiche* (1932).
  - *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica* (1936).
- (2007) *Fra la teoria del diritto e la questione di Trieste. Scritti inediti e rari*. EUT, Trieste, 2007.



## **Lettere ed epistolari**

- Gentile G., *Lettere a Benedetto Croce. Vol. I. Dal 1896 al 1900*. Sansoni, Firenze 1972.
- Gentile G., *Lettere a Benedetto Croce. Vol. II. Dal 1901 al 1906*. Sansoni, Firenze 1974.
- Gentile G., *Lettere a Benedetto Croce. Vol. III. Dal 1907 al 1909*. Sansoni, Firenze 1976.
- Gentile G., *Lettere a Benedetto Croce. Vol. IV. Dal 1910 al 1914*. Sansoni, Firenze 1980.
- Gentile G., *Lettere a Benedetto Croce. Vol. V. Dal 1915 al 1924*. Le Lettere, Firenze 1990.
- Croce B., *Lettere a Giovanni Gentile*, (a cura di A. Croce con un'introduzione di G. Sasso, Mondadori, Milano 1981.
- Gentile G., Calogero G., *Carteggio. (1926-1942)*, (a cura di C. Farnetti), Le Lettere, Firenze 1998.
- Cammarata A.E., lettere a Giovanni Gentile, inedite, conservate presso l'Archivio della Fondazione Gentile, serie 1, corrispondenza, sottoserie 2, lettere inviate a Gentile.
- Maggiore G., lettere a Giovanni Gentile, inedite, conservate presso l'Archivio della Fondazione Gentile, serie 1, corrispondenza, sottoserie 2, lettere inviate a Gentile.
- Miceli V., lettere a Giovanni Gentile, inedite, conservate presso l'Archivio della Fondazione Gentile, serie 1, corrispondenza, sottoserie 2, lettere inviate a Gentile.
- Spirito U., lettere a Giovanni Gentile, inedite, conservate presso l'Archivio della Fondazione Gentile, serie 1, corrispondenza, sottoserie 2, lettere inviate a Gentile.

- Volpicelli A., lettere a Giovanni Gentile, inedite, conservate presso l'Archivio della Fondazione Gentile, serie 1, corrispondenza, sottoserie 2, lettere inviate a Gentile.

### **Altri testi**

- Ascoli M., *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia giuridica*, Athenaeum, Roma 1928.
- Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, Milano 1991.
- Bobbio N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965.
- Bovio G., *Filosofia del diritto*, Anfossi, Napoli 1885.
- Bovio G., *Saggio critico del diritto penale*, Sonzogno, Milano 1902
- Campagnolo U., *Conversazioni con Hans Kelsen. Documenti dall'esilio ginevrino. 1933-1940* (a cura di M. G. Losano), Giuffrè, Milano 2003.
- Calamandrei P., *Fede nel diritto*, (a cura di S. Calamandrei), Laterza, Roma-Bari 2008. (In appendice riporta alcune lettere tra Guido Calogero e Piero Calamandrei).
- Calamandrei P., *La cassazione civile*, Bocca, Milano 1920.
- Calamandrei P., *Cassazione e giurisdizione speciali* (estratto dal "Foro italiano", Vol. XLVII, fasc. XVI), Tipografia dell' "Unione Arti Grafiche", Città di Castello 1922.
- Calamandrei P., *Il giudice e lo storico*, in "Rivista di diritto processuale civile", XVI, 1939.
- Calamandrei P., *Sul progetto preliminare Solmi*, in *Studi sul processo civile. Volume quarto*, CEDAM, Padova 1939.
- Cesarini Sforza W., *Filosofia del diritto*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano 1957.
- Cesarini Sforza W., *Dommatica, teoria generale e filosofia del diritto*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XL, 1963.

- Croce B., *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, (1907), Ricciardi, Napoli 1926.
- Croce B., *Filosofia della pratica. Economia ed etica*, (1908), Laterza, Bari 1945.
- Croce B., *Elementi di politica*, Laterza, Bari 1924.
- Croce B., *Obiezioni alla mia tesi sulla natura del diritto*, in "La Critica", VI, 1908.
- Croce B., *Frammenti di etica*, Laterza, Bari 1922.
- Croce B., *Conversazioni critiche. Serie I*, Laterza, Bari 1918.
- Croce B., *Conversazioni critiche. Serie II*, Laterza, Bari 1918.
- Croce B., *Conversazioni critiche. Serie III*, Laterza, Bari 1932.
- Croce B., *Conversazioni critiche. Serie IV*, Laterza, Bari 1932.
- Croce B., *Conversazioni critiche. Serie V*, Laterza, Bari 1939.
- Croce B., *Nuove pagine sparse. Serie prima*, Riccardo Ricciardi Editore, Napoli 1948.
- Croce B., *Scritti e discorsi politici. 1943-1947*, Laterza, Bari 1963.
- Del Vecchio G., *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Zanichelli, Bologna 1905.
- Fazio Allmayer V., *Attualismo*, in "Giornale critico della filosofia italiana", XXXII, 1953.
- Ferri E., *Principii di diritto criminale: delinquente e delitto*, UTET, Torino 1928
- Garofalo R., *Criminologia: studio sul delitto, sulle cause e sui mezzi di prevenzione*, F.lli Bocca, Torino 1885.
- Hart H.L.A., *The concept of law*, Oxford University Press, London 1961, trad. it. di M. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965.
- Hegel G.W.F., *Die Phänomenologie des Geistes*, trad. it. di E. De Negri, *Fenomenologia dello spirito*, La Nuova Italia, Firenze 2001.
- Hegel G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, trad. it. di G. Marini, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2004.

- Hegel G.W.F., *Wissenschaft der Logik*, trad. it. di A. Moni rivista da C. Cesa, *Scienza della logica*, Laterza, Roma-Bari 2004.
- Hegel G.W.F., *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, trad. it. di B. Croce, *Enciclopedia delle scienze filosofiche*, Laterza, Roma-Bari 2009.
- Hegel G.W.F., *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*, trad. it. Di R. Bordoli, *Lezioni sulla storia della filosofia*. Laterza, Roma-Bari 2009.
- Kant I., *Kritik der reine Vernunft*, trad. it. di P. Chiodi, *Critica della ragion pura*, UTET, Torino 2005.
- Kant I., *Kritik der praktischen Vernunft*, trad. it. di F. Capra rivista da E. Garin, *Critica della ragion pratica*, Laterza, Roma-Bari 2008.
- Kant I., *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Laterza, Roma-Bari 2003.
- Kelsen H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, trad. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1967.
- Kelsen H., *Diritto pubblico e privato*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, IV, 1924.
- Kelsen H., *Il problema del parlamentarismo*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, II, 1929.
- Kelsen H., *Lineamenti di una teoria generale dello Stato*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, II-III, 1929-1930.
- Kelsen H., (con A. Volpicelli) *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, cit.
- Kelsen H., *Concetto del diritto naturale*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, III, 1930.
- Kelsen H., *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto*, in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, IV, 1931.
- Kelsen H., *Lineamenti di una teoria generale dello Stato e altri scritti* (a cura di A. Volpicelli), Anonima Romana Editoriale, Roma 1933.

- Kelsen H., *General theory of law and state*, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Etas Kompass, Milano 1966.
- Kelsen H., *Der soziologische und der juristische Staatbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, trad. it. di A. Carrino, *Il concetto sociologico e giuridico dello Stato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997.
- Kelsen H., *Society and Nature*, trad. it. di L. Fuà, *Società e natura. Ricerca sociologica*, Edizioni Scientifiche Einaudi, Torino 1953.
- Leoni B., *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, Giappichelli, Torino 1942
- Lombroso C., *Genio e follia*, Brigola, Milano 1872.
- Lombroso C., *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie*, F.lli Bocca, Torino 1896 (quinta edizione).
- Massari E., *Le dottrine generali del diritto penale*, Arti grafiche Panetto e Petrelli, Spoleto 1928.
- Rocco A., *Progetto definitivo di un nuovo codice penale*, Tipografia delle Mantellate, Roma 1929.
- Romagnosi G.D., *Genesi del diritto penale*, Piatti, Firenze 1844.
- Romano Santi, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Enrico Spoerri Editore, Pisa 1918.
- Rossi P., *Trattato di diritto penale*, Borroni e Scotti, Milano 1832.
- Scarpelli U., *Cos'è il positivismo giuridico* (a cura di A. Catania e M. Jori), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997.
- Solari G., *Lezioni di filosofia del diritto tenute nell'Università di Torino negli anni 1936 e seguenti*, Tipografica Torinese Editrice, Torino s.d.
- Spaventa B., *Principi di etica* (a cura di G. Gentile), Luigi Pierro Editore, Napoli 1904.
- Spinoza, *Ethica*, trad. it. di S. Landucci, *Etica*, Laterza, Roma-Bari 2009.

## Letteratura critica

### Testi di critica generale

- Buratti A., Fioravanti M., (a cura di), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*, Carocci, Roma 2010.
- Cascione C., Germano E., Masi Doria C., (a cura di), *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Satura Editrice, Napoli 2006.
- Ciardo M., *Un fallito tentativo di riforma dello Hegelismo. L'idealismo attuale*, Laterza, Bari 1948.
- Ciliberto M. (a cura di), *Croce e Gentile tra tradizione nazionale e filosofia europea*, Editori Riuniti, Roma 1993.
- De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Giuffrè, Milano 1974.
- De Felice R., *Mussolini il fascista. La conquista del potere, 1921-1925*, Einaudi, Torino 1966.
- Di Giovanni P. (a cura di), *Idealismo e anti-Idealismo nella Filosofia Italiana del Novecento*, Franco Angeli, Milano 2005.
- Frosini V., *L'idealismo giuridico italiano*, Giuffrè, Milano 1978.
- Garin E., *Cronache di filosofia italiana. 1900-1943*, Laterza, Bari 1966.
- Gradi M., *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in F. Buongiorno, A. Pinazzi, (a cura di), *Etica della responsabilità. Applicazioni e problemi*, "Lo Sguardo", VIII, (2012, 1).
- Guzzo A., *Cinquant'anni di esperienza idealistica in Italia*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova 1964.
- Lanchester F., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano 1994.
- Mustè M., *La filosofia dell'idealismo italiano*, Carocci, Roma 2008.
- Mustè M., *Benedetto Croce e il problema del diritto*, in, "Novecento", II, 1992, fascicolo 4.

- Nitsch C., *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo novecento*, Giuffrè, Milano 2012.
- Orecchia R., *La filosofia del diritto nelle università italiane (1900-1965)*, cit.
- Perazzoli G., *Benedetto Croce e il diritto positivo. Sulla realtà del diritto*, Il Mulino, Bologna 2011.
- Riccio S., *Attualismo e diritto penale. Contributo alla critica della concezione penale attualistica*, Editrice Studium, Roma 1936.
- Sasso G., *Filosofia e idealismo. I. Benedetto Croce*, Bibliopolis, Napoli 1994.
- Sasso G., *Filosofia e idealismo. III. De Ruggiero, Calogero, Scaravelli*, Bibliopolis, Napoli 1997.
- Sasso G., *Filosofia e idealismo. IV. Paralipomeni*, Bibliopolis, Napoli 2000.
- Sasso G., *Filosofia e idealismo. V. Secondi paralipomeni*, Bibliopolis, Napoli 2007.
- Sasso G., *Filosofia e idealismo. VI. Ultimi paralipomeni*, Bibliopolis, Napoli 2012.

### **Su Giovanni Gentile**

- Amato A., *L'etica oltre lo Stato. Filosofia e politica in Giovanni Gentile*, Mimesis, Milano-Udine 2011.
- Bellezza V.A., *Bibliografia degli scritti di Giovanni Gentile*, cit.
- Cesa C., *I nemici di Giovanni Gentile (1929-1941)*, in “Giornale critico della filosofia italiana”, LXXXII, 2004.
- Del Noce A., *Giovanni Gentile. Per un'interpretazione filosofica della storia contemporanea*, Il Mulino, Bologna 1990.
- Di Lalla M., *Vita di Giovanni Gentile*, Sansoni, Firenze 1975.
- Lo Schiavo A., *Introduzione a Giovanni Gentile*, Laterza, Roma-Bari 1974.

- Lo Schiavo A., *La filosofia politica di Giovanni Gentile*, Armando, Roma 1971.
- Marini G., *Aspetti sistematici della "Filosofia del diritto" di Gentile*. In "Giornale critico della filosofia italiana", LXXIII, 1994.
- Marchi V., *La filosofia morale e giuridica di Giovanni Gentile*, F.lli Marchi, Camerino 1923.
- Miceli V., *Il concetto filosofico del diritto secondo Giovanni Gentile. Nota critica*, in "Annali delle Università toscane", V, 1920.
- Natoli S., *Giovanni Gentile filosofo europeo*, Bollati Boringhieri, Torino 1989.
- Negri A., *Giovanni Gentile*, La Nuova Italia, Firenze 1975.
- Negri A., *L'attualismo gentiliano e il destino dell'Io*, in "Idee", IX, 1995.
- Petrillo F. (a cura di), *Filosofia dello Stato e scienza della logica in Giovanni Gentile*, La città del sole, Napoli 2004.
- Pigliaru A., *Esercizio primo sulle varianti de "La Filosofia del Diritto"*, in V. Vettori (a cura di), *Giovanni Gentile*, La Fenice, Firenze 1954.
- Romano Sergio, *Giovanni Gentile. La filosofia al potere*, Bompiani, Milano 1984.
- Sasso G., *Filosofia e idealismo. II. Giovanni Gentile*, Bibliopolis, Napoli 1995.
- Sasso G., *Le due Italie di Giovanni Gentile*, Il Mulino, Bologna 1998.
- Scarpelli U., *La filosofia del diritto di Giovanni Gentile e le critiche di Gioele Solari*, in AA. VV., *Studi in memoria di Gioele Solari*, Torino 1954.
- Solari G., *Diritto astratto e diritto concreto nella filosofia di Giovanni Gentile*, in "Giornale critico della filosofia italiana", XXVII, 1948.
- Tarquini A., *Il Gentile dei fascisti. Gentiliani e antigentiliani nel regime fascista*, Il Mulino, Bologna 2009.
- Trincia F.S., *Filosofi e totalitarismi in Italia e in Germania*, in "Dimensioni e problemi della ricerca storica", IX, 1996.



- Trincia F.S., *Giovanni Gentile, Guido Calogero e il problema dell'alterità*, in *Croce e Gentile tra tradizione nazionale e filosofia europea*, cit.
- Trincia F.S., Pinazzi A., *Filosofi e totalitarismi: Giovanni Gentile*, in *Logoi VII*, Lithos, Castelvetro 2011.
- Turi G., *Giovanni Gentile. Una biografia*, UTET, Torino 2006.
- Vettori V., (a cura di) *Giovanni Gentile*, cit.

### **Su Giuseppe Maggiore**

- Marini G., *Giuseppe Maggiore. L'interferenza di filosofia e diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1983.
- Mazza L., *Il problema della colpevolezza nel pensiero di Giuseppe Maggiore*, Libreria Ticci succ. A. Giubbi & c., Siena 1992.

### **Su Ugo Spirito**

- Breschi D., *Spirito del Novecento. Il secolo di Ugo Spirito dal fascismo alla contestazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010.
- Calogero G. (et al.), *L'ipotesi di Ugo Spirito*, cit.
- Cantimori D., recensione a *La vita come ricerca*, in "Giornale critico della filosofia italiana", XVIII, 1937.
- Dessì G., *Ugo Spirito. Filosofia e rivoluzione*, Luni Editrice, Milano-Trento, 1999.
- Russo A., *Ugo Spirito: dal positivismo all'antiscienza*, Guerini, Milano 1999.
- Tamassia F. (a cura di), *L'opera di Ugo Spirito*, cit.

### **Su Arnaldo Volpicelli**

- Brunello B., recensione a *Corporativismo e scienza giuridica*, in “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, XV, 1935.
- Franchi G., *Arnaldo Volpicelli. Per una teoria dell'autogoverno*, cit.
- Losano M. G., prefazione a H. Kelsen, A. Volpicelli, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, cit.

### **Su Guido Calogero**

- Bolognini S., *Alle radici della teoria dell'argomentazione giuridica. Il pensiero di Guido Calogero in rapporto alle odierne epistemologie e metodologie del diritto*, Pubblicazioni dell'I.S.U Università Cattolica, Milano 1987.
- Farnetti C., *Guido Calogero dal 1920 al 1986*, cit.
- Farnetti C., *La bibliografia di Guido Calogero: due aggiunte e una erra corrige*, cit.
- Fioravanti M., *La normale di Pisa. Guido Calogero e Aldo Capitini tra costituzionalismo, liberalsocialismo e non violenza*, in A. Buratti, M. Fioravanti (a cura di), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*, cit.
- Nitsch C., “*Il giudice e lo storico*”. *L'esperienza del giudizio nel 'cattivo avviamento' dei tempi*, in C. Cascione, E. Germano, C. Masi Doria (a cura di), *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, cit.
- Ridola P., *Guido Calogero e i “concetti Giuridici”*, in “Teoria del diritto e dello stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica” 2004, 3.
- Sasso G., *Calogero: il diritto fra logica e etica*, in “Annali dell'Istituto Italiano per gli Studi Storici”, XXIV, 2009. Oggi anche in *Filosofia e idealismo. VI. Ultimi paralipomeni*, cit.

- Sasso G., *Calogero e Croce. La libertà, le libertà, la giustizia*, in *Filosofia e idealismo. III*, cit.
- Sasso G., *Una "lettera aperta" di Guido Calogero a Ugo Spirito (1937)*, in *Filosofia e idealismo. III*, cit.
- Trincia F. S., *Giovanni Gentile, Guido Calogero e il problema dell'alterità*, cit.
- Zappoli S., *L'itinerario intellettuale di Guido Calogero: da Croce e Gentile al 'dialogo' con Capitini*, in "Giornale critico della filosofia italiana", LXXXII, 2004.
- Zappoli S., *Guido Calogero. (1923-1942)*, Edizioni della Normale, Pisa 2011.

#### **Su Angelo Ermanno Cammarata**

- Ascarelli T., *Recensione a A. Cammarata E., Contributi (1925)*, in "Rassegna bibliografica della scienza giuridica", 1926.
- Cesarini Sforza W., *Recensione a Sulla c.d. coattività delle norme giuridiche*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XIII, 1933.
- Coccopalmerio D., *Qualche considerazione su Cammarata filosofo del diritto*, in: A.E. Cammarata, *Fra la teoria del diritto e la questione di Trieste*, cit.
- Lami G.F., *Forme logiche e scienza del diritto in Angelo Ermanno Cammarata*, Antonio Pellicani Editore, Roma 2000.
- Maggiore G., *Recensione a A.E. Cammarata, Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza. I, Il problema del diritto in rapporto al concetto dello Stato*, cit.
- Pagano A., *Recensione a Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, in "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", X, 1930.

- Serra T., *A. Ermanno Cammarata. La critica gnoseologica della giurisprudenza*, cit.