

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI 'SAPIENZA' DI ROMA

ACCADEMIA INTERNAZIONALE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

STUDI DIRETTI DA

L. AVITABILE - G. CARCATERRA - A. CERRI

P. MARCONI - F. MODUGNO - A. RIVERA LLANO - B. ROMANO

CIRO PALUMBO

NORMA DIRITTO INTERPRETAZIONE

GRAMMATICA E FILOSOFIA DEL DIRITTO A PARTIRE DA SALVATORE PUGLIATTI

Prefazione di

Angelo Falzea



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI 'SAPIENZA' DI ROMA
ACCADEMIA INTERNAZIONALE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

STUDI DIRETTI DA

L. AVITABILE - G. CARCATERRA - A. CERRI

P. MARCONI - F. MODUGNO - A. RIVERA LLANO - B. ROMANO

CIRO PALUMBO

NORMA DIRITTO
INTERPRETAZIONE
GRAMMATICA E FILOSOFIA DEL DIRITTO
A PARTIRE DA SALVATORE PUGLIATTI

Prefazione di
Angelo Falzea



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2016 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-0315-3

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici dell'Università degli Studi 'Sapienza' di Roma.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

*A mio padre,
instancabile presenza
che colma ogni vuoto*

«Dappertutto, dove gli uomini vivono in società essi stanno in una comunanza di rapporti intellettuali che dall'uso di una lingua comune vengono attestati, rafforzati e sviluppati»

S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*

«Non può l'interprete confondersi con un lettore incosciente e meccanico»

S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*

«È per trovare il giusto, per amore del quale conviene vivere, che noi procediamo, ci apriamo i varchi metafisicamente costitutivi, invociamo ciò che non è ... e cerchiamo il vero e il reale là dove scompare il semplice dato»

E. BLOCH, *Spirito dell'utopia*

Prefazione

Mi rallegra che un giovane studioso, Ciro Palumbo, avvicini un pensiero complesso come quello di Salvatore Pugliatti, ma bisogna sempre prestare prudenza davanti ad una figura così ampia e di difficile penetrazione.

Pugliatti era un uomo del rinascimento, amava la filosofia, l'arte, la poesia, la musica, il diritto.

Nei suoi studi una problematica fondamentale nel diritto è che tutte le parole che si pronunciano necessitano di essere riferite con assoluta precisione; pertanto, lo studio sul diritto può continuare a condizione che ci si chiarisca sulla natura del diritto e ci si immedesima in essa, riconoscendo che il diritto nasce da esigenze pratiche.

Della filosofia del diritto Pugliatti sottolinea l'esigenza critica, che è cosa diversa dall'esigenza pratica.

Ritengo sia per questo che non abbia mai avuto la pretesa di essere riconosciuto un filosofo del diritto, anche se è stato al centro di dibattiti che hanno interessato profondamente il mondo della filosofia del diritto, finendo col farne parte integrante.

Nessuno studioso del diritto, tuttavia, può prescindere dalla dimensione filosofica: Pugliatti aveva una particolare dotazione per guardare filosoficamente al diritto, ma aveva anche un senso pratico molto preciso per indagare la funzione del diritto.

Ecco, coniugare questi due aspetti – che è anche quanto ci si può attendere da uno studio su Pugliatti –, uno che porta all'astrazione, un altro che tende alla concretezza, è stato proprio il suo merito ma, al contempo e nell'essenziale, il suo mistero.

ANGELO FALZEA

Introduzione

In questi anni di studio le riflessioni sul rapporto tra diritto e linguaggio, sono maturate nella direzione di una critica delle norme attraverso lo scavo teoretico sul «carattere umano»¹ del diritto, fino all'arte dell'interpretazione che porta in luce il senso del diritto e della normazione.

Il sentiero seguito in queste riflessioni muove inizialmente dagli approfondimenti delle opere di Salvatore Pugliatti, prima tra tutte *Grammatica e diritto* (1978)², specularmente anche al titolo della trattazione, per direzionarsi verso studi filosofico-giuridici nella direzione speculativa che indaga il rapporto tra diritto, linguaggio e interpretazione.

Si parte proprio dalla questione che Pugliatti si pone aprendo uno studio su 'grammatica e diritto', ovvero se «grammatica e giurisprudenza siano scienze nomografiche»³, sempre mostrando e ponendo a confronto – come lo stesso evidenzia – le figure di «filosofo e teorico del diritto»⁴.

Già agli inizi di questo suo lavoro, i suoi studi mostrano di attingere ad una certa letteratura giuridica tedesca secondo la quale «la grammatica come la giurisprudenza *'ist eine normative Diszi-*

¹ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 1988, p. 5.

² S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, presentazione di E. Paresce, Milano, 1978.

³ *Ivi*, p. 3. Si riporta la nota citata da Pugliatti: A. LEVI, *Diritto e linguaggio*, ora in *Scritti minori di filosofia del diritto*, Padova, 1957, p. 57 (lo scritto risale al 1931 e fu pubblicato in quell'anno negli *Studi filosofici-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, II, Modena, p. 44 ss.).

⁴ *Ibidem*.

plin deren Gegenstand positiven Normen sind»⁵, sollecitando questa affermazione un profondo interesse in Pugliatti verso una chiarificazione della disciplina del ‘diritto’.

A partire da questa ‘normatività’ di grammatica e giurisprudenza, come – appunto – da intendersi ‘normative’, cioè interessate dal diritto positivo, il riferimento qui iniziale è a W. Eckstein; ma, successivamente, tutta l’opera di Pugliatti è avvolta dai riferimenti teoretici al pensiero giuridico di F.C. von Savigny, evidentemente da ciò l’attenzione che Pugliatti rivolge alla storia⁶, e quindi allo studio della «scuola storica del diritto»⁷ della quale Savigny – anche secondo Pugliatti – fu iniziatore.

Pugliatti, inizialmente attratto dall’orientamento sistematico⁸ di Savigny, rileva che questi assume «la parola chiave ‘sistema’ nella sua opera più matura»⁹, quale è *System des heutigen römischen Rechts* (1840)¹⁰. Da qui si comprende anche l’interesse di Pugliatti ai temi del diritto e della giustizia nella giurisprudenza romana¹¹.

Pugliatti muove dal concetto di popolo elaborato da Savigny, che lega questo alla tradizione, la quale, come il diritto, si produce e stabilisce con il lento mutarsi delle generazioni¹²: è in ciò che si può cogliere «il carattere mutevole della lingua e del diritto»¹³ ed è proprio nella lingua che si riscontra una perpetua trasforma-

⁵ *Ivi*, p. 3.

⁶ Sulla questione della storia e sullo storicismo di Pugliatti, cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 41.

⁷ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., pp. 7-8.

⁸ Pugliatti cita G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966, pp. 67-68. Si veda S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 8.

⁹ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 8.

¹⁰ Cfr. F.-C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, prima tr. it. di V. Scialoja, Torino, 1886.

¹¹ Cfr. ID., *Giustizia e diritto nella giurisprudenza romana*, in “Rivista Internazionale di Filosofia del diritto”, 1933.

¹² S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 9.

¹³ *Ibidem*.

zione e un continuo sviluppo: e così pure nel diritto»¹⁴. Queste espressioni, mutate da Savigny, diverranno per Pugliatti il nucleo teorico specifico della sua ricerca sul diritto.

Così si avvia il lavoro di Pugliatti, dallo studio di un sapere giuridico, come quello tedesco di Savigny, fino allo sviluppo originale del suo pensiero in relazione a tutte le 'posizioni' del diritto, mostrando quella «salvante inquietudine culturale»¹⁵ che ha rappresentato un faro sulla scienza giuridica, messa in discussione dall'autore nel fulcro centrale delle domande esistenziali sulla giustizia, nucleo in cui si deve ammettere che il sapere giuridico, come costruzione giuridica¹⁶, non può prescindere dalla questione del diritto come 'coscienza' della giuridicità di un popolo davanti al fenomeno giuridico che – scrive Pugliatti – «è un fatto storico-sociale giuridicamente qualificato: il nucleo (elemento sostanziale) sta nel fatto, l'elemento qualificativo (elemento formale) promana dalla norma»¹⁷ e questa, proprio in virtù dell'esistenza di un popolo di persone inserite in un contesto culturale e linguistico, «non è tutto il fenomeno giuridico»¹⁸.

Così, proprio a partire da Pugliatti, la teoria generale del diritto trova una sua genesi nel pensiero filosofico che promana da quella 'inquietudine culturale' di muovere verso i «confini della strutturazione dell'universo giuridico»¹⁹; è questa inquietudine a 'salvare' dalla scientificità del diritto nel senso che presenta l'attività del giurista non come legata alle forme sistemiche, bensì come «ancorata alla tradizione, perciò si svolge con lentezza e cautela, come il lavoro della formica»²⁰, volgendo oltre il sistema, nella consapevolezza che il diritto è presentato – da una parte –

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 40. Si veda anche P. GROSSI, *Salvatore Pugliatti giurista inquieto* (2003), ora in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, p. 531 ss.

¹⁶ S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 6 ss. Ora in *Scritti giuridici*, I, 1927-1936, Milano, 2008.

¹⁷ ID., *Scritti giuridici*, cit., p. 807.

¹⁸ *Ivi*, pp. 63-64.

¹⁹ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 40.

²⁰ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 134.

come «fenomeno umano»²¹, costituendo ciò il suo stesso ‘principio limitante’²², riferendosi ai fatti dell’umanità, ovvero caratterizzato dagli sconvolgimenti esistenziali dell’umano che tende a manifestare mutamenti e a cristallizzare certezze secondo l’affermazione del *dato*, che «è la norma»²³; dall’altra come fenomeno, in una direzione della filosofia del diritto «incentrata sulle questioni che riguardano l’orizzonte esistenzialmente considerato del *senso* precipuo del fenomeno giuridico, diverso dal *fatto* del diritto»²⁴, nella chiarificazione – si può ribadire con Pugliatti – che «il fenomeno giuridico è un fatto ... giuridicamente qualificato»²⁵.

Tutti i fenomeni della datità, infatti, si rivelano un «vano miraggio»²⁶, finzioni di verità e giustizia²⁷, attraversati da una costante illusoria che è frutto della contingenza e che rende il diritto oggetto e presenta all’uomo la fatale identità tra legale e giusto: è, invece, la stessa esperienza dell’uomo ad essere diritto, è quello il diritto del popolo, quello che muove dallo spirito degli atti di una comunità, è l’esperienza teorica e pratica che avvolge i campi del sapere, giuridico, economico e politico²⁸. Il diritto, per Pugliatti, ‘si specifica’ in questa *empiria*, e l’esperienza principale che l’uomo fa col diritto è quella di «istituire in concreto una ricerca metodologica»²⁹ personale, che si presenti «scientifica nel campo giuridico»³⁰, direzionata a conferire forme secondo quella propria

²¹ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., p. 5.

²² *Ibidem*.

²³ S. PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in “Archivio giuridico Filippo Serafini”, vol. CXIII, 1935, p. 169.

²⁴ A. ARGIROFFI, *Una filosofia del diritto secondo Bruno Romano*, Recens. in “Rivista di diritto e questioni pubbliche”, 2003.

²⁵ S. PUGLIATTI, *Scritti giuridici*, I, 1927-1936, cit., p. 807.

²⁶ ID., *Grammatica e diritto*, cit., p. 79.

²⁷ Per approfondimento sull’idea delle immagini fisse e sul loro movimento-mutamento, cfr. G. DELEUZE, *L’immagine-movimento*, Milano, 2010.

²⁸ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 219.

²⁹ ID., *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in “Rivista italiana di scienze giuridiche”, ora in ID., *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, 1951, p. 201.

³⁰ *Ibidem*.

dell'istituzione delle leggi³¹: in ciò si sostanzia questa ricerca, e in ciò si chiarifica l'opera costruttiva ed incessante che è il linguaggio.

In questo processo il dato normativo viene posto su un piano di riflessione critica in quanto si presenta con modalità e ricorrenze che per la scienza del diritto restano indiscusse, assumendo i tratti di una sempre nuova definitività nella storia, come affermazione di validità che non traduce né principi né valori.

La causa di ciò risiede nella *storia* che attraverso il suo trascorrere, pone l'uomo lontano dalla memoria del *principio*³² che motiva e giustifica norme e decisioni. Scrive Pugliatti: «a volte un principio viene enunciato»³³, come accade nelle definizioni o affermazioni che riguardano norme o decisioni, «ma esso è piuttosto dedotto dalla decisione, della quale vuole essere una giustificazione»³⁴, derivandone che ogni atto della normatività è motivato da questa principalità giuridica che ne illumina il senso.

Senza l'attività dell'interpretazione giuridica, volta a motivare attraverso i principi ogni ambito normativo, l'individuo finisce col vedere il mondo come cosa a sé, ponendosi o in una passiva ricezione dei fatti o generando il fenomeno della praticità in senso negativo, ovvero funzionale alla contingenza: è quanto Pugliatti sottolinea a proposito di quanto accadeva ai commissari di Giustiniano i quali – annota Pugliatti – «seppero, molto spesso, dare a queste giustificazioni una funzione pratica: a mezzo di interpolazioni ne alterarono il senso, in modo da alterare, in modo da alterare, di riflesso, anche la portata della decisione»³⁵. In tal modo l'attività dell'interpretazione giuridica diveniva interpolazione, ovvero una tecnica sistematica che non aveva a che fare con il diritto ma si fregiava di esserne parte integrante; e questo accade in quanto la mente, concentrata sui soli fatti, tenuti disgiunti dal pensiero che dà loro senso con gli atti, si pone nella condizione

³¹ Cfr. L. AVITABILE, *Procedure dell'istituire. Procedure dell'osservare. Diritto e ratio giuridica*, Torino, 2013.

³² S. PUGLIATTI, *Giustizia e diritto nella giurisprudenza romana*, cit., p. 61.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

storico-contingente di poter ‘usare’ il diritto e riporlo nella sua fissità grammatico-normativa di modo che «il diritto possa essere sempre uguale a se stesso»³⁶, e così disperdendo la memoria di quella più essenziale originarietà del diritto (principio) che è nella giustizia giuridica.

Memoria e storia del diritto si presentano come dei riflessi condizionati dalle convinzioni imposte, al punto che storia e memoria funzionano come la finzione che rappresenta uno specchio, sul quale si riflettono continuamente una infinità di immagini, che si sovrappongono una all'altra facendo risultare che lo specchio abbia perduto la sua attendibilità; e ciò perché al tecnico delle norme interessa far emergere che «uno specchio graffiato non riflette immagine»³⁷, mentre al filosofo del diritto preme che in queste scalfiture dello specchio risieda una più profonda verità e giustizia che si rivela da questo silenzio di un tempo trascorso, lasciando emergere una storia dimenticata dal «silenzio della saggezza»³⁸ classica ed eterna.

Nella grammatica del diritto, come in quella delle scienze, che posto occupa il silenzio? Che qualità si attribuisce allo stesso? Negativa o positiva?

In prima battuta può dirsi che nel linguaggio, come in quello musicale, il silenzio può costituire un intervallo, una pausa; ma, guardando in fondo, questo silenzio della grammatica, di ogni grammatica, è anch'esso linguaggio, mai afferrabile con i soli strumenti del sapere grammaticale: la grammatica si identifica certamente con la *tèchne grammatikè* intesa come *arte dello scrivere*³⁹ con la quale si insegna – appunto – a scrivere correttamente. In

³⁶ L. AVITABILE, *Procedure dell'istituire, procedure dell'osservare. Diritto e ratio giuridica*, cit., p. 109.

³⁷ E.-L. MASTERS, *Antologia di Spoon River*, Torino, 2010. Cfr. anche G. DELEUZE, *L'immagine-movimento*, cit., p. 80 ss. Cfr. anche sulla questione della coscienza e dello specchio V. FROSINI, *La coscienza giuridica. Ritratti e ricordi*, Torino, 2001, p. 160.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Si osserva sul punto che col termine *gramma* ci si riferisce alla scrittura, alla lettera. Si veda sul concetto di ‘gramma’, L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, Torino, 2004, p. 184.

tale accezione la grammatica rientrerebbe – come annota Pugliatti – nelle «scienze *nomografiche*, nel significato etimologico del termine»⁴⁰, e da essa muove il linguaggio. Grammatica e linguaggio non si identificano, il linguaggio trova una sua prima genesi non nella grammatica, bensì in una coscienza di un non sapere compiutamente delle ipotesi dialogiche che di volta in volta si instaurano tra gli individui e che vanno trasformandosi in quanto è proprio il linguaggio a trovarsi in «una perpetua trasformazione»⁴¹. Il linguaggio supera ogni infuso sapere, intendendo per infusione un processo sistematico di attribuzione di significati e di saperi.

Nella direzione di Savigny, ripresa da Pugliatti, il linguaggio, differentemente dalla grammatica, non è mai dato, stando in «una perpetua trasformazione»⁴², come «pure il diritto»⁴³; anche la grammatica sembra mutare ma la sua è piuttosto una evoluzione meccanicistica, costruibile da dato su dato, da significato su significato, ma non può riguardare le ipotesi di senso dialogico che, riprendendo il lessico di Lacan⁴⁴, risiedono nella struttura costitutiva dei significanti.

Il linguaggio giuridico è leggibile secondo queste considerazioni, chiarendo che una grammatica del normativo⁴⁵ non esaurisce in essa la giustizia come scopo della ricerca; così come una grammatica del politico non può contemplare e/o esaurire in sé la dimensione della politica⁴⁶.

Nella grammatica delle norme e nella costruzione delle parole ‘significate’ nelle norme stesse, non si esaurisce la relazionalità discorsivo-giuridica delle persone perché una grammatica o un segno, una scrittura o una lettera, non concernono mai esplicita-

⁴⁰ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 3.

⁴¹ *Ivi*, p. 9.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ J. LACAN, *Il seminario. Libro XVII. Il rovescio della psicoanalisi*, Torino, 2001, p. 53.

⁴⁵ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 3.

⁴⁶ Cfr. C. AMADIO, *La politica tra arte e tecnica*, Torino, 2003.

mente il discorso delle persone in una *polis*: lo 'stare in una polis' implica che le norme scritte e l'intero diritto positivo vengano incessantemente illuminati dal legame che unisce bellezza e giustizia, nell'armonia del linguaggio dove nessun 'gramma' può dire del bello e del giusto se non costituire un mezzo per attivare la loro ricerca.

Nello studio *Grammatica e diritto* emerge che *termine* e *concetto*⁴⁷ sono modi espressivi che finiscono per coincidere, soprattutto se e in quanto strumenti della scienza giuridica intesa da Pugliatti – secondo questa critica – come «sapere organizzato metodicamente e sistematicamente»⁴⁸, e quindi mera esperienza di datità.

Sono queste riflessioni sul sapere giuridico, tese ad una critica da cui derivi fecondità, che portano Pugliatti – forse anche indirettamente – a compiere uno 'scavo' che gli consente di scorgere e non tralasciare lo studio del diritto romano e dei classici, dimensioni di studio che lo portano all'affermazione che la giurisprudenza è «una illuminata empiria, sorretta da un eccezionale senso del giuridico, agevolata da una naturale capacità di intuizione, e volta soprattutto a fondare il *diritto*, piuttosto che la *scienza* del diritto»⁴⁹, mostrando così l'intento di voler indagare filosoficamente una genesi costitutiva del diritto, affrontando una riflessione sul rapporto tra diritto e tempo e tra diritto e linguaggio, con il riferimento alla storia, chiarendo che «quello che si dice diritto si può dire che è storia»⁵⁰.

Con lo studio del diritto romano, mutuato da Savigny, Pugliatti muove verso un'indagine filosofico-giuridica rivolta ai principi del diritto che, costituendo la giustificazione/motivazione degli ambiti normativi, devono essere in grado di offrire costanti contenuti di giustizia e non restare delle categorie generali. A proposito dei principi enunciati in Ulpiano, Pugliatti nota che questi «si rifà al concetto aristotelico della giustizia distributiva ...: la di-

⁴⁷ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 33.

⁴⁸ *Ivi*, p. 196.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ivi*, p. 66.

istribuzione aristotelica secondo il merito diviene in Ulpiano '*jus suum*'»⁵¹ che però, ridotto al «*suum tribuere*, perde ogni valore specifico»⁵², riconducendo ad una dimensione aritmetica del diritto secondo le «dottrine pitagorica e aristotelica»⁵³.

Anche da qui si avviano le riflessioni di Pugliatti sul concetto e problematiche circa il diritto di proprietà, attraverso un'attenta riflessione sui concetti giuridici in quanto connessi all'uso che si delinea nel tempo, nella sede e nella storia del diritto, non tralasciando il problema che investe anche la sfera pubblicistica del diritto, indagando la dimensione del *suum* e quella del *communis*.

Queste due dimensioni sono poste in discussione nell'indagine sui rapporti giuridici intersoggettivi della persona per i quali si fa essenziale il concetto di 'rapporto' come intersoggettivizzante gli animi e gli intenti, nel coniugare la sfera privatistico-individuale con quella pubblicistico-universale, rinviando la discussione al rapporto individuo-individuo e individuo-individui nella dimensione costituzionale considerata ancora espressione di una *regola originaria in disciplinando*.

Pugliatti, in tal senso, innova sostanzialmente la tradizione sistemica post-napoleonica dei rapporti di proprietà, fondati sulla tutela dell'interesse privato nella dimensione dei diritti assoluti: in uno studio sull'ordinamento corporativo e il codice civile⁵⁴, viene affrontato un metodo del tutto estraneo all'alternativa tra irrazionale apologetica e geometria concettuale e si riferisce agli *spazi* che venivano *aperti*, per una ricostruzione del sistema (ordinamento), quali innovazione rispetto ai canoni tradizionali della scienza giuridica privata; sostenendo, in sostanza, che il diritto privato non può considerarsi estraneo alle pulsioni programmatiche del diritto in generale, allora racchiuse nella Carta del lavoro, vista, in tal senso, come una costante tutela dei diritti dell'uomo.

Le teorie fondamentali del diritto, conservate nelle carte e nei corpi normativi, presentano un'attenzione al singolo (alla singola-

⁵¹ ID., *Giustizia e diritto nella giurisprudenza romana*, cit., p. 63.

⁵² *Ivi*, p. 64.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ ID., *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, in "Rivista del diritto commerciale", I, 1942, p. 358 ss.

rità) soltanto apparente, costruendo con le formule una preminenza fittizia del diritto e dei diritti degli 'io' rispetto alle norme. I diritti dell'uomo nei quali risiederebbe più costitutivamente l'istanza di giustizia sono ridotti a diritti fondamentali in cui ogni uomo non esercita più la pretesa di uguaglianza nella diversità, bensì si trova ed essere uguale in quanto anch'egli oggetto delle stesse norme.

Pugliatti ha chiara questa visione drammatica che pone a rischio il rapporto tra giustizia e legge, non più tutelabile con la dimensione del *logos* nel *nomos*, e, riprendendo le tesi di Savigny secondo cui il soggetto nel quale e per il quale il diritto positivo ha la sua esistenza è il popolo⁵⁵, afferma il primato della singolarità dell'io sviluppando il pensiero di Savigny in questa direzione: è vero che Savigny sostiene che il diritto vive nella coscienza comune del popolo⁵⁶ ma – aggiunge Pugliatti – il diritto “non è creazione dei singoli individui dai quali il popolo è costituito”⁵⁷.

Si tratta di riconoscere al diritto una genesi costitutiva più alta, capace di riferirsi alla dimensione giuridico-esistenziale oltre ogni piano della legalità sformante; e a sformarsi sono la giustizia, ridotta al legale, e il diritto definito legge.

È presente un recupero del diritto a partire da un livello concettuale di giuridicità che ha luogo nella giustizia. Se da un punto di vista codicistico, ad esempio civile, vi è un dovere di *solidarietà* e di *correttezza* tra debitore e creditore, è anche vero che tale dovere non ha fonte in un obbligo normativo ma si riferisce ad una dimensione spirituale di consenso e dissenso universalmente intesi, appunto secondo uno spirito di comunanza, spirito popolare (*Volksgeist*).

Afferma Pugliatti che «il diritto è indipendente dal caso e dal libero arbitrio degli individui così come ... la lingua»⁵⁸ e questa indipendenza non si legge quale autonomia, bensì come assenza di assoggettamento alla forma che nelle «espressioni giuridiche ...

⁵⁵ ID., *Grammatica e diritto*, cit., p. 8. Pugliatti cita espressamente G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, cit., pp. 67-68.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

è da intendere come l'aspetto esteriore sensibile»⁵⁹; mentre la dimensione del linguaggio, come la singolarità di ogni uomo, non si lascia cogliere da alcuna di queste forme della fissità sensibile. L'indipendenza da casualità e libertà non-responsabile (arbitrio) porta in luce le dimensioni giuridiche di consenso e dissenso, afferenti lo spirito, prima che declinazioni normative, e questa spiritualità che avvolge le intenzioni consenzienti o dissenzienti muove *dal e nel* linguaggio giuridico in quanto «è il linguaggio la prima aurora di ogni coscienza comunitaria in generale»⁶⁰.

Il riferimento al linguaggio in rapporto ad una dimensione comunitaria, consente la riflessione sul concetto di comunità che, in Pugliatti, compare come argomento speculare all'espressione 'popolo', tanto che l'autore si esprime dicendo che il diritto «vive nella coscienza comune del popolo»⁶¹ ma – avverte – «non è creazione dei singoli individui»⁶². L'espressione potrebbe indurre a ritenere che si assegni alla singolarità una condizione secondaria nel rapporto tra diritto e storia o tra lingua comune (di popoli) e singolarità del dire e del dirsi⁶³. E questa secondarietà dell'individuo sembrerebbe emergere, seppure solo in superficie, nelle opere più giovanili di Pugliatti, dove in realtà si registra una sorta di indiretto assoggettamento dell'individuo alla situazione sistematica delle diritto e delle sue strutture.

In realtà, però, l'espressione *il diritto non è creazione dei singoli individui* chiarisce e giustifica che la sfera della singolarità, ancorata alla diversità dei singoli casi particolari, non può prescindere dal rinvio alla universalità del diritto, al punto che – continua Pugliatti – «è, invece, lo spirito popolare (*Volksgeist*), vivente ed operante universalmente in tutti gli individui, quello che genera il diritto positivo»⁶⁴, aprendo così alla seconda parte dei suoi

⁵⁹ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, p. 73.

⁶⁰ E. CASSIRER, *Tre studi sulla 'forma formans'*. *Tecnica – Spazio – Linguaggio*, Bologna, 2003, pp. 128-129.

⁶¹ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 8.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ B. ROMANO, *Male ed ingiusto. Riflessioni con Luhmann e Boncinelli*, Torino, 2009, p. 156.

⁶⁴ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 8.

interessi di studioso, quella dove la dimensione del *comune* è legata alla giurisprudenza come praticità che promana dal caso di ogni singolo individuo.

Dunque, l'espressione *il diritto è indipendente dal caso* significa che il diritto non è consegnato alla casualità di una contingenza storica, e nemmeno a quella di una aspettativa arbitraria del singolo, ma sempre rinviante alle singole peculiarità, se e in quanto immesse in una dimensione di universalità dei principî giuridici che 'accomunano' l'umanità. È in questa dimensione di comunità, universalità, in una parola 'popolo', che il singolo individuo ha 'ragione' giuridico-esistenziale. È così che in Pugliatti a presentarsi 'fondamentali' non sono più le sole strutture del diritto; bensì diviene fondamentale, nel senso di principale, il motivo per il quale il soggetto è tale 'davanti al diritto e alla legge': il popolo⁶⁵.

Compare proprio qui il riferimento, anche se indirettamente, al 'motivo' della singolarità, la dimensione questionante sull'io, potendosi leggere queste riflessioni nella direzione che l'indipendenza del diritto dal singolo è espressione impiegata per accendere un faro sulla dimensione della inter-dipendenza tra i singoli, e quindi la riflessione sugli altri: diviene questa la ragione, il motivo appunto, secondo la quale il soggetto coincide con (è il) popolo perché il diritto vive nella coscienza comune del popolo e non finisce mai per coincidere con l'essere creazione dei singoli individui che, invece, costituiscono il popolo⁶⁶.

Le considerazioni su comunità-comunanza-popolo rinviano alla riflessione sul bene comune⁶⁷ che, nella visione di Pugliatti, rappresenta la sponda opposta alla *res privata*, invasa dalla «forma normativa»⁶⁸ che può arrivare a comprimere e sacrificare la dimensione del bene comune.

In Pugliatti è proprio a partire dal *suum* che può aversi uno sviluppo del diritto di proprietà⁶⁹ e dal quale sviluppo si accede

⁶⁵ *Ibidem.*

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ G. PERTICONE, *Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2012, p. 130.

⁶⁸ L. AVITABILE, *Cammini di filosofia del diritto*, Torino, 2012, p. 99.

⁶⁹ Cfr. S. PUGLIATTI *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964.

all'evoluzione – anche di tipo economico – della *scienza giuridica*, nel trapasso dalla civiltà borghese-capitalistica alla civiltà post-industriale; e lo scontro che si evidenzia in questo passaggio sollecita la riflessione filosofico-giuridica in quanto si apre alla necessità di una soluzione di equilibrio (giuridico, politico ed economico) fra interesse privato e interesse pubblico, tra *suum* e *bonum communis*, alla gestione dei beni e delle risorse del popolo, ovvero universali, secondo il principio costituzionale e universale della funzione sociale, contemplativa di uno stare uniti *inter partes* e *inter omnes*, espressione di quel medesimo diritto detto 'di proprietà' per mezzo (*ratio per quam*) di una *res semper publica*.

Nelle riflessioni sul diritto romano di Ulpiano, Pugliatti lascia emergere una critica nei confronti di «distinzioni meramente quantitative ... nozioni incerte»⁷⁰ e che dominano il diritto secondo definizioni prive di motivazione giuridica, come l'affermazione «il diritto civile si ottiene aggiungendo o togliendo qualcosa dal diritto comune»⁷¹, della quale Pugliatti denuncia la vuotezza di contenuti in quanto il passo ha «la forma di una definizione, rimaniamo nel vago e nell'indeterminato»⁷² derivandone solo un passaggio quantistico tra *ius proprium* e *ius commune*. Si vedrà, poi, come Pugliatti muoverà proprio da questa 'indeterminazione' l'intera attività dell'interpretazione giuridica.

Si tratta di poter annotare, in queste riflessioni, una indisponibilità della *res publica*, la sua incommerciabilità, nella chiarificazione della funzione sociale dell'incontro tra i singoli, al punto che questa funzione, proprio perché contemplata dal diritto, che è giustizia, equità, proporzione, non si presenta come sola esplicazione sistemico-funzionale⁷³ di una differenza quantitativa tra portata di un diritto civile e portata di un diritto pubblico, in cui sembra operare una *ratio sine qua non* che costituirebbe il diritto di ogni 'io'; questa critica alla differenza quantitativa descritta è la critica a qualsiasi forma di *Grundnorm* che non contempli un ra-

⁷⁰ ID., *Giustizia e diritto nella giurisprudenza romana*, cit., p. 65.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ N. LUHMANN, *Sistemi sociali*, Bologna, 1991, p. 420 ss.

dicamento originariamente costitutivo del diritto, come può essere quello nell'*Umgreifendes*⁷⁴, rappresentativo della dimensione giuridico-esistenziale dell'essere umano secondo la *singularità* in *comunità* e non secondo le differenze numeriche che si danno da sottrazioni quantitative di quella da questa; operando così una *ratio per quam* in luogo di una *ratio sine qua non*.

Il riferimento all'*Umgreifendes* può qui contribuire a chiarire che il diritto di ogni singolo non è mai oggettivabile, ma costituito da una pluralità di orizzonti che si abbracciano l'uno con l'altro in un continuo rinvio di senso tra gli esistenti stessi, e quindi mai l'uno senza l'altro ma sempre in una sorta di 'tutto avvolgente/abbracciante' esistenziale che contempra «la giustizia non è che la forma universale del diritto»⁷⁵.

Nel diritto è proprio questa singularità dell'io a qualificare l'esistenza con i contenuti degli scopi dei singoli in una comunità, a pretendere di estendere il concetto di funzione sociale⁷⁶ – la cosiddetta causa del contratto (come motivo e ragione della relazione giuridico-esistenziale) – alla sfera della comunità, si dà ricomprendere la ragione del contrattualismo (causa del contratto = funzione sociale) nella sfera pubblicistica ove il rapporto relazionale, che è la relazione intersoggettiva, quindi il diritto, assume e conserva i caratteri universali di una *unità* nella *molteplicità* verso l'«abolizione di ogni molteplicità relativa»⁷⁷ presentata dalla complessità sistemica del diritto.

Se in un primo momento si registra in Pugliatti una elaborazione giuridica speculativa al pensiero sul diritto in quanto sistema, in uno successivo si evidenzia la capacità critica verso la normatività, con attenzione alle problematiche relative alla istituzione e alla genesi della norma giuridica, alle implicazioni inevitabili derivanti dalla teoria normativistica e da quella istituzionalistica ed al

⁷⁴ L. AVITABILE, *Cammini di filosofia del diritto*, cit., p. 99. Per chiarire il concetto di *Umgreifendes*, come riportato da Jaspers nella 'filosofia dell'abbracciante', cfr. anche K. JASPERS, *Della verità* (1947), Milano, 2015.

⁷⁵ S. PUGLIATTI, *Giustizia e diritto nella giurisprudenza romana*, cit., p. 64.

⁷⁶ ID., *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, ora in *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, Milano, 1951, p. 76.

⁷⁷ ID., *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961, p. 12.

relativo dibattito storico che sorge intorno ad esse.

Nella comunità relazionale tra gli uomini è evidente l'influenza del pensiero di Savigny in relazione alla storia, non dovendosi affatto ritenere che Pugliatti mutui da Croce il nesso storia-filosofia: se Croce sostiene che «filosofia e storia non sono già due forme, sibbene una forma sola, e non si condizionano a vicenda, ma addirittura si identificano»⁷⁸, Pugliatti considera la storia come quel «flusso»⁷⁹ problematico e costante in cui si innesta e «rimane innestata»⁸⁰ la scienza giuridica, «tendendo sempre a confluire nella storia»⁸¹, mentre la filosofia è «esigenza critica»⁸² che – aggiunge Pugliatti – «non è senza riflessi nella cittadella del giurista»⁸³; anche se – continua – «il problema della scienza giuridica è quello stesso della filosofia del diritto»⁸⁴ sottolineando così che gli aspetti problematici, tra cui la storia stessa, consentono il dialogo tra scienza giuridica e filosofia del diritto.

Queste posizioni lasciano spazio alle conseguenze ed elaborazioni della teoria crociana dei concetti puri⁸⁵ in riferimento alla scienza giuridica concepita quale 'pseudoscienza' in rapporto alla 'sede' filosofica del diritto: infatti è possibile distinguere, nell'opera di Pugliatti, due momenti coesenziali alla sua capacità di elaborazione, il primo, quello che può dirsi *istituzionale* nel quale si trattano opere giuridiche di divulgazione scientifica, legate al suo insegnamento universitario: gli studi iniziali dell'autore volgono essenzialmente ai problemi legati al diritto di proprietà⁸⁶; da qui

⁷⁸ B. CROCE, *Logica come scienza del concetto puro*, Bari, ed. 1971, p. 184.

⁷⁹ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 112.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ivi*, p. 106.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*. Pugliatti cita B. LEONI, *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, I, Torino, 1945, p. 25.

⁸⁵ B. CROCE, *Lineamenti di una logica come scienza del concetto puro*, Napoli, 1905, p. 63.

⁸⁶ Ci si riferisce nello specifico alle seguenti opere: *Conflitto di interessi tra principale e rappresentante*, Messina, 1928; *Teoria dei trasferimenti coattivi: introduzione generale*, Messina, 1931; *Beni immobili per destinazione e tassa di re-*

muovono verso le *Istituzioni*⁸⁷ che segnano il periodo di produzione ‘istituzionale’, fino ad opere anche postume⁸⁸.

Un secondo momento, evidentemente più maturo quanto all’afferenza alle questioni filosofico-giuridiche, è quello in cui Pugliatti mette a punto non soltanto *spunti metodologici* ma riflessioni sul ‘sistema’ giuridico, partendo da posizioni tardo-crociane, con l’intento di valutare attentamente la scienza giuridica, alla luce delle ‘svalutazioni’ incorse nell’idealismo italiano crociano e gentiliano e con la conseguente apertura al pensiero filosofico sul diritto come scisso dalla scienza propriamente giuridica. Sul punto riporta Pugliatti: «la scienza giuridica è chiamata a comparire al Tribunale della filosofia per difendersi dall’accusa dell’abuso del titolo di scienza»⁸⁹, iniziando da qui ad interrogarsi su quale sia la «fisionomia di questa disciplina»⁹⁰ (scienza giuridica), se filosofia, storia, scienza, tecnica o arte⁹¹.

È questo il nucleo teoretico di Pugliatti e l’ambito culturale in cui emerge come significativa la ‘polemica sui concetti giuridici’ versata in alcuni articoli e saggi⁹² dove Pugliatti rappresenta un ‘delatore di apertura’ di questa *polemica*, con un articolo intitolato *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*⁹³: Pugliatti, in un clima di esaustività delle questioni sul

gistro, Roma, 1932; *Presupposti ed effetti dell’immobilizzazione per destinazione*, Padova, 1932.

⁸⁷ S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile: introduzione, diritto delle persone, teoria dei fatti giuridici*, Milano, 1933.

⁸⁸ Cfr. ID., *I fatti giuridici*, Milano, 1996.

⁸⁹ ID., *Grammatica e diritto*, cit., p. 104.

⁹⁰ *Ivi*, p. 105.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Pugliatti attraversa con questa fase delle sue opere l’intero panorama filosofico-giuridico, ricomprendendo il pensiero di Calogero, Cesarini Sforza e anche giuristi ‘puri’ come Allorio.

⁹³ Pugliatti avviò la polemica sui concetti giuridici con l’articolo *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in “Archivio Giuridico Filippo Serafini”, vol. CXIII, 1935, pp. 158-169, ora in S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica*, cit., pp. 655-666. I principali contributi sono versati nel volume di N. IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, 2004.

concetto, sottolinea l'esigenza di distinguere meticolosamente l'ambito dei problemi di tecnica giuridica da quelli che, invece, presentano un aspetto più propriamente filosofico e che nell'ambito giuridico vanno così avvicinati.

Così può dirsi che il pensiero giuridico di Pugliatti appare 'sistemicamente' ordinato in una serie di primi scritti, racchiusi in *Diritto civile: metodo, teoria e pratica* (1951), dove sono raccolte le sue riflessioni anche metodologiche sulla scienza giusprivatistica; in *La giurisprudenza come scienza pratica* (1950), invece, sviluppa la polemica anticrociana in una direzione filosofica del diritto, finalizzata ad oltrepassare la dicotomia fra dottrina giuridica e giurisprudenza, con apertura alla riflessione sul rapporto tra norma, diritto e interpretazione nel più ampio alveo del linguaggio giuridico.

E a tal proposito Pugliatti scrive: «per la linguistica e la giurisprudenza, si tratta rispettivamente di abbandonare la posizione legalistica e il grammaticalismo puro, non già di rinnegare la funzione insostituibile delle norme»⁹⁴, con lo scopo di «individuare dinamicamente e non staticamente l'origine e il fondamento delle norme cercando di cogliere l'intera attività che significa diritto»⁹⁵.

In questo lavoro vengono affrontati cinque diversi, ma sempre connessi, ambiti speculativi del pensiero filosofico-giuridico: nel primo sono presi in considerazione gli spunti fenomenologici del diritto con una «visione integrale del fenomeno»⁹⁶ che mettono in luce essenzialmente gli aspetti metodologici e teorici delle opere di Pugliatti, per molti versi racchiusi nel già citato *Diritto civile: metodo, teoria e pratica*, il quale raccoglie molti scritti sulle principali tematiche privatistiche, esposte alla luce di una teoria generale della scienza giuridica di pari passo ad un costante questionare sulla concettualità del diritto e la sua normativizzazione.

Nella seconda e terza parte, tra loro speculari e complementari, l'opera di Pugliatti consente muovere verso il raffronto con altri esponenti delle principali teorie sul diritto, soprattutto nel pe-

⁹⁴ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 50.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ivi*, p. 9.

riodo immediatamente successivo all'emanazione della Costituzione, nel quale fu proficuo il dibattito sulla funzione realizzatrice del diritto positivo e sulla necessità di una sua riforma generale, con spunti riflessivi che annotano il passaggio teoretico di Pugliatti da conoscitore e sostenitore di teorie sul diritto, al suo pensiero filosofico-giuridico.

Nella quarta parte, poi, riprendendo anche delle note introduttive, è data una lettura in riferimento alla teoria dell'interpretazione giuridica e a quella della metodologia dell'uso delle fonti, attraversando le principali correnti di pensiero europee, che fornirono un contributo essenziale ad una teoria filosofica dell'ermeneutica giuridica.

Infine, è discusso secondo gli strumenti teoretici dell'autore, sempre nell'ambito del rapporto tra diritto e linguaggio, l'aspetto speculativo che si scorge tra linguaggio giuridico e linguaggio musicale⁹⁷, proponendo il possibile dialogo tra il pensiero di Pugliatti e quello di Bloch che, messi a confronto, consentono di chiarire, attraverso l'interpretazione come dimensione estetica, che le norme, il diritto e la giustizia si presentano come discipline connesse all'arte, molto più che alla tecnica.

Il costante riferimento al linguaggio giuridico e alle problematiche della lingua chiedono di indagare la dimensione dell'interpretazione giuridica come attività imprescindibile e irrinunciabile a qualunque 'sistema' del diritto che si riduca a tanto, poiché l'interpretazione illumina, secondo percorsi storico-valutativi di una lingua, quel diritto chiuso nelle formule del linguaggio 'grammaticato' e sistematizzato, aprendo dalla grammatica normativa alla filosofia giuridica in quella interpretazione che in Pugliatti trova una residenza nell'*indeterminazione*, letta però in chiave non negativa, bensì come impossibilità di determinare la dimensione ermeneutica e possibilità di un 'poter ancora' formare costantemente, in quell'incessante movimento che caratterizza linguaggio e diritto come dimensioni costitutive dell'uomo, che procede verso l'infinito di senso, di vero e di giusto.

Sono grato ai Direttori della collana dell'*Accademia Internazionale di Filosofia del Diritto* 'Sapienza' di Roma per aver accolto

⁹⁷ Cfr. ID., *L'interpretazione musicale*, Messina, 1940.

questo lavoro del quale devo possibilità e contezza di realizzazione – come quella mia di studioso – agli insegnamenti del magistero del Prof. Bruno Romano e quelli della Prof.ssa Luisa Avitabile verso i quali nutro profondo riconoscimento.

I

Del diritto in Salvatore Pugliatti

1.1. *Rilevanza giuridica e rilevanza normativa: storia, scienza e giuridicità*

Il riconoscimento di una complessità della materia 'diritto' è quanto emerge subito dalla lettura dei lavori di Pugliatti. Il diritto si presenta in ogni tempo come quel nucleo relazionale dove convergono le difficoltà 'di sempre', quelle di una quotidianità 'non semplice', attraversata dalla conflittualità di una convivenza non sempre orientata all'accrescimento della ricerca del giusto; quando le discipline politiche e giuridiche si traducono in sistemi di parole e formule, il solo *accrescimento* che la storia dell'uomo registra è quello del potere del più forte, una volta letto come potenziamento dello Stato, ed è il caso dei regimi di rango fascista; un'altra volta, invece, letto come potenziamento di un popolo su un altro, ed è il caso dell'esperienza nazista. Queste esperienze conducono nella storia all'affermazione della scientificità del diritto e dell'ingiustizia, finendo col dover «comparire al Tribunale della filosofia per difendersi»¹,

I percorsi della storia determinano trasformazioni soprattutto nell'ambito del diritto in cui non può che assumere rilievo la considerazione per la quale la «scienza giuridica nasce dalla storia e vi rimane innestata, tendendo sempre a confluire, in perpetuo ciclo, nella storia»², essendo questa un 'dinamico divenire' di fatti, secondo il binario continuo-discontinuo che lo stesso Pugliatti discute.

Potenziamento di Stato e di popolo sono due condizioni di fatto, accavallatesi in ambito storico-politico, che non si deve escludere abbiano inciso sul pensiero giuridico di Pugliatti, e delle quali figure esistono, poi, dei surrogati, delle trasformazioni e similitudini, come il caso dello sviluppo industriale letto col do-

¹ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 104.

² ID., *La giurisprudenza come scienza pratica*, Milano, 1950, p. 58. Ora in ID., *Grammatica e diritto*, cit., p. 101 ss.

minio della tecnica e del mercato sul diritto, e gli altri fenomeni di potere e ingiustizia storica³ che non lasciano residuare nulla di una comunità di uomini e donne che si formano nel processo di vicendevole solidarietà e partecipazione.

La conflittualità, così, muove dalle controversie di senso, che trovano una loro genesi nella presa di atto e di coscienza di un senso non-comune che attraversa la vita e la storia umana, dal più piccolo nucleo di convivenza fino alle aggregazioni più ampie.

Esiste, però, il costante richiamo alla possibilità, alla speranza, al cambiamento, dimensioni che nel diritto e nella storia trovano luogo attraverso l'arte dell'interpretazione e la capacità evocativa di ogni essere umano di riprendere e ritrovare la ricerca di un senso.

Ecco, il diritto è, in Pugliatti, il traduttore di questa esperienza comune in quanto consente l'apertura alla ricerca della possibilità come costitutiva dell'umano, dimensione né cancellabile né archiviabile per mano della scienza giuridica. Questa possibilità è alimentata dalle pulsazioni che provengono da quella dimensione di comunità, che Pugliatti chiama anche popolo, e non sono rappresentate, o comunque non trovano residenza, nelle istituzioni giuridiche, al punto che si vanno distinguendo – e Pugliatti lo sottolinea – due diverse rilevanze, una più propriamente giuridica, come istanza di giustizia, quella del popolo; l'altra, invece, normativa, ovvero assegnata alla formalità del diritto.

Si coglie questa differenza nell'affermazione che «non si possono disconoscere le difficoltà che la rilevanza giuridica della Nazione di fronte allo Stato, e la rilevanza giuridica della costituzione materiale di fronte a quella formale, propongono ai giuristi, e specialmente ai 'puristi' della scienza giuridica»⁴; questi, attenti alla rilevanza normativa, restano incuranti della rilevanza giuridica che, invece, consente di accedere ad un recupero del senso del giusto nella dimensione del legale.

Sotto lo stemma del legale, spesso, restano confusi, assorbiti o esclusi questi rilievi dell'esistenza, e non trovano ragione di ri-

³ B. ROMANO, *Nichilismo finanziario e nichilismo giuridico. Conoscenza e coscienza*, Torino, 2012, p. 82.

⁴ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 89.

specchiarsi, in lettere e intenzioni, in una rilevanza giuridica perché la *rilevanza giuridica* e la *rilevanza normativa* rappresentano due modi diversi di intendere il 'giusto' nel legale.

Il diritto, come fulcro essenziale dell'esistenza e come costante emergenza pratica⁵, è spesso discusso nelle scienze giuridiche in argomenti che attraversano la distinzione tra *elementi* e *lineamenti* del diritto⁶: per i primi, gli elementi, immediato è il riferimento alle costruzioni⁷ teoriche generali del diritto, frutto del lavoro incessante della scienza giuridica: in questo quadro dell'elemento si rintracciano le teorie sul diritto nella possibile distinzione tra teorie sociologiche e teorie giuridiche individuando, così, le teorie dell'istituzionalismo, dello storicismo, del decisionismo, da una parte, e dall'altra le teorie del normativismo, del dogmatismo, dello strutturalismo.

Nei *lineamenti*, invece, si registra un itinerario discutibile sia col filosofo che col giurista in quanto tracciare delle linee non significa assegnare una forma grammaticale o un significato relegabile al sillogismo della grammatica, come accade per gli elementi. Infatti nel diritto l'espressione titolata è ricorrente: elementi di ..., manuale di ..., istituzioni di Ma coi lineamenti si cede il passo alle sollecitazioni che vengono da quella rilevanza giuridica, dove filosofo del diritto e giurista dovranno tener presente che l'individuo tende alla ricerca di una *forma*, e poi di una *formula* idonea alla conservazione della forma stessa; ed anche alla ricerca di una pluralità di forme (ordinamenti) e alle formule idonee alla loro conservazione (normazione dei diritti fondamentali e normazione dei diritti internazionali). E ciò accade in quanto le possibilità rinviati di ogni individuo non sono oggettivabili in nessuna forma fissata da norme o da precetti.

Il pensiero giuridico di Pugliatti lascia emergere una ampia

⁵ Così si è espresso A. FALZEA, allievo di Salvatore Pugliatti, in un incontro presso l'Accademia dei Lincei il 23 luglio 2009, e più specificamente: 'Il diritto nasce da esigenze pratiche'.

⁶ Cfr. sul punto F. MODUGNO, *La dottrina del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*, Torino, 2009 e, sempre F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009.

⁷ C. SCHMITT, *Terra e mare*, Milano, 2002, p. 3.

speculazione kelseniana circa il normativo, dove si innestano però – proprio con Pugliatti – principi fondamentali e linee di giustizia; dove si incontra il carattere della complessità del normativo che pur sempre conserva i suoi *prodromi* nella osservazione sociologica.

Scavando nella società complessa si incontra anche il fenomeno del diritto che difende la propria affermazione tra «forme dei saperi de-territorializzati che possono avviare una trasformazione del carattere di eteronomia del diritto in una diversa accezione da quella tradizionalmente accettata»⁸. È proprio davanti ad una complessità, leggibile anche come molteplicità, che Pugliatti vive l'ansia dell'espansione garantista dei diritti; e pare che più cresca il livello del 'complesso' più l'uomo si presenta *come* uno/soggetto di norme piuttosto che *quale* in-dividuo⁹. Certo, osserva Pugliatti, «sono i rapporti esistenti che esso [il diritto] vuol regolare non quelli che sono soltanto apparenti»¹⁰.

L'apparenza e l'esistenza, a loro volta, segnano il tratto distintivo tra quella che si è nominata come rilevanza formale (normativa) e la rilevanza sostanziale (giuridica): la sostanza, come senso del giusto, ha una sua espansione e chiarificazione ascensionale nell'esistenza, non traducendosi mai a specchio nella apparenza formale dei sistemi normativi.

In questa cornice Pugliatti ha formulato e tentato acutamente di sciogliere a se stesso le seguenti domande che, al contempo, costituiscono delle considerazioni: è un inizio possibile la chiarificazione che «il "diritto" è (fa) parte dell'esperienza dell'uomo? E anzitutto della *esperienza* (umana) *comune*? Il diritto, quindi, specificandosi, di uno dei grandi settori di essa, quali l'esperienza etica, estetica, economica, e, appunto, giuridica ai quali si sogliono riferire non solo fatti (propri di ciascuno di essi) bensì anche (correlativi) *valori* (e criteri di *giudizio*)?

⁸ Così in F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009, p. 7. Sul punto cfr. B. ROMANO, *Terzietà del diritto e società complessa*, Roma, 1998.

⁹ Sul concetto di in-dividuo B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, Torino, 2009, p. 128.

¹⁰ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 198.

Su questa scia l'esperienza giuridica è esperienza comune specificata, vista, cioè *sub specie iuris*, come complesso di fatti e valori che nel loro insieme costituiscono il "diritto"»¹¹?

Emergono i tratti del filosofo e del giurista, che chiariscono l'attitudine filosofico-giuridica nello sguardo alla scienza del diritto, ricorrenti in tutta l'opera, non sempre sistematica, dai temi esegetici, elaborazioni finalizzate al sistema (e quindi maggiormente legate all'insegnamento universitario), alle riflessioni 'ulteriori', sconfinanti nella filosofia 'pura' e nella letteratura, di interesse pari alla riflessione giuridica.

I suoi scritti più propriamente filosofici, però, affrontano problemi 'reali', rivolti proprio a quella rilevanza esistenziale, per questo giuridica, oltre-sistemica si direbbe, propri della riflessione filosofico-giuridica di quel tempo, e la speculazione dottrinale di Pugliatti ha prodotto notevoli influssi sulle principali correnti del pensiero giuridico novecentesco, soprattutto per quanto concerne l'elaborazione metodologica e la riflessione sugli strumenti del gius-privatista. Proprio il primo approccio, in un itinerario di studi sul pensiero giuridico di Pugliatti, è alla proprietà come dimensione giuridica che concorre a qualificare, in un certo senso, la soggettività nella relazione giuridica tra gli individui.

Se si volessero, dunque, formulare ulteriori domande che la riflessione di Pugliatti ha posto all'interprete e allo studioso, esse possono essere le seguenti: può considerarsi scienza la giurisprudenza? Qual è l'oggetto della scienza giuridica? Con quale metodo si determina cosa è il diritto in una società?

Sono le domande che Pugliatti si è posto lungo l'intero arco della sua esistenza di pensatore e di filosofo del diritto. Potrebbe apparire azzardata l'affermazione di filosofo del diritto se non si assume che l'interrogativo tra teoria generale del diritto e filosofia del diritto va letto in una chiave diversa dall'assennata ricorrente distinzione.

Si discute, infatti, nella direzione che il giurista non può archiviare la filosofia del diritto come 'questione' nella quale, si direbbe inevitabilmente, inciampa: il giurista si troverebbe invaso dalla *questione del senso* che richiede la riflessione della filosofia del di-

¹¹ *Ivi* (dal saggio *Spunti metodologici*), cit., p. 219.

ritto come questione esistenziale del giuridico; se, invece, si desse questa eliminazione non potrebbe propriamente chiamarsi giurista; e se, ancora, il giurista si abbandonasse ad una filosofia non conserverebbe alcun senso esistenziale la sua posizione nel diritto (essere giurista). Il dibattito novecentesco su queste domande è giustificato dall'impossibilità di trovare una risposta univoca a quesiti simili che pongono al centro della riflessione l'essenza della scienza giuridica. È questa la ragione per la quale Pugliatti si esprime dicendo che «non si possono disconoscere le difficoltà»¹² del popolo davanti allo Stato, che sono quelle di una costitutività (costituzione) materiale davanti alla costituzione formale.

Il tentativo posto dalla filosofia del diritto contemporanea a Pugliatti, e a cui lo stesso non sfugge, può essere identificato nella volontà di riannodare i temi epistemologici¹³ con quelli filosofici, leggibile come esperimento per gettare i ponti del dialogo fra giuristi e filosofi. Questi tentativi di dialogo si rivolgono a questioni aperte tra giuristi e pensatori – Cesarini Sforza¹⁴, Capograssi¹⁵, Carnelutti¹⁶, Calamandrei¹⁷ – che, in Pugliatti, trovano una lucidità teoretica capace di far confluire nel suo pensiero le molteplici questioni giuridiche, soprattutto dal punto di vista metodologico.

La congiunzione che si vuole riconoscere a Pugliatti rimanda ad un metodo dell'unità¹⁸ nella molteplicità, ad un itinerario dell'armonia¹⁹ metodologica tra scienza del normativo e istanze giuridiche della giurisprudenza pratica.

In quell'ambito culturale il dibattito filosofico si acuisce in

¹² *Ivi*, p. 89.

¹³ Si sottolinea l'*epistemologia* nell'accezione risultante dalle parole greche *episteme* (scienza), conoscenza e *logos* (parola), discorso, può essere considerata una disciplina metodologica che si occupa delle condizioni sotto le quali si può avere conoscenza scientifica e dei metodi per raggiungere tale conoscenza.

¹⁴ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 116.

¹⁵ *Ivi*, p. 105.

¹⁶ *Ivi*, p. 128.

¹⁷ *Ivi*, p. 104.

¹⁸ Cfr. F. MODUGNO, *La dottrina del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*, cit.

¹⁹ Cfr. G. CARCATERRA, *Dal giurista al filosofo. Livelli e modelli della giustificazione*, cit.

conseguenza delle correnti neo-kantiane, neo-idealiste e positiviste che pongono con forza il problema epistemologico e del metodo cognitivo da applicare alla speculazione giuridica: qui Pugliatti affronta tutti i principali temi del dibattito, dal problema della scientificità della giurisprudenza²⁰, nella opposizione che vide protagonisti Julius Ermann von Kirchmann²¹ e Hans Kelsen²², al supposto carattere ‘operativo’ della scienza giuridica, in quanto strumentale all’attività del giudice.

Per il primo la riflessione era rivolta alla mancanza di valori nella giurisprudenza, evidentemente assorbita dal tecnicismo della scienza giuridica. Si coglie con Pugliatti che la riflessione sui valori ha a che fare con quella rilevanza giuridica, mentre nel tecnicismo della giurisprudenza ciò che può avere altrove (in sede filosofica, appunto la polemica sui concetti giuridici) rilievo giuridico, non conta alcunché se la giuridicità invocata non coincide con la normatività, cioè con la rilevanza normativa stabilita dalla tecnica normativa.

²⁰ Nel generale entusiasmo del pieno 1800 per le conquiste della scienza della natura, molti giuristi, che intendevano essere positivisti, come i tempi esigevano, guardarono a tali scienze come a modello anche per la scienza del diritto, senza domandarsi se l’oggetto di questa non fosse per sua essenza così diverso da quelli delle scienze naturali da non poter essere trattato con i metodi di queste. Già nel 1847 però un giurista positivista, proveniente dalla scuola storica del diritto, Julius Ermann von Kirchmann (1802-1899), autore più tardi di una teoria storico-empiristica, aveva pronunciato un celebre discorso, pubblicato l’anno successivo, nel 1869, intitolato *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, il cui titolo è già per se stesso eloquente, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, in cui – basandosi sulla concezione della scienza propria del positivismo – al lavoro del giurista negava il carattere scientifico.

²¹ Cfr. J.E. KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, trad. it. *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, Darmstadt (ristampa) 1966.

²² Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934). Il nucleo della “dottrina pura del diritto” (*reine Rechtslehre*) è per l’appunto l’analisi del sistema giuridico come ordinamento di norme: e l’espressione “dottrina pura” dev’essere intesa nel senso di *dottrina non ideologica*, priva di presupposti morali e valoriali, in un evidente richiamo all’avalutatività. L’oggetto della scienza del diritto, pertanto, è tale per la natura specifica delle norme e non perché si prescrivano modelli o fini da seguire.

In questo contesto, invece, per Pugliatti è imprescindibile il rapporto fra la filosofia e la scienza giuridica, dove il vero nodo problematico è quello proposto dal positivismo che intendeva fermamente, secondo l'insegnamento kelseniano, accreditare il diritto come strumento di soluzione dei conflitti nella società e il ruolo del giurista come interprete tecnico del fatto giuridico.

A tale impostazione avrebbe voluto replicare un giusnaturalismo che però non sembrava in grado di fornire strumenti validi al giurista, sia stato esso 'neo-critico', 'storicistico' o 'neo-scolastico'. Nemmeno le risposte neo-kantiane e neo-idealiste sembravano poter fornire a Pugliatti valide alternative all'impostazione sostanzialmente positivista e normativista della speculazione filosofica italiana: la concezione che i positivisti avevano della scienza era quella suggerita dalle scienze della natura che informavano ad una conoscenza oggettiva di una realtà del tutto indipendente dal pensiero e dall'azione dell'uomo, conoscenza che si attuava nella formulazione di rapporti costanti – tra fatti osservati – o di leggi immutabili.

Questo compito, che è «lo stesso di tutte le altre scienze», «comprendere il suo oggetto, scoprirne le leggi, sviluppare fino in fondo i concetti, riconoscere l'affinità e la connessione delle singole figure, organizzare il proprio sapere in un sistema semplice»²³, Kirchmann voleva venisse assolto dalla giurisprudenza perché questa potesse meritare il nome di scienza, una scienza però diversa da quella naturale, e tale diversità trova una sua chiara giustificazione – come per Pugliatti a proposito del rapporto singolo-comunità – nella presa di coscienza che vi è un terno contrasto tra la legge positiva, rigida, schematica e sistematica, e il diritto così come viene dal popolo; ciò in quanto il diritto non rappresenta solo un sapere, e non si costituisce solo in esso, ma esprime un sentire comune, proprio dell'appartenenza ad un senso comune, appunto universale, e quindi non può essere trattato esclusivamente dalla nuda oggettività della scienza giuridica.

Si fa qui ancora più chiara la questione, ripresa da Pugliatti,

²³ *Ivi*, p. 10.

del *Volksgeist* «vivente ed operante universalmente in tutti gli individui» e «che genera il diritto»²⁴.

Dunque, nell'ambito di questo dibattito le posizioni opposte di Kirchmann e Kelsen sollecitano il pensiero di Pugliatti che, nella direzione aperta da Kirchmann per poi giungere ad originale posizione, sembra poter concordare ampiamente sul vantaggio che può derivare da una diminuzione delle leggi positive intrise di nuda oggettività.

Ma la questione sulla possibilità di una scienza del diritto restava lì, ed oggi, un problema sempre attuale che, però, muta prospettiva quando, nel passaggio dall'Ottocento al Novecento, si concepiranno altre forme di scienza, comportamenti, metodi diversi da quelli della scienza della natura. È un momento in cui è speculare ed esemplare la scoperta di altri tipi di misurazione dei fenomeni: così è accaduto per il metodo Mercalli in riferimento alla natura del terremoto, un metodo che misurava empiricamente la densità sulla base dei danni prodotti; invece, secondo il metodo Richter, diametralmente opposto sia per i presupposti che per le conclusioni, misurando scientificamente l'intensità del terremoto. È un caso in cui ambito empirico ed ambito scientifico non collimano per diversità dei metodi e, maggiormente, per le diverse prospettive dei punti di partenza, che Pugliatti annovera nella questione del *dato*.

In questo passaggio, come descritto, non sfugge a Pugliatti che anche per diritto si ha questa prospettiva filosofico-scientifica, ove si immette il suo pensiero che, pur non negando l'importanza del positivismo giuridico, accoglie l'errore di qualunque assolutizzazione del diritto. A chiarificare questa posizione di 'fertilità del dubbio' si riportano le parole di Waldstein: «non si tratta di una visione logico-sistematica, né di una visione sociologica, nemmeno gli è essenziale l'importanza attribuita al diritto positivo, è decisiva, invece, l'inesatta assolutizzazione riscontrabile ovunque di singoli aspetti»²⁵.

Tra le principali dispute filosofico-giuridiche prevalse, come noto, quella sui "concetti giuridici", cui intervennero, oltre a Pu-

²⁴ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 8.

²⁵ Cfr. K. WALDSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto*, Padova, 2002, pp. 51-52.

gliatti, Cesarini Sforza, Calogero, Jemolo²⁶ e Scarpelli. Proprio questa ultima polemica appare significativa in quanto segnala l'impostazione sostanzialmente crociana della cultura italiana nel dopoguerra.

Pugliatti, però, si distingueva aderendo ad una *concezione fluida* della *scienza giuridica*, proprio in termini di risolutezza riflessiva, una concezione soprattutto, *storicistica*, per quanto tenderà ad allontanarsi sempre di più dal modello crociano e gentiliano. E così, il clima culturale del periodo, soprattutto negli anni Cinquanta e Sessanta (è in questo ventennio, infatti, che si sviluppa principalmente l'interesse filosofico di Pugliatti) fa sì che si discuta, fra le altre cose, del *contenuto e del valore della teoria generale del diritto* che, assieme al rifiorire della dogmatica giuridica, appare come necessario corollario della consapevolezza, mai accolta compiutamente, della crisi definitiva del diritto inteso come ordinamento giuridico completo.

Il problema, sul quale l'analisi di Pugliatti non cessa di insistere è, fra gli altri, quello della *realtà della rappresentazione giuridica*, o meglio della realtà della rappresentazione giuridica così come si inverte nei documenti e nella prassi giurisprudenziale: una questione, evidentemente, di natura realistico-fenomenologica.

Si deve discutere, dunque, sul problema della scientificità del diritto nella questione della identificazione del suo oggetto: è il problema del *testo* innanzi alla (sua) *legge*, entrambi sotto l'ombrello della scienza giuridica ma possibilmente liberati per mezzo di una fluidità giuridico-esistenziale che non trova forma nello schema dogmatico prevalente. In un tutt'uno non si può nascondere la questione del divenire dell'essere che non corrisponde all'evoluzione solo in via positivista ma a quella verso la ricerca esistenziale di un senso in continua formazione, verso il senso della giustizia, con una sorta di fuga «tangenziale verso l'infinito»²⁷. Se non si può parlare di giustizia e diritto alla stessa stregua della matematica e delle scienze altre è perché in Pugliatti si apre l'indagine su *continuo e discontinuo*²⁸ dei quali possono essere consi-

²⁶ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 152.

²⁷ *Ivi*, p. 79.

²⁸ *Id.*, *Continuo e discontinuo nel diritto* (in *Grammatica e diritto*), cit., p. 80.

derate due nozioni: una comune e una filosofica: la prima, prettamente scientifica, «si esprime con le parole: incessante, ininterrotto, senza lacune»²⁹.

La seconda, quella filosofica, registra come continua «ogni grandezza che non è attualmente composta di elementi distinti, cioè che non viene presentata allo spirito con l'intermediazione dei suoi elementi, ma che può ricevere per mezzo di un'operazione dello spirito. Per converso discontinua è una grandezza composta di elementi dati (e non arbitrariamente definiti) per mezzo dei quali essa è costruita nel pensiero»³⁰.

In Pugliatti si scorge sempre la necessità di conciliare e risolvere il problema delle relazioni tra la convenzionale ed oggettiva stabilità del sapere scientifico³¹ e il divenire della storia, dove il passaggio tra storia ed evoluzione³² esige una risposta metodologica che deve prendere le mosse dalla problematicità del sapere filosofico, espressione attuale della capacità di andare, come scrive, al di là «dei condizionamenti immediati del sentimento e dell'operazione e, nel medesimo tempo, della capacità di intendere il giuridico e il politico nella loro connessione con quell'intero che è l'umano»³³.

1.2. *Sistema grammaticale e sistema giuridico: (opera) dell'arte nel linguaggio e nel diritto*

In questa 'crisi del diritto' Pugliatti, soprattutto in *Grammatica e diritto*, indaga le principali correnti speculative del Novecento per giungere ad una 'conclusione' problematica, che è tale come il suo punto di partenza, che la giurisprudenza si esprimerebbe nei

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ ID., *Grammatica e diritto*, cit., pp. 80-81.

³¹ Cfr. S. PALUMBIERI, *L'uomo, questa meraviglia. Antropologia filosofica [vol 1] / Trattato sulla costituzione antropologica*, Roma, 1999.

³² B. ROMANO, *Ricerca pura e ricerca applicata nella formazione del giurista. Diritto e bio-economia*, Torino, 2008.

³³ Così F. GENTILE, *La cultura giuridica contemporanea tra scienza e storia*, in *Diritto e società*, I (1978), n. 3, p. 505.

termini di una scienza formale, sulla falsariga di quanto espressamente sottolineato dalla scuola neo-kantiana. L'approccio di Pugliatti si presenta come problematico, a carattere costantemente critico, al di là delle costruzioni sistemiche scelte agli albori del suo pensiero giuridico.

Si presenta, così, il suo contributo al diritto con una speculazione giuridica tesa alla ricerca filosofica del diritto, ampiamente divulgativa e ispirata dalla didattica universitaria nella direzione di una linea di pensiero spiccatamente filosofica

L'attenzione al problema del linguaggio e alla sua utilizzazione in ambito giuridico, si riscontra, infatti, in *Grammatica e diritto*, dove, dopo la presentazione, intitola il capitolo primo al *sistema grammaticale* e al *sistema giuridico*. Ecco che qui, proprio nelle prime pagine, Pugliatti lascia scorgere ampiamente il suo interesse alle riflessioni sulla lingua intuendo i punti di contatto di queste con la scienza del diritto.

È proprio l'attenzione alle teorie del linguaggio, e nella specie a quello normativo, ed al rapporto di questi con un sistema³⁴, a collocare la figura di Pugliatti nel panorama della filosofia del diritto. Egli inizia ad affrontare il problema muovendo tra i classici e le sue più coeve teorie nella problematica legata al linguaggio e, a tal proposito, afferma che il linguaggio si presenta «come opera dominata da necessità naturale o umana»; ma – Pugliatti – aderisce ad una concezione intermedia secondo la quale «il linguaggio è opera umana ma ne è escluso ogni carattere di causalità e di arbitrarità, essendo esso stesso legge, accordo, convenzione»³⁵ tanto che «il soggetto del diritto è tale [solo] perché è soggetto del linguaggio»³⁶. Oltre che ad una natura propria del linguaggio,

³⁴ L. VON BERTALANFFY, *Teoria generale dei sistemi*, 1968, Introduzione. «Pensare in termini di sistemi gioca un ruolo dominante in un ampio intervallo di settori che va dalle imprese industriali e dagli armamenti sino ai temi più misteriosi della scienza pura». Un approccio orientato al *sistema* è infatti divenuto comune a tutte le scienze e le discipline che trattino di interazioni.

³⁵ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 3.

³⁶ B. ROMANO, *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, Torino, 1999, p. 2. Continua l'autore: «il soggetto del linguaggio è tale perché è soggetto di un riconoscimento che si costituisce nella relazione interpersonale, intesa come domanda rivolta agli altri in una progettualità futura ...». Secondo questa interpre-

Pugliatti è particolarmente attento al rapporto tra la *grammatica*, che ha il compito di concepire il linguaggio giuridicamente, e la *giurisprudenza* quasi che tra le stesse esista un parallelo nel senso che siano entrambe «scienze nomografiche, nel significato etimologico del termine»³⁷. Dalla parte della grammatica si pone l'ambito della istituzione: dalla parte della giurisprudenza si scorge la riflessione filosofica sull'istituto e sulla qualità della relazione giuridica tra istituenti.

Attraversando le questioni *del diritto* (giustizia) e *sul diritto* (istituzioni e norme) – passando per la norma, il metodo, il sistema, la logica, la storia, e quant'altro offre il pensiero di Pugliatti – e fino a quelle più specifiche sul linguaggio giuridico, si giunge a comprendere il motivo per cui Pugliatti si esprime dicendo che «in ogni tempo le riflessioni sulla lingua hanno presentato punti di contatto colla scienza del diritto»³⁸. Ciò accade perché Pugliatti riflette un aspetto interessante della grammatica, e di quella di ogni lingua, partendo dalla considerazione per la quale essa è permeata da «una concezione giuridica, alla quale la grammatica attinse quel compito normativo, di cui mai è riuscita a liberarsi interamente»³⁹. In questo modo Pugliatti ha ben chiaro davanti il quadro della forma istituzionalizzata della lingua e paragona questa forma alla forma a quella del diritto, rendendo possibile tradurre quanto istituzionalizzato con quanto fissato. Ma per Pugliatti gli elementi fissi del linguaggio e del diritto non traducono nulla, né del primo né del secondo, semmai forniscono ad entrambi il riferimento di una forma legale mai superabile, ma in essa non si dà certamente alcuna definizione del linguaggio e del diritto. E ciò accade – osserva Pugliatti – perché «il riferimento alle 'regole', a proposito della grammatica, polarizza una assai diffusa *opinio communis*»⁴⁰.

tazione della soggettività, il linguaggio, la relazione e la temporalità si coappartengono, costituendo l'esistenza stessa dell'uomo.

³⁷ A. LEVI, *Diritto e linguaggio*, ora in *Scritti minori di filosofia del diritto*, Padova, 1957, p. 57 (lo scritto è del 1931 e fu pubblicato in quell'anno negli Studi Filosofici-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio, p. 44 ss.).

³⁸ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 3.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

Questo riferimento ad una scientificità della grammatica, come indice di certezza logica di quanto istituzione di una lingua, compare – riporta Pugliatti – già nel *Cratilo* di Platone, dove in relazione ai termini *φύσις*, *νόμος* e *ομο-λόγος*, ci si chiede se il linguaggio abbia una genesi nella necessità naturale o umana: nel primo caso si specifica nella natura e ad essa appartiene; nel secondo, invece, si chiarifica nel *νόμος*, aprendo così a più elevate considerazioni sulla natura fluttuante e inoggettivabile del linguaggio.

Per Pugliatti, però, sembra valere una concezione intermedia, ma con degli accorgimenti. Infatti, quando si è accennato ad una genesi del diritto si è detto chiaramente che Pugliatti ammette che lo stesso «non è creazione dei singoli individui»⁴¹ e ciò per sottolineare che la sfera della singolarità, ancorata alla diversità dei singoli casi particolari, non può prescindere dal rinvio alla universalità del diritto, riconoscendo, seppur indirettamente che il diritto afferisce la universalità dell'esistenza umana, e che – continua Pugliatti – «è, invece, lo spirito popolare (*Volksgeist*), vivente ed operante universalmente in tutti gli individui, quello che genera il diritto positivo»⁴².

Dunque, il diritto non si contiene in alcun sistema in quanto la comunità popolare non è sistematizzabile, e ciò in quanto a mutare sono, primo tra tutto, il linguaggio che, come ogni individuo nella sua singolarità, non si lascia cogliere come accade per gli oggetti; e poi le consuetudini, i costumi, le tradizioni, etc., tutte dimensioni che lasciano emergere il rapporto costante, sottolineato anche da Pugliatti, tra diritto e tempo.

In questo contesto il linguaggio giuridico non dimora né in un sistema grammaticale né in un sistema giuridico, ove quest'ultimo, per di più, poggerrebbe sul tipo del primo.

C'è comunque da intendere, come è possibile secondo gli strumenti offerti dall'autore, quale sia la soluzione intermedia per Pugliatti: anzitutto egli riconosce che il linguaggio sia un'opera⁴³,

⁴¹ *Ivi*, p. 8.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ivi*, p. 3.

e pertanto come opera è creazione dell'uomo; ma tutte le opere dell'uomo, in parte di esse, già vivono in natura, nel senso che in natura vi è quantomeno parte costituente delle stesse. Insomma tratterebbesi comunque di una fusione tra materia e spirito, il cui grado di bellezza estetica risiederebbe sia nella intuizione più alta dello spirito sia nell'impiego della possibile migliore materia.

Se questo può valere sotto un profilo oggettuale, certo non ha rilievo davanti alla soggettualità. Tuttavia, stando a quanto detto in Pugliatti sulla genesi del linguaggio, ovvero che esso è anzitutto un'opera, può ben dirsi che questa considerazione sul linguaggio valga anche per il diritto, e infatti vale a dire, appunto, che il diritto è un'opera e, come tutte le opere, conserva – e presenta ad ogni osservazione – una capacità evocante, proprio come il linguaggio, quanto di più tipico, oggettualmente e soggettualmente, dell'arte.

E proprio questa lettura sollecita il senso di quanto l'autore intende comunicare: il linguaggio, come il diritto, *non è creazione dei singoli individui*, ma è *vivente ed operante universalmente in tutti gli individui*⁴⁴; e per questo è il popolo, cioè la comunità, a generare in tal senso il diritto e il linguaggio in un incessante reciproco rapporto costituito dal domandare e rispondere dei singoli, garantendo il fluire giusto della storia delle ipotesi dei dialoganti, assegnando (parlare-istituire) e giudicando (riconoscere-osservare), in una sfera protesa all'infinita, oltre ogni grammatica e legalità.

Infatti si coglie chiaramente la collocazione del linguaggio nell'alveo delle opere, coincidente proprio con l'attività dell'operare: Pugliatti prima riflette se il linguaggio – e per quanto detto il diritto – sia opera dominata dalla natura o dall'umano⁴⁵; poi sceglie un via mediana, più virtuosa per definizione, ma comunque pre-gna di rigore teoretico per quanto attiene ad una genesi del linguaggio e del diritto. Nella scelta di una via mediana l'autore, però, lascia che il termine 'opera' resti fermo sia nella prima ipotesi (dominio della natura) sia nell'altra (dominio dell'uomo), e continua: «il linguaggio è opera umana ma ne è escluso ogni carattere

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ *Ibidem.*

di causalità e di arbitrarietà, essendo esso stesso legge»⁴⁶; sembra, dunque, optare per un dominio dell'uomo quanto alla creazione del linguaggio, ma in realtà e al contempo sottrae all'uomo questo dominio escludendo ogni carattere di arbitrarietà e di causalità. In pratica resta esclusa ogni legge di causa-effetto (natura) e ogni puro arbitrio del singolo, riconnettendo la ragione di ciò al fatto che esso è legge.

La legge è ciò che lega (*lex*) gli uni agli altri e mai un io a se stesso, costituendo così essa stessa la genesi della relazione giuridica umana e dell'esistenza del singolo nel mondo. Da qui il passo all'apertura verso la ricerca della giustizia è agevolato dal costante rinvio al *principio solidale*⁴⁷ che, a sua volta, torna a costituire una genesi, quella della legalità normativa

Sotto la parola legge, in tal caso, vanno ricondotti i concetti di accordo, convenzione, etc.; ma, tuttavia – avverte Pugliatti – «la grammatica non fa altro che stimolare»⁴⁸ una trasformazione delle convenzioni, consce o inconsce, che si strutturano in essa, «in un sistema ordinato di convenzioni consapevoli»⁴⁹ che, però, se non attraversate dal filtro della storia dell'uomo, portatrice della singolarità dei casi, non è altro che un insieme sistematico di segni o di suoni pronunciati quando i segni vengono letti. Non residua nulla, quindi, dell'articolazione dei segni, che è il movente del senso del parlare e del dirigere la parola all'altro, che nel diritto è un'arte che si esercita nell'argomentazione giuridica tesa alla ricerca del vero e del giusto. Queste due dimensioni costituiscono il nucleo dell'esistenza umana, rendono possibile che all'uomo, rispetto agli altri viventi, non necessiti solo un insieme di segni, suoni o gesti inarticolati⁵⁰.

Nel linguaggio giuridico associare un segno all'altro significa restare ancorati ad una struttura sistemica del diritto, e le varie attribuzioni e specificazioni risultano il prodotto di un'operazione

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ G. LA PIRA, *Principi*, Firenze (1939), 1975, p. 43.

⁴⁸ *Ivi*, p. 4.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ W. VON HUMBOLDT, *La diversità delle lingue*, Bari, 1991, p. 48.

tecnica che si spiega scientificamente nell'ambito di appartenenza normativa; invece la congiunzione di senso tra un segno all'altro è capacità riservata al solo essere umano, unico soggetto del diritto che «è tale [solo] perché è soggetto del linguaggio»⁵¹, capace di giungere a questo proprio attraverso l'attività critica di interpretare, argomentare e giudicare un fenomeno non in base ad un sistema grammaticale del normativo bensì nella direzione di uno scorgere oltre il dato grammaticale che la norma stessa può solo rappresentare se non illuminata da un artista della ragione giuridica.

1.3. *La questione della datità come fissità: sistema, diritto e linguaggio*

La questione di una *struttura del diritto*⁵² pone in risalto due momenti vitali del mondo giuridico: uno è quello di una *morfologia della prassi* incentrata su un complesso di strutture che, con l'attuazione della volontà, concretizzano (*naturaliter datur*) una concretezza della prassi secondo cui il diritto si presenta – appare, appunto – una realtà di fatto delle azioni umane e delle relazioni tra tali azioni; una sorta di coscienza prasseologica.

Ma prima ancora dell'aspetto morfologico – che si avrà modo di percorrere anche in seguito – si affaccia nell'esistenza giuridica un sentire diverso (*propter naturaliter non datur*): l'agente giuridico (giurista come artista della ragione, operatore giuridico, filosofo del diritto), posto di fronte ad una giuridicità, per così dire 'concreta', avverte un qualche brivido che scopre quell'io dal caldo riparo delle rassicuranti 'coperte' della dogmatica. Queste, appunto, coprono, lasciando ignoto l'esterno costellato dalle pul-

⁵¹ B. ROMANO, *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, Torino, 1999, p. 2. Continua l'autore: «il soggetto del linguaggio è tale perché è soggetto di un riconoscimento che si costituisce nella relazione interpersonale, intesa come domanda rivolta agli altri in una progettualità futura ...». Secondo questa interpretazione della soggettività, il linguaggio, la relazione e la temporalità si coappartengono, costituendo l'esistenza stessa dell'uomo.

⁵² V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1962.

santi pressioni, come le mura che racchiudono la città dell'era ancora non moderna, che lasciano vivere il cittadino nell'ansia e timore di quanto fuori dalle mura accade come ignoto ed imprevedibile.

La sua coscienza, dunque, dovrà aprirsi al mondo, maneggiare le armi della riflessione e della critica, non appagarsi del comodo accertamento notarile delle decisioni legislative e delle massime giurisprudenziali. La coscienza di questo individuo diviene, dunque, «coscienza nomologica»⁵³, giuridica e riflessiva. In questo passaggio l'*homo iuridicus* ripercorre i fatti della storia, i dati di questa, le società che attraversano l'esistenza, la incrociano tra forme formate e ribellioni costruttive ad una qualche formalità della storia degli uomini.

Questo ripercorrere la storia impegna la riflessione giuridica a costatare che la distinzione dell'uomo dagli altri animali non si dà nel solo fatto che lo stesso è un «essere vivente in una comunità politica» che implica la relazione intersoggettiva, ma perché [tale essere] «possiede il senso del giusto e dell'ingiusto»⁵⁴. È questa la chiave di lettura che indica una giustificazione esistenziale nella ricerca di senso, a partire anche dal testo della legge (di un popolo), che dalla lingua ai costumi, alle tradizioni, riflette, in un tutt'uno, la storia,

Sul punto Pugliatti ripercorre il pensiero di Savigny, appartenente alla cosiddetta scuola storica del diritto, il quale si propose di identificare il soggetto «nel quale e per il quale il diritto positivo ha la sua esistenza»⁵⁵, con il popolo. Il diritto vive nella coscienza comune del popolo, ma non è creazione dei singoli individui, dai quali il popolo è costituito. È invece lo *spirito popolare* (*Volksgeist*)⁵⁶, vivente ed operante universalmente in tutti gli individui, quello che genera il diritto positivo. Il diritto è dunque

⁵³ ID., *La coscienza giuridica. Ritratti e ricordi*, Torino, 2001, p. 3.

⁵⁴ ARISTOTELE, *Politica*, L. I, cap. 2, cpv. 11.

⁵⁵ F.C. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (*Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*), Heidelberg, 1814, p. 42.

⁵⁶ G. W.F. HEGEL, *Lezioni sulla filosofia della storia*, trad. it., Firenze, 1947, p. 43 ss.

indipendente dal caso e dal libero arbitrio degli individui, così come gli usi della vita sociale e soprattutto la lingua, in cui si riscontra la stessa emanazione dello spirito popolare.

Scrivendo Pugliatti, citando Savigny, «dappertutto, dove gli uomini vivono in società essi stanno in una comunanza di rapporti intellettuali che dall'uso di una lingua comune vengono attestati, rafforzati e sviluppati»⁵⁷. Del resto, già in Savigny è sviluppato un orientamento sistematico: così come lo spirito⁵⁸ popolare crea il diritto che è espressione dell'essere proprio di ciascuna comunità così esso crea la lingua di una comunità la quale cementa e vivifica i rapporti tra gli individui che la compongono⁵⁹. «Lo spirito nella storia è un individuo che è di natura universale, ma che è determinato, cioè, in generale, un popolo; e lo spirito con cui abbiamo a che fare è lo spirito del popolo (*Volksgeist*)»⁶⁰. Ripen-

⁵⁷ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 8. In tal senso cfr. W. VON HUMBOLDT, *Scritti filosofici*, a cura di G. Moretto e F. Tessitore, Torino, 2004, p. 726 ss.

⁵⁸ Cfr. V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1998.

⁵⁹ W. VON HUMBOLDT, *Scritti filosofici*, cit., p. 726 ss.

⁶⁰ G.W.F. HEGEL, *Lezioni sulla filosofia della storia*, trad. it., Firenze, 1947, p. 43 ss. Appare di notevole importanza definire, almeno per il momento storico in cui sono stati considerati, i concetti adoperati nelle elaborazioni filosofico-giuridiche. Così è d'uopo avvertire che in quest'opera Hegel considera il *Volksgeist* come concetto empirico-psicologico. Come per dire, più propriamente, che l'io conosce del fatto di essere, al contempo, popolo (non-io) e ne ha anche coscienza. Comprendere il concetto di *Volksgeist* significa anche comprendere il concetto, in esso racchiuso, nella sua storicità-identità storica, di diritto. Ciò appreso la scienza del diritto non ha come problema quello di dire la verità del diritto (dell'eticità, dello Stato etc.) ma di fornire forma razionale a questo contenuto *dato*. Certamente c'è un rapporto di contraddizione fra il diritto universalmente noto, o meglio, concepito, e la forza del pensiero libero che vuole comprenderlo razionalmente e non accettarlo passivamente. È qui ogni apertura ad una sistematicità continua del diritto, come intesa da Pugliatti, laddove i concetti adoperati per la definizione degli istituti giuridici non asservono a pseudoelaborazioni degli stessi ma sono puri concetti che il pensante deve ritenere come tali nel momento in cui li usa. Del resto gli stessi promanano dal dato storico che deve avere il suo riconoscimento in ogni valutazione giuridica. È in questo senso il supremo e nobile esercizio del pensiero, cui era appassionatamente dedito Pugliatti, un esercizio che si confà ad un meccanismo di volontà di comprensione razionale secondo sistematicità valutativa.

sando criticamente questa intuizione hegeliana, e le argomentazioni intorno al concetto di *Volksgeist*, Pugliatti afferma che le «parole sono i veicoli del pensiero e delle idee, o, se si vuole, l'incarnazione di essi, ma si deve evitare il rischio di ridurle a larve o fantasmi, e di scambiare codeste vuote forme per realtà (culturali).

Può infatti accadere (e comunemente accade), che *una data concezione (Konzept)* pervenga a maturazione ed entri in circolazione, prima che un correlativo termine particolarmente efficace e sintetico venga coniato. In altri termini, la storia culturale, non prescindere dai termini verbali, specie da quelli che acquistano uno spiccato carattere tecnico ed una funzione emblematica, ma soprattutto si occuperà delle diverse concezioni, per ricercarne la genesi e la diffusione, i rapporti, le analogie, le filiazioni. Non ci si può fermare, dunque, alla identificazione delle differenze verbali e terminologiche; ma, correlativamente, non ci si lascerà ingannare da analogie apparenti o da corrispondenze parziali»⁶¹. E ciò tenendo costantemente presente che una qualche forma di equivocità non è mai essenzialmente *dal* o *nel* concetto, ma afferrisce la parola.

L'attenzione rivolta all'opera di Savigny, spiega e conferma la riflessione filosofica di Pugliatti chiarendo che la questione del linguaggio non può prescindere dalle considerazioni del *dato storico* in ogni esercizio del pensiero, sia esso proteso a se stesso o applicato ad una scientificità come il diritto.

Questo ancoramento al dato storico giustifica il richiamo a Savigny perché lo stesso si distinse, nella ricerca di quel tempo, per l'importanza da lui attribuita alla storia, veicolo per la formazione delle nazioni e del diritto, attaccando in maniera veemente le codificazioni contemporanee e approvando, invece, le consuetudini locali come vera espressione del diritto.

L'attenzione alla storia manifesta interessamento alla *tradizione* che, in parola, «si produce e stabilisce col mutarsi non repentino, ma lento e successivo delle generazioni»⁶².

⁶¹ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 11.

⁶² F.C. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, cit., p. 44.

Si deve riconoscere, sulla scorta delle riflessioni di Pugliatti, che le scelte valutative che si succedono nel tempo⁶³ fondino, e quindi influenzino, la *semiotica*⁶⁴ stessa dei discorsi giuridici di qualunque tipo, cioè determinino la loro fondamentale struttura semantica e sintattica e quindi siano necessariamente propri sia della dogmatica che della teoria del diritto. In questo contesto, può dirsi che il linguaggio giuridico presenti differenze importanti sia dal linguaggio ordinario basato sulla lingua naturale, sia dai linguaggi artificiali⁶⁵ delle scienze. Per questo alcuni concetti tipici della analisi linguistica degli uni o degli altri vanno applicati al diritto con grande prudenza, tra essi il concetto stesso di *utente* e la coppia *lingua/discorso* (tutti concetti permeati da valenze normative).

Per questo, secondo Pugliatti, l'analisi semiotica dei linguaggi o discorsi (giuridici) a qualunque livello, teorico, dogmatico e operativo, deve essere integrata da una analisi della loro dimensione pragmatica, intesa come parte integrante della loro semiotica, una pragmatica che comprenda alcune delle regole linguistiche specifiche che costituiscono un linguaggio o discorso, o lingua, giuridico per quello che è; e quindi contribuiscono potentemente alle scelte normative insite in qualunque attività giuridica e anche nella descrizione del diritto *come è*.

Il 'come'⁶⁶ apre alla *questione modale* che è propria, prima an-

⁶³ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit.

⁶⁴ Si sottolinea la *semiotica* nell'accezione di disciplina che studia i segni. La stessa denominazione della disciplina deriva dal termine greco *semeion* che significa "segno". Considerato che il segno è in generale "qualcosa che rinvia a qualcos'altro" (per i filosofi medievali '*aliquid stat pro aliquo*') possiamo dire che la semiotica è la disciplina che studia le manifestazioni della significazione e della. Per significazione infatti si intende ogni *relazione* che lega qualcosa di materialmente presente a qualcos'altro di assente. Ogni volta che metto in pratica o uso una relazione di significazione allora attivo un *processo* di comunicazione. Le relazioni di significazione definiscono il *sistema* che viene ad essere presupposto dai concreti processi di comunicazione. Il *segno* nella semiotica del testo viene inteso come l'elemento minimo di rimando. Si intende per studio del segno, la ricerca del livello più semplice quasi astratto del senso.

⁶⁵ F. ROMEO, *Il diritto artificiale*, Torino, 2002.

⁶⁶ F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009, *Introduzione*, p. 1 ss.

cora che del diritto, del linguaggio-scrittura, come regola modale per destinare la parola. Queste regole fanno riferimento alla *funzione* basilare del diritto come strumento di regolamento dei comportamenti e dei conflitti tramite autorità e coazione, una funzione che lo differenzia nettamente dalle lingue naturali o dai linguaggi scientifici entrambi basati su forme diverse di consenso e convergenza di interessi. Nella questione linguistica del diritto «ciò che immediatamente viene alla luce è una riflessione sulla scrittura»⁶⁷ che implica la riflessione sul linguaggio *come è* (essere) e sul linguaggio *come deve essere* (dovere essere), ancora una volta rimarcando che il *nomos* non è essenzialmente specificativo del *logos* in quanto il testo della legge non è la regola originaria (legge-giustizia) del testo⁶⁸, non include o rimanda, veramente, alla dimensione giuridico-esistenziale. Ancor più specificando, il *dato della storia* rinviene col testo; il *dato nella storia* è celato dal testo.

Perché nell'*excursus* sul rapporto tra diritto e linguaggio è ricompresa una descrizione dell'uomo? E perché nel descrivere l'uomo vi è sempre un riferimento essenziale al linguaggio? Quanto e come ciò incide nella differenza tra ieri, oggi e domani⁶⁹ che Pugliatti annovera come questione non marginale nell'arco dei suoi studi?

È lo stesso Pugliatti a fornire una risposta quando afferma che «il luogo di questo processo circolare non è però un momento [proprio] del linguaggio, slegato dagli altri momenti, ma è un linguaggio che dura nel 'testo', ovvero è il 'testo' in quanto in esso si dà la possibilità che la comunicazione abbia il tempo dei parlanti, il durare nell'unità di passato, presente e futuro». «Si ha così che la domanda sul linguaggio è la domanda sull'uomo, come la domanda sull'uomo è la domanda sul linguaggio»⁷⁰. Solo in questo senso può aprirsi la riflessione che «la legge del testo è il testo del-

⁶⁷ L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, cit., p. 183.

⁶⁸ Cfr. ancora B. ROMANO, *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, cit.

⁶⁹ S. PUGLIATTI, *Il diritto: ieri, oggi, domani*, Milano, 1993.

⁷⁰ *Ivi*, p. 21.

la legge»⁷¹ in quanto il 'testo' diviene filtro attraverso il quale passa l'intera storia dell'uomo, così come in Pugliatti si registra che il momento dell'interpretazione – che si presenta come arte e si rivela – all'autore – come 'indeterminazione', luogo ove risiede la possibilità di far affiorare il giusto nel legale – è attività che «[nel campo del diritto] precede la pratica applicazione, e – sottolinea Pugliatti – l'indeterminazione è la porta attraverso la quale il flusso storico penetra continuamente nel sistema normativo»⁷².

1.4. Storia, scienza e diritto nella relazione giuridica

Non a caso Pugliatti riprende l'espressione di Savigny, mostrando ancora sensibilità riflessiva a questo flusso storico nell'uomo, segnato però da una costante insopprimibile, la relazione, che si qualifica come giuridica: «dappertutto, dove gli uomini vivono in società essi stanno in una comunanza di rapporti» considerando, almeno in prima analisi, che ovunque per l'uomo si istituisce una comunanza orientata a qualcosa: la costruzione di se stesso con gli altri. Continua, però – e qui si specifica la relazione come giuridica – chiarendo che queste relazioni e rapporti «dall'uso di una lingua comune vengono attestati, rafforzati e sviluppati»⁷³. Attestazione, conferma e sviluppo sono gli scopi della comunanza, orientata alla ricerca delle certezze giuridiche e sociali, traduttrici di una singolarità perdurante.

È così che in Pugliatti si dà l'esperienza umana nello scorrere dell'esistenza, in cui si registra la questione sull'esperienza linguistica calata nella relazione intersoggettiva perché nell'*empiria*, letta come storia, non emerge solo una storiograficità degli eventi umani ma il moto continuo ed incessante degli individui che sono

⁷¹ *Ivi*, p. 70 ss.

⁷² *Id.*, *La giurisprudenza come scienza pratica* (in *Grammatica e diritto*), cit., p. 122. Cfr. sul rapporto tra interpretazione e storia L. PAREYSON, *Interpretazione e storia*, vol. 14, Milano, 2007.

⁷³ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 8. In tal senso cfr. W. VON HUMBOLDT, *Scritti filosofici*, a cura di G. Moretto, F. Tessoro, Torino, 2004, p. 726 ss.

tali solo per via della relazione intersoggettiva. Qui il diritto rimanda sempre, per il mezzo della parola che riunisce parole in testo, ad una dimensione giuridica mai formata che il testo non può svelare se non in riferimento a questo rinvenimento del flusso storico, conservatore e rivelatore della dimensione sociale e culturale degli uomini, una dimensione, appunto, della giuridicità come regola originaria (mai veramente istituibile o originabile) della relazione.

L'incontro con l'altro avviene con la parola di questi e determina la possibilità di affermare che ogni incontro è imprevedibile, ogni relazione è inoggettivabile, ed è proprio questa incompiutezza a rendere possibile che l'individuo sia tale, nella ipotesi di senso esistenziale degli uomini in quanto l'uno, il singolo non può porsi ad esser nominato tale se non in relazione all'altro⁷⁴. Se l'individuo fosse divisibile (appunto [*solum*] 'dividuo') coinciderebbe anzitutto col dato, in quanto i dati sono sempre divisibili, sovrapponibili e sostituibili, dimensioni della scienza calcolante alla quale l'individuo umano non appartiene; e, inoltre, lo stesso non si immetterebbe in alcuna relazione dialogica con gli altri dati in quanto i dati, proprio perché esplicativi di una fissità, bastano ad essi stessi per la mera funzione che svolgono nell'ambito di un sistema (appunto) dato.

Queste considerazioni, che potrebbero apparire come una visione giusnaturalistica del rapporto tra individuo e società, non vogliono essere altro che una possibile ed ulteriore specificazione del fatto che nel testo della legge, di ogni legge, è calata irreversibilmente la questione del singolo e della società, della storia e del sistema, dell'evoluzione e della possibilità umana, oltre ogni grammatica normativa o linguistica: si deve riconoscere incontrovertibilmente che l'uomo si inserisce col linguaggio in ogni sistema dato, sia esso linguistico, giuridico, economico o politico; il linguaggio elide la forma fissata dalla lingua, scardina i concetti e chiede il rinvio alle molteplici significanze orientate dai principi di giustizia e di non monologicità. Scrive Herder: «quando parliamo pensiamo anzitutto a renderci comprensibili a noi e agli al-

⁷⁴ In questo senso cfr. J.G. FICHTE, *Grundlage des Naturrechts (Fondamenti del diritto naturale)*, 1796.

tri, di modo che l'altro possa risponderci, confermarci o rettificarci. Tutto questo fa parte di un autentico dialogo»⁷⁵ mai compiutamente dato proprio perché autentico, cioè riferito ad un io originale ed insostituibile agli altri io, alla ricerca di una costante dialogico-esistenziale che solo per questo si costituisce come giuridica. La giuridicità del dialogo è concepibile anche dal fatto che ogni dialogo ha delle regole, come quelle prime del parlare e dell'ascoltare, secondo i tempi regolati dal rispetto per l'altro e dal desiderio di armonia della comprensione reciproca. Nel dialogo autentico, così descritto, non esistono modelli o sistemi, oppure forme fisse già formate e date, anzi – si può aggiungere con von Humboldt – «ci si deve guardare bene dall'ideare un tipo universale di progressivo modellamento della lingua e dal voler giudicare ogni singolo fenomeno in base ad esso»⁷⁶. Se il parlare si direziona sempre ad un comprendere ed un giudicare, ogni modello che pre-stabilisce il parlare fisserebbe anche a priori il contenuto di quel comprendere e del giudicare/decidere stesso. La comprensione è attivata dall'uomo per poter giungere ad azionare una scelta, operante tra il giusto e l'ingiusto, tra il bene e il male, e per accedere alla dimensione qualitativa della scelta non si percorre alcun modello sistemico di fissità del parlare; ci si affida, piuttosto, a quella autenticità del dialogo e alla e sue regole di giustizia costitutivamente tali, che rendono possibile il circolare delle ipotesi di senso di ognuno nella reciprocità del domandare rispondere.

Restano, però, sempre vive quelle problematiche che minano questo processo di evoluzione, questioni difficili connesse alla lingua tra popoli ed al *modello* linguistico, più propriamente alla ricerca pura di un modello linguistico. In questa direzione da ogni fatto umano potrà, certamente, discutersi la sua potenziale afferenza ad un fatto normativo, come pure vuole Pugliatti, ma non potrà mai affermarsi così pienamente che «ogni fatto giuridico è plasmato su un fatto umano»⁷⁷. Con questa espressione Pu-

⁷⁵ J.G. HERDER, *Sull'origine del linguaggio*, Parma, 1955, p. 81.

⁷⁶ W. VON HUMBOLDT, *Scritti filosofici*, cit., p. 166.

⁷⁷ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 287.

gliatti chiarisce che l'intendimento sull'uso del linguaggio si complica (complessità del linguaggio, diversità e molteplicità della lingua) nella terminologia giuridica: plasmare⁷⁸, infatti, sta per *lavorare* secondo il *modello* voluto una materia informe. Si assiste, però, ad un eccesso di mutabilità-mutuabilità dei termini dove il *modello*, che dovrebbe svelare una forma pura, è stato acquisito a mero suffisso (*mod*) approdando alla specificazione di quanto si presenta ed *appare* alla *moda*. Ciò si registra nel modello dell'apparire secondo un mondo, appunto, alla moda, ma non a modo (modello) dell'essere. La realtà concretamente problematica appare, invece, unicamente scaturente dalle questioni sul linguaggio che minano l'intendimento, aprono alla controversia di senso, allo scambio interpretativo tra le verità e le ragioni delle quali ogni singolo è portatore; se nel diritto positivo si leggono gli elementi costitutivi del contratto (o del reato), prima ancora, nella filosofia del diritto, sono questi gli elementi essenziali della relazione, che si innesca incessantemente verso la comprensione intersoggettiva che è evocante una qualche sfera valoriale che investe la qualità dell'esistenza⁷⁹.

L'espressione adoperata 'nel testo è calata irreversibilmente la questione della società e della storia, del sistema e dell'evoluzione' vuol far riflettere ancora sul rapporto che intercorre tra *sistema* e *storia*; e poi tra questa ed *evoluzione*⁸⁰. È investita l'attitudine intellettuale dell'uomo circa la comprensione di sé in rapporto ad un mondo: sul punto «per lo storicismo comprendere significa trovare la genesi, la forma anteriore, le fonti, il senso dell'evoluzione. Con lo strutturalismo, sono le disposizioni, le organizzazioni sistemiche in uno stato dato, ad essere prima di tutto intelligibili»⁸¹. Questo capovolgimento è introdotto da Saussure

⁷⁸ Dal greco *πλάσσειν* che significa *modellare*; dalla tradizione biblica conserva anche il significato di *creare, generare*.

⁷⁹ B. ROMANO, *Due studi su forma e purezza del diritto*, Torino, 2008, p. 15.

⁸⁰ ID., *Ricerca pura e ricerca applicata nella formazione del giurista*, cit.

⁸¹ Cfr. P. RICOEUR, *Le conflit des interprétations*, Editions du Seuil, Paris, 1969, trad. it. *Il conflitto delle interpretazioni*, Balzarotti-Botturi-Colombo, 1977, pp. 45-46. Come è noto lo strutturalismo nasce dall'applicazione di un modello linguistico all'antropologia ed alle scienze umane in generale. All'origine dello

allorquando distingue nel linguaggio la *langue* e la *parole*. Nella ‘*langue*’ sono da annoverare – secondo la ricostruzione di Pugliatti – «istituti (o norme)»⁸² ovvero quella ‘grammatica’ che costituisce l’insieme delle convenzioni adottate da un’organizzazione sociale per permettere l’uso del linguaggio da parte degli individui; nella ‘*parole*’, invece, rientrano «atti o fatti giuridici (concreti)»⁸³ l’operazione stessa dei soggetti parlanti. E ancora, può dirsi che dalla *langue* si avrà l’istituzione e dalla *parole* l’atto del parlare.

Questa capitale distinzione conduce, tra le tante conseguenze, a ritenere in prima battuta che esistano delle regole il cui processo di generalizzazione è al di fuori del campo iniziale della linguistica; una di queste è l’idea stessa di sistema⁸⁴. Infatti, superata dai

strutturalismo troviamo in primo luogo Ferdinand de Saussure e il suo *Corso di linguistica generale* (F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, Bari-Roma, 1967), e soprattutto l’orientamento specificatamente fonologico della linguistica con Troubetskoy, Jacobson, Martinet. Con loro assistiamo ad un capovolgimento dei rapporti tra sistema e storia.

⁸² S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 295.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, cit., p. 19. Ad avviso di Saussure, la lingua è un sistema di segni che esprimono idee. Se si ipotizza l’esistenza di una scienza generale dei segni sociali (scienza allora non ancora esistente, e che Saussure battezzò col nome di “semiologia”), allora la linguistica verrà ad essere una parte di quest’ultima; e in particolare sarà la scienza che si occupa di quello specifico segno che è il “segno verbale”; la semiologia, dal canto suo, studierà anche i segni non verbali (scrittura, alfabeto dei sordomuti, riti simbolici, segnali militari, e così via). Ma la linguistica non ha per oggetto specifico il linguaggio – esso è una massa eterogenea analizzabile sotto diversi punti di vista (fisico, psichico, fisiologico, e così via) – ma piuttosto quella sua parte essenziale che è la lingua. Ed è a questo proposito che Saussure distingue nettamente tra “lingua” e “parola”: la prima rappresenta il momento sociale del linguaggio ed è costituita dal codice di strutture e regole che ciascun individuo assimila dalla comunità di cui fa parte, senza poterle inventare o modificare. La parola è invece il momento individuale, cangiante e creativo del linguaggio, ossia la maniera in cui il soggetto che parla “utilizza il codice della lingua in vista dell’espressione del proprio pensiero personale”. Sull’interrogativo *che cos’è la lingua?* lo stesso Saussure così si esprime: «per noi, essa non si confonde con linguaggio; essa non ne è che una determinata parte, quantunque, è vero, essenziale. Essa è al tempo stesso un prodotto sociale della facoltà del linguaggio ed

soggetti parlanti, la lingua si presenta come un sistema di segni che rappresentano l'oggetto della scienza linguistica.

Pertanto esiste un linguaggio verbale (relazione tra parlanti) ed uno segnico (matematica, chimica, logica)⁸⁵, tanto che una conoscenza quanto mai esatta della *langue* come istituzione grammaticale, non implica per l'uomo che si dia una conoscenza del parlare. Infatti l'atto di parlare, oltre all'uso della lingua nelle sue articolazioni, richiede il riconoscimento delle situazioni potenziali ove può darsi il parlare, l'apprensione del momento relazionale, il riconoscimento dell'altro come interlocutore.

Quindi, come può annotarsi con Schleiermacher⁸⁶, 'la cono-

un insieme di convenzioni necessarie, adottate dal corpo sociale per consentire l'esercizio di questa facoltà negli individui. Preso nella sua totalità, il linguaggio è multiforme ed eteroclito; a cavallo di parecchi campi, nello stesso tempo fisico, fisiologico, psichico, esso appartiene anche al dominio individuale e al dominio sociale; non si lascia classificare in alcuna categoria di fatti umani, poiché non si sa come enucleare la sua unità».

⁸⁵ In tal senso si veda K. JASPERS, *Die Sprache. Über das Tragische*, trad. it. *Il linguaggio. Sul tragico*, D. Di Cesare, Napoli, 1993, pp. 95-96. L'autore distingue le due tipologie di linguaggio in maniera radicale. «La volontà dell'intelletto di conseguire chiarezza e distinzione spinge a convertire in vuoti segni le parole plurivoche e dense di significato. I segni sono l'espressione univoca e definibile di un senso concettuale; perciò per l'intelletto sono preferibili alle parole, fluttuanti e plurivoche. Il segno è il minimo di linguaggio (immagine fonica ed immagine grafica)». Ciò perché, continua a spiegare l'autore, quando l'intelletto percepisce gli errori prodotti dal linguaggio vuole superare il linguaggio stesso e trovarsi presso la cosa senza (il limite del) linguaggio.

⁸⁶ L'espressione 'la conoscenza della grammatica non conferisce patente di dialogicità' è mia, sollecitata dalla lettura di F.D.E. SCHLEIERMACHER, *Dialettica. Appunti dell'Autore* (1822), *Nachschrift Kropatscheck* (corso 1822) – in appendice gli *appunti autografi della Dialettica* (1814/15) e *Introduzione alla dialettica* (1832/33), a cura di S. SORRENTINO, Collana del Centro Studi Filosofico-religiosi Luigi Pareyson, Torino, 2004, p. 383 ss. Nell'opera di Schleiermacher il linguaggio è presentato come luogo privilegiato dello sviluppo della ragione, incarnazione stessa della ragione e, al contempo, sua limitazione: di qui affiora un'analisi critico-dialettica che tende a superare la limitatezza di una determinata posizione mediante l'esame del sapere altrui. Al fine di realizzare questo compito è necessario concepire la *storia* come *sistema* dove entrano in relazione le diverse *culture e linguaggi*; la relazione dei saperi è la testimonianza più diretta di come i gruppi linguistici non siano monadi isolate. L'ermeneutica in senso generale è l'arte della comprensione del discorso altrui, scritto o parlato; la base

scienza della grammatica non conferisce patente di dialogicità perché chi conosce la *struttura* e l'*istituzione* non è implicitamente conoscitore (del come) delle relazioni gerarchiche (*structura*) o delle articolazioni pratiche delle istituzioni linguistiche (comunicazione, linguaggio dialogo) perché qualunque scienza sociale o storica è necessariamente meta-discorso descrittivo dei discorsi-oggetto e, quanto al linguaggio, la scienza riferisce solo che in un certo paese o luogo si parla così o si pensa così, ma nulla può elargire sulla condizione umana di un popolo, dimensione che viene evocata e conosciuta solo attraverso l'esercizio del linguaggio e della parola nella relazionalità intersoggettiva.

La cosa, ovviamente, non cambia se i termini o i discorsi-oggetto sono normativi; anch'essi fanno parte integrante della realtà sociale. La scienza sociale o storica abitualmente descrive, e deve essere in grado di descrivere, discorsi composti di norme nello stesso modo in cui descrive altri tipi di discorsi.

Ovviamente una soddisfacente descrizione di un mondo linguistico normativo, come di ogni altro mondo linguistico, deve rendere conto della specificità dei suoi significati e della sua organizzazione interna; e proprio traducendo questo discorso-oggetto in grammatica (del diritto) e tentando di chiarire la *species* dei significati (normativi) ci si imbatte in una potenziale dispersione sulla questione del linguaggio (diritto), conferendo ogni attributo di *dover essere* alle espressioni di volta in volta scelte *in argumenta*; ne va, dunque, di una qualche dequalificazione della forma dell'essere che al diritto si ascrive, proprio in quanto in tali

di ogni comprensione è la presa di coscienza del fatto che nell'interpretare e comunicare il *fraitendimento* è ciò che va da sé. Ermeneuta, dunque, è colui che è a metà strada tra il noto e l'ignoto, il *fraitendimento* e l'intesa. Vi è una sorta di continuità e frattura tra dialettica ed ermeneutica: la prima risolve il pensiero nel linguaggio; la seconda acquista una dimensione storico sistematica e dal linguaggio cerca di comprendere il pensiero. Sussiste, dunque, un rapporto di discorsività ed interpretazione. Chi si dedica all'ermeneutica deve porsi sullo stesso piano dell'autore oggetto della sua analisi, sia da un punto di vista soggettivo che storico-linguistico e letterario. Sembrano, così, potersi registrare gli itinerari di Pugliatti nelle richiamate questioni della continuità e discontinuità e nella posizione dell'interprete che ha cognizione piena della questione storica dal testo.

formulazioni linguistiche si registra una logica relazionale che non si compone dei soli caratteri di una logica razionale; ma implica una ricerca direzionata alla dimensione del senso della giuridicità, mai cesellabile in formulazioni astratte, mai rivelabile, nel solo testo normativo, l'espressione di una giuridicità esistenziale, rintracciabile nella riflessione filosofico-giuridica.

La filosofia del diritto non si contrappone alla grammatica, ma pone alla stessa e ai tecnici della lingua l'interrogativo esistenziale sull'uomo che non si lascia chiudere in una struttura linguistica come nemmeno in una normativa perché – ricorda Pugliatti – «la domanda sull'uomo è la domanda sul linguaggio»⁸⁷ e quindi il linguaggio contempla le ipotesi del domandare e del rispondere, mai definite o definibili, sempre in continua formazione dialogica.

Pugliatti mostra così coniugare tendenze specialistiche del sapere scientifico e filosofico del periodo del '900: da un lato, consapevole della specificità delle posizioni assunte dal pensiero filosofico di Nietzsche e quello di Wittgenstein – entrambi impegnati nella costruzione di una *critica della realtà e della sua rappresentazione* – Pugliatti sviluppa questi itinerari nella direzione dei problemi del linguaggio come rappresentazione della realtà, col compito di assegnare al linguaggio stesso un significato conciliabile con la scienza giuridica in generale e con gli enunciati normativi in particolare.

Da un altro versante, l'attenzione non solo al pensiero filosofico, ma anche a quanto si specifica come dottrina filosofica⁸⁸, ad esempio, la questione della 'giurisprudenza come scienza', laddove maggiormente si evidenzia il contrasto fra la scienza giuridica, intesa quale speculazione teorica, e il delicato ruolo di 'praticità' svolto dagli operatori del diritto.

È così che il pensiero filosofico pugliattiano si mostra nella sua nettezza, anche di sintesi qualitativa fra normativismo – che non nega ed anzi valorizza istanze più propriamente sociologiche, espresse dalla scuola istituzionalistica del diritto (pure da lui ap-

⁸⁷ S. PUGLIATTI, *Il diritto: ieri, oggi, domani*, cit., p. 21.

⁸⁸ Cfr. sulla nozione di 'dottrina' F. MODUGNO, *La dottrina del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*, cit.

prezzata) – e positivismo apertamente giudicato quale chiave di volta di una teoria generale del diritto che sia in grado *anche* di interpretare la realtà storica e fenomenica. Si tratta di un'apertura problematica alla questione del diritto e del linguaggio, passando per le articolazioni interne che strutturano concretamente l'*ipotesi giuridica* (istituzioni, norme) e i risvolti pratici che conferiscono validità al diritto in chiave di giustizia.

1.5. *Discussione sul metodo nel diritto*

Nella dimensione del diritto, alternare i poli *grammatica e filosofia* significa anche non poter tralasciare che uno degli elementi che emerge dalla esperienza giuridica fra i secoli XIX e XX sia il lento e travagliato affiorare di una meditazione sul *metodo*⁸⁹.

Pugliatti si accorge che il problema metodologico, che si traduceva anche in gnoseologico, non veniva spesso messo in luce. Questo accadeva in quanto la scuola giuridica prevalente era quella esegetica che sembrava risolvere il problema metodologico nell'ermeneutica dei testi e nella comprensione storico-idealistica (in ciò, evidentemente, influenzata dalla lezione crociana) del processo di codificazione post-unitario.

Il rapporto tra testo della legge e giurista, tra codice e scienza giuridica, inizia a modificarsi radicalmente, avviandosi un processo, divenuto un metodo, al termine del quale non è più il testo normativo a legittimare la funzione strettamente esegetica cui fino a quel momento si era data fondamentale importanza, ma è la costruzione scientifica del diritto in sistema a fondare la razionalità delle regole e delle soluzioni normative accolte dal codice⁹⁰.

⁸⁹ F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico*, cit., p. 75 ss.

⁹⁰ Lo strumento prioritario di questa radicale trasformazione della scienza giuridica privatistica è indubbiamente la recezione dei metodi di indagine e delle finalità del lavoro dei giuristi propri dell'esperienza germanica, cioè di quella scuola pandettistica che svolgeva in prima persona il compito di organizzare il diritto privato in sistema, utilizzando come punto di partenza il diritto romano giustiniano (cfr. sul punto L. MENGONI, *La questione del "diritto giusto" nella società post-liberale*, in "Relazioni industriali", 1988, p. 13 ss.). D'altronde, come

La riflessione su questa vicenda storica del pensiero giuridico privatistico italiano ha messo in evidenza come la recezione del modello pandettistico sia stata lo strumento attraverso il quale la cultura italiana del diritto privato realizzò due operazioni di grande respiro: la prima consistette nella trasformazione dello studio del diritto nella direzione di uno specialismo scientifico, assecondando in questo modo una tendenza che caratterizzava l'intera cultura europea del XIX secolo; l'altra, più specificamente italiana, si propose di realizzare una legittimazione nuova e più

noto, anche in altri ambiti, e in particolar modo nella scienza giuridica amministrativistica, nel diritto pubblico, la lezione tedesca avrebbe influito notevolmente sull'elaborazione dei giuristi italiani. È proprio nell'ambito del diritto amministrativo che è possibile individuare quel modello di relazioni fra individui – sostanzialmente fondato sui diritti di proprietà e sull'esaltazione del momento liberistico dello sviluppo sociale – che influenzerà notevolmente, come si avrà modo di analizzare più da vicino in seguito, l'elaborazione di Salvatore Pugliatti. In questo modello è facile trovare elementi propri del costituzionalismo britannico (si pensi al pensiero di Bagehot), o del pensiero della Scuola storica del diritto, che nel complesso conducono ad invidiare nel diritto civile l'architettura “naturale” della società liberale, che deve costituire il limite più saldo nei confronti di ogni espansione oltre misura del progetto statualistico e razionalistico del governo. In una simile prospettiva, l'amministrazione, secondo giuristi quali Vittorio Emanuele Orlando o Santi Romano, deve essere più contenuta che sviluppata, sul presupposto che la società degli individui proprietari, quella cioè del codice civile, sia in sé non soltanto una società economica “perfetta” ma anche una “società politica naturale”, che già esprime nel proprio seno una classe politica dirigente “virtuosa” e disinteressata. Ciò non poteva non produrre influenze precise sul rapporto tra governo e amministrazione e tra amministrazione e società. Dal primo punto di vista, l'amministrazione poteva essere concepita solo come un'appendice del governo, con esso in continuo rapporto di osmosi. Ogni tentativo di renderla autonoma dotandola di propri statuti speciali normativi tendeva nell'opinione del tempo a sottrarla al controllo della classe politica liberale e dunque a minacciare la struttura normativa “naturale” della società liberale del codice, che quella classe rappresentava. Conseguentemente, l'amministrazione non poteva instaurare un proprio autonomo rapporto con la società, sulla base di un linguaggio normativo – quello del diritto amministrativo – diverso da quello tradizionale e consolidato del diritto civile (sul rapporto fra modello giuridico della scienza amministrativistica e metodologia giuridica civilistica, si veda G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna, 1981, p. 183 ss.; dello stesso autore, si veda anche *Trasformazione delle funzioni dell'amministrazione e cultura dei giuristi*, in AA.VV., *L'amministrazione nella storia moderna*, Milano, 1985, p. 1101 ss.).

forte dell'assetto privatistico dell'ordinamento giuridico che, ad esempio in materia di diritto soggettivo, specificamente di proprietà, troverà proprio in Pugliatti uno dei principali assertori⁹¹.

In Germania è lo stesso codice civile (che entra in vigore il 1° gennaio 1900) ad essere il prodotto dell'opera della scienza: i pandettisti, muovendo dalla rivendicazione all'autonomia del ruolo del giurista intellettuale rispetto alla fonte legislativa del diritto e, in questo senso, dall'autonomia della funzione sociale dei giuristi rispetto al potere politico, giungono a ricomporre la contrapposizione fra primato della giurisprudenza e processo di codificazione. L'identità medesima della specializzazione è individuata nella costruzione scientifica e metodologica, con strumenti logici e avalutativi, di un sistema di principi e istituti. Il codice, appunto, si pone come traduzione di quei principi e di quegli istituti⁹².

In questo contesto storico e culturale si inserisce l'analisi di quei giuristi, fra i quali, oltre Pugliatti, si annoverano Guido Calogero⁹³, Arturo Carlo Jemolo e Cesarini Sforza, che nel periodo

⁹¹ Il paradigma che anima questo obiettivo della scienza privatistica italiana al nascere del XX secolo consiste essenzialmente nella recezione del modello liberistico, sulla scorta della grande cultura politica risorgimentale, accompagnato dalla valorizzazione di un modello razionalistico di un sistema di regole normative che proprio il giurista deve interpretare e sistemare nel suo giusto ambito. In proposito si veda A. MAZZACANE, *Introduzione*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale tra Ottocento e Novecento*, Napoli, 1986, p. 2 ss.

⁹² Nello stesso tempo, la recezione della tradizione pandettistica in Italia consente alla scienza giuridica di reimpostare a sua volta la questione del rapporto fra sistema giuridico e legge, tra diritto privato e codice civile. Non certo nel senso di superare le strettoie del positivismo giuridico, che viene anzi ribadito e, per così dire, riqualificato dall'abbandono del metodo esegetico ma nel senso che il codice appare l'espressione del sistema e non il contrario. La razionalità dell'assetto privatistico dei rapporti sociali è così svincolata dalla contingenza della volontà del legislatore che, del resto, a partire dal XIX secolo, comincia ad esprimersi a favore di legislazioni speciali e settoriali. E dunque, alle categorie legislative del Parlamento, almeno in Italia, si vengono a sovrapporre categorie concettuali che ne costituiscono una sorta di ipostatizzazione (ad esempio, il diritto soggettivo, il negozio giuridico). Si veda su questi punti P. RESCIGNO, *La dottrina italiana del diritto privato*, in *Studi A. Arena*, vol. IV, Padova, 1981, p. 224 ss.

⁹³ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 105.

precedente al processo riformatore del codice civile e di riunificazione della materia civilistica con quella commerciale in un solo testo legislativo, ebbero modo di chiarire, con sistematicità filosofica e concettuale, i termini di *metodologia scientifica dello studio giuridico*⁹⁴.

D'altronde, la norma stessa, così come i sistemi giuridici che vengono edificati sui principi normativi, sono un prodotto umano (norma come prodotto culturale) e non della natura (norma come prodotto naturale). L'arte umana di creare l'oggetto-norma appartiene ad un pensatore del diritto che pone in arte la ragione; così la norma è un elemento oggettivamente posto dalla volontà umana⁹⁵ e (solo) in quanto tale deve essere analizzato e interpretato dal giurista. La considerazione che se ne trae è evidente: la scienza giuridica, diversamente dalle scienze naturali, non si trova

⁹⁴ Non si trattò tanto di una "scuola" di pensiero, né di una corrente con unità di intenti; piuttosto di interventi di assoluto interesse che, diciamo così, inserivano la materia nel fecondo solco della tradizione crociana. Partendo dal dato testuale, quindi, in sostanza, da una prospettiva propria della scuola esegetica, che ben presto però sarà abbandonata, si fornisce valore all'idea per cui, come sottolinea Pugliatti nel 1935, «il dato, per noi, è la norma, o piuttosto il complesso delle norme costituenti la materia dell'ordinamento giuridico» (S. PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in Archivio giuridico Filippo Serafini, vol. CXIII, 1935, p. 169). Qualche anno più tardi, egli avrà modo di osservare che «soltanto il testo legislativo sarà il dato al quale la scienza del diritto dovrà rimanere ancorata» (S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., vol. XXXIX, 1941, I, p. 241). Si vedrà meglio in seguito come il discorso sia, per Pugliatti, assai importante, tanto da dover essere ripreso ed esteso in altra opera (cfr. S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Grammatica e diritto*, cit., p. 144 ss.), nella quale maggiormente si individua il fondamento "crociano" e dunque storicistico della scienza giuridica, laddove si sottolinea come i concetti giuridici vengono modellati «sui dati offerti da un ambiente storico determinato, i quali raccolgono i caratteri e i motivi tecnici, sociali, politici, economici e culturali di quell'ambiente medesimo».

⁹⁵ In questo senso, si possono spiegare alcune posizioni che emersero negli studi di quel periodo (cioè, nel corso degli anni Trenta e Quaranta del secolo scorso), in base alle quali si doveva rifiutare un impianto "neutro", nutrito della "tecnicità del giurista", sorta di essere impassibile di fronte alla conseguenza dei fenomeni sociali che l'impianto normativo stesso sussume, a favore, invece, di un'inevitabile "politicità" del giurista. Si vedano in tal senso le posizioni di G. CALOGERO, *La natura dei concetti giuridici*, in "Rivista di diritto commerciale", vol. XLIII, 1945, ora in ID., *Saggi di etica e di teoria del diritto*, Bari, 1947, p. 208 ss.

di fronte a sé un semplice dato, che rientri in un ordine, diciamo così, ‘non umano’, ma si trova di fronte al risultato consapevole della volontà umana (norma come elemento-prodotto esistenziale).

Il dato come *ob-jectum* (appunto posto/gettato innanzi), non è inserito in una realtà evidente e tendenzialmente sempre uguale, come avviene in natura; e per questo si avrebbe più ragione a chiamarlo elemento, non dato; bensì il secondo, l’elemento, posto da un volontà umana, è sempre un dato in quanto posto, scelto affinché esso sia dato in luogo di un altro.

Conseguentemente, la scienza e l’oggetto della scienza appartengono al medesimo mondo, che è quello del pensare e del volere umani. Da ciò se ne ricava che il dato – vale a dire la norma – utilizza e crea e la scienza non può fare altro che elaborare concetti su concetti, ossia proseguire quel ‘principio di sapere’ già individuato nel proprio materiale di studio⁹⁶.

Ma è noto che su questo punto, proprio nel periodo che qui è analizzato, tendeva a prevalere la teoria crociana degli *pseudo-concetti*. Si poneva la questione che i concetti dovessero considerarsi pseudo-concetti, nel senso e in quanto ogni concetto è da concetto e diviene sul concetto; oppure essi vanno considerati, come accorda Pugliatti, tali se ed in quanto utilizzati nella sede teorica di discussione ed implicazione, di volta in volta, di tempo in tempo. Scriveva Croce sul punto: «Gli pseudo-concetti non sarebbero possibili, se la realtà non offrisse accanto al dissimile il simile; il quale non è l’universale e necessario, ma il generale, un

⁹⁶ In questa prima elaborazione che maturò in quegli anni in alcuni giuristi, fra cui Pugliatti, si sottolinea come la norma si viene a porgere al giurista come un “dato”, quindi come un “luogo di partenza” dell’indagine ermeneutica e, allo stesso tempo, come “luogo di arrivo”, risultato di un pensiero che, per forza di cose, deve “tipizzare” la realtà fenomenica che lo stesso ordine giuridico cerca di sistematizzare in categorie concettuali. Il diritto si sforza, dunque, di creare categorie giuridiche concettuali entro cui regolare i fenomeni sociali per fornire materia all’interpretazione di quei soggetti (ad esempio, i giudici o la dottrina) che devono poi scendere nel vivo dell’applicazione di quelle norme, di quelle regole di condotta. La realtà deve dunque forzatamente essere ridotta secondo modelli astratti. Cfr. su questi punti, *amplius*: N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p. 53 ss.; V. FROSINI, *L’idealismo giuridico italiano del Novecento*, in R. ORECCHIA (a cura di), *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX*, vol. I, Milano, 1976, p. 98 ss.

contingente (per così dire) meno contingente di altri, una variabile relativamente costante. E gli pseudoconcetti sono arbitrari non perché pongono il simile dov'è il dissimile ma perché irrigidiscono quel variabile, che è costante solo relativamente, facendone qualcosa di assolutamente costante, e mutano il simile nell'identico»⁹⁷.

L'elaborazione crociana non chiudeva questa prospettiva, diciamo così, relativistica del diritto. Anche Giovanni Gentile apriva alla questione della dialettica dello spirito, insieme teorico e pratico, così come pensiero e volontà, nella triade post-hegeliana di tesi-antitesi-sintesi. Tesi è il momento della posizione immediata e ingenua del soggetto; antitesi è il momento in cui il soggetto, ponendosi, diviene subito il passato di sé stesso, pensiero già pensato e volere già voluto e sembra estraniarsi dallo spirito come fatto irrigidito nella sua oggettivazione. La sintesi, infine, è l'atto con

⁹⁷ B. CROCE, *Filosofia della pratica*, Bari, 1908 (1963), p. 348. La prospettiva enunciata da Croce appare estremamente importante nel contesto di inserimento della scienza giuridica nell'alveo del "sapere" e, più in particolar modo, delle scienze umane. Il problema è dato dal fatto che la nozione stessa di "concetto" giuridico viene, nella prospettiva crociata, relativizzato e, per ciò stesso, sussunto nella "libera disponibilità" della volontà legislativa. Ciò escluderebbe, per molti versi, che la stessa scienza giuridica, che di quei concetti si propone una sistemazione per molti versi tassonomica, possa agire su un piano di assolutezza, per quanto empirica. È per questo motivo che la dottrina giuridica italiana, fortemente permeata di idealismo crociano, come meglio si vedrà, tende a non escludere del tutto questa prospettiva interpretativa, secondo cui il tessuto stesso del diritto, cioè la norma giuridica, sono la conseguenza di una "arbitrarietà" del volere umano, che nega alla radice una qualsivoglia "assolutezza hegeliana". Sia in Croce, sia in Gentile, come noto, il diritto, essenzialmente pensato come legge, viene relegato tra le posizioni astratte della vita dello spirito. Come si è detto, per Croce lo spirito o è attività teoretica, conoscenza dell'individuale, arte, o conoscenza dell'universale, logica, oppure è attività pratica, e quindi volizione, economia, etica. Tra queste forme spirituali, secondo Croce, il diritto non trova una collocazione specifica. Essa sembra attività pratica, volizione, ma non è volizione né dell'individuale, né dell'universale. È soltanto volizione di una classe di azioni, volizioni di un'astratta generalità, perciò essa stessa volontà astratta e generica, non effettiva e reale. In altri termini, è un programma di azione, meramente preparatorio all'azione vera e concreta, che è solo quella attraverso cui la legge viene poi effettivamente eseguita e questa azione può dirsi pratica o economica in senso lato. Non dunque il diritto è reale, per Croce, ma ciò che si compie dopo o al di fuori di esso. Cfr. B. CROCE, *Filosofia della pratica. Economica ed etica*, cit., p. 350 ss.

il quale il soggetto prende coscienza che il passato e il fatto sono tali in quanto è lo stesso soggetto che li sta riconoscendo e recuperando come oggetti della sua attività di volizione.

In questo processo dialettico, la legge giuridica si presenta come tale soltanto dopo che si è esaurito il processo della sua deliberazione ed essa è perciò 'volere già voluto', volontà oggettivata, che risulta esterna ai suoi destinatari⁹⁸, quasi che non appartenga più loro.

Se questo, in estrema sintesi, è il dato culturale di fondo del periodo che va dagli anni Trenta agli anni Settanta del secolo scorso, durante il quale maggiore e più viva fu l'analisi e, per certi versi, il superamento del normativismo e di una teoria generale della norma giuridica quale prodotto essenziale della volizione umana, si deve osservare che, almeno ai suoi inizi, la riflessione di Pugliatti si inserisce nel solco della teoria crociana e gentiliana del diritto.

Ma Pugliatti, già agli inizi degli anni Quaranta del secolo scorso, si dice convinto che occorre tralasciare quella «utopistica aspirazione ad un sistema giuridico universale, immutabile ed eterno, che cullò i sogni di giuristi pratici e di scienziati di altro tempo»⁹⁹ e che produsse come riflesso «la fede nell'assolutezza dei concetti

⁹⁸ Secondo G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Firenze, 1937, p. 172 ss., la legge, per sé, è irrealmente quanto il passato astratto dal presente: essa, che ci appare volontà oggettiva e non nostra, in realtà c'è e vige esattamente nella misura in cui, creandola o eseguendola, vogliamo o accettiamo che voglia, sussistendo solamente nel "volere attuale" e "nella concretezza della realtà". Come appare evidente, i giuristi della seconda metà del XX secolo si trovarono di fronte ad una teoria del sapere giuridico del tutto relativista o riduzionista, in quanto la scienza giuridica veniva essenzialmente concepita quale filosofia morale o filosofia economica, con ciò riducendo a pura astrazione il fenomeno giuridico in sé stesso. In quanto il diritto non corrispondeva ad una autonoma e concreta categoria dello spirito, di esso poteva darsi scienza empirica per pseudoconcetti ma non conoscenza veramente filosofica. Il diritto come tale non c'è mai nella realtà filosofica considerata. Cfr., in modo ampio, su questi punti e, in particolare modo, sul riduzionismo idealistico del fenomeno giuridico: U. SCARPELLI, *Filosofia e diritto*, in AA.VV., *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980 nelle sue relazioni con altri campi del sapere*, Napoli, 1982, p. 112 ss.; F. BATTAGLIA, *Corso di filosofia del diritto*, vol. II, Roma, 1941, p. 58 ss.

⁹⁹ S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in "Rivista di diritto commerciale", 1941, I, p. 197.

giuridici»¹⁰⁰. Si tratta di sogni, secondo Pugliatti, tanto che il giurista non ha esitazioni nel ritenere, come punto di partenza, il dato acquisito secondo cui ogni concetto giuridico presenta un valore relativo¹⁰¹.

In modo più specifico, secondo Pugliatti, si deve precisare che:

a) i concetti giuridici sono *pseudoconcetti* (dal punto di vista filosofico);

b) il loro processo formativo è determinato innanzitutto dalla fissazione, attraverso un procedimento di origine deduttiva e di astrazione da quanto è, vale a dire dalle leggi, dal diritto positivo, di un nucleo omogeneo di previsioni contemplate dal legislatore¹⁰².

¹⁰⁰ *Ibidem.*

¹⁰¹ Pugliatti, accogliendo l'impostazione crociana, ritiene che i concetti giuridici siano considerabili quali "pseudoconcetti", cioè «schemi necessariamente astratti, costruiti mediante un processo di generalizzazione». Del concetto manca, per vero, il carattere fondamentale dell'universalità. Non si possono dare veri concetti, dotati della caratteristica dell'universalità, quando si debba «asservire (come accade per la scienza giuridica) l'elaborazione teorica a contingenti esigenze pratiche, e quando il dato positivo, cioè la norma, è nel dominio di una volontà che può determinarsi con libertà quasi assoluta» (S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., p. 199). Bisogna considerare essenzialmente il fatto che da questa impostazione, poi, nasce quell'esigenza, variamente avvertita dai filosofi del diritto italiani, di un ancoraggio maggiore della teoria della norma giuridica ad un contesto di realtà, quindi a quella "filosofia della pratica" che pure il filosofo abruzzese aveva posto come uno degli elementi propri del diritto. Più in generale, si può affermare che il genere di soluzione cui la speculazione giuridica italiana mirò fu l'idea del rapporto intersoggettivo e della socialità, considerata sia come caratteristica del fenomeno giuridico, sia come momento necessario dello spirito. Nelle sue linee essenziali, questa impostazione proveniva da fonti culturali eterogenee: in parte, dal retaggio delle correnti positivistiche, in parte da teoriche generali di impostazione strettamente filosofica e, infine, quale retaggio ulteriore dello stesso idealismo. Si può, a questo proposito, considerare le posizioni assunte da Petrone e da Ravà. Il primo, quale, in un certo senso, esaltatore dell'irruzione dell'idealismo nella filosofia del diritto italiana (si veda sul punto I. PETRONE, *Il diritto nel mondo dello spirito*, Milano, 1910, p. 19 ss.); il secondo, quale esponente di un pensiero neo-kantiano, con tendenza idealistiche, il quale aveva definito il diritto come regola tecnica finalizzata alla sussistenza della società (A. RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica* (1911), in *Diritto e Stato nella morale idealistica*, Padova, 1950, p. 48 ss.).

¹⁰² Si deve tenere presente che tali affermazioni rappresentano il dato comu-

Tali ultime due asserzioni sono discusse dal Pugliatti a partire da una sollecitazione di una analisi condotta da Jemolo sulla validità e sulla natura dei concetti giuridici. Afferma, infatti, Jemolo che se andiamo ad osservare il modo di formazione dei concetti giuridici, troviamo con assoluta costanza che tale modo di formazione è caratterizzato innanzitutto dalla fissazione di un *corpus* di regole provenienti dalla volontà legislativa, più o meno unitaria che dir si voglia. Ora, questa derivazione, per così dire, per quanto soggetta ad una logica più o meno stringente, non può escludere, come ogni processo di astrazione, che il dato reale possa superare quello meramente 'fittizio' previsto dalla volontà legislativa¹⁰³.

In altri termini, secondo Jemolo, ciò che caratterizza la scienza giuridica è la possibilità che sia il dato positivo (*id est*: la realtà), sia l'elaborazione dottrinale, possano modificare il concetto legislativo, cioè, per dirla in breve, *l'istituto giuridico*.

Quando il concetto giuridico si radica nei secoli come istituto

ne ad una serie molteplice di speculazioni di filosofia del diritto in Italia, perlomeno a partire dagli anni Trenta del secolo scorso. Proprio a partire dagli anni Trenta, infatti, si pongono alcuni contributi determinanti nell'elaborazione di una teoria generale e di una teoria analitica della norma giuridica. Fra i vari autori che qui è possibile citare (ma sui quali avremo modo di tornare in seguito nel nostro studio), Cesarini Sforza il quale, sviluppando un nucleo di pensiero cui aveva posto le basi nei primi anni del secolo, indica nel diritto il momento della realizzazione sociale in cui giunge a compimento il procedimento astrattivo pratico, ossia quel processo indispensabile alla vita dello spirito onde volizione e azione si separano e si creano tipi e regole di comportamento (si veda su questo punto W. CESARINI SFORZA, *Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", 1934, p. 112 ss.). Più o meno nello stesso solco si pone il Battaglia, per il quale la socialità giunge a presentarsi come la concreta sintesi di economicità ed eticità, di individuale e di universale, per cui il diritto assurge a momento della più piena attuazione dello spirito (F. BATTAGLIA, *Corso di filosofia del diritto*, vol. I, cit., p. 22 ss.).

¹⁰³ C.A. JEMOLO, *I concetti giuridici*, in *Atti della Reale Accademia delle scienze di Torino*, vol. LXXV, t. II, 1940, p. 246 ss. Il giurista sottolinea come «se ogni classifica, ogni sussunzione di fatti sotto figure comprensive, deve avere una ragione ed un perché, deve rispondere ad una utilità reale o possibile del lavoro di raggruppamento», bisogna anche considerare che «i valori sociali-economici sono sempre la piattaforma di tutto il mondo del diritto, sicché non è possibile formare concetti unitari che abbraccino cose del tutto disparate rispetto a quei valori».

culturale, come nel caso del possesso, si può ben avere una concordanza fra il dato legislativo e il concetto. Ma quando ciò non avviene, può verificarsi – e di fatto si verifica molto spesso – una sorta di ‘disgiunzione’ fra l’istituto e l’elaborazione concettuale. A compensare questa disgiunzione, sovente, si pone la scienza pratica della giurisprudenza che interviene con la fissazione di dati che specificano il concetto che è finito nell’argomentazione perché divenuto, proprio per una fissità costante, inadeguato all’esigenza in discussione, perdendo ogni qualifica di concetto e manifestando la sua riduzione a dato. Si chiarifica, così, una differenza tra *fissazione* e *fissità*: la prima, come spiegato poc’anzi, propriamente ascrivibile alle situazioni che si susseguono nella realtà del dato positivo (*id est*) ed insegnamento giuridico (dottrina del diritto); la seconda, invece, si presenta come una questione *ab origine*, difficilmente rimediabile, in quanto registra che quello della fissazione è un metodo che, però, comporta un immobilismo del diritto, affidando sempre la riproposizione culturale della giuridicità a fenomeni della contingenza fattuale e linguistica.

Ne è un esempio assai chiaro ciò che è accaduto alla teoria dell’atto amministrativo, che si è formato nella prima metà del secolo XIX. Partendo da leggi positive che non sempre hanno tenuto conto del modello teorico, la dottrina ha creato il concetto giuridico e le sue varie ripartizioni e suddivisioni. Ora, però, il diritto positivo, che deve scontrarsi evidentemente con ciò che accade nella realtà dei fatti umani, ha reso necessario, con ogni sforzo valutativo, far rientrare nel novero degli atti amministrativi, perlomeno in ossequio a determinati fini, anche il silenzio e l’inerzia della pubblica amministrazione, che non rientravano nell’originaria concezione, quella dedotta sulla base del diritto vigente¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Tale considerazione posta da Jemolo si scontra con l’esigenza stessa che era stata alla base della formazione della scienza del diritto amministrativo in Italia e che aveva trovato, come noto, in Vittorio Emanuele Orlando uno dei principali sostenitori. Infatti, il relativismo cui giunge la dottrina di Jemolo si scontra con l’esigenza di una visione unitaria del diritto, ed in questo caso, del diritto pubblico, prospettiva di cui era ben consapevole lo stesso Orlando, quando discuteva il caso di «una dottrina, che consideri non già questo o quello Stato nel suo individuale modo di essere, ma lo Stato nei suoi caratteri essenziali e perciò comuni a tutti i singoli Stati, e di tali caratteri cerchi la natura giuridica,

In realtà, quando si analizza la valenza e portata dei concetti giuridici – e certo non si discute di validità delle norme e, ancor meno, di validità del diritto – si può, anzi si deve, secondo Jemolo, prescindere dalla istituzionalizzazione delle partizioni giuridiche, e quindi valutare la congruità di una visione unitaria¹⁰⁵, sia del diritto pubblico, o del diritto civile, o di altri diritti specifici.

Pugliatti, pur riconoscendo a Jemolo la coerenza di alcune considerazioni (quali, ad esempio, quelle che fanno capo alla necessaria valutazione del relativismo dei concetti giuridici), sottolinea, nondimeno, la necessità di esprimere una visione unitaria del fenomeno giuridico e della sua istituzionalizzazione. Infatti, secondo Pugliatti, ogni ordinamento si presenta come un organico sistema di norme e di principi, che costituiscono insieme un'unità, quasi in un complesso armonico. Ma ciò non basta.

Quell'accennata fissità si registra nell'esigenza sistematica immanente che – sostiene Pugliatti – è di ogni ordinamento giuridico ed emerge sempre in ogni singolo ordinamento. In altri termini, per quanto si possa ritenere, entro certi limiti, che il concetto giuridico presenti un certo grado di relativismo e che non sempre gli istituti giuridici corrispondono a quanto effettivamente si esplica e si applica nella concreta realtà fenomenica del mondo giuridico, nondimeno, secondo Pugliatti, «a nessuno può sfuggire la tendenza costante dell'inquadramento sistematico, che traspariva anche dalle opere dei giureconsulti romani, i quali, enunciando la regola per il caso singolo, motivavano la decisione e la giustificavano con la enunciazione di un principio che la trascendeva e lasciava trasparire la tendenza alla generalizzazione», quella tendenza, peraltro, conclude su questo punto Pugliatti, «attraverso la quale si giunge al concetto»¹⁰⁶.

così come, attraverso le scienze particolari che trattano degli esseri viventi, una scienza generale investiga ed esamina le leggi uniformi regolatrici della vita». Si veda V.E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale*, Milano, 1940, p. 104.

¹⁰⁵ Cfr. sul concetto di 'unitarietà di metodo', F. MODUGNO, *La dottrina del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*, cit.

¹⁰⁶ S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., pp. 201-202. Quella che può anche definirsi quale "tendenza sistematica", cui il diritto come istituzione tende inevitabilmente e dalla quale è possibile, almeno in parte, sfuggire a quel "relativismo" ontologico di cui parla Jemolo, si oppone alla "tendenza esegeti-

1.6. *La costruzione relativistica di concetti e norme*

A questo punto un altro problema che deve esaminarsi, secondo Pugliatti, consiste nella discussione sul relativismo dei concetti giuridici. Questo punto è stato esaminato espressamente da altri autori negli anni Quaranta, anni che costituiscono un periodo determinante, nella formazione di Pugliatti.

Il punto fondamentale della costruzione relativistica che, come abbiamo visto, si inserisce nell'elaborazione posteriore al pensiero crociano, sta nel fatto che le istituzioni giuridiche sono considerate *fenomeni transeunti*, che derivano dal 'contesto', dalla *praxis sociale*¹⁰⁷.

In realtà, sostiene Pugliatti, la questione si pone in termini molto più complessi che si rifugiano, certamente, in una logica che riveste il giuridico; ma – può dirsi – che tali termini non si esauriscono nella logica ma sforzano la riflessione giuridica che pretende una indagine fondamentale. In questa direzione un gruppo di norme è un *organismo*, diciamo così, che vive di una sua vita propria, differente da quella di ogni singola norma. Dal gruppo di norme non è difficile pervenire agli *istituti giuridici* e, dunque, ai *concetti*. L'organismo minore, che è il risultato di un complesso articolato di norme, presuppone già, scrive Pugliatti, «un tessuto connettivo di *principi* e lascia intravedere i legami tra

ca”, che, in qualche modo, tende ad isolare la norma dal suo insieme e ad interconnetterla con il contesto specifico in cui essa agisce.

¹⁰⁷ È nota l'idea, largamente condivisa dalla dottrina giuridica, per cui «basta un tratto di penna del legislatore per cancellare interi scaffali di biblioteche giuridiche». È opinione diffusa nella dottrina giuridica che, data la relatività delle vicende sociali – e della medesima realtà – il diritto, inteso come insieme di norme, non può che ereditare quel relativismo, quel certo grado di transitorietà nei confronti del tempo. Quest'ultimo dato di fatto è giustificato da Jemolo, quando ammette che il legislatore si propone essenzialmente fini pratici: la sua legge non può avere altro scopo che il più rapido e il più completo, il più economico raggiungimento di quei fini che si è proposto. «La perfezione formale della legge» scrive Jemolo, «per il legislatore attiene soltanto al requisito della chiarezza, riconducibile a quello più generale della economicità, nel senso che è desiderabile che la legge sia da tutti compresa, non dia luogo ad interpretazioni difformi, ad oscillazioni giurisprudenziali»: C.A. JEMOLO, *I concetti giuridici*, cit., p. 251.

i vari organi, in modo da condurre, per altra via (...) al sistema»¹⁰⁸. Ora, il contrasto fra concetti può avvenire, anche se in forma più mediata, dato che essi non fanno altro che *proiettare* il significato di fondo di gruppi di norme e, in alcuni casi, di sistemi o microsistemi (altri autori direbbero: fattispecie, più o meno complesse). Ciò significa, in pratica, che può darsi un contrasto fra norme al quale non corrisponde un contrasto fra concetti, perché questi ultimi sono meno sensibili a determinate divergenze in quanto *la divergenza delle parole non eguaglia la divergenza del pensiero*: nel primo caso ne va dell'intendere, nel secondo del relazionare.

Si deve riconoscere che, nel maggior numero di casi, il contrasto fra concetti rivela un contrasto fra norme o gruppi di norme, tanto che il contrasto fra concetti dovrebbe assurgere, per il giurista, a valore diagnostico o prognostico¹⁰⁹ del contrasto normativo.

¹⁰⁸ S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., p. 204. I concetti derivano – e sono essi stessi fonte – di un processo di generalizzazione. Non è possibile, secondo Pugliatti, costruire o schematizzare (oggi potremmo dire, con linguaggio più moderno, “porre modelli”) se non si postulano dei rapporti o, perlomeno, dei legami mediante i quali si costituiscono gruppi e interrelazioni funzionali. Ora, se un concetto esprime la generalizzazione di un gruppo di norme, di un sistema di principi normativizzati, finisce con l'essere una sorta di proiezione del dato positivo, cioè di quanto la norma in se stessa riproduce sul livello della realtà. Una volta che il dato si trascrive in una figura o in uno schema di proiezione, si può ben intendere, scrive Pugliatti, come «debba riprodurre non solo la struttura, ma anche la funzione del dato da cui è stato ricavato». Gli schemi concettuali hanno comunque ampiezza maggiore delle singole norme, quindi l'eventuale contrasto può riprodursi ma solamente, diciamo così, in scala ridotta.

¹⁰⁹ L'analisi di Pugliatti è finalizzata, come apparirà evidente fra poco, a non enfatizzare il relativismo normativo di alcuni autori, come Jemolo, che, nel solco della tradizione crociana, tendono a sminuire la portata del concetto giuridico e ad ancorare il significato proprio della norma con le esigenze di celerità e di praticità delle legislazioni moderne. Jemolo, su questo punto, sottolinea come, nelle epoche precedenti, lo sforzo legislativo si concentrava su codificazioni e aspetti strutturali del diritto nel suo farsi, appunto, *sistema giuridico*. Su questo piano, l'ordinamento normativo acquistava un significato del tutto diverso rispetto alle esigenze della contemporaneità. Scrive su questo punto Jemolo: «Oltre alle necessità sociali, per spiegare la minore importanza dei concetti giuridici, è a considerare la posizione del legislatore di fronte alla teoria (...). Gli atti preparatori di una codificazione di cento anni or sono ci mostrano un legislatore cui nulla

Secondo questo itinerario ci si chiede se il concetto di diritto appare anch'esso come una prognosi del mondo normativo o quest'ultimo è capace di aprire ad una concettualizzazione del diritto; o se, ancora, in ogni caso si rischia una finzione nella riflessione giuridica che, servendosi dell'analisi e della riflessione semantica, inserita in un sistema grammaticale, lascia passare il concetto di diritto come un *autovalore* (*Selbstwert*)¹¹⁰.

L'interesse prioritario di queste riflessioni intorno al *concetto giuridico*, secondo l'itinerario di Pugliatti possono racchiudersi in tre proposizioni principali: *a*) i concetti giuridici presentano un carattere di relatività che non deve condurre alla loro totale svalutazione, fino a ristabilire il *caos* risultante dalla pluralità a-sistemica delle norme; *b*) nell'interpretazione dei concetti giuridici e

era più estraneo che l'assillo della rapidità, cui pareva naturale che l'elaborazione legislativa richiedesse decenni, ed un legislatore estremamente ossequioso di fronte alle nozioni astratte ed a coloro che di una cultura a base di principi primi, di principi astratti, erano i rappresentanti in titolo» (C.A. JEMOLO, *I concetti giuridici*, cit., p. 259). La critica di Jemolo – per quanto velata di fronte ad un sistema politico totalitario, com'era ovviamente quello in cui scriveva negli anni Quaranta del secolo scorso – si volge ai meccanismi stessi della tecnica legislativa contemporanea, affidata per lo più a comitati di tecnici, che conoscono a fondo la materia e i fini che si prefiggono, ma che proprio per questo scavalcano gli aspetti propriamente dialettici di un processo di formazione del diritto e delle norme giuridiche che, invece, richiederebbe un tempo e una tecnica diversi. Indubbiamente, scrive Jemolo, «i risultati pratici del sistema attuale sono di gran lunga migliori» ma è ben possibile, nota acutamente il giurista, per altro prefigurando un fenomeno che è oramai tipico delle moderne legislazioni (le cosiddette “leggi *omnibus*”, che una legge «vi parli indifferentemente di proprietà ed i possesso, crei agli effetti della tassabilità dei soggetti che non sono persone, che non hanno possibilità di essere titolari di un qualunque altro rapporto, menzioni come se fossero istituti delle categorie (...) che possono includere in sé i rapporti giuridici più svariati, scinda in più figure, agli effetti fiscali meritevoli di trattamento diverso, un rapporto giuridico unico». Come si vede, Jemolo coglieva proprio nella norma tributaria forse il caso più emblematico di una tecnica legislativa in grado di contraddire la coerenza di fondo del procedimento di formazione delle norme ma, allo stesso tempo, dimostrava come l'impostazione crociana e gentiliana intorno ai concetti giuridici trovasse conforto nel dato positivo. Cfr. su questi punti, in modo problematico, G. AMBROSETTI, *Razionalità e storicità del diritto*, Milano, 1953, p. 62 ss.

¹¹⁰ N. LUHMANN, *Mercato e diritto* (a cura di Luisa Avitabile), Torino, 2007, p. 79.

nella loro applicazione il compito del giurista è principalmente quello di non pervenire ad una esegesi puntuale delle singole norme giuridiche isolate; c) nell'opera legislativa e in quella interpretativa non bisogna rinunciare agli strumenti che la tecnica delle varie generazioni di giuristi ha forgiato nel corso dei secoli.

Anche ciò che paventano i giuristi attuali, scrive Pugliatti, e cioè il fatto che la moderna tecnica legislativa ha come fine principale la praticità e la velocità del processo di formazione delle norme¹¹¹, non deve essere considerato essenzialmente come un fattore risolutivo del diritto vigente. Si deve infatti considerare, secondo Pugliatti, che la sistematica scientifica, nel suo incessante procedere, che presiede alla formazione dei concetti, tende con costanza a mettere in luce i fini pratici delle norme positive e i mezzi impiegati dal legislatore per conseguirli. La scienza, è presentata da Pugliatti sotto una veste – per dir così – rivoluzionaria in quanto attiene ad una disciplina più che ad una fissazione di principi scelti, riferendosi più esattamente ad una dogmatica.

Già in Legendre può apprendersi come vi sia un'interpretazione innovativa della dogmatica¹¹², proprio in riferimento allo spessore terminologico dell'«architettura normativa»¹¹³, annunciando che «le espressioni di post-moderno e post-umano sono destinate ad usurarsi anch'esse, mutando così la loro formula espressiva»¹¹⁴.

Il *dogmatismo* degli schemi sistematici si traduce in *problematismo* degli stessi¹¹⁵, risultando una scienza che deve essere sem-

¹¹¹ F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Padova, 1998, p. 25 ss. e 36 ss.

¹¹² L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, cit., p. 35. Cfr. anche A. FALZEA, *Ricerche di Teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Milano, 1992, p. 82 ss.

¹¹³ L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, cit., p. 37. Sui termini post-moderno e post-umano cfr. B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Torino, 2004, p. 77 ss.; A. ARGIROFFI-L. AVITABILE, *Responsabilità, rischio, diritto e postmoderno. Percorsi di filosofia e fenomenologia giuridica e morale*, Torino, 2008.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ In questo senso cfr. F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, cit.

pre nella condizione di «poter determinare se i mezzi prescelti siano perfettamente adeguati a quei fini, di additare le eventuali discrepanze e di mettere in evidenza le conseguenze di ogni incongruenza del mezzo impiegato rispetto al fine, e degli eccessi e dei difetti del mezzo»¹¹⁶.

La ricerca di Pugliatti, peraltro, è talmente ricca che deve esse-

¹¹⁶ S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., p. 211. Sia Pugliatti sia Jemolo si dicono d'accordo nello staccare la scienza giuridica dall'alveo delle scienze naturali e la loro analisi si raccorda ad alcuni momenti della riflessione del normativismo. Nonostante lo sfondo crociano, soprattutto in Pugliatti, si nota lo sforzo di assegnare quella giuridica alla tradizione delle scienze dello spirito (in linea generale, si veda H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1934, p. 321 ss.) e comunque delimitata nei confronti delle scienze della natura. Come è noto, una delle principali caratteristiche del normativismo, quale teoria generale del diritto e della norma giuridica, consiste nel ritenere la scienza giuridica come disciplina che non opera collegamenti fra i fatti mediante il nesso di causalità e non ha funzione predittiva. Essa è separata, secondo quanto sottolinea Kelsen, dalle stesse scienze che hanno per oggetto il comportamento umano, nella misura in cui assimilano questo oggetti ai fatti naturali e lo assoggettano al principio di causalità. Lo sforzo della dottrina filosofica del secolo scorso, e di cui il pensiero di Pugliatti terrà debito conto, ed in particolari di autori come Kelsen, Ross e Hart, è quello di individuare l'asse portante della riflessione giuridica, che non può risolversi né nel sociologismo, né nei risultati metodologici del *behaviourismo*. Gli stessi Ross e Hart, sicuramente fra i principali speculatori in questo senso, ammettono nell'opera giurisprudenziale una considerazione degli aspetti sociologici del diritto, a condizione che questi non vengano limitati alla esteriore regolarità dei comportamenti ma siano integrati nell'elemento interno, ossia da un atto intenzionale di riferimento. Non c'è dubbio che la dottrina normativistica, in qualche modo, risolve il problema del *concetto giuridico*, inteso nel suo rapporto funzionale con la sistematicità del diritto. D'altronde, si può anche far riferimento a quanto avvenne, nel campo della morale, dopo la speculazione kantiana. Prima della dottrina del filosofo di Königsberg, la speculazione cercava un oggetto della volontà per farne la materia e il fondamento della legge. Ma il metodo, sosteneva Kant, andava rovesciato: il concetto del bene e del male non deve essere determinato prima della legge morale, ma soltanto dopo di essa e mediante essa, perché non è il concetto del bene, come concetto di un oggetto, che determina e rende possibile la legge morale, ma al contrario è la legge morale che anzitutto determina e rende possibile il concetto del bene (si veda I. KANT, *Metafisica dei costumi*, Torino, 1980 (1797), p. 78 ss.). La differenza fra il normativismo giuridico e il normativismo morale di Kant non risiede nel rapporto fra norma e concetti di valore ma nella natura e nella portata della norma stessa.

re continuamente confrontata anche con i risultati raggiunti da altre discipline, da lui stesso annoverate, ad esempio, la sociologia del diritto di George Gurvitch che Pugliatti menziona a proposito delle «affermazioni dogmatiche prive di dimostrazioni»¹¹⁷ che non lasciano comprendere la 'dialetticità' dell'esperienza giuridica.

L'«empirismo radicale e critico» di Gurvitch riconosce semplicemente l'esperienza dell'individuo, compresa l'esperienza del ricercatore, e di ogni gruppo sociale. Il rifiuto di Gurvitch di entrare in una sociologia strutturale-funzionalistica e il suo realismo empirico hanno innanzitutto un valore critico: è una messa in guardia contro i tranelli di un funzionalismo, chiuso in se stesso; con una comprensione diretta della natura storica delle condotte sociali¹¹⁸.

Gurvitch, nella sua definizione di «iperempirismo dialettico» come approccio alla ricerca attribuisce un triplice significato al concetto di dialettica: a) la dialettica come movimento della realtà sociale e storica; b) la dialettica come metodo applicato; c) la dialettica come processo di costruzione degli oggetti precisi dell'esperienza e della conoscenza.

In questo approccio epistemologico va sottolineata la centralità dell'esperienza e cioè: l'esperienza vissuta e quotidiana di tutti gli attori della vita sociale e l'esperienza costruita nella sperimentazione dal ricercatore. Secondo Gurvitch «ciò che rende l'esperienza così vicina della dialettica, che le serve per così dire di motore, è che spezza continuamente i propri quadri di riferimento. Simile ad una vera Protea, ci sfugge quando pensiamo possederla; ne siamo ingannati quando crediamo averne penetrato il segreto, ne siamo vittime quando pensiamo di essercene sbarazzati, fosse solo per un istante»¹¹⁹. La ricerca va poi di pari passo con una

¹¹⁷ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 69.

¹¹⁸ Cfr. S. CERNUSCHI, *Introduzione* a G. GURVITCH, *La vocazione attuale nella sociologia*, Bologna, 1965, p. X; del medesimo autore si veda anche *Sociologia del diritto*, Milano, 1957, p. 182 ss.

¹¹⁹ G. GURVITCH, *Sociologia del diritto*, cit., p. 83. Secondo Gurvitch per diritto è da intendere una sorta di «tentativo di realizzare in un ambiente sociale l'idea di giustizia» attraverso una regolamentazione multilaterale imperativo-attributiva (pluralismo socio-giuridico) basata sul legame pretese-valori. Questa

teoria dell'azione avanzata dagli attori sociali, dai gruppi, dalle classi, dai raggruppamenti e dai ruoli rispettivi nel quadro sociale dei loro rapporti.

regolamentazione riceve validità dai *fatti normali*, che garantiscono la sua efficacia e che fanno eseguire i comandi attraverso una costrizione precisa ed esterna.

II

*Dalle teorie generali
alla filosofia del diritto*

2.1. *La riflessione di Pugliatti sui problemi delle teorie generali del 'sistema diritto'*

La scienza giuridica classica, come mostrano le teorie del diritto, nel tentativo di costruire il sistema giuridico del diritto positivo, riconosceva, da un lato, la *storicità* e dunque la *positività* del diritto come risultato dell'evoluzione storica; dall'altro, presupponeva la razionalità¹ interna al diritto positivo, che si presenta (o si presume) già di per sé come ordinamento razionale². Il 'sistema diritto' non è che la rappresentazione, da parte della scienza giuridica, di un ordine immanente al diritto. La legge, nel senso manualistico di *lex romana*, non è altro che l'*archetipo* di questo diritto intrinsecamente razionale (lex = legame).

Il sistema è dunque il prodotto del positivismo razionalistico del secolo XIX, al quale si contrapposero, specie dopo la metà

¹ Cfr. F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Padova, 2009.

² L'evoluzione della speculazione filosofica intorno al concetto di "sistema giuridico" aveva subito, come abbiamo avuto modo di notare, un'elaborazione fondamentale con la scuola germanica delle "Pandette". Il sistema giuridico si forma, nella speculazione tedesca fra Settecento e Ottocento all'interno del paradigma borghese e si presenta come un insieme di *concetti astratti* attraverso l'analisi formale del contenuto della legge, interdipendenti, cioè collegati fra di loro in via logico-deduttiva e risalenti al vertice al concetto di *diritto soggettivo*, che esprime l'autonomia della volontà del soggetto intesa, sulla scia del pensiero kantiano, come principio supremo della moralità (cfr. su questi punti, fra gli altri, M.G. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, vol. I, *Dalle origini alla scuola storica*, Torino, 1968, p. 182 ss.; cfr. anche G. LAZZARO, *Sistema giuridico*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XVII, Torino, 1970, p. 461 ss.). Si può anche osservare che, se il giusnaturalismo e il giusrazionalismo, nei secoli XVII e XVIII, furono alla base della costruzione concettuale del sistema giuridico moderno, è proprio nella pandettistica tedesca del XIX secolo che giusnaturalismo e giusrazionalismo subiscono un ulteriore affinamento dogmatico, a seguito della convinzione, di derivazione kantiana, dell'irripetibilità della forma della conoscenza matematica nelle altre scienze, tra le quali la scienza giuridica. Le nuove basi del sistema sono il formalismo etico kantiano, il positivismo giuridico e lo scientismo.

del secolo, altre versioni del positivismo giuridico, secondo le quali la legge è essenzialmente un fatto empirico che può essere conosciuto in modo empirico-causale ma non ‘interpretato’ come espressione di una inesistente *ratio* oggettiva. La concezione razionalistico-sistematica, al contrario, opera il tentativo di enucleare dalla legge la *ratio* oggettiva, liberandola dal suo ‘isolamento empirico’, attraverso il procedimento di interpretazione logico-sistematica. Il punto di contraddizione rimaneva, però, nella convinzione che l’interpretazione dovesse essere rivolta a scoprire la volontà storico-empirica³ del legislatore, in contrasto con l’assunto che la ragione della validità della legge risieda più nel fatto della sua razionalità che non in quello della sua positività⁴.

Quello che si è detto essere un più giovane Pugliatti, di fronte

³ Cfr. G. ZAGRELBESKI, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, pp. 147-155. L’itinerario percorso dall’autore si direziona verso la riscoperta storica dei principi tanto da potersi sostenere una distinzione tra Costituzione e Legge.

⁴ Il tentativo di superare questa contraddizione fu rappresentato, alla fine del secolo XIX, dalla teoria ermeneutica oggettiva, secondo la quale l’interpretazione della legge è svincolata dalla sua origine storica. Il significato giuridicamente determinante non è quello pensato dal legislatore ma quello oggettivo, immanente alla legge: in altri termini, il senso della legge come “totalità logica” e come “organismo spirituale”. Questa teoria, cui Pugliatti sembra di aderire nel suo tentativo di controbattere alla visione puramente relativistica della norma giuridica e del *sistema giuridico* nel suo complesso, elaborata dalla dottrina germanica (Kohler, Binding, Wach; sul punto si veda M.G. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, vol. I, *Dalle origini alla scuola storica*, cit., p. 200 ss.), chiarisce, in modo definitivo, in quale senso il sistema giuridico, da costruzione concettuale del diritto positivo storico (sul modello del diritto romano), si identifichi con l’ordine immanente ad ogni diritto positivo, il quale, preso in sé, risulta già un ordinamento. In altri termini, la “volontà della legge” non coincide con la “volontà psicologica del legislatore”. La differenza sostanziale che questa teoria presenta rispetto alla tradizione è che il sistema-ordinamento non è più intesa in senso formale – come nesso logico di concetti – ma anche in senso sostanziale-teleologico, vale a dire come sistema razionale degli scopi. Il sistema fonda la sua unità sulla validità dei *principi generali*, concepiti come massime valutative e normative e non soltanto come sintesi astratte di concetti. Di qui il metodo ermeneutico, definito espressamente “teleologico”, orientato verso lo “scopo perseguito” dalla legge e che si articola nei due momenti della ricerca delle condizioni sociali, alle quali la legge dovrebbe soddisfare e in quel rimedio migliore e più soddisfacente per cui tra più interpretazioni possibili, in base alla lettera, va scelta quella che corrisponde meglio allo scopo perseguito dal legislatore.

all'elaborazione filosofica della scuola storica, sottolinea soprattutto, con particolare originalità critica, l'importanza delle posizioni assunte dal Kelsen nell'ambito del dibattito sul sistema diritto, nel suo tentativo principale di descrivere la dottrina del diritto⁵ quale scienza autonoma rispetto alle altre discipline⁶. In tale autonomia, sottolinea Pugliatti, consiste per Kelsen soprattutto la 'purezza' della scienza giuridica⁷.

Per Pugliatti, però, «il contenuto della giustizia è il diritto»⁸ e non un sistema di diritto, chiarendo così che ogni invocata 'purezza' del diritto si costituisce in una autonomia ortonomica 'sempre valida', è intrisa di una disciplina costante che libera ogni postulato normativo dalle concatenazioni della storia del linguaggio e dei termini, rendendo sempre possibile la *purezza* del diritto come *costitutivamente puro*, un suo fondamento universale di giustizia che riposa in una sorta di *disciplina* come fonte dall'atto dell'istruire, come metodo e regola dell'insegnare, come istituzione o precetto, riferimento o modello; quel modello, appunto, come Pugliatti sottolinea, che plasma il fatto umano⁹. Questo ri-

⁵ Cfr. sul punto B. ROMANO, *Due studi su forma e purezza del diritto*, cit., p. 75 ss.

⁶ Su questo punto specifico, S. PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico* (in *Grammatica e diritto*), cit., p. 31 ss.

⁷ Ciò che Kelsen contribuisce a chiarire nella sua fondamentale riflessione, fra l'altro, ha riguardo anche ai contenuti concettuali del diritto, sui quali, come abbiamo visto, si era incentrata l'analisi originaria di Pugliatti. Kelsen si sforza di dimostrare come il concetto di diritto debba essere inteso nella sua, apodittica accezione. Esso, infatti, sovente viene accomunato al concetto di "giustizia". Ma se si identificano "diritto" e "giustizia", se si chiama diritto solamente un "ordinamento giusto", "allora un ordinamento sociale che venga presentato come diritto viene, al tempo stesso, presentato come giusto; e ciò è quanto dire che esso è moralmente giustificato". Ora, la tendenza a identificare diritto e giustizia, scrive Kelsen, coincide con la tendenza a giustificare un determinato ordine sociale. Ma ciò non è altro che una tendenza di ordine politico e non scientifico. Detto ciò, occorre anche sottolineare, continua Kelsen, che una teoria pura del diritto non si può opporre all'esigenza di un "diritto giusto", ma quest'ultimo è un giudizio di valore, o meglio, un *giudizio soggettivo di valore* (H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1980, p. 6).

⁸ S. PUGLIATTI, *Giustizia e diritto nella giurisprudenza romana*, cit., p. 61 ss.

⁹ Diviene essenziale, in questo passaggio, una ricostruzione etimologica di

mando ad una sorta di *disciplina* come una regola originaria è più vicino alla fenomenologia del diritto di Husserl (*Urnorm*)¹⁰ che alla dottrina pura del diritto di Kelsen (*Grundnorm*)¹¹ e costituisce, in un'unica espressione qui agevole, un rimando al *dire* che ha in sé il parlare, raccontare, osservare mostrare e dimostrare, originale e non oggettivabile da alcun sistema di linguaggio. In queste attività dell'umano il sistema normativo nulla dice dell'atto, limitandosi a descrivere la condotta di un *chiunque*; l'atto principale che riguarda il diritto, invece, si sostanzia nell'atto del parlare, del mostrare (etc.), come atto che si rivolge e ricomprende l'altro, che ascolta, tramuta, tramanda, elabora, dimostra contesta: in definitiva che interpreta.

L'*atto* del parlare, infatti, non è mai un *fatto*, riconducibile ad una teoria o scala generale dei fatti: il parlare è, specificamente, un *atto* perché riconduce ad un autore, che si assume la responsabilità della parola pronunciata nel rischiare la ricerca del senso¹².

Ora, la scienza giuridica, nella ricostruzione da cosa a cosa, da concetto a concetto, da parola a parola presenta la costante necessità di doversi allocare, presso a poco in un punto a più tratti certo, ricomprensivo dei più metodi ed itinerari¹³, e già così facendo non è scienza sempre aperta, possibilistica, che attende l'evoluzione: piuttosto ingerisce questa con metodi dogmatico-presuntivi.

Quando, invece, una teoria vuole essere libera da rimandi o

disciplina che deriva dal latino *disco* = imparo e dal greco *διδάσκω* = insegno, ammaestro nonché dal sanscrito *dik-ami* = indico e conservano tutti la stessa natura non tanto e solo di *deik-nymi* (in greco = mostro) e *doc-ère* (in latino imparare), quanto più di *dì-cere* (in latino = dire).

¹⁰ E. HUSSERL, *Meditazioni cartesiane*, Milano, 1994, p. 144; M. THEUNISSEN, *Der Andere*, Berlin, 1997, pp. 141-151. Sul concetto di *Urnorm* cfr. B. ROMANO, *Principi generali del diritto. Principio di ragione e principio dialogico*, Torino, 2015, pp. 12-22.

¹¹ Cfr. B. ROMANO, *Due studi su forma e purezza del diritto*, cit.

¹² ID., *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali*, cit., p. 244; cfr. sul punto R. GUARDINI, *Etica*, Brescia, 2001, p. 47.

¹³ F. MODUGNO, *La dottrina del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*, cit., p. 3 ss.

posizioni teoriche, anche logico-esistenziali, l'attenzione ricade, a ragione, solo sul fatto, che per l'uomo giuridico è il fatto sociale, quello della vita. Qui si apre un altro filone di pensiero – che pure Pugliatti prende in considerazione, in tema di riflessione generale di teoria del diritto – quello *istituzionalistico* di Santi Romano: Pugliatti seleziona approfonditamente le teorie giuridiche più legate ad una riflessione di tipo sociologico, anche se non manca di sottolinearne i tratti di ambiguità. Se, come si è osservato, la legge dispone di una propria esistenza obiettiva e che essa è dotata di una volontà o di una mente proprie, indipendenti da quella del legislatore che provvede alla sua predisposizione e redazione, allora tale circostanza consentirebbe alla legge di continuare a vivere nel tempo e nello spazio, indipendentemente dalle teorie generali del diritto, anche grazie all'interpretazione, al di là di quello che era il disegno originario, il quale potrebbe anche essere differente dalle reali ed attuali applicazioni.

Nella teoria istituzionalistica di Santi Romano, si sottolinea come la legge, considerata in sé e per sé, può avere varie vicende: può essere modificata, derogata, abrogata in tutto o in parte, come può, invece, rimanere immutata per un tempo più o meno lungo. Ad ogni modo, queste diverse fasi della sua esistenza, se sono determinate da cause che le sono esterne, non possono essere considerate come una sua evoluzione naturale. Questa situazione non è neppure riferibile alle modificazioni che essa può subire, né in relazione alla sua efficacia giuridica, né alla sfera delle applicazioni di cui è suscettibile. Infatti, per la loro stessa natura, anche esse sono esterne alla legge che le prevede e le regola in astratto e possono verificarsi in misura differente, come pure non verificarsi affatto.

La legge, in altri termini, se considerata in sé, è del tutto inerte, non è titolare di una volontà propria o di una mente diversa da quella che esprime e che si è, per così dire, cristallizzata e immobilizzata affinché duri nel tempo. Essa, quindi, non ha una vita propria: «è materia, non anima»¹⁴.

È l'ordinamento giuridico, invece, ad essere dotato di un'anima. La legge o, meglio, le leggi sono coordinate e fuse nell'ordi-

¹⁴ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1962, p. 122 ss.

namento, fino a costituirne elementi integranti. E tali elementi costituiscono espressioni in continuo movimento delle sue forze vitali. Questa continuità appare, verosimilmente, il punto di raccordo ed accordo per Pugliatti in quanto così il diritto non è lasciato al rischio continuo di essere interrotto dalle plurime volontà umane che, mutando transeuntamente e repentinamente, ne vogliono destituire la sua natura essenziale, cristallizzatasi effettivamente nel tempo proprio per mezzo di quella disciplina più sopra richiamata.

Se per diritto, infatti, si intende un ordinamento giuridico o un'istituzione, un ente sociale, un'organizzazione, un sistema che sia costituito non di sole norme e di altri elementi per così dire inerti, ma anche di persone che lo determinano con un'attività che può svolgersi nei modi, nelle forme e con gli effetti più vari, si comprende facilmente che esso è, per definizione, qualcosa di 'vivo'. In quanto tale, esso si modifica continuamente, si rinnova, si evolve, pur rimanendo fermo nella sua identità che è comunque continuativa e durevole: ciò in quanto il vivo è per il vivo, come l'uomo è per l'uomo, conserva la regola originaria che è il soffio della vita; tanto che la violazione più grave del diritto è quella di togliere la vita.

Quindi, se si vuole parlare di vita e di evoluzione, anche con riferimento ai suoi elementi, vale a dire le norme giuridiche, secondo Santi Romano, si deve tener conto del fatto che si tratta di una vita e di una evoluzione che le investono, le toccano e le animano, nella misura in cui la vita e l'evoluzione dell'istituzione vi si manifestano. Ciò in quanto è quest'ultima, in realtà – seppure presa nel suo insieme e, quindi, con tutti i suoi elementi – che ha una vitalità ed una idoneità ad evolversi¹⁵.

¹⁵ Si vedano, in chiave storica, le elaborazioni pandettistiche sul rapporto fra l'attività giuridica individuale e gli elementi propri dell'ordinamento giuridico. In tal senso, la polemica fra Thibaut e Savigny: il primo, dell'idea che i tedeschi sarebbero stati felici soltanto nel momento in cui avrebbero avuto un codice (cfr. *Sulla necessità di un diritto civile generale per la Germania*); il secondo, notoriamente l'iniziatore della "Scuola storica del diritto" da cui origineranno la Pandettistica, nonché, di seguito, la Dogmatica e la cosiddetta "Giurisprudenza dei concetti" di Jering e Windscheid, le quali, a loro volta, hanno dato origine ad elaborazioni utilizzate ancora oggi, ma che, forse, saranno soprafatte dalle

L'evoluzione non fa in tempo ad esser tale che è chiamata dall'uomo già cosa voluta; e, infatti, essa stessa, come evoluzione, si evolve – ancora – sempre per una volontà che non tanto così vuole – ecco la chiave di lettura dell'istituzionalismo – ma che vede il mutare di fatti ed eventi disciplinanti/disciplinati e, dunque, vuole. E così evolve, riassetta; anche qui, in definitiva, interpreta.

2.2. *Evoluzione, interpretazione e intendimento sui termini giuridici*

Secondo Pugliatti il mutamento evolutivo del diritto è da analizzare alla luce di sole due correnti di pensiero, quella di Kelsen e quella di Ross: in Kelsen il mutamento è della *Grundnorm* (intesa qui come ordinamento) e «produce un radicale e simultaneo mutamento dell'ordinamento»; in Ross, invece, «essendo l'ordinamento come un organismo vivente, il mutamento della *Grundnorm* sarebbe espressione di una legge biologica di sviluppo e di crescita». Per Pugliatti la prima soluzione pecca di astrattezza ma è pienamente coerente alle premesse rigorosamente formalistiche di colui che la propone; la seconda, invece, presenta il difetto delle tesi organicistiche che abusano di una immagine e la sfruttano fino alle conseguenze estreme. Eppure questa seconda tesi merita per Pugliatti adesione più della prima in quanto mostra di essere legata alla concretezza storica.

È chiaro che storia ed evoluzione continua ed incessante sono anelli congiuntivi della questione *diritto*; rispetto, invece, alle brusche rotture rappresentate da Kelsen che, seppur coerenti, manifestano una coerenza puramente formalistica¹⁶.

Santi Romano osserva che quella che comunemente si chiama interpretazione della legge è interpretazione non di una legge o norma singola, ma di una legge o norma da prendere in esame in

tecniche di normazione contemporanee – dell'idea che una scienza del diritto organica e progressiva sarebbe stata più utile al popolo tedesco. Il problema di fondo, che ha attraversato le polemiche giuridiche nei vari secoli, è sempre stato uno: in che modo realizzare il valore irrinunciabile della certezza del diritto.

¹⁶ Cfr. sul punto S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, cit., p. 93.

relazione alla posizione che essa ha all'interno dell'intero ordinamento giuridico in cui opera. Ciò significa che il vero oggetto dell'interpretazione di cui si tratta non è la legge in sé, quanto piuttosto l'ordinamento. La norma singola rileva in quanto elemento che va a costituire, insieme a tutte le altre e ad altri elementi, l'ordinamento giuridico¹⁷.

È interessante mettere in relazione questa constatazione con l'altra che fa riferimento all'interpretazione evolutiva solo per alcune norme e non per altre, oppure con maggiore frequenza per certe norme e minore per quelle che rientrano in diverse categorie. Ciò dipende, infatti, dal maggiore o minor grado di suscettibilità delle diverse norme giuridiche di risentire delle evoluzioni dell'istituzione (ordinamento) cui appartengono.

Le parti di un ordinamento giuridico che si evolvono più facilmente e che hanno maggiori effetti sulle norme ad esse connesse sono quelle di diritto pubblico e costituzionale. Ciò perché la sfera del diritto privato conserva al suo interno delle norme che sono più lontane e, in un certo senso, distaccate dai centri principali dell'istituzione. Ne deriva che l'evolversi dell'istituzione ha ripercussioni che, per quanto importanti, sono in genere meno frequenti e numerose rispetto a quelle che interessano il diritto pubblico. Fanno eccezione eventualmente le norme di diritto privato poste a tutela dell'ordine pubblico.

Nel caso si considerino come fonti di diritto oggettivo anche i negozi giuridici privati e le leggi private in genere, Santi Romano evidenzia che per esse non si parla mai di interpretazione evolutiva. Infatti, senza negare la loro connessione all'ordinamento, esse vengono in considerazione singolarmente e isolatamente, perché non fanno interamente corpo con l'ordinamento statale. Quest'ultimo le permette e le difende, ma le abbandona a sé stesse per quel che riguarda il loro contenuto: per questo sono da considerare quasi indipendenti dall'ordinamento¹⁸.

¹⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Milano, 1970, p. 98 ss.

¹⁸ Con riferimento alle consuetudini, si è osservato che esse, poiché sono dei meri fatti accompagnati dall'*opinio iuris*, sono suscettibili solo di interpretazione storica, quale semplice accertamento. Per esse non è infatti possibile parlare di una volontà formata, né di modi intenderla.

D'altronde, Santi Romano concepisce, come si è detto, la stessa funzione del diritto quale materia 'cristallizzante' la realtà sociale; il diritto è l'elemento di 'immobilizzazione' delle dinamiche comunitarie, senza il quale non potrebbe darsi nemmeno un'idea di società. È probabilmente all'interno di questa ampia concezione del giurista che vanno ricercati i principali nodi problematici della sua ricerca sull'interpretazione. Egli scrive, a questo proposito, che «il diritto determina, fissa, immobilizza, cristallizza (...) le manifestazioni della vita sociale alle quali si estende la sua efficacia» e che è «così varia secondo la natura e i fini dei singoli ordinamenti»¹⁹. È evidente, dunque, che l'attività evolutiva propria dell'interpretazione, cui altri giuristi ritengono di dover attribuire un'importanza sintagmatica, per Santi Romano, pur non dovendosi sminuire, deve in ogni caso ricollegarsi a questa funzione primaria del diritto e della correlativa scienza giuridica. Su questo punto si osserverà come Pugliatti tenda a precisare meglio il concetto stesso di *linguaggio giuridico*, in relazione al problema ermeneutico e interpretativo del documento giuridico.

In ogni caso, la funzione 'cristallizzante' del diritto, secondo la teoria istituzionalistica, si tradurrebbe nel carattere specifico della norma giuridica, cui Santi Romano, in riferimento anche alle elaborazioni di altri autori, quali ad esempio Gentile, attribuisce un

Neppure per i trattati è possibile parlare di interpretazione in senso evolutivo, per ragioni analoghe a quelle che si sono viste nel caso dei negozi giuridici privati. È invece indiscutibile la possibilità di una evoluzione dei principi costituzionali e generali del diritto internazionale, per la suscettibilità a riflettersi sulla loro interpretazione. In conclusione, la cosiddetta evoluzione dell'interpretazione, da intendersi più esattamente come evoluzione dello stesso ordinamento giuridico che si interpreta attraverso i suoi singoli elementi, può sussistere «in quanto si riferisce a norme che vengono in considerazione, più che in sé e per sé, in stretto e indissolubile rapporto con l'essenza della vita istituzionale, il cui evolversi si riverbera su di esse, e quindi con l'intero ordinamento dal quale dipendono» (S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 188). Al contrario, se si modificano o vengono meno per altre cause e indipendentemente dal rapporto in questione, non si pone il problema di una loro evoluzione e, a maggior ragione, una loro interpretazione di tipo evolutivo. Si tratta, per Santi Romano, di un'ulteriore conferma della impossibilità di scollegare il problema dell'interpretazione da quello della concezione istituzionale del diritto.

¹⁹ S. ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 81.

valore fondativo²⁰ nella speculazione giuridica. E dunque può dirsi che «le norme sarebbero precisamente il mezzo o il processo con cui quella funzione si esplica concretamente»²¹.

Nel contesto così delineato si attribuirebbe un'autorità superiore alla norma, in quanto essa si sovrapporrebbe alla «volontà di coloro che vi sono soggetti», questi ultimi sarebbero, altresì, dominati dalle norme, le quali «escludono l'arbitrio dei singoli sostituendoli con criteri e principi costanti e determinati una volta per sempre e in modo uguale per tutti», riuscendo in tal modo «a rendere permanenti certe estrinsecazioni di attività ed effetti di tali attività che altrimenti sarebbero estremamente variabili»²². Il che sembra non divergere dalla teoria generale della *Grundnorm* kelseniana.

Ma Pugliatti non contrasta l'idea che il diritto – inteso quale gruppo sistematico di norme coerenti ed informanti l'unità del sistema – aderisca ad un'istituzione, ad un corpo sociale. Più specificatamente, Pugliatti mostra qualche dubbio²³ sull'esattezza dei termini utilizzati normalmente dalla teoria istituzionalistica e, sul punto, scrive: «l'aspetto primario nella teoria istituzionalistica, pone il problema – secondo lui fondamentale – del rapporto fra

²⁰ Cfr. G. CARCATERRA, *Dal giurista al filosofo. Livelli e modelli della giustificazione*, cit.

²¹ S. ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 81.

²² *Ibidem*, p. 81. L'elemento sul quale Santi Romano mostra la sua perplessità è quello relativo, come vedremo, al fatto che la funzione della norma, in questo modo, risulterebbe completamente astratta se non correlata alla realtà istituzionale in cui essa si estrinseca. Infatti, sottolinea Santi Romano, «se si rimane sul terreno della teorie semplicemente normative, non si riesce a specificare la differenza che distingue la funzione che il diritto esplica da quella o quelle analoghe esplicate da altre norme e, quindi, il carattere essenziale del diritto. Ogni categoria di norme, infatti, siano esse morali, economiche, o, se ancora altre se ne ammettono, di qualsivoglia natura, non hanno una funzionalità sostanzialmente diversa da quella delle norme giuridiche: donde l'inconsistenza di tutti i tentativi di definire, da questo punto di vista, il diritto».

²³ Infatti, nota Pugliatti, «ci sarebbe ancora da domandarsi quali concetti o idee corrispondano a quei termini (cioè, "ente" o "corpo sociale", citati dal Santi Romano): ma si correrebbe il rischio di dover censire altri termini, e soprattutto di doversi adattare ad una specie di continua sostituzione e identificazione terminologica»: S. PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, cit., p. 35.

l'istituzione e la norma»²⁴ (l'ambito di operatività di questa). In base all'approccio istituzionalistico, la norma sarebbe solamente un aspetto 'derivato e secondario' dell'istituzione o ente che la personifica.

Così, anche per un altro autorevole esponente di questa corrente di pensiero, Hauriou, le regole giuridiche svolgono una parte secondaria di fronte alla vita dell'ente. Ciò rappresenta, evidentemente, una valorizzazione ontologica del *dato sociale* che il diritto rappresenta. Pugliatti scorge l'aspetto problematico di tali teorie e le evidenzia. Le istituzioni non possono fare a meno, sostiene, delle norme giuridiche, che hanno una funzione imprescindibile. Infatti, scrive Pugliatti, «i sostenitori delle teorie istituzionalistiche non riescono a liberarsene e alla fine, pur attribuendo loro una posizione subordinata e funzioni non ben precisate, riconoscono in generale che il diritto si presenta come norma»²⁵ e questo aspetto non può essere evidentemente trascurato.

Pugliatti si mostra molto attento all'utilizzazione di un'appropriata terminologia giuridica, la quale, soprattutto nel momento in cui si discute delle teorie istituzionalistiche, in rapporto ai fondamenti normativi del diritto, sembra assumere un'importanza fondamentale. Proprio al problema linguistico, Pugliatti offre una riflessione compiuta.

E, come ricordato, a proposito di un'analisi sulle teorie del diritto, lo stesso Pugliatti, circa i concetti contemplati e contesi nel significato dal normativismo e dall'istituzionalismo, scrive: «ci sarebbe ancora da domandarsi quali concetti o idee corrispondano a quei termini (*cioè, "ente" o "corpo sociale", citati dal Santi Romano*): ma si correrebbe il rischio di dover censire altri termini, e soprattutto di doversi adattare ad una specie di continua sostituzione e identificazione terminologica»²⁶.

È chiara la posizione di Pugliatti ed è così leggibile: l'analitica del linguaggio sfocia in altrettanta analitica in quanto il *logos* non può essere fermato da un'assegnazione linguistica operata dal

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ *Ivi*, p. 37.

²⁶ S. PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, cit., p. 35.

nomos. Si tratterebbe di maneggiare il logos con gli istituti delle istituzioni grammaticali della lingua, con le sole regole del parlare, senza nulla dire sui contenuti qualitativi della parola.

Saussure per primo accolse il concetto di lingua quale istituzione, o per meglio dire, di istituzione umana o istituzione sociale, differenziandosi da altri ai quali sfuggiva il collegamento fra sistema linguistico e istituzione.

Devoto, continua nella sua analisi Pugliatti, sosteneva, per converso, che le istituzioni «costituiscono una forza esterna che condiziona lo spirito pratico»²⁷; le istituzioni sarebbero di vario tipo e il diritto non è altro, secondo lo studioso della lingua italiana, che il “linguaggio delle istituzioni”. Che la materia giuridica esprima una sua lingua è fuori di dubbio, perfino un suo stile²⁸. Ora, il problema è vedere come interpretare il fenomeno giuridico e se la lingua abbia un rapporto diretto con l’istituzione o derivi dal significato metaforico del diritto.

Devoto, nota Pugliatti, esprime un suo concetto preciso di istituzione, un concetto antinormativistico: così, le istituzioni sarebbero rappresentate da una serie di caratteri o nozioni, consolidate nel tempo da una determinata comunità, con o senza l’apporto di una determinata volontà formatrice; le norme sarebbero “appoggi pratici”, resi importanti o determinanti «per sostenere istituzioni

²⁷ S. ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 43. Pugliatti cita l’opera di G. DEVOTO, *Pensieri sul mio tempo*, Firenze, 1945.

²⁸ *Ivi*, p. 44. La linguistica giuridica è argomento poco studiato dalla dottrina ma, senza dubbio, andrebbe approfondita per l’apporto che molti giuristi italiani hanno fornito ad un uso scientifico della lingua italiana e alla stessa utilizzazione di figure retoriche (si pensi, fra le altre, alla litote, che consente di stemperare le affermazioni o le negazioni, come nel caso di “non manifesta infondatezza”, utilizzato dai giudici della Corte Costituzionale e dai giudici e Corti inferiori per il sindacato di legittimità costituzionale). Devoto, nota Pugliatti, rilevava che il linguaggio giuridico forse si presentava troppo spesso avulso dalla realtà, mentre il diritto e le leggi in generale non facevano altro che riflettere i dati positivi. Ma se si intende come istituto, secondo Devoto, la lingua è una chiave «per una retta interpretazione, non più metaforica ma reale, dei fatti di lingua. Come gli atti dell’uomo, non inquadrati in una società costituita, non sono suscettibili di classificazione e quindi di comprensione senza lo strumento delle leggi e delle consuetudini, così gli impulsi espressivi, senza inserirsi come atti in quell’istituto-strumento che è la lingua, rimangono incomprensibili e sterili».

già delineate ed esistenti e per favorire la partecipazione consapevole e costruttiva degli utenti»²⁹.

2.3. Forma e contenuto delle norme e del diritto: dalla grammatica normativa alla giurisprudenza come filosofia del diritto

Le questioni fin qui affrontate consentono di riflettere sulla forma e sul contenuto delle norme e del diritto.

Secondo le dottrine tradizionali, giusnaturalistiche e positivistiche, l'*ordinamento* è, sotto il profilo della forma, un insieme, anzi: esso è l'insieme delle norme o degli interessi o dei rapporti o degli istituti giuridici e il *sistema* è l'insieme dei concetti costruiti dal giurista a partire da quei dati, che *rispecchiano* e *ordinano* i contenuti da essi offerti, con il fine specifico dell'interpretazione

²⁹ *Ivi*, p. 45. Come appare evidente siamo agli antipodi della teoria normativistica, secondo la quale l'istituzione (che in questa accezione consideriamo quale sinonimo di "ordinamento giuridico") è data dalla esistenza di *sistemi di norme*. Secondo Kelsen il sostanziale rapporto di unità che vige fra le norme di uno stesso sistema (che, appunto, in quanto tale è caratterizzato dall'esistenza di *apparati normativi*) per quanto concerne la loro norma fondamentale, è un'unità di tipo dinamico e multiforme. Le norme di un ordinamento possono infatti *derivare* direttamente o indirettamente dalla sua *norma fondamentale* e ottenere nella medesima maniera la loro validità. Esiste, nel sistema, in altri termini, una gerarchia delle norme che caratterizza il sistema stesso. Ma si tratta di una *gerarchia funzionalizzata*, che segue un *ordine tipologico*, oltre che logico. Così, scrive Kelsen, le norme di rango inferiore «conseguono dalla norma fondamentale senza bisogno di uno speciale atto produttore di norme, di un atto cioè di volere umano» (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 406). La norma di tipo particolare è, per così dire, contenuta in quella fondamentale ed è in questo senso che si deve – o si può – parlare di *sistema giuridico* in termini tecnici. Secondo taluni. La dottrina pura di Kelsen rappresenta, in realtà, l'ultimo e forse tentativo di salvare il concetto stesso di *sistema giuridico*, identificandolo, peraltro, come un sistema meramente formale, con una struttura di mere forme (appunto, le norme) capaci di racchiudere in sé qualsiasi contenuto precettistico e contenutistico (si veda in proposito K. LARENZ, *Storia del metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966, p. 102 ss.). La dissoluzione dei concetti di Stato, di persona giuridica (di soggetto del diritto), l'identificazione del diritto soggettivo ed oggettivo, non sono che gli esempi emblematici e più significativi.

esatta delle norme (conforme alla ragione logico-sistematica o alla volontà legislativa o alla realtà degli interessi sociali); per la teoria kelseniana l'ordinamento non offre dati o contenuti ma semplicemente *forme e procedimenti* perché qualsiasi contenuto possa diventare il contenuto di una decisione giuridica, di una norma a vari livelli del processo di concretizzazione del diritto.

Ne discende che l'ordinamento si presenta come un complesso di decisioni-norme, prese a vari livelli (Costituzione, legge, regolamento, sentenza, atto amministrativo, negozio, atto coattivo concreto/esecuzione) in quanto complesso di norme ordinate *grammaticalmente* nella loro concatenazione formale-produttiva (quindi gerarchica), indipendentemente dai loro contenuti³⁰, e quindi indipendentemente dal fatto che il giusto risulti o meno nel legale.

Per Pugliatti i termini non stanno propriamente così, anzi, «la giustizia non è che la forma universale del diritto ... giustizia e diritto, si sintetizzano nella dialettica della forma e del contenuto»³¹.

Nel contesto kelseniano, quindi, la determinazione di qualunque contenuto della norma, fosse anche di quella inferiore da parte della norma superiore, avviene negativamente, escludendo cioè determinati contenuti giusti come in concreto validi: e infatti qui risiede il germe della teoria formalista del diritto perché la norma superiore non è mai in grado di selezionare il contenuto di tutti gli atti mediante i quali essa è data-eseguita, ossia, prime tra tutti, le posizioni della norma inferiore. Essa, in «rapporto all'atto di produzione normativa o di esecuzione che la esegue, ha sempre e soltanto il carattere di una cornice che deve essere riempita per mezzo di questo atto»³², traducendo così in maniera lineare il

³⁰ L'ordinamento si identifica, dunque, con il sistema delle *forme* e dei procedimenti mediante i quali è prodotto un diritto valido. Secondo Kelsen, l'ordinamento-sistema disciplina la sua «propria produzione, e precisamente nel senso che una norma giuridica disciplina il procedimento con cui un'altra norma giuridica viene prodotta ed anche – in grado diverso – il contenuto della norma che deve essere prodotta»: H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 78.

³¹ S. PUGLIATTI, *Giustizia e diritto nella giurisprudenza romana*, cit., p. 64.

³² *Ivi*, p. 79. Ne deriva, in ogni caso, che il soggetto che ha il compito di porre la norma inferiore esprime sempre un determinato margine di discrezionalità, ossia, egli ha una possibilità di scelta «tra più possibilità che sono date entro questa cornice». Questa scelta è sempre il frutto di un atto di volontà e non già

concetto di forma vuota; e più questa è tale più il diritto è puro in senso kelseniano.

Nell'ordinamento normativo non si registra alcuna «dialettica della forma e del contenuto»³³ enunciata da Pugliatti perché i due versanti si concludono in una dimensione duale, mai aprendo al dialogo che investe il momento relazionale, dialettico appunto. Da qui si comprende come Pugliatti si riferisce, seppur indirettamente, alla pluralità delle ipotesi di senso sollecitate da ogni individuo mediante l'attività dialogica, che si dà nella terzietà del diritto, attraverso – appunto – l'interpretazione giuridica.

In altri termini ancora, nel formalismo giuridico non vi è spazio per un sistema giuridico che contempra «il contenuto delle norme»³⁴ dell'ordinamento così come (delle norme) l'«appartenenza al medesimo ordinamento non dimostra che una pluralità di norme costituisca un sistema»³⁵. La norma, infatti, se vista solo come forma, essa appartiene al sistema formale che la contiene; ma quando è vista, come per Pugliatti, anche nel contenuto, allora la stessa sfugge all'oggettivazione in un (solo) sistema.

L'identificazione operata dal Kelsen di ordinamento e sistema significa propriamente riduzione o assorbimento del secondo termine nel primo, per cui «l'unità del diritto assume un nuovo e diverso significato: non più l'unità dei rapporti sociali, che dal basso si espande alle leggi e alla sistemazione scientifica, ma l'unità di un canone logico-giuridico»³⁶. Questa unità è tutta sistemi-

di un atto intellettuale di comprensione e valutazione. Per Kelsen non può dunque esistere un'unica decisione esatta presa sulla base di una legge, nell'applicazione al caso concreto, né può altrimenti opinarsi che l'esattezza di questa decisione si fondi espressamente dal contenuto della legge. La conclusione che se ne deve ricavare è che la dottrina pura del diritto limita il compito dell'interpretazione giuridica alla pura e semplice interpretazione letterale, all'indicazione dei «significati possibili secondo il senso delle parole, tra i quali poi chi applica la legge deve operare la sua scelta»: K. LARENZ, *Storia del metodo della scienza giuridica*, cit., p. 114.

³³ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 78.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ N. IRTI, *Metodo sistematico e leggi speciali*, in *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, Roma, 1991, p. 301.

³⁶ *Ibidem*.

co-grammaticale, fondata sul positivismo formale, e «tace sul contenuto delle norme (...). L'unità dell'ordinamento è neutrale rispetto alla costruzione del sistema»³⁷.

Nonostante questo sfondo culturale in cui si compie lo studio di Pugliatti, condizionato da questa idea 'svuotata' del sistema di diritto inteso nella maniera kelseniana, e nonostante questo abbia influenzato per parte anche il suo pensiero, lo stesso Pugliatti presenta però un'accentuazione diversa e più pregnante del significato della *norma* e del *diritto*.

Se, infatti, il formalismo giuridico cerca di fondarsi in parte anche sulla *lex romana*, nel senso chiarito di legame e richiamo alla legalità, nella quale confluisce anche la giustizia, nel pensiero di Pugliatti c'è una presa di distanza dalle forme che non aprano ai contenuti. E proprio sulla *giurisprudenza romana*³⁸ Pugliatti presenta una profonda riflessione su giustizia e diritto che gli consente di operare un salto teoretico qualitativo, dalla grammatica alla filosofia del diritto.

Scrivendo Pugliatti che il «contenuto della giustizia è il diritto, e la giustizia non è che la forma universale del diritto ... giustizia e diritto, si sintetizzano nella dialettica della forma e del contenuto»³⁹. Si può osservare che è il momento dialettico, inteso come dialogicità delle relazioni giuridiche, a segnare e portare in luce i contenuti del giusto, che non possono essere racchiusi nelle norme in quanto contenuto della giustizia è il diritto e quindi contenuto del legale, cioè delle norme, è il giusto stesso.

Il *dia-logos*, che Pugliatti individua come momento dialettico, al tempo stesso distingue e unifica giustizia e diritto, pertanto in tale unificazione si ha un contenuto che ad entrambi appartiene; il giusto contenuto in una unica forma del legale. La giustizia, in-

³⁷ *Ivi*, pp. 300-301. In questo senso aggiunge K. LARENZ, *Storia del metodo della scienza giuridica*, cit., p. 115: «Tutto ciò che il giurista considera come il suo proprio compito: l'interpretazione di massime e istituti giuridici e il perfezionamento del diritto "in conformità al senso", qual è richiesto dalla concatenazione dei fatti (per mezzo dell'analogia o dello sviluppo di un principio giuridico) non può in alcun modo pretendere il rango di una 'scienza'».

³⁸ S. PUGLIATTI, *Giustizia e diritto nella giurisprudenza romana*, cit.

³⁹ *Ivi*, p. 64.

fatti, da sola, cioè senza il diritto, sarebbe una forma vuota, e il diritto un informe contenuto, cioè un contenuto non destinabile ma fine a se stesso.

Tanto che, presi in modo solitario e disgiunto sarebbero – continua Pugliatti – «l'una e l'altro due astrazioni. Insieme: una sintesi concreta»⁴⁰. Questa sintesi è operata dalla forza giuridica del dialogo, unica forza ammissibile nel 'sistema diritto' che promana dalla volontà libera di ogni uomo, e non già da un dato ordinamento legale che costringe le volontà stesse. In tutti i suoi elementi, infatti, l'intero fenomeno della giuridicità è radicato nel *volere libero dell'uomo*, nel suo essere imputabile.

Attraverso questa sintesi alla quale Pugliatti fa riferimento, si può osservare che il nucleo della concreta quotidianità è il giudizio del magistrato come valutazione dei contenuti delle concrete condotte imputabili e delle norme che le contemplano in astratto.

Analogamente si può osservare che giustizia e norme di un *sistema diritto* sarebbero, in un loro presunto autosufficiente isolamento, due astrazioni, perché mancherebbero di una 'sintesi concreta', che viene raggiunta ogniqualvolta il fenomeno della giuridicità entra nella concretezza di una realtà sociale, nella sua configurazione storica, pur non dissolvendosi in essa perché custodisce una pretesa incondizionata di giustizia.

In queste considerazioni sul giusto, emerge in Pugliatti il nesso teoretico tra norma, diritto e interpretazione e quella generalità e strattezza che caratterizzano l'ambiente del formalismo giuridico, acquistano in Pugliatti un valore diverso: i concetti, i precetti, i principi, sembrano tutte nozioni delle quali – in un primo e apparente momento – si coglie subito che «hanno un contenuto generico»⁴¹ così come – secondo una sua rilettura – presentano un contenuto generico anche i tre principi generali della giuridicità esposti in Ulpiano⁴²: *a) vivere onestamente, b) non danneggiare alcuno, c) dare a ciascuno il suo.*

Secondo l'itinerario di Pugliatti anche in essi è indispensabile

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ivi*, p. 61 ss.

⁴² *Ibidem.*

una sintesi concreta che consenta a queste affermazioni di non restare tali, entrando ed inscrivendosi nella concretezza della socialità attraverso l'attività interpretativa che illumina la *norma* positiva che si riferisce ad un singolo caso concreto, riavviando l'essenzialità della riflessione su giustizia e diritto, tra norma e interpretazione.

In questa 'sintesi concreta', in presenza di un singolo caso, appunto concreto, di una controversia che riguarda una definita relazione interpersonale, la giustizia esce da quella apparente astrattezza formale, così come la *norma* di un sistema legale viene riferita ad una particolare realtà, che mai può essere già scritta dal legislatore nell'astrattezza del contenuto normativo, con la storia delle persone di quel caso specifico e concreto. La storia di ogni 'io' non si lascia sistematizzare né in un insieme grammaticale né in un insieme normativo, e né di rango inferiore (le *norme*) né di rango superiore (la *Grundnorm*), perché questa attribuzione tradurrebbe solo un'operazione tecnica di classificazione per gradi dell'uomo, senza alcuna valutazione e riflessione sulla qualità della vita relazionale, unico scopo del diritto.

2.4. *La logica delle e nelle norme. Dato positivo, concetto e sistema*

Lontano dalla dimensione di una 'sintesi concreta' di giustizia e diritto, come quella descritta, si resta nell'ambito del sistema normativo, al quale Pugliatti dedica osservazioni e critiche, a partire dalla questione della logica che appare necessario venga discussa nei suoi tratti più significativi per chiarire le posizioni dell'autore.

Il concetto di *logica*⁴³ elaborato da Pugliatti cammina insieme

⁴³ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p.153. Come è noto, la logica è un valido mezzo del giurista e del filosofo. Del resto il filosofare pure è legato, si conceda l'espressione, a *regulae cogitationis*: «Il filosofare – e proprio esso – deve certamente passare sempre attraverso un sapere concettuale e rigoroso e attenersi ai suoi mezzi (...)», M. HEIDEGGER, *Principi metafisici della logica*, citazione introduttiva in B. ROMANO, *Ortonomia della relazione giuridica. Una filosofia del diritto*, Roma, 1997.

a quello di ordine in quanto, per l'autore, ove ci si interessi di logica è primordiale un concetto di ordine, almeno *latu sensu*. Dice Pugliatti: «il ricorso alla logica è legittimo ed inevitabile non solo perché il ragionamento postula necessariamente (anzi non è altro che) la logica in atto, ma perché lo stesso ordinamento giuridico si richiama più o meno esplicitamente alle leggi logiche. Infatti ogni ordinamento giuridico si presenta come organico sistema di norme e principi, che costituiscono insieme un'unità: ciò che sarebbe già sufficiente sostegno per la risposta che si cerca»⁴⁴.

L'organicità di ogni sistema richiama ad un ordine proprio di questo sia sotto un profilo strutturale che pratico ed organizzativo. Solo un sistema di tale fattezze ha «pretese di resistere ad ogni attacco»⁴⁵. Quest'ultima espressione è adoperata dall'autore allorché si imbatte nello spiegare il significato di *concetto*. Sembra che i concetti abbiano a ritroso un patrimonio storico sociale dal quale è impossibile, ed anche inopportuno, voler prescindere. Si tratta anche di un patrimonio giuridico positivamente concepito e posto, ove ogni concetto si conforma al *dato*⁴⁶. Ma, più propriamente, emerge che i «concetti sono proiezioni delle norme»⁴⁷, anche se, di questa espressione, resta da chiarire il senso.

Anzitutto va osservato che la storicità intrinseca al diritto è la chiave che spiega i concetti nuovi e vecchi risolvendo pure il problema della distinzione tra ordine sociale ed ordine giuridico. «Così non si vuole immaginare oggi, mentre la legislazione speciale con ritmo celere ed incessante, distrugge le vestigia di un'organizzazione sociale che all'uomo politico è apparsa consunta e crea

⁴⁴ *Ibidem*, p. 153.

⁴⁵ *Ivi*, p. 151.

⁴⁶ I concetti, quelli della scienza giuridica, “vanno ricavati” dal patrimonio che è quel diritto effettivamente posto e che vige; il diritto positivo, appunto, poiché lì *sono dati* e lì è *dato* il concetto e il suo concepimento ideologico. In tal senso si esprime N. IRTI (a cura di), Calogero-Cesarini Sforza-Jemolo-Pugliatti, *La Polemica sui concetti giuridici*, Milano, 2004, Presentazione, p. VII, per il quale «l'oggetto della scienza giuridica è un dato», un *quid* che essa si trova innanzi «posto-come anzidetto – e imposto da altri». Si veda più innanzi al rapporto tra Pugliatti e Jemolo circa la concezione del dato storico.

⁴⁷ S. PUGLIATTI, *La logica e concetti giuridici*, ora in *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica*, cit., pp. 685-686.

gli istituti nei quali si vuole esprimere un ordine nuovo, e la legislazione generale tutta si rinnova, il giurista intento, calmo e indifferente, a ripercorrere il profilo dei concetti elaborati nella lenta evoluzione dei secoli, per renderlo più netto e lineare, e a rinsaldare gli anelli che legano un concetto all'altro, nella chiusa rete di un sistema che abbia le pretese di resistere ad ogni attacco». L'autore ci vuole indicare, in un senso più profondo, la via attraverso la quale un concetto giuridico si forma fino a crearsi definitivamente ed a rinnovarsi nell'evoluzione dei periodi storici. «Il lavoro dello scienziato subisce, più o meno sensibile e attenuata, l'influenza delle particolari contingenze in seno alle quali esso si svolge: e più visibile, come è ovvio, questa influenza diventa quando è dato osservare nell'ambiente profonde e durevoli crisi, vaste e radicali trasformazioni, innovazioni e sommovimenti che non lasciano zone riparate, e dalla superficie discendono e si spingono fino alle profondità più remote e si diramano poi in tutte le direzioni». ⁴⁸ Questi mutamenti ai quali il giurista pure è sottoposto alla stessa stregua degli altri scienziati sono il frutto dell'evolversi incondizionato di un qualsiasi sistema. Si pensi al fatto che tutti gli scienziati nel corso delle grandi scoperte della storia non si saranno limitati a ripetere esperimenti già triti e consumati e a riproporre teorie ormai logorate, nei periodi delle scoperte scientifiche rivoluzionarie.

Dunque, non si può non immaginare che anche lo strumento della logica, di cui i giuristi si sono serviti nel tempo, non abbia subito delle innovazioni concettuali o, anche, ripetizioni concernenti metodi e procedure; tutti elementi, questi, racchiusi nell'evoluzione *latu sensu* ⁴⁹.

⁴⁸ ID., *Grammatica e diritto*, cit., p. 151.

⁴⁹ Si veda in questo senso F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, p. 14 ss. Il giurista a proposito delle argomentazioni sull'interpretazione evolutiva, spiega, quasi come presupposto di una qualunque evoluzione, l'evoluzione appunto dell'interezza del sistema; come se, l'evoluzione non possa essere, in sé e per sé, connessa alla sola unità. L'autore afferma che non tanto l'interpretazione può evolversi, quanto non può non evolversi: ciò che si evolve – e che non può fare diversamente – non è l'interpretazione, ma l'ordinamento giuridico che ne è oggetto. Se è vero che ogni unità è parte del complesso organizzativo della comunità dei consociati, è vero pure che in maniera completa si

Con la consapevolezza che la scienza giuridica sia, come tutte le scienze, permeata da questi limiti connessi alla stessa attualità del momento storico e sociale in cui il giurista agisce, si è di conseguenza creata «un'aspirazione utopistica ad un sistema giuridico universale, immutabile ed eterno, che cullò i sogni di giuristi pratici e di scienziati di altro tempo, così consolidandosi – continua l'autore – la fede nell'assolutezza dei concetti giuridici. Ma ormai non si fa molta fatica a relegare tra i sogni quell'aspirazione e tra gli errori ottici quella concezione: sicché mi pare si possa considerare come un sicuro punto di partenza per ogni discussione serena l'affermazione del *valore relativo* dei concetti giuridici di qualsiasi specie»⁵⁰.

2.5. Logica e pensiero sui concetti giuridici

Il riferimento alla questione dell'affermazione del *valore relativo* dei concetti giuridici, consente di poter dire dello stesso valore anche delle norme, ma bisogna chiarire – con gli strumenti di Pugliatti – che per certi versi affermare che il giurista riconosca una relatività dei concetti giuridici potrebbe significare che lo stesso, indirettamente, dica che i giuristi stessi non siano più tali o non lo siano più compiutamente: a venir meno, infatti, non tanto è la scienza giuridica quanto la figura del giurista, quasi che tale scienza sia priva di quest'ultimo, il giurista, appunto, «artista della ragione»⁵¹.

ha evoluzione della singola unità quando l'evoluzione ha interessato l'interezza che racchiude tutte le unità, dunque in un sistema. Così, a proposito della norma, può agevolmente dirsi che non tanto è la norma, o quel diritto contenuto in quella norma, ad evolversi, quanto l'ordinamento giuridico, il sistema giuridico cui la norma appartiene. L'evoluzione del complesso giuridico è primordiale, o si direbbe meglio, propedeutica, all'evoluzione della singola norma. Si voglia pure vedere in tal senso S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 116 ss.

⁵⁰ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 152.

⁵¹ B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo perfetto*, Torino, 2006, p. 7. L'autore, nel descrivere la figura del giurista, colloca quest'ultimo inserito in un processo di mutazione nel quale risulta un tecnico del diritto sot-

Anche in tal senso quelli che sono concetti giuridici, in realtà sono pseudoconcetti, secondo il significato più volte ribadito in questo lavoro. «Si tratta, a parlar più propriamente, di pseudoconcetti, cioè di schemi necessariamente astratti, costruiti mediante un processo di *generalizzazione*. Del concetto, dunque, manca la nota essenziale: il carattere di *universalità*, per il quale esso mantiene la sua *vera concretezza*»⁵². Sembra, dunque, che il tentativo di enucleare veri concetti risulti sempre vano; «ma è facile convincersi che non si possono dare veri concetti, aventi carattere di universalità, quando si debba asservire (come accade per la scienza giuridica) la elaborazione teorica a contingenti esigenze pratiche, e quando il dato positivo, cioè la norma, è nel dominio di una volontà che può determinarsi con libertà quasi assoluta»⁵³.

Dunque, «i concetti giuridici sono pseudo-concetti (da un punto di vista filosofico); il loro processo formativo è segnato anzitutto dalla fissazione, attraverso procedimento deduttivo e di astrazione da ciò che è, dalle leggi, dal diritto positivo, di un nu-

tolineando che lo stesso è privato di quel supremo ruolo, sempre caro anche a Pugliatti, dell'esercizio della ragione "trasmutando" da artista della ragione a tecnico delle norme secondo un codice che si rifà a modelli di intelligenza artificiale. Il giurista ci appare come il risultato funzionale dell'«ibridazione dell'intelligenza umana con l'intelligenza bio-macchinale», tecnologica, tecnicamente modellata. In tale contesto i concetti giuridici stessi, privi del loro garante quale è il giurista, si trasformano inevitabilmente in qualcosa di diverso da quello per il quale sono stati, appunto, concepiti. Tale procedimento di *trasmutatio*, per l'autore, incide sulla qualità delle relazioni tra gli uomini e sulle strutture delle istituzioni.

⁵² S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p.152. È un punto questo di massima importanza poiché l'autore, attraverso l'affermazione secondo la quale i concetti si presentano come pseudo-concetti, svela una nota di preoccupazione che si costituisce e concretizza in tutte quelle elaborazioni teoriche nelle quali non si prescinde dall'apporto personale del giurista. Per quanto tale apporto possa esser conformato ad una realtà, per così dire, oggettiva, in cui Pugliatti riconosceva l'oggetto di osservazione, esso si veste di molteplici valutazioni che sempre ricadono nella sfera dell'intuizione soggettiva. Pertanto, una componente della logica cui ci si riferisce in un certo momento, consta sempre di affermazioni soggettive assunte come criteri, a ben dire, dati.

⁵³ *Ibidem*.

cleo omogeneo di previsioni contemplate dal legislatore»⁵⁴. Ma, come già accennato in precedenza, «nel determinare il concetto, o piuttosto nell'enunciarne il contenuto mediante una definizione, il giurista, anche senza averne coscienza, introduce qualcosa di più, un elemento di pura logica *come proprio apporto personale*»⁵⁵. Pugliatti sottolinea attentamente che tale procedimento, ovvero quello dell'apporto personale o, si direbbe meglio, della sua consistenza, suscita preoccupazione poiché di tale apporto non si conosce la portata. Questo *proprio apporto personale*, denominato «elemento di pura logica» viene posto «quasi a completare il lavoro svolto con procedimento deduttivo»⁵⁶. Allora – annota Pugliatti – due aspetti che subito suscitano attenzione: «la deduzione generalizzatrice sarebbe compiuta ed autosufficiente, senza quel tale apporto logico; questo apporto è, in qualche modo, gratuito (non legittimo, né necessario)»⁵⁷.

Il problema che appare come evidente è la difficoltà e, per conseguenza, l'opportunità di affidare ad un *modus cogitandi* scrupoloso l'individuazione dell'oggetto della scienza giuridica senza che questa operazione ceda il passo a fusioni tra scienza e filosofia, in quanto, appunto, «la filosofia del diritto è irriducibile alla scienza giuridica, perché opera su domande che si radicano nella specificità fenomenologica del diritto, avendo attenzione alla condizione di finitezza dell'essere-uomo, distinta dalla finitezza degli enti del non-umano»⁵⁸.

⁵⁴ *Ibidem*. Pugliatti cita in tal senso i versi di Jemolo tratti da *I concetti giuridici*, in *Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino*, vol. 75 (1939-1940), p. 4.

⁵⁵ *Ibidem*. E, continua l'autore: «ecco, su questo punto che mi pare esprima una fondamentale preoccupazione Jemolo io ritengo si debbano attentamente aprire gli occhi».

⁵⁶ C.A. JEMOLO, *I concetti giuridici*, in *Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino*, vol. 75 (1939-1940), p. 5.

⁵⁷ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 153.

⁵⁸ B. ROMANO, *Ortonomia della relazione giuridica. Una filosofia del diritto*, cit., p. 13. La filosofia del diritto è irriducibile alla scienza giuridica (...). L'autore (citando Kojève, *Linee di una fenomenologia del diritto*) sottolinea che la differenziazione tra scienza giuridica e filosofia del diritto è ravvisabile nella natura degli interrogativi di quest'ultima che ricadono sulla condizione essenziale ed esistenziale dell'uomo, e del solo uomo, nella sua finitezza piuttosto che

Al contrario si osserva che l'oggetto proprio della scienza giuridica⁵⁹, qualunque esso sia, purché posto come oggetto, «è un dato: qualcosa che essa trova dinanzi a sé, posto e im-posto da al-

sulla condizione di tutti quegli altri enti i quali, seppur finiti, alloggiano al di fuori dei caratteri propri dell'uomo. La specificità fenomenologica del diritto è fenomeno dell'intersoggettività; e, al proposito continua l'autore: essa «è descritta e discussa, se è interpretata la sua differenza rispetto ad altri ambiti con i quali confina, ovvero rispetto agli altri diversi fenomeni dell'intersoggettività, come l'economia, la politica, l'amore, etc.». Cfr. anche L. AVITABILE, *Interpretazione e testi di Kojève-Sartre-Lubmann*, Torino, 1998.

⁵⁹ Si discute ancor più attualmente, a proposito della scienza giuridica, se essa sia un prodotto giuridico a se stante o se in essa si riflettano gli influssi teorici della Filosofia del diritto. Invero, «La cultura giuridica moderna è filosofica poiché il nesso tra filosofi e giuristi, connubio che fino alle soglie della modernità appariva come indissolubile, si rompe nella seconda metà dell'Ottocento. Ciò avviene per un potenziamento tecno-metodologico delle discipline positive, le quali, sono pur sempre state disegnate proprio dalla filosofia del diritto. Dunque è emblematica e paradossale la frattura di questo tanto vivo ed imprescindibile connubio: la filosofia del diritto realizza il suo obiettivo con la creazione dello stato moderno tutto improntato sul positivismo giuridico; ma all'interno dell'obiettivo che è lo Stato moderno alloggia un altro obiettivo, riflesso di questo, rappresentato dall'affermazione *tout court* del principio di legalità. Ebbene, è proprio questo risultato raggiunto, con sforzo intellettuale estremo, tenta, di contro e per paradosso, di allontanare la filosofia. Proprio questa, che ne è stata lo strumento determinante, per così dire in un'accezione *latu sensu*, la madre. Questo succedersi di eventi può definirsi come *processo di sterilizzazione filosofica*. «La scienza giuridica si fonda solo su modelli che seguono metodi tecno-giuridici ove ogni sistema giuridico (come il diritto civile, quello penale ...) è autonomo». Si giunge, dunque, a sostenere che la filosofia sia fonte inquinatrice del diritto e pertanto va emarginata, scissa dallo stesso. «Solo con un processo di rifondazione della scienza, attraversando le più note teorie di giuristi completi (come Kelsen e Bobbio), si è approdati ad una nuova formulazione dei concetti fornendo al giurista, come strumento di conoscenza, l'analisi del linguaggio: concetti della dogmatica vengono ridefiniti sulla scorta delle vecchie definizioni: conoscere quest'ultime, però, non significa comprendere a pieno come le stesse funzionino nel risvolto attuativo e procedurale (ad esempio conoscere le definizioni prescrittive di tutta la codicistica civile non significa conoscere come funziona il processo civile)». Ecco, dunque, che qui giace il divario tra essere e dover essere e il metodo tecnico-giuridico è sconfitto da questa stessa divaricazione. Così argomentava F. D'AGOSTINO, *Seminario per il corso di dottorato di ricerca in "Teoria degli ordinamenti giuridici" intitolato a "La filosofia del diritto nella cultura giuridica"*, Università degli Studi di Roma, "La Sapienza", Facoltà di Giurisprudenza, 16 marzo 2005, Istituto di Filosofia del Diritto.

tri»⁶⁰. La datità della norma ne segna l'invalidabile orizzonte. Certo, vi è pure un atto di scelta⁶¹ di codesto dato, la decisione di assumerlo in oggetto del sapere. Di tal ché si scopre che la scienza giuridica si appoggia su un duplice dato e presuppone, indiscutibili e irrevocabili, non solo un certo diritto, ma anche la scelta di questo diritto come diritto. L'atto umano, dunque, si configura sempre come una scelta della volontà⁶² che opera tra l'alternativa bene-male e la pena è inflitta per il male che colposamente l'io ha ingenerato nell'altro.

È sorprendente lo scarso rilievo che suole riservarsi alla decisione del giurista, che conosce in quanto riconosce, che si giova di studiare un diritto in quanto lo assume a proprio diritto. «Nessuno, né cittadino né giurista, è messo in un diritto; ma ciascuno sceglie, per così dire, la propria dimora giuridica»⁶³. Invero, appare più che doveroso non tralasciare l'espressione poc'anzi adoperata, ovvero *un giurista conosce in quanto riconosce un diritto*: si vuole intendere che il giurista assume la conoscenza di un diritto quando lo identifica come tale. Pertanto, in primo ordine, appaiono due le attività tese alla conoscenza del diritto: la prima è quella propriamente posta in essere da un interprete aperto alla conoscenza del fenomeno giuridico; la seconda quella dell'esistenza (diremmo in seguito logico-sistematica) di caratteri identificativi del diritto; ma qui il problema appare più di tecnica interpretativa: nelle parti che di questo lavoro verranno a seguire ci sarà modo di analizzare il concetto di diritto del Pugliatti alla luce di una sua teoria dell'interpretazione.

⁶⁰ N. IRTI (a cura di), *La Polemica sui concetti giuridici*, cit., *Presentazione*, p. VII.

⁶¹ Al riguardo F. MODUGNO, *Appunti per una teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998, p. 7. La scelta del dato, che promana dall'analisi del linguaggio, è sempre assimilabile ad un atto di scelta così come è inteso da Hans Kelsen secondo il quale, *a fortiori*, la procedura di attribuzione di significato alla norma è sempre un atto di volontà (...).

⁶² In tal senso cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Il male e la libertà*, Milano, 2007, p. 175.

⁶³ N. IRTI (a cura di), *La Polemica sui concetti giuridici*, cit., *Presentazione*, p. VIII.

È sufficiente qui considerare che l'interpretazione costituisce un insieme di processi attraverso il quale si cerca di attribuire un significato ad un testo normativo, quel significato che più conviene al testo stesso. Il significato del testo è la norma giuridica stessa, «ricavata secondo alcuni all'interno del testo e quindi semplicemente conosciuta dall'interprete ovvero, secondo altri, proposta, costruita dall'interprete stesso»⁶⁴. È dunque di agevole intuizione che il testo normativo al cospetto del giurista rappresenta un dato o, per meglio dire, il dato, almeno in quel determinato momento storico; questo dato, pertanto, «non appartiene alla natura, ma alla storia degli uomini. La norma è frutto del pensare e volere umano. E questo volere e pensare, nell'atto di stabilire le regole di condotta, e di selezionare gli eventi rilevanti per il diritto, non può non concettualizzare la realtà, ridurla a tipi e schemi generali. Sicché la scienza giuridica è scienza di secondo grado, scienza di un oggetto che è già, di per sé, un sapere, un guardare la realtà attraverso tipizzazioni concettuali»⁶⁵.

La scienza giuridica, diversamente dalle scienze della natura, non si trova dinanzi ad un semplice dato, che rientri in un ordine non-umano, ma già al risultato di un consapevole agire dell'uomo. La scienza e l'oggetto della scienza appartengono al medesimo mondo, che è il mondo del pensare e volere umano. E perciò il dato, la norma, che, nel proposto di regolare la vita è tenuta a pensarla per schemi e modelli tipici, usa e crea concetti.

Alla luce di queste considerazioni la scienza non può altro che elaborare concetti su concetti, ossia proseguire il principio di sapere trovato già nel proprio materiale di studio. Infatti è pacifico riconoscere che nuove formulazioni giuridiche, connesse all'evoluzione tutta dell'ordinamento, si formano, o meglio si direbbe si conformano, sulle formulazioni giuridiche già esistenti: per l'effetto, quest'ultime vengono assunte di fatto come un dato che costituisce la base di partenza del lavoro creativo del giurista. Cosicché i concetti non hanno mai natura originaria bensì derivata.

Queste considerazioni muovono su linee teoretiche di fatto e

⁶⁴ F. MODUGNO, *Appunti per una teoria dell'interpretazione*, cit., p. 5.

⁶⁵ N. IRTI, *La Polemica sui concetti giuridici*, cit., p. VIII.

finiscono con l'affievolire il dato assunto come dogmatico approdando ad uno studio problematico del dato precedente⁶⁶.

Dunque la norma si presenta al giurista come dato ovvero luogo di partenza delle indagini; ma essa è pure luogo di arrivo poiché è il risultato di un pensiero tipizzante della realtà. Non si può infatti prescindere, come accennato già nei paragrafi iniziali, dalla evidenza che la realtà circostante è l'oggetto dell'*agere* dell'individuo; cioè, come a dire che, non si può ritenere regolata la convivenza degli uomini rimettendosi alla sola esistenza delle norme astratte assunte a garanzia delle loro condotte; non si può fornire al giudice il criterio che permetta di accertare queste condotte come conformi o difformi alla norma; né questo né altro si può se non ricorrendo ad un *quid pluris* che risiede nella concettualizzazione della predetta realtà riducendola a modelli capaci, per intrinseco carattere di generalità e astrattezza, di applicarsi a classi di soggetti e di contegni. Alla stessa stregua le concettualizzazioni non attengono alle astrazioni delle sole norme che regolano un contegno, ma si estendono anche a quei contegni che pur se non regolati dalla normazione trovano disciplina nella soluzione del caso concreto. Per l'appunto un fatto per cui non vi è regolamentazione è un fatto che assurge ad un evento storico che non è determinato nel tempo e nello spazio ma piuttosto è determinabile *in re ipsa* stante l'esigenza della soluzione del caso specifico.

Tralasciando queste differenziazioni che sempre richiamano a rapporto tra giuridicità e fattualità, i concetti, dei quali le norme sono tessute e che la scienza giuridica provvede a svolgere e sistemare, non sono propriamente categorie teoretiche ma «formazioni arbitrarie ausiliarie del pensare e dell'agire»; e da Benedetto Croce furono perciò denominati pseudo-concetti⁶⁷ i quali, es-

⁶⁶ Cfr. F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, cit. Si veda in proposito il capitolo terzo "I problemi dell'interpretazione giuridica" dove l'autore tratta i punti salienti delle costruzioni dogmatiche secondo un *approccio sistematico al linguaggio* degli enunciati normativi e, al contempo, lo stesso autore, propone un diverso *approccio*, più propriamente definito *problematico*. Ciò induce a ritenere che per l'interprete il punto di partenza dell'attività ermeneutica non è dato ma prescelto (...).

⁶⁷ B. CROCE, *Logica come scienza del concetto puro* (1905), VIII ed., Bari, 1958, p. 13 ss.

sendo la legge non volizione concreta e reale ma «atto volitivo che ha per contenuto una serie o classi di azioni»,⁶⁸ stanno dentro la legge ed anzi ne sono elemento costitutivo. «Gli pseudoconcetti non sarebbero possibili se la realtà non offrissi accanto al dissimile il simile; il quale non è l'universale e necessario, ma il generale, un contingente (per così dire) meno contingente di altri, un variabile relativamente costante. E gli pseudoconcetti sono arbitrari non perché porgono il simile dov'è il dissimile ma perché irrigidiscono quel variabile che è costante solo relativamente, facendone qualcosa di assolutamente costante, e mutano il simile nell'identico»⁶⁹.

La teoria degli pseudoconcetti avanzata da Croce non introduce innocue novità di terminologia: infatti non si tratta di denominare pseudoconcetti i concetti della scienza giuridica ma di negare la stessa natura di concetti (puri) alle nozioni del diritto. Queste ultime vengono così ridotte o, se si vuole, degradate a formazioni arbitrarie e lasciate per intero nella disponibilità del legislatore e del giurista.

Infatti già si è detto che nelle valutazioni del giurista interprete o legislatore si introduce inevitabilmente un apporto soggettivo che va nella direzione di costituire il diritto di intenzioni umane, assoluta e incondizionata: non c'è vincolo che le governi e raffreni; esse irrompono nelle leggi speciali, deviano dalla tradizione dottrinarie, minacciano coerenza e unità del sistema.

A tal proposito Pugliatti si esprime chiarendo che «è facile convincersi che non si possono dare veri concetti, aventi carattere di universalità, quando si debba asservire (come accade per la scienza giuridica) la elaborazione teorica a contingenti esigenze pratiche, e quando il dato positivo, cioè la norma è nel dominio di una volontà che può determinarsi con libertà quasi assoluta»⁷⁰.

Pugliatti condivide la teoria crociana degli pseudoconcetti e dichiara fedeltà alla norma riconoscendo esplicitamente il diritto

⁶⁸ ID., *Filosofia della Pratica – Economia ed Etica*, 1908, VIII ed., Bari, 1963, p. 319.

⁶⁹ *Ivi*, p. 348.

⁷⁰ S. PUGLIATTI, *La logica ed i concetti giuridici*, in "Rivista di diritto commerciale", vol. XXXIX, 1941, I, p. 198.

come caduto in pieno dominio del volere umano. Egli teme e scongiura il «caos risultante dalla pluralità asistemica delle norme»⁷¹, e vi oppone i principi della logica e la necessità del sistema, e così scrive: «Ogni ordinamento si presenta come organico sistema di norme e di principi che costituiscono insieme una unità; l'esigenza sistematica è quindi retaggio perpetuo della scienza giuridica»⁷². E ancora: «La realtà dello scienziato è tutta nel sistema dei concetti che egli elabora sul dato positivo. Non c'è la possibilità di confondere il dato col concetto perché si tratta di entità di natura differente. Il concetto è reale (di quella sola realtà che può avere e, che appunto è realtà ideale), ed ha sua realtà anche se non corrisponde al dato: solo, in questo caso, è inadeguato o erroneo. E il concetto erroneo non determina una crisi nel campo della scienza, non intacca la legittimità, non ne corrompe i metodi, ma solo produce la necessità di procedere alle opportune rettifiche»⁷³.

È proprio in questo passaggio che emerge sorprendentemente una sorta di dualismo: i concetti giuridici la cui genesi irrompe dal diritto positivo, da questo non separabili né disgiungibili, nell'immediato se ne distaccano, guadagnano una loro ideale realtà, possono corrispondere o meno al dato testuale. Questa trascendente autonomia permette di misurare, come entità di natura differente, concetti e dati positivi, astratta logicità e contingente contenuto di norme⁷⁴. Si tratta di un raffronto che, da un lato, contraddice alla stessa genesi dei concetti giuridici (i quali, per venir ricavati dal dato positivo, non possono non corrispondervi), e, dall'altro, riesce del tutto inutile se quei concetti, accertati non conformi al dato e così scoperti inadeguati o erronei, abbisognano di opportune rettifiche. L'ineludibile alternativa è, insomma, fra una trascendente autonomia, che permetta di misurare verità, coerenza, unità dei dati positivi ed un'incondizionata aderenza ad essi, una totale immedesimazione con la loro arbitraria temporalità.

⁷¹ *Ivi*, pp. 198-205.

⁷² *Ivi*, pp. 198-199.

⁷³ *Ivi*, pp. 211-212.

⁷⁴ In questo senso G. CALOGERO, *La natura dei concetti giuridici*, cit., p. 183.

Pugliatti, sulla linea di Jemolo⁷⁵, insiste sul carattere storico dei concetti giuridici. Ma questo carattere è per Pugliatti, messo alle strette, piuttosto *storiografico*, mentre per Jemolo esso ha il significato di un'intrinseca *storicità*: nel primo la tradizione ricostruita dal giurista, e da lui raccolta con il vincolo di un obbligante eredità, annota l'indagare di oggi all'indagare di ieri, stabilendo una sicura continuità di categorie e schemi logici; nel secondo soggetto ed oggetto, giurista e norma, si coappartengono e si ritrovano in una concreta ed identica situazione temporale. Così appare consono osservare che Pugliatti guarda e studia il passato, traendone un invulnerabile dotazione di concetti; Jemolo, invece, sta, e si conceda l'espressione, dentro le cose che si fanno e mentre si fanno e da questa tormentosa temporalità né vuole né può uscire.

2.6. Dalla 'polemica' sui concetti: i risvolti sul pensiero giuridico

La teoria crociana degli pseudoconcetti, nata dalla crisi del positivismo ottocentesco e dalla ferma distinzione tra scienze naturali e scienze storiche, conduce i due giuristi a risultati radicalmente diversi: loro stessi sono concordi nel distaccare la scienza giuridica dall'alveo delle scienze naturali e nel ristabilire il rapporto tra essa e la storia degli uomini; sono concordi altresì, seppur con velata contraddizione, nel ridurre i concetti giuridici a pseudoconcetti, proprio cioè agli arbitrari schemi delle scienze naturali ed anche nel professare fedeltà ai testi positivi. Ma gli autori si discostano con evidenza laddove è necessario precisare quel rapporto e schiarire i modi di un generico storicismo. L'ambigua natura dei concetti giuridici, che per un lato si vogliono simili alle arbitrarie tipizzazioni delle scienze naturali, e per altro calati nella storia e nel mondo umano, dà luogo ad un singolare positivismo tra tardo ottocento ed ardito novecento.

⁷⁵ Così delineato in A. C. JEMOLO, *Ancora sui concetti giuridici*, predisposta nel 1942, è in "Rivista di diritto commerciale", vol. XLIII, 1945, I.

Il punto cruciale è che il pensiero di Pugliatti è attraversato da una sorta di professione di fede, da esprimersi in questi termini: «La scienza non crea uno stato d'animo, lo presuppone; non perviene mai allo scetticismo ma richiede come condizione di esistenza l'assenza di ogni scetticismo. In certo senso ... è una mistica»⁷⁶. E, Jemolo, interlocutore di Pugliatti, si esprime, di concerto con Calogero: «qualsiasi tentativo di costruire il sistema universale dei diritti e di cercare il suo fondamento in un mondo di concetti oggettivamente e teoricamente determinabile, naufraga contro l'elementare dato di fatto, che non c'è al mondo nessun diritto se nessuno vuole che esso ci sia (...). Ma chi ha paura della volontà ha paura della storia; e, come sempre, chi ha paura, finisce per restare sconfitto, giacché i valori sono eterni solo se si opera perché siano eterni, non già se si sta seduti a teorizzare che sono eterni»⁷⁷. Da un lato la volontà di credere, la fede nella scienza elaboratrice e sistematrice; dall'altro, la volontà di operare nel corso dei fatti storici, sicché chi studia un dato diritto vuole che esso sia e valga come diritto. Così teorizzando, la disputa sui concetti giuridici, abbandonando i regni rarefatti della logica, si consegna a discordi orientamenti dell'umano volere. La ormai più volte citata *polemica sui concetti giuridici*, oggetto di dibattito di quegli anni burrascosi, è un capitolo sempre acceso del diritto e nella storia del diritto poiché coglie i termini essenziali della *modernità giuridica*⁷⁸. Invero, nel quadro del diritto positivo era dato

⁷⁶ S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., p. 214. Cfr. anche sul punto ID., *Crisi della scienza giuridica*, in *Atti del XV Congresso Nazionale di Filosofia* (Messina 24-29 settembre 1948), Messina-Firenze, 1949, p. 512.

⁷⁷ A.C. JEMOLO, *Ancora sui concetti giuridici*, cit., p. 160.

⁷⁸ Del resto non può prescindersi dal considerare che i tempi erano maturi a fronte dello stato totalitario in auge dove l'ordinamento corporativo si trovava a transitare dalla società agricola a quella industriale attraverso leggi speciali e riforma dei codici ottocenteschi. In un siffatto clima il giurista era inevitabilmente sospinto ad interrogarsi, a porsi le domande ultime intorno al proprio mestiere. Gli interrogativi più assidui vertevano sul che cosa ne fosse della logica, di concetti costruiti con passione e fatica della razionalità che veniva dal passato e sembrava salda e sicura, cosa sarebbe stato di tutto questo se il terreno muta, si corrode, si sgretola. Cosa ne sarebbe stato altresì se i dati positivi, ai quali pure ci si teneva fedeli si offrivano come frammentari, disorganici, fortuiti. Ebbene è

riscontrare elementi – fenomeni giuridici e sociali non sempre conformati a concetti sempre accolti: pertanto la soluzione per l'efficienza pratica risiedeva nel tralasciare definitivamente questi concetti. Scrive ancora Jemolo «perché, come in ogni tempo hanno detto gli uomini di azione, dove ci sono grandi ed importanti scopi da raggiungere non si può indugiare a comporre bei quadri teorici...; e ciò anche perché nella vita, e nella politica che della vita è gran parte, i fattori irrazionali o comunque non logici sono ben più importanti di quelli razionali, ed i programmi politici dal punto di vista logico più perfetti con tutti gli anelli ben saldati tra loro, sono quelli più idonei a lasciare indifferenti i popoli»⁷⁹.

Pugliatti, anche se non proprio di contro, guarda dall'esterno il mondo politico, il tormento dei *facitori di storia*, e vi contrappone la logicità giuridica e l'esigenza perpetua del sistema. Se Jemolo assume su di sé e dentro di sé, nel suo proprio lavoro di giurista, l'angoscia del tempo, Pugliatti si tiene fuori dalla *zona del pericolo*, saldo nella sua fede difeso dal tecnicismo più sottile e raffinato. Ancora una volta non si indugia nel confermare che Jemolo avverte la dolorosa intensità del volere umano che insieme distrugge e costruisce e mai ha sosta, mai si pacifica con se stesso⁸⁰. Il volere umano è volontà universale nella quale pure è ri-

proprio il saggio pugliattiano del 1935 che si proponeva di svolgere alcune riflessioni sui i rapporti fra lo strumento logico e il dato positivo (cfr. S. PUGLIATTI, *Logica e dato positivo*, cit.). In questo saggio si assiste ad uno sprigionarsi e rivelarsi dell'interrogazione radicale dei giuristi italiani. Le riflessive pagine di Jemolo, con quell'assiduo notare di piccoli e grandi eventi, con quella lucidità e scaltrezza che fa posto ad ogni umana debolezza e violenza storica, sollevava nell'immediato il problema decisivo «a torto ... si parla d'illogicità dell'autore»; «È possibile che nel complesso delle norme del diritto positivo sianvi elementi che non collimino con certi concetti sempre accorti: ed allora occorrerà abbandonare questi concetti» (A.C. JEMOLO, *I concetti giuridici*, cit., p. 256).

⁷⁹ A.C. JEMOLO, *I concetti giuridici*, cit., p. 253.

⁸⁰ È pure da osservare che dal 1945 ai giorni nostri non si è cristallizzata alcuna stabilità di legge, ne riscoperta di tradizioni dottrinali piuttosto in termini di rinascita; e ancor più ciò che non si è ereditato da allora ad oggi è una continuità di sistema, forse quest'ultima che più premeva a Pugliatti. Lo stesso Natalino Irti, che nella prefazione a *La Polemica sui concetti giuridici* rappresenta queste problematiche di continuità e discontinuità del sistema, attribuisce le cause di queste eredità precarie prima all'impulso innovatore della Costituzione,

compresa la volontà normativa: ma il contesto storico permette che questa sia affidata a tecnici del diritto provenienti da molteplici formazioni politiche, sociali, ed extra giuridiche. In un quadro così delineato la volontà normativa è elaborata da più soggetti e si esprime allontanandosi sempre più dalla cultura dei giuristi. Ed ecco, dunque, la necessità che per costoro si pone di porsi dinanzi all'alternativa che si incarna soprattutto nelle posizioni di Pugliatti e di Jemolo: la prima consiste nel professare tenace e nobile fede nella scienza, nella logicità, nei concetti giunti dal passato (soltanto la tradizione può garantirli poiché essi né derivano da un mondo *super* positivo né sono tali poiché frutto del mondo positivo); la seconda consiste nell'aderire alla datità delle norme e cercare quel poco o quel molto che esse sono in grado di porgerci⁸¹. Tuttavia non può celarsi il sorgere indiscriminato e, diremmo quasi per automatismo naturale, di sempre più subdoli fenomeni giuridici anomali che sfuggono al controllo della cultura del giurista propriamente detto così da palesare, tale processo incondizionato, che la polemica sui concetti giuridici appartiene (pure ed ancora) al nostro oggi.

All'interno della polemica sui concetti Pugliatti volge anche lo sguardo alla funzione elaboratrice e sistematrice della dottrina. Del resto, sulla scorta delle più accreditate teorie del sistema giuridico, esso è spiegato come un prodotto culturale tanto da potersi affermare, che esso «è un insieme di proposizioni, e in quanto né gli insiemi, né le proposizioni sono realtà empiriche, il sistema giuridico è un'entità al massimo grado ideale (...). Il sistema, come sistema ideale, è quel *quid* al quale facciamo sempre riferimento quando descriviamo il diritto oggettivo, che concepiamo

poi alle innumerevoli *emergenze e contingenze* di un dopoguerra tutto teso all'organizzazione, alla dicotomia fra norme comunitarie e norme nazionali (...): questi fattori si sono svolti e tutt'ora si svolgono fuori dal controllo logico sistematico dei giuristi i quali non costituiscono più il nucleo della classe politica, né hanno forza di orientarne le scelte. Cfr. N. IRTI (a cura di), *La Polemica sui concetti giuridici*, cit.

⁸¹ Ad integrare quanto si è detto in precedenza della scienza giuridica piace riportare il passo che segue, quasi a riaffermare ancor più il concetto di volere umano; così delineato in G. CALOGERO, *Lezioni di filosofia*, II, *Etica-Giuridica-Politica*, Torino, 1946, p. 283.

come un particolare *prodotto culturale*; esso condivide con tutti i prodotti culturali il carattere dell'*autonomia*, più specificatamente della indipendenza logico-semanticamente e della permanenza, rispetto all'autore empirico»⁸².

Ciò è come a dire che si allude al sistema come prodotto culturale ogniqualvolta ci si riferisce ad un determinato diritto; il sistema, dunque, diviene un ambito entro il quale prendono forma e si cristallizzano le cose pensate così come le impostiamo nell'evolversi del processo storico tutto. Ma, per Pugliatti, in ogni sistema che si conosca, per quanto il concetto possa essere positivamente cristallizzato, non può negarsi che intervenga un cosiddetto apporto di pura logica.

Seppure in termini generali, ciò può obiettarsi, come effettivamente l'autore fa, con l'osservare che non risulta chiaro «in che propriamente consista questo apporto di pura logica»; ma resta inteso che «il compito del giurista non può ridursi a costruire deduttivamente i concetti isolatamente considerati, ma deve tendere a stabilire i legami tra i concetti, in modo che si possa comporre il sistema. (...)»; l'esigenza sistematica immanente ad ogni ordinamento giuridico, trapela nei singoli ordinamenti, in uno più e meno in un altro, ma sempre abbastanza chiaramente per chi ci voglia leggere bene dentro, ed è quindi retaggio perpetuo della scienza giuridica. «A nessuno può sfuggire la tendenza costante all'inquadramento sistematico, che traspariva anche dalle opere dei giureconsulti romani, i quali, enunciando la regola per il caso singolo, motivavano la decisione e la giustificavano con la enunciazione di un principio che la trascendeva e lasciava trasparire la tendenza alla generalizzazione: quella tendenza attraverso la quale, appunto, si giunge al concetto, mentre, nel tempo stesso, svelava i legami tra norma e norma, tra gruppi di norme, tra istituti, e faceva intravedere il tessuto di principi generali che costituivano la solida base su cui tutto l'edificio poggiava».

Quasi, dunque, a voler evidenziare che la generalizzazione, il ragionamento per genericità è la *condicio per quam* dei concetti nella loro continuità del sistema. Continua l'autore: «E quella che dico (e tutti diciamo, chi con debolezza idolatriva, chi con scetti-

⁸² G. CARCATERA, *Corso di filosofia del diritto*, Roma, 2000, pp. 218-219.

cismo iconoclasta) *tendenza sistematica*, non è altro che lo sviluppo necessario dell'altra tendenza, che pare (e non è) opposta: la *tendenza esegetica* (anch'essa pigramente idolatrata o con prevenzione combattuta). Poiché non si è mai data tanta ristretta esegesi che si limitasse per spirito pratico e per metodo teorico, al tentativo di determinare il contenuto di una norma sola, gelosamente e irrimediabilmente isolata (e con quale metodo di analisi chimica, quasi a ritrovare l'atomo dell'elemento semplice, si può riuscire ad isolare una norma): poiché – com'è ovvio – una norma, poniamo legislativa, non è una disposizione o proposizione e, tanto meno, un articolo.

E se, dunque, non si può fare a meno di tenere presenti i rapporti tra norma e norma, e da qui già si scoprono quelli tra i vari gruppi (e i legami interni si intrecciano e completano con quelli esterni, e se già attraverso la trama di quei legami si delineano i vari istituti, non vi può essere incertezza: *il primo serio tentativo esegetico è già il primo passo verso il sistema*»⁸³.

In definitiva l'autore vuole dimostrare che lo stesso ordinamento positivo è necessariamente consegnato al principio logico-sistematico.

Ma si deve andare nella direzione di chiarire che in Pugliatti l'evidenza sistematica si traduce in esigenza solo al fine di evitare la mistificazione⁸⁴ dei significati, la confusione del linguaggio, il profittare ed abusare delle formule concettuali, ora per un verso di giustizia ora, la medesima formula, per un verso di non-giustizia, in senso, appunto, contrario. Coerentemente questo metodo induce all'unità del sistema che si forma in una incessante continuità, mai contraddittoria o de costituente la logicità del sistema stesso che asserva ad un diritto che ha, in questa ottica, ragione di chiamarsi giustizia. Il problema pratico della legge, tra norme e concetti, è il problema, in un tutt'uno unitario (logica e sistema – *legal sistem*) ed univoco (giustizia), del tentativo di unificare Legge e Testo⁸⁵ in un'una sola dimensione, quella giuridica, dove la

⁸³ N. IRTI (a cura di), *La Polemica sui concetti giuridici*, cit., pp. 45-46.

⁸⁴ Sul termine 'mistificazione' Cfr. B. ROMANO, *Nietzsche e Pirandello. Il nichilismo mistifica gli atti nei fatti*, Torino, 2008.

⁸⁵ J. LACAN, *Le Seminaire*, V, Paris, 1988, p. 146. Sul punto cfr. B. ROMANO,

Legge orbita nella dimensione della *regola giuridica esistenziale* e il testo è custode di un tentativo reale del suo svelamento attraverso l'arte dell'interpretazione; da questa unione si darebbe viva e vitale una forma, pura ed indefettibile riducendo nel percorso della storia ogni possibilità pseudo-giuridica che è il prodotto del vizio congenito al linguaggio⁸⁶ e che riduce il diritto al formalismo.

2.7. *La scienza giuridica come sistema e gli effetti giuridici della costruzione concettuale*

Alla luce di queste considerazioni si deve poter ricavare una conclusione di indole metodologica. Si è infatti ripetuto in più parti che i concetti, di cui la scienza giuridica si serve, si ricavano per astrazione e generalizzazione dal dato che è la norma (ecco perché si può anche ritenere, adottando una nota terminologica, che essi possano considerarsi, da un punto di vista filosofico, come pseudo-concetti; purché però si avverta che nell'uso immediato che ne fa chi voglia limitarsi ad una conoscenza scientifica del fenomeno giuridico, essi sono veri concetti, o piuttosto come tali debbano essere considerati da chi se ne serve e nel momento in cui li costruisce e li adopera); al dato quindi essi vanno adattati. Se un concetto giuridico è conforme al dato non può essere negato da elementi razionali ricavati dal dato stesso: fino a quando si palesa come possibile perplessità o contrasto fra elementi forniti dal dato, il concetto non può essere accolto e l'elaborazione deve ritenersi incompiuta o imperfetta. Può comunque ammettersi che un concetto, fondamentalmente conforme al dato, assuma, in situazioni definite, per opera di altri riflessi del dato medesimo, particolari atteggiamenti che ammettano la coefficiente di altri principi o la coesistenza con altri concetti; ma non si può ammettere che la sua efficienza o esistenza possa essere cancellata.

La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos, cit. e B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2002, p. 166 ss.

⁸⁶ F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, cit., p. 132 ss.

Ecco dunque che una volta costruito il concetto in conformità del dato esso va sistemato cioè posto in armonia con altri concetti ricavati dallo stesso dato. E, di seguito, se tutti i concetti sono legittimamente dedotti l'armonia è fuori discussione; allorché nei concetti sarà possibile a condizione che gli strumenti della logica vengano rigorosamente adoperati e soprattutto a condizione che si osservi il principio fondamentale della coerenza fra premessa e conclusione. Semmai sussista il contrasto ineliminabile nel dato (ammesso che esso non sussista nel concetto), allora non si avranno logicamente concetti contraddittori poiché ciò presupporrebbe che due concetti contraddittori ricavati dallo stesso dato fossero ugualmente legittimi; ma si ha invece l'impossibilità di costruire un concetto conforme al dato e quindi legittimo.

Dice Pugliatti che «il dato per noi è la norma, o piuttosto il complesso delle norme costituenti la materia dell'ordinamento giuridico. È un dato che può chiamarsi positivo: ma l'adozione di questa posizione in sede dogmatica, richiederebbe a giustificazione, un discorso assai più lungo e complesso, che ci porterebbe in altra sede»⁸⁷.

È fuor di dubbio che il ruolo della logica è, per la scienza, strumento di sistemazione essa non garantisce della verità intrinseca del risultato. Il procedimento logico non indaga il dato positivo, ma lo assume come elemento da sistemare: punto di partenza da cui si dipanano e a cui si annodano i fili dei quali sono tessuti gli schemi concettuali che costituiscono il sistema. Non vi è possibilità di scambio fra dato positivo ed elemento logico ed il criterio logico può servire alla valutazione degli schemi concettuali a mezzo dei quali si attua la sistemazione scientifica, ma non è criterio del dato positivo.

La sistematica però è opera esclusiva della logica: qui dunque va ricercato il criterio per la valutazione dei concetti tecnici considerati in se stessi e nelle loro reciproche reazioni; così che, se la logica non può aver presa sulla materia prima da cui risultano costituiti i fenomeni giuridici, se non può eliminare gli elementi costitutivi che si atteggiavano in modo da farli talvolta apparire come anomali, essa però risponde della coerenza di quei principi in ba-

⁸⁷ N. IRTI (a cura di), *La Polemica sui concetti giuridici*, cit., p. 18.

se ai quali tutti i fenomeni giuridici, in apparenza normali o irregolari, sono coordinati in sistema. Il più elementare criterio logico, si è detto, è appunto quello della coerenza o corrispondenza tra premessa e conclusione: «se questo criterio si applichi rigorosamente, molti dubbi e molte inesattezze potranno essere dissipati»⁸⁸. Appare chiaro, dunque, che l'indagine intentata dal Pugliatti verte su un gruppo di problemi di tecnica sistematica, che sorgono in relazione ad alcuni fenomeni giuridici singolari e soprattutto con riferimento alle costruzioni poste in essere dalla dogmatica.

È proprio su questo filone che il problema che si presenta all'indagine è quello dei cosiddetti *Doppelwirkungen* o doppi effetti giuridici: «non vi è dubbio – dice l'autore – che uno stesso effetto pratico possa derivare da cause differenti: [sembra opportuno riportare il passo con il quale Pugliatti, a mezzo di esempio, spiega la duplicità degli effetti] come la morte di un uomo può avvenire naturalmente o violentemente, così un negozio giuridico può rimanere privo di qualsiasi effetto per il verificarsi della condizione risolutiva appostavi o a causa di un vizio originario che lo rende giuridicamente inesistente. Ma quando un evento si è prodotto, in virtù di una determinata causa, esso non può più prodursi ad opera di un'altra causa. E questa conclusione non è affidata al principio della causalità naturale, sibbene al principio della consequenzialità logica. Si tratta soltanto di coerenza tra premessa e conclusione: quando diciamo, infatti, che un evento *s'è prodotto*, diciamo che una possibilità è divenuta realtà, che la possibilità, quindi, cristallizzandosi, *si è consumata*. Se dunque questa possibilità o virtualità si è consumata, nessun evento essa potrà produrre, e se l'evento poteva essere prodotto da due cause indifferentemente, quella che ha operato rende l'altra per sempre inefficiente. Col prodursi dell'evento, anzi, tutte le cause si annullano nell'effetto: poiché un'antecedente può considerarsi come causa se e quando può operare e fino a quando ha operato per la produzione dell'effetto. Una possibilità realizzata è, come possibilità, *non più possibile*; cioè – che è lo stesso – in quanto realizzazione, non più possibilità. Il *riprodursi* dell'effetto dunque è *logicamente*

⁸⁸ *Ivi*, pp. 5-6.

impossibile. Nel campo della scienza giuridica opera lo stesso principio, e si può dire perciò che *il prodursi* di un effetto (giuridico) escluda *il riprodursi dello stesso effetto giuridico*. Su questo canone logico si fonda il principio ben noto: *electa una via non datur recursus ad alteram*⁸⁹.

Questo problema, evidentemente logico, apparirà più chiaro nella risoluzione affrontando, come va a seguire, il rilievo del fenomeno giuridico e quello del fatto giuridico nella ricostruzione del concetto e nella problematica del linguaggio.

Solo attraverso il chiarimento che apporta l'interpretazione del diritto sarà possibile evitare confusioni del linguaggio e delle parole; così nei fatti, altrettanto negli effetti.

⁸⁹ *Ivi*, pp. 6-7.

III

Norma e fenomeno giuridico.
Filosofia del diritto tra continuo-discontinuo

3.1. *La questione del 'fenomeno giuridico' e del 'fatto giuridico'*

Una possibile comparazione tra le teorie del diritto chiede di premettere una chiarificazione sulla questione del fatto giuridico e della norma, per arrivare a comprendere il concetto di una regola fondante che non è, precisamente, una norma fondamentale.

Si è sottolineato come l'idea di fondo della costruzione giuridica concettuale di Pugliatti consiste nell'accogliere, in un senso kelseniano, che la norma sia la *fonte legittimante* ma non propriamente in una accezione *ontologica* del diritto dove meglio si parlerebbe di regola originaria nel senso più volte già chiarito. Bisogna, dunque, intendersi sui termini. Più precisamente, secondo Pugliatti, «la fonte di ogni effetto giuridico è la norma, la quale però non è tutto il fenomeno giuridico. I presupposti di fatto e le condizioni alle quali l'applicazione della norma è subordinata, costituiscono elementi del fenomeno giuridico, considerato nel suo complesso integrale»¹.

Questa concezione *integrale* riesce ad evitare un duplice rischio: da un lato, di dissolvere i fenomeni giuridici nella norma, degradando il mondo dei fatti a semplice verifica, sociologica o storica, dell'osservanza di essa; dall'altro, di disperdere la valutazione giuridica nella volontà e negli interessi individuali. Il metodo che Pugliatti applica alla ricerca giuridica consiste sostanzialmente in una sintesi fra elemento formale e elemento sostanziale, ovvero tra qualificazione giuridica, che deriva dalla norma, e concreta materia di interessi e volontà, che derivano dall'essere umano nella sua integrità².

¹ S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., pp. 63-64. Secondo Pugliatti, in altri termini, il fenomeno giuridico è un fatto storico-sociale giuridicamente qualificato: «il nucleo (elemento sostanziale) promana dalla norma. Anche da un punto di vista strettamente scientifico, non filosofico, se può essere concesso analizzare separatamente contenuto e forma, non si può certo prescindere, per la comprensione piena del fenomeno, dal considerare gli elementi costitutivi nella loro sintesi».

² Non a caso, Pugliatti ribadisce, riflettendo sugli istituti disciplinati dal nuo-

Questi criteri performativi appaiono in tutta la loro problematicità anche in quelle opere nelle quali maggiore è l'intento didattico in Pugliatti e dove, però, non sembra affatto perdersi una visione unitaria del fenomeno giuridico e dei *fatti* rilevanti, dal punto di vista giuridico, che connotano la metodologia del diritto.

Così Pugliatti, insieme all'allievo Angelo Falzea, contribuisce efficacemente a chiarire i principali snodi problematici della teorica del negozio giuridico in un'opera espressamente dedicata all'interpretazione dei *fatti giuridici*³.

Nella teorica dei fatti giuridici, grande importanza assume, per Pugliatti, la determinazione di cosa si debba intendere realmente per "atto di volontà", che conforma il negozio giuridico. Il punto fondamentale è che la *volontà soggettiva* possa atteggiarsi in modo diverso per il diritto e ciò fa sì che alcune teorie, fondate essenzialmente sulla valorizzazione dell'*autonomia privata* tale da determinare completamente l'atto stesso nel senso dell'*autoregolamentazione degli interessi* propri, producano più di un'aporia⁴.

vo codice civile appena entrato in vigore, che «la qualificazione proveniente dal diritto ha bisogno di appoggiarsi all'elemento materiale, che è un dato storico-sociale ineliminabile»: S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, vol. I, Milano, 1943, p. 108. In altri termini, secondo Pugliatti, la norma è *principio di legittimazione*, onde, soltanto per sua virtù, i bisogni, gli interessi, la volontà umane assumono il carattere della giuridicità (questi concetti sono espressi da Pugliatti in *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti* (1927), ora in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, p. 4 ss.).

³ S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Messina, 1945, ora Milano, 1968. L'opera nasce in collaborazione con Angelo Falzea, che ne cura espressamente alcune parti significative, tanto che sono entrambi gli autori a firmarne la prima edizione. Sulla "scuola di Messina", si veda N. IRTI, *La scuola di Messina*, in *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982, p. 139 ss. Sulla figura e l'opera di Falzea, si veda G. OPPO, *Tecnica giuridica e animi negli scritti di Angelo Falzea*, in "Rivista di diritto civile", 1991, I, p. 338 ss.

⁴ Il riferimento espresso dal Pugliatti è alle teorie di Betti, cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1943. Il concetto di negozio giuridico, come noto, è costruito in modo da coprire per intero la vasta area entro la quale la costituzione o la modificazione o l'estinzione dei rapporti giuridici è, in vario grado, rimessa alla libera determinazione dei privati. Si tratta, dunque, di un concetto che si fonda su quello di *autonomia privata*, riducendo ad unità concettuale ogni possibile manifestazione di volontà dei soggetti. La dottrina italiana, in generale, non accolse favorevolmente la scelta legislativa del 1942 di non inse-

L'aporia principale è data dalla connotazione naturalistica che la concezione bettiana del negozio presuppone. Secondo Betti, infatti, il negozio e il concetto stesso di *autoregolamentazione* si pone storicamente come anteriore a qualsiasi sistema giuridico positivo, talché quest'ultimo, una volta fondatosi, non dovrebbe fare altro che riconoscere quello stato di fatto e prevedere un sistema sanzionatorio per chi violi il precetto di ordine naturale.

rire nel *corpus* normativo tale categoria concettuale, così come aveva fatto anche il legislatore tedesco del BGB del 1897. Il maggiore teorico di questa sorta di "ribellione" dogmatica fu indubbiamente Giuseppe Stolfi (cfr. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, II ed. 1961), il quale, però, diciamo così, la causa della valorizzazione del negozio giuridico quale elemento della libertà degli individui di contro alle "ragioni dell'impresa" del sistema corporativo. L'operazione ermeneutica che si tentò in questo senso fu sinteticamente la seguente: una parte della normativa sui contratti, quella che si dimostra più facilmente riconducibile alla categoria tradizionale del negozio giuridico quale dichiarazione di volontà, viene astratta dalla normativa dei contratti e posta come regola generale, rispetto alla quale la restante disciplina dei contratti è da considerarsi come una disciplina di eccezione (dettata, come scrive lo Stolfi, *ratione imperii*, in deroga alle norme generali, formulate invece *imperio rationis*). Anche altra autorevole dottrina riteneva che si poteva astrarre dal codice civile una categoria definibile quale "manifestazione di volontà diretta ad un fine pratico". Il principio di volontà sarebbe "temperato" «dai principi della responsabilità e dell'affidamento, tanto vero che si applicano solo nelle situazioni anormali o eccezionali, in cui vi è mancanza o vizio del volere e l'una ovvero l'altra per un verso sono dovuti a dolo o colpa del dichiarante, per l'altro non sono riconoscibili dalla controparte» (L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Milano, 1948, p. 76; si veda in tal senso anche G. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Padova, 1990, p. 130). La teoria del Betti, invece, si muove in ambito differente. Essa muove dall'esigenza di salvare i valori che si esprimono nella categoria del negozio giuridico e, al tempo stesso, di dare compiuta ragione, all'interno di essa, dei mutamenti intervenuti nel sistema dei contratti. Il valore che si mostra di voler salvare è l'uguaglianza formale del diritto: nella categoria del negozio giuridico si identifica ancora lo strumento concettuale in grado di realizzare l'unità del soggetto di diritto privato. In linea generale, Betti muoveva allo Stolfi la critica in base alla quale «l'autonomia privata non si esaurisce in un fatto psicologico individuale come la volontà, ma attiene alla vita di relazione e configura un fenomeno sociale» (si veda E. BETTI, *Recensione a G. STOLFI, Teoria del negozio giuridico*, in *Giur. it.*, 1947, IV, p. 138). La teoria di Betti si fonda, dunque, su una valorizzazione piena del concetto di *autonomia privata* e di *autodeterminazione degli interessi* che era tipica del concetto stesso di negozio giuridico.

Secondo Pugliatti, contro tale impostazione della teorica generale si può far valere la considerazione secondo cui qualsiasi *fenomeno giuridico* «non può considerarsi come un fenomeno *pre o meta* giuridico al quale si *aggiunga* una semplice veste giuridica», ma come «una sintesi nella quale ciò che preesiste alla valutazione giuridica può essere considerato come *elemento materiale*, che acquista una particolare esistenza e un particolare significato in virtù dell'*elemento formale*, proveniente dal diritto»⁵.

Ne consegue che anche la volontà umana, nelle sue concrete manifestazioni, acquista la funzione di *elemento materiale* dei fenomeni giuridici e viene assunta come elemento di determinati schemi del diritto predisposti. È così che in Pugliatti si ha ragione a rimarcare l'impostazione normativistica – anche se con le riserve fin qui sollecitate – soprattutto quando in rispetto all'atto di volontà (massima espressione della libertà umana, di quell'*essere raziocinante* che esprime autonomamente il suo proprio volere⁶, ciò che rileva è la capacità del sistema di regolamentare quella volontà e di sottoporla direttamente (o indirettamente) alla cogenza normativa.

Secondo questo itinerario può si animerebbe un farsi spontaneo anche delle istituzioni sociali, scorgendo nell'economia e nel mercato l'incidenza-sussistenza di un sistema endogeno ed autoregolato, che ponendo sotto la cogenza normativa i fatti dello scambio, lascia che la volontà di verità che si annida nella giustizia si rassegni ad una eutanasia⁷. Se è, infatti, vero che il diritto, nel predisporre i mezzi con i quali si provvede alla tutela dei singoli interessi privati, si ispira alla realtà sociale, non è meno vero che di questa non prende in considerazione le singole manifestazioni concrete al solo fine di riconoscerle e provvederle di una sanzione, ma ne ricava degli elementi compone in forma di "schemi astratti", predisponendo con riferimento ad essi effetti giuridici o,

⁵ S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 56.

⁶ Cfr. F.A. VON HAYEK, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico* (1968), ora in *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, trad. it., Roma, 1988, p. 86.

⁷ In tal senso cfr. B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista. Il nichilismo perfetto*, cit., p. 327.

come nel caso dell'istituzione sociale economia, effetti giuridico-produttivi.

La concreta volontà privata, dunque, può determinarsi solamente come *volontà di scelta* e non già come «fonte di determinazione del loro contenuto e dei loro effetti» e può modificare in parte il loro contenuto e gli effetti di questi schemi solo in quanto il diritto lo consenta e nei limiti in cui lo consenta⁸.

In Pugliatti si presenta, dunque, una precisa scelta interpretativa della complessa tematica dell'autonomia negoziale, nel senso di un assoggettamento di questa all'*imperium legis*: soltanto la forza normativa del sistema può, diciamo così, comprimere la volontà negoziale che altrimenti potrebbe esorbitare dalla realtà sociale e predisporre interessi e autoregolamentazioni in palese contrasto con l'utilità sociale⁹.

Proprio nelle riflessioni sul negozio giuridico, all'interno della più vasta tematica degli *atti di volontà* e dei fatti giuridici, Pugliatti ha, dunque, modo di esprimere ancora una volta il predominio della *legge* sugli individui, intesa, però, a questo punto, come *regola* (ché, appunto, *regge* [suffisso comune reg.-rig.] l'istanza giuridica, che *livella a riga* gli eccessi di equilibrio che non consentirebbero l'esistenza giuridica nelle relazioni intersoggettive), mostrando la coerenza di fondo delle sue riflessioni sul fenomeno giuridico in sé che, per una qualche via non può non rimandare alla dimensione della giustizia in quell'idea di regola.

⁸ S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 58.

⁹ Naturalmente Pugliatti è ben consapevole che la norma, in un sistema di libertà, deve essere anche il risultato di un equilibrio dinamico fra interessi generali e interessi individuali. Su questo specifico punto, infatti, egli precisa: «Se il diritto impone certi effetti come tipici e inderogabili, ponendo per essi un limite insuperabile dalla volontà privata, in funzione della necessità di contemperare interessi pubblici e privati, d'altra parte lascia alla volontà medesima un margine più o meno esteso entro il quale essa può volere determinati effetti o escluderne altri, modificando, integrando o specificando lo schema giuridico, in modo che gli effetti predisposti dal diritto coincidano con il risultato concreto che il privato mira a conseguire a tutela del proprio interesse» (S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., pp. 58-59).

3.2. *L'influenza del pensiero giuridico di Pugliatti sulla dottrina: la dimensione giuridica della proprietà e la 'costituzionalizzazione' dei principi giuridici*

Alla domanda 'come avviene in Pugliatti il processo di maturazione dell'esperienza giuridica?' si deve rispondere dedicando maggiori approfondimenti al pensiero giuridico del secolo scorso, nelle varie direzioni, a comparazione e critico raffronto.

Il punto di partenza di questa analisi deve basarsi soprattutto su quello che è possibile definire un 'punto di svolta' della riflessione 'a partire da Pugliatti', che si colloca con l'emanazione del codice del 1942 e la progressiva emersione dei principi costituzionali che pochi anni dopo quell'emanazione sarebbero apparsi nel panorama della dottrina italiana.

Per Pugliatti, tale punto di svolta si incentra soprattutto sul concetto di 'proprietà' così come era stato elaborato dal nuovo codice civile. Quest'ultimo offre, della proprietà, pur in un quadro economico e normativo profondamente modificato rispetto ai codici ottocenteschi, una visione che incentra il concetto di proprietà sul modello del *diritto soggettivo* e di questo schema utilizza le massime potenzialità, come è vero che la «proprietà è stata sempre il diritto soggettivo per eccellenza»¹⁰.

In realtà, sia in Pugliatti che nella principale dottrina a lui coeva, non sfuggiva il valore che al principio della proprietà avevano dato i pensatori inglesi. Come è emerso fin dalle prime intuizioni circa la polisemia del concetto di proprietà privata, già John Locke¹¹ distingueva fra un concetto generale di *property*, comprensi-

¹⁰ Si veda, per quanto concerne il modello di interpretazione del concetto di proprietà in Pugliatti, S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 48 ss.; si veda anche il precedente *Della proprietà*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, III, "Libro della proprietà", artt. 832-839, Firenze, 1942, p. 3 ss. In riferimento all'elaborazione dottrinale del periodo fascista, si veda AA.VV., *La concezione fascista della proprietà*, "Confederazione fascista dei lavoratori dell'agricoltura", Roma, 1939, p. 11 ss. Per quanto concerne le elaborazioni sul concetto nel periodo successivo all'emanazione della Costituzione, si vedano: G. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà*, in *Enc. novecentesca*, vol. V, Roma, 1980, p. 656 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 32 ss.

¹¹ J. LOCKE, *Due Trattati sul Governo* (1690), vol. II, Torino, 1948, § 123.

vo dei diritti alla vita, alla libertà e al patrimonio, e un concetto più particolare di *estate*, a sua volta non delimitato alla nozione civilistica della proprietà ma esteso ad ogni forma di appartenenza patrimoniale, seppure incentrata sulla proprietà terriera¹². Esiste, dunque, una corrente di pensiero della dottrina italiana che, anche sotteraneamente nel periodo del ventennio, riteneva necessario comparare il contenuto del diritto proprio con quelli scaturiti dai valori fondanti del sistema (*higher law*)¹³. Se un tempo questo ordine superiore si è teso a pensarlo riposto in una sfera non esclusivamente positiva, negli Stati costituzionali contemporanei, grazie al fenomeno della «secolarizzazione della legge naturale»¹⁴ e della risoluzione di quest'ultima nella Costituzione positiva, caratterizzata da una rigidità garantista, quell'ordine di valori supremi è parte integrante e essenziale dell'ordinamento positivo.

¹² Circa un secolo dopo, W. Blackstone fondava una corrente di pensiero nel diritto anglo-americano, distinguendo tra la proprietà quale "great and primary right" e i diritti dominicali di *Common Law*, che dovevano considerarsi "auxiliary and subordinate", cioè strumentali alla tutela della prima (si veda sul punto, più precisamente W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. II, Oxford, 1765).

¹³ La consapevolezza della necessità di tale comparazione era presente anche nella dottrina amministrativistica di ispirazione germanica (Jellinek, Ghiersche, ecc.) cui i giuristi italiani del periodo fascista si ispirarono. Questa corrente di pensiero si ricollegava alla teoria hegeliana dello Stato e alla funzione sociale della proprietà, così come dell'economia nazionale. In questi termini, la dottrina germanica differiva notevolmente da quella, di ispirazione liberale, elaborata dai giuristi anglo-americani. Pugliatti sembra ispirarsi maggiormente al pensiero di quest'ultima.

¹⁴ Sul concetto di secolarizzazione cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE (a cura di G. Preterossi), *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 226. Si veda anche sul punto C. ESPOSITO, *Note sull'art. 44 della Costituzione* (1949), in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, p. 283 ss.; si vedano anche le dottrine che analizzarono a fondo il rapporto fra la Costituzione e il novero dei "diritti soggettivi" tradizionali e che influenzarono indubbiamente il pensiero di Pugliatti: C. MORTATI, *Indirizzi costituzionali nella disciplina della proprietà fondiaria*, in "Rivista di diritto agrario", 1947, p. 3 ss.; D. RUBINO, *Odierna tendenza sui limiti del diritto di proprietà*, in *Annali Macerata*, vol. XVII, 1948, p. 75 ss. Su queste influenze, si veda in particolare S. PUGLIATTI, *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, p. 35 ss.

Sicché si cadrebbe in una contraddizione, non solo teorica, ma soprattutto pratica, se non si ammettesse che ciascun valore costituzionale debba avere un contenuto semantico a sé stante indipendente da quello proprio dei principi e dei concetti appartenenti ai sottosistemi giuridici subordinati a quello costituzionale: se così non fosse, infatti, risulterebbe compromesso o vanificato il postulato relativo al condizionamento di validità delle norme costituzionali nei confronti delle fonti e degli atti inferiori, il quale è, appunto, connaturato ad un ordinamento giuridico caratterizzato da rigidità costituzionale “garantita”¹⁵.

Da un punto di vista storico, l’approccio giusnaturalistico al concetto di proprietà consiste nel ritenere tale diritto come ‘antecedente’ alla formazione dello Stato moderno; si tratterebbe di un diritto naturale riconosciuto a ciascun uomo come attributo della propria personalità, come elemento essenziale della dignità umana¹⁶. Seppure privato dei richiami alla superiore legge naturale, questo schema è stato ripreso nella discussione del concetto costituzionale di proprietà privata attraverso il diretto e incisivo collegamento di questo ultimo con il principio costituzionale della “dignità umana”, per il cui mezzo risulterebbero costituzionalizzati i valori fondamentali della persona umana tra i quali si fa rientrare la proprietà¹⁷.

Un secondo approccio, tradizionalmente collegabile alla scuola storica del diritto¹⁸, ha ritenuto che il concetto di proprietà privata sia una nozione sostanzialmente “pre-data” rispetto alla legge, nel senso che è fondamentalmente forgiata dal divenire sto-

¹⁵ C. MORTATI, *Indirizzi costituzionali nella disciplina della proprietà fondiaria*, cit., p. 11.

¹⁶ Cfr., per un’ampia significazione del concetto, A. ARGIROFFI, P. BECCHI, D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana. Atti del Convegno internazionale* (Palermo, ottobre 2007), Roma, 2008.

¹⁷ Si vedano le analisi contenute in S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 173 ss.

¹⁸ Si veda essenzialmente F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (1840), Torino, 1886, p. 367 ss.; sul pensiero di Savigny in proposito, si veda M. BRUTTI, *L’intuizione della proprietà nel sistema di Savigny*, in “Quaderni fiorentini”, 1976-77, Milano, 1978, p. 84 ss.

rico dei rapporti giuridici di una determinata società. A questo schema si riconnette proprio l'originaria versione della 'proprietà secondo la Costituzione', in base alla quale la proprietà privata è innanzitutto un 'istituto giuridico', cioè un insieme di rapporti giuridici di natura patrimoniale più ampio della proprietà in senso civilistico, che è socialmente conformato in un certo modo nel momento presente e che, nella sua sostanza, grazie alla diretta garanzia costituzionale di cui gode, non può essere modificato dal legislatore e dall'amministrazione pubblica¹⁹.

Fu proprio Pugliatti a fornire alla tematica dell'individuazione dei cosiddetti *statuti proprietari* un'importanza considerata essenziale dalla dottrina successiva²⁰. Questa prospettiva di lavoro di ampio respiro ha senz'altro svolto un ruolo positivo non solo nell'approfondimento della peculiarità dei singoli statuti proprietari, ma anche nell'evidenziare in seno alle diverse proprietà caratteristici conflitti di interesse (tra proprietari e soggetti non proprietari, comunque interessati alla utilizzazione del bene) che rendevano arduo il ricorso alla categoria del diritto soggettivo.

In ragione di tale difficoltà si è anche prospettata una netta distinzione fra una proprietà intesa quale «diritto soggettivo», ricomprensiva di una dimensione giuridica, e una «proprietà-istituto»²¹. Alle vecchie distinzioni tra proprietà edilizia e pro-

¹⁹ Secondo l'impostazione di Pugliatti, l'istituto proprietario avrebbe cessato di avere come proprio fulcro esclusivo l'idea del diritto soggettivo, astratto e indifferente, definito quale *agere licere*, salvo i limiti posti dalle norme di buon vicinato e dalle leggi speciali, per dare luogo ad una disciplina "in positivo" dell'uso dei beni, ispirata non solo all'interesse del proprietario ma anche a quello degli interessi generali e di soggetti diversi dal proprietario. Questa prospettiva è quella più consona all'impianto "sociale" della Costituzione, anche se, sottolinea Pugliatti, il codice civile del 1942 non era ancora maturo per tale radicale innovazione. In esso, lo schema del diritto soggettivo è ancora prevalente anche se destinato a ricevere concretezza mediante l'apporto della legislazione speciale. Si può infatti dubitare che l'apporto di tale legislazione, almeno per l'epoca in cui fu redatto il codice, fosse in grado di influenzare, in chiave più generale, la stessa struttura e collocazione del diritto di proprietà, così da giustificare la sua diversità rispetto agli altri diritti soggettivi e, più in generale, alle altre manifestazioni di autonomia, quale il contratto.

²⁰ S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 112 ss.

²¹ La distinzione è presente in G. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del*

prietà agraria se ne sono aggiunte, poi, di nuove: la proprietà edilizia non viene più definita solo in base alle potenzialità edificatorie del suolo, così come avveniva nella prospettiva del codice del 1942, ma in base al regime giuridico dell'edificato (si distingue così fra una "proprietà dell'abitazione" e una "proprietà civilistica della casa" oppure tra "edilizia residenziale pubblica", "edilizia economica e popolare", ecc.); analoghe tendenze si registrano in base al regime di "indisponibilità" che vale a preservare al bene una specifica destinazione o peculiari utilizzazioni produttive agricole attuali o potenziali.

A questa frantumazione di tipi in più sottotipi si aggiunge un altro processo che si svolge sul parallelo orizzonte dei beni: tale processo è consistito essenzialmente nello scorporare talune utilità al fine di definire nuove categorie di beni.

La pluralità di tipi proprietari in verità è servita, almeno all'inizio, ad emancipare l'istituto della proprietà dallo schema astratto che identificava l'interesse proprietario come il solo giuridicamente rilevante; la riduzione di tale schema astratto a schema concretamente riferibile alla sola proprietà di beni di consumo serviva ad evidenziare come, in linea generale, l'istituto tendesse piuttosto ad acquistare una *struttura complessa*, assolutamente irriducibile alla figura, utilizzata quale paradigma pervasivo, della proprietà dei beni di consumo: l'analisi del profilo funzionale veniva privilegiata non già perché nascesse disinteresse per il profilo strutturale, ma proprio perché la struttura della proprietà si mostrava complessa e, per darne conto, occorreva, come scrive Pugliatti, «determinare (...) il tipo e il grado di relazione tra i diversi

diritto civile, Napoli, 1989, p. 56 ss.; in senso critico, S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 188 ss., secondo cui tale impostazione non appariva convincente considerando che gli "interessi altri" da quello proprietario si dirigono sul medesimo oggetto e che tratta di non confinarne la rilevanza all'esterno della sfera di interessi proprietaria, ma di vagliarne la specificità nell'ambito di un più generale apprezzamento delle regole di convivenza-prevalenza tra i distinti interessi. Si deve infatti osservare, in linea generale, che non sempre il processo di tipizzazione risulta controllato nelle ragioni fondanti e negli esiti, cosicché non risulta incongruo osservare che si rischia una vera e propria inflazione di tipi proprietari.

interessi oggetto della tutela giuridica»²². Anche perché, così non facendo, verrebbe in rilievo quella riduzione sistemico-funzionale che si registra nell'analisi di Luhmann, in particolare in *Das Recht der Gesellschaft*²³ dove il diritto, pubblico o privato, viene discusso secondo una linea evolutiva che tenta di archiviare l'uomo in quanto persona e soggetto di diritto, incanalandolo in una logica di programmi funzionali che emergono nel sistema giuridico dell'aver e del possedere. Attraverso le tesi discusse da Luhmann, l'uomo viene posto su un piano secondario rispetto alle operazioni sistemiche che spogliano l'uomo degli averi, solo chiamandolo proprietario ma, invero, esigendo, con coazione sistemica, la sua quota parte spettante alla complessità *sistemico-sociale del diritto di avere*.

Questa complessità, secondo l'itinerario di Pugliatti, va sciolta sia determinando il tipo e grado di relazione tra gli oggetti che la tutela applicata alla proprietà annovera, sia superando lo schema classico della proprietà individuale con uno schema che esclude la concorrenza di ogni altro interesse che non sia quello del *titolare del diritto*; la relativizzazione, nella prospettiva di Pugliatti, è in funzione del superamento di quello schema classico come schema generale o generalizzabile²⁴.

L'impostazione pluralistica serve in questa ottica a fornire supporto ad una operazione esattamente opposta rispetto a quella di Pugliatti: lì si trattava di assumere la proprietà quale struttura più

²² S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 81.

²³ Cfr. N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993, cap. 3, par. II.

²⁴ La relativizzazione operata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, per converso, è in funzione della rivalutazione dell'interesse proprietario ed è mirata esclusivamente a circoscrivere formalmente i casi di applicabilità della nuova garanzia apprestata per le espropriazioni di valore, in modo tale da condurre ad identificare l'oggetto della protezione costituzionale non con un interesse quale risulta dalla sua formalizzazione in una categoria giuridica data e predeterminata, bensì con un interesse quale si desume dalla osservazione della realtà economica. Si vedano su questo punto specifico, A. BELFIORE, *Interpretazione e dogmatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, p. 59 ss.; A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, in *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica e P. Zatti), Milano, 1990, p. 221 ss.

complessa in forza del rilievo che assumevano altri valori non individualistici; qui la proprietà ridiventa una struttura semplice che aderisce all'interesse individuale ricalcando la realtà economica.

Il riconoscimento di interessi non proprietari avviene in questa seconda prospettiva come riconoscimento di qualcosa di esterno, quale limite o vincolo, con cui si è costretti a fare i conti. In questo modo, l'accento posto sulla pluralità dei beni serve non già a spiegare la più complessa strutturazione di alcuni tipi di proprietà ma ad espungere dallo schema proprietario la rilevanza di "interessi altri" in modo da consentire a questi ultimi di appuntarsi su un bene affatto diverso da quello oggetto di proprietà. È in questo modo che lo schema proprietario riesce ad essere salvaguardato nella sua impronta individualistica anche di fronte all'evidenza di mutamenti legislativi di grande rilievo.

Il problema principale che si evidenziava consisteva nello scarto esistente fra la dottrina pubblicistica italiana e le posizioni espresse nelle elaborazioni teoriche e giurisprudenziali dei principali ordinamenti stranieri. Mentre la prima risultava ancorata a una sorta di *pregiudizio civilistico*²⁵, non avendo superato l'orizzonte culturale proprio della dottrina privatistica (tanto che l'alternativa da essa posta è quella tipica del diritto privato fra "diritti privati" e "diritti patrimoniali"), le altre, invece, si sono variamente poste la questione di un possibile nuovo significato del concetto di proprietà privata nei sistemi costituzionali contemporanei, indagando in particolare sul fondamento di tale istituto nei mutati scenari dello Stato moderno.

Appare chiaro che quest'ultima via sia logicamente la più corretta, per il fatto che, sebbene il valore della proprietà privata debba essere considerato svuotato di senso ove sia sradicato da interessi di natura individuale o privata, una nozione costituzionale della stessa non può non dipendere dalla collocazione e dal ruolo che la Costituzione, intesa come struttura di valori giuridici

²⁵ Del quale fu accusato, per certi versi, anche lo stesso Pugliatti, che pure, come si è visto, era stato il vero artefice di un superamento ermeneutico del tradizionale concetto civilistico di "proprietà". Si veda sul punto A. GAMBARO, *Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975, p. 56 ss.

superiori, assegna, nell'ambito del sistema sociale da essa strutturato, alla proprietà privata e ai suoi referenti soggettivi e oggettivi²⁶.

Proprio in riferimento alla teoria del pluralismo dei tipi proprietari, si veniva evidenziando, sul piano dell'analisi storico-evolutiva, quella differenza con la quale i diversi sistemi costitu-

²⁶ È in questo senso che un'autorevole dottrina ha ritenuto che, in riferimento al diritto costituzionale, si dovesse considerare "inattuale" qualsiasi concezione della proprietà privata circoscritta entro l'orizzonte del diritto privato e che, quindi, comportasse anche l'insufficienza di nozioni costituzionalistiche consistenti in meri contenitori di concetti civilistici (in tal senso, M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in "Politica del diritto", 1971, p. 443). Nel dibattito che intercorre fra anni Cinquanta e Sessanta sulla nozione di proprietà – e che coinvolge inevitabilmente gli aspetti metodologici dell'analisi giuridica – non sfugge alla dottrina più attenta il rilievo storico e storicistico. Nello Stato liberale, l'esistenza di un fondamento e di un carattere unitario della proprietà privata derivava principalmente dall'esigenza che l'ordinamento giuridico individuasse i valori morali o politici in grado di portare a giustificare la proprietà privata in sistemi che provenivano da esperienze secolari segnate dal legame della proprietà con la signoria politica o con la vita delle istituzioni sopraindividuali (come, ad esempio, la Chiesa o la famiglia) e che, quindi, configuravano il rapporto del singolo con la cosa come quello di un amministratore fiduciario al servizio di una comunità (si veda, in tal senso, L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in "Rivista critica di diritto privato", 1988, p. 427 ss.). La ricerca di una legittimazione attraverso i valori a favore della proprietà privata è evidente nella fase precedente allo Stato liberale, ancora dominata da un'economia domestica o di piccolo commercio, nella quale prevaleva l'esigenza di trovare una giustificazione all'appropriazione privata attraverso il riferimento a valori strettamente personali, come il lavoro (Locke) o l'autoconservazione (Hobbes, Grozio), grazie ai quali legittimare – in base ad un rapporto di causa efficiente, ovvero di fungibilità essenziale – la diretta attribuzione soggettiva (titolarità) della proprietà al singolo individuo. Essa, tuttavia, non è meno evidente nella fase del liberalismo maturo, susseguente alla rivoluzione industriale, nella quale la ragion d'essere della proprietà privata viene a coincidere con quella dell'intero sistema costituzionale della società stessa, dal momento che il principio della separazione tra *dominium* (proprietà) e *civitas* (sovranità) diventa il paradigma storico dell'affermazione dell'individuo (libertà) verso il potere pubblico (signoria politica) e delle conseguenti divisioni dell'organizzazione della comunità fra diritto privato e diritto pubblico, fra società civile e Stato, fra economia e politica. Il binomio proprietà-libertà rappresenta, relativamente al periodo ora considerato, una struttura di valore unitaria in riferimento alla quale viene giustificata la centralità della proprietà privata sia nei rapporti privati, sia nell'organizzazione costituzionale (tanto che dalla sua titolarità dipende l'accesso alla *civitas* attraverso il suffragio elettorale passivo).

zionali contemporanei aderivano ad un indirizzo giuridico che vedeva nel diritto di proprietà non più un diritto “prenaturale” o “prestatale” ma un diritto e una condizione comunque subordinati agli interessi “diffusi”²⁷. In ordinamenti la cui Costituzione più fortemente risentiva dell’influenza dell’individualismo liberale (Stati Uniti d’America, Germania) e dove, pertanto, non esisteva nelle norme costituzionali positive una differenziazione o un’articolazione delle varie posizioni e ruoli economico-sociali, la nozione costituzionale di proprietà privata veniva generalmente definita come formula riassuntiva dell’insieme dei diritti patrimoniali imputabili al soggetto privato²⁸.

²⁷ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2010.

²⁸ Tale visione derivava da una concezione istituzionalistica della proprietà privata, laddove accanto al diritto soggettivo di proprietà tipico della codicistica moderna, si rinveniva una concezione costituzionale più ampia, comprensiva del complesso dei rapporti giuridici aventi valore patrimoniale, tanto se reali quanto se obbligatori, dai quali derivassero diritti soggettivi per il singolo titolare. Nella intenzione dei suoi sostenitori, questa teoria rispondeva alla finalità di porre al riparo dell’imponente avanzata dello “stato sociale” e dall’attivistico e capillare intervento del legislatore e della pubblica amministrazione sia l’istituto della “proprietà privata” inteso nel modo ampio, quale si era formato nella tradizione giuridica, sia i concreti rapporti di appartenenza allora concretamente esistenti o in via di formazione (si vedano su questi punti, espressamente, C. MORTATI, *Profili “fondamentali” della proprietà*, in “Studi senesi”, 1971, p. 382 ss.; U. NATOLI, *La proprietà*, Milano, 1976, p. 39 ss.). In realtà, questa teoria si presenta come una riformulazione del principio liberale della proprietà-libertà o, più precisamente, come postulazione della separazione della proprietà privata dai poteri di regolazione pubblica in quanto substrato patrimoniale dello sviluppo della “persona privata”. Interpretata alla luce del concetto di separazione fra “società civile” e “Stato” e connotata dalla dichiarata difesa di ciò che esiste sul piano giuridico-fattuale, appare evidente che la personalità che questa teoria intende proteggere con la tutela costituzionale della proprietà privata non è l’integrale personalità umana o la persona nel suo valore universale, ma è il “borghese”, cioè il cittadino-proprietario che difende ciò che ha accumulato o guadagnato contro gli interventi del legislatore o della pubblica amministrazione, interventi che vengono in via di principio circondati da un’aura di sospetto e di arbitrarità e connotati, pertanto, come eccezionali. Sul piano concettuale, poi, la nozione costituzionale di proprietà non sembra rinviare ad un valore unitario, ma appare semplicemente riflettere, attraverso una mera sintesi verbale, l’eterogeneità e la molteplice differenziazione dei rapporti patrimoniali privati come si sono sviluppati nel diritto civile.

Nel sistema prettamente civilistico, che Pugliatti elabora e diffonde, sia in termini essenzialmente storico-filosofici, sia in termini più strettamente giuridici ed ermeneutici, il concetto di proprietà risponde ad una domanda chiave della sua riflessione metodologica: il diritto di proprietà, con l'avvento della Costituzione, risponde ancora ad un sistema di rapporti fra privati totalmente libero da condizionamenti? Varrebbe a dire: l'era del costituzionalismo rende possibile all'individuo – titolare del diritto di proprietà – rimandare ad una dimensione giuridica non tanto superiore ma, concretamente, garante di giustizia?

Su questa domanda, in fondo, si giocano parecchie questioni del diritto in generale ed anche quei dilemmi di tipo politico-economico che spesso sono argomento di dibattito fra i giuristi.

Così, aderendo surrettiziamente alle indicazioni che sul diritto di proprietà aveva fornito proprio Pugliatti, si viene a poco a poco a chiarire, nella dottrina italiana, il fatto che l'istituto della proprietà privata è un istituto di diritto costituzionale, che consiste in una costellazione di diritti costituzionali unitaria denotante un rapporto di coesistente determinazione reciproca fra principi di libertà e principi di conformazione sociale, una costellazione che pone in una correlazione costitutiva valori connessi a posizioni di appartenenza privata e valori legati alla funzione sociale, fra i quali la Costituzione ha ritenuto di conferire uno speciale risalto alla finalità di accessibilità a tutti della proprietà.

Questo principio può esprimersi in altri termini dicendo che, in virtù della "garanzia di istituto", nella proprietà privata la "funzione sociale" rappresenta un elemento costitutivo e qualificante della nozione medesima di proprietà e delle correlative posizioni soggettive, un elemento determinante il concreto modo di essere delle stesse in relazione all'evoluzione dei rapporti economico-sociali e della cultura di un determinato popolo²⁹.

La cosiddetta "garanzia di istituto", peraltro, non esclude la contemporanea garanzia di posizioni giuridiche soggettive riconducibili alla nozione costituzionale di proprietà privata, non soltanto perché, in linea generale, il concetto di "istituto giuridico"

²⁹ Si veda in termini più ampi di quanto sia possibile analizzare in questa sede L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, cit., p. 199 ss.

della proprietà privata comprende come uno dei suoi elementi strutturali la garanzia di posizioni soggettive, ma anche perché, se elemento costitutivo di un istituto costituzionale è un valore di libertà, come nel caso della proprietà privata, questo, in mancanza di una conformazione diversa conseguente all'opera legislativa di bilanciamento con valori costituzionali antagonisti o concorrenti, si traduce automaticamente in posizioni giuridiche soggettive³⁰.

Il carattere primario attribuito alla "garanzia di istituto" dalle norme costituzionali sulla proprietà privata corrisponde all'espunzione di quest'ultima dai diritti inviolabili della persona umana³¹, a sua volta conseguente al riconoscimento, nelle moderne economie capitalistiche e nelle democrazie pluralistiche a vocazione sociale, del carattere di manico della proprietà privata come principio ispiratore e formativo dell'ordinamento economico-sociale.

3.3. *Il metodo giuridico come problema: a partire dalla dottrina civilistica*

Discutere il diritto di proprietà ha costituito un ponte con gli altri istituti giuridici, ai quali Pugliatti ha dedicato sempre molta attenzione. Ci si riferisce essenzialmente ai decenni successivi alla seconda guerra mondiale, in cui Pugliatti operò un grande sforzo di individuazione metodologica, rinnovando gli "strumenti del mestiere", giungendo ad una definizione esaustiva dei concetti giuridici principali nell'ambito privatistico.

Uno dei principali contributi in tal senso è quello di Angelo Falzea il quale, in un saggio pubblicato nel 1965, partecipò in modo fondamentale alla precisazione del metodo e dei principi della scienza privatistica italiana³².

³⁰ S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 97 ss.

³¹ Cfr. B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, cit.

³² Il saggio che si prenderà in considerazione è di A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 432 ss. In questo saggio l'allievo fornisce il proprio ringraziamento agli insegnamenti del suo maestro, unitamente agli sviluppi ultimi della scienza giuridico-filosofica germanica.

L'attenzione di Falzea ricade essenzialmente sul concetto di "efficacia giuridica", principio che è, al tempo stesso, il motore principale e la questione maggiormente dibattuta in ambito di scienza giuridica privatistica. In particolare, ciò che attrae l'attenzione del giurista è la *communis opinio* secondo la quale «ciò che in termini di causalità si chiama l'effetto giuridico è in più corretti termini niente altro che un peculiare valore, il valore peculiarmente giuridico» che richiede, peraltro, «una non superficiale presa di contatto con la teoria filosofica dei valori, anche considerato il larghissimo impiego che se ne fa, specialmente in Germania, tanto nella filosofia del diritto quanto nella metodologia (e persino nella dogmatica) della scienza del diritto»³³.

Proprio in quest'ultima prospettiva, Falzea parte dalla divisione, suggerita dal Kelsen, fra *Sein* e *Sollen*, cioè fra "essere fisico" e "dover essere ideale". Secondo il giurista tedesco, una legge fisica esprime veramente un rapporto causale, cioè un rapporto fra l'essere di un fenomeno e l'essere di un altro fenomeno. Nel caso di una legge giuridica, invece, il rapporto che si instaura è fra l'essere e il dover-essere (*Sollen-Sein-Sollen*) di un altro fenomeno. L'esempio che può farsi è quello relativo al fatto che dalla stipulazione di un contratto deriva l'obbligazione di pagamento (dover essere) ma non necessariamente l'effettivo assolvimento dell'obbligazione (essere).

La differenza fondamentale fra una legge fisica e una legge giuridica è che, mentre la prima ha come conseguenza la realizzazione di una *conseguenza effettiva*, la seconda produce una *conseguenza ideale*, che può realizzarsi così come può non realizzarsi³⁴.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Si veda su questi punti A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 941 ss.; si veda anche E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, vol. XV, 2, Torino, 1950, p. 388 ss. Nell'ambito della legge giuridica si può osservare che il secondo dovere, cioè l'esecuzione forzata che l'ordinamento concede la creditore per il recupero del pagamento, per quanto presidiato da forti garanzie (quali, ad esempio, quelle dell'apparato ordinamentale dello Stato che regola il processo esecutivo di natura satisfattiva), non è neppure esso una necessità reale, perché anche esso si configura come un «dovere ideale che in realtà può restare inesequito» (A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 437). Tutti i mezzi ulteriori di tutela, tutte le ulteriori sanzioni a cui si

Quindi, in sostanza, la legge giuridica si porrebbe sul piano dei valori (e dunque del *dover essere*). Il presupposto assiologico latente in ogni dover-essere è riconosciuto, d'altronde, dalla più ampia dottrina filosofico-giuridica³⁵. Ciò accade, del resto, in quanto essa il dovere essere indica un come si deve essere anche se – poi – non lo si è, un dovere senza la possibilità di raggiungerlo. Eppure questo meccanismo contribuisce in modo determinante a fornire alla scienza giuridica stessa i fondamenti della sua esistenza “scientifica” e a porre in termini sostanziali il problema dell'efficacia della norma giuridica. Conseguentemente, si deve osservare come, qualunque cosa sia la causalità giuridica, la nozione esatta di “effetto giuridico” deve essere vista sul terreno di questo assiologismo generico e la differenza tra effetto giuridico ed effetto fisico deve riportarsi alla differenza tra “piano dei fatti” e “piano dei valori”. Se l'effetto fisico esprime una necessità di fatto, l'effetto giuridico esprime una necessità assiologica, la necessità di un valore, quello del dover-essere.

Ma la domanda successiva deve porsi in questi termini: il valore giuridico esclude un condizionamento di tipo fisico ... ma esclude veramente ogni condizionamento di tipo reale? In altri termini, il rapporto di condizionabilità che la norma esprime è solamente ideale? Secondo l'impostazione fornita al dilemma da Falzea, le risposte possibili sono quelle che concepiscono la causalità in due ambiti diversi:

ricorrerà per ottenere la finale realizzazione del diritto non faranno che perpetuare senza fine la catena dei rimandi dall'essere al dover-essere.

³⁵ Secondo Bobbio (si veda *Il positivismo giuridico*, Torino, 1961, p. 370) “Siccome la scienza consiste nella descrizione avalutativa della realtà, il metodo positivisticò è semplicemente il metodo scientifico, e quindi è necessario accoglierlo se si vuole fare della scienza giuridica o della teoria del diritto”. A sostegno di tale neutralità assoluta dell'assioma giuridico Bobbio prende ad esempio la famosa asserzione kelseniana a proposito dell'imperativo normativo («la tecnica sociale che consiste nell'ottenere la desiderata condotta sociale degli uomini mediante la minaccia di una misura di coercizione da applicarsi in caso di condotta contraria») e scrive: «Si noterà come questa definizione sia depurata di ogni elemento valutativo e di ogni termine che possa avere una risonanza emotiva; il diritto è definito come una semplice tecnica: come tale esso può servire a realizzare qualsiasi scopo o valore, ma è in sé indipendente da ogni scopo, da ogni valore».

- a) la causalità è carattere esclusivo del condizionamento fisico;
- b) la causalità è carattere comprensivo di ogni condizionamento reale, anche non fisico, in contrapposizione ad un condizionamento meramente ideale;
- c) la causalità esclude addirittura ogni condizionabilità, sia reale, sia ideale.

È alla luce di queste considerazioni che la teoria di Falzea trova i suoi fondamenti giustificativi. Proprio dal rapporto fra sistema e norma si deve muovere per comprendere la metodologia propria del diritto privato. Un sistema giuridico è un insieme di direttive del comportamento umano, un insieme costituente una totalità organizzata e complessa le cui parti più elementari possono continuare a chiamarsi con il nome tradizionale di “norme”. Il rapporto fra norme e sistema è dunque un rapporto di parte a tutto: il sistema è la totalità delle norme, la norma è la parte più elementare del sistema.

L'esistenza di questo rapporto risulta evidente nei fenomeni giuridici per alcuni profili di immediata rilevanza.

L'idea logica di diritto corrisponde ad una realtà empirica effettiva: per l'esperienza reale, non meno che per la riflessione logica, un sistema giuridico in quanto non è una unità indivisibile, è una totalità divisibile in parti. Ma logicamente le parti del sistema si trovano esse pure esposte al dilemma: o sono indivisibili o sono divisibili in parti ulteriori, le quali a loro volta o saranno indivisibili o dovranno ancora dividersi in altre parti. Il punto di arresto, l'unità ultima indivisibile del sistema giuridico sarà la norma³⁶.

³⁶ Come si vede, qui Falzea riprende in pieno la teoria normativistica presente in Pugliatti, la valorizzazione della *norma* quale *elemento assiologico fondante* l'intero sistema giuridico. L'analisi di Pugliatti si concentra anche sui problemi del linguaggio giuridico. Ma è proprio in questa ultima prospettiva che l'analisi di Falzea si concentra in modo “ulteriore” rispetto a quella pugliatiana. Secondo Falzea, infatti, è necessario, per comprendere l'essenza della *norma giuridica* relativizzarla alla luce del linguaggio legislativo proprio. Infatti, per poter giungere ad una proposizione giuridica atomica ben isolata e distinta da tutte le altre proposizioni del sistema, si dovrebbe poter distinguere attraverso il linguaggio legislativo norma da norma così nettamente come distinguiamo sistema da sistema. Ma la realtà del sistema legislativo odierno ci pone davanti ad una ben diversa situazione di fatto. Almeno quando si tratta di ordinamenti giuridici statali o

La concezione così espressa del *sistema giuridico* ovviamente incide sia sul piano della metodologia, sia su quello interpretativo. L'intero sistema giuridico di interessi che in ogni norma deve riaffermare la propria unità può ben configurarsi a sua volta come un interesse unico, anzi l'interesse fondamentale di cui è portatrice la comunità giuridica nella sua interezza. Al posto della kelseniana *Grund-Norm*, meramente ipotetica e formalistica, sarebbe più giusto considerare un *Grund-Wert* come sintesi onnicomprensiva di tutti i valori reali e sostanziali del sistema, che siano evidenziati nel raggio dei dati formali o delle loro estensioni legittime.

Il punto fondamentale messo in rilievo da Falzea e che si trova anche nell'analisi di Pugliatti³⁷, è che per definire ciò che si chiama un diritto positivo «non basta contrapporre all'essere il dover-essere, al fatto il valore, ma bisogna contrapporre inoltre ai valori parziali isolatamente presi un sistema di valori assunto come unità e totalità»³⁸.

Da tali premesse, Falzea ricava alcune indicazioni metodologiche che sono proprie di quella corrente di pensiero giuridica che ebbe in Pugliatti un autorevole esponente. Infatti, secondo Falzea, dal punto di vista del metodo, il rapporto fra sistema normativo e norme specifiche deve tenere ferme e ben equilibrate due esigenze metodologiche apparentemente opposte ma in ultima analisi convergenti.

La prima di queste esigenze è quella relativa all'unità del sistema, considerato giustamente come un'esigenza fondamentale per l'interprete³⁹. Senza il riferimento al sistema, concepito quale

analoghi noi distinguiamo subito sistema da sistema. Non ci riesce difficile da accertare che il tale testo legislativo appartiene ad un dato sistema normativo (o ordinamento giuridico).

³⁷ Si veda in questo senso S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in "Rivista di diritto commerciale", vol. XXXIX, 1941, I, p. 241 ss.

³⁸ A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 458. Si veda, per converso, S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., p. 247 ss.

³⁹ Pugliatti analizza tale problematica in S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., p. 251 ss., giungendo a considerazioni che Falzea riprende e rielabora. Egli, fra l'altro, al pari del giurista suo maestro, mette in evidenza la distinzione propria nella dottrina tedesca fra *Begriffsjurisprudenz* (concezione sistematica del sistema giuridico) e *Interessenjurisprudenz* (concezione empirica ed ese-

elemento assiologico essenziale, cioè come il valore pratico onnicomprensivo capace di fornire un criterio di decisione unitario e costante, il giurista, con il solo ausilio delle fonti, sarebbe quasi sempre “sommerso” dalla complessità dei problemi pratici che si pongono quotidianamente. Affermare che l'*effetto giuridico* è definibile volta per volta in funzione della situazione ma sempre in armonia con la totalità degli interessi giuridici, vuol dire essenzialmente che il giurista, per risolvere i suoi problemi, ha costantemente la necessità di guardare all'unità del sistema, una necessità che, d'altronde, è alla radice di ogni considerazione teorica, cioè appunto sistematica, del diritto. La interpretazione sistematica contiene *in nuce* tutta la metodologia della scienza giuridica pratica⁴⁰.

Nonostante l'unità del sistema sia il valore giuridico fondamentale e il criterio ultimo di decisione degli effetti giuridici, tuttavia un'esigenza metodologica in certo senso opposta ma altrettanto imprescindibile punta sulla realtà dei valori giuridici parziali contenuti nelle norme specifiche e sulla rilevanza effettiva che questi valori hanno nella determinazione dell'efficacia. Si deve considerare, scrive Falzea, che «la stessa interpretazione sistematica presuppone già acquisiti questi valori parziali e li assume come punti di partenza del processo di integrazione ulteriore»⁴¹.

Falzea, riprendendo il fondamento metodologico di Pugliatti, assume che questa “integrazione ulteriore” è fornita dall'analisi linguistica e testuale che per il giurista è un'attività basilare. Infatti, la base originaria di qualsiasi interpretazione è un insieme di dati sensibili, ad esempio una serie di testi definiti. Questi dati

getica del sistema giuridico), sottolineando però la scarsa attitudine di tale differenza alla comprensione reale della problematica insita nell'inquadramento sistematico dell'ordinamento giuridico. Infatti, sostiene Falzea, «anche un ordinamento costituito empiricamente, un ordinamento che determina le sue norme caso per caso, si svolge lungo determinate direttrici che formano un tessuto di principi generali e sistematici»; si avrà, quindi, “un sistema più organico e più chiuso in confronto ad un sistema più problematico e più aperto” (A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 461 nt.).

⁴⁰ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 65 ss.

⁴¹ A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 462.

sensibili sono i temi di corrispondenti percezioni dei sensi e a queste percezioni, che sono necessariamente particolari, si collegano le prime immediate interpretazioni che non possono non essere particolari. L'esegesi mette a fuoco nel sistema formale la serie di testi che trattano espressamente il problema. Se i testi analizzati esprimono un definito senso pratico, già in essi si profila uno schema di soluzione che lascia intravedere quale possa essere il valore normativo preponderante nella tutela degli interessi dei soggetti. Ma il lavoro del giurista ovviamente non può limitarsi a questa interpretazione, si potrebbe dire, *prima facie*, ma deve andare più in là nello sforzo riflessivo: anche quando «il senso del testo soddisfa pienamente gli interessi in considerazione, non è da escludere che altri interessi, interferendo dall'esterno, riescano a determinare una soluzione diversa»⁴².

Si pensi al *ruolo politico* dell'attività del giudice, che è stato enfatizzato da alcune correnti filosofiche, quali la "Scuola del libero diritto" che ha interessato settori giuridici a stampo *antiformalista*⁴³, affermatasi nei primi decenni del secolo scorso, in contrap-

⁴² *Ibidem*. Si veda su questo punto S. PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, cit., p. 51 ss. Anche Falzea, dunque, raccordando la sua teoria metodologica su quella del filosofo maestro, assegna all'interpretazione strutturale e linguistica un fondamentale valore, soprattutto in rapporto alla tematica generale dell'efficacia giuridica dell'atto. Mentre, dunque, per Pugliatti l'analisi linguistica esprimeva un *valore a se stante*, indefettibile nella sua significazione propria, per Falzea il senso strutturale, il *significato dell'atto linguistico* espresso dal documento giuridico incide fortemente sulla sua efficacia. Certamente, questo valore ottenuto mediante l'analisi strutturale si presenta parzialmente rispetto al valore complessivo dell'atto. Bisogna considerare, dice Falzea, che categorie sistematiche, logiche e assiologiche, principi teorici e principi pratici, possono anticipare le grandi linee e direzioni del sistema, ma il sistema reale non si ottiene se non come sintesi progressiva di tutti i valori parziali. È pur vero che il sistema dei valori è esso stesso un valore. Si deve anzi affermare che quale criterio esclusivo e autosufficiente di valutazione il sistema è il valore o interesse fondamentale, a patto che questo valore o interesse sia pensato non come una sorta di principio primo e definito aprioristicamente ma come una complessa e articolata realtà di esperienza che, partendo da forme particolari e da particolari valori, si costituisce progressivamente in un processo di continua integrazione e armonizzazione di interessi.

⁴³ Hermann Kantorowicz contrapponeva al diritto statale «il diritto libero

posizione agli orientamenti del positivismo giuridico in tutte le sue declinazioni. Secondo i rappresentanti più radicali della Scuola, infatti, non essendo possibile assoggettare l'applicazione del diritto a regole razionali, ci si può solo limitare a constatare come l'interprete *crei* diritto per ciascun caso, offrendo successivamente una motivazione del tutto *artificiosa*. Nella decisione il giudice è guidato innanzitutto dalle proprie intuizioni: la sentenza presenta solo in apparenza la soluzione come derivata da un ordinamento astratto e preesistente, ma in realtà non tanto è propriamente fonte primaria e diretta del diritto⁴⁴, quanto più è veicolo ricostitutivo della dimensione giuridica originaria dell'esistenza.

3.4. *Elementi di un'interpretazione lineare del diritto: tra continuo-discontinuo*

La speculazione filosofica di Pugliatti percorre varie indagini, alcune delle quali si pongono quasi al "confine" con i territori del diritto, nel senso che occupano spazi di confine della scienza giuridica. Ma ciò non può stupire nel caso di Pugliatti: infatti, la sua

prodotto dall'opinione giuridica dei membri della società, dalle sentenze dei giudici e dalla scienza giuridica», H. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, Milano, 1962, p. 18. François Gény affermava che le fonte reale del diritto è costituita dai concreti rapporti di vita in cui si rivela la "natura sociale" e in cui il diritto è "allo stato grezzo", F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positive*, Paris, 1927, I, pp. 96-98. Leon Duguit intendeva il diritto come regola espressa dalla società che impone a ciascun individuo, in quanto membro del corpo sociale, di realizzare la solidarietà con gli altri, cfr. L. DUGUIT, *L'état, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, p. 615 e L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927, I, p. 94. Otto von Gierke sosteneva che il diritto è «una manifestazione della vita comune degli uomini», un prodotto di quelle formazioni sociali, indipendenti e precedenti lo stato che egli designa come "consociazioni", cfr. O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin, 1868, p. 81. George Gurvitch insisteva sul concetto di "fatto normativo", G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, Paris, 1932, p. 119 e ID., *Elements de sociologie juridique*, Paris, 1940, p. 144 ss.

⁴⁴ Sulla "Scuola del libero diritto" e sulle altre correnti della filosofia del diritto, si veda K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1996, p. 102.

capacità di indagine fu così vasta e multiforme che appare naturale il ricorrere a questi “sconfinamenti”⁴⁵.

Sicuramente, uno degli approdi più interessanti di Pugliatti, da questo punto di vista, è la pubblicazione di un curioso ed acuto saggio, intitolato “*Continuo e discontinuo nel diritto*”, inserito nell’ultima parte di *Grammatica e diritto*. Il testo riproduce originariamente una lezione che Pugliatti aveva tenuto all’Università nel 1941, integrata, poi, da una sorta di lunga postilla, intitolata “*Note su continuo e discontinuo*”, scritta poco tempo prima della scomparsa dell’autore.

Il curatore della pubblicazione, Angelo Falzea, nella nota redazionale al testo, sottolinea come gli si fosse presentata una serie di difficoltà. La prima fu senza dubbio quella relativa alla scelta di pubblicare il testo, dato che il suo autore aveva a lungo tergiversato, ciò che «era indice di una grave esitazione, solo apparentemente risolta nelle prime pagine dello scritto, dove si attribuisce alle considerazioni di Marrou l’ultima spinta alla pubblicazione del lavoro»⁴⁶. Falzea aveva ascoltato l’originaria versione della lezione ed aveva potuto verificare la cura con la quale Pugliatti ne

⁴⁵ Per un inquadramento complessivo dei problemi legati all’interpretazione giuridica, si veda G. ZACCARIA, *L’arte dell’interpretazione*, Padova, 1990, p. 32 ss.

⁴⁶ In S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 257. D’altronde, bisogna considerare l’estremo rigore con il quale Pugliatti considerava lo stesso lavoro esegetico e l’attività elaborativa di un giurista. A questo proposito, osserva Nicolò come Pugliatti «non nascose mai la sua insofferenza verso certi atteggiamenti di alcuni studiosi, e assistiamo ad una proliferazione di questo tipo di studi pronti a confondere, in una variopinta commistione, il piano sociologico e quello giuridico, o a strumentalizzare i valori giuridici per l’esaltazione di ideologie politiche. Oggi questo fenomeno è sempre più ricorrente e non può non riconoscersi che tanta parte di quella che appare essere la crisi del diritto, dipende da questa confusione e dallo scarso rigore, che induce a superficialità, ad approssimazioni e che spesso non permette di distinguere tra un contributo che pretenda di essere scientifico e qualsiasi articolo di un giornale più o meno impegnato. Molte persone che oggi scrivono e parlano di diritto, spesso con una presunzione non inferiore alla superficialità, farebbero bene a leggere e a meditare l’opera scientifica di Pugliatti per apprendere con umiltà come e con quali intenti si possa e si debba fare opera di scienza» (*Presentazione*, in *Scritti in onore (rectius in memoria) di Pugliatti*, vol. I, t. 1, *Diritto civile*, Milano, 1978, VIII). Cfr. S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 189.

avesse tratto appunti e integrazioni nel corso di quasi un ventennio. La lettura definitiva del saggio, poi, «mi ha confermato nel convincimento della necessità della pubblicazione, che giova alla cultura e nulla toglie al prestigio scientifico dell'autore»⁴⁷.

Quali sono le ragioni che spinsero Falzea ad inserire, nella raccolta *“Grammatica e diritto”*, un saggio non terminato, che si presenta alla stregua di uno “zibaldone”, di una ricerca per assonanze concettuali o, come sottolineò lo stesso Pugliatti, «una rapsodia dove si mescolano indicazioni bibliografiche, abbozzi di idee di vari studiosi di varie discipline, con lunghe citazioni di brani delle loro opere, osservazioni marginali o conclusive in fine, una specie di panorama non interamente definito, con lacune e nebbie»⁴⁸? La risposta fornita da Falzea è comprensibile: «Ma, supposto che per i prodotti della scienza si possa legittimamente parlare di finitezza, nella cultura scientifica, vi è posto soltanto per le opere finite? Non ha bisogno, il sapere, anche delle ricerche colte nel loro stesso divenire, ancora cariche di problemi insoluti ma per ciò stesso suscitatrici di suggestioni e di stimoli, ancora formalmente incomplete e tuttavia già definite nella loro stessa problematicità? L'umanità non distingue nel suo ammirato consenso la Pietà Rondinini e la Pietà di San Pietro»⁴⁹.

Dunque, quale è il senso delle ricerche compiute da Pugliatti nel saggio *“Continuo e discontinuo nel diritto”*?

Egli parte considerando che la dialettica che racchiude il significato dell'endiadi si riferisce ad un ambito essenzialmente scientifico (fisica e chimica); ma presenta indubbiamente un suo interesse anche per quanto concerne le discipline umanistiche, anche se l'ambito della ricerca appare quanto mai arduo⁵⁰.

⁴⁷ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 257.

⁴⁸ *Ivi*, p. 258.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 258.

⁵⁰ Pugliatti non disconosce la difficoltà della ricerca analogica, che serve per tentare un'applicazione razionale della coppia di termini all'ambito giuridico. Avverte, però che «ove si trattasse soltanto di introdurre nell'uso dei giuristi la coppia di termini “continuo-discontinuo”, anche per i modesti servizi che potrebbe rendere, per il potere suggestivo che hanno indubbiamente le parole estranee al gergo di una disciplina e di una categoria di uomini di scienza, le pa-

Per tentare di comprendere il senso di un'applicazione del binomio "continuo-discontinuo" nell'ambito giuridico, è necessario proporre il problema generale del modo di individuazione e descrizione dell'esperienza giuridica. È, questo, l'argomento al quale Pugliatti ha dedicato già attenzione in altri scritti⁵¹. Nel saggio che si sta analizzando le caratteristiche peculiari dell'esperienza giuridica vengono messe a confronto con il significato di fondo del binomio "continuo-discontinuo"⁵².

Ora, è necessario, afferma Pugliatti, stabilire il metodo specifico di individuazione e descrizione dell'esperienza giuridica.

Ciò che è dato conoscere di quest'ultima si scinde, a seconda che faccia riferimento ad un ambito spaziale e ad un ambito spazio-temporale. I fenomeni giuridici normalmente si dispongono in un quadro che viene composto sul presupposto della loro *compresenza* e prescindendo dalla loro genesi e dal loro sviluppo. Il paradigma è rappresentato dalla *dogmatica del diritto*, la quale si caratterizza per una dimensione sincronica; la storia del diritto, invece, si caratterizza per una dimensione *diacronica*.

Si può affermare che il binomio "continuo-discontinuo" sia rilevabile nella fenomenologia giuridica ma è fondamentale appurare se si tratti di due principi opposti e incompatibili, cioè che danno luogo ad una duplice realtà non ricomponibile in

role, insomma, che appaiono nuove, non logorate dall'uso, e magari non affinate dall'analisi, e quindi capaci di esprimere nuovi aspetti e caratteri di fenomeno noti, sarebbe certo opportuno che se ne facesse, almeno la prima volta, la presentazione, e che non fossero introdotte quasi di soppiatto, come viaggiatori clandestini che debbano nascondersi o alterare la propria identità» (S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, cit., p. 80).

⁵¹ Si veda S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, cit., p. 19 ss.

⁵² In linea di massima, Pugliatti adopera la definizione di "continuità" che viene fornita in ambito filosofico, secondo la quale è tale «ogni grandezza che non è attualmente composta di elementi distinti, cioè che non viene presentata allo spirito con l'intermediazione dei suoi elementi, ma che ne può ricevere, per mezzo di un'operazione dello spirito» (si veda G. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Parigi, 1947, p. 176). Inoltre, si deve necessariamente tenere presente, sottolinea Pugliatti, che il significato proprio del binomio varia in ciascun ramo del sapere scientifico, ma in ogni ramo può assumere significati e funzioni diverse, in vista delle peculiari esigenze per la cui soddisfazione viene assunta.

unità, ovvero se si tratti di due principi, necessari e complementari, che si combinano tra di loro in modo tale da formare coordinate per mezzo delle quali si coglie e si valuta l'esperienza giuridica⁵³.

Nella pratica, però, risulterebbe congeniale, sul piano meramente metodologico, operare un'integrazione fra i due ambiti disciplinari, attuando una sintesi unitaria, che si può definire "diacronico-sincronica", nella quale il "discontinuo" non si presenterebbe nemmeno come una "pausa" ma una sua "visione mentale" e cioè, con formula tratta da Bergson, "la momentanea specializzazione della durata reale, descritta diacronicamente".

D'altronde, non può sfuggire la stretta interrelazione fra dimensione storica e dogmatica del diritto, in relazione ai compiti specifici svolti dalla linguistica generale. E in quest'ambito, Pugliatti torna di nuovo sulla prospettiva di Saussure delle sue analisi, cogliendo il contenuto "strutturalista" che vede necessariamente attuarsi nella dimensione giuridica. In questo ambito, la *funzione descrittiva* degli istituti giuridici spiega globalmente la sua efficacia proprio in relazione alle funzioni temporali utilizzate dall'uomo. È, dunque, in questo senso che il "continuo" non è altro che la *storia*, nella quale la duplice attività scientifica confluisce, in quanto da essa trae gli elementi con i quali disegna i suoi schemi concettuali, cioè i profili e le trame strutturali degli istituti e in essa immerge quegli schemi perché conformino la stessa struttura sociale⁵⁴.

⁵³ Pugliatti rileva che la maggior parte dei giuristi ritiene che il sistema graviti intorno all'unità (in tal senso, come visto, fra gli altri, si veda A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 437). Lo studio storico (che si caratterizza per il suo significato diacronico) dovrebbe servire all'intelligenza del diritto vigente, costituendo la premessa indeclinabile dello studio dogmatico (caratterizzato dalla valenza sincronica), di modo che questo, altro non sarebbe che la descrizione dell'esperienza giuridica, in un momento qualsiasi della sua evoluzione. In tal modo, lo studio dogmatico sarebbe, in linea teorica, lo studio storico in una sosta o pausa, «in un momento di discontinuità nella continuità della descrizione diacronica» (S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo*, cit., p. 84).

⁵⁴ Certo si potrebbe dubitare, scrive Pugliatti, che la «storia stessa sia un continuo, sul solco di quei dubbi gravi e di quelle aporie che ci sono note almeno fin da quando Zenone di Elea (...) propose i paradossali problemi della frec-

D'altronde, la tematica del "continuo-discontinuo" deve correlarsi al significato che assume, nell'esperienza giuridica, il concetto di ordinamento e di istituzione. Si è già potuto notare come Pugliatti possa inserirsi fra i "giuristi eclettici", nel senso che non propendeva esclusivamente per la teoria istituzionalistica di contro a quella strettamente normativa. Egli riteneva che la norma fosse l'elemento fondamentale dell'esperienza giuridica ma non negava che la norma stessa assumesse almeno parte della sua significazione all'interno di una struttura o di un'istituzione, nel senso già delineato da Santi Romano.

Pugliatti, proprio in riferimento alle sollecitazioni provocate dalla teoria istituzionalistica, sottolinea come l'impianto normativistico della teoria generale non fosse in grado, di per sé, di spiegare in tutti i suoi risultati la funzione del diritto e il suo adeguamento multiforme alla realtà sociale, che soltanto in parte la teoria dell'interpretazione è in grado di spiegare. La teoria istituzionalistica, invece, intende essenzialmente come "istituzionismo" ogni corpo, o ente o istituzione dotato di una sua autonomia funzionale e in grado di incidere sul diritto. Ora, se si stabilisce che «ogni istituzione così intesa è un ordinamento giuridico e ogni ordinamento giuridico è una istituzione, la funzione stabilizzatrice del diritto anzitutto è messa in evidenza in modo immediato ed esplicito, non come un corollario che sia da desumersi dalla definizione del diritto, ma con la stessa formulazione di tale definizione»⁵⁵. Questo perché si deve sempre sottolineare il fatto che ogni istituzione consiste in un'organizzazione che determina i vari elementi di un ente, oltre che la posizione e la funzione di essi, nonché delle unità che ne fanno parte. Le norme sono la conseguenza dell'attività produttiva dell'ente, rimanendo quest'ultimo nettamente distinto, sia funzionalmente sia come essenza, dalla realtà normativa.

L'equazione posta da Santi Romano, dunque, consiste nell'affermazione per cui «la funzione di un'istituzione non può che es-

cia che vola eternamente verso il bersaglio, senza mai toccarlo, ei di Achille che eternamente insegue la tartaruga, senza mai raggiungerla» (S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo*, cit., p. 86).

⁵⁵ S. ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 82.

sere giuridica ed una funzione giuridica non può che essere istituzionale»⁵⁶.

Da ciò deriva un'ulteriore conseguenza, la più importante nel sistema delineato da Santi Romano: il diritto non è definibile se non in funzione del corpo che lo produce, perché «le norme non sono che dei mezzi, e non gli unici, con i quali si adempie a quella funzione»; esse sono, anzi, «un prodotto della funzione stessa, che poi continuano, per conto loro, cioè con l'efficacia che da questa è stata loro comunicata, l'esercizio di essa»⁵⁷.

Di qui diviene fondamentale l'analisi compiuta da Pugliatti sul rapporto fra *ordinamento giuridico* e *sistema normativo*, che poi riflette il nodo interpretativo anzidetto, cioè il rapporto fra la teoria istituzionale e quella normativa. Proprio su questo punto Pugliatti ammette che, nonostante il fatto che la teoria istituzionalistica abbia prodotto notevoli dubbi in dottrina, «sembra difficile, allo stato attuale degli studi, poter sostenere che l'ordinamento giuridico si risolva senza residuo nel sistema normativo». Ciò perché, scrive ancora Pugliatti, l'ordinamento giuridico «costituisce una realtà assai complessa, e concreta, quindi originaria», cioè «quella realtà oggettiva nella quale si danno inscindibilmente *fatto* e *valore*». Soltanto attraverso l'analisi e l'astrazione, permeate della critica riflessiva, ad avviso di Pugliatti, «si può scindere dalla sintesi in cui è dato, in modo da estrarne il formale *criterio di giuridicità*, che si cristallizza in *norma* e *gruppi di norme*, e infine si compone nel *sistema normativo*»⁵⁸.

⁵⁶ *Ivi*, p. 83.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo*, cit., p. 87. L'ordinamento giuridico, in altre parole, rappresenta la concretezza storica e quindi il *continuo mobile*, mentre il sistema normativo rappresenta il *discontinuo astratto*. Ora, secondo Pugliatti, l'ordinamento giuridico si evolve insensibilmente in modo tale che, scrive, «quando pure si vogliono puntualizzare gli eventi, che producono le spinte evolutive o le modificazioni specifiche, non solo codesti eventi sfuggono alla rilevazione, ma addirittura sono da considerare come gli infinitesimi leibniziani, e soprattutto sono, come molteplici singolarità, irrilevanti, perché rilevano unicamente nell'unità e nel suo moto o ritmo vivente. Non così potrebbe dirsi per il sistema normativo, il quale, nella sua astratta rigidità, ammette soltanto l'intru-

Distinguendo, dunque, tra norma e sistema, e correlando tale distinzione al significato del binomio *continuo-discontinuo*, è necessario comprendere se tale dualismo sia componibile. La risposta è affermativa: la composizione del dualismo può avvenire mediante l'*integrazione*. Infatti, se il sistema normativo si configura come un complesso coordinato di schemi astratti, desunti dall'ordinamento giuridico, che non esauriscono il concreto e permanente valore di giuridicità di tale ordinamento, ma ne descrivono soltanto gli aspetti più percepibili dall'essere umano, e se, quindi, si ammette che quel *valore di giuridicità si attua in maniera spontanea e le norme astratte valgono solamente in quanto e nei limiti in cui conseguono una concreta applicazione*, allora il dualismo può essere risolto – ad avviso di Pugliatti – nel rapporto tra la storia nella sua concretezza reale e la descrizione di tipi astratti di realizzazione che trovano proprio nella storia la loro fonte.

La dicotomia fra *continuo* e *discontinuo*, peraltro, si ripresenta in tutta la sua problematicità anche per quanto concerne gli *aspetti costituzionalistici* della scienza giuridica, quindi quegli aspetti più propriamente legati al rapporto fra le fonti normative e la loro regolazione in funzione gerarchica. Infatti, il *continuo* e *discontinuo* qui può presentarsi nel senso, ad esempio, di una “rottura” del *patto costituzionale* o nella contrapposizione fra *Costituzione formale* e *Costituzione materiale*⁵⁹.

sione di entità normative nuove, e l'inclusione di talune entità normative preesistenti. Si potrebbe persino dire che solo in apparenza esso è sistema».

⁵⁹ L'analisi di Pugliatti qui si ricollega, per quanto su un versante prettamente filosofico, alle sue applicazioni nel campo dei diritti. Abbiamo visto come lo stesso Pugliatti avesse compreso e ribadito come l'emanazione della Costituzione del 1948 avesse sostanzialmente operato una “rottura” degli equilibri giuridici preesistenti. In questo senso, ora, lo stesso giurista ritiene che tale “rottura” possa essere interpretata alla luce del significato espresso dal binomio *continuo-discontinuo*. Bisogna considerare, da questo punto di vista, gli apporti dottrinali in ambito costituzionalistico che fanno da sfondo alle analisi di Pugliatti. In linea di teoria generale, Pugliatti prende in considerazione la Costituzione essenzialmente quale *Grundnorm* o *Grundrechte*, quindi fonte primigenia della normazione. In realtà, come noto, in quale modo si debba intendere propriamente questa norma fondamentale, se essa esista veramente come norma, se sia reale o ideale o sia ipotetica, sono stati (e sono tuttora, in sede di discussione di filosofia del diritto) problemi molto controversi. Di potrebbe dire che dal dato originario

Ora bisogna considerare in che senso Pugliatti collega un problema essenzialmente di “continuità” o “discontinuità” temporale del sistema giuridico all’esistenza di una *Grundnorm* destinata a suggellare l’ordinamento stesso.

Può dirsi, in termini generali, che la *Costituzione è struttura*, organizzazione effettiva del gruppo sociale. L’idea-principio di validità-vigenza dell’ordinamento, oggettivazione del potere costituente, non può non essere sostenuta da una “forza concreta” che ne permette lo svolgimento e da un portatore (*Träger*), veicolo effettivo per la sua realizzazione concreta. Questa forza concreta è la sua realizzazione, la forza effettiva di cui dispongono i governanti e non va intesa soltanto come *coercizione*⁶⁰ ma anche come “forza ideale”, di natura psicologica e morale, che induce i governanti a conformarsi ad una dimensione di giustizia prima ancora che di legalità. Essa dipende, in definitiva, dalle molteplici forze, dai tanti ideali, interessi e convincimenti che si esprimono nella società civile, ma è gestita dal potere dell’autorità costituita, risultato dell’affermarsi e consolidarsi di quello che è già stato una volta il *potere costituente*.

In quanto opposto alla *norma fondamentale*, il potere si pone, però, anzitutto come una sua *situazione di fatto*, antecedente il di-

istituzionale (gruppo sociale) emergano, ad un tempo, la forza o “potere costituente” e il fondamento di validità delle norme costituite in ordinamento o delle istituzioni che vi corrispondono. La norma fondamentale, come principio di validità dell’intero sistema, è stata concepita non come mera ipotesi ma come concretamente posta e dunque immanente e implicita nelle Costituzioni formali (si veda su questo punto H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 58 ss.; si veda anche A.G. CONTE, *Norma fondamentale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, p. 329 ss.). Ma la validità di un ordinamento non può essere indipendente dalla sua reale efficacia e questa ultima non è neppure semplice *condicio sine qua non* dell’esistenza o vigenza dell’ordinamento stesso (in questo senso, si esprimono, fra gli altri, A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965, p. 76 ss.; J. BINDER, *La fondazione della filosofia del diritto*, Torino, 1945, p. 155 ss.; C. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Padova, 1964, p. 238 ss.). L’esistenza di un ordinamento è anzi un’esistenza di tipo particolare, non mera conformità dei comportamenti umani ad una norma presupposta, ma neppure semplice fatto empirico dell’esistenza di determinate azioni e comportamenti ma fatto che trova in sé un criterio di qualificazione.

⁶⁰ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 188.

ritto, cioè come un *fatto dinamico*, idoneo a sostenere e organizzare il gruppo sociale. Così, la Costituzione “positiva”, emanata dal titolare effettivo del potere costituente, come «decisione complessiva sulla specie e forma dell’unità politica dello Stato»⁶¹, non è altro se non il fatto dinamico del *potere* che riesce ad imporsi per virtù della sua forza, così come la cosiddetta *prenormatività del diritto* come *Istituzione e organizzazione sociale* non è altro se non il riconoscimento dell’esistenza di un fatto normativo⁶².

Ora, proprio la realizzazione della norma fondamentale, come

⁶¹ C. SCHMITT, *La dottrina dello Stato*, Milano, 1984, p. 438. Non è possibile, in questa sede, affrontare il problema della concezione politica dello Stato di uno dei massimi costituzionalisti contemporanei, il cui pensiero è stato analizzato da moltissimi autori, soprattutto per la sua coincidenza con la teoria nazista. Si veda, quindi, su Schmitt F. LANCHESTER, *Carl Schmitt: un giurista scomodo*, in ID., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano, 1994, p. 221 ss., il quale scrive che «l’idea schmittiana della democrazia come identità presenta aspetti totalizzanti e pericolosi che nel tempo si evidenziano in tutta la loro valenza». Bisogna però sottolineare, ad avviso dell’autore citato, che «Schmitt, dopo aver teorizzato la necessità di mettere fuori legge come partito antisistema la NSDAP (*il nucleo originario del partito nazional-socialista*), divenne nel periodo post-1933 il “giurista di regime”, senza poter essere inquadrato in nessun modo nell’ambito della nuova scienza giuridica nazista (...). In quegli anni il giurista Carl Schmitt, Consigliere di Stato prussiano e presidente dei costituzionalisti tedeschi, serve piuttosto da copertura provvisoria al regime che sta consolidandosi velocemente. Egli sembra essere consapevole di una più o meno inconfessata illusione (comune a vasti strati della classe dirigente, ma specialmente presente negli alti quadri dell’Esercito) che il nazismo avrebbe potuto essere controllato e guidato». Ma le precisazioni di Lanchester non sembrano del tutto convincenti, laddove ritengono Schmitt immune dalla colpa di aver legittimato il regime nazista soltanto perché non fu classificabile fra i suoi giuristi o perché riteneva che il movimento hitleriano potesse essere “controllato”. Al contrario, proprio queste posizioni lo renderebbero ancora più implicato nella dottrina giuridica razzista, anche come giurista che accolse favorevolmente le leggi di Norimberga del 1935.

⁶² S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, 1951, p. 25. La corrente istituzionalistica del diritto, impersonata dal Romano, trova d’accordo altri autori, fra cui: A. PASSERIN D’ENTREVES, *La dottrina dello Stato*, Torino, 1967, p. 105 ss.; si veda anche C. MORTATI, *Le forme di governo*, Milano, 1973, p. 3 ss. Sui rapporti intercorsi fra Costantino Mortati e Carl Schmitt si veda *L’ordinamento giuridico, Brevi note sul rapporto fra Costituzione e politica nel pensiero di C. Schmitt*, in “Quaderni fiorentini”, 1973, p. 511.

principio di validità-vigenza dell'ordinamento, sostenuta dalla forza concreta che la rende possibile, postula l'attribuzione di essa in capo a determinate entità: la forza del gruppo sociale si manifesta, anzitutto, nei confronti di sé medesimo come "autorevole" o "autolimitazione"⁶³, trasformandosi in "potere" in senso strettamente giuridico, ossia in "forza qualificata", disciplinata e limitata dal diritto. La Costituzione è quindi regola del "potere supremo" o sovrano, disciplina dell'organizzazione della "autorità costituita".

Se questo è il quadro concettuale del costituzionalismo moderno, in esso è ravvisabile, secondo Pugliatti, un problema di tipo temporale, che può essere riassunto nel binomio "continuo-discontinuo". Si può parlare, in questo contesto, di *de-costituzionalizzazione* e rottura della Costituzione.

A tal proposito Jellinek adottava la formula della *forza normativa del fatto*⁶⁴, con la quale si dovrebbe alludere ad un processo che, iniziatosi come contrasto fra norma costituzionale e fatto (e quindi come *manifestazione di anti-giuridicità*), percorre una strada al cui fondo vi è una sorta di rovesciamento della questione, in modo tale che il fatto acquista prevalenza di fronte alla norma, che perde così la sua forza qualificante. A questo proposito, nota Pugliatti, si avrebbe un «processo continuo i cui moti puntuali sono singolarmente inapprezzabili ma che, ad un certo punto, genera un *salto qualitativo* a prima vista discontinuo». In realtà, conclude Pugliatti su questo punto, «si realizza (...) una sintesi superiore, secondo la formula del continuo mobile: essa si presenta nitidamente, sotto la veste del processo della conversione della quantità in qualità nel *continuo del processo*, non solo i puntuali momenti del suo svolgimento, bensì anche la *conversione medesima*»⁶⁵.

⁶³ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p. 207 ss.

⁶⁴ Jellinek fu uno dei principali sostenitori della teoria del diritto pubblico e dello Stato quale personificazione delle funzioni collettive. Il suo pensiero fu introdotto in Italia sostanzialmente per merito di Vittorio Emanuele Orlando, di cui si veda *Diritto pubblico generale*, Milano, 1930, p. 4 ss. Non c'è dubbio che tale teoria sia all'origine delle concezioni fascistiche e, più in generale, autoritarie dello Stato nell'esperienza novecentesca.

⁶⁵ Secondo taluni giuristi, il mutamento, e quindi il *discontinuo* giuridico-

3.5. *Fra normativismo e istituzionalismo: la corrispondenza fra diritto e linguistica e il problema concettuale della conoscenza*

Pugliatti, però, nella sua riflessione globale sulle istituzioni giuridiche, fonda la sua analisi, come si è visto, sugli aspetti linguistici del diritto. Il sistema, afferma Pugliatti, è tale anche perché basato su determinati aspetti strutturali della *langue* intesa saussurianamente. In ciò, indubbiamente, troviamo un superamento del formalismo puro kelseniano e il tentativo di valorizzare gli apporti contenutistici della teoria pura del diritto.

D'altronde, proprio in questo contesto si manifesta, nel modo più chiaro, l'interesse specifico di Pugliatti per gli aspetti prettamente "letterari" del diritto, interesse che lo porterà, come noto, a spaziare anche nell'area letteraria *tout court*.

Ancora una volta, Pugliatti riflette sul fondamento istituzionalistico del diritto, in rapporto al problema linguistico generale che analizza nei saggi raccolti in "Grammatica e diritto". Il diritto, e, per converso, un "istituto giuridico" si presenta come un "corpo di regole" e quindi di volontà, di comandi che, in quanto tali, presentano una propria unitarietà e volontà rispetto a quelle dei singoli. In questo senso, d'altronde, si esprime anche il Nencioni, secondo il quale il parallelismo fra istituzione e linguistica assume un particolare rilievo per comprendere gli stessi fenomeni espressivi dell'agire umano. Secondo Nencioni, gli elementi propri della lingua (il sintagma, i semantemi, ecc.) rappresentano atti della potenzialità umana in grado di forgiare la coscienza dell'individuo nel momento in cui egli è in grado di *agire*. Ma naturalmente, precisa Falzea, «come nel passaggio dalla potenza all'atto della singola norma giuridica si attua tutto l'istituto cui quella norma

costituzionale, potrebbe aversi anche in conseguenza dell'applicazione di una consuetudine. La modificazione tacita della norma si avrebbe, dunque, quando si forma, attraverso il fatto consuetudinario. In questo senso si deve parlare del fatto consuetudinario come problema e della sua *conversione da fatto antiggiuridico a fatto giuridico* (si veda in tal senso G. GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*, Torino, 1984, p. 34 ss.). In realtà, il problema della consuetudine si traduce in quella del *fatto normativo*.

appartiene e la volontà di tutto l'ordinamento, che con ognuna delle sue norme e dei suoi istituti forma un'organica unità», allo stesso modo «quando l'individuo parla, nelle poche frasi che egli formula, viene implicato tutto il sistema linguistico, che passa nella sua totalità (cioè nella totalità presente alla coscienza di quel determinato parlante) dalla potenza all'atto»⁶⁶.

La coscienza dell'importanza di una ricerca tesa a sottolineare gli aspetti che si potrebbe definire “strutturalistici” della scienza giuridica spinge Pugliatti a chiedersi se sia possibile riflettere, nel diritto, la distinzione saussuriana fra *langue* e *parole*. Il “parlare” è sicuramente un *agere*, afferma Pugliatti, vale a dire un *atto*, che condiziona la vita di relazione. Quest'ultima è un “intreccio di comportamenti che si corrispondono”, attuazione, dunque, di una semiologia generale della quale gran parte è costituita dallo strumento linguistico vero e proprio. Secondo Pugliatti, allora, *langue* e *parole* non sarebbero altro che la rappresentazione, sul piano del diritto, fra *istituzione* e *atto*⁶⁷.

Secondo la teoria esposta da Saussure, il fondatore degli studi linguistici da un punto di vista scientifico, la *langue* è il sistema dei segni di una qualsiasi lingua, sistema considerato in termini astratti. La *langue* «è la somma di impronte depositate in ciascun cervello»⁶⁸, cioè un prodotto sociale che ciascun individuo registra meccanicamente. In altri termini, la *langue* appare “esterna all'individuo”, che non è in grado né di modificarla, né di crearla.

Al contrario, la *parole* è l'aspetto individuale e creativo del linguaggio; è ciò che dipende da variazioni attuate da ciascun soggetto parlante (per esempio, le pronunce e le diverse sfumature di significato che varie persone attribuiscono alla parole “guerra”). Quindi, la *parole* è esecuzione personale, vale a dire, come si esprime Saussure, «atto di volontà e di intelligenza»⁶⁹.

⁶⁶ S. PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, cit., p. 47 ss.

⁶⁷ *Ivi*, p. 71.

⁶⁸ F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, cit., p. 38.

⁶⁹ *Ivi*, p. 40. Secondo Saussure, possiamo rappresentarci la lingua come una serie di suddivisioni o articolazioni effettuate contemporaneamente sul piano dei suoni e sul piano delle idee. Il nesso che la lingua istituisce tra il piano dei *significanti* e quello dei *significati* è radicalmente arbitrario, nel senso di non fondarsi

Da tale distinzione ne consegue che come l'esecuzione individuale di un atto linguistico non può non ottenere il suo scopo comunicativo se non si uniforma al sistema di regole virtualmente esistenti nel gruppo sociale, così lo studio della *parole* non può non presupporre quello della *langue* come sistema. Quest'ultima, d'altronde, non è riducibile a semplice convenzione sociale che accoppia suoni e concetti traendoli da repertori preesistenti.

La corrispondenza fra *langue-istituzione* e *parole-atto* è, secondo Pugliatti, pienamente realizzata qualora si faccia riferimento all'*attuazione spontanea*, che «costituisce l'aspetto normale e fisiologico della realtà giuridica», vale a dire «la massa dei comportamenti degli uomini che realizzano il diritto spontaneamente e persino incoscientemente»⁷⁰.

La corrispondenza, invece, appare meno congruente nel suo aspetto patologico. Esiste peraltro una corrispondenza concettuale fra violazione delle regole della *langue* e l'*agere contra ius*, o comunque in difformità dal *diritto positivo*⁷¹. Bisogna tenere conto che le conseguenze dell'*agere contra ius* sono di natura diversa e presentano alcuni aspetti tipici, quali la nullità e l'annullabilità, l'illegittimità dell'atto amministrativo, la responsabilità per danni patrimoniali, l'assoggettamento alla pena e l'obbligo di risarcimento dei danni patrimoniali e morali, oltre ad altre figure più specifiche. Così, può affermarsi, secondo Pugliatti, che «nel campo dell'esperienza giuridica a fini e interessi pratici definiti, corrispondono modelli che si sono venuti formando per mezzo di una tecnica che si è andata sempre più raffinando ed è divenuta sempre più complessa e differenziata»⁷².

su alcun legame "naturale" e dà luogo ad una sintesi che è dall'autore denominata "segno". Ciò che distingue, in questa prospettiva, un segno dall'altro è semplicemente il fatto di occupare una posizione diversa nel sistema complessivo dei segni linguistici, cioè il loro *valore*. La nozione di *valore* così introdotta è puramente differenziale, oppositiva e ciò spiega la caratterizzazione della lingua come *forma*, regno delle articolazioni creatrici di valore.

⁷⁰ S. PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, cit., p. 71.

⁷¹ La corrispondenza non è piena, in questo caso, anche se il disordine linguistico può essere assimilato al disordine che promanerebbe dall'assenza completa di regole giuridiche all'interno di un determinato contesto sociale.

⁷² S. PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, cit., p. 72.

In linea puramente teorica, afferma Pugliatti, si potrebbe forse dire che la parola del giudice si è formata in determinate circostanze, cioè nell'ambito di un determinato ordinamento giuridico e sulla base degli istituti, delle istituzioni e delle norme che progressivamente si sono consolidate in quel sistema.

Il problema è assai complesso: il pensiero⁷³, piuttosto che ad un'attività valutativa (giudizio), secondo lo schema kantiano, sarebbe finalizzato essenzialmente ad un'attività interpretativa⁷⁴. L'interpretazione, quindi, sarebbe *attività conoscitiva*, per cui, scrive Pugliatti, il filosofo, il giudice e il critico si troverebbero nella stessa situazione, cioè «di fronte ad una realtà che si presenta come una totalità di simboli o segni (...) con l'unica possibilità di pervenire ad una interpretazione»⁷⁵.

Il problema della conoscenza viene d'altronde affrontato da Pugliatti in varie opere. In una di queste, Pugliatti approfondisce il legame esistente fra un generale problema gnoseologico e la metodologia logico-giuridica.

Pugliatti innanzitutto precisa che il problema gnoseologico, in termini giuridici, si ricollega funzionalmente e strutturalmente a quello della volontà. Esisterebbe, in altri termini – scrive Pugliatti – una «correlazione funzionale della volontà (impulso) alla conoscenza, e della conoscenza (guida) alla volontà»⁷⁶.

Bisogna innanzitutto osservare che, essendo l'esperienza giuri-

⁷³ G. BARTOLI, *Filosofia del diritto come ontologia della libertà*, Roma, 2008, p. 79 ss.

⁷⁴ S. PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, p. 73. «Pensare – secondo codesta tendenza – è soltanto un riflettere sui dati dell'esperienza, unificare nella riflessione ciò che l'esperienza ci offre, o ciò che nell'esperienza riusciamo a cogliere, e formare così un contesto significativo. In sostanza si tratta di procedere alla individuazione e sistemazione unitaria dei segni che offre la realtà, ad una possibile interpretazione di tali segni, che non ne esclude altre».

⁷⁵ *Ivi*, p. 74, per cui «il loro compito [di simboli o segni] sarebbe quello di conseguire determinazioni semantiche nell'ambito di una realtà costituente un unico segno semiologico».

⁷⁶ S. PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, cit., p. 1. Quindi, si tratta di un problema tradizionalmente legato ad ambiti non strettamente giuridici ma filosofici, psicologici, ma non si può escludere a priori l'interesse verso la gnoseologia da parte della scienza giuridica.

dica null'altro che, appunto, esperienza e la realtà null'altro che "realtà umana", conoscenza e volontà necessariamente devono presentarsi come la concreta realizzazione di questa realtà. Ricollegandosi all'idealismo crociano e, almeno in parte, all'attualismo gentiliano, Pugliatti sottolinea come la realtà sia una sintesi fra pensiero ed azione e, in altri termini, «conoscenza stimolata dalla pratica»⁷⁷.

D'altronde, il pensiero che ha caratterizzato importanti correnti della filosofia del diritto si è connotato per la valorizzazione dell'azione umana e per le possibilità insite nelle relazioni sociali che l'essere dispone nella sfera della sua conoscenza. Ma la distinzione fondamentale che si deve tenere presente è che la tradizionale distinzione fra conoscenza e volontà è la conclusione di un ragionamento tipicamente intellettualistico, anche se, sottolinea Pugliatti, non si può (e non si deve) disconoscere la sua utilità sul piano dei valori ermeneutici.

È pur vero che il concetto stesso di *conoscenza* presenta significativi margini di ambiguità, poiché designa l'*atto* e il *risultato* della conoscenza. L'*atto* indica un rapporto, mentre il secondo esprime l'aspetto soggettivo di quel rapporto.

In un primo e non esaustivo significato, la conoscenza può definirsi, alla maniera di Lalande, «l'atto del pensiero che pone legittimamente un oggetto in quanto oggetto»⁷⁸. Ciò si realizza quando l'*atto* del conoscere incide sull'oggetto fino a penetrarlo del tutto. In altri termini, la conoscenza può avere luogo in quanto la mente umana concepisce le cose come pensabili e perfettamente intelligibili, vale a dire come *idee*. Secondo Capograssi, ri-

⁷⁷ *Ivi*, p. 2. Infatti, Pugliatti cita espressamente Croce sul fatto che la conoscenza che serve alla pratica, fuga con l'atto del pensiero quei dubbi e quelle oscurità con le quali si dibatte. Così, il sapere, sollecitato dall'azione, ed esso stesso azione, assume in quest'ultima una funzione di guida e si atteggia come processo che si impone all'evento.

⁷⁸ *Ivi*, p. 4. Il "problema gnoseologico" è stato al centro dell'interesse nella storia della filosofia ma non può certo dirsi che sia stato risolto, anche parzialmente ed in ciò forse scontando quella ambiguità definitoria cui si è fatto precedentemente riferimento.

corda Pugliatti, l'idea è «il reale visto nella sua verità»⁷⁹; sul piano delle idee è possibile una conoscenza che abbracci tutto il reale e tutta l'esperienza intellettuale possibile nell'essere umano.

D'altronde è necessario anche tenere presente la sostanziale differenza fra *conoscenza empirica*, che può essere superficiale e non del tutto attendibile, e *conoscenza scientifica*. La prima si ottiene immediatamente dai sensi, mediante la percezione. La seconda, invece, presuppone l'elaborazione dell'intelletto ed è quindi una conoscenza più generale, più precisa e rigorosa, che diventa tale mediante l'apporto di una metodologia scientifica e sistematica.

È una distinzione, nota Pugliatti, che può tornare utile, nonostante offra il fianco a più di una critica, soprattutto sul piano pratico. Nel campo specifico dell'esperienza giuridica, però, difficilmente quella distinzione può riflettersi nella distinzione, che pure è necessario fare, fra *sapere giuridico* e *giurisprudenza*.

Fondamentale è anche tenere presente l'importanza che riveste, per l'attuazione del diritto, la conoscenza storica e sistematica degli istituti giuridici. Tale conoscenza deve essere considerata, afferma Pugliatti, essenziale in tutti i suoi momenti: dalla nascita dei rapporti giuridici, dei fatti e degli atti normativi, dell'attuazione spontanea del diritto, dell'interpretazione e applicazione delle norme giuridiche.

Ma il problema fondamentale è quello della *verità*. Al di fuori della verità non si possono avere certezze⁸⁰.

Il concetto di verità, partendo dalle riflessioni di Tommaso

⁷⁹ S. PUGLIATTI, *Analisi dell'esperienza comune* (1930), in *Opere*, vol. II, Roma, 1959, p. 26.

⁸⁰ La stessa tendenza di fondo di tutto l'idealismo italiano è questa spontanea ricerca funzionalizzata al raggiungimento della verità. Come annota Guido Calogero, «il superiore ideale etico di chi possiede e difende e promuove il gusto e il rispetto della verità» (G. CALOGERO, *La conclusione della filosofia del conoscere*, Firenze, 1960, p. X). Pugliatti sottolinea questo filone di ricerca, citando soprattutto Capograssi e Calamandrei. La scienza giuridica ha fatto propria l'idea di fondo che senza la verità verrebbe a mancare quella tensione ideale (ed interiore) del giurista nella ricerca dell'*equo* e della *giustizia*, che deve informare di sé lo scibile e la stessa ricerca giuridica.

d'Aquino⁸¹, giunge ad una definizione moderna con Kant, secondo il quale la riflessione intellettuale cerca le condizioni o forme della validità dell'atto conoscitivo nel riferimento all'oggetto dell'esperienza. In altri termini, il pensiero moderno, infuso di una ricerca filosofica che, proprio nella gnoseologica, esprime tutto il suo empirismo critico, collega strutturalmente l'*atto* del conoscere all'*oggetto* stesso della conoscenza, in base a quella "compenetrazione" cui si è accennato in precedenza. Così, sottolinea Pugliatti, determinata, attraverso il valore di verità, la validità dell'atto conoscitivo e la sua medesima obiettività, il *vero* non è soltanto un *giudizio di relazione* ma un *in sé*, vale a dire l'essere in quanto intellegibile e intelligente.

Nella filosofia occidentale si sono alternate, e sovente contrapposte, diverse e variegate concezioni del *vero*, che Pugliatti così riassume:

A) una concezione della *verità* come *corrispondenza* e che deriva essenzialmente la sua articolazione dal pensiero aristotelico;

B) una concezione della *verità* nel senso della *rivelazione* o *manifestazione* che presenta due aspetti: uno empirico, secondo il quale la verità consiste in ciò che immediatamente si rivela all'uomo ed è quindi sensazione, intuizione e fenomeno;

C) una concezione della *verità* nel senso della *conformità* ad una regola e ad un concetto, che deriva da Platone ed è stata poi riformulata da Kant e dalle correnti di pensiero neo-kantiane. Soprattutto per questi ultimi, la *conformità alla regola* (che per Kant appariva solamente come un criterio formale di rappresentazione della *verità*) diventa l'unico criterio fondativo della ricerca in tal senso;

D) una concezione della *verità* intesa come *coerenza* e quindi non solamente assenza di ogni contraddizione ma anche, scrive Pugliatti, «abolizione di ogni molteplicità relativa»⁸²;

E) una concezione della *verità* come utilità, legata soprattutto alle più moderne teorie utilitaristiche e pragmatistiche.

⁸¹ Secondo l'Aquinate, *Si enim sensus vere iudicat de rebus, non tamen cognoscit veritatem qua vere iudicat*; ed inoltre: *cognoscit veritatem intellectus quod supra seipsum reflectitur* (citato in S. PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, cit., p. 9).

⁸² *Ivi*, p. 12.

Ora, avverte Pugliatti, la verità che è possibile ricercare nella dimensione umana è ovviamente una *verità relativa*, che fa luogo necessariamente al contesto umano in cui l'essere diventa se stesso. La verità alla quale l'uomo è in grado di aspirare (e nella quale egli vive) si alimenta di una *necessità parziale e storicamente condizionata*, la quale implica limitazioni e scelte, compiute più o meno coscientemente.

Ora, sul piano della *conoscenza giuridica*, ciò che rileva, sottolinea Pugliatti, è soprattutto il rapporto fra la *verità* e la *certezza*. Per il giurista è fin troppo chiaro che l'apparato logico ed ermeneutica cui egli può disporre deve indirizzare l'attività conoscitiva alla ricerca di quelle "certezze sistematiche" che sole sono in grado di predisporre ragionamenti induttivi o deduttivi. Ma, anche qui, non mancano le differenziazioni.

Sovente, quando si parla di *certezza*, si fa riferimento, più o meno esclusivo, ad una *dimensione psicologica*, ovvero ad una *dimensione morale*, che però, sovente, finiscono per divergere anche abbastanza significativamente dal piano fattuale, dal livello dell'esperienza giuridica. In questo senso, la *certezza giuridica* dovrebbe essere riconoscibile scientificamente, come la *pienezza dell'azione del diritto*, in ordine alla sua espressione e formulazione, in quanto capace di riassumere tutta la spontaneità e autonomia della parte che agisce e, in quanto tale, sufficiente a identificarsi con la verità nell'atto risolutivo della giustizia.

Per Pugliatti, *verità* e *certezza* entrano in relazione fra di loro attraverso il piano della *conoscenza*. Onde, per evitare l'arbitrio e il capriccio, è necessario ammettere che «il carattere convenzionale delle strutture logiche e delle proposizioni fondamentali non sia assoluto e incondizionato»⁸³, perché altrimenti ci si troverebbe di fronte ad un contesto in cui la *verità relativa* prende il sopravvento.

⁸³ *Ivi*, p. 23. In questo senso, Pugliatti ha modo di precisare meglio che nulla può detronizzare «la verità come valore e l'esigenza valutativa per cui il vero tende a distinguersi dal falso, e la ricerca orientata sul criterio di verità tende ad eliminare l'errore». In altri termini, conclude Pugliatti, «la convenzione come fatto è anch'essa sottoposta alla valutazione secondo il criterio di verità».

3.6. Norma fondamentale e mutamento come fenomeno rivoluzionario

Pugliatti, a questo punto, prende in esame proprio il problema del *mutamento* della *Grundnorm*, come aspetto qualificante del fenomeno temporale nella scienza giuridica, ma anche come dissuasione di un convincimento sul relativismo fondativo che padroneggi la struttura giuridica.

In base alle due tesi più affermate, il mutamento può avvenire nei modi seguenti:

- a) secondo Kelsen, il rovesciamento della *Grundnorm* produce un radicale e simultaneo rovesciamento dell'ordinamento;
- b) per Ross, essendo l'ordinamento un organismo vivente, il mutamento della *Grundnorm* sarebbe espressione di una legge biologica⁸⁴.

Secondo Pugliatti è proprio la tesi del filosofo del diritto scandinavo Alf Ross quella che meglio esprime il senso del reale nella comprensione del "continuo-discontinuo" giuridico. Infatti, secondo Ross qualsiasi sistema giuridico è soggetto a *variazioni continue*, anche se mantiene sempre una relativa costanza.

Ma occorre vedere più da vicino in che senso Ross costruisce la sua teoria temporale del diritto, dato che il pensiero di Kelsen e di Ross hanno influito notevolmente sugli scritti di Pugliatti dell'ultimo periodo preso in considerazione.

Ciò che deve essere messo subito in rilievo nella concezione giuridica generale del modello del filosofo Ross è innanzitutto la sua impostazione finalizzata a fornire alla scienza giuridica un fondamento essenzialmente scientifico ed empirista⁸⁵. Il punto di partenza del filosofo è che le norme, in quanto tali, sono di diverso genere: vi sono norme puramente immaginarie, norme scritte solo sulla carta e norme seguite ed osservate, norme poste da un deter-

⁸⁴ Cfr. B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, Torino, 2009.

⁸⁵ Si veda su questo punto essenziale e preliminare ad un'analisi del pensiero rossiano, G. GAVAZZI, *L'empirismo metodologico di Alf Ross*, in "Diritto e giustizia", 1981, p. 334 ss.

minato potere politico e norme evidentemente prodotte da determinati assetti di potere sociale, all'interno del quale si sviluppano quei rapporti di forza in grado di creare il dominio normativo.

La tradizione continentale, ritiene Ross, per risolvere il quesito della natura delle norme giuridiche, insegna che quelle, intese nel senso della obbligatorietà, non possono che essere poste dallo Stato, in quanto organizzazione e modello di sovranità superiore alla singola volontà degli individui⁸⁶.

Per comprendere fino in fondo la concezione realistica del filosofo è necessario far riferimento alla revisione radicale del concetto di validità da lui proposto in relazione al fondamento stesso delle norme giuridiche. Quindi, il contesto critico nel quale si sviluppa il suo pensiero sul normativismo novecentesco.

Il punto di partenza di Ross, che qui ovviamente è possibile, ma utile, soltanto accennare, risiede nella risistemazione concettuale delle fonti del diritto, contenuta nella sua prima opera apparsa nel 1929⁸⁷. Secondo il filosofo scandinavo, fino a quel mo-

⁸⁶ Il riferimento sostanziale è alle analisi di Hans Kelsen: si veda essenzialmente H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1980, p. 116 ss., il quale osserva che «il diritto statuito (*statutory*)» e il diritto consuetudinario sono i due tipi fondamentali di diritto. «Per diritto statuito intenderemo il diritto creato in maniera diversa dalla consuetudine, e cioè mediante atti legislativi, giurisdizionali, amministrativi o mediante negozi giuridici e specialmente mediante contratti e trattati (internazionali)». Ora, come noto, secondo Kelsen la fonte principale di legittimità della norma giuridica in un ordinamento moderno è una fonte superlegislativa (*grundrechte*) dalla quale derivano tutte le norme di rango inferiore che regolano la vita degli individui. Scrive a questo proposito il giurista tedesco: «Si compie la derivazione delle norme di un ordinamento giuridico dalla norma fondamentale di questo ordinamento, mostrando che le norme particolari sono state create in conformità della norma fondamentale. Alla domanda del perché un dato atto coercitivo – ad esempio, il fatto che un individuo privi un altro individuo della sua libertà mettendolo in prigione – sia un atto giuridico, si risponde: perché ciò è stato prescritto da una norma individuale, da una sentenza giudiziaria. Alla domanda del perché quella norma individuale sia valida come parte di un ordinamento giuridico determinato, si risponde: perché essa è stata creata in conformità di una legge penale. Questa legge, infine, trae la sua validità dalla Costituzione, essendo stata emanata dall'organo competente nel modo prescritto dalla Costituzione».

⁸⁷ A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Lipsia, 1929.

mento, con il problema dell'identificazione delle fonti del diritto si sono confusi almeno tre problemi di ordine differente:

- a) quello sociologico dei fattori sociali che danno origine al diritto;
- b) quello etico del fondamento dell'obbligatorietà morale del diritto;
- c) quello più specifico della teoria del diritto.

Solamente quest'ultimo ambito è quello proprio della scienza giuridica.

In un'opera successiva Ross sembra demolire ancora di più le antiche certezze che, in materia di conoscenza giuridica, avevano caratterizzato fino a quel momento gli studi⁸⁸. In questa poderosa opera, infatti, il filosofo praticamente sostiene che è impossibile una conoscenza pratica o "conoscenza dei valori", ma può concepirsi solamente una mera rappresentazione di cose, che devono peraltro passare il vaglio della scienza e di un metodo rigorosamente empirico.

Questi concetti sono espressi ancora più chiaramente nell'opera che maggiormente affronta il problema del sistema di valori del diritto⁸⁹. Preliminarmente, il concetto di "diritto valido", per quanto l'espressione possa apparire un non-senso, può essere avvicinato con una metafora. Si immagini, ipotizza Ross, che due persone stiano giocando a scacchi e una terza persona stia guardando la partita. Se lo spettatore non conosce il gioco e le sue regole, certamente non sarà in grado di comprendere pressoché nulla delle mosse prodotte dai due giocatori o, tutt'al più, conoscendo qualche altro gioco, potrà riferirsi a questo e operare in relazione a quest'ultimo. Se anche conosce le regole del gioco ma sa poco della teoria del gioco, la sua esperienza del giuoco altrui muterà carattere. Comprenderà benissimo, ad esempio, il movimento irregolare del cavallo (regola del gioco) e saprà che ad ogni concorrente spetta una mossa, che ognuno di essi ha un fine (lo

⁸⁸ ID., *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Copenaghen, 1933.

⁸⁹ ID., *On Law and Justice*, Londra, 1959 (tr. it. a cura di G. GAVAZZI, *Diritto e giustizia*, Torino, 1990²).

scacco matto) ma non riuscirà a comprendere le rispettive strategie, le finalizzazioni individuali condotte da ciascun giocatore per cercare di raggiungere quel determinato obiettivo. Egli, scrive Ross, «non comprende la strategia dei giocatori, e non ha alcuna percezione dei problemi tattici della situazione. Perché, per esempio, il bianco non prende l'alfiere?»⁹⁰.

Senza la conoscenza della teoria del gioco, in altri termini, lo spettatore sarà solamente in grado di comprendere il perché di superficie delle mosse ma non i loro aspetti strategici e la finalizzazione che ciascun giocatore si è posto come obiettivo fondante la sua specifica azione. Bisogna tenere conto, sottolinea Ross, che la probabilità di prevedere la prossima mossa aumenta se si tiene conto non soltanto delle regole del gioco ma anche della teoria del gioco e della conoscenza che di essa abbia ciascuno dei giocatori.

L'esperienza del gioco degli scacchi, continua Ross, contiene alcuni elementi interessanti. Ci si trova di fronte ad una serie di azioni umane (i movimenti delle mani per modificare le posizioni di determinati oggetti nello spazio) e si può fondatamente supporre che queste insieme ad altri processi somatici come il respirare, o psicofisici, costituiscano una serie di eventi dalla caratterizzazione biologica o fisiologica. Ma è evidente che non è possibile comprendere strutturalmente il gioco degli scacchi alla luce delle mere conoscenze biologiche o fisiologiche. È necessario conoscere approfonditamente la teoria del gioco degli scacchi: «Certi aspetti dell'intera serie degli eventi, le mosse dei pezzi, risultano allora azioni rilevanti o significative per gli scacchi. Il movimento del pezzo non è considerato come un mero cambiamento della posizione di oggetti nello spazio, ma come una mossa del gioco, e il gioco diviene un tutto significativo e coerente perché le mosse si condizionano reciprocamente l'un con l'altra e si configurano come attacco o come difesa, secondo i principi della teoria del gioco. Se teniamo d'occhio i giocatori, noi comprendiamo ciascuna mossa fatta da ciascun giocatore dal punto di vista della loro conoscenza delle regole degli scacchi insieme con la conoscenza che noi presumiamo che essi abbiano della teoria del gioco

⁹⁰ ID., *Diritto e giustizia*, cit., p. 13.

e del fine che essi si sono proposti nel gioco. Infine è anche possibile ignorare le persone dei giocatori e considerare il gioco di per sé stesso nel suo astratto significato»⁹¹.

Il discorso di Ross è, in questo caso, diretto ad affermare la mera “tecnicità” delle regole elementari del gioco. Attraverso questo sistema di regole, in altri termini, si riflette una convenzione di tipo sociale che i giocatori accettano in quanto tale. Nessun gioco degli scacchi sarebbe possibile senza una “convenzione” di tipo sociale, che impone ai giocatori di rispettare determinate regole. Come altre norme tecniche, in altri termini, la forza direttiva di questo tipo di norme è condizionata dall’interesse dei giocatori ad ottenere un certo tipo di risultato dalla partita.

Il punto fondamentale della metafora operata da Ross sta nel fatto che, come lui stesso scrive, «le regole degli scacchi sono il contenuto ideale astratto (di natura direttiva) che rendono possibile, come schema di interpretazione, la comprensione del fenomeno degli scacchi (le azioni delle mosse e i modelli sperimentati di azione) come un tutto coerente di significato e di determinazione, un gioco, insomma, di scacchi; e, insieme ad altri fattori, rendono possibile la previsione entro certi limiti del corso del gioco»⁹².

Per “diritto valido” si può intendere [solo] qualcosa di simile alle “norme tecniche” relative al gioco degli scacchi. E dunque l’interprete deve considerare per “diritto valido” l’insieme delle idee normative astratte che servono come schema di interpretazione dei fenomeni giuridici in azione; il che poi implica che queste norme siano effettivamente seguite perché esse sono socialmente vincolanti⁹³. Ma

⁹¹ *Ivi*, pp. 14-17. Ogni giocatore, scrive Ross, si sente vincolato al rispetto di queste norme tecniche. Egli è, inoltre, sicuro che una violazione delle regole susciterà subito una reazione (nella forma di una protesta) da parte del suo avversario. In questo modo, queste norme tecniche si distinguono immediatamente dalle regole di abilità contenute nella teoria generale del gioco.

⁹² *Ivi*, p. 17.

⁹³ Così come un giocatore di scacchi segue le norme tecniche perché altrimenti non sarebbe nemmeno possibile il gioco stesso, il soggetto che agisce si sente vincolato dalle norme in quanto sa che se non lo facesse si allontanerebbe dal consesso sociale. Il problema del reo è appunto quello dato dal fatto che egli è consapevole – a prescindere, dunque, dalla capacità di intendere e di volere –

il vincolo, come si può intendere, non è indicatore di validità.

Secondo Ross, però, sono in stretta correlazione il potere coercitivo con la validità stessa del diritto. Da ciò deriverebbe, secondo il filosofo scandinavo, in definitiva, anche il significato di “precettività” delle norme. Ma non solo. Egli sottolinea, in modo molto chiaro, come la norma giuridica debba essere comunque intesa in tutta la sua esaustività pragmatica: «il diritto nel suo insieme determina non solo, nelle norme di condotta, sotto quali condizioni sarà predisposto l'esercizio della forza, ma anche le pubbliche autorità, le corti, competenti ad ordinare l'esercizio della forza»⁹⁴. O per meglio dire, il potere coercitivo si pone come funzione della validità del diritto, che a sua volta è una conseguenza dei rapporti di forza che si instaurano all'interno di un sistema. Tuttavia l'espressione *validità del diritto* appare priva di senso. Infatti, ad avviso di Ross, «non si può ammettere una specifica validità né nella forma di un'idea di giustizia materiale *a priori*, né nella forma di una categoria formale», perché «le idee sulla validità sono costruzioni metafisiche su una falsa interpretazione della “forza vincolante”, appresa nella coscienza morale»⁹⁵.

che la violazione condotta lo porta al di fuori del vincolo sociale che le norme comunemente accettate determinano. Per il soggetto che agisce in senso antigiusuridico, dunque, vige una sorta di “esclusione” dal contesto della vincolatività sociale delle norme, che lui stesso autodetermina con il suo comportamento ma che, sovente, come abbiamo discusso in precedenza, può essere determinata dalla sua incapacità naturale.

⁹⁴ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., p. 19. Si veda su questo punto anche F. BONSIGNORI, *L'ideologia della definizione del diritto e il pensiero di Alf Ross*, Pisa, 1973, p. 31 ss. La conseguenza tratta da Ross dal ragionamento compiuto è che un sistema giuridico nazionale è un insieme di regole che determina le condizioni alle quali la forza fisica sarà esercitata nei confronti di una persona. Questo sistema predispone un'organizzazione di pubbliche autorità (le corti e gli uffici esecutivi), ai quali spetta di ordinare e di porre in essere l'esercizio della forza secondo i vari casi specifici. Si può sintetizzare tutto questo, secondo Ross, asserendo che un sistema giuridico nazionale è l'insieme delle regole per l'organizzazione e il funzionamento dell'apparato coercitivo dello Stato.

⁹⁵ L'approccio realistica-empirista di Ross appare tanto più chiaro quando viene sottolineato come «lo studio del diritto deve essere in ultima analisi studio di fenomeni sociali, della vita di una comunità umana», così che la stessa dottrina anglosassone della *jurisprudence* deve conformarsi a tale caratteristica principale della scienza giuridica e quindi «interpretare la “validità” del diritto in ter-

Ebbene, la validità, la forza, la cogenza, la coercibilità, tutti elementi saldi al concetto di Grundnorm, traducono una forza del diritto che può chiamarsi difensore della giustizia (spada) solo se *forza espansiva* di questo diritto.

Questa forte espansione giuridica si manifesterebbe, secondo Pugliatti, anche in quei fenomeni che la dottrina non esita a denominare “rivoluzionari”. Nella sua essenza, la “rivoluzione” è fenomeno del “discontinuo”, o per meglio dire, «una discontinuità fra due ordinamenti dello stesso grado»⁹⁶. Alcune correnti di pensiero considerano la “rivoluzione”, in definitiva, un *fatto* [a carattere e rilievo] *giuridico*⁹⁷. Tale fatto, se consegue il fine che si propone, produce un mutamento nella compagine del gruppo sociale e della sua struttura istituzionale, che si traduce nella instaurazione di un “ordine nuovo”, ovvero di una «più o meno vasta e profonda trasformazione dell’ordine preesistente»⁹⁸.

In realtà, chiarisce Pugliatti, il fenomeno rivoluzionario va interpretato secondo la logica. Astrattamente, possono distinguersi due momenti: il primo, caratterizzato dal fatto che i preesistenti principi costituzionali perdono il loro vigore; il secondo, invece, è quello in cui acquistano vigore i nuovi principi. Se si prendesse in esame questo scenario specifico, si dovrebbe registrare un mero fenomeno di *discontinuità*. Ma, osserva Pugliatti, la logica concreta richiede l’unificazione dei due momenti, in quanto, scrive, «i vecchi principi cadono solo *quando e in quanto* i nuovi si affer-

mini di effettività sociale e cioè di una certa corrispondenza fra un contenuto ideale normativo e i fenomeni sociali». Troviamo riflessi notevoli di tale impostazione nelle opere di Falzea, che sono coeve alla riflessione filosofica generale di Alf Ross. Si veda, fra gli altri, A. FALZEA, *La rilevanza giuridica come conseguenza della norma positiva*, in “Rivista italiana di scienze giuridiche”, 1950, p. 283 ss.

⁹⁶ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo*, cit., p. 93.

⁹⁷ S. ROMANO, *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, 1901, ora in *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1950, p. 110.

⁹⁸ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo*, cit., p. 94. Se poi, prosegue Pugliatti, il fatto rivoluzionario non consegue il fine, se cioè si riduce ad un semplice conato, esso subisce le valutazioni dell’ordinamento esistente, rispetto al quale è da considerare come fatto illecito o fonte di illecito. A conseguenze simili giunge Ross: cfr. A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., p. 101 ss.

mano, sicché non si ha un'estinzione per esaurimento e una nascita del tutto indipendente, ma l'*estinzione a causa della nascita*; insomma, una modificazione o trasformazione dell'ordinamento preesistente»⁹⁹.

L'abrogazione della Costituzione in senso formale, mediante l'emanazione di una nuova Carta costituzionale, è fenomeno analogo, così come in caso di abrogazione tacita di qualsiasi norma ordinaria; si ha quel fenomeno che i giuristi ben conoscono con il termine *novazione*.

Fin qui, alla luce delle considerazioni sulle trasformazioni dei fatti del diritto e di quelli dell'umanità, si registra costante l'interesse di Pugliatti al nuovo¹⁰⁰.

⁹⁹ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo*, cit., p. 95.

¹⁰⁰ Per un itinerario sul concetto di 'nuovo' cfr. J.-A. MILLER, *Il Nuovo. Fortuna e ordinata virtù in psicoanalisi secondo Lacan*, Roma, 2005.

IV

*Linguaggio del diritto
e teoria dell'interpretazione*

4.1. *L'attività dell'interpretazione: storia, sistema e ágere umano*

I problemi di trasformazione della dimensione giuridica, strutturale o culturale, apre alla questione dell'interpretazione che – come già si è osservato – si presenta in più parti come un insieme di momenti intellettivi che, oltre ad attribuire un significato ad un dato (*ob-jectum*), si direziona verso la scoperta di un senso.

Il senso non è mai solo un *significato analitico-semantic* per il solo fatto che quest'ultimo è, tendenzialmente, già formato nelle successioni del tempo dell'interpretazione e del linguaggio; invece il senso attiene ad una qualche *riscoperta* di quello che si chiama senso proprio perché, impercettibilmente, matura nella continua formazione dell'esistenza giuridica. L'interpretazione, tra i due momenti succintamente descritti, è comunque attività che impegna l'*ágere* umano dell'interprete attraversando fasi che vanno dalla 'ricostruzione alla 'creazione' e dall'applicazione all'esecuzione.

In questo fluire di attività Pugliatti avverte, come già si è osservato, che la riflessione giuridica non può prescindere dal punto di vista della storia, tanto che «l'attività del giurista è solo riflessione sulla storia che origina da un fatto storico ma da esso si distacca, e se è presente a tutte le determinazioni storiche concrete dell'applicazione, le trascende tutte. Si può dire, quindi, attività teoretica praticamente condizionata ed orientata; riflessione sulla storia che dalla storia nasce e in essa confluisce»; tanto che, ad esempio, «il momento esecutivo non è, per sé, riflessione, bensì storia in atto»¹.

Il momento dell'interpretazione coinvolge e pretende la riflessione sul linguaggio; quest'ultima, però, appare possibile solo dopo aver chiarito che si accavallano due poli della riflessione storica: uno è quello della *riflessione sulla storia*; l'altro quello della *storia in atto*². In Pugliatti si nella riflessione si pone quel 'tra' –

¹ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 128.

² *Ibidem*.

come momento di intervallo tra continuo e discontinuo – momento critico³, appunto, tra i due poli ove si svolge la vita del diritto che abbraccia tutte le attività che comunque riconducono alla esperienza giuridica⁴ tra fatti e diritti, principi e norme, morale e valori. Avverte, però, Pugliatti, con sintetica chiarezza, che in tale schema delineato si realizza pienamente questo ciclo, «ma si tratta sempre di un ciclo ideale, e quindi non si può pretendere di constatare più che una tendenza. D'altra parte, l'attività del giurista è incline alla conquista di un'autonomia sempre maggiore, che la distacca dalla concretezza storica, e perciò, periodicamente si levano voci contro l'eccessivo sviluppo delle tendenze sistematiche. Al giurista sistematico si raccomanda, quindi, ma senza attendersi prodigi, di fare lo sforzo, mentre svolge la sua attività scientifica, di collocarsi nella posizione dell'interprete, che deve applicare principi e norme agli eventi della vita»⁵. Solo in questa direzione l'interpretazione può presentarsi come il faro del diritto, escludendo le forme già formate del sapere concettuale e delle cornici assiologiche della giuridicità⁶.

La rappresentazione ideale di sistema legale in una cornice rende chiarificazione ai limiti dell'interpretazione che non opera come il faro che illumina il diritto, bensì come luce circoscritta e data, 'a servizio' di un diritto formalmente imposto come tale.

Porsi in questa situazione costa all'interprete il sacrificio di dimenarsi tra una fedeltà al sistema (cornice) ed una ribellione costruttiva alle strutture concettuali del diritto (fuori cornice), capovolgimento che si attua solo attraverso la destituzione del complesso normativo sistematizzato 'grammaticalmente' ad ingiustizia legalizzata.

³ Dal latino *crisi*, dal greco *krisis*, che attiene alla radice *krino* che, propriamente, significa separo. Dunque, momento critico = sospensione nella regolarità del movimento.

⁴ Cfr. F. MODUGNO (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, 2000, p. 102 ss.

⁵ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 128.

⁶ B. ROMANO, *Ricerca pura e ricerca applicata nella formazione del giurista. Diritto e bio-economia*, cit., p. 81.

Tale situazione è descrivibile come una 'crisi', una attesa che incide sul coinvolgimento dell'interiorità dell'interprete che, anche per la sua stessa natura esistenziale di uomo, non vuole abbattere ma costruire, non intende propriamente dissolvere la *sponda*, infrangendola o cancellandola, ma vuole conservare l'unità del diritto nella continuità della ricerca di giustizia, alludendo al fatto che i cenni di discontinuità sono da imputare alla rigidità (della cornice) sistemica. L'interprete, così stretto, paradossalmente, dallo stesso ordinamento, si vede duellare tra il suo *io gnosico* ed il suo *io patico* che mentre vuole agire nel diritto e per il diritto si trova combattuto ed imbrigliato nelle maglie del *paziente giuridico*⁷ e del tecnico delle norme⁸, scambiando la sua arte in una resa di servizi.

Questo punto di crisi apre a quello che Pugliatti annovera come un punto cruciale, un qualche paradosso a duplice aspetto, teorico e pratico, della scienza giuridica⁹: da una parte l'esigenza sistematica che, se si dovesse obbedire (dover essere)¹⁰ «al suo autonomo impulso di perfezione, sempre più tenderebbe alla geometria della *reine Rechtslehre*; l'altro, denso di tutti i richiami empirici del fatto specifico, sempre più ribelle ad una qualsiasi concettualizzazione»¹¹. Qui gioca un nuovo ruolo di quell'*agere umano* nominato da Pugliatti: in un primo momento si trattava di un atteggiamento del giurista che faceva proprio un diritto che era stato posto come tale e quindi non lo ricercava; nel secondo caso è proprio la spinta alla ricerca del diritto che rende possibile che quell'*agere* non si costituisca di tecnicismo normativo ma rappresenti un apporto qualitativamente personale, una capacità attuativa di capovolgimento del sistema.

⁷ In questo senso vedi B. ROMANO, *Ricerca pura e ricerca applicata nella formazione del giurista. Diritto e bio-economia*, cit., p. 27 ss.

⁸ ID., *Scienza giuridica senza giurista. Il nichilismo perfetto*, cit., p. 283.

⁹ S. PUGLIATTI, *Crisi della scienza giuridica*, cit., p. 196.

¹⁰ G. CARCATERA, *Dal giurista al filosofo. Livelli e modelli della giustificazione*, cit., *Introduzione*.

¹¹ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., pp. 128-129.

4.2. Interpretazione, fatto e fattispecie

Su questi spunti del pensiero giuridico, come presentati nell'opera di Pugliatti, può giungersi a chiarire il fatto interpretativo come fatto complesso tanto da potersi identificare in un *dove* si va ad interpretare; ed ancor più si osserva che i più *luoghi* dell'interpretazione diventano i più *modi* dell'interpretazione e comportano i conflitti nell'interpretazione e quelli propri dell'arte di interpretare. Di tale situazione configgente in Pugliatti se ne può discutere in riferimento all'uso del linguaggio e dei termini: si pensi alle espressioni pseudo-concetti o a quella delle parole come larve.

Non a caso si parla in più ambiti dei conflitti dell'interpretazione¹² ma non se ne chiarisce il senso di questo configgere, se coinvolga il momento oggettivo di una qualunque interpretazione rivolta ad un oggetto-dato, oppure se attenga all'interrezza dell'arte creativa, come dono irrinunciabile ed inalienabile dell'essere umano. Sembra che il riferimento sia più alla questione dell'arte come attività-qualità del creare piuttosto che all'atto in sé che scioglie il nodo posto come problema interpretativo contingente. È, però, da tenersi presente che «ogni visione del diritto richiede una soggettività»¹³ e che gli accomodamenti di questo termine trovano «modi differenti di qualificazione»¹⁴ finendo, principalmente, con l'incarnare il tentativo che compie la scienza giuridica che interviene ad ordinare la complessa compagine normativa a fronte delle pressioni dei pensatori del diritto che vogliono giustizia delle certezze rinunciarie dei positivisti¹⁵.

Per questa via di riflessione si può osservare che il "luogo" interpretativo è stato, a lungo, una vasta area di dibattito nella scienza giuridica europea¹⁶.

¹² P. RICOEUR, *Le conflit des interpretation. Essai d'Herméneutique*, Paris, 1969 (trad. it., Milano, 1995).

¹³ A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., p. 238.

¹⁴ D.M. CANANZI, *Interpretazione alterità giustizia. Il diritto e la questione del fondamento. Saggio sul pensiero di Paul Ricoeur*, Torino, 2008, p. 274.

¹⁵ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto* (saggio Scienze particolari), cit., p. 207.

¹⁶ Anche in questo caso, l'opera e il pensiero di Pugliatti sono, allo stesso

Sul concetto di interpretazione – come ‘fatto interpretativo’ – si è sovente opinato partendo dalla comune base che esso fosse il cuore stesso dell’elaborazione giuridica, senza il quale perfino gli stessi istituti giuridici avrebbero sostanzialmente perso di significato cogente¹⁷.

tempo, un fecondo ricettacolo e un ponte di collegamento con l’intera cultura giuridica italiana. Come si confermerà ancora, Pugliatti fornirà dei problemi più specificamente interpretativi una nozione molto ampia, che racchiude in sé e rielabora sapientemente quanto la migliore dottrina internazionale aveva da tempo proposto. È questo il motivo per il quale si farà costante riferimento al panorama europeo di elaborazione della dottrina giuridica. Si veda, per l’inquadramento del problema dell’interpretazione giuridica, G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 12 ss. Per quanto concerne i fondamenti dell’elaborazione della dogmatica europea nel Novecento in materia di interpretazione, si veda F. GENY, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*, vol. I, Parigi, 1919, p. 78 ss. Per una visione sistematica della cultura europea, G. GORLA, *L’interpretazione del diritto*, Milano, 1941, p. 58 ss. Nell’ambito delle scienze giuridiche privatistiche, si veda R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947, p. 5 ss.

¹⁷ Il corso di lezioni tenute dal Pugliatti nel 1935 e racchiuso in *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1935, si chiudono con un capitolo dedicato alla “Teoria dell’interpretazione”, cui si farà riferimento in seguito. Pugliatti ha già avviato la sua feconda collaborazione con l’allievo Angelo Falzea, insieme al quale scrive (cfr. S. PUGLIATTI-A. FALZEA, *I fatti giuridici*, Milano, 1945, p. 171): «Il tentativo di ridurre queste regole sotto un comune tessuto di principi ci sembra opportuno, perché l’elaborazione di una teoria dell’interpretazione ci porrà in condizione di poter meglio valutare le regole di ermeneutica, in rapporto alle comuni esigenze del processo interpretativo considerato nel suo schema unitario, e a quelle particolari degli atti ai quali il processo medesimo deve essere applicato». Nella dottrina italiana, soprattutto fra i suoi autori più importanti, sembra comune l’idea per cui il “fatto interpretativo” debba essere visto quale processo unitario, all’interno del quale fondamentale è l’elaborazione linguistica (scrive Pugliatti a questo proposito che «la determinazione del contenuto dell’atto volitivo, attraverso l’esame dell’espressione con la quale si manifesta esteriormente» rappresenta uno dei compiti principali del giurista). Nella legge, o eterocomando, l’indagine ermeneutica si volge alla determinazione oggettiva della “intenzione del legislatore” (art. 12, 1° comma preleggi). Nel negozio giuridico, o autocomando, alla determinazione soggettiva della “comune intenzione” (art. 1362, 1° comma, c.c.) o dell’intenzione dell’unico autore. La garanzia di certezza e di completezza accompagna la prima e non la seconda, perché mentre la prima è diretta alla comunità dei *cives* nel suo complesso, la seconda alla singolarità delle parti.

Eppure la dogmatica giuridica¹⁸ si porrebbe come garante della continuità degli istituti giuridici. Dunque, come si sia arrivati, nell'ambito della dogmatica giuridica, alla costruzione di quei principi oramai considerati pacifici in materia di interpretazione? E, soprattutto, quella costruzione si è eretta su una contingenza o può tutelare perennemente l'istanza di giustizia?

Innanzitutto si deve osservare che con il vocabolo interpretazione la dottrina italiana (ed anche europea, in senso lato) intende una serie di cose alquanto differenti. In senso generale, interpretare significa, come già rilevato, ascrivere significato ad una disposizione¹⁹. In senso specifico, interpretare denota una serie di operazioni intellettuali più complesse, che includono l'interpretazione in senso stretto ma non si esauriscono in essa. Le ulteriori operazioni cui si può far luogo nell'attività interpretativa consistono, la prima, nella descrizione-qualificazione di una fattispecie concreta che è oggetto di controversia. La seconda consiste nella formulazione di una norma individuale risolutiva della controversia stessa²⁰.

L'attività interpretativa, peraltro, secondo un modello analitico comune alla dottrina italiana e desunto, almeno in massima parte, dalla dottrina tedesca, si riferisce essenzialmente alla nozione di "fattispecie", quale luogo (*topos*) identificativo-limitativo della rilevanza giuridica dell'operazione ermeneutica²¹. Infatti, il

¹⁸ Cfr. L. MENGONI-F. MODUGNO-F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003.

¹⁹ La dottrina è abbastanza concorde, con varie sfumature, su questa asserzione. Si vedano, fra gli altri: G. LAZZARO, *Storia e teoria dell'interpretazione giuridica*, Torino, 1965, p. 11; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, Torino, 1958, p. 96 ss.; M. BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955, p. 185 ss.

²⁰ Cfr. sul punto, soprattutto per quanto concerne l'applicazione giurisprudenziale del concetto di interpretazione, G. LAZZARO, *Argomenti dei giudici*, Milano, 1970, p. 74 ss.; G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, p. 154 ss. Si veda, in particolar modo, per ciò che concerne l'applicazione metodologica giurisprudenziale, M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 88 ss.

²¹ La locuzione *facti species* (sulla nozione storico-esegetica, si veda *ex multis* E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto

nucleo dell'attività interpretativa, secondo i principali indirizzi di pensiero espressi dalla dottrina italiana del Novecento, si svolge intorno al *fatto giuridico*, inteso in senso onnicomprensivo quale *evento-atto* dal quale si svolge l'efficacia giuridica in senso stretto.

In questo senso, la dottrina italiana, da Pugliatti a Trabucchi, da Falzea a Betti, ritiene essenzialmente che il principio di causa-

da F. Vassalli, vol. XV, 2, Torino, 1950, p. 2 ss.) ripropone nella lingua italiana il concetto tedesco di *Tatbestand* ed è stato introdotto in ambito essenzialmente penalistico per indicare l'insieme degli elementi o circostanze che compongono il reato, così determinando l'applicazione della pena (A. CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 927 ss.). La fattispecie indica con tale locuzione l'estensione dei fatti produttivi di effetti giuridici. La nozione, peraltro, incontra il suo limite, diciamo così esterno, nel *fatto*, che rimane empirico o naturale in quanto la legge non lo prende in considerazione per attribuirgli un qualsiasi effetto giuridico. La categoria al suo interno viene poi sottoposta a molteplici distinzioni: in relazione all'essenza del fatto, volontario o non e nell'ambito dei fatti volontari, avuto riguardo alla diversa entità o direzione della volontà, in atti in senso stretto e negozi; alla sua struttura, a seconda che consista in un fatto unitario o in una pluralità di elementi o eventi; alla sua efficacia che può essere di volta in volta sostitutiva, modificativa o estintiva o anche dichiarativa o presuntiva, secondo il modello interpretativo che ha proposto il principale allievo di Pugliatti, Angelo Falzea (si veda sul punto A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 941 ss.; su questi punti si veda anche C. MAIORCA, *Fatto giuridico-Fattispecie*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VII, Torino, 1961, p. 111 ss.). Si può aggiungere, peraltro, che in prevalenza si adotta l'espressione "fattispecie" (complessa) per indicare quei fatti che alla stregua delle norme che li regolano si compongono di più elementi o eventi (in tal senso, si veda, fra gli altri, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 843 ss.). Una diffusa corrente dottrinale ritiene peraltro di avvalersi dello schema della fattispecie complessa per la ricomposizione, sotto un profilo unitario, delle norme giuridiche che disciplinano lo stesso fenomeno. Si perviene principalmente a concepire la fattispecie negoziale complessa come l'insieme degli elementi, dei presupposti e dei requisiti che, alla stregua delle norme in materia di negozi giuridici (contratti) o anche in base alle disposizioni dell'autonomia privata, consentite dal diritto positivo, rilevano per la produzione degli effetti negoziali. All'interno della fattispecie complessa si suole, infine, distinguere il nucleo costitutivo del negozio giuridico, produttivo dei cosiddetti effetti giuridici preliminari, dai presupposti o dai requisiti che incidono sulla validità del negozio e dagli elementi o condizioni che possono sopraggiungere determinando la produzione degli effetti finali (cfr. in senso ampio E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 296 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *I negozi sui patrimoni altrui*, Padova, 1936, p. 102 ss.).

lità debba essere considerato il modello di interpretazione della fenomenologia giuridica, per ciò che concerne essenzialmente il collegamento funzionale fra *fatto-evento* e rilevanza giuridica essenziale²². Più in particolare, si afferma che tra la fattispecie e gli effetti giuridici intercorre un rapporto simile a quello che nella realtà naturale lega ogni accadimento alle sue conseguenze²³.

A questa ultima concezione, però, si muove un'obiezione critica per cui non sembra corretto intendere l'essenza di un fenomeno tenendo conto solamente dei suoi effetti. Ne offre la riprova la considerazione che effetti identici possono derivare da cause diverse, come si constata agevolmente nella normale esperienza giuridica²⁴. Si può anche aggiungere, nel contesto delineato, che con l'assimilazione del nesso tra fattispecie ed effetti al principio di causalità naturale si ha riguardo ad una sfera della realtà diversa da quella giuridica, del cui divenire riesce possibile ottenere in tal modo un'immagine indiretta e sfocata²⁵.

²² Si veda in particolar modo A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Padova, 1939, p. 89 ss.

²³ In modo specifico, si veda su questo punto F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 103 ss.; A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1936, p. 23 ss. Il primo sottolinea come il fatto, in relazione all'evento, che la norma prevede e rende causativo, «assume il nome tecnico di fattispecie e, secondo che un solo fatto basti per la produzione dell'evento o ne occorran più, la fattispecie è detta semplice o complessa». L'importanza della nozione di fattispecie, secondo la prima dottrina citata, sta in ciò, che i fatti di cui è composta la fattispecie complessa «sono coordinati in relazione al risultato che si vuole raggiungere, e che in essa un fatto si presenta come principale e gli altri come complementari, riferendosi a quelli, lo seguano poi o lo precedano in ordine cronologico». Bisogna inoltre distinguere dalla fattispecie quei fatti che non concorrono a determinare l'evento ma un distinto evento senza il quale il nuovo non si verifica. Si tratta dei c.d. *presupposti*.

²⁴ In tal senso, si veda A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit., p. 6.

²⁵ Così R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in "Rivista trimestrale di diritto processuale civile", 1954, p. 331 ss.; A. CATAUDELLA, *Fattispecie*, cit., p. 927 ss. D'altronde la intera teoria della causalità naturale ha suscitato dibattiti e critiche fra i filosofi del diritto. In particolare, si sottolinea come fra le due sfere della realtà (naturale o empirica e giuridica) e i criteri di causalità che ad esse ineriscono, si riscontrano elementi di diversità che non consentono agevoli assimilazioni o trasposizioni. È infatti necessario muovere dalla conside-

Ora, è evidente che il *fatto interpretativo* debba per forza ricollegarsi ad una nozione quanto mai oggettiva della *fattispecie*, intesa essenzialmente, come si è già detto, quale elemento delimitante della realtà fenomenico-giuridica. In questo senso, mediante la *fattispecie*, nonostante i dubbi nutriti sul suo inquadramento sistematico²⁶, la scienza giuridica possiede uno strumento concet-

razione che la realtà naturale, come quella giuridica, non costituisce un qualcosa di avulso dalla conoscenza e della volontà umane in cui si deve far consistere pur sempre la misura di tutte le cose. Ma, nel momento in cui ci si muove in questo ambito concettuale risulta con evidenza che la realtà naturale costituisce qualcosa di esterno e, quindi, di preesistente rispetto alla conoscenza e alla determinazione dell'uomo, laddove la realtà giuridica sembra rappresentare una manifestazione della sua attività creativa (si veda su questo punto, come più approfonditamente si vedrà in seguito, S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, vol. I, cit., p. 22 ss.). Sotto un altro profilo, il nesso di causalità naturale assume le sembianze di una forza irresistibile (la *forza maggiore* nel linguaggio giuridico comune) a cui l'uomo fino ad un certo punto, nei limiti della sua conoscenza e volontà, può opporre resistenza. Anche se allo stato attuale del pensiero filosofico e scientifico si può ritenere che anche nel divenire della realtà naturale permane un margine di probabilità che riesce ad intaccare la forza del nesso eziologico tra il fatto naturale e la sua conseguenza. Si deve ancora aggiungere, per completezza concettuale sul punto relativo alla concezione della *fattispecie* giuridica, prodromica alla teoria generale dell'interpretazione – che qui ovviamente non è possibile approfondire – che il nesso di causalità giuridica, che si radica nella stessa realtà formale, creata dal diritto, assume invece la forza vincolante e imprescindibile della norma, a cui mezzo il legislatore può regolare autoritativamente i rapporti della vita. Molta parte della dottrina si riferisce, per spiegare il nesso di derivazione degli effetti dal fatto giuridico, al criterio della causalità logica o della causalità psicologica. Nella prima direzione viene riconosciuta alla *fattispecie* il ruolo di ragione o fondamento logico degli effetti giuridici, nei quali si ravvisa la conclusione di un sillogismo che ha per premessa maggiore la norma e per premessa minore la stessa *fattispecie*. Nell'altra direzione la *fattispecie* viene concepita come il motivo che induce il legislatore a sancire la regola e gli effetti giuridici, o anche (come il motivo) che determina i destinatari del precetto a conformarsi al suo disposto.

²⁶ Cfr. sui dubbi nutriti in dottrina per quanto concerne la delimitazione sistematica del concetto di *fattispecie*, R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 221 ss. I dubbi espressi dalla dottrina sulla sostanza del concetto di *fattispecie* sono assai rilevanti dal punto di vista dei modi dell'interpretazione giuridica. Se la *fattispecie*, infatti, riesce solo in modo parziale a delimitare lo spazio di operatività del fenomeno giuridico, in altri termini, se con tale nozione ci si ricollega solo parzialmente e non sempre unita-

tuale in grado di indirizzare l'interprete verso la fonte stessa di produzione delle norme regolatrici e perciò stesso dell'attività di volizione dell'uomo, di quella fase in cui si «attua la sua intenzione»²⁷. In questo senso può nominarsi l'espressione 'se vuole l'individuo' come punto di partenza per la riflessione sul linguaggio²⁸.

riamente agli effetti concreti del *fenomeno giuridico*, è allora evidente che anche il modello interpretativo che si sussume quale criterio ordinante della *ratio* esplicativa delle norme può essere privato della sua efficacia logico-sistemica. Se si fa riferimento alla teoria generale del negozio giuridico, come assume Pugliatti (si veda in tal senso S. PUGLIATTI-A. FALZEA, *I fatti giuridici*, cit., p. 55 ss.) in riferimento alla rilevanza dei fatti giuridici, allora si deve considerare che il criterio costruttivo, che viene adottato nella ritenuta applicazione dello schema della fattispecie, consiste essenzialmente nella combinazione e individuazione degli elementi, requisiti o presupposti, che incidendo alla stregua delle norme regolatrici della materia sulla validità e sulla efficacia giuridica degli *atti di volizione* sono da ritenersi necessari, come antecedenti causali per la produzione degli effetti negoziali. È proprio su questo punto che la dottrina italiana negli anni Trenta ha insistito maggiormente per fornire validità logica e filosofica al concetto di *fattispecie* (si veda su questo punto D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 64 ss.). Ma, così ragionando, ad avviso di altri, la nozione di *fattispecie* viene assunta in modo fuorviante, in quanto conduce inevitabilmente alla confusione fra diversi piani della identificazione del fenomeno giuridico nella sua peculiare rilevanza e correlativa efficacia e dei criteri e contenuti della sua disciplina (in tali termini, cfr. N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 1094 ss.).

²⁷ K. JASPERS, *Il linguaggio. Sul tragico*, cit., p. 90. In riferimento al linguaggio e al suo "essere volitivo" l'autore, cui ci si può riallacciare per il pensiero di Pugliatti, sottolinea che «si dà linguaggio solo quando attuo la mia intenzione indirizzata all'oggetto e al significato. Che in questo modo, nel suono, io sia rivolto intenzionalmente ad un contenuto distanziato, questo è il fenomeno fondamentale del linguaggio».

²⁸ Cfr. sul punto F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009, pp. 16-17. Si può leggere che l'uomo *può volere* e tale attività la aziona con un comportamento che, in definitiva, sempre si manifesta in una qualche forma di linguaggio. Ciò costituisce 'l'immane differenza tra il mutismo dell'animale e il discorso umano', uno spaccato 'che non si lascia spiegare fisicamente'. Sono a confronto costante 'totalità della lingua' e 'ricchezza del lessico', tanto che 'ogni parola pronunciata forma quella che non lo è stata o la prepara' (cfr. sul punto W. VON HUMBOLDT, *Scritti filosofici* (a cura di G. Moretto e F. Tessitore), cit., pp. 726-727).

4.3. Cenni speculativi tra interpretazione ed ermeneutica

Se si fa un riferimento ancor più ampio alla teoria generale dell'interpretazione, la si incontra meglio nominata come *ermeneutica*²⁹, così come si è venuta elaborando nel corso del secolo

²⁹ Tra i più rilevanti pensatori del Novecento sulle questioni dell'ermeneutica è Hans Georg Gadamer (1900-2002). Il termine "ermeneutica" indicava in teologia l'interpretazione della Bibbia e in giurisprudenza quella delle leggi. In entrambi i casi non si pensava che potesse apportare delle verità definitive. Anche in filosofia l'ermeneutica non pretende di fornire nuovi sistemi filosofici ma piuttosto dare all'idea di filosofia un'ampiezza culturale maggiore. L'interpretazione appare così una dottrina molto più universale poiché il testo che liberamente possiamo interpretare è, secondo Gadamer, la storia universale. Ad esempio il modo di concepire il "tempo" è ora non più quello del tempo misurato ma quello del tempo vissuto, dai singoli e dalle culture. L'interpretazione infatti non cerca di stabilire obiettivamente qualcosa di certo ma di portare alla luce il senso celato nelle costruzioni di una lingua, come quando per leggere un testo ad altri lo si interpreta. Nelle scienze naturali il ricercatore deve eliminare la sua soggettività poiché le sue misurazioni devono poter essere ripetute e rese in forma matematica. L'ermeneutica abbraccia tutte le scienze dove invece la determinazione matematica non è possibile poiché l'intendere avviene tra soggetti. Il legame dell'ermeneutica con la "filosofia dell'esistenza" si rese palese con Heidegger e la sua idea per cui l'ermeneutica è la struttura dell'esistenza che si articola in linguaggio. Nella "filosofia ermeneutica" si possono includere però anche altri esponenti come Jaspers. Per Heidegger la lingua, in quanto facoltà di comunicare tramite azioni simboliche, è l'esperienza umana fondamentale. Essa è soprattutto "dialogo" poiché prende vita solo nel dialogo. La svolta ermeneutica ha posto il fondamento della esistenza non più nella autocoscienza ma nel prender parte di ogni uomo al mondo comune, nella "reciprocità". L'ermeneutica è perciò l'arte di saper ascoltare, l'arte di imparare a lasciare esprimere l'altro. Ed è la lingua che insegna a intendersi l'un l'altro e che permette il costruirsi della solidarietà. Nel dialogo si forma la lingua poiché è il vero momento in cui si verifica l'intesa reciproca. Ed è perciò che, come Platone, Gadamer considera il dialogo l'essenza della filosofia. Scopriamo come il principio dell'ermeneutica – il fondersi in comunanza – sia basilare per comprendere la vita pratica e ogni "scienza dello spirito", allo stesso modo in cui sappiamo che le regole d'un linguaggio artistico non bastano per dar vita alle opere d'arte. Si veda H.-G. GADAMER, *Ermeneutica e metodica universale*, Torino, 1973 e soprattutto, per quanto concerne la metodologia dell'ermeneutica, che offre postulati nel campo delle scienze giuridiche, *Verità e metodo*, Milano, 1999, p. 28 ss.; si veda anche H.-G. GADAMER, *La responsabilità del pensare: saggi ermeneutica*, Milano, 2002, p. 251 ss.

scorso, riprendendo alcuni postulati che erano stati propri del pensiero greco classico e, al tempo stesso, della filosofia contemporanea, si può constatare che proprio intorno ad un nucleo centrale costituito dalla “interpretazione” si svolge gran parte del tentativo gnoseologico contemporaneo di giungere ad una definizione esaustiva degli istituti e del dato positivo della realtà. Lo sforzo principale del pensiero filosofico contemporaneo (così come di quello scientifico, si pensi al relativismo einsteiniano, o al principio di indeterminazione di Heisenberg) è stato dunque quello di ancorare la realtà fenomenica al patrimonio soggettivo degli individui. Infatti, in una delle accezioni possibili dell’ermeneutica, quella che fa capo alla teoria semantica o dell’attribuzione di senso alle locuzioni, “interpretazione” designa l’attribuzione di significato a entità linguistiche di forma verbale o scritta³⁰. In ambito giuridico stretto il *fatto interpretativo* attiene principalmente alla comprensione del significato di documenti normativi (leggi, decreti, regolamenti, atti negoziali, ecc.)³¹.

³⁰ La corrente “costruttivistica” della filosofia contemporanea, in particolare le correnti più radicali dell’epistemologia, ritengono che non sia ammissibile parlare di oggetti, fenomeni, processi quali cose distinte e indipendenti dal soggetto che le conosce. L’esistenza della cosiddetta *realtà* è un’ipotesi metafisica non dimostrabile e addirittura dannosa dal punto di vista scientifico. Secondo questa prospettiva non si può dire che ogni oggetto venga di per sé interpretato dall’attività conoscitiva dell’uomo, ma che ogni oggetto è l’interpretazione che di esso qualcuno fornisce e nient’altro che questo. Si veda su questi punti, in riferimento ad una teoria oggettiva dell’interpretazione giuridica, A. ARGIROFFI, *Valori, prassi, ermeneutica. E. Betti a confronto con N. Hartmann e H.G. Gadamer*, Torino, 1994, p. 101 ss.

³¹ Almeno per quanto concerne l’ambito giuridico, l’attività interpretativa non è esente da limiti di natura sostanziale. I principali vincoli di questo tipo possono sintetizzarsi in due categorie: normativi e fattuali. I primi consistono in disposizioni che indirizzano o disciplinano l’interpretazione. I vincoli fattuali dipendono dalla circostanza che, in ogni ambiente culturale dato, gli usi linguistici correnti ammettono una gamma (per quanto vasta) limitata di possibili significati di una qualche espressione. Le attribuzioni di significato che non ricadono entro questa gamma sono difficilmente proponibili. Fra le abitudini linguistiche diffuse devono essere incluse le interpretazioni già accreditate e consolidate di una certa disposizione (o di un certo istituto giuridico). Tutti questi vincoli si convertono in altrettante possibilità di controllo e di critica, da parte del pubblico e degli stessi operatori giuridici. Il controllo riguarda la conformità di

In questo ultimo ambito appare chiaro qual è il rapporto strutturale e, quindi, sostanziale fra il *fatto interpretativo* e l'*analisi linguistica* cui Pugliatti, come meglio si vedrà, attribuisce un rilievo di primo piano. L'analisi linguistica, infatti, permette all'interprete l'attribuzione del *significato* al *fatto (documento) normativo*³².

Nell'interpretazione giuridica in senso stretto si deve sottolineare come il principale elemento si riferisca essenzialmente a quanto esprimono gli enunciati prescrittivi³³. È con riferimento a questi ultimi che molta dottrina giuridica parla, ad esempio, di *costitutività*³⁴. Così, ad esempio, le sentenze "costitutive" sono

una proposta o decisione interpretativa alle abitudini linguistiche del gruppo sociale, alle eventuali disposizioni che disciplinano l'interpretazione, alle norme che si ritengono espresse da disposizioni di rango più elevato nel sistema delle fonti, ecc. Si veda su questi punti, a parte quanto si dirà più avanti, anche R. GUASTINI, *Completezza e analogia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1976, p. 513 ss.

³² Secondo un'autorevole dottrina, per "significato" dobbiamo intendere essenzialmente il senso «di un segmento di linguaggio, cioè il *quantum* di comunicazione che in esso si esprime, si realizza, si trasmette» (si veda G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 76).

³³ I giuristi hanno sovente affrontato il problema delle categorie logiche o logico-linguistiche, avvertendo la speciale natura produttiva e non già descrittiva o prescrittiva di molti atti, enunciati e norme giuridiche. Il contesto culturale di riferimento, in ambito logico-filosofico, è senza dubbio quello operante nel pensiero del Carnap. Come è noto, il filosofo tedesco ha rappresentato uno dei tentativi maggiori di costruzione logica di un pensiero filosofico unificante, in grado di conciliare, peraltro, il problema dell'analisi linguistica con quello dell'interpretazione della realtà fenomenica. Punto di partenza è il "dato" d'esperienza. Tale dato, per essere utilizzato scientificamente, dev'essere tradotto in quello che Carnap denomina *proposizione protocollare*, che altro non è se non la costruzione di una *formulazione linguistica descrittiva* del contenuto dell'esperienza così come si presenta nel mondo fenomenico. Alle cosiddette *proposizioni* protocollari è assegnato il ruolo fondamentale di "traduzione" in senso scientifico di quanto appare della realtà fenomenica, ad esempio delle leggi naturali o di quanto costruito artificialmente dall'uomo. Le *proposizioni protocollari* vengono, secondo Carnap, poi ordinate in un "linguaggio sistematico" all'interno delle varie discipline scientifiche (si veda sull'analisi compiuta da Rudolph Carnap M.G. SANDRINI, *Probabilità e induzione: Carnap e la conferma come concetto semantico*, Franco Angeli, Milano, 1991, p. 22 ss.).

³⁴ Cfr. fra gli altri U. SCARPELLI, *Semantica giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, vol.

state evidenziate e contrapposte a quelle meramente “accertative” da un lato, e alle sentenze di “condanna” dall’altro, quasi come gli enunciati operativi si distinguono sia da quelli descrittivi, sia da quelli prescrittivi³⁵.

Più in generale, relativamente al problema della fondazione dell’ermeneutica, soprattutto in riferimento al pensiero post-heideggeriano, può farsi riferimento all’opera di Paul Ricoeur, secondo cui non si tratta soltanto di integrare epistemologicamente la radicalità dell’ermeneutica heideggeriana; ma anche di effettuare una completa ricognizione fenomenologica del linguaggio e del mondo della vita.

In generale, la “via corta” heideggeriana, secondo Ricoeur, “non apre a” un’epistemologia dell’interpretazione e a una semantica dei linguaggi della comprensione, che riflettano sulle forme linguistiche dell’esegesi, e sul comprendere storico, psicanalitico, antropologico. Pertanto, il tema autoriflessivo, che mostra come il soggetto dell’interpretazione non sia il cogito all’origine del senso, ma sia già da sempre un essere-interpretato e un’apertura sul mondo, deve essere completato da un’analisi epistemologica e semantica dell’interpretazione. È, dunque, meglio partire dalle forme derivate della comprensione e mostrare in esse i segni della loro derivazione: ciò presuppone ed implica che si prendano le mosse dal piano stesso in cui si esercita la comprensione, cioè dal piano del linguaggio.

Si va verso un movimento di riflessione, attraverso la via dell’interpretazione, su una ricerca ontologia della comprensione

XXVI, Torino, 1976, p. 37 ss.; si veda anche, in senso ampio, R. GUASTINI, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, vol. I, Milano, 1970, soprattutto cap. IV.

³⁵ Torna utile riflettere, in questa sede, su quanto scriveva Santi Romano, e cioè che «si suol dire che la legge ha per suo carattere la *novità*: essa pone prescrizioni e determinazioni prima inesistenti, oppure quando, essendo esse già in vigore, le ripete, ne muta la fonte e quindi le rinnova. Quel che c’è di vero in tale principio si esprime più chiaramente e più esattamente dicendo che la legge è *costitutiva* dell’ordinamento giuridico, nel senso che il fatto o i fatti che essa prevede assumono un dato carattere per virtù sua» (S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, p. 47). Betti nota che la forza operativa immediata dell’atto di autonomia privata «potrebbe anche dirsi costitutiva per la sua stretta analogia con le pronunce costitutive» (cfr. E. BETTI, *Negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IX, Torino, 1968, p. 221 ss.).

come modo di essere, evitando però due possibili fraintendimenti: il primo consisterebbe nel considerare la prospettiva indicata da Ricoeur un semplice rilancio del progetto fenomenologico; il secondo consisterebbe nel non istituire il nesso ermeneutica-epistemologia su un piano trascendentale o enciclopedico, poiché in entrambi i casi la spiegazione prevarrebbe sulla comprensione. Sostituire alla “via corta” heideggeriana dell’analitica del *Dasein* la “via lunga” ricoeuriana che si concretizza attraverso le diverse forme di analisi del linguaggio significa non soltanto conservare costantemente il contatto con tutte le discipline che cercano di praticare l’interpretazione in modo metodico, ma anche resistere «alla tentazione di separare la verità, propria della comprensione, dal metodo, messo in pratica dalle discipline nate dall’esegesi» ed affrontare la lettura dell’esistenza umana «sulla base dell’elucidazione semantica del concetto di interpretazione, comune a tutte le discipline ermeneutiche»³⁶.

4.4. *Ermeneutica del linguaggio del diritto e interpretazione del fatto giuridico*

Il problema logico che la filosofia del diritto ha affrontato in Italia, sulla scia delle principali correnti di pensiero europee, è stato quello di perfezionare un percorso del rapporto fra *significato* e *procedimento linguistico*, quest’ultimo inteso quale sistema semantico di *descrizione-prescrizione* del fenomeno giuridico.

In questo ambito, è stato precisato che gli *enunciati conoscitivi* si riferiscono ad eventi, o stati di cose e sono oggetto di interpretazione. Ora, la caratteristica di questi enunciati, che li contraddistingue, in qualche modo, è che si pongono in senso oppositivo rispetto agli *enunciati prescrittivi*.

Secondo una corrente di pensiero, denominata come *cognitivismo etico*³⁷, gli *enunciati prescrittivi* hanno lo stesso riferimento

³⁶ Si veda P. RICOEUR, *Tra semiotica ed ermeneutica*, a cura di Francesco Marsciani, Roma, 2000, p. 20.

³⁷ Cfr. sul punto F. DEL POZZO, *Soggettività ‘Naturale’ e cognitivismo etico-giuridico. Appunti per una riflessione sulla giustizia come problema della persona*,

degli *enunciati conoscitivi* ma esprimono una diversa funzione. Si è distinto, infatti, tra una *parte referenziale* di un enunciato prescrittivo, che si riferisce ad un fatto, un evento, uno “stato di cose” (che è neutro e può essere comune anche ad enunciati conoscitivi) ed una *parte non referenziale*, che determina la funzione dell’enunciato.

La distinzione esprime un suo significato nel sistema generale dell’interpretazione, soprattutto quando si applichino ad esso, in ambito giuridico ovviamente, i risultati del metodo ermeneutico cui si è fatto cenno.

In effetti, considerando il fatto che la “tecnica ermeneutica” rappresenta il complesso di regole che ha un ruolo preminente nello svolgimento dell’evoluzione giuridica per via interpretativa³⁸, si deve innanzitutto chiarire il nesso esistente fra *linguaggio* e *pensiero*, rispetto ai testi legislativi, specialmente nell’ambito della teoria normativistica, secondo la quale nei testi si esaurisce tutto il diritto (in base al principio romano *quod non est in lege, nec in iure*). Ma, anche a voler ammettere tale assunto, è comunque necessario tenere distinto da quest’ultimo l’esigenza di neutralità dell’ermeneutica, che vieta all’interprete, giudice o giurista teorico, di risalire ad *istanze metagiuridiche*, etiche, religiose, sociali o economiche, secondo preferenze sue personali e gli impone di attenersi alle valutazioni normative che determinano la disciplina positiva dei rapporti e sono immanenti all’ordinamento giuridico.

La teoria normativistica – cui, per quanto in modo atipico, Pugliatti appartiene – ritiene che l’interpretazione debba fondarsi essenzialmente sul *valore linguistico* degli *enunciati prescrittivi*, i quali fungono, per dir così, da “ponte di raccordo” fra il carattere obbligatorio della norma e l’effettiva sua applicabilità alle situazioni dell’ordine sociale e giuridico³⁹. Secondo la teoria normati-

Torino, 1991. Il cognitivismo etico rappresenta una corrente filosofica che contempla la possibilità di conoscere i valori etici e quindi ammette e sostiene l’esistenza di un *dover essere* dell’uomo. In un orizzonte universale è possibile rinvenire i principi che possono migliorare la vita dell’uomo.

³⁸ Si veda su questo punto, in via specifica, E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, vol. II, Milano, 1951, p. 793 ss.

³⁹ Si veda sul normativismo in funzione interpretativa U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milano, 1970, p. 221 ss.

vistica, le regole di competenza del giurista sono proposizioni che in ragione del valore ideale, non reale, del dover essere per esse dettato, possono chiamarsi normative. Dato che il giurista è uno scienziato “sociale” al quale non è possibile sperimentare “in vitro” il risultato di tale o tal'altra norma prevista, egli può solamente ravvisarne *riscontro coerente*, che mai può conciliare con una verità, nella presupposta conformità a determinati principi etici concepiti come “criteri di valutazione” in una società storicamente determinata. Da ciò la teoria in questione ricava che, come scrive Betti, «la scienza del diritto avrebbe per oggetto – in quanto analisi del linguaggio, come ogni scienza – non già la forma di ogni possibile discorso, bensì il contenuto normativo di un determinato discorso: quello della legge». E così, la giurisprudenza stessa «si esaurirebbe in un compito critico, consistente nel costruire un linguaggio rigoroso, mediante il quale (e con esso soltanto) lo studio del diritto assurgerebbe al valore di scienza»⁴⁰.

Conseguentemente, la teoria normativistica, nei suoi elementi essenziali, assegna all'*interpretazione giurisprudenziale* il ruolo che le spetta *in funzione*⁴¹ dell'analisi del linguaggio. Il compito dell'interprete, dunque, in altro non consisterebbe se non in quello di tradurre il linguaggio legislativo nel rigore specifico che gli è dovuto. Pur avendo il linguaggio legislativo moderno già di per sé un carattere tecnico che lo contraddistingue, incomberebbe sul giudice il compito di fornirgli ancora maggior rigore.

Secondo un'impostazione critica di tale modo di vedere la realtà interpretativa, l'errore (fondamentale) compiuto dalla teoria normativista risiede nel fatto che essa ‘costringe’ l'interpretazione giuridica ad un'analisi del linguaggio legislativo, mentre le norme non possono in alcun modo concepirsi come “pure enunciazioni” di giudizi tendenti a comunicare un sapere circa la sintesi di un soggetto e di un predicato, ma sono strumenti finalizzati ad agevolare la convivenza sociale.

Dunque, in base ad una diversa visione del fenomeno interpretativo, si deve ammettere che incombe sull'interprete l'atto di identificare i tipi di interessi che hanno formato l'oggetto di di-

⁴⁰ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, cit., p. 796.

⁴¹ L. AVITABILE, *Cammini di filosofia del diritto*, Torino, 2012, p. 137 ss.

sciplina legislativa e, poiché questi interessi si collocano nella vita di una società e costituiscono in gran parte materia soggetta a leggi quasi autoreferenziali⁴², che operano prima ancora di qualsiasi disciplina giuridica, è chiaro che l'interprete stesso non può limitarsi ad un'analisi sintattica, per quanto connessa con i principi della linguistica (ed eventualmente dello strutturalismo)⁴³.

Indubbiamente, i risultati cognitivi raggiunti sia dalla logica sia dall'ermeneutica nel secolo scorso (ed in particolar modo, dalle opere, rispettivamente, di Carnap e di Gadamer), hanno contribuito fortemente a creare una visione maggiormente completa dell'attività dell'interprete-giurista.

Infatti, l'interpretazione giuridica utilizza i metodi della logica formale e scientifica⁴⁴, che studia i vari modi, i vari tipi, le forme specifiche dell'attività di pensiero in quanto tale, cioè «lo studio dei concetti e ragionamenti considerati nelle forme in cui sono enunciati allo scopo di determinare in astratto la loro proprietà, la loro validità, le loro relazioni e le condizioni sotto le quali si implicano e si escludono»⁴⁵. L'assunzione del "metodo dell'ermeneutica" consente all'interpretazione giuridica di costruire concetti giuridici validi per un sistema unitario e omogeneo, in armonia con i principi tecnici di tale sistema, allo scopo di determinare

⁴² Cfr. M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Bologna, 2000, p. 167; cfr. anche N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 2001.

⁴³ Secondo Betti, una giurisprudenza che si limitasse all'analisi logica del linguaggio legislativo sottoponendo a critica le espressioni e le formulazioni imprecise che vi si rinvenivano, per sostituire ad un discorso inadeguato un discorso imperniato su formule e definizioni rigorose dei concetti in discussione, sarebbe una giurisprudenza "inconcludente", la quale fallirebbe al suo fondamentale compito ermeneutico proprio perché, sotto l'influenza di una prevenzione di tipo dottrinale, ignorerebbe i problemi di convivenza affrontati dalla legge e i criteri di valutazione che ne governano la soluzione (E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, cit., p. 798).

⁴⁴ Per un'ampia discussione di questo punto, si veda essenzialmente, per quanto concerne il processo di inferenza logica in generale, G.H. VON WRIGHT, *Spiegazione e comprensione*, Bologna, 1977, p. 137 ss.; si veda, in termini più specifici, G. KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica*, Milano, 1971, p. 199 ss.

⁴⁵ Così A. LALANDE, *Logica*, in *Dizionario critico di filosofia*, Milano, 1970, p. 480.

la proprietà di questi concetti, la loro validità e le condizioni sotto le quali si implicano e si escludono fra di loro⁴⁶.

Il carattere di unitarietà e omogeneità del processo interpretativo è principio che sembra pacifico fra gli studiosi e Pugliatti lo ribadisce ripetutamente⁴⁷.

La necessità di assicurare l'armonia logica delle soluzioni nel sistema giuridico impone all'attività dell'interprete una sorta di limite nei confronti del legislatore. In altri termini, l'interprete è legato alla legalità; da ciò ne consegue che l'interpretazione e l'applicazione delle norme del sistema giuridico devono rimanere distinte dall'attività del terzo legislatore che crea o riforma il diritto⁴⁸. Infatti, l'interpretazione è diretta essenzialmente all'applicazione uniforme della norma in tutte le fattispecie e a chiunque sia il soggetto che vuole vedere attuato il proprio interesse per la realizzazione del diritto stesso. L'interpretazione contribuisce all'adattamento della norma e al suo sviluppo, nell'ambito della continuità. La certezza giuridica e la garanzia della libertà individuale sono anche il risultato della tecnica dell'interpretazione, che è diretta a realizzare la continuità e l'armonizzazione.

Il diritto non è la norma, cioè il *diritto formalizzato*, né è il *sistema* (anche se in questo è inserito il complesso delle norme giuridiche), ma «l'esperienza giuridica, il diritto nel suo processo di attuazione, di cui norma e sistema rappresentano momenti isolati per ragioni, più che scientifiche, di comodità, di studio, di ricordo»⁴⁹.

Inoltre, nota Pugliatti, sotto il profilo giuridico l'interpretazione precede l'applicazione pratica alla fattispecie in esame e la indeterminazione «è la porta attraverso la quale il flusso storico penetra continuamente nel sistema normativo»⁵⁰. La indetermi-

⁴⁶ In tali termini, S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Milano, 1964, p. 53.

⁴⁷ S. PUGLIATTI-A. FALZEA, *I fatti giuridici*, cit., p. 176 ss.

⁴⁸ In tali termini E. PARESCHE, *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 190 ss.

⁴⁹ *Ivi*, p. 191.

⁵⁰ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 141.

nazione, letta anche come indeterminatezza⁵¹, è un carattere ineliminabile, previsto e voluto dal legislatore, il quale, in tal modo, lascia spazio al giurista perché possa specificare o determinare il contenuto della norma e, conseguentemente, al giudice che diviene il punto di incontro apparentemente rigido ed immobile di concetti elaborati dalla scienza e il perenne flusso mobile della storia.

Nel lavoro intellettuale del giudice si può intravedere un'attività creativa e continua di immediata invenzione⁵². È in questo modo che si realizza un "sistema elastico", che può avere applicazione nel tempo, perché, scrive Pugliatti, «occorre, inoltre, tener presente che il ciclo che va dalla scienza all'attività del legislatore, e viceversa, e si ferma alle formulazioni astratte, alle quali si rifà il giudice per le applicazioni concrete, segue anche un cammino diverso. L'applicazione, infatti, rivela spesso carattere di tipicità e si fissa in formulazioni astratte: dalla decisione del caso singolo nasce la formulazione giurisprudenziale che entra a far parte di un determinato ambiente culturale. Anch'essa riveste la natura dell'attività del legislatore e del giurista»⁵³.

Pugliatti è maggiormente proteso per quella funzione dell'interpretazione che trova nel momento dell'analisi linguistico-strutturale il suo punto centrale, collegato all'impostazione prettamente normativistica. Ma questa impostazione non è affatto sganciata dall'applicazione della *logica* al momento ricostruttivo dell'impianto giuridico, inteso nel senso *istituzionale*.

Sotto il profilo scientifico la logica è uno strumento che studia i principi generali del pensiero valido e può definirsi come la scienza che ha la funzione di regolare il pensiero stesso ed è dunque strumento di collocazione e disposizione dei concetti⁵⁴. Fine della logica intesa quale metodo filosofico è la *sistematica* intesa come il complesso dei fondamenti teorici e dei principi metodologici della scienza, dai quali deriva la teoria della classificazione (*tassonomia*).

⁵¹ F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, I (L'oggetto), Padova, 2015, p. 167.

⁵² *Ivi*, p. 124.

⁵³ *Ivi*, p. 142.

⁵⁴ A. LALANDE, *Logica*, cit., p. 479.

Come ripetutamente detto nel corso di questo lavoro, l'interpretazione giuridica si lega fortemente ai risultati raggiunti dal procedimento ermeneutico. Si deve sottolineare come mentre la teoria tradizionale ermeneutica era fondata essenzialmente sull'analisi delle condizioni di validità dei processi conoscitivi propri delle scienze dello spirito ed era rivolta a stabilire le regole metodologiche del "sapere ermeneutico", cercando di risolvere il problema del "come si conosce", la nuova concezione ermeneutica si spinge oltre la ricerca epistemologica (e metodologica) per porsi la domanda radicale sulle condizioni *a priori* di possibilità della comprensione⁵⁵. Si ricollega, in altri termini, alla filosofia di Heidegger, secondo la quale il *comprendere* non è semplicemente una forma della conoscenza – almeno in quanto «la conoscenza umana non può non essere conoscenza razionale e la razionalità è indissolubile dalla sistematicità»⁵⁶ –, ma un «carattere ontologico originario della vita umana stessa»⁵⁷. È la comprensione originaria che qualifica l'uomo come un essere che esiste solo comprendendo, per cui la comprensione nel senso comune del termine è un derivato essenziale della comprensione originaria. Da ciò l'affermazione, solo apparentemente paradossale, che «l'interpretazione si fonda essenzialmente sulla comprensione e non nasce quindi questa da quella»⁵⁸.

Come già ricordato l'ontologia ermeneutica di Heidegger è stata sviluppata da Gadamer, il quale subordina le preoccupazioni di metodo al problema fondamentale della ricognizione delle condizioni che rendono possibile la comprensione⁵⁹. La comprensione ermeneutica non è solamente sviluppo, in virtù di una migliore tecnica interpretativa, della relazione elementare tra sog-

⁵⁵ Sul punto si veda l'analisi compiuta su una polemica intercorsa fra Emilio Betti e Hans George Gadamer, L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 7, 1978, p. 125 ss.

⁵⁶ A. FALZEA, Presentazione del volume *Ordinamento e diritto civile* di Francesco Santoro-Passarelli, in *Celebrazioni Lincee*, 116, Roma, 1989, p. 8.

⁵⁷ H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 307.

⁵⁸ Così M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., p. 106.

⁵⁹ H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 345.

getto (lettore) e oggetto (testo). Il circolo ermeneutico non è soltanto una struttura interna al testo ma una struttura alla quale appartiene lo stesso soggetto che interpreta. In tal modo, le condizioni di possibilità del comprendere «non sono riconducibili tutte nell'ambito di un procedimento o di un metodo»⁶⁰ ma includono la «comprensione originaria» che ineluttabilmente accompagna l'interprete come modo di essere della sua esistenza. Questa comprensione originaria precede l'attività riflessiva dell'interpretazione, nel senso che la determina permanentemente attraverso le progettazioni o anticipazioni di senso che in esse si formano: è precomprensione⁶¹.

È evidente che la logica interviene nel processo dell'interpre-

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ Si deve sottolineare che il fenomeno della precomprensione non va concepito come una relazione con l'oggetto da interpretare (in tal senso, E. BETTI, *L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere*, in *Annali dell'Università di Bari*, 1961, p. 8 ss.), come un *pre-pregiudizio* sul contenuto del testo, in anticipo sui risultati dell'esegesi, ma come un rapporto vitale con la medesima cosa di cui parla il testo (si veda in tal senso H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 344). La precomprensione non è quindi un concetto metodologico. Conseguentemente, l'interpretazione non deve tendere a portare semplicemente a compimento le proprie proposizioni normative positive. In particolare sarà compito del pensiero dogmatico verificare criticamente i risultati del pensiero problematico per inserirli nel sistema concettuale determinandone la progressiva integrazione. In tal modo si rileva che la tesi del pensiero topico non si rivolta contro il sistema ma contro il pregiudizio che il sistema possa essere completo e definitivo. Il pensiero giuridico non può essere considerato esclusivamente *topico*, perché se il problema ermeneutico-problematico non solo è essenziale ma reca in sé una indiscutibile creatività, anche il momento dogmatico risulta insopprimibile in quanto rivolto al controllo delle operazioni di applicazione del diritto positivo. In particolare, la dogmatica giuridica sovrintende ai criteri in base ai quali gli operatori attuano, nei vari casi concreti, la distinzione binaria, propria di un ordinamento giuridico, tra lecito e illecito (si veda su questo punto G. LAZZARO, *Sistema giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1970, p. 459 ss.). Essi si risolvono, in definitiva, «in regole di differenziazione tra eguale e diseguale per consentire che l'eguale sia trattato in modo eguale e il diseguale in modo diseguale. Proprio per questo l'unità del sistema giuridico è stata ipostatizzata nell'idea di giustizia» (N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, p. 56). Ciò non di meno, «i concetti, le teorie, le conoscenze della dogmatica non sono il sistema del diritto ma guidano tale sistema» (*ibidem*), garantendone la funzione sociale e la coesistenza pacifica fra gli individui della comunità.

tazione giuridica quale momento fondamentale (si pensi all'*attività giurisdizionale*), qualificazione *ricostruttiva* e, al tempo stesso, *ricognitiva* del profilo giuridico della fattispecie. Il criterio logico considera l'elemento normativo come un elemento da sistemare e non come oggetto di indagine specifica. In altri termini, il criterio logico determina la sistemazione scientifica e può servire alla sistemazione degli schemi concettuali ma non può essere considerato un criterio di valutazione del dato positivo⁶². È per questo motivo che molta parte della dottrina italiana, primo fra tutti proprio Pugliatti, si è sforzata di definire nel modo più esaustivo la portata dei concetti giuridici⁶³.

Pugliatti si sforza in questo senso anche attraverso gli spunti metodologici della scienza giuridica, ai quali dedica, come già si è letto, un saggio contenuto in *Grammatica e diritto*⁶⁴. Il chiarimento che Pugliatti pone in apertura di questo saggio non potrebbe essere più determinato e lo si riporta per intero: «Il "diritto" è (fa) parte dell'esperienza dell'uomo. E anzitutto della *esperienza* (umana) *comune*; quindi, specificandosi, di uno dei grandi settori di essa, quali l'esperienza etica, estetica, economica, e, appunto, giuridica ai quali si sogliono riferire non solo *fatti* (propri di ciascuno di essi) bensì anche (correlativi) *valori* (e criteri di *giudizio*)»⁶⁵. E ancora – chiarisce l'autore – a proposito di una crisi della scienza del diritto, «se il divenire venga a creare un dissidio tra vita sociale e ordine giuridico, questo dovrà conformarsi a quella magari rinunciando a magnifiche architetture consolidate»⁶⁶.

⁶² Cfr. sul punto P. PIOVANI, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto*, in *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Milano, 1963, p. 103 ss.

⁶³ Pugliatti, molto realisticamente, sottolineava come «se un concetto giuridico è conforme al dato, non può essere negato da elementi razionali ricavati dal dato stesso: fino a quando è possibile perplessità o contrasto tra elementi forniti dal dato, il concetto non può essere accolto, e l'elaborazione deve ritenersi incompiuta o imperfetta» (S. PUGLIATTI, *Logica e diritto positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in "Archivio giuridico", 1935, p. 158 ss., ripubblicato in *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, Milano, 1951, p. 654).

⁶⁴ S. PUGLIATTI, *Spunti metodologici* (in *Grammatica e diritto*), cit., p. 219 ss.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ ID., *Grammatica e diritto* (saggio *Crisi della scienza giuridica*), cit., p. 196.

Se esiste una indeterminazione come spiegata, allora il dissidio tra esistenza ed ordine giuridico deve essere collocato ed interpretato con la chiave che è la storia. Si va, dunque, nella direzione di un *luogo* interpretativo che presenta i caratteri di un fatto interpretativo. Il ‘luogo interpretativo’ riflette il concetto stesso di interpretazione che a sua volta rivela l’esistenza di un ‘luogo terzo’ che è lo spazio dove si pronuncia una terzietà. Il luogo interpretativo si spiega coinvolgendo la questione del ‘fatto interpretativo’ che rappresenta il fulcro dell’elaborazione giuridica, senza il quale perfino gli stessi istituti giuridici [e a ragione lo si ribadisce] avrebbero sostanzialmente perso di significato cogente⁶⁷. Se non interviene questa arte dell’uomo di interpretare ed interpretarsi, attraverso un *dire* che mostra sempre i caratteri del *dirsi*⁶⁸, il dissidio tra il fatto sociale e quello giuridico non è mai né risolvibile né cumulabile.

⁶⁷ Il corso di lezioni tenute dal Pugliatti nel 1935 e racchiuso in *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1935, si chiudono con un capitolo dedicato alla ‘teoria dell’interpretazione’. Pugliatti ha già avviato la sua feconda collaborazione con l’allievo Angelo Falzea, insieme al quale scrive (cfr. S. PUGLIATTI-A. FALZEA, *I fatti giuridici, I fatti giuridici*, cit., p. 171): «Il tentativo di ridurre queste regole sotto un comune tessuto di principi ci sembra opportuno, perché l’elaborazione di una teoria dell’interpretazione ci porrà in condizione di poter meglio valutare le regole di ermeneutica, in rapporto alle comuni esigenze del processo interpretativo considerato nel suo schema unitario, e a quelle particolari degli atti ai quali il processo medesimo deve essere applicato». Nella dottrina italiana, soprattutto fra i suoi autori più importanti, sembra comune l’idea per cui il “fatto interpretativo” debba essere visto quale processo unitario, all’interno del quale fondamentale è l’elaborazione linguistica (scrive Pugliatti a questo proposito che «la determinazione del contenuto dell’atto volitivo, attraverso l’esame dell’espressione con la quale si manifesta esteriormente» rappresenta uno dei compiti principali del giurista). Nella legge, o eterocomando, l’indagine ermeneutica si volge alla determinazione oggettiva della “intenzione del legislatore” (art. 12, 1° comma, preleggi). Nel negozio giuridico, o autocomando, alla determinazione soggettiva della “comune intenzione” (art. 1362, 1° comma, c.c.) o dell’intenzione dell’unico autore. La garanzia di certezza e di completezza accompagna la prima e non la seconda, perché mentre la prima è diretta alla comunità dei *cives* nel suo complesso, la seconda alla singolarità delle parti.

⁶⁸ Cfr. in tal senso B. ROMANO, *Ricerca pura e ricerca applicata nella formazione del giurista. Diritto e bio-economia*, cit., p. 55.

In Pugliatti il dissidio avvia ad una ricerca di senso che pone in comparazione linguaggio e diritto, contemplando la necessità di escludere che la dimensione del giusto presenti da una parte *io* parlanti e dall'altra *soggetti* parlati. Perché questo è il rischio di un fondamentalismo normativo, che priva l'uomo della possibilità di quel *sensu in formazione*⁶⁹ che si annida nell'arte della giustizia, che è data nella libera arte dell'interpretare.

L'interpretazione⁷⁰, si riconferma, è attività dell'uomo impegna una serie di operazioni intellettuali complesse, che includono l'interpretazione in senso stretto ma non si esauriscono in essa.

Ogni scienza si presenta all'interprete come un sistema autonomo di principi e concetti; ma questi, evidentemente, non devono essere assolutizzati, in quanto quel determinato sistema scientifico contribuisce ad ampliarli ed inserirli in un sistema più vasto e coerente al suo interno. E ciò non avviene senza l'operato volitivo dell'individuo poiché qualunque scienza – e quindi, si potrebbe aggiungere, qualsiasi tentativo di conoscenza descrittiva – traduce, per così dire, le proprie formulazioni (o *concetti*) in un linguaggio relativo, già discusso da Pugliatti, proprio dell'ambito gnoseologico di cui essa si fa interprete.

Il problema, dunque, si sposta sul piano dei rapporti fra *realtà*, *conoscenza* ed *io*. Lo stesso Pugliatti, riferendosi in modo esplicito alla scienza giuridica, afferma che quest'ultima «riduce e traduce questa realtà in un mondo di parole», vale a dire che compie «un processo di verbalizzazione dell'esperienza»⁷¹, in questo modo operando direttamente sulla realtà e, facendo ciò, scrive ancora il Pugliatti, «tesse il suo discorso su quei prodotti derivati che sono

⁶⁹ Cfr. B. ROMANO, *Ricerca pura e ricerca applicata nella formazione del giurista. Diritto e bio-economia*, cit., p. 45. «... l'uomo si differenzia dal resto dei viventi perché, oltre a *conoscere* ciò che si svolge nel continuare la vita, *concepisce* anche ciò che si viene formando nelle sue ipotesi libere, sempre orientate verso un *mondo* e dunque verso l'unità, mai definitivamente raggiungibile, della *conoscenza del senso già formato* e della *ricerca ipotizzante un senso in formazione*».

⁷⁰ Cfr. l'ampia riflessione sul termine e sue applicazioni in F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009.

⁷¹ S. PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 394.

i concetti»⁷². Ma ciò che pone con forza Pugliatti è il riscontro necessario che ogni disciplina scientifica presenti con la realtà fenomenica. Tutto il discorso presentato nel saggio *Spunti metodologici* è finalizzato a ripercorrere, per quanto sinteticamente, il difficile cammino della *conoscenza scientifica* nei meandri del rapporto di connessione fra *comprensione logica* e *dato positivo*⁷³. Naturalmente, a differenza della matematica – che presenta il carattere della massima *formalizzazione* e dalla quale emerge più chiaramente la possibilità di un “distacco” fra *comprensione logica* e *realtà* – la scienza giuridica, afferma Pugliatti, si pone agli antipodi, dato che può essere definita una “scienza pratica”. Ciò in quanto la scienza giuridica «è essa stessa esperienza giuridica» e quindi «dall’esperienza nasce e in essa si converte». In altri termini, «è dell’esperienza costitutiva, come dall’esperienza è costituita; ed è, come l’esperienza, e con l’esperienza inscindibilmente storia»⁷⁴.

Prendendo spunto da Capograssi⁷⁵, Pugliatti sottolinea come la formazione dei concetti – a differenza di quanto ritenesse Cro-

⁷² ID., *Spunti metodologici*, cit., p. 221.

⁷³ Da questo punto di vista, appare significativa la citazione che Pugliatti propone di una considerazione svolta da J. COHEN (*Introduzione alla logica*, Milano, 1948, p. 12), il quale scrive: «La ragione può condurre a conclusioni sostanziali solo se parte da premesse sostanziali», ma si deve riconoscere che «molti dei nostri più brillanti logici contemporanei hanno insistito nel dire che oggetto del loro studio (di logica matematica) sono semplicemente dei segni sulla carta, o dei simboli in genere, senza alcun rilievo agli effetti della realtà oggettiva».

⁷⁴ S. PUGLIATTI, *Spunti metodologici*, cit., p. 222.

⁷⁵ Secondo Capograssi, il compito della scienza giuridica è quella di conformare il dato positivo, quindi il dato dell’esperienza storica, così come storicamente si determina nella realtà degli individui. La scienza, secondo Capograssi, è essenzialmente una conoscenza di concetti, ai quali secondo essa è riducibile la realtà giuridica nella sua immediatezza. I concetti, sono, in altri termini, la traduzione formalizzata che la scienza giuridica compie della realtà ed è in questo modo che si realizza quella che Capograssi denomina quale «formazione e determinazione dei concetti» nel quale «è tutta l’essenza della scienza che ha per oggetto il dato», perché per la scienza «i concetti da essa elaborati trovano il proprio criterio, la propria misura nell’essere correlativi, corrispondenti, il correlato concettuale della realtà giuridica concreta» (G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, in *Opere*, vol. II, Milano, 1959, p. 401).

ce in ambito giuridico – rappresenta, per la scienza del diritto, la «naturale esplicazione della funzione del linguaggio»⁷⁶; d'altronde, la lingua non è una mera *formalizzazione* dell'esperienza comune, bensì un' *esperienza istituzionalizzata*.

Quest'ultimo aspetto viene descritto più compiutamente da Pugliatti nel momento in cui prende in esame il rapporto fra lo stesso *linguaggio giuridico* e gli aspetti istituzionali della scienza giuridica. Il collegamento con la realtà può essere descritto, in termini prettamente logici, asserendo che ogni compiuta proposizione normativa sintetizza in termini di linguaggio, sotto forma di *risoluzione* (intesa come forma di *soluzione*), un determinato problema, il quale prefigura nell'avvenire una sorta di *regola* e ciò, scrive Pugliatti, si presenta come «*valore e criterio* dell'esperienza da venire, considerata come praticamente possibile». E considerata come tale solo da chi (l'uomo) pronuncia la proposizione normativa nel suo atto costitutivo. È così che «concetto ed espressione verbale rispecchiano il problema nei suoi termini, nella sua impostazione, nella sua risoluzione, problema e risoluzione, fatto e valore, passato e avvenire, per un istante tratti fuori dal tempo, ma visti come reinseriti e reintegrati nel tempo e nella storia»⁷⁷. Il *divenire storico* presenta questi momenti di cristallizzazione, si potrebbe dire, una *stasi sincronica*, che rappresenta il “momento descrittivo” (dal quale, poi, deriva quello *prescrittivo*, che trae la sua cogenza dall'istituzione) del valore giuridico ed è in questo modo che, secondo Pugliatti, «il *sistema* dei concetti rappresenta la medesima fisionomia e rispecchia in un istante tutto l'ordinamento giuridico per un istante fermato nel modo della storia»⁷⁸.

Non bisogna, dunque, sopravvalutare la portata gnoseologica dei concetti stessi. Questi ultimi sono, per certi versi, “strumenti elementari” e tecnici, che il giurista utilizza in funzione descrittiva, per operare tassonomicamente. Il fine e la portata dell'analisi descrittiva del diritto, invero, si finalizza su “modelli di problemi

⁷⁶ S. PUGLIATTI, *Spunti metodologici*, cit., p. 223.

⁷⁷ *Ivi*, p. 228.

⁷⁸ *Ibidem*.

giuridici”, entro i quali si riunisce sinteticamente l’esperienza trascorsa e, in modo certamente problematico, si finisce per “storizzare” la conoscenza giuridica. Tale procedimento non esclude una metodologia della scienza giuridica seppur di volta in volta valutata al cospetto di un sistema giuridico⁷⁹.

4.5. *Il pensiero di Pugliatti sulla teoria dell’interpretazione giuridica*

È importante mettere in luce la funzione normativa alla quale l’interpretazione giuridica è destinata per la stessa correlazione in cui essa si trova con l’applicazione della norma o, in genere, del precetto giuridico al caso concreto. Detta correlazione si può cogliere osservando l’atteggiamento di chi è chiamato a realizzare nel proprio contegno la norma o il precetto giuridico. Essa, infatti, segna una linea di condotta da osservare, con riferimento evidente alla persona quale soggetto che si può anche chiamare interessato o suo “destinatario” (ma sono state fatte delle riserve sull’opportunità di usare tale denominazione)⁸⁰.

La norma agisce sulla condotta attraverso un’*operazione intellettuale* chiamata interpretazione, che deve far sì che si possa ottenere la possibile e coerente conoscenza e determinare l’apprez-

⁷⁹ In tal senso R. JHERING, in *Der Zweck im Recht*, Prefazione, III ed., Lipsia, 1893, I, p. VIII, *Lo Scopo nel diritto*, trad. it., Torino, 1972. Per l’autore muta quella che fino a quel momento era stata la concezione del metodo della scienza giuridica non più ancorato al modello logico-sistematico ma che versava fiducia nell’idea fondamentale secondo la quale «il creatore di tutto il diritto è lo scopo e non c’è nessuna proposizione giuridica la quale non debba la sua origine ad uno scopo, ossia ad un motivo pratico». Quando l’autore parla di scopi non intende quelli del legislatore nell’emanare le norme, ma quelli imminenti alla vita stessa della società che, alla lettera, rappresenta un’unione di individui che si sono vincolate, e questo il senso di società giuridica, per il perseguimento di uno scopo comune. Pugliatti non può escludersi che aderisca a siffatto orientamento concettuale, ancor più in quella parte ove concepisce la giurisprudenza come scienza pratica.

⁸⁰ Cfr. su questo punto S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, vol. I, cit., p. 31 ss.

zamento dell'interessato. Essa agisce quindi mediante un'attività destinata a far sapere se egli si trovi oppure no nella condizione (fattispecie) prevista dalla norma stessa. L'operazione intellettuale diretta a verificare e controllare se ricorrano nel caso i presupposti di fatto della norma o del precetto può determinare, attraverso l'apprezzamento dell'interessato, l'osservanza delle loro statuizioni nella sua condotta. Può però anche determinare un apprezzamento difforme e un conflitto di apprezzamenti fra due o più interessati (lite) o, comunque, una inosservanza.

Sorge allora la necessità di superare quella resistenza in modo da consentire di eliminare l'inosservanza. Si tratta quindi di sostituire all'apprezzamento di parte un apprezzamento vincolante ad opera di un terzo imparziale, che si identifica nell'organo della giurisdizione, avente la competenza specifica di individuare da un punto di vista normativo il precetto giuridico. Il precetto si configurerebbe qui come una qualche regola originaria che non è originata ma si chiarisce nel senso dialogico in continua formazione. L'osservanza spontanea, come l'accertamento vincolante e la realizzazione forzata della norma, configurano quella che nel linguaggio corrente si chiama l'applicazione della legge, vale a dire la sua attuazione al caso concreto e nella vita reale⁸¹.

⁸¹ Si veda su questo punto E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, cit., p. 790 ss. L'autorevole dottrina, che rappresenta, come noto, uno dei vertici del pensiero giuridico e filosofico italiano del secolo scorso, peraltro, collegava in modo strutturale l'interpretazione giuridica a quella teologica. Secondo Betti, infatti, dai testi normativi, così come da quelli teologici, «promana non solo un appello di intelligenza, rivolto allo spirito contemplativo ma anche un appello di osservanza, rivolto allo spirito pratico». Invece che fare assegnamento sul solo intelletto o sulla sola immaginazione, i testi legali e teologici fanno affidamento sulla volontà e sull'agire umano. È in questo contesto, sostiene Betti, che si inserisce il discorso su quella che potremmo definire *autorità interpretativa* e sulla sua capacità di *vincolare* il proprio parere. Secondo Betti, «l'autorità, l'efficacia vincolante, è insita nello stesso testo interpretato in quanto enuncia precetti, massime, dogmi, insegnamenti, nel presupposto che il destinatario li riconosca come tali». Se poi, ovviamente, all'interprete si attribuisce anche una veste che lo legittimi ad identificarsi istituzionalmente con l'autore originario del testo, la stessa attività interpretativa assume un *carattere autoritativo* e spiega per dir così, oltre la destinazione e funzione normativa, un'efficacia vincolante alla seconda potenza» (p. 792). Secondo Betti, la funzione normativa dell'interpreta-

La legge, evidentemente, trova la sua indispensabile premessa nella interpretazione: la retta conoscenza o intelligenza della norma ne garantisce anche la retta applicazione al caso concreto. Quindi, l'interpretazione giuridica ha una funzione normativa, per la stessa natura del suo oggetto e per il problema che si propone di risolvere.

Secondo autorevole opinione, se l'atto da interpretare è un atto normativo, esso «si dispiegherà nel nostro spirito, assumendo quello a criterio, un'attività normativa»: quasi che tale «spiegamento» serva «per porre atti normativi, cioè per porre norme»⁸². Secondo questa interpretazione, puramente normativa del *fatto interpretativo*, che segue e rielabora le indicazioni di Pugliatti e di Betti, purtroppo, il compito del giurista-interprete è di tipo ricognitivo in una posizione di stretta subordinazione alla legge, an-

zione postula nell'interprete un atteggiamento *metateoretico* «più intensamente valutativo» nei confronti dell'oggetto da valutare. Così, l'interesse del giurista, così come quello del teologo, non può prescindere da un'esperienza personale e da una presa di posizione, dato che, oltre all'azione in sé per sé, assume un ruolo preponderante la stessa conoscenza e quindi il problema è strettamente di natura gnoseologica. La veduta astrattamente soggettivistica, che individua nell'interesse una pura partecipazione di natura intellettuale del soggetto finalizzata a conferire all'oggetto un valore ad esso estraneo dall'origine (appunto, l'essenza del *fatto interpretativo*, per Betti, così come per Pugliatti, è *attività destinata a fornire nuova conoscenza al fatto giuridico*, ovvero quest'ultimo si trasforma, mediante l'attività interpretativa in *qualcosa di altro da sé rispetto a prima*), si rivela comunque viziata da "unilateralità". In questo caso, l'interesse appare come un atteggiamento volto a ritrovare e riconoscere nell'oggetto un "valore che ci illumina", ma che resterebbe sconosciuto, secondo Betti, «ove fosse guardato con altro atteggiamento e sotto una prospettiva diversa» (p. 792). Che tale atteggiamento da parte dell'interprete sia radicato in una disposizione spirituale di congenialità che risale ad un'*affinità selettiva*, ma in ogni caso coltivata con l'educazione e con l'esperienza, è da ammettere senz'altro. Ma, aggiunge ancora Betti, non si deve dimenticare che «il compito emerneutico non deve pregiudicare quello, ben distinto, della critica valutativa del significato accertato – critica politico-legislativa o rispettivamente escatologica – e che essa critica può soltanto influire, modificandolo, sull'indirizzo della sua messa in pratica. Quando ciò avviene, la valutazione degli interessi o delle finalità in gioco conduce ad un'interpretazione integrativa o correttiva in ordine all'indirizzo dell'agire apprezzato alla stregua del diritto o della morale» (pp. 792-793).

⁸² G. GORLA, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 25.

che se assegna a tale compito ricognitivo una qualche funzione *creativa*, alla stregua di quella tipica del legislatore. La identificazione, nel senso di rivivere dal di dentro la funzione normativa, si ha, forse, solo nella celebrazione di un sacramento ad opera del ministro di culto e del fedele (*haec quotiescumque feceritis, in mei memoriam facietis*). L'esecuzione della legge avviene su un piano di legalità che non si concilia con l'atteggiamento spirituale dell'identificazione con l'autore della norma da eseguire. Non si deve «riprodurre in sé l'atto normativo come criterio o principio per spiegare la stessa attività normativa spiegata dal legislatore», né «assumerlo a contenuto di un proprio atto normativo»⁸³.

In linea teorica, l'unica interpretazione giuridica possibile è quella autoritativa, ufficiale e vincolante dell'organo statale competente ad applicare la legge: il parere, il consulto, l'esegesi scientifica sarebbero attività al di fuori del campo dell'interpretazione giuridica. Questo ragionamento tuttavia porterebbe a confondere la destinazione normativa, che l'interpretazione giuridica ha per la stessa natura del suo oggetto e del suo problema, con l'efficacia vincolante (normativa), che le può derivare dalla specifica competenza normativa di cui è investito chi, per il particolare ufficio che ricopre all'interno dell'ordinamento giuridico, è chiamato ad emetterla. Sicuramente le due qualifiche devono esser tenute nettamente distinte: quando qui si parla di funzione normativa dell'interpretazione giuridica si allude alla sua destinazione e non alla sua efficacia giuridica.

La «riproduzione della stessa attività concettuale (se mai, valutativa) del legislatore» si fa solo a fine di conoscenza, con ciò intendendo affermare che essa si compie «per vedere l'atto normativo all'opera secondo la sua natura nel nostro spirito»⁸⁴. In questo modo, però, secondo altri si rischia di confondere l'attività interpretativa con la condotta pratica da informare al criterio che si desume dalla norma. E così non deve essere, se si vuole evitare di considerare interpretazione giuridica soltanto quella suscettibile di determinare un apprezzamento pratico da parte degli interessa-

⁸³ *Ivi*, p. 13.

⁸⁴ *Ivi*, p. 25.

ti o destinatari della norma sul comportamento da tenere, fatto che escluderebbe la possibilità di una interpretazione scientifica⁸⁵.

Si deve chiarire, invece, che la destinazione normativa non è da intendere in senso pratico con riguardo a un'immediata applicazione, ma in quello di un orientamento dei consociati alla luce di quelle direttive⁸⁶.

Per procedere ad applicare una legge a una determinata situazione di fatto è necessario confrontarla e relazionarla con la fattispecie legale prevista dalla norma. In sostanza, si deve verificare se e in che misura la fattispecie concreta corrisponda a quella legale, per poterne evidenziare ciò che è rilevante per il trattamento giuridico. Questa operazione porta alla qualificazione giuridica della fattispecie.

Quando le fattispecie in questione si risolvono in dichiarazioni o comportamenti o comunque atti giuridici che richiedono di essere interpretati, si deve risolvere il problema di stabilire in che relazione logica sia l'interpretazione dell'atto con la sua qualificazione giuridica. Sicuramente si tratta di due operazioni fra loro connesse, ma ciò non autorizza a confonderle. L'interpretazione giuridica non è la «valutazione del fatto in termini di astrattezza legalistica», né può dirsi che «gli elementi interpretativi consistano negli indici di regolarità fissati nella previsione legislativa»⁸⁷.

L'interpretazione giuridica deve agevolare la scelta, fra le norme che disciplinano l'interpretazione, di quelle norme obiettivamente più rispondenti al tipo di atto da interpretare. Questa scelta richiede una preliminare identificazione del tipo di atto giuridico al quale l'atto concreto corrisponde, ma la ricognizione del senso da attribuire all'atto in questione, da un punto di vista strettamente logico, precede il momento della sua qualificazione,

⁸⁵ In tal senso E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 533 ss.

⁸⁶ Così M.S. GIANNINI, *Interpretazione dell'atto amministrativo*, in "Rivista di diritto amministrativo", 1939, p. 303.

⁸⁷ V. DENTI, *Interpretazione della sentenza civile*, in "Rivista di diritto processuale civile", 1948, p. 197, il quale nota che l'interpretazione deve cogliere l'atto nella sua concreta individualità e tenere nel dovuto conto l'ambiente sociale, seppure sia ancora privo di ogni qualificazione giuridica definitiva.

utile a trovare la *ratio* del trattamento giuridico. Questa sequenza logica risulta particolarmente evidente nei negozi del diritto privato⁸⁸, dove compete alle parti determinare gli scopi pratici da perseguire con il negozio. Così facendo, essi dovranno utilizzare le parole nel significato corrente nel comune linguaggio per agevolare il ruolo dell'interprete. Questi, infatti, deve innanzitutto ricostruire nel contenuto del negozio quegli scopi pratici ('comune intenzione', nei contratti) e chiarire questo significato, così come è noto nella coscienza sociale.

È solo in un secondo momento che si passa a controllare che lo scopo pratico perseguito in concreto rientri in una di quelle tipiche funzioni economico-sociali o di quelle categorie d'interessi che il diritto si cura di tutelare: in questo senso rileva l'applicazione di quelle norme che si propongono di correggere il contenuto del negozio. Meno evidente risulta la sequenza logica che caratterizza i provvedimenti di autorità (sentenze, atti amministrativi): si tratta di atti destinati, seppure in maniera e misura differente, ad attuare la legge. Questa loro attitudine fa sì che essi siano vincolati ad una rigorosa tipicità⁸⁹. Ne deriva che in questi casi vi sia una minore distinzione della ricognizione del significato dell'atto rispetto alla identificazione del tipo legale cui corrisponde la sua concreta configurazione. Ciò non significa che non si debba comunque operare una distinzione concettuale fra le varie operazioni logiche, ma invece che si potrà provvedere a qualificarla solo dopo aver interpretato il significato della decisione emessa. Una volta ottenuta tale qualificazione, sarà possibile giustificare il trattamento, ad esempio, come provvedimento annullabile per eccesso di potere o per altro vizio.

Si potrà avere un preventivo giudizio di qualificazione giuridica per identificarne il tipo e controllarne la validità anche rispetto a provvedimenti legislativi in senso sostanziale⁹⁰. In genere consi-

⁸⁸ Cfr. G. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in "Rivista trimestrale di diritto processuale civile", vol. XV, 1961, p. 391.

⁸⁹ Cfr. G. GIANNINI, *Interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 304 ss.

⁹⁰ Si veda su questo punto G. ESPOSITO, *La validità delle leggi: studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, in "Rivista di diritto pubblico", 1934, p. 143 ss.

ste in un giudizio preliminare rispetto all'interpretazione della norma emanata, ma a volte esso può essere anche successivo, come quando, ad esempio, riguardi la costituzionalità intrinseca (disp. prel. 3-4). È possibile concludere l'esame con un giudizio di qualificazione della seconda norma come incostituzionale solo dopo avere interpretato la norma costituzionale che si suppone contraddetta e dopo aver interpretato la norma ordinaria che si suppone aver trasgredito i principi costituzionali⁹¹.

Il diritto positivo ha il compito di disciplinare la vita di relazione. Per questo ha la necessità di dotarsi di una solida struttura dogmatica atta ad orientare la vita sociale, materia di regolamento giuridico in relazione ai problemi pratici che presenta. Si tratta, infatti, di organizzare in modo permanente le funzioni considerate necessarie alla vita del corpo sociale. Tra queste funzioni rientrano anche le composizioni secondo giustizia, atte anche a prevenire possibili liti e conflitti fra categorie d'interessi, dato che la loro prevenzione può essere avvertita come un bisogno sociale⁹².

Ne deriva la conclusione ovvia secondo cui la vita sociale è contemplata dal diritto non nella complessità e concretezza delle sue infinite manifestazioni, vale a dire nella sua astrattezza teorica, ma sotto il profilo più specifico di attinenza con i problemi. Per questo diviene necessario semplificare e vagliare allo scopo di trovare nei fatti concreti i lineamenti rilevanti per distinguerli e riconoscerli da quelli irrilevanti per il diritto.

In particolare, il diritto si occupa del comportamento dei consociati in base ad una previsione preventiva e necessariamente generica del modo in cui esso si presenta normalmente nella vita sociale⁹³. Esso è considerato secondo quelli che si ritengono essere caratteri normali e lineamenti tipici, non con espresso riferimento a tutte le circostanze concrete del caso singolo. Non si esclude, quindi, un certo arbitrio in tutto ciò, ma si tratta di un risultato che è nella logica stessa del procedimento normativo

⁹¹ Cfr. F. CARNELUTTI, *Il giudice e la lex in fraudem legis*, in "Rivista di diritto processuale", 1952, p. 9.

⁹² ID., *Teoria generale del diritto*, cit., p. 9 ss.

⁹³ Cfr. K. PEKELIS, *Il diritto come volontà costante*, Padova, 1930, p. 156 ss.; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1980, p. 64 ss.

(anche il procedimento artistico, tecnico, scientifico portano a deformare e trasfigurare il dato dall'esperienza).

Nelle sue attività l'ordine giuridico parte da una valutazione comparativa degli interessi contrapposti, che ispira e determina il criterio delle corrispondenti enunciazioni normative (come anche delle norme consuetudinarie). Poiché le enunciazioni normative si esprimono in termini di dover essere, stabilendo delle sintesi fra situazioni ipotizzate (fattispecie) e qualifiche o rapporti che ad esse si ricollegano, ne deriva la necessità di descrivere, determinare e delimitare con la maggior precisione possibile i tipi o schemi di situazioni previste e di qualifiche o rapporti correlativamente disposti. Questa esigenza fa nascere quei procedimenti astrattivi e costruttivi di concetti, di cui nessuna disciplina legislativa può fare a meno, in quanto parte integrante del trattamento normativo, ma anche la dogmatica delle scienze giuridiche, che è la rappresentazione concettuale del fenomeno giuridico nell'indirizzo di valutazioni normative.

Gli schemi legislativi hanno la loro origine nello stesso procedimento normativo, fino a divenire parte integrante delle soluzioni di problemi pratici. Allo stesso modo, anche l'interpretazione della legge deve tenerne conto ed utilizzarli nella costruzione dogmatica cui si è accennato, che rappresenta uno strumento rappresentativo nelle mani dell'interprete, il cui uso non può essere limitato alle costruzioni legislative entrate a far parte della norma⁹⁴. Quindi, non si deve stabilire un'antitesi fra dogmatica ed interpretazione, fra dogmatica e viva esperienza giuridica, fra «intuizione del tipico» e funzione normativa⁹⁵. La conoscenza del diritto è sempre una conoscenza mediante concetti più o meno astratti, che servono all'impostazione di quei problemi giuridici che possono essere risolti attraverso la predisposizione di norme ed istituti giuridici.

Le valutazioni che giustificano le soluzioni legislative si rendono partecipi della loro oggettività e non rappresentano qualcosa il cui accertamento derivi da una «scelta del sistema normativo» e

⁹⁴ Cfr. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino (1933) 1938, p. 137 ss.

⁹⁵ Cfr. G. GORLA, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 24 ss.

che sia rimessa alla discrezionalità del giurista interprete, vincolato alla sola esigenza di «adeguarsi alla realtà storica sulla quale egli opera»⁹⁶. Non si potrebbe neppure osservare che «scopo e funzione della norma non sono pensabili al di fuori di un soggetto che stabilisca la relazione tra mezzo e scopo». Infatti, tale osservazione, nel caso in cui il soggetto fosse non il legislatore, ma l'interprete stesso, farebbe rivivere quel soggettivismo che si voleva evitare, perché «lo scopo si considera fissato dalla società, dalla natura delle cose, traducendo così in termini obiettivi il risultato di una propria valutazione politica»⁹⁷. Chi segue tale ragionamento sarebbe ancora alla fase scettica dello psicologismo che nega al giudizio assiologico la capacità di attingere valori oggettivi solo perché formato da un soggetto pensante. Si finirebbe per riconoscere come “oggettive” solo le entità misurabili con il metro estrinseco delle scienze c.d. esatte. Il che non può essere accettato da chi voglia dare anche all'interpretazione giuridica il fondamento scientifico che le compete.

Secondo Pugliatti, una teoria coerente e logica del “fatto interpretativo” deve presentare i caratteri dell'unitarietà e della omogeneità. Il processo della interpretazione giuridica, in termini più esatti, si riferisce essenzialmente alla legge e al negozio giuridico. Dato che, osserva Pugliatti, il legislatore non ha ritenuto opportuno dettare norme o regole generali, applicabili ai negozi giuridici (ad esempio, a quelli di tipo unilaterali), si rinviene la necessità di ricavare una serie di principi universali in tema di interpretazione.

Pugliatti precisa innanzitutto che il *fatto interpretativo* è un'operazione di carattere generale e necessaria; generale in quanto concerne ogni manifestazione di volontà produttiva di conseguenze giuridiche, dalla volontà del legislatore a quella del singolo individuo. Necessaria, in quanto non è possibile fare a meno di

⁹⁶ La tesi è di A. BURDESE-M.GALLO, *Ipotesi normativa e interpretazione del diritto*, in “Rivista italiana di scienze giuridiche”, 1949, p. 356 ss.; cfr. anche R. SACCO, *Concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947, p. 49 ss.

⁹⁷ A. BURDESE-M.GALLO, *Ipotesi normativa e interpretazione del diritto*, cit., p. 383.

essa⁹⁸. Più in particolare, si deve sottolineare l'importanza di un processo interpretativo di natura complessa, che si manifesta ogni qualvolta il *fatto interpretativo* si atteggi in una struttura complessa di relazioni normative.

La complessità del *fatto interpretativo* è, secondo Pugliatti, fornita dal fatto che esso si configura come un'attività diretta a ricercare, attraverso l'analisi dell'espressione nella quale si è manifestata, «la volontà che costituisce il contenuto della legge o del negozio giuridico»⁹⁹. Questa ricerca si pone in modo preclusivo di qualsiasi processo di discernimento del documento o dell'atto normativo; conseguentemente, si potrebbe dire che Pugliatti, alla stregua dei principali giuristi del suo tempo (in particolar modo, Betti e l'allievo Falzea), assegna al *fatto interpretativo* una valenza del tutto fondamentale nel processo gnoseologico e nella genesi stessa delle fonti di produzione del diritto.

D'altronde, non potrebbe essere diversamente: Pugliatti precisa che è impossibile "isolare" una norma dall'altra e concepirla come un *dato* a se stante, conchiuso in un suo significato privo di

⁹⁸ S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Milano, 1996 (I ed. 1935, II ed. insieme ad A. FALZEA, 1945), p. 171.

⁹⁹ La definizione fornita da Pugliatti si pone nella linea della dottrina maggioritaria. Pugliatti, peraltro, come abbiamo ripetutamente osservato, era giurista molto attento al fenomeno linguistico. Ciò si riflette evidentemente sulla natura del *fatto interpretativo* così come si viene a manifestare effettivamente nel mondo dell'esperienza giuridica. Si può in questa sede osservare sono essenzialmente due le correnti speculative che si sono maggiormente evidenziate nell'analisi del *fatto interpretativo*. Secondo la prima, la c.d. "teoria realistica" i documenti normativi non hanno altro significato che quello deciso, di volta in volta, dall'uno o dall'altro interprete in accordo con la sua privata ideologia. Gli interpreti, e in particolar modo gli organi dell'applicazione, pertanto, lungi dall'accertare, dichiarare e applicare norme positive già date, creano essi stessi il diritto. Dunque, i loro discorsi non sono né veri né falsi. In tal senso, in quanto l'applicazione della legge è soggetta alle mutevoli scelte degli interpreti non esiste una cosa come la "certezza del diritto" (si veda su queste posizioni dottrinali R. GUASTINI, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, cit., p. 88 ss.). Secondo la corrente di pensiero "formalistica", che presuppone la validità del normativismo in sede teorica, è compito degli interpreti accertare il diritto posto in sede legislativa ed è compito dei giudici applicarlo fedelmente così com'è, garantendo prevedibilità delle decisioni e sicurezza dei rapporti sociali. Quest'ultima dottrina si fonda su una concezione democratica e liberale dello Stato e del diritto.

collegamenti concettuali e fenomenici con altri elementi. Al contrario – scrive Pugliatti – «la legge risulta costituita da gruppi di norme collegate da concreti riferimenti a questa o quella materia da disciplinare»; conseguentemente, continua, «ogni singola norma va posta in relazione colle altre norme del gruppo»¹⁰⁰. Ma ogni gruppo di norme è funzionalmente e strutturalmente collegato con altri gruppi normativi, per cui è abbastanza intuitivo comprendere come l'attività interpretativa sia essenziale alla comprensione logica del diritto stesso.

Appare inoltre evidente come, nella concezione di Pugliatti, almeno su questo punto, un'importanza fondamentale sia data dal concetto di 'sistema giuridico', ovvero da un complesso di gruppi di norme all'interno delle quali vivono le singole fattispecie unite fra di loro da nessi consequenziali e logici. È in questo ambito che bisogna collocare l'attività interpretativa secondo le argomentazioni il pensiero di Pugliatti.

Si è già visto come lo stesso avesse nella massima considerazione le posizioni di questi giuristi che appartengono alla 'scuola istituzionale', pur propendendo maggiormente per le impostazioni della 'scuola normativista'. È indubbio che la teoria istituzionalista è quella che meglio ha chiarito i rapporti fra la teoria dell'interpretazione e l'*ordinamento giuridico* o *sistema giuridico*¹⁰¹.

Nella concezione fondamentale Pugliatti intende per *sistema*:
a) un complesso di elementi interdipendenti in modo da formare un tutto; *b)* un complesso di nozioni, proposizioni, principi, logicamente connessi fra di loro, relativi ad una determinata scienza o attività pratica.

Più in particolare, la nozione centrale di *sistema* la si ritrova a partire dalla speculazione filosofica più antica. In Aristotele si ha

¹⁰⁰ S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 172.

¹⁰¹ Per un inquadramento generale della teoria sistemica in diritto, soprattutto in un quadro storico-valutativo, si vedano G. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, vol. I, *Dalle origini alla scuola storica*, Torino, 1968, p. 11 ss.; A. BARATTA, *Ricerche su essere e dover essere nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milano, 1968, p. 96 ss. Si veda, comunque, per le implicazioni strettamente filosofiche, sul concetto di ermeneutica e sulla possibilità per l'uomo di interpretare correttamente la realtà fenomenica, M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., p. 284 ss.

un'idea già compiuta di sistema, inteso quale organizzazione sistematica di tutte le scienze nel complesso dello scibile. Ma sono soprattutto gli Stoici che, definendo con il termine σύστημα l'ordinata totalità cosmica¹⁰², contribuiscono a far accogliere la designazione di tale attributo dello scibile col derivato συστηματικόν (*sistematico*)¹⁰³.

Se però la sistematicità dell'insieme delle verità e delle dottrine filosofiche è originariamente esemplificata sul modello della realtà esterna di per sé considerata come ordinata, essa poi subisce un moderno processo di sviluppo ed acquista un significato specifico nel momento in cui viene fondata esclusivamente dapprima, nel filone razionalista, sulla coerenza deduttiva e, quindi, a partire da Kant sul carattere unitario del principio che deve presiedere al legame tra le singole proposizioni della conoscenza, infine sullo stesso insieme di verità e di dottrine, in virtù di leggi ad esse intrinseche, rappresentando in tal modo la garanzia ultima della verità, che può esprimersi unicamente in forma di sistema mediante un rigoroso svolgimento di tutti gli aspetti del reale di un unico principio razionale e che è tale in quanto logicamente pensabile¹⁰⁴. Da qui l'identificazione, nei grandi sistemi idealistici post-kantiani, della sistematicità con la coerenza interna e logica.

Su questo punto, però, non è possibile non prendere in considerazione, anche se sinteticamente, gli studi pionieristici di Hermann Cohen sulle conseguenze del pensiero post-kantiano nell'ambito della logica e della teoria dell'interpretazione.

In particolare, nella sua opera, *Teoria kantiana dell'esperienza* (1871)¹⁰⁵, che costituisce il manifesto teorico della scuola di Mar-

¹⁰² Di peculiare interesse speculativo alla evoluzione della dimensione giuridica dei diritti dell'uomo, nominabili in un universo oltre terreno, è il saggio di S. PUGLIATTI, *Per un convegno di diritto cosmico* (in *Grammatica e diritto*), cit., p. 249.

¹⁰³ Cfr. sul punto C. SINI, *Metodo e filosofia*, Milano, 1986, p. 90 ss.; J.P. DUMONT, *La filosofia greca*, Milano, 1994, p. 183 ss.; L. ROBIN, *Storia del pensiero greco*, Milano, 1978, p. 378 ss.

¹⁰⁴ Si veda sul punto I. KANT, *Critica della ragion pura*, I, Roma-Bari, 1980, p. 55 ss.

¹⁰⁵ Si veda H. COHEN, *La teoria kantiana dell'esperienza*, Milano, 1990, soprattutto p. 88 ss.

burgo, viene rideterminata essenzialmente la teoria kantiana dell'*a-priori*. Questa era stata interpretata, nel corso dell'Ottocento, come una concezione psicologica e relativistica: l'*a-priori* kantiano era stato trasformato da condizione pura e trascendentale della conoscenza in condizionamento psicologico e storico-culturale cui il pensiero soggiace e che muta da generazione a generazione. Proprio il maestro di Cohen, F. A. Lange, aveva significativamente contribuito a diffondere questa interpretazione dell'*a-priori*. Secondo Cohen, questa interpretazione psicologista del kantismo nasce da un equivoco nella comprensione della filosofia di Kant. Quest'ultima viene intesa tanto dall'idealismo quanto dallo psicologismo come una teoria della conoscenza che pone l'atto conoscitivo quale sintesi di due elementi eterogenei, la forma *a-priori* e il dato *a-posteriori*.

Cohen ritiene che l'accentuazione del ruolo della forma *a-priori* porti alla unilateralità dell'idealismo; l'insistenza sul ruolo del *dato* nel processo conoscitivo dà vita, per contro, a una interpretazione psicologista dell'*a-priori*. Il carattere proprio del kantismo – continua Cohen – non va visto nella “lettera” del testo kantiano, ma deve essere cercato in una reinterpretazione speculativa di Kant. Anche Cohen, infatti, dissolve il significato realistico della cosa in sé come ente trascendente la coscienza; la cosa in sé è ciò che la nostra conoscenza scientifica non riesce a determinare secondo leggi razionali e sistematiche, e si presenta dunque come l'orizzonte inesaurito di problemi che la ricerca scientifica ha sempre davanti a sé. Quindi il vero elemento basilare della filosofia kantiana è la spontaneità creativa della ragione, di cui il *dato* non segna che il limite provvisorio dell'attività.

Per Cohen, spazio, tempo e categorie sono condizioni formali dell'esperienza del tutto paritetiche, e le forme pure dell'intuizione non vanno considerate strutture psicologiche innate nel genere umano, ma *a-priori* matematici essenziali alla costruzione dell'esperienza. Per esperienza, però, Cohen intende l'esperienza scientifica costruita galileianamente, secondo il modello matematico sperimentale.

In tal senso, la *Critica della Ragion pura* è una teoria dell'esperienza. Essa mostra come la sua condizione di possibilità sia affidata a un fondamento logico. Il fatto che la *Critica* sia una teoria

dell'esperienza, di qualcosa cioè da produrre (non nel senso di generare ma in quello di 'giustificare') secondo una *legalità*, rende inconsistenti tutte le interpretazioni alternative della concezione kantiana della conoscenza. Kant formula – secondo Cohen – una teoria trascendentale perché essa è la strada maestra, il metodo per intendere e legittimare il valore di obiettività della matematica e delle scienze della natura. Il metodo trascendentale è, dunque, la chiave di lettura per comprendere la filosofia kantiana e l'architettura della ragione è l'arte attraverso cui si costruisce il sistema.

Nel saggio *La fondazione kantiana dell'etica* (1877)¹⁰⁶, partendo dalla riflessione sulla teleologia kantiana e sulla teoria pura della conoscenza, Cohen mostra come la logica costituisca una introduzione all'etica. La logica è la logica della scienza e questo è il suo limite in quanto la scienza, risalendo all'infinito di causa in causa, è nel suo complesso contingente. Ma nel momento stesso in cui la logica svela il suo limite a se stessa, approda ad una logica di grado superiore, quella di una produzione necessaria delle cose, di una loro pura teleologia.

La logica contemporanea, pur mantenendo il carattere deduttivo del sistema, tende ad abbandonare l'unicità del principio, per cui i diversi assiomi non devono essere deducibili l'uno dall'altro. Nella logica e nella matematica moderne col *sistema assiomatico* si intende un complesso di oggetti linguistici la cui struttura e le cui relazioni sono specificate in modo completo ed esplicito. In ogni sistema assiomatico sono definiti: un alfabeto (insieme di segni o simboli), l'insieme delle espressioni (successioni di segni, espressioni finite nei linguaggi usuali), l'insieme delle formule (espressioni *significanti* o grammaticalmente corrette), l'insieme degli assiomi (formule scelte come asserti primitivi del sistema) e l'insieme delle regole di inferenza¹⁰⁷.

¹⁰⁶ H. COHEN, *La fondazione kantiana dell'etica*, Lecce, 1983.

¹⁰⁷ Si veda, in proposito, R. CARNAP, *La costruzione logica del mondo*, Bari, 1981 (1928), p. 90 ss.; si veda anche dello stesso autore *Sintassi logica del linguaggio*, Milano, 1967 (1934), p. 11 ss. Sul pensiero di Carnap intorno al concetto di "logicità" del linguaggio deduttivo, si veda A. MELOTTI-M. MONDADORI, *Analiticità, significanza, induzione*, Bologna, 1971, p. 203 ss.

Di qui sono definiti i concetti di *teorema* e di *dimostrazione* (cosiddetta *sintassi del sistema*). Inoltre, è specificato il complesso di regole e prescrizioni mediante le quali è possibile interpretare le formule del sistema, cioè assegnare loro un significato e stabilire quindi per esse i concetti di *verità* e *falsità* (cosiddetta *semantica del sistema*).

4.6. *Risvolti della logica nel rapporto giuridico: volontà, comune intenzione, conoscenza e comprensione*

A queste considerazioni può esser aggiunto il contributo del pensiero giuridico di Calamandrei, nello specifico a proposito della logica giuridica della sentenza giurisdizionale. Riteneva Calamandrei che quest'ultima si distinguesse da tutti gli altri giudizi in quanto il giudizio in cui essa consiste ha *contenuto giuridico*, cioè afferma l'esistenza o la inesistenza di una volontà di legge (ossia di un diritto soggettivo) a favore del singolo; ora, se un simile giudizio si considera come la conseguenza di un sillogismo, bisogna, per ragione logica, ammettere che uno dei termini di questo sillogismo deve consistere nella nozione di tutti i casi in generale, contemplati dalla volontà della legge affermata o negata nella conclusione, e l'altro nella nozione concreta di un caso che rientri tra quelli preveduti da tale volontà di legge; ecco dunque che lo speciale carattere che distingue il sillogismo, da cui la sentenza deriva, da tutti gli altri sillogismi (i quali hanno, al pari di esso, una premessa maggiore, che è l'affermazione di una regola relativa ad una generalità di casi, ed una premessa minore, che è l'affermazione che il caso concreto è compreso in quella generalità) consiste tutto in un particolare requisito della premessa maggiore, la quale ha qui il carattere di una norma di legge. Così, nella mente del giudice, con la affermazione dell'esistenza di una norma di legge generale, *propositio major*, con l'affermazione che il caso concreto rientra o non rientra tra quelli contemplati dalla norma, *propositio minor*, e con la deduzione del verificarsi in concreto dell'effetto giuridico posto in astratto dalla norma, *conclusione*, è compiuto il cosiddetto sillogismo giudiziario al quale viene schematicamente ridotta dai trattatisti l'attività mentale del

giudice, e che anzi «da taluno viene considerata come espressione peculiare della funzione giurisdizionale, vincolata sempre al rigore logico di questo giudizio, in confronto alla funzione amministrativa, che può estrinsecarsi secondo la libera volontà»¹⁰⁸.

Si può peraltro dire che la norma è dunque fenomeno del pensiero che si forma nella attività di *comprensione* del destinatario e che dipende dal contesto storico, sociale e circostanziale nel quale viene di volta in volta applicata. Esemplicativo è il caso dell'evoluzione dell'istituto della responsabilità extracontrattuale per opera della giurisprudenza, che ha innovato in modo sostanziale il contenuto della norma¹⁰⁹, estendendo il concetto di danno risarcibile dai danni derivanti dalla lesione dei *soli* diritti assoluti ai danni derivanti dalla lesione *anche* di diritti relativi¹¹⁰.

Da quanto detto, è possibile osservare come la contemporanea nozione di *sistema giuridico* derivi essenzialmente, sul piano logico-sistemico, dai risultati cui è giunta la dottrina filosofica ed epistemologica¹¹¹. Il sistema giuridico, per Pugliatti, è un ordinamento di gruppi di norme entro le quali (e all'interno delle quali) deve maturare il *fatto interpretativo*. Scrive su questo punto Pugliatti: «Per determinare il contenuto di una norma, occorre tenere conto anche delle relazioni che intercedono tra essa e le altre norme del sistema», per cui, continua, «se anche la norma da interpretare risulti di piana esegesi, lo sforzo dell'interprete servirà almeno (ed in questa direzione sarà sensibile) a mettere in evidenza tali relazioni, in virtù delle quali viene ad essere precisa-

¹⁰⁸ P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in "Rivista critica delle scienze sociali", 1914, ripubblicato nella raccolta *Lecture per un corso di metodologia dell'analisi casistica* (a cura di M. Confortini e A. Zimatore), Roma, 1988, p. 120.

¹⁰⁹ Si tratta dell'art. 2043 c.c.

¹¹⁰ Si veda su questo punto A. ANDRONICO, *Ermeneutica e diritto da Wilhelm Dilthey ed Emilio Betti*, in *Spicchi di Novecento* (a cura di B. Montanari), Torino, 1998, p. 100 ss.

¹¹¹ Cfr. le considerazioni svolte da Pugliatti, soprattutto in riferimento alla problematica dell'interpretazione del negozio giuridico, *Atto giuridico e determinazioni accessorie di volontà: spunti metodologici*, Milano, 1937, p. 15 ss.; si veda anche, come delimitazione generale del concetto di sistema giuridico, *Diritto civile: metodo, teoria e pratica*, Milano, 1951, p. 72 ss.

ta la precisione e la portata della norma, rispetto al sistema di cui fa parte»¹¹².

Per quanto concerne il *fatto interpretativo* in relazione alla teoria del negozio giuridico, Pugliatti afferma che è necessario studiare in quali modi la volontà del soggetto possa esplicitare seriamente la sua efficacia nel mondo fenomenico del diritto, ovvero se l'intento cui le parti mirano con la volontà iniziale sia in grado (e con quali limiti) di riconoscersi come legittimo, se ancora la manifestazione di volontà negoziale integri ovvero sia integrata da norme dispositive di legge, ecc. Ma anche in questo caso, è necessario integrare il metodo interpretativo con l'applicazione del concetto di *sistema*, in quanto anche il negozio giuridico è parte di un *sistema giuridico*¹¹³.

¹¹² S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 172.

¹¹³ Scendendo sul piano concreto del diritto contrattuale italiano (si veda S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1951, p. 175 ss.), gli artt. 1362-1371 c.c. disciplinano l'interpretazione del contratto. In realtà, le disposizioni citate sono dirette essenzialmente agli organi dell'applicazione e specialmente ai giudici del processo civile. Di regola, il giudice è chiamato a intervenire in questa materia quando vi sia un conflitto di interessi, il quale per l'appunto si manifesta sotto forma di divergenti interpretazioni di un documento contrattuale. Le divergenze possono sorgere tra le parti stesse o tra una parte e un terzo. Nella prima ipotesi (conflitto fra le parti), il legislatore detta una serie di norme finalizzate a far prevalere ciò che la dottrina denomina quale *significato oggettivo* delle clausole contrattuali. Con questa espressione si intende un significato indipendente ed eventualmente difforme dalle soggettive interpretazioni delle parti contraenti. Nell'ipotesi, invece, che le parti concordino circa l'interpretazione del contratto, il legislatore prescrive che la loro "comune intenzione" debba prevalere, anche in contrasto con il "senso letterale" delle parole, salvo il limite dell'eventuale affidamento di un terzo. Come si vede, le disposizioni in esame appaiono non tanto direttive interpretative, quanto piuttosto regole per la soluzione di conflitti di interpretazione. In base ad una ricostruzione abbastanza pacifica nella dottrina italiana (si veda su questo punto C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 378 ss.), il compito essenziale dell'interpretazione del negozio è quello di oltrepassare il comune intendimento delle parti per accertare il contenuto essenziale del contratto sulla base di valutazioni normative. Peraltro, si deve considerare (e su questo Pugliatti sembra concordare) che l'interpretazione della legge e quella del contratto sono operazioni sostanzialmente differenti. L'interpretazione del contratto tende, infatti, ad accertare il contenuto di un atto di autonomia privata secondo l'intento dei suoi autori mentre l'interpretazione della legge tende ad accertare il contenuto di una regola

Funzione dell'interpretazione negoziale è quella di accertare il significato obiettivo dell'accordo. Essa costituisce dunque un *giudizio di fatto* che è tuttavia autonomo rispetto ad altri giudizi di fatto, sia per la peculiarità del suo oggetto (accertamento del *significato contrattuale*) sia perché governato da proprie regole di diritto e di esperienza. L'interpretazione implica l'accertamento degli elementi rilevanti a fini dell'accertamento giudiziale del significato contrattuale (dichiarazioni, comportamenti, atti esecutivi, ecc.) senza che ciò dia luogo a distinti giudizi. Anche la rilevazione della raggiunta conclusione rientra nell'operazione interpretativa, essendo diretta a verificare se le azioni delle parti abbiano assunto il significato dell'impegno contrattuale¹¹⁴.

Particolare importante, anzi fondamentale, per Pugliatti è il richiamo, operato sia per quanto concerne l'interpretazione della legge, sia per quanto concerne l'interpretazione dell'atto negoziale, alla intenzione dell'autore o del legislatore. Cosa si deve intendere per "comune intenzione delle parti" o per "intenzione del legislatore"?

Secondo Pugliatti, è necessario innanzitutto partire dal fatto che la legge è costituita attraverso l'emissione di tre manifestazioni di volontà: quella delle due Camere elettive e quella del Re¹¹⁵.

dell'ordinamento secondo la sua funzione sociale. L'interpretazione della legge pone dunque problemi, come quelli della costituzionalità e della effettività, che sono estranei all'interpretazione negoziale.

¹¹⁴ Secondo Pugliatti, quella descritta, è la concezione assai ampia del *fatto interpretativo negoziale*, quindi un'operazione ermeneutica che si fonda su una serie assai ampia di documenti e di elementi di fatto. Infatti, precisa Pugliatti a questo riguardo, che è necessario vedere se «la volontà privata può essere pienamente efficace, se è stata manifestata nelle forme prestabilite dalla legge, se l'intento cui le parti mirano con la volontà iniziale possa, e dentro quali limiti, riconoscersi come legittimo, se la manifestazione di volontà negoziale integri o sia integrata da norme (dispositive) di legge». Anche nel caso del negozio, poi, come si è già detto, si deve far riferimento al concetto di "sistema", perché ogni singola norma si pone in relazione strutturale e funzionale con altre norme o gruppi di norme. Conseguentemente è necessario mirare ad un'interpretazione complessiva dell'atto negoziale (S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 172).

¹¹⁵ Il saggio principale dedicato da Pugliatti all'interpretazione giuridica (*Teoria dell'interpretazione*, in *I fatti giuridici*, cit.) chiude il testo che, nella sua prima versione, apparve nel 1935 e, successivamente, in parte modificata anche

Ciò che rileva in questo contesto, è che, a prescindere dai soggetti che partecipano alla formazione della *voluntas legis*, la manifestazione della *volontà legislativa* è un atto complesso finalizzato all'unitarietà del procedimento. D'altra parte gli organi legislativi non devono attuare, attraverso i loro organi, né un interesse comune ad essi, né interessi divergenti. Essi esercitano, altresì, una facoltà, che è nel medesimo tempo un potere ed un dovere e presenta un carattere formale¹¹⁶.

Un'analisi differente va invece fatta per quanto concerne gli aspetti interpretativi del negozio giuridico. Quest'ultimo spiega i suoi effetti solamente fra coloro che l'hanno formato (secondo il principio *res inter alios acta tertiis neque prodest neque nocet*). I soggetti sono vincolati o avvantaggiati solo in quanto hanno partecipato alla creazione del negozio giuridico, in quanto hanno voluto. È per questo motivo che si deve parlare, correttamente, di *autocomando*¹¹⁷.

ad opera dell'allievo Angelo Falzea, nel 1945. Sia nell'una, che nell'altra edizione (così come in quella del 1996), il saggio non è stato aggiornato. È per questo motivo che appare ancora il Re quale fonte di produzione del diritto. Come è noto, infatti, secondo quanto prescriveva lo Statuto albertino, il Re partecipava al procedimento di formazione della legge avendo il potere di iniziativa legislativa e il diritto di veto sulle leggi che esercitava nell'ambito del potere di promulgazione. In ogni caso, l'analisi del Pugliatti su questo punto non perde di efficacia anche se nelle moderne democrazie costituzionali, il Capo dello Stato non partecipa più al procedimento di formazione della legge.

¹¹⁶ «La legge non è destinata ad operare nell'ambito di coloro che l'hanno formata, ma opera invece all'esterno; toccherà anche le persone che hanno contribuito alla formazione di essa, ma solo in quanto cittadini, onde è che il contenuto della norma di legge viene designato come un *etero-comando*» (S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 174).

¹¹⁷ Autorevole dottrina specifica la complessità del *fatto interpretativo negoziale* (si veda F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 228 ss.). Si consideri, ad esempio, la differenza che sussiste a seconda che la dichiarazione sia preceduta o meno da trattative, costituisca essa da sola il negozio o sia destinata a combinarsi con una dichiarazione della controparte per la formazione del medesimo, si rivolga ad un destinatario particolare presente o lontano o a destinatari indeterminati, debba o non debba rivestire una forma solenne, tenda ad un vantaggio altrui o sacrificio patrimoniale, risolva un conflitto di interessi o tenda invece a provvedere, almeno in parte, al solo interesse dell'autore della dichiarazione. Non c'è dubbio, scrive la dottrina citata, che «tutte

La diversità strutturale che presenta, dunque, la legge rispetto al negozio giuridico si riflette inevitabilmente sulla teoria dell'interpretazione messa a punto da Pugliatti.

Sempre proseguendo sulla via tracciata in relazione alle diversità strutturali fra legge e negozio, Pugliatti precisa che lo scopo tipico del processo interpretativo rimane pur sempre quello di comprendere l'intenzione del legislatore (ed è per questo motivo che non assegna grande portata ai lavori preparatori o alla Relazione del Ministro della giustizia)¹¹⁸.

Problemi diversi pone l'interpretazione del negozio. Se si tratta di un contratto è facile comprendere perché si richieda un'indagine tendente a ricercare la comune intenzione delle parti: la volontà contrattuale, vale a dire il consenso, risulta prodotta dalla sintesi di più volontà contrattuali.

In questo contesto è necessario fare riferimento, secondo Pugliatti, a quanto prescrive l'art. 12, 1° comma, delle "Disposizioni sulla legge in generale", in forza del quale «Nell'applicare la legge

queste e altre differenze devono farsi sentire nel momento dell'interpretazione, e tutte possono considerarsi riguardate in certe formule comprensive adoperate dalla legge nella disciplina dell'interpretazione». Ma il nocciolo della questione, secondo Santoro Passarelli, sta nel fatto che non si può concepire l'interpretazione negoziale alla sola luce di un parametro (o di parametri) di natura oggettiva. È pur vero che l'affidamento, al quale la legge ha riguardo e che la stessa legge tutela anche nell'interpretazione, deve essere in colposo e qui dunque essere giustificato da tutte le espressioni riconoscibili dall'altrui volontà e fondato non sul significato che alle stesse possa attribuire il destinatario della dichiarazione o altro soggetto interessato ma sul significato usuale che esse hanno. Ma è comunque anche necessario il concorso dell'elemento soggettivo dell'altrui affidamento, in modo tale che, se quest'ultimo viene a mancare, «viene meno il motivo di far prevalere la dichiarazione sulla volontà, com'è stata altrimenti conoscibile e conosciuta, malgrado la dichiarazione, dall'altro o dagli altri interessati».

¹¹⁸ Scrive su questo punto Pugliatti: «È evidente che i lavori preparatori possono essere soltanto di ausilio indiretto all'interprete in quanto possono fornirgli elementi dei quali egli terrà il giusto conto nel corso delle sue indagini. Lo stesso dicasi per la relazione del Ministro della giustizia, che accompagna la legge: per quanto possa stimarsi autorevole il parere espresso dalla suddetta relazione, esso non vincola l'interprete, il quale dovrà cercare la *voluntas legis*, mediante il processo dell'interpretazione, che deve liberamente esplicitarsi in ogni caso e non è vincolato e non dalle norme e dai principi di ermeneutica» (S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 176).

non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore».

Questa disposizione di legge deve essere interpretata in base a tre considerazioni fondamentali: *a)* la norma citata si riferisce all'*applicazione* della legge ma deve essere piuttosto collegata all'*interpretazione*, che ne costituisce il necessario antecedente logico; *b)* il richiamo al significato delle parole secondo la loro connessione può considerarsi come un riferimento generico: ogni interpretazione, infatti, ha come punto di partenza il testo, nella sua interpretazione eminentemente "letterale" dalla quale deve iniziare l'indagine del giurista. Pugliatti, dunque, considera la cosiddetta *interpretazione grammaticale della legge*, anche se, precisa, si dovrebbe piuttosto parlare di *momento grammaticale di qualsiasi interpretazione*; *c)* a proposito della ricerca della *mens legis*, si è parlato anche di una *interpretazione logica della legge*, in contrapposizione all'interpretazione grammaticale; ma anche in questo caso, scrive Pugliatti, si deve osservare che si deve piuttosto parlare di un *momento logico di ogni interpretazione*, «il quale segue quello grammaticale, che ne è il necessario presupposto, e completa il processo interpretativo»¹¹⁹.

¹¹⁹ S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 177. Il pensiero di Pugliatti si deve inserire in un contesto culturale nel quale, sovente, vi furono divisioni sul ruolo del giudice nel processo di interpretazione del diritto. In particolare, si possono sottolineare due opposti pregiudizi, che caratterizzano la dottrina italiana su questo punto: il primo è quello di chi vuole vedere l'opera del giudice come atto di mera riflessione teoretica sulle norme, una sorta di rivisitazione del pensiero del legislatore; l'altro è quello di chi intende la stessa come una nuova volizione del volere del legislatore. Da ciò derivano molti equivoci a cui ha dato luogo l'esame dell'azione interpretativa del giudice e di cui fornisce un esempio fra gli altri la cosiddetta interpretazione evolutiva, che può essere riassunta nell'opinione secondo cui la norma abbia in sé una mente o una volontà diverse da quella che in essa si è cristallizzata ed immobilizzata per durare (si veda su questo punto G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 21, 1941, p. 110). Al giudice non è richiesto di interpretare la norma scritta, nel senso di chiarirla meglio in un discorso (compito che spetterebbe al filologo). Egli deve non solo scoprire le "norme latenti", inserite fra le righe della legge (cfr. su questo punto specifico F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 111 ss.); deve anche interpretare

In riferimento stringente alla legge, poi, Pugliatti avverte che l'interprete deve ricercare il contenuto della norma quale risulta sia dall'intenzione del legislatore, sia dal testo letterale. Conseguentemente, scrive, «egli (*l'interprete*) mirerà, in definitiva, a identificare la volontà (intenzione) che si è concretata nella norma, ma non potrà liberamente indagare risalendo all'elemento subiettivo, poiché vi è un limite obbiettivo, che è quello risultante dalla parola»¹²⁰.

Nel negozio giuridico, invece, la legge collega l'attività interpretativa all'elemento puramente intenzionale, quindi è su questo aspetto che l'attività interpretativa deve basarsi. Come scrive Pugliatti, l'elemento intenzionale «è il punto di partenza del processo interpretativo» anche se «non costituisce un limite obiettivo insuperabile»¹²¹. Ciò perché lo spirito deve prevalere sulla lettera, tanto che la stessa legge (art. 1362 c.c.) dispone che si deve tenere conto del comportamento complessivo delle parti contrattuali, «anche posteriore alla conclusione del contratto».

Quanto detto si comprende se si tiene conto che, mentre la legge contiene un *eterocomando* e coloro che sottostanno alla norma legislativa hanno bisogno di una "garanzia di certezza", che possono fondare su elementi obiettivi, tra i quali, evidentemente, vi è quello letterale della legge, nel caso del negozio giuri-

l'insieme dell'ordinamento giuridico che dà la propria impronta ad ognuna di dette norme. In altre parole, non deve limitarsi ad un'interpretazione delle singole norme, ma considerare, come più volte ripetuto da Pugliatti, il sistema normativo con un *insieme logico-razionale*. Il giudice, poi, non è chiamato a ripetere pedissequamente la legge, ma a decidere. Deve, quindi, compiere un'azione assunta in forma di sentenza, con cui egli provvede a rimettere in movimento l'azione, per dimostrare come avviene che una forma giuridica (la norma di legge) possa a sua volta informare e giustificare le altre azioni dei soggetti di diritto. Queste operazioni sono di ragguaglio, di misurazione interna dell'azione con la sua forma, e allo stesso tempo traduzione di quella forma nell'azione. Per questo è chiara la differenza tra il suo lavoro e quello del giurista. Quest'ultimo, pur trattando anch'egli la morfologia della prassi, non deve impegnarsi in essa, né conferire una struttura alla propria azione (salvo il caso in cui egli operi come avvocato nel corso di un processo, perché in tal caso deve essere visto come un collaboratore del giudice e, quindi, un organo dell'organismo processuale).

¹²⁰ S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 177.

¹²¹ *Ivi*, p. 178.

dico ci si trova di fronte ad un *autocomando*, e dunque «coloro che vi sono sottoposti sanno quello che hanno voluto, anche se il testo letterale può non rispecchiare con esattezza la loro intenzione»¹²².

Anche in quest'ambito rileva sempre la differenza strutturale e funzionale fra l'interpretazione della legge e quella del negozio. La legge crea il *diritto obbiettivo* e soltanto di riflesso il *diritto subbiiettivo*, mentre il negozio giuridico crea unicamente quest'ultima categoria giuridica. Conseguentemente, il negozio giuridico regola una situazione concreta e quei punti per i quali le parti desiderano un regolamento differente da quello che l'ordine giuridico pone in via astratta sono ipotizzabili in quanto lo stesso ordinamento privatistico è improntato alla "libertà nel contenuto del contratto", con i limiti esterni della legittimità e della non vio-

¹²² *Ibidem*. Nella migliore dottrina italiana (si veda E. BETTI, *Teoria dell'interpretazione*, cit., p. 793 ss.) si sottolinea come l'attendibilità dell'interpretazione giuridica, in riferimento specifico alla intenzione delle parti negoziali, dipende essenzialmente dal grado di coerenza che si può riconoscere all'autore nelle sue varie manifestazioni negoziali, così come nel modo di sentire e di agire. Rilevante per l'interpretazione è comunque lo *scopo*. In quest'ambito si può inserire il problema, peraltro assai dibattuto in dottrina, delle integrazioni interpretative derivanti da lacune nel contratto (si veda sul punto, fra gli altri, N. BOBBIO, *Sui criteri per risolvere le antinomie*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, Milano, 1967, p. 266 ss.). Infatti, si afferma in dottrina che la *integrazione suppletiva* presuppone la lacuna contrattuale. Quest'ultima è concepita quale *vuoto negoziale*, cioè la mancanza della previsione delle parti con riguardo ad un aspetto dell'accordo non suscettibile di essere colmata mediante l'applicazione dei criteri ermeneutici. Come si è avuto modo di osservare in precedenza, la lacuna contrattuale dà luogo all'applicazione di norme dispositive e di altre fonti richiamate dalla legge. L'interpretazione è invece diretta ad accertare il significato di ciò che le parti hanno stabilito, ovvero il contenuto dell'accordo. La distinzione è importante anche se si fa riferimento all'interpretazione oggettiva. Quest'ultima, infatti, è pur sempre in funzione di accertamento del significato della regola del contratto, mentre l'integrazione presuppone la mancanza di tale regola. Si può rilevare come, secondo la dottrina tedesca, è stata prospettata la tesi in base alla quale nei contratti tipici le lacune andrebbero colmate mediante la disciplina legale del contratto mentre nei contratti atipici le lacune andrebbero colmate mediante un processo di "interpretazione integrativa", intesa fondamentalmente nel senso della "interpretazione oggettiva" (si veda in tal senso F. WIEACKER, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik un Dialektik*, vol. II, Tübingen, 1970, p. 311 ss.).

lazione di norme imperative e dell'ordine pubblico (in tal senso depone chiaramente l'art. 1322 c.c.). Da ciò consegue ulteriormente che il regolamento contrattuale è complementare rispetto a quello dettato dalla legge.

Bisogna comunque sottolineare come la dottrina italiana, seguita dalla giurisprudenza, sembra essersi assestata su una visione prettamente unitaria del *fatto interpretativo*, con riferimento esplicito al negozio giuridico, soprattutto per merito di studiosi quali Pugliatti, Falzea e Betti che hanno indagato a lungo sulle problematiche legate ad una moderna ermeneutica giuridica¹²³.

D'altronde, una sintetica esposizione degli aspetti evolutivi delle norme fa comprendere come questa visione unitaria derivi essenzialmente da un substrato culturale comune nell'esperienza e nella cultura giuridica europea dei paesi di *Civil law*. In particolare, ci si deve ispirare all'opera compiuta dal francese R.J. Pothier, il quale portò a maturazione razionale secoli di riflessione sulle regole interpretative elaborate nell'esperienza romana¹²⁴, trasfuse nel *Corpus iuris* e, soprattutto, nel *Digesto* giustiniano. Pothier adattò e riformulò, nella sua sintesi generale, elementi sparsi nello sterminato "repertorio" giustiniano, sia in materia di contratti, sia in materia di testamenti, fondando in questo modo una concezione unitaria delle regole interpretative, così come applicate a tutti quegli atti o dichiarazioni di privati, nei quali l'elemento volontario (e quindi la ricostruzione della volontà) avesse un determinato rilievo giuridico.

Ma è soprattutto sui "metodi interpretativi" che si è accentrata l'attenzione della dottrina italiana, partendo dalla fondamentale bipartizione contenuta nell'art. 1362, 1° comma c.c., tra criteri

¹²³ Si veda innanzitutto, per un inquadramento generale del problema ermeneutico, con riferimento alle fattispecie negoziali, E. BETTI, *Categoria civilistiche dell'interpretazione*, in "Rivista italiana di scienze giuridiche", 1948, p. 36 ss. In particolare, sulla visione "unitaria" del *fatto interpretativo*, si veda F. ZICCARDI, *Sulla nozione unitaria dell'interpretazione*, in "Rivista di diritto civile", 1973, II, p. 86 ss.

¹²⁴ Cfr. dello studioso francese R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, in *Oeuvres annotées*, II, Paris, 1861; sull'opera del giurista francese, cfr. G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, p. 11 ss.

grammaticali (o *filologici*) e criteri logico-ricostruttivi, sulla quale si innesta l'altra fondamentale bipartizione fra *interpretazione oggettiva e interpretazione soggettiva*, che nel codice civile presiede alla stessa distribuzione topografica degli articoli in due piccoli "sistemi", l'uno formato dagli artt. 1362-65, l'altro dagli artt. 1367-71, tra di loro collegati dalla norma sull'interpretazione di buona fede (art. 1366 c.c.). Secondo Pugliatti quest'ultima norma deve essere collegata con l'art. 1375 c.c., che sotto il medesimo principio riporta l'esecuzione del negozio, in quanto *interpretazione ed esecuzione* appaiono momenti indissolubilmente coordinati¹²⁵.

Come si è precisato più volte, il primo aspetto dell'interpretazione è quello *filologico*, legato quindi al "senso letterale" delle parole espresse dal negozio, quindi dalle parti contrattuali.

Questa prima fase del *fatto interpretativo*, che può essere certamente complessa, potrebbe, da sola, fornire il risultato definitivo dell'interpretazione contrattuale, vale a dire un compiuto ed utile significato, idoneo ad una definitiva qualificazione ed alla conseguente determinazione degli effetti. In questo senso, si pone la frequente affermazione giurisprudenziale della sussistenza del principio *in claris non fit interpretatio*, intendendosi con questa parola non l'intera attività ermeneutica ma soltanto la fase logico-ricostruttiva.

In realtà, il principio giurisprudenziale, pur nel significato suddetto, va precisato nel senso che il risultato della sola "lettura" filologica può costituire un risultato definitivo, quando da esso è possibile desumere una "intenzione" delle parti coerente e significativa. La parte che propone la necessità di utilizzare gli ulteriori metodi dell'interpretazione logico-ricostruttiva va incontro ad un preciso *onere probatorio*¹²⁶ in ordine alla possibile esistenza di una "comune intenzione" diversa da quella che emerge dal contesto letterale.

Ciò che comunque assume importanza nell'interpretazione del negozio giuridico è la norma posta dall'art. 1367, che enuncia la regola in base alla quale «Nel dubbio, il contratto e le singole

¹²⁵ S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 182.

¹²⁶ Si veda sul punto specifico R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 777.

clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno»¹²⁷. Secondo Pugliatti, questa norma risponde alla stessa esigenza posta dall'art. 1369 c.c., che può essere generalizzato in modo da riferirsi alla legge, oltre che al negozio giuridico: «Le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del negozio giuridico o della legge». Pugliatti sottolinea come sia l'esigenza di armonia in tutto l'ordinamento giuridico che si riflette sul sistema delle *norme interpretative*. Così come appare chiaro l'intento posto dall'art. 1363 c.c., che viene sintetizzato da Pugliatti nel seguente modo: «Le clausole dei negozi giuridici e le singole disposizioni di legge si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto negoziale o legislativo»¹²⁸.

Così ancora, l'art. 1368 c.c. contiene delle norme di interpretazione che si riferiscono unicamente ai contratti, rispetto ai quali hanno efficacia i c.d. “usi contrattuali” o “usi interpretativi”¹²⁹,

¹²⁷ In linea generale, la dottrina ritiene che con tale norma si impone di attribuire all'atto il significato secondo il quale esso abbia effetto ma non quello in base al quale avrebbe il *maggior effetto* (cfr. M. CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione*, Milano, 1980, p. 203). Le applicazioni pratiche del principio sono state, peraltro, enunciate dalla giurisprudenza considerando che violerebbe la norma in commento il giudice che, attribuendo ad una clausola il carattere di “clausola di stile”, faccia da tale qualificazione discendere la nullità dell'intero contratto (cfr. Cass. 3 maggio 1960, n. 2234, in *Rep. Cass. civ.*, 1960, n. 5560).

¹²⁸ S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 183.

¹²⁹ Più specificamente, l'art. 1368 c.c. dispone che le clausole ambigue devono intendersi secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è concluso. Se una delle parti è un imprenditore, le clausole ambigue devono intendersi secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui ha sede l'impresa. Gli usi negoziali concorrono a determinare direttamente il contenuto del contratto (cfr. art. 1340 c.c.). Tali usi assolvono anche alla funzione specificamente interpretativa, come criterio di chiarimento delle clausole ambigue. Si parla, in tal caso, di *usi interpretativi*. L'espressione non è, in generale, intesa con riferimento ad una diversa categoria di usi, perché si tratta pur sempre di usi negoziali ma in funzione di interpretazione. La pratica generalizzata degli affari è identificata da un'applicazione costante e generalizzata in un dato luogo, anche se relativamente ad un dato settore di affari o ad un dato tipo di contratto. Il

che devono però essere collegati anche ai c.d. “usi giuridici” o “consuetudini in senso tecnico”¹³⁰.

4.7. Interpretazione e analogia

Come il formalismo delle norme, discusso con Pugliatti non esclude un’interpretazione che possa chiamarsi giuridica, così, sempre il formalismo non può escludere quei mezzi che, pur normativamente, il legislatore, qualitativamente terzo, ha depositato nell’ordinamento a garanzia della giustizia e della continuità. È il caso dell’analogia che, solo brevemente, è opportuno ricordare.

Si deve supporre che l’ordinamento giuridico non comprende di per sé la generalità dei casi prevedibili, quelli che, empiricamente, si possono, tuttavia, verificare; quindi si deve ricorrere, per quanto concerne un’interpretazione pressoché ‘flessibile’, all’*analogia*¹³¹.

All’interpretazione analogica Pugliatti fornisce un’importanza del tutto logica, in quanto, come noto, l’analogia consente alle discipline privatistiche di estendere l’applicazione delle norme a casi non del tutto regolati dalla legge o, comunque, non “ipotizzati” dal legislatore. Sarà dunque necessario soffermarsi attentamente su questo aspetto della problematica.

Si è affermato, non senza ragione, che l’analogia è argomento così importante che la sua storia finisce per coincidere con quella

ricorso alle pratiche degli affari trova la sua giustificazione di fondo nel rilievo che il contratto si adegua normalmente al significato che in un dato ambiente socio-economico gli viene riconosciuto. Ciò spiega perché il contenuto dell’accordo si arricchisce, sovente, delle “clausole d’uso” e spiega, in particolare, perché le disposizioni ambigue – secondo il linguaggio comune – devono intendersi secondo l’usuale pratica contrattuale (si veda sul punto C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1989, p. 410).

¹³⁰ S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 184.

¹³¹ L’art. 12, 2° comma delle “Disposizioni sulla legge in generale” dispone che agli organi dell’applicazione metodi e strategie argomentative non per interpretare in senso stretto ma piuttosto per integrare la legge che contiene una lacuna. Qualora una controversia non possa essere decisa con riferimento ad una precisa disposizione di legge, «si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe».

stessa del pensiero umano¹³². La ragione principale dell'importanza dell'analogia sta nel fatto che essa è largamente impiegata in moltissime discipline e che, nella materia giuridica in particolare, consente di estendere la metodologia ermeneutica oltre i confini propri della *comparazione* normativa¹³³.

In linea del tutto generale è possibile affermare che scoprire un'analogia fra due cose significa essenzialmente trovare un "qualcosa", vale a dire un "insieme di attributi", comune ad entrambe le cose e giudicato rilevante dal soggetto che opera la comparazione. La scoperta di un'analogia può servire, fra le altre cose, soprattutto in ambito giuridico, a ricondurre più oggetti all'unità di una medesima categoria¹³⁴.

Nella scienza giuridica l'analogia svolge indubbiamente una funzione unificante. La dottrina filosofica più attenta alla problematica analogica ha soprattutto esaminato quella che comunemente viene definita *analogia in diritto*, più generalmente noto come *argumentum a simili (ad simile)*, *argumentum a pari (ratio-*

¹³² L'affermazione è in E. MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Bologna, 1968, p. 18.

¹³³ Nel pensiero filosofico si afferma generalmente che trovare una somiglianza (*analogia*) è «atto costitutivo di ogni forma di intelligenza» ed infatti solamente intuendo un'analogia che noi giungiamo a cogliere una struttura comune in cose di natura differente, in modo tale che riusciamo ad accrescere la nostra conoscenza della realtà (in tal senso, S.K. LANGER, *Symbolic Logic*, New York, 1967, p. 29 ss.).

¹³⁴ Tale asserzione, cioè il fatto che l'analogia possa ricondurre una cosa (o un'idea, un concetto) ad una categoria generale unificante era già presente nel pensiero di ARISTOTELE, vedi *Metafisica*, V, 6, 1016b, p. 15, ed. Roma-Bari, 1980. Si può notare, a questo punto, che l'uso argomentativi in senso stretto dell'analogia consiste nell'inferire, da questa, qualcosa che estende la nostra conoscenza al di là degli attributi assunti come comuni: consiste nell'inferire dal fatto che più cose hanno in comune un determinato attributo il fatto che esse avranno in comune anche un altro attributo. Questo può considerarsi il concetto più generale del ragionamento analogico, condiviso da tutte le forme specifiche che esso assume nei diversi campo dell'esperienza e nelle varie discipline (si vedano, per una discussione sull'analogia, concepita quale elemento interdisciplinare, G. KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica*, cit., p. 18 ss.; N. AMATO, *Logica simbolica e diritto*, cit., p. 182 ss.; si vedano anche, fra gli altri, L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, p. 95 ss.

ne), oppure ancora come *analogia legis*. Si suole dire che si “argomenta per analogia” quando, ad esempio, nella misura in cui manchino disposizioni relative ad una determinata fattispecie, si applicano quelle della *fattispecie simile*¹³⁵.

Sul piano immediatamente applicativo, si deve considerare che l’analogia, come metodo interpretativo, si fonda sulle c.d. *norme sull’interpretazione*, che sono essenzialmente *norme sul riconoscimento*. In quanto tali, esse sono del pari *norme costitutive* e perciò creative di altre norme ma al tempo medesimo, come tutte le *norme di riconoscimento*, fanno parte integrante del sistema e perciò quello che mediante esse si costituisce non è arbitraria creazione ma creazione secondo i principi del sistema stesso¹³⁶.

Le differenze fra l’interpretazione e l’analogia sono strettamente connesse con le diversità che si rilevano fra le norme che esse rispettivamente individuano e caratterizzano, ad esempio, fra le norme pre-analogiche e le norme analogiche. La norma analogica presuppone interamente formata nel suo contenuto la *norma modello*. Ora, dato che le norme e i criteri di ermeneutica determinano il contenuto dianzi citato, si può affermare che il risultato dell’interpretazione è preliminare e ricade sempre all’interno della norma che si assume come modello. Ma la *norma analogica* non è implicita nella *norma modello*. Conseguentemente, il risultato dell’analogia si pone successivamente e porta sempre fuori e *al di là* della *norma modello*.

L’analogia è dunque uno strumento integrativo che però completa esternamente la *norma modello* producendo cioè un conte-

¹³⁵ Gli esempi possono essere molteplici ma ci limiteremo solo ad uno. Si prenda il caso del sequestro delle azioni, simile al pegno delle stesse, per cui si conclude che il sequestratario delle azioni, nel silenzio della legge, ha gli stessi diritti del creditore pignoratizio (in tal senso, Cass. 3 marzo 2001, n. 4438, in “Rivista delle Società”, 2001, p. 882). Come d’altronde si è già detto, l’uso dell’analogia è presente fin dall’antichità. Si faccia caso al frammento di Giuliano, contenuto nel *Digesto giustiniano* (1.3.12): «*non possunt omnes articoli singularim aut le gibus aut senatus consultis comprehendere; sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet*».

¹³⁶ Cfr. su questo punto E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, cit., p. 79 ss.

nuto che non cade dentro il contenuto di questa ma lo trascende in una nuova norma (ed infatti, in questo senso si può dire che l'analogia risulta *creativa* rispetto all'interpretazione). Quanto detto è espressione dei risultati ottenuti dalla dottrina maggioritaria, secondo la quale il principio in base a cui avviene l'*estensione* (quindi, in sostanza, la *ratio legis*) nell'interpretazione risulta *interno* alla norma che si estende mentre nell'analogia è un principio sovrastante la norma stessa e ad essa esterno¹³⁷.

Ma il problema che più interessa in questa sede, alla luce dell'importanza che Pugliatti assegna all'interpretazione analogica, è quello relativo al rapporto fra *analogia* e *interpretazione estensiva*. Appare infatti evidente come il metodo analogico induca l'interprete (*rectius*: possa indurlo) ad estendere il significato di una norma, sia dal punto di vista oggettivo (*significato*), sia da quello soggettivo (*ambito di applicabilità*).

Generalmente per *interpretazione estensiva* si intende un caso particolare di normale interpretazione. Quella interpretazione di un enunciato normativo che dà come risultato e quindi come contenuto della norma un significato più ampio di quello che l'enunciato stesso avrebbe se interpretato unicamente secondo criteri strettamente letterali¹³⁸. In quanto è un caso normale di interpretazione, l'interpretazione estensiva non dovrebbe suscitare problemi circa la sua distinzione dall'integrazione analogica. È comunque vero che, tanto nel caso di interpretazione estensiva, quanto in quello di integrazione analogica, si ha che il significato strettamente letterale di un enunciato normativo venga esteso e che quindi si possa parlare sia di estensione interpretativa, sia di estensione analogica.

Più esattamente, nel caso di interpretazione estensiva, l'estensione si ottiene avvalendosi dei criteri dell'*interpretazione preanalogica* (nel senso delineato dall'art. 12 delle "Disposizioni sulla

¹³⁷ In questi termini si esprimono: M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, p. 516 ss.; N. BOBBIO, *Analogia*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. I, Torino, 1957, § 9; G. VASSALLI, *Analogia del diritto penale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. I, Torino, 1957, p. 607.

¹³⁸ Si veda sul punto L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 63.

legge in generale”), finalizzati a determinare “che cosa” esattamente la norma stabilisca, mentre nel caso di analogia, l’estensione non è ottenibile su tale base ermeneutica ma soltanto avvalendosi del criterio della somiglianza e della *ratio*, ciò che porta ad indagare del *perché* della norma stessa.

Ora, nel caso di interpretazione estensiva, trattandosi di determinare il *contenuto* della norma in questione, l’estensione ricade all’interno di essa, mentre nel caso di analogia, trattandosi di determinare un *risultato* non previsto e non implicito nella norma, l’estensione trascende questa norma producendone un’altra.

Nella pratica, tuttavia, questa distinzione non sempre è così netta ed ha costituito un annoso problema analitico per la dottrina che l’ha affrontata. Secondo un’autorevole opinione¹³⁹, si nega alla radice la distinzione stessa, dal che si ricavano alcune conseguenze non del tutto accettabili sul piano sistematico. L’assorbimento dell’analogia nella norma interpretazione, l’inesistenza dei divieti di analogia, l’impossibilità di concepire il procedimento analogico come strumento specifico di soluzione delle lacune e di disciplina di casi non previsti sono le conseguenze della non accettazione della distinzione di cui si è detto.

Si deve anche sottolineare come, in sede di teoria generale del diritto, non sembra possibile fornire risposte univoche a questo problema che è in gran parte legato a condizioni variabili del sistema. È però possibile indagare sulle principali ragioni dalle quali dipende l’incertezza della distinzione, il che consente almeno di profilare alcune sia pur larghe alternative di soluzione.

Argomentando sinteticamente, si deve innanzitutto osservare che in tutti quei casi in cui l’estensione è, o può essere, argomentata a prescindere dalla *ratio* – dal fine o dallo scopo della norma – e quindi dalla somiglianza dei casi, è chiaro che non di analogia si tratta ma di interpretazione estensiva. L’estensione, ad esempio, può essere operata in via logica¹⁴⁰, tenendo conto di altre disposizioni che inducono per coerenza semplicemente testuale ad allargare il senso strettamente letterale di un’espressione.

¹³⁹ N. BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, cit., p. 47 ss.

¹⁴⁰ Si veda, in senso assai ampio, N. AMATO, *Logica, simbolo, diritto*, cit., p. 166 ss.

Ma l'aspetto critico che ha animato il dibattito dottrinale sta nel punto in cui l'estensione non può essere sostenuta che sulla base di argomentazioni teleologiche, che implicano un richiamo alla *ratio*. Secondo alcuni la soluzione deve essere trovata cercando di separare dalla *ratio* i suoi possibili usi ermeneutici da quelli analogici¹⁴¹. In ogni caso, la *ratio* è criterio imprescindibile per una teoria interpretativa complessiva, che tenga conto anche di quanto espressamente dispone la legge in materia di interpretazione di documenti normativi (sia leggi, sia negozi giuridici).

Secondo Pugliatti, il punto fondamentale è quello relativo alla necessaria distinzione fra *analogia* e *interpretazione estensiva*. Quest'ultima fa capo al fatto che si fornisce alla norma un «significato più esteso di quello che comporterebbe la formula letterale, quando si dimostra che l'intenzione del legislatore era realmente estesa: *lex plus voluit, minus dixit*»¹⁴². L'interpretazione restrittiva, evidentemente, ha un significato perfettamente contrario e si presenta quando si dimostra che l'intenzione del legislatore era in realtà limitata¹⁴³.

Per Pugliatti, l'analogia presuppone la mancanza di volontà, mentre l'interpretazione estensiva o restrittiva mira a porre in armonia l'intenzione con l'espressione, configurando l'armonia come *valore legante*¹⁴⁴. Questo spiega, sottolinea Pugliatti, perché,

¹⁴¹ N. AMATO, *Logica, simbolo, diritto*, cit., p. 188 ss. A questo punto si può notare che quando si ammette un uso ermeneutica della *ratio*, questa può avere rispetto agli altri criteri una duplice funzione: *sussidiaria*, quando è chiamata ad operare solo nelle ipotesi di dubbio, quando cioè l'uso degli altri criteri lascia aperta una serie più o meno ampia di possibili interpretazioni alternative, oppure *prevalente*, e si ammette che le considerazioni teleologiche possano anche arricchire e modificare l'univoco risultato ermeneutica ottenuta con gli altri criteri.

¹⁴² S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 179.

¹⁴³ Si tratta, come osserva successivamente Pugliatti, di applicare con coerenza quando dispone l'art. 12 delle "Disposizioni sulla legge in generale", che vuole la coordinazione della lettera alla intenzione del legislatore. Questo procedimento, continua Pugliatti, «anziché costituire una caratteristica dell'interpretazione della legge, si applica *a fortiori* nella interpretazione dei negozi giuridici, dove la intenzione singola o comune dei soggetti deve avere la prevalenza sulla espressione letterale» (S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 180).

¹⁴⁴ L'espressione 'valore legante' è mia. Si veda sull'armonia G. CARCATERA, *Dal giurista al filosofo. Livelli e modelli della giustificazione*, cit., p. 132.

mentre l'analogia è propria soltanto della interpretazione della legge, l'interpretazione restrittiva ed estensiva si applica anche ai negozi giuridici.

Come esempio peculiare, Pugliatti cita quanto disposto dall'art. 1364 c.c., secondo il quale «per quanto generali siano le espressioni usate nel contratto, questo non comprende che gli oggetti sui quali le parti si sono proposte di contrattare». L'espressione contrattuale, in altri termini, deve essere ricondotta all'intenzione. E questa altro non è che l'applicazione di un criterio interpretativo di tipo restrittivo, conseguenza del principio fondamentale posto dall'art. 1362 c.c., in base al quale si deve indagare l'intenzione delle parti, invece di stare al senso letterale delle parole. Ma, proprio per questo, è necessario ammettere anche l'interpretazione estensiva, in modo tale che «quando le espressioni adoperate dicono di meno, bisogna interpretarle in modo da adeguarle, estendendone la portata, alle intenzioni delle parti»¹⁴⁵.

4.8. *Era globale e crisi della complessità: rapporto tra 'grammatica e diritto' ed esemplificazione del 'complesso'*

Se è vero che quando le parole esprimono un meno necessitano estensione, può esser vero anche il contrario. La realtà è che le difficoltà che si attraversano, e che si accavallano, nel mondo del

¹⁴⁵ S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 180. È comunque agevole sottolineare come il principio che governa l'interpretazione estensiva e quella restrittiva, oltre che dalle particolari norme di legge, deriva dalla premessa fondamentale posta alla base di ogni sorta di interpretazione: e cioè, quella per cui si deve ricercare l'intenzione che costituisce il contenuto della manifestazione di qualsiasi volontà espressa dall'individuo. Un esempio assai chiaro di quanto si è appena detto viene fornito dall'art. 1365 c.c.: «Quando in un contratto si è espresso un caso al fine di spiegare un patto, non si presumono esclusi i casi non espressi, ai quali, secondo ragione, può estendersi lo stesso patto». Nella norma citata appare chiara la volontà del legislatore di ancorare fortemente qualsiasi criterio interpretativo alla intenzione delle parti o del singolo soggetto contraente. Se infatti i soggetti avessero voluto considerare soltanto il caso espresso, avrebbero evitato la formulazione del patto in generale. La legge esclude quindi che vi sia una presunzione ma ammette esplicitamente l'indagine sull'intenzione dalla quale potrebbe effettivamente risultare l'esclusione di ogni altro caso.

linguaggio giuridico sono variegata e gravi. E quasi tutti i tentativi di limitare difficoltà e blocchi 'sistematici' hanno portato, inevitabilmente, ad una moltiplicazione di strutture, norme, correnti di pensiero e sistemi. Se da un lato hanno avuto qua e là la soddisfazione di riparare ed aggiornare, tuttavia hanno solo tamponato; dall'altro hanno prodotto una crisi nell'intera complessità giuridico-sociale.

Discutere con Pugliatti una crisi della complessità significa accogliere il disagio che l'interpretazione, «questa operazione di attribuzione di senso ad atti, testi, documenti, enunciati, si presenta in modo complesso e non si esaurisce perciò certamente nella mera operazione di attribuire un significato»¹⁴⁶ tanto da poter presentare l'argomento *crisi* come secondo due versanti: il primo sistematico; il secondo esistenziale. Il primo coinvolge le attitudini strutturali del sistema complesso come la pluralità degli ordinamenti e delle fonti o la molteplicità delle figure di terzietà in quella pluralità di ordinamenti, richiamando ancora la questione del relativismo (*rectius: per relationem*); il secondo coinvolge ed investe l'individuo come paziente che subisce la crisi; quindi si avvicina, maggiormente, a rappresentare una crisi dell'uomo.

La discussione su una crisi della complessità, a partire dagli studi sulla fenomenologia fino ad avvicinare un questionare sul formalismo in progressiva espansione, sollecita un itinerario discutibile sia col filosofo che col giurista. Entrambi dovranno tener presente che l'individuo tende alla ricerca di una *forma*, e poi di una *formula* idonea alla conservazione della forma stessa; ed anche alla ricerca di una pluralità di forme (ordinamenti) e alle formule idonee alla loro conservazione (normazione dei diritti fondamentali e normazione dei diritti internazionali).

L'uomo, presentato al mondo giuridico come uno/soggetto di norme piuttosto che *quale* in-dividuo¹⁴⁷ si avverte lontano dalla forma dell'imputabilità; quando, invece, la certezza dell'imputabilità dell'io proviene dalla contingenza che l'uomo dà forme, a differenza degli altri viventi, e così fa con gli atti propri o dell'al-

¹⁴⁶ F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009, pp. 15-16.

¹⁴⁷ Sul concetto di in-dividuo B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, cit., p. 128.

tro, e in questo l'uomo si presenta come essere formato ed individuabile poiché in-dividuo. In questa direzione, dunque, la complessità si presenta come scorrere di forme non imputabili a nessuno.

Questo itinerario critico può discutersi con l'opera di Salvatore Pugliatti nella quale è messa in luce la dimensione dell'uomo e del diritto (giuridicità e linguaggio) davanti a quella del soggetto e della norma (normatività e dogmatica). Il campo della giuridicità è sempre più a rischio laddove è esclusivamente presentato come campo della normazione, e di questa sull'ulteriore normazione, fino a risalire alle normazioni plurime che si danno, appunto, nella pluralità degli ordinamenti giuridici¹⁴⁸. È qui possibile avvicinare, in linea teoretica e linguistica, molteplicità-pluralità e complessità, quindi normazione e norme *della e sulla* normazione, ordinamenti superiori e interni, fino a discutere la *crisi* di questa complessità che non ha più alcun carattere di una *syncretis* e che, invece, presenta un diritto scomposto nelle formule della gerarchia e della competenza residuando ben poco dei diritti dell'uomo.

La s-composizione – che genera pluralità –, oltre ad esserne il contrario, non corrisponde alla composizione alla quale si rivolge la giustizia; essa viene intaccata anche da una pluralità e complessità di forme del terzo che vivono, appunto, nella complessa e plurale strutturazione degli ambienti normativi che non sono precipuamente i mondi del diritto. Lo studio del diritto praticato ai livelli di una fenomenologia normativa allontana la riflessione sulla giustizia e sui diritti dell'uomo, lasciando che non residui nulla dell'io poiché sovrastato dal tecnicismo delle formule tra soggetti di norme, ne siano essi i costituenti o i destinatari.

Pugliatti afferra con gli arnesi del tecnico della prassi e la riflessione del filosofo del diritto la problematica del recupero della unità (seppur) nella molteplicità attraverso l'imprescindibile attività dell'interpretazione¹⁴⁹ che si presenta come arte e si rivela –

¹⁴⁸ Cfr. F. MODUGNO, *Legge. Ordinamento giuridico pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1985.

¹⁴⁹ Cfr. l'ampia riflessione sul termine interpretazione e sue applicazioni in F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, cit.

all'autore – come 'indeterminazione', quel luogo ove risiede la possibilità di far affiorare il giusto nel legale.

La complessità, con ogni sacrificio di esemplificazione, può scomporsi per le vie del linguaggio, che scioglie i nodi dell'incomprensione come il discorso apre il dire proprio all'altro, così implicando l'unità di grammatica e diritto e dei loro (apparentemente) sconnessi e separati sistemi. La molteplicità è complessità del sistema giuridico che si è espanso nelle molteplici forme e pluralità di ordinamenti, ha generato altri luoghi della terzietà, quasi a voler rappresentare che essa sia in funzione dei plurimi apparati normativi; e ancor più che essa sia in quel determinato modo – seppur con le riserve positive – che gli viene da ogni itinerario seguito (ed 'imposto') dall'altra.

Gerarchie e competenze, come accennate, si presentano nella veste di prodotti della discussa complessità e, per quanto concepite per la funzionalità del diritto e per i conflitti tra la normazione, si rivelano elementi concorrenti al processo di mancata identificazione di un 'chi', alimentando invece il conflitto tra gli individui, mistificando quel 'chi' responsabile ed imputabile che risponde dinanzi alla giustizia, unicità ed unità dell'essenza del diritto.

Come si esemplifica la complessità?; questa apre ad una possibile risposta, secondo l'itinerario di Pugliatti, proprio a partire dalla questione sul linguaggio giuridico che investe il tema dell'interpretazione in linea con un approccio fenomenico proposto dall'autore già dagli *Spunti metodologici* contenuti in *Grammatica e Diritto*. Si riflette nella direzione della *cosa* diritto¹⁵⁰ chiarificando che, come già osservato altrove, «il "diritto" è (fa) parte dell'esperienza dell'uomo. E anzitutto della *esperienza* (umana) *comune*; quindi, specificandosi, di uno dei grandi settori di essa, quali l'esperienza etica, estetica, economica, e, appunto, giuridica ai quali si sogliono riferire non solo fatti (propri di ciascuno di essi) bensì anche (correlativi) *valori* (e criteri di *giudizio*). Su questa scia l'esperienza giuridica è esperienza comune specificata, vista,

¹⁵⁰ Cfr. sul punto L. AVITABILE-G. BARTOLI-D.M. CANANZI-A. PUNZI, *Percorsi di fenomenologia del diritto*, Torino, 2007.

cioè *sub specie iuris*, come complesso di fatti e valori che nel loro insieme costituiscono il “diritto”»¹⁵¹.

L'esperienza umana si dà nello scorrere dell'esistenza, ove pure si affaccia la questione sull'esperienza del linguaggio e della relazione intersoggettiva. In questa direzione si osserva l'interpretazione come attività che «[nel campo del diritto] precede la pratica applicazione, e – sottolinea Pugliatti – l'indeterminazione è la porta attraverso la quale il flusso storico penetra continuamente nel sistema normativo». E, ancora: «La scienza del diritto non può chiudere nella rete dei suoi concetti, tutta l'esperienza giuridica ... questa esperienza è vita e azione di uomini, cioè attività libera e storia»¹⁵². In questi passi Pugliatti si spinge oltre il sentiero del dato empirico positivo assunto come diritto positivo, sottolineando che la scienza di un'attività libera non può conformarsi alla sola empiricità del dato o delle operazioni date; ma esiste *qualcosa* che avvolge tutta la scienza. «Questo qualcosa è il complesso di motivi che determinano (la concretezza dell'atto): anzi, è l'atto nella sua individuale concretezza»¹⁵³. È la possibilità della

¹⁵¹ S. PUGLIATTI, *Spunti metodologici*, cit., p. 219.

¹⁵² ID., *La giurisprudenza come scienza pratica* (in *Grammatica e diritto*), cit., p. 122. L'affermazione che «la scienza del diritto non può chiudere nella rete dei suoi concetti tutta l'esperienza giuridica» è un possibile punto di partenza al questionare su quella 'indeterminazione' che Pugliatti presenta nell'opera dell'uomo nel linguaggio e nella quale può discutersi di quanto non è invisibile – seppur accanto al visibile – perché non dicibile compiutamente nella positività della formazione. In questa direzione si può osservare che la 'visione' dei *diritti fondamentali*, contenuti in una Legge fondamentale, sollecita un'opera attiva dell'uomo, che non si esaurisce nel passivo conoscere-eseguire, ma esige che con il 'visibile' (i diritti fondamentali) si presenti anche l'invisibile (i *diritti dell'uomo*) (Così in B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, Torino, 2009, p. 158).

¹⁵³ *Ivi*, pp. 122-123. Pugliatti, citando il filosofo e sociologo francese E. Goblot e il suo *Trattato di Logica* del 1947 (pp. 3 e 4), giunge a riconoscere e riflettere un elemento che non lascia libero ed univoco spazio alla tecnicità del normativo. Si nomina in questa direzione e nella prospettiva storica la dimensione della coscienza umana. La 'individuale concretezza dell'atto' si dà nella indivisibilità dell'io e non nella possibile scomponibilità del soggetto, come avviene – mistificatamente – negli istituti giuridici ove la esasperazione della positivizzazione del diritto apre alla discussione su una nientificazione dell'unità dell'io.

scelta interiore a costituire la purezza incondizionata di un apporto personale che l'uomo pone in ogni dimensione del diritto. «Le formulazioni della scienza giuridica, dunque, saranno sempre più o meno astratte o *indeterminate*»¹⁵⁴; «ma si presenteranno, singolarmente e nel *complesso* del sistema, in condizioni tali per cui è sempre possibile una decisione o una scelta, per mezzo della quale si può stabilire il contatto con la storia e con quella del popolo»¹⁵⁵; così si presenta un luogo dell'interpretazione come uno spazio sempre aperto e il contatto con la storia trova specificazione nell'opera di una coscienza umana, che potrà divenire luogo di incontro fra il sistema apparentemente rigido ed immobile di concetti elaborato dalla scienza e il perenne flusso mobile della storia¹⁵⁶. Il luogo dell'interpretazione si specifica nel luogo della terzietà in una esemplare possibilità del giusto (come giuridico) ponendo una questione fenomenologica che può presentarsi nel seguente rapporto proporzionale: il giudice sta alla terzietà¹⁵⁷ come la coscienza (dell'io) sta alla persona¹⁵⁸. Si annuncerebbe,

¹⁵⁴ S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1935, p. 354.

¹⁵⁵ Sul punto cfr. F.C. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza)*, Heidelberg, 1814, p. 42. Scrive Pugliatti, citando Savigny, «dappertutto, dove gli uomini vivono in società essi stanno in una comunanza di rapporti intellettuali che dall'uso di una lingua comune vengono attestati, rafforzati e sviluppati». Cfr. S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 8. E in ciò la visione integrale del fenomeno non si esaurisce nel suo aspetto statico – rapporto tra gli individui e la collettività, visto sincronicamente – ma si compie per mezzo dell'aspetto dinamico, o si dica pure diacronico (o ancora storico). Cfr. *ivi*, p. 9.

¹⁵⁶ ID., *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 124.

¹⁵⁷ Sulla giustizia e la funzione del terzo come virtù prima che come istituzione cfr. L. AVITABILE, *Forme del terzo nel diritto. Interpretazioni e testi di Kojève-Sartre-Lubmann*, cit., p. 47. «La Terza persona è una persona, un essere individuato e incarnato» perché non è una terza (persona) “qualunque” che può manifestarsi in quelle censurabili forme pirandelliane dell'Uno, Nessuno e Centomila (sul punto cfr. B. ROMANO, *Nietzsche e Pirandello. Il nichilismo mistifica gli atti nei fatti*, cit.).

¹⁵⁸ Cfr. B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, cit., p. 159. La riflessione sull'uomo apre alla dimensione dell'io-persona che è la «manifestazione dell'essere uomo ... mediante l'attivarsi della volontà dell'io, responsabile ed imputabile».

dunque, una discussione sull'opera intellettuale del giudice che è opera dell'interprete il quale, ad ogni modo, si *ad-opera* con un'attività sottilmente creativa, una continua ed immediata invenzione una parte volontaria che presiede a quel primo e più appariscente lavoro intellettuale. Questa parte è meno esplorabile perché è proprio l'intima libertà del giudice, che nell'atto del giudizio, cioè della scelta, viene in gioco attraverso l'atto finale e vitale della coscienza, che viene ad assicurare la continuità vitale tra la volontà della legge e la concretezza dell'azione.

In Pugliatti il riconoscimento di una 'parte volontaria' nell'interpretazione investe questioni che coinvolgono *un io piuttosto che un soggetto*. Infatti, se la scienza giuridica presenta l'uomo soggettivizzato negli istituti giuridici adottati o prescelti, facendo ciò col linguaggio (il soggetto che compie una determinata azione ...), la filosofia del diritto, pur non disconoscendo tale posizione normativizzata dell'uomo (soggetto di norme e di diritto), discute sulla questione esistenziale di una giustizia dell'uomo e per l'uomo¹⁵⁹, investendo i caratteri di un io mutevole e complesso¹⁶⁰ che riflette una coscienza. È in questa direzione che non si possono accogliere le discusse direzioni secondo le quali una filosofia del diritto per giuristi può chiamarsi teoria generale del diritto¹⁶¹.

Se esiste una indeterminazione come annunciata da Pugliatti si va nel senso di un *luogo* interpretativo che presenta i caratteri di un *fatto interpretativo* che deve per forza ricollegarsi ad una nozione quanto mai oggettiva di *fattispecie*¹⁶²; ma la scienza giuridi-

¹⁵⁹ L'uomo è, nei diritti umani, per l'uomo, e non per la passività umana promanante dal fatto che l'uomo è soggetto. L'affermazione che l'uomo nel diritto è (soltanto) soggetto di diritto spiegherebbe, già *in adiecto*, che l'uomo è assoggettato poiché resosi soggettivizzabile, così disperdendo il valore qualitativo dell'io e scomponendosi nelle plurime e complesse varietà di soggetto all'interno degli istituti legali (cfr. in tal senso B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, cit.).

¹⁶⁰ Sulla tematica dell'io-multiplo cfr. L. AVITABILE, *Diritto e osservatore. Un'interpretazione di Jaspers in costante riferimento a Lubmann*, cit.

¹⁶¹ In questo senso cfr. N. BOBBIO, *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto* (1950), in *Studi sulla Teoria generale del diritto*, Torino, 1955.

¹⁶² Cfr. sui dubbi nutriti in dottrina per quanto concerne la delimitazione sistemica del concetto di *fattispecie*, S. PUGLIATTI-A. FALZEA, *I fatti giuridici*,

ca possiede uno strumento concettuale in grado di indirizzare l'interprete verso la fonte stessa di produzione delle norme regolatrici e perciò stesso dell'attività di volizione dell'uomo. In questo senso può nominarsi l'espressione 'se vuole l'individuo' come punto di partenza per la riflessione sul linguaggio¹⁶³, contemplando la necessità di escludere che la dimensione del giusto presenti da una parte *io* parlanti e dall'altra *soggetti* parlati. Perché questo è il rischio di un fondamentalismo normativo, che priva l'uomo della possibilità di quel *sensu in formazione*¹⁶⁴ che si annida nell'arte della giustizia, che è data nella libera arte dell'interpretare.

Questa arte deve mirare a costituirsi in una attività di esemplificazione della complessità che qui si affronta, richiedendo il sacrificio di un ragionare ragionevole¹⁶⁵ che è secondo un metodo, si direbbe secondo una logica. La logica non può prescindere da una forma del diritto; ma una forma del diritto non va mistificata col formalismo giuridico. Nel processo dell'interpretazione giuridica ricopre essenziale spazio la logica quale momento fondamentale (si pensi all'*attività giurisdizionale*), qualificazione *ricostrutti-*

cit., p. 55 ss.; cfr. anche N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 1094 ss.).

¹⁶³ Cfr. sul punto F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009, pp. 16-17. Si può leggere che l'uomo *può volere* e tale attività la aziona con un comportamento che, in definitiva, sempre si manifesta in una qualche forma di linguaggio. Ciò costituisce 'l'immane differenza tra il mutismo dell'animale e il discorso umano', uno spaccato 'che non si lascia spiegare fisicamente'. Sono a confronto costante 'totalità della lingua' e 'ricchezza del lessico', tanto che 'ogni parola pronunciata forma quella che non lo è stata o la prepara' (cfr. sul punto W. VON HUMBOLDT, *Scritti filosofici*, cit., pp. 726-727).

¹⁶⁴ Cfr. B. ROMANO, *Ricerca pura e ricerca applicata nella formazione del giurista. Diritto e bio-economia*, Torino, 2008, p. 45. «... l'uomo si differenzia dal resto dei viventi perché, oltre a *conoscere* ciò che si svolge nel continuare la vita, *concepisce* anche ciò che si viene formando nelle sue ipotesi libere, sempre orientate verso un *mondo* e dunque verso l'unità, mai definitivamente raggiungibile, della *conoscenza del senso già formato* e della *ricerca ipotizzante un senso in formazione*».

¹⁶⁵ Cfr. F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit. Sul punto appare significativa la citazione che Pugliatti propone di una considerazione svolta da Jacob Cohen (*Introduzione alla logica*, Milano, 1948, p. 12), il quale scrive: «La ragione può condurre a conclusioni sostanziali solo se parte da premesse sostanziali».

va e, al tempo stesso, *ricognitiva* del profilo giuridico della fattispecie. Il criterio logico considera l'*elemento normativo* come un elemento *da sistemare* e non come oggetto di indagine specifica. In altri termini, il criterio logico determina la sistemazione scientifica e può servire alla sistemazione degli schemi concettuali ma non può essere considerato un criterio di valutazione del dato positivo¹⁶⁶. È anche per questo motivo che Pugliatti ha operato lo sforzo di definire nel modo più esaustivo la *portata* dei 'concetti giuridici', in quella che fu nota come la polemica anticrociana¹⁶⁷.

Si riflette nella direzione che una definizione esaustiva non può prescindere da un metodo teso alla esemplificazione. Il chiarimento che Pugliatti pone in apertura al saggio *Spunti metodologici*¹⁶⁸ supporta questa premessa evidenziando che i concetti (giuridici) non possono essere assolutizzati, in quanto quel determinato sistema scientifico contribuisce ad ampliarli ed inserirli in un sistema più vasto e coerente al suo interno. In tal senso ogni tentativo di conoscenza descrittiva traduce, per così dire, le proprie formulazioni (o *concetti*) in un linguaggio relativo. Di qui Pugliatti, riferendosi in modo esplicito alla scienza giuridica, afferma che essa «riduce e traduce questa realtà in un mondo di parole», vale a dire che compie «un processo di verbalizzazione dell'esperienza»¹⁶⁹, e, facendo ciò, scrive ancora Pugliatti, «tesse il suo discorso su quei prodotti derivati che sono i concetti»¹⁷⁰. La formazione dei concetti rappresenta, per la scienza del diritto, la «naturale

¹⁶⁶ Si veda sul punto P. PIOVANI, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto*, in *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Milano, 1963, p. 103 ss.

¹⁶⁷ Pugliatti, molto realisticamente, sottolineava che «se un concetto giuridico è conforme al dato, non può essere negato da elementi razionali ricavati dal dato stesso: fino a quando è possibile perplessità o contrasto tra elementi forniti dal dato, il concetto non può essere accolto, e l'elaborazione deve ritenersi incompiuta o imperfetta» (cfr. anche S. PUGLIATTI, *Logica e diritto positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in "Archivio giuridico", 1935, p. 158 ss., ripubblicato in *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, Milano, 1951, p. 654).

¹⁶⁸ ID., *Spunti metodologici*, cit., p. 219.

¹⁶⁹ ID., *Finzione*, cit., p. 394.

¹⁷⁰ ID., *Spunti metodologici*, cit., p. 221.

esplicazione della funzione del linguaggio»¹⁷¹; d'altronde, la lingua non è una mera *formalizzazione* dell'esperienza comune, bensì un' *esperienza istituzionalizzata*.

Così, nel rapporto tra *linguaggio giuridico* e aspetti istituzionali della scienza giuridica si è sollecitati ad osservare la 'coalescenza' indissolubile di *nomos* (diritto e preposizioni giuridiche [parole]) e *logos* (enunciazione ed enunciato)¹⁷² e il collegamento con la realtà può essere descritto – anche in termini prettamente logici – osservando che ogni compiuta proposizione normativa sintetizza in termini di linguaggio, sotto forma di *risoluzione* (intesa come forma di *risoluzione*), un determinato problema, il quale prefigura nell'avvenire una sorta di *regola* e ciò, scrive Pugliatti, si presenta come " *valore e criterio* dell'esperienza da venire considerata come praticamente possibile". È così che «concetto ed espressione verbale rispecchiano il problema nei suoi termini, nella sua impostazione, nella sua risoluzione, problema e risoluzione, fatto valore, passato e avvenire, per un istante tratti fuori dal tempo, ma visti come reinseriti e reintegrati nel tempo e nella storia»¹⁷³. Il linguaggio dell'uomo nella storia «impegna l'io nella formazione di parole e concetti non esauribili né nell'ordine biologico, né in quello macchinale»¹⁷⁴. Il *divenire storico* presenta questi momenti formativi in una sorta di cristallizzazione, si potrebbe dire, una *stasi sincronica*, che rappresenta il "momento descrittivo" (dal quale, poi, deriva quello *prescrittivo*, che trae la sua cogenza dall'istituzione) del valore giuridico ed è in questo modo che, secondo Pugliatti, «il *sistema* dei concetti rappresenta la medesima fisionomia e rispecchia in un istante tutto l'ordinamento giuridico per un istante fermato nel modo della storia»¹⁷⁵.

¹⁷¹ Ivi, p. 223.

¹⁷² Cfr. sul punto B. ROMANO, *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, Torino, 1999. *Ortonomia della relazione giuridica. Una filosofia del diritto*, Roma, 1997, p. 235 ss.

¹⁷³ S. PUGLIATTI, *Spunti metodologici*, cit., p. 228. Cfr. sull'espressione 'fatto valore' F. MODUGNO, *La dottrina del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*, cit., p. 9.

¹⁷⁴ B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali*, cit., p. 244. Cfr. sul punto anche A. PUNZI, *L'ordine giuridico delle macchine*, Torino, 2003, p. 55 ss.

¹⁷⁵ S. PUGLIATTI, *Spunti metodologici*, cit., p. 228.

Tale osservazione fa emergere una metodologia della scienza giuridica [fenomenologia] seppur di volta in volta valutata al cospetto di un sistema giuridico [formalismo]¹⁷⁶; il sistema giuridico, per Pugliatti, è un ordinamento di gruppi di norme all'interno delle quali *deve maturare il fatto interpretativo*: «Per determinare il contenuto di una norma, occorre tenere conto anche delle relazioni che intercedono tra essa e le altre norme del sistema», per cui, continua, «se anche la norma da interpretare risulti di piana esegesi, lo sforzo dell'interprete servirà almeno (ed in questa direzione sarà sensibile) a mettere in evidenza tali relazioni, in virtù delle quali viene ad essere precisata la precisione e la portata della norma, rispetto al sistema di cui fa parte»¹⁷⁷.

La tendenza risolutiva di una complessità si individua anche nei caratteri di unitarietà e omogeneità cui tende il processo interpretativo; e ciò al fine di assicurare l'armonia logica delle soluzioni nel sistema giuridico, richiedendo all'attività dell'interprete un impegno responsabile nel comprendere, dove si impiega il suo io in luogo di un soggettivismo tecnicamente funzionale¹⁷⁸. Così si opera la chiarificazione del concetto di indeterminazione che «è la porta attraverso la quale il flusso storico penetra continuamente nel sistema normativo»¹⁷⁹. La indeterminazione¹⁸⁰ è un caratte-

¹⁷⁶ In tal senso R. JHERING, in *Der Zweck im Recht*, Prefazione, III ed., Lipsia, 1893, I, p. VIII, *Lo Scopo nel diritto*, trad. it., Torino, 1972.

¹⁷⁷ S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 172. Sul concetto di garanzia ultima della verità, che [nell'interpretazione] rischia di esprimersi unicamente in forma di sistema, mediante un rigoroso svolgimento di tutti gli aspetti del reale di un unico principio razionale e che è tale in quanto logicamente pensabile, si veda I. KANT, *Critica della ragion pura*, I, Roma-Bari, 1980, p. 55 ss. Si veda anche, per una riflessione fenomenologica sulla verità, E. STEIN, *La ricerca della verità. Dalla fenomenologia alla filosofia cristiana*, Roma, 1993, pp. 12-13.

¹⁷⁸ Cfr. sul punto B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, cit., p. 40.

¹⁷⁹ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica* (in *Grammatica e diritto*), cit., p. 141.

¹⁸⁰ Il termine indeterminazione e le sue applicazioni nelle riflessioni giuridiche, sollecitano la discussione che il «diritto è costituito tutto e solo dalle norme dell'ordinamento positivo, ogni condotta non giuridicamente qualificata è molto semplicemente una condotta giuridicamente irrilevante». In quest'ottica sembra

re ineliminabile, prevista e voluta dal legislatore, il quale, in tal modo, lascia spazio al giurista perché possa specificare o determinare il contenuto della norma e, conseguentemente, al giudice che diviene il punto di incontro, in quel luogo terzo – apparentemente rigido ed immobile – di concetti elaborati dalla scienza e il perenne flusso mobile della storia. Ma in quest'operazione che muove per le vie dell'indeterminazione, per tentare la specificazione significativa del linguaggio (interpretazione) e così riducendo la sua stessa complessità, al giudice non residua solo un qualche tecnicismo normativo, ma gli è richiesto di impegnare la sua personalità e sensibilità (equità, potere discrezionale, libertà di apprezzamento)¹⁸¹. Nel lavoro intellettuale del giudice si può intravedere un'attività creativa e continua di immediata invenzione¹⁸² al punto che il sistema è presentato come un "sistema elastico", che può avere applicazione nel tempo, perché, scrive Pugliatti, «occorre tener presente che il ciclo che va dalla scienza all'attività del legislatore, e viceversa, e si ferma alle formulazioni astratte, alle quali si rifa il giudice per le applicazioni concrete, segue anche un cammino diverso»¹⁸³.

L'attività interpretativa può comportare una difforme statuizione, che si presenta come decisione ingiusta, allorquando si allontana dal metodo di far passare il flusso storico attraverso la porta dell'indeterminazione come interpretazione. Sorge allora la necessità di superare quella resistenza in modo da consentire l'eli-

non potersi parlare di spazi vuoti, indeterminati, poiché dove c'è ordinamento non c'è lacuna o vuoto (spazi vuoti) e dove c'è lacuna non c'è ordinamento. Ma questa vuotezza non è negativa indeterminatezza o indeterminazione per assenza della possibilità qualificativa normativa; anzi: è in questo spazio che si dà quel *qualcosa* che avvolge tutta la scienza. Dunque, anche il problema della completezza dell'ordinamento non sta nell'impossibilità di 'riempirlo' normativamente in senso positivo, ma giace nella ricerca esistenziale di un *a-priori* puro dei diritti dell'uomo. Tanto che «per poter affermare o negare che un ordinamento sia completo occorre confrontarlo con qualcos'altro ... diverso da quello positivo». Su queste riflessioni cfr. F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 1998, pp. 279-280.

¹⁸¹ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., pp. 141 e 122.

¹⁸² *Ivi*, p. 124.

¹⁸³ *Ibidem*.

minazione dell'inosservanza. Si tratta quindi di sostituire all'apprezzamento di parte un apprezzamento vincolante ad opera di un terzo imparziale, che si identifica nell'organo e nel luogo terzo¹⁸⁴ della giurisdizione, avente la competenza specifica di individuare da un punto di vista normativo il precetto giuridico; ma che si sostituisce alle parti ed al loro conflitto¹⁸⁵.

Ne deriva una conclusione secondo cui la vita sociale è contemplata dal diritto non nella complessità e concretezza delle sue infinite manifestazioni, vale a dire nella sua astrattezza teorica, ma sotto il profilo più specifico di attinenza con i problemi, secondo il sentiero di un approccio problematico¹⁸⁶, leggibile come pensiero possibilistico, ove l'atto di interpretare si presenta nella relazione dialogica come *proposta* di significato prima che *scelta*¹⁸⁷ e dove i concetti e i principi del diritto non sono predefiniti come costitutivi del ragionamento (come accade nel pensiero sistematico), ma indicano solo criteri della condotta interpretativa.

Per la via non problematica si finirebbe per riconoscere come "oggettive" solo le entità misurabili con il metro estrinseco delle scienze c.d. esatte. Ma un metro (che si assuma) della giusta percezione¹⁸⁸ lascia aperto ogni interrogativo che invece che dirigersi verso la indeterminazione (come chiave di lettura positiva) condurrebbe alla esasperazione della legalità stretta tra i concetti normativi che non possono chiamarsi più nemmeno giuridici.

L'interrogativo intorno ad una esemplificazione della complessità, e quindi un tentativo di risoluzione dei problemi del diritto e del linguaggio, nell'intento di presentare sempre l'individuo come istante di giustizia e non (solo) come soggetto di norme, si svolge con la riscoperta della storia e del diritto in quella finestra che è l'indeterminazione. La complessità accresce con l'aumentare della

¹⁸⁴ B. ROMANO, *Ricerca pura e ricerca applicata nella formazione del giurista. Diritto e bio-economia*, cit., p. 88.

¹⁸⁵ W. VON HUMBOLDT, *Scritti giuridici e politici*, cit., p. 80.

¹⁸⁶ F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2015, pp. 194-195.

¹⁸⁷ ID., *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, cit., cap. III, "I problemi dell'interpretazione giuridica".

¹⁸⁸ Sulla questione di una misurazione giusta del giusto cfr. B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, cit., pp. 48-49.

quantità della istanza di normazione; la procedura-criterio di esemplificazione richiede l'opera creativa e qualitativa dell'interprete che solo per via di quest'opera non può esser presentato come un automa-tecnico delle norme. Con la complessità si assiste, infatti, ad una *crisi del gergo*, che si esemplifica con la analisi del linguaggio secondo l'itinerario di Pugliatti fin qui proposto. Per questa via si discute in Pugliatti anche il tentativo di individuare una regola, un criterio – o un complesso di essi – secondo un *come* si dà l'interpretazione, come l'interprete deve ricercare il contenuto della norma quale risulta sia dall'intenzione del legislatore, sia dal testo letterale. Sul punto Pugliatti osserva che «egli [l'interprete] mirerà, in definitiva, a identificare la volontà (intenzione) che si è concretata nella norma, ma non potrà liberamente indagare risalendo all'elemento subiettivo, poiché vi è un limite obbiettivo, che è quello risultante dalla parola»¹⁸⁹. La obbiettività di questo limite non incontra contemporaneamente la sua negatività, anzi: «le parole sono i veicoli del pensiero e delle idee, o, se si vuole, l'incarnazione di essi, ma si deve evitare il rischio di ridurle a larve o fantasmi, e di scambiare codeste vuote forme per realtà (culturali) ... [lasciandosi] ingannare da analogie apparenti o da corrispondenze parziali»¹⁹⁰. Questo rischio si riduce (unità e giustizia) attraverso la riscoperta della storia del diritto in quella finestra che è l'indeterminazione; ed invece si moltiplica (complessità e sistema di giustizia) laddove l'indeterminazione è manipolata dai significati impressi dal fatto del più forte rendendola luogo penetrabile (sia la norma che la giustizia) per la via dell'approfitamento della confusione dei gerghi, così lasciando il diritto puro come possibile (solo) nella dimensione dei deboli (*less*) e presentando un fatto più (*more*) come il diritto del più forte e quindi un diritto più forte. Ma il diritto dei deboli non è un debole diritto¹⁹¹ se non lascia spazio a questa strumentale confusione del linguaggio, tornando al metodo che impegna la ricerca a chiamare le cose e gli enti col solo nome che a questi appartiene, in-

¹⁸⁹ S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 177.

¹⁹⁰ ID., *Grammatica e diritto*, cit., p. 11.

¹⁹¹ In questo senso cfr. B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, cit., p. 25 ss.

fungibilmente reciproco, secondo una disciplina non da ricavare o riscoprire, ma universalmente e intersoggettivamente riconosciuta nella inesauribile ricerca del senso esistenziale e nell'impegno verso la conservazione dell'uomo come unico essere che parlando, effettivamente, crea e si crea.

Secondo Pugliatti parlando si crea e si interpreta. E, tuttavia, lo stesso avverte che tra creatore e interprete si individua una differenza: «il primo parte dalla totale libertà del suo spirito e il secondo è sempre vincolato all'opera d'arte»¹⁹².

La dedizione armonica che il diritto chiede per qualificarsi come giusto è permeata dalla continua attività di interpretazione che, se definita all'interno di un sistema normativo, risulta una semplice tecnica applicativa, priva di ogni ragione giuridica ed esistenziale. La ragione giuridica si specifica in ragione umana a livello costitutivo, nella comprensione che va oltre il dato conoscitivo. La sola conoscenza tecnico-sistematica del diritto concepisce solo un uso delle norme, una attività meccanica che si rende strumentale al potere di quel più forte il quale, a seconda delle contingenze storiche, lascerebbe il mondo giuridico alle sorti dell'apposizione normativa, finendo con l'affermazione della legge ingiusta, capace, attraverso la grammatica analitica, priva di senso e di ricerca, ma dedicata alla tecnica e al calcolo, di giustificare ogni ingiustizia, finanche una possibile espropriazione del pianeta 'umano'¹⁹³.

4.9. *Dall'interpretazione alla giurisprudenza come scienza pratica: 'concretizzazione' della filosofia del diritto*

Ingiustizia e sistematicità del sapere portano la formazione giuridica di Pugliatti a distanziarsi dalle concezioni sistematiche del diritto, arrivando ad un suo metodo¹⁹⁴ che si concretizza pro-

¹⁹² S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, Messina, 1940, p. 34.

¹⁹³ ID., *Per un convegno di diritto cosmico*, cit., p. 249.

¹⁹⁴ In realtà, con una riflessione che si dà a distanza di anni, questo dibattito, avvenuto sulle soglie della Liberazione e dell'avvento di un sistema costituziona-

prio nel lasciar emergere e analizzare i 'limiti' della scienza giuridico-sistemica, rappresentativa delle aporie dell'esistente normativo, per ricondurre la discussione sul piano di una indagine sul linguaggio giuridico.

L'interesse principale che muove la critica di Pugliatti in questo ambito – che deve essere considerato come centrale nella sua speculazione successiva – è dimostrare come l'ordinamento giuridico sia in grado, di per sé, senza alcun intervento esterno, di assorbire al suo interno anche fenomeni considerati anomali o contraddittori, e ciò non per puro arbitrio nell'apposizione concettuale, bensì attraverso una armonica contestualizzazione di ciò che appare contraddittorio, partendo proprio dal fatto che se l'interpretazione è indeterminazione (ovvero cosa non determinata o determinabile, per le ragioni stesse richiamate del fluire dell'uomo e della lingua), allora la contraddittorietà si svolge nel linguaggio giuridico piuttosto che nelle forme fissate dalla grammatica normativa, così riconoscendo che il linguaggio va di pari passo con l'uomo e con la sua inoggettivabile imprevedibilità.

E se è vero che in Pugliatti esistono due momenti differenti di speculazione sul pensiero giuridico, è anche vero che lo stesso autore in un primo momento riconosce che nella scienza giuridica i concetti giuridici si costruiscono per astrazione e deduzione del *dato*, quest'ultimo rappresentato dalla norma; e che, poi, però, questi concetti potrebbero considerarsi, solo dal punto di vista filosofico-giuridico, *pseudoconcetti*. Anche qui bisogna intendersi sui termini in quanto nell'uso che dei concetti giuridici si compie normalmente, quando li si applica specificamente alla scienza giuridica, essi sono concetti *tout court* o, perlomeno, in tal modo essi devono essere considerati. È quando sorge la domanda sulla genesi motivazionale di questi concetti, attivando l'interpretazione

le democratico, presenta i suoi frutti nell'elaborazione giuridica compiuta da Pugliatti. Egli è fortemente influenzato dai risultati raccolti dalla scienza giuridica tedesca e, negli anni Trenta, la dottrina tedesca aveva ovviamente un forte influsso, anche in conseguenza della quantità di traduzioni pubblicate in Italia, che si era più volte occupata dei *Doppelwirkungen* (cioè, i doppi effetti giuridici derivanti da un'unica causa). Lo sforzo di Pugliatti sta nello studio di questi fenomeni finalizzato a chiarire il loro ambito logico per ricondurre il discorso sul piano della fenomenologia propriamente giuridica, cioè del diritto.

giuridica, che ogni concetto fissato come estrapolato dalla norma deve essere vagliato nel suo contenuto di giuridicità.

Queste riflessioni consentono di porsi un interrogativo: se gli pseudoconcetti sono, per definizione, i concetti propri delle scienze, perché affermare che chi voglia utilizzarli nel contesto della conoscenza scientifica deve considerarli come tali? Ovvero dei *veri concetti*? Secondo l'impostazione crociana, anch'essa calata nella *polemica* sui concetti giuridici, infatti, i *veri concetti* sono i *concetti puri*, che formano l'oggetto della *logica* intesa come *dottrina del concetto puro*.

Ma Pugliatti intende fornire un suo significato filosofico 'pieno' alla scienza giuridica, che la filosofia idealista considerava una disciplina eminentemente pratica. Questo tentativo appare ancora più chiaro quando Pugliatti sottolinea che il *funzionamento della norma* avviene in un mondo fenomenico che non può che denominarsi *positivo*. Quindi la *fenomenologia normativa* è un complesso racchiuso di attitudini dell'agire sociale che incide sul comportamento umano e lo collaziona, in qualche modo, al *dover essere* come presupposto di un'etica di senso kantiano, razionale e perfetta, non ancora del tutto compresa nell'ambito delle scienze giuridiche.

Nell'aprire la discussione nella *polemica*, Pugliatti è consapevole delle ambiguità del discorso filosofico e si pone in dialogo con Jemolo il quale sottolinea l'arbitrarietà dei *concetti giuridici* quando questi volgono ad un sistema ordinato e complesso. Tale arbitrarietà si collocherebbe nel fatto di attribuire a questi concetti un valore assoluto ed immutabile, sottraendoli, per dir così, alla volontà del legislatore che «garantisce che il diritto sia giusto»¹⁹⁵ e agli stessi mutamenti storici.

Fra Pugliatti e Jemolo esiste un profondo contrasto, che riguarda la *natura* e la *funzione* del *dato positivo* nella costruzione della scienza giuridica.

Nel successivo articolo pubblicato da Pugliatti, intitolato *La logica e i concetti giuridici*, si annuncia l'esigenza di una maggiore flessibilità nell'analisi filosofica, in una direzione che vuole di-

¹⁹⁵ F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, cit., p. 163.

stanzarsi dalla analitica del diritto e direzionarsi verso una fenomenologia giuridica: qui Pugliatti, infatti, accetta la nozione di *relatività dei concetti giuridici* e cerca di precisare meglio la natura degli pseudoconcetti, negando, questa volta in accordo con Jemolo, la possibilità di trarre dai dati legislativi un sistema coerente e di ricondurre alla razionalità quelle che sembrano irrazionalità del sistema.

Secondo questo itinerario è possibile scorgere il fatto che la nozione di 'concetti giuridici' e quella di 'dati positivi' risulta strumentale, sia per Pugliatti che per Jemolo, per mascherare il rifiuto del disordine legislativo introdotto dal regime fascista. La filosofia crociana, che non era mai stata emarginata nel mondo culturale del ventennio, nonostante il contrasto dittatoriale nei suoi confronti, non può essere d'aiuto al progetto di ricerca di Pugliatti, tantomeno una filosofia della prassi, nel momento in cui gli studi pugliattiani preludono a quella lettura strutturalista e linguistica che ne avrebbero fatto indubbiamente un precursore della ricerca giuridica.

Poco dopo, nel 1948, in uno studio dedicato al tema *Fiducia e rappresentanza indiretta*¹⁹⁶, Pugliatti ha modo di precisare meglio alcuni spunti metodologici che, a suo avviso, è necessario utilizzare per il lavoro giuridico. Egli, scartata l'ipotesi che la giurisprudenza non sia una scienza¹⁹⁷, si pone il quesito se essa debba porsi come *scientia naturalis* oppure come *scienza storica* e se in ultima analisi si possa ritenerla una scienza a mezza via fra quelle naturali e quelle storiche. Secondo Pugliatti, è necessario optare per questa via di mezzo, approdando a considerare la giurisprudenza come una scienza storico-naturale, possibilmente così intesa come scienza pratica: la giurisprudenza supera il criterio assoluto e filosofico che distingue le scienze naturali da quelle storiche e si attiene ad un criterio che investe soprattutto il punto di vista attraverso il quale la giurisprudenza stessa può essere interpretata. Potrebbe dirsi, per rendere il senso, 'il tavolo del lavoro' della giustizia.

¹⁹⁶ Confluito poi anche in S. PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965.

¹⁹⁷ Si veda su questo punto ID., *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 19 ss.

La scelta mediana di Pugliatti corrisponde in pieno alla sua opera, da un lato attenta allo sviluppo evolutivo della scienza giuridica (quindi, come l'autore stesso opina, *scienza pratica* o meglio sarebbe dire, utilizzando una versione marxiana, *scienza della prassi*), dall'altro partecipe della necessaria sistematicità dell'elaborazione giuridica, in ciò influenzato indubbiamente dalla scuola istituzionalistica di Santi Romano che, riconosce Pugliatti, «ha dato luogo ad un nuovo orientamento nel campo degli studi giuridici e a indagini e discussioni assai feconde»¹⁹⁸.

Nel quadro così delineato, però, Pugliatti non disconosce che l'accento sistematico nell'elaborazione giurisprudenziale prende il sopravvento, soprattutto laddove all'interprete è richiesta l'utilizzazione del piano razionale e logico, la comparazione scientifica, l'impiego di un linguaggio appropriato. Nello stesso tempo, la funzione pratica della giurisprudenza appare predominante laddove essa statuisce i canoni del *dover essere*, al di là degli apparati etici kantiani, che finiscono per conformare gli atti di volizione dell'essere umano, consapevole dei limiti apposti alla sua partecipazione alla comunità sociale.

Il problema centrale affrontato da Pugliatti nell'analisi della funzione propria della giurisprudenza è, in sostanza, la conciliazione della *scientificità* della giurisprudenza con la sua *praticità* e, in maniera più specifica, le implicazioni che la *praxis* ha con la storia. In altri termini, Pugliatti non nega la "scientificità" della giurisprudenza, che resta ovviamente un elemento fondante la stessa disciplina civilistica, ma indaga sul fatto che sarebbe assurdo fermarsi a questa sola connotazione, trascurando l'innegabile profilo di praticità che la giurisprudenza esprime col linguaggio, che lascia fluire la storia attraverso la chiave di lettura che risiede nella interpretazione come indeterminazione; come un luogo aperto al passaggio del flusso della storia.

Così, Pugliatti sottolinea che se le altre scienze possono essere utilizzate nella pratica, la giurisprudenza, invece, ha connaturata in sé stessa la praticità in quanto non solo la sua finalità (pratica) ma la sua stessa genesi è nella *praxis*. La *ratio* che unifica i concetti è ragion pratica, cosicché scienza giuridica e diritto positivo si

¹⁹⁸ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit. (in nota) p. 248.

integrano a vicenda; ma ciò non altera il quadro di razionalità e di logica positiva che concorre a conformare qualsiasi disciplina scientifica. Secondo Pugliatti, la scienza storica può essere utile per la giurisprudenza soltanto per la ricerca e la critica delle fonti e per la creazione di un linguaggio (tecnico) idoneo all'uso dello strumento logico.

In questo modo, lo stesso concetto filosofico di viene accantonato per sottolineare, in un modo più netto che in altri scritti, l'ambivalenza dello stesso concetto di giurisprudenza. Di fronte alla consapevolezza di questa ambivalenza, Pugliatti ricorre a quella interdisciplinarietà (o interconnessione fra discipline) per meglio comprendere e chiarire la portata delle sue analisi. Nascono in questa direzione quelle opere di cui ci si è occupati nella presente trattazione dove la metodologia civilistica di analisi giuridica si arricchisce di dati e concetti scientifici nuovi e aperti ad ulteriori e più pregnanti ricerche di carattere filosofico-giuridico. Ci si riferisce soprattutto allo scritto *Proprietà nel nuovo diritto* del 1954 (dove l'analisi civilistica trae spunto dagli aspetti propriamente evolutivi degli istituti normativi, in rapporto specifico con il problema della *Grundnorm* kelseniana) e all'acuto saggio – davvero sintesi di “confine” fra scienza giuridica e scienze in generale – *Continuo e discontinuo nel diritto*, scritto che riflette una Conferenza tenuta dal Pugliatti nel 1954.

La nozione di tempo diviene, per Pugliatti, un elemento assai significativo, concatenato fortemente alla nozione di storia. Infatti, sia nel saggio Continuo e discontinuo, sia in quelli che più specificamente affrontano il problema linguistico nell'analisi giuridica, Pugliatti mostra di fornire una grande importanza agli aspetti di sincronicità e diacronicità nella scienza giuridica. Egli sembra trovare un punto di incontro fra i due parametri temporali, sfruttando, come lui stesso confessa, uno spunto che gli deriva da un articolo di Chevalier (pubblicato in un *Cahier de la nouvelle journée*) il quale fra il *continu mouvent* e il *continu fluent* di Bergson trova una perfetta sintesi fra l'assoluta continuità e l'assoluta discontinuità.

È in questo lasso cronico che si dà la possibilità della creazione nel linguaggio – ove si inverte il senso della locuzione ‘se vuole

l'individuo'¹⁹⁹ – ed il momento della creazione (volitiva) diviene attività creativa come attività dell'interpretazione. Questa si presenta, nell'arte dell'interpretare, come attività che «[nel campo del diritto] precede la pratica applicazione, e – sottolinea Pugliatti – l'indeterminazione è la porta attraverso la quale il flusso storico penetra continuamente nel sistema normativo». «La scienza del diritto non può chiudere nella rete dei suoi concetti, tutta l'esperienza giuridica ... questa esperienza è vita e azione di uomini, cioè attività libera e storia»²⁰⁰.

In questi passi Pugliatti si spinge oltre il sentiero del dato empirico positivo assunto come diritto positivo, sottolineando che la scienza di un'attività libera non può conformarsi alla sola empiricità del dato o delle operazioni date; ma, feconda per ogni filosofo è l'espressione, esiste qualcosa che avvolge tutta la scienza. «Questo qualcosa è il complesso di motivi che determinano (la concretezza dell'atto): anzi, è l'atto nella sua individuale concretezza»²⁰¹.

¹⁹⁹ F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009, p. 16.

²⁰⁰ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica* (in *Grammatica e diritto*), cit., p. 122. L'affermazione che «la scienza del diritto non può chiudere nella rete dei suoi concetti tutta l'esperienza giuridica» è un possibile punto di partenza al questionare su quella 'indeterminazione' che Pugliatti presenta nell'opera dell'uomo nel linguaggio e nella quale può discutersi di quanto non è invisibile – seppur accanto al visibile – perché non dicibile compiutamente nella positività della formazione. In questa direzione si può osservare che la 'visione' dei *diritti fondamentali*, contenuti in una Legge fondamentale, sollecita un'opera attiva dell'uomo, che non si esaurisce nel passivo conoscere-eseguire, ma esige che con il 'visibile' (i diritti fondamentali) si presenti anche l' 'invisibile' (i *diritti dell'uomo*) (così in B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, Torino, 2009, p. 158).

²⁰¹ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., pp. 122-123. Pugliatti, citando Goblot e il suo *Trattato di Logica* del 1947 (pp. 3 e 4), giunge a riconoscere e riflettere un elemento che non lascia libero ed univoco spazio alla tecnicità del normativo. Si nomina in questa direzione e nella prospettiva storica la dimensione della coscienza umana. La 'individuale concretezza dell'atto' si dà nella indivisibilità dell'io e non nella possibile scomponibilità del soggetto, come avviene – mistificatamente – negli istituti giuridici ove la esasperazione della positivizzazione del diritto apre alla discussione su una nientificazione "dell'unità dell'io". L'opera che l'uomo compie nel porre gli atti si dà nella concretezza ed univocità della sua opera determinando che «l'uomo può mentire vivendo nella

È la possibilità della scelta interiore a costituire la purezza incondizionata di un apporto personale che l'uomo pone in ogni dimensione del diritto. «Le formulazioni della scienza giuridica, dunque, saranno sempre più o meno astratte o *indeterminate*»²⁰²; «ma si presenteranno, singolarmente e nel complesso del sistema, in condizioni tali per cui è sempre possibile una decisione o una scelta, per mezzo della quale si può stabilire «il contatto con la storia e con quella del popolo»²⁰³, così si presenta un luogo dell'interpretazione come uno spazio sempre aperto e il contatto con la storia trova specificazione nell'opera di una coscienza umana, che potrà divenire luogo di incontro fra il sistema apparentemente rigido ed immobile di concetti elaborato dalla scienza e il perenne flusso mobile della storia»²⁰⁴. La storia, come anche vi è storia per il diritto, è la *porta teoretica* che favorisce e giustifica l'ingresso di Pugliatti nella filosofia del diritto.

Nella ricerca storica si incontrano dei contesti, dei luoghi, che impegnano l'attività ermeneutica e si traducono, di volta in volta,

dimensione dei 'due cuori', ma ne è sempre l'io, l'uno', in-dividuo, autore indivisibile del comunicare la menzogna o la verità». E nel singolo uomo, il cosiddetto operare di due io comporta l'oscuramento dell'io, che è un io perché è in-dividuo = non-divisibile (Così in B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, cit., pp. 29 e 34).

²⁰² S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1935, p. 354.

²⁰³ Si ricorda che il soggetto «nel quale e per il quale il diritto positivo ha la sua esistenza» è il popolo. Il diritto vive nella coscienza comune del popolo, ma non è creazione dei singoli individui, dai quali il popolo è costituito. E invece lo *spirito popolare (Volksgeist)*, vivente ed operante universalmente in tutti gli individui, quello che genera il diritto positivo. Sul punto F.C. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza)*, Heidelberg, 1814, p. 42. Scrive Pugliatti, citando Savigny, «dappertutto, dove gli uomini vivono in società essi stanno in una comunanza di rapporti intellettuali che dall'uso di una lingua comune vengono attestati, rafforzati e sviluppati». Così in S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 8. E in ciò la visione integrale del fenomeno non si esaurisce nel suo aspetto statico – rapporto tra gli individui e la collettività, visto sincronicamente – ma si compie per mezzo dell'aspetto dinamico, o si dica pure diacronico (o ancora storico). Cfr. S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 9.

²⁰⁴ ID., *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 124.

come singoli momenti dell'interpretazione. Questi luoghi dell'interpretazione, che si specificano in quello della terzietà, registrano la costante discussione sull'opera intellettuale del giudice che opera con un'attività sottilmente creativa, una continua ed immediata invenzione ... una parte volontaria che si può dire presiede a quel primo e più appariscente lavoro intellettuale ... Questa parte è inesplorata e si può dire meno esplorabile, perché è proprio l'intima libertà del giudice, che nell'atto del giudizio, cioè della scelta viene in giuoco...l'atto finale e vitale della coscienza, che viene ad assicurare la continuità vitale tra la volontà della legge e la concretezza dell'azione.

L'aspetto metodologico di Pugliatti, elemento sul quale sembra utile chiudere queste note introduttive, perché predominante su tutti gli altri aspetti della sua opera e del suo pensiero, è racchiuso nella sua logica formalistica. Il metodo giuridico è, per lui, la sostanza di ogni argomentazione, anche (e forse soprattutto) nelle analisi più complesse. L'istituto giuridico diventa così, per Pugliatti, fra le altre intuizioni, uno strumento per verificare dall'interno la razionalità del sistema giuridico e del complesso normativo. Ma, allo stesso tempo, nel pensiero di Pugliatti non è assente quel dilemma di fondo che ha sempre animato lo scienziato sociale, il dubbio sulla realtà di formule astratte, spesso concepite come 'stampi' ideali entro i quali versare il contenuto della *praxis* e che, proprio nell'ambito giuridico, mostrano qu il limite supremo della razionalità.

Le formule astratte sono il prodotto finale del formalismo giuridico, derivanti dai problemi e tentativi che ogni ordinamento giuridico incontra e compie – e quindi di ogni uomo che vuole fissare la dimensione della regola giuridico-esistenziale – nel voler raggiungere la perfezione in sé irraggiungibile: «d'essere *sostanzialmente* il più prossimo alla naturalità, essendone *formalmente* il più discosto ... ora ciò si ottiene sopra tutto mediante il formalismo, il quale è così l'espressione tipica della tecnicità del diritto». L'autore seguita e riporta: «ma il diritto, anche e sopra tutto, ha uno scopo sostanziale – cui quello tecnico è solo mezzo e strumento – a raggiungere il quale gli è necessario non perdere l'intero contatto con la vera vita sociale. Sono i rapporti esistenti che

esso vuol regolare non quelli che sono soltanto apparenti»²⁰⁵.

Pugliatti coglie la questione dell'*apparenza*, che pervade l'attuale era globale, sia nell'esistenza che nella forma materiale delle cose, come la cosa diritto²⁰⁶, fenomeno che si distingue dagli altri fenomeni, e che nell'esasperazione dell'apparire si ritrova in un composito di forme formate²⁰⁷ che altro non fanno che svelare l'ultimo rinvio all'idea di *finzione*²⁰⁸ favorendo l'ingresso dell'insidia nel linguaggio del diritto²⁰⁹, offuscando la forma dell'essere, della giustizia.

Il metodo di Pugliatti si direziona all'apertura verso una riappropriazione del linguaggio da parte dell'uomo, che in esso si costituisce, e se pare scarna una riflessione sul *giusto* (*diritto giusto-giustizia*), essa, invece, è tutta interna all'equilibrio che intercorre tra una misura e il diritto, perché tutto ciò che differisce ed esula, inquina e deconstituisce «sta nelle strutture linguistiche nelle quali si esprime la stessa idea, che solo per ciò acquista l'aspetto ora di una "legge" ora di un "precetto". Ma logicamente tra legge e precetto non vi è differenza, trattandosi di giudizi identicamente *ipotesici*»²¹⁰.

La giurisprudenza in Pugliatti non è più scienza, ma scienza pratica. Se la scienza si rivolge all'indagine scientifica, la scienza pratica alla quale si riferisce Pugliatti nella giurisprudenza presenta i tratti dell'indagine filosofico-giuridica, con la pretesa che la scientificità serva alla filosofia del diritto come base di legalità per

²⁰⁵ S. PUGLIATTI, *Crisi della scienza giuridica* (in *Grammatica e diritto*), cit., p. 198. Pugliatti cita un passo di E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915, pp. 372 e 373.

²⁰⁶ Cfr. L. AVITABILE, *Per una fenomenologia del diritto nell'opera di Edith Stein*, Roma, 2006, Cap. II e L. AVITABILE, *Fenomenologia giuridica e comunità nell'opera di Edith Stein* (saggio in L. AVITABILE-G. BARTOLI-D.M. CANANZI-A. PUNZI, *Percorsi di fenomenologia del diritto*, cit., p. 3 ss.

²⁰⁷ Cfr. B. ROMANO, *Filosofia della Forma. Relazioni e regole*, Torino, 2010.

²⁰⁸ S. PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enc. dir.*, cit., pp. 658-673.

²⁰⁹ Cfr. F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, 2010.

²¹⁰ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 108.

«fissare la reale articolazione del fenomeno giuridico»²¹¹.

La giurisprudenza diviene scienza pratica attraverso l'illuminazione che riceve dalla filosofia del diritto la quale, aprendo alle questioni sul giusto e sull'ingiusto, interroga ogni giurista sul che ne è della singolarità di ognuno, portatore di un caso pratico-concreto; e, insieme, indagando la qualità della relazione giuridica che nella norma 'appare' strutturarsi nella sua generalità e astrattezza. È come se Pugliatti prendesse atto che le norme, per quanto logicamente poste e perfettamente congegnate in un sistema giuridico, necessitano di un *quid pluris* oltre le formule normative e i casi dati, che non possono mai contenere l'universalità della condizione (di un caso di concretezza) umana. I casi particolari non possono essere tutti dati compiutamente, non sono mai uguali a se stessi, chiarendo così che il concetto di 'pratica' nello *judicare* diventa, più propriamente, particolarità nello *juris-dicere*: è la specificazione 'di diritto' (*juris*) a consentire l'ingresso indispensabile dell'interpretazione giuridica che, a sua volta, consente di far passare l'intero flusso storico dell'individuo e degli individui nella dimensione giuridica che riguarda la singolarità pratica di un caso concreto.

Questa nuova visione della giurisprudenza consente di chiarire ancora una volta i termini con i quali può dirsi della figura innovatrice²¹² di Pugliatti che ne fa anche un filosofo del diritto: la giurisprudenza, qualificata da Pugliatti come scienza pratica, si pone quale medio ermeneutico tra grammatica e filosofia del diritto, tra legalità e giustizia, svelandosi come scienza che, anche se ancorata al dato positivo, non può tuttavia non trovare una costante genesi negli interessi concreti degli individui, che sono inoggettivabili e mutevoli come quindi è mutevole e inoggettivabile lo stesso diritto e, di conseguenza, lo stesso linguaggio. La giurisprudenza non può

²¹¹ V. SCALISI, *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti. Attualità di un insegnamento*, in AA.VV., *Salvatore Pugliatti giurista. Ricordo nel I centenario della nascita (1903-2003)*, in "Rivista di diritto civile", Messina, 2003, p. 566. Successivamente anche in V. SCALISI, *Fonti, teoria, metodo. Alla ricerca della 'regola giuridica' nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, p. 187 ss.

²¹² A. FALZEA, *Salvatore Pugliatti giurista innovatore*, in "Rivista di diritto civile", 2003, I, p. 589 ss.

più, dunque, con il mezzo delle norme, dichiarare inesistente la questione del senso e del giusto della quale è portatore ogni singolo calato nella universalità del *Volksgeist*²¹³.

In Pugliatti il metodo scientifico viene illuminato dal pensiero filosofico-giuridico qualificandosi così come «svelamento della multiforme e variegata realtà giuridica»²¹⁴ dove la parola 'realtà' si allontana dalle teorie generali sul realismo e diviene, in concreto, «chiarificazione dei problemi che sono sottesi»²¹⁵ alla dimensione reale della giuridicità. La scientificità del sistema, grammaticale o giuridico, illuminata dall'indagine filosofica sul giusto, consente a Pugliatti di poter affermare che ogni sistema è leggibile come «tecnica di contrasto verso ogni forma di occultamento della particolarità, concretezza, originalità e specificità dell'esperienza umana»²¹⁶.

²¹³ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 8.

²¹⁴ A. FALZEA, *Salvatore Pugliatti giurista innovatore*, in "Rivista di diritto civile", 2003, I, p. 589 ss.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Ibidem*.

V

*Armonia tra legalità e giustizia.
Linguaggio giuridico e linguaggio musicale*

5.1. *Atto del parlare e linguaggio come forme di arte giuridica*

Le considerazioni svolte sulla critica alla scientificità del sistema tornano ancora proficue all'analisi del linguaggio giuridico come arte del parlare che, attraverso la parola, unisce ragione giuridica e ragione legale. Accade così, infatti, che il testo normativo o musicale, è letto alla luce della regola legante (legalità) e della ricerca di senso in questa regola (giustizia).

Se il linguaggio si costituisse in una ragione legale, allora quello musicale sarebbe già nello *spartito* e quello giuridico nell'*enunciato letterale* della norma, finendo col poter affermare che ogni linguaggio traduce un mero mezzo proteso ad una richiesta di «bisogno di aiuto»¹.

Invece, riprendendo l'espressione di Pugliatti, «dappertutto, dove gli uomini vivono in società essi stanno in una comunanza di rapporti intellettuali che dall'uso di una lingua comune vengono attestati, rafforzati e sviluppati»², si coglie che vi è una ragione dialogica quale genesi costitutiva delle relazioni, e che queste non sono orientate alla sola reciprocità biologica del 'bisogno di aiuto', ma muovono da un principio di comunanza solidale che è costitutivo del diritto.

Prima di ogni bisogno biologico si concretizza nell'uomo una capacità evocante, scatenata dal bisogno di rapportarsi nel valutare, interpretare, affermando il linguaggio umano oltre il dato biologico, e più specificamente in una ragione estetica, distinta dalla ragione grammaticale di una lingua, in quanto questa si ascrive ad una ragione calcolante che pone la logica del discorso ma non ne svela i contenuti 'viventi'. Una scienza del linguaggio, infatti, si adegua ad una ragione scientifica e grammaticale; invece – scrive Pugliatti – «l'estetica mira a cogliere la lingua vivente, nell'atto di

¹ W. VON HUMBOLDT, *La diversità delle lingue*, Bari, 1991, p. 48.

² S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 8.

chi scrive o parla, nella singola espressione»³, chiarendo così che l'indagine giuridica muove attorno all'*atto del parlare* così come l'indagine artistica trae motivo dall'atto dell'eseguire.

L'atto del parlare è una originale esecuzione, irripetibile, come ogni esecuzione musicale, una volta resa, la parola entra nel circolo delle parole degli altri, attende un consenso, una risposta, un giudizio da chi la riceve. Si registra, dunque, una distanza qualitativa tra il tecnicismo del legale, come quello delle norme⁴, esplicativo della *parola di legge*, e il linguaggio come 'questione del parlare', come attuazione dialogica nella direzione di una ricerca di giustizia, oltre ogni legale. E questa distanza consente di nominare la differenza nomologica, quella tra legalità e giustizia, che si costituisce non in una ragione calcolante o biologica, bensì solo in una *ragione del diritto*⁵ (giuridica).

La ragione estetica alla quale Pugliatti si riferisce consente di discutere un'ermeneutica⁶ del diritto alla luce del rapporto tra le *persone*⁷, immesse, attraverso l'esercizio del linguaggio, nel riconoscimento originale delle loro *responsabilità*⁸, il cui nucleo intenzionale è letto nel diritto con la imputabilità. La persona, come l'interprete delle norme e del diritto, «rischia la formulazione del-

³ *Ivi*, pp. 142-143.

⁴ In tal senso si veda N. LUHMANN, *Struttura della società e semantica*, 1960, p. 113 ss.

⁵ B. ROMANO, *Giudizio estetico e giudizio giuridico. Da Kant verso Schiller*, Torino, 2013, p. 66.

⁶ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, Milano, 1951, p. 793 ss. Vedasi anche L. AVITABILE, *L'ermeneutica di Schleiermacher e l'argomentazione di Luhmann*, in AA.VV., *Argumenta juris*, Napoli, 2012, p. 66. Vedi anche A. ARGIROFFI, *Valori, prassi, ermeneutica. E. Betti a confronto con N. Hartmann e H.G. Gadamer*, Torino, 1994, p. 101 ss.

⁷ L. AVITABILE, *Interpretazione del formalismo giuridico in E. Stein*, Torino, 2012, p. 47. «La persona è la condizione imprescindibile per procedere da un'idea di diritto ad una sua reale istituzione e realizzazione attraverso la codificazione dello *ius positum*».

⁸ Sul concetto di responsabilità vedi anche R. INGARDEN, *Sulla responsabilità*, Bologna, 1982, p. 16. A. ARGIROFFI-L. AVITABILE, *Responsabilità, rischio, diritto e postmoderno. Percorsi di filosofia e fenomenologia giuridica e morale*, Torino, 2008, p. 22 ss.

la norma nella ricerca della verità intesa come qualità relazionale, interpersonale che si svolge nel domandare e rispondere»⁹.

Nella proposizione musicale, come in quella del linguaggio giuridico, si afferma una tesi nel rispetto della tesi dell'altro: non esiste alcuna presa di posizione su un fatto fondamentale che affermi una sola tra le ragioni o verità, che definisca il vero e il giusto prima che le parti lo ricerchino.

Proporre una esecuzione musicale significa, appunto, proporre una ipotesi di senso alla ricerca della musica; in questa direzione nessuna scienza può definire cosa sia la musica, così come nessuna scienza può definire cosa sia la giustizia.

Musica e giustizia non sono concetti dati, sono dimensioni/scopi di costante ricerca, mai oggettivabili, mai dati una volta e compiutamente in quanto è la ricerca umana stessa a non essere definita, definibile, ferma o compiuta.

Questo movimento costante non abbisogna di leggi che lo fermino, ma di leggi che lo garantiscano come continuante, è questo il punto tragico del diritto e del linguaggio¹⁰ giuridico, individuabile nell'apice di una estetica della formatività del linguaggio stesso. Il linguaggio giuridico, come quello musicale, non si compie in una esecuzione di un brano, specularmente alla esecuzione di una sentenza, ma chiede all'altro di rimettere quanto evocato, eseguito e sentenziato, in un circolo di senso interpretativo perdurante, formativo di ipotesi future sul diritto o sul linguaggio stesso, sulla giustizia e sulla musica.

Nel linguaggio giuridico e in quello musicale si registra questa circolarità del ruolo dell'interpretazione, tra chi pronuncia la parola o esegue un'opera e chi assiste o ascolta, essendone destinatario, si costituisce la stessa relazione. Con Pugliatti, sul punto, si osserva che il fatto che «l'interprete persuada chi ascolta e lo attiri entro il fluire attuale del suo processo creativo»¹¹ costituisce la

⁹ B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita Animus Anima*, cit., p. 143.

¹⁰ K. JASPERS, *Il linguaggio. Sul tragico*, cit., p. 102. Cfr. anche J.-P. VERNANT, *Mito e tragedia nell'antica Grecia. La tragedia come fenomeno sociale, estetico e psicologico*, Torino, 1976.

¹¹ S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit., p. 94.

chiarificazione giuridica della inoggettivabile circolarità delle relazioni dialogiche.

Il linguaggio giuridico può esser messo a confronto col linguaggio musicale per più ragioni, una tra queste è che la parola pronunciata «ha un significato collettivo e implica una relazione sociale»¹². La parola non può essere tolta dal linguaggio che accomuna i soggetti attraverso il dialogo perché se è vero che la parola ha «una pretesa stabile di validità [che] riguarda ciò che è detto nell'enunciato stesso», si deve al contempo osservare che il fatto che «la deposizione davanti al tribunale acquisti valore di verità solo a partire dal contesto dell'indagine è fuor di dubbio»¹³.

Il rapporto che lega parola-linguaggio, testo-contesto relazionale, apre il tema dell'interpretazione: «la parola rinvia ad una infinità interna di possibili risposte che sono tutte – e perciò nessuna – ‘adeguate’»¹⁴, e ciò accade in quanto la parola è polisensa, è pronunciata, letta e/o eseguita per essere originalmente immessa nel circolo relazionale, senza più poter far ritorno se non in una forma e contenuto nuovi: una volta che la parola è resa essa pretende alla incessante chiarificazione futura, nel costante riconoscimento di senso che considera che «ogni parola pronunciata forma quella che non lo è stata o la prepara»¹⁵. Queste considerazioni chiariscono la impossibilità che la parola venga considerata come mai resa, fatto che nell'umano non è dato conoscere in nessuna dimensione giuridico-sociale.

Si può riprendere il lessico di Gadamer quando afferma che «un testo giuridico, che formula una legge o una sentenza, è vincolante non appena è emanato, ma si realizza in se stesso non già in quanto è emanato, bensì solo allorché viene eseguito o messo in atto»¹⁶, tenendo presente che nel linguaggio dell'arte musicale o giuridica si ha a che fare con la dimensione estetica che evoca

¹² H.-G. GADAMER, *Linguaggio*, Roma-Bari, 2005, p. 18.

¹³ *Ivi*, pp. 22-23.

¹⁴ *Ivi*, p. 19.

¹⁵ W. VON HUMBOLDT, *Scritti filosofici*, cit., p. 726 ss.

¹⁶ H.-G. GADAMER, *Linguaggio*, cit., p. 26.

sempre un rinvio di senso universale, unica via chiarificatrice del fatto che «il testo ha il suo scopo in vista del quale deve essere compreso»¹⁷.

Si tratta, dunque, per l'uomo, di eccedere le leggi trovate, come quelle della grammatica normativa, attraverso nuove iscrizioni di senso direzionate ad istituire leggi e a non assoggettarsi alle forme date, in una propensione al futuro e all'infinito inteso come un sempre più eterno¹⁸ senso edificante l'umanità. Istituire le leggi¹⁹ significa operare quel salto dal sentire al pensare²⁰, evocando una differenza qualitativa tra il vedere e lo scorgere²¹, dove il sentire-vedere è proprio dell'animalità e dei viventi non umani, mentre il pensare-scorgere è proprio della ragione²². Eccedere la legge trovata della lingua, di un testo normativo o di uno spartito musicale, significa dar rilievo contenutistico all'amministrazione della giustizia o, nel caso del linguaggio musicale, alle categorie fondamentali della musica.

5.2. Interpretazione giuridica e interpretazione musicale: linguaggi a confronto tra Pugliatti e Bloch

Come non vi può essere alcuna fundamentalità per il diritto, così non ve ne è alcuna nemmeno per la musica. In entrambi i

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Secondo Pugliatti esiste un principio di continuità nell'umano che sfocia nell'idea di infinito. Per trarre questa idea e nozione di eternità è necessario che esista perpetuamente la stessa ragione per spingersi sempre più oltre. In tal senso si chiarifica ancor più il concetto di ragione umana come ragione naturale. Così in S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 269.

¹⁹ L. AVITABILE, *Procedure dell'istituire. Procedure dell'osservare. Diritto e ratio giuridica*, vol. 1, Torino, 2013, p. 123.

²⁰ B. ROMANO, *Giudizio estetico e giudizio giuridico. Da Kant verso Schiller*, cit., p. 27. In tal senso si veda anche F. SCHILLER, *L'educazione estetica dell'uomo*, Milano, 2011, p. 163.

²¹ M. HEIDEGGER, *Il principio di ragione*, Milano, 2004, pp. 85-86.

²² ID., *Introduzione all'estetica. Le Lettere sull'educazione estetica dell'uomo di Schiller*, Roma, 2008.

linguaggi, giuridico e musicale – come in altri –, compare la spiegazione grammaticale presentata dal tecnicismo ermeneutico, giustificativo di una *Grundnorm*²³ che fonda ogni scientificità istituita.

Ma nel linguaggio giuridico le riflessioni di Pugliatti consentono di osservare che nella datità, tra tutti i dati, ‘non è dato’ (il concetto di) ‘*un fatto fondamentale della lingua*’ perché essa, proprio attraverso il linguaggio, è continuamente in formazione, alimentando la ricerca del giusto nella relazione intersoggettiva tra gli uomini e le donne di comunità dialoganti.

Con Pugliatti si può osservare che «la scienza giuridica non può cogliere il diritto vivente»²⁴ per farne un fatto, e ciò, secondo questo studio, concede di riflettere un legame tra *ius* e *natura*²⁵ e di cogliere che questo legame è considerato un eterno dibattito nel panorama filosofico-giuridico.

La dimensione umana dell’esistenza chiede di regolare i rapporti esistenti²⁶ con una lettura fenomenologica del diritto nel senso che questo non tanto muove dall’esistente, ma gli sono affidati quei rapporti – mai compiutamente conosciuti – che si danno nell’esistenza; ciò si spiega ancora una volta con il cogliimento che l’esperienza *diritto* «si specifica come giuridica»²⁷ e,

²³ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1934, p. 406.

²⁴ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 142. Nella presentazione dell’opera (Paresce, pp. VI-VII) si legge che la norma non «è [solo] un dato positivo», perché l’affermazione verbale ‘è’ ne mostrerebbe l’immediata dogmaticità *data* – appunto – posta ed imposta, dalla quale l’autore cerca l’evasione; infatti «la norma è un dato che può chiamarsi positivo» e «l’adozione di questa posizione, in dogmatica, richiederebbe un discorso lungo e complesso *che ci porterebbe in altra sede*».

²⁵ B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, Torino, 2008, p. 55. Cfr. sul punto F. DEL POZZO, *Soggettività ‘Naturale’ e cognitivismo etico-giuridico. Appunti per una riflessione sulla giustizia come problema della persona*, Torino, 1991.

²⁶ In S. PUGLIATTI, *Crisi della scienza giuridica* (in *Grammatica e diritto*), cit., p. 198, Pugliatti cita un passo di E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915, pp. 372-373: «il diritto ha uno scopo sostanziale – cui quello tecnico è solo mezzo e strumento – a raggiungere il quale gli è necessario non perdere l’intero contatto con la vera vita sociale. Sono i rapporti esistenti che esso vuol regolare non quelli che sono soltanto apparenti».

²⁷ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 42. «Nella costruzione formale

come questa, l'esperienza musicale si specifica come artistica.

Giuridicità del diritto ed arte della musica si costituiscono entrambe nella dimensione artistico-estetica, che ha che fare con l'arte dell'interpretare il giusto e il bello, lontano dalla tecnica scientifica e da ragioni calcolanti o macchinari. Questa osservazione consente di affermare che la giustizia è giuridica come la musica è universale: non si contemplano – infatti – nella storia dell'estetica e dell'arte in genere, giustizia o bellezza come concetti schematico-sistemici, che non contengano propensioni alla universalità del bello e del giusto, giungendo a fallire – come evidenzia Cammarata – ogni tentativo di «definire la giustizia giuridica come pura formalità»²⁸.

Afferma Pugliatti, nella stessa direzione, che «non può l'interprete confondersi con un lettore incosciente e meccanico»²⁹, spiegando così che ogni meccanicismo, proprio perché privo di coscienza, è e resta una mera tecnica assoggettata alle «scienze necessarie e dimostrative» plasmate «unicamente dalla ragione»³⁰ calcolante che spiega secondo la certezza dei numeri ma che non si accredita ad alcuna giuridicità della ragione del diritto; l'interprete che opera nelle scienze dimostrative finisce col compiere trattare il diritto con gli strumenti della scienza e della tecnica, presentando nessun apporto personale – inteso come istanza umana di giustizia – all'opera dell'interpretazione giuridica.

L'interprete è più di un tecnico in quanto se al diritto e all'arte in genere bastassero dei tecnici l'intera dimensione giuridica ed estetica non avrebbe ragione di porsi alla ricerca del vero, del bello e del giusto.

In una speculazione filosofica che si è detto poter essere di un 'secondo' Pugliatti, questa presa di distanza dalle sole posizioni logico-formali del diritto, si registra proprio in opere che, seppur

del diritto e in altri ambiti spirituali ... gli oggetti [il dato, la norma, la parola] ... vengono sempre svuotati della loro peculiarità, privati del loro aspetto qualitativo» (pp. VI-VII).

²⁸ A.E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, pp. 347-348 ss.

²⁹ *Ivi*, p. 224.

³⁰ G.W. LEIBNIZ, *La giustizia*, Milano, 1967, p. 50.

precedenti, già segnavano la direzione teoretica dell'autore, soprattutto in riferimento al delicato tema dell'interpretazione.

È proprio con *L'interpretazione musicale* (1940)³¹ che Pugliatti apre a temi che sono essenziali al diritto, come la libertà, la necessità, la scelta, la originalità, la identità e la differenza, la creazione, l'esecuzione, l'arte, il sentimento, la speranza e l'utopia.

Porsi le domande su questi temi, e formulare delle risposte, è un'attività che richiede una forte capacità di speculazione filosofico-giuridica, una cultura più vasta di quella riservata ad un semplice giurista, una lettura *tout court* – osservata dall'ambito delle più discipline, come quelle artistiche – della compagine della storia umana.

E, iniziando proprio dalla originalità di ogni singolo nella dimensione giuridica, Pugliatti scrive: «la nostra interpretazione sarà sempre un'interpretazione *nostra*»³² perché ogni interprete o esecutore, davanti alle opere da interpretare, come ai testi normativi, «non può diventare volta per volta l'artista che le creò – essendo inammissibile, come assurda, la identità di due esseri»³³.

L'individuo mantiene sempre la sua originalità, anzi gli viene preteso, per mezzo della sua attività, che renda tale originalità, leggibile nel diritto con un potersi dire – appunto – (autore) imputabile, capace di aver adoperato una scelta dal pensiero all'azione, determinando così il modificarsi irreversibile della sua realtà fenomenica e di quella degli altri ai quali è destinata l'attività che ruota intorno a quell'opera, a quel lavoro, a quel testo.

L'espressione di Pugliatti 'la nostra interpretazione sarà sempre un'interpretazione *nostra*' è speculare al lessico di Bloch sul tema della interiorità delle intenzioni, consentendo di cogliere che nell'attività dell'interpretazione del diritto, tesa alla ricerca del vero e del giusto, si ha a che fare con 'l'incontro col sé'³⁴, 'quel singolo'³⁵, che è espressione di matrice filosofico-esistenziale ma che

³¹ Cfr. S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit.

³² *Ivi*, p. 50.

³³ *Ibidem*.

³⁴ E. BLOCH, *Spirito dell'utopia*, Milano, 2009, p. 218.

³⁵ *Ivi*, p. XI.

– nella critica al razionalismo metafisico di Hegel che Bloch avanza – consente di chiarire che la dimensione del possibile umano non si lascia chiudere in un regime sistematico.

5.3. Diritto e utopia. L'interpretazione giuridica come 'poter ancora'

Dunque, l'«interpretazione *nostra*» che menziona Pugliatti muove da quell'«incontro col sé» ripreso da Bloch e, insieme, rappresentano un'unica dimensione esistenziale, capace di costruire e rinnovare l'ansia e l'aspettativa di giusto e di bello, di rendere nuovamente viva ogni dimensione che chiede l'impiego dello spirito, soprattutto quando – come si apprende nel pensiero di Bloch – la situazione dell'umano sembra convergere al fallimento piuttosto che alla edificazione della dignità umana nella storia del mondo.

Davanti ad un simile scenario, secondo Bloch la costruzione di una *vita nuova* è possibile solo attraverso un *nuovo concetto utopico*, rievocativo della speranza (*Hoffnung*) iniziante e anticipante, il concetto del 'poter ancora', appunto «invocando ciò che non (c')è ancora»³⁶: questa attività è la stessa che si svolge nell'interpretazione giuridica che permette di accedere ad ipotesi di senso provenienti da istanze che il dato ancora non contempla e che, evidentemente, non ha mai contemplato, finendo per presentarsi come una mera forma già fissa e formata.

Nell'invocazione di *ciò che non è ancora* si ha la chiarificazione del costante riferimento all'attività interpretativa dello spirito, un'attività sollecitata dalla presa di coscienza che in un ordine sistematico di giustizia e bellezza, di queste nulla può esser detto, fino al punto che il «puro dato di fatto scompare»³⁷, finendo con il lasciar residuare il concetto nella sua vuotezza, perché stretto anche dalle imposizioni normative sul come si interpreta, non concedendo l'ingresso dell'interpretazione come arte dello spiri-

³⁶ E. BLOCH, *Spirito dell'utopia*, cit., p. 6.

³⁷ *Ibidem*.

to, libera e responsabile; cosicché il concetto si scopre svuotato di senso perché non illuminato dal ‘principio speranza’³⁸ (*Prinzip Hoffnung*) universale, originario ed incondizionato, contemplativo della insopprimibile dalla possibilità di ‘poter ancora’ ipotizzare nella direzione della reciproca dialogicità orientata al rischiaramento del momento della meraviglia.

Come nella musica, così nel diritto, questa ‘invocazione’ è in Pugliatti «la nostra interpretazione [che] sarà sempre un’interpretazione *nostra*»³⁹ e che si ha – in Bloch – «intraprendendo la costruttiva via della fantasia»⁴⁰ che si rivolge proprio a *quel che non c’è ancora* e che è tale perché non si sa. Non c’è in alcun uomo il possesso della verità e della giustizia, di un sapere totale, meta ambita da ogni formalismo scientifico del diritto; e non può negarsi che sia proprio questa parzialità del sapere a costituire una genesi del pensiero sul ‘principio speranza’.

La scomparsa del dato di fatto è determinato da esso stesso in quanto fatto fondamentale che, prima o poi, è destinato a deconstituersi e delegittimarsi: tutte le cause del decadimento di regimi e sistemi totalitari sono già scritte nel sistema stesso. Il tentativo della storia delle scienze politiche, economiche e giuridiche è quello di ascrivere queste cause a ragioni extra-sistemiche; in realtà ogni storia culturale che muove verso la ricerca delle motivazioni, dei *perché* delle intenzioni, individua che le ragioni *dove il puro dato di fatto scompare* sono tutte interne all’attuazione del principio di esclusione prodotto e imposto dai sistemi. La scomparsa del dato di fatto segna la possibilità, tra utopia e speranza, di un «*incipit vita nova*»⁴¹, che presenta un nuovo non identificabile nell’opera di un altro, perché ogni interprete o esecutore, ogni uomo e ogni donna, davanti alle opere da interpretare, come ai testi normativi, non possono e non vogliono identificarsi con «l’artista che le creò»⁴² non essendo possibile «la identità di due

³⁸ Cfr. ID., *Il principio speranza*, Milano, 1994.

³⁹ *Ivi*, p. 50.

⁴⁰ E. BLOCH, *Spirito dell’utopia*, cit., p. 6.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² S. PUGLIATTI, *L’interpretazione musicale*, cit., p. 50.

esseri»⁴³, tra due diverse originalità, portatrici ognuna di un suo nuovo utopico, di una sua speranza, così come di una sua ragione giuridico-esistenziale e di una sua verità.

5.4. *Giustizia, utopia e speranza come ontologie del non-essere-ancora*

Il 'ciò che non è ancora' diviene, in Bloch, in riferimento alla speranza, il 'non-essere-ancora', assumendo così i tratti della dimensione umana di quella possibilità utopica. L'attenzione si sposta dalla oggettualità alla individualità singolare dell'uomo, unico vivente capace di oltrepassare l'oggettualità reale e direzionarsi al nuovo.

Una volta 'pensati' i contenuti di quel nuovo utopico, essi assumono concretezza reale attraverso la speranza come «atto orientativo ... sogno a occhi aperti ... in avanti»⁴⁴, nel senso dell'*anticipazione* di ciò che non è ancora: la 'possibilità' in Bloch è nella nuova dimensione dell'utopia, dove il 'poter ancora' attiva questo 'nuovo utopico' con il movimento interiore della speranza, prima tra tutte quella di poter sperare ancora, aprire al cambiamento.

Questo itinerario si legge in Pugliatti nella libertà del creatore, o meglio dell'«artista creatore»⁴⁵ il quale «sceglie, valuta, soppesa»⁴⁶, e queste operazioni non sono mutuabili secondo una logica sistematica; sono piuttosto riferibili all'arte dell'originalità del singolo e al fatto che esse non sono né prevedibili né calcolabili: si danno nel rischio di assumere una scelta tra le alternative bello-non bello, per l'estetica, armonico-non armonico, per la musica, giusto-ingiusto, per il diritto, dimensioni evidentemente riconducibili all'alternativa principale ed essenziale rappresentata da bene e male.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ E. BLOCH, *Il principio speranza*, cit., p. 16.

⁴⁵ *Ivi*, p. 51.

⁴⁶ *Ibidem*.

Secondo la logica sistematica di Hegel, criticata da Bloch – e criticabile anche con gli strumenti teoretici di Pugliatti – queste alternative sarebbero già prevedibili in quanto note secondo la ricostruzione analitica dei molteplici risultati del processo dialettico, al punto che il razionalismo metafisico in cui si incarna l'espressione 'ciò che è razionale è reale e ciò che è reale è razionale'⁴⁷ non lascia spazio a che la propensione dell'umano alla infinitezza sia questione radicata nel pensare col filosofare⁴⁸. L'infinito resta un'idea che se non immessa nella ragione reale non ha motivo di essere considerata.

Invece, in qualunque processo artistico, la ricerca dell'infinito consente il compimento di tutte le opere d'arte e che da ogni compimento si apra a nuove interpretazioni della forma e dei contenuti. La ricerca dell'infinito, proprio con la filosofia del diritto, diviene ricerca della giustizia nel legale, dello *iustum* nello *iussum*, in quanto il bello, il soave, il giusto, non sono concetti dati da una analitica del discorso filosofico o scientifico, ma si costituiscono proprio in un direzionarsi alla perfezione, letta come aspirazione all'universale, l'infinito appunto, colto sì dall'idea, ma non dicibile se non attraverso il sacrificio dell'azione che compie la ricerca del senso.

Se, dunque, non si mirasse all'intelligibile⁴⁹ non vi sarebbe alcuna speranza, alcuna costruzione utopica del possibile, e la stessa giustizia resterebbe assente o perché ne cesserebbe la ricerca nel divenire del senso o perché risulterebbe fissata in astratti concetti, privi di ogni riferimento alla concretezza della realtà dei «casi umani»⁵⁰ particolari.

In Hegel – si evince dalla critica di Bloch – ogni divenire, come processo e svolgimento, è un momento transitorio legato *alla* e *dalla* logica dialettica per mezzo della quale pensare alla realtà comporta un insieme di operazioni analitiche, viste come processi che si susseguono, che muovono secondo lo schema fisso di tesi,

⁴⁷ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, 1979, p. 16.

⁴⁸ *Ivi*, p. 17.

⁴⁹ I. KANT, *Critica del giudizio*, Roma-Bari, 2008, § 59.

⁵⁰ P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, Roma-Bari, 2014, p. 10 ss.

antitesi e sintesi, dove quest'ultima unifica le affermazioni e le negazioni in una sorta di sintesi più elevata che può dirsi 'riaffermente', ambito che traduce il concetto di *Aufhebung*.

Il punto è che tale logica hegeliana diviene un'analitica del dialogo in quanto anche se la sintesi rappresenta a sua volta un nuovo inizio, questo seguirà le stesse sorti logico-sistematiche di una riunificazione del molteplice in una *totalità sistemica*, al punto che in Hegel la giustizia non si distingue dalla oggettività della legge perché «ciò che è diritto è noto in quanto è legge»⁵¹.

'L'incontro col sé' di Bloch, invece, è «interiorità che supera l'enciclopedia del mondo»⁵², intesa come sapere enciclopedico, formalismo della conoscenza dei dati e degli elementi.

Il pensiero di Bloch sull'interiorità consente di verificare che l'interpretazione giuridica è arte al pari dell'interpretazione artistica. È necessario premettere, secondo la direzione di Bloch, che l'attività interpretativa nasce da una sorta di «incanto dell'originario iniziare»⁵³, costituito dall'apprensione dei suoni che si ascoltano fin dal nascere dell'uomo, seguiti poi dal canto e dalla danza. E alla domanda su una loro genesi lo stesso Bloch risponde con la loro costituzione in un incantevole richiamo all'originario iniziare dell'uomo e del mondo. La musica, in genere, è richiamo a questo infinito, a quello che Bloch chiama, con lo spirito utopico, quel sé dell'umano come «forma di un problema incostruibile»⁵⁴, quello del «Noi in se stesso»⁵⁵, che non si lascia stringere in nessuna costruzione logica, dogmatica, di sistema, ma si libera verso l'infinito attraverso le intenzioni che lasciano emergere la realtà più intima, l'oltre confine (*Das Drüben*) della volontà interiore, «che non è un vile 'come se'»⁵⁶ rappresentativo di un come potrebbe essere secondo immaginazione, e quindi di una spenta utopia; è, piuttosto, il desiderio di manifestare la originali-

⁵¹ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., p. 207.

⁵² E. BLOCH, *Spirito dell'utopia*, cit., p. 224.

⁵³ *Ivi*, p. 54.

⁵⁴ *Ivi*, p. 215.

⁵⁵ *Ivi*, p. 5.

⁵⁶ *Ibidem*.

tà della dignità di ognuno, intenzionato dall'ansia di giustizia e verità, dalla propensione al vero e al giusto come universali e non contingenti. L'utopia di Bloch è per questo nuova, si permea di una aspettativa di speranza e possibilità che non trova ragioni logico-sistematiche per essere negate fermamente.

Al problema di una impossibilità di costruire l'io secondo categorie dogmatiche, conduce solo un «*cammino interno*, denominato anche incontro con il sé, dimensione chiarificatrice di una preparazione della parola intima, mancando la quale qualsiasi sguardo verso l'esterno resta vano ... e nessuna forza può attirare all'esterno la parola intima e aiutarla a erompere dall'errore del mondo»⁵⁷.

Attraverso questo cammino interno si opera anche la scelta del giusto come qualitativamente orientata al bene, all'abbattimento della miseria e della discordia, alla eliminazione delle controversie di senso attraverso il bene principale della dialogicità che intercorre tra gli 'io', tra le loro interiorità, versate nella dimensione triale di un luogo terzo, che ascolta e giudica le istanze di chi crea e propone l'opera e di chi ne è il sollecitatore.

È quel cammino interno che Bloch individua come dimensione nella quale si diffonde «l'ampiezza...dell'utopia»⁵⁸ che frangeva il male, l'ingiustizia e ogni involucro della natura fisica, «verso il concetto utopico come principio»⁵⁹ (*Utopisch prinzipiellen Begriffs*) di quell'iniziare originario che chiede ad ogni uomo interprete del mondo, come di quello giuridico, di incontrare-incontrarsi inevitabilmente con la responsabilità del dialogo e del giudizio, della parola e dell'agire, nel senso chiarito in cui l'«artista creatore...sceglie, valuta, soppesa»⁶⁰ in una propensione utopica al futuro delle relazioni giuridico-esistenziali, rappresentate dalle forme del diritto illuminate dal rinvio a quell'iniziare (*incipit*) col principio⁶¹.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

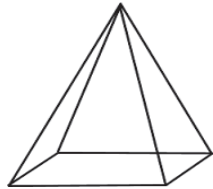
⁵⁹ *Ivi*, p. 6.

⁶⁰ S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit., p. 51.

⁶¹ B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, Torino, 2009, p. 107.

Trovare la strada dell'impiego del concetto utopico come principio significa in Bloch – come lo stesso scrive – «trovare il giusto per amore del quale conviene vivere, organizzarsi e avere tempo»⁶². È per questo – continua Bloch – «che noi procediamo, ci apriamo i varchi metafisicamente costitutivi, invochiamo ciò che non è ... cerchiamo il vero e il reale là dove scompare il semplice dato – *incipit vita nova*»⁶³.

5.5. La 'nota' fondamentale nell'arte: musica e diritto



I 'varchi metafisicamente costitutivi', citati da Bloch, sono formativi dell'arte giuridica che, in Pugliatti, è esercitata dal creatore dell'opera o dal suo artista esecutore. Inizialmente Pugliatti sembra tracciare una differenza tra queste due figure di interprete, per poi però giungere quasi ad identificarle in quanto accomunate dalla stessa attività artistica. Essi sono in rapporto costante, al punto da sovrapporsi ed identificarsi.

Si distinguono, però, solo sotto il profilo dello spirito, e non già nella azione, segno di una proficua discontinuità che annuncia i tratti di una differenza tra libertà e legge: l'autore «parte dalla totale libertà del suo spirito»⁶⁴, «l'interprete è sempre vincolato all'opera d'arte»⁶⁵. Entrambi, però, conservano un compito, che li identifica sotto il profilo dell'attività pratica, ovvero lo 'studio', letto come sforzo⁶⁶ intellettuale, che consiste nel «porsi nell'iden-

⁶² E. BLOCH, *Spirito dell'utopia*, cit., p. 6.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ivi*, p. 34.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

tico stato d'animo in cui si trovò l'autore dell'opera quand'essa fu creata, ma non coincidere né con quell'autore né con quell'opera. È questa mancanza nel coincidere che costituisce la più alta autenticità dell'interpretazione.

Nei giuristi positivi, invece, si ritiene autentica⁶⁷ quell'interpretazione resa non da chi sia identico e coincidente con il testo da interpretare, bensì con l'autore istituzionale della legge stessa, e quindi fittiziamente autore, a poco infatti rilevando che si tratta proprio del medesimo legislatore (nel caso del legislatore) o di un'altra compagine legislativa. Si considera autentico, quindi, ciò che proviene dalla stessa istituzione creante e non dalle stesse persone che costituivano quella istituzione. L'appunto non è così marginale perché ancora una volta lascia intuire che il linguaggio del diritto è ridotto al tecnicismo delle formule, inclini solo al funzionamento dell'apparato normativo e disattente, o non curanti, della qualità della relazione giuridica dell'attività interpretativa.

Il linguaggio giuridico è come quello musicale, nel senso che entrambi ipotizzano un senso responsabilmente di un 'chi', autore originale di un'opera in un dialogo, appunto disciplinato dalla regola del parlare (*grammatica*) orientata dal principio dialogico⁶⁸ (*filosofia*): come il diritto – infatti – «ogni forma di arte, è, nella sua origine, essenzialmente dialogica», manifestativa di parole, gesti e opere destinate a chi le riceve. Al pari del diritto, delle norme e dell'interpretazione, «ogni musica richiede un orecchio che non è quello del musicista ... ogni quadro richiede un occhio che non è quello del pittore ... tutte [le arti] dicono qualcosa a colui che riceve»⁶⁹, attivando così il processo dialogico della relazione giuridica nel (*rispetto delle e diritto alle*) ipotesi di senso di ognuno, secondo l'arte dell'interpretazione.

Così linguaggio giuridico e linguaggio musicale si chiarificano come linguaggi speculari non ascrivibili ad alcuna tecnica perché muovono dalla ragione umana che sfugge all'oggettivazione dell'uomo stesso e che, attraverso la non-datità delle infinite possibi-

⁶⁷ F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, cit., p. 129.

⁶⁸ Cfr. M. BUBER, *Il principio dialogico e altri saggi*, Cinisello Balsamo, 1997.

⁶⁹ *Ivi*, p. 213.

lità dialogiche, pone ogni individuo nell'alveo della possibilità protesa al futuro dello scegliere e dello scegliersi, senza potersi effettuare alcuna prognosi di queste dimensioni assolutamente personali e conoscibili solo quando immesse nella dialogicità relazionale.

Nessuno sa come si rivelerà un'interpretazione musicale di un brano, così come nessuno conosce di un eventuale esito di un discorso ancora non pronunciato. A ben vedere, a non sapersi sono più cose: le parole che si articoleranno, conetteranno, la reazione che esse susciteranno nei destinatari, il rinvio che da questi ne sarà verso altri o verso chi le ha pronunciate, la loro chiarificazione nel dibattito acceso o silente. E ciò accade in quanto «il discorso umano non si lascia spiegare fisicamente»⁷⁰: se si trattasse il linguaggio giuridico e quello musicale con la sola esattezza di una scienza assunta a 'grammatica positiva', si assisterebbe ad «un declino storico del mondo costruito dall'uomo tramite un uso esclusivamente formale del linguaggio»⁷¹ che si compierebbe al vertice in una fundamentalità grammaticale intesa come norma fondamentale della lingua.

Anche nel linguaggio musicale si avanzano le critiche alle 'note fondamentali'⁷² che trovano una loro residenza classica nelle prime melodie delle quali – osserva Bloch – si sa ben poco, così come delle melodie della musica dei greci⁷³: «ciò che è giunto fino a noi è quasi sempre privo di fascino e vuoto. Ed è quasi impossibile farsi un'idea particolarmente favorevole del suono dei cori greci e del primo Medioevo»⁷⁴. Questa assenza di fascino nella musica dal passato è la stessa assenza che si registra nei testi normativi e nelle leggi che ci pervengono, addirittura anche in quelle di più giovane o immediata emanazione. Secondo l'interpretazione di Bloch questo accadeva per la musica, come accade nel diritto,

⁷⁰ W. VON HUMBOLDT, *La diversità delle lingue*, cit., p. 42.

⁷¹ *Ivi*, p. 58.

⁷² S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit., p. 51. Vedi anche E. BLOCH, *Spirito dell'utopia*, cit., p. 54.

⁷³ E. BLOCH, *Spirito dell'utopia*, cit., p. 54.

⁷⁴ *Ibidem*.

quando, «tutti gli esecutori dovevano limitarsi ad una unica melodia»⁷⁵ costretti a ciò da un'unica ragione legalistico-formale, quella della *grammatica musicale*, che dettava gli schemi delle ricorrenti composizioni e melodie, con riferimento costante alla nota fondamentale che, in ogni brano ed esecuzione, doveva essere richiamata, proprio come avviene nelle norme secondo lo schema kelseniano, dove il richiamo alla *Grundnorm*⁷⁶, come norma fondamentale, è doveroso rinvio di significato e senso insieme; oltre al fatto che questo rinvio conferisce validità all'intera opera e composizione.

Si tratta dello schema piramidale di matrice kelseniana, speculare ad ogni fundamentalità che condiziona l'evocazione di ogni arte, come quella del diritto, riducendo ogni estetica a scienza e tecnica, mediante l'apposizione all'apice di una norma senza la quale tutte le altre, poste al di sotto, non avrebbero significato e senso, in quanto prive di validità.

Nella musica – continua Bloch – «era lecito al più emettere sotto il canto la nota fondamentale»⁷⁷ intendendo dire che essa costituiva il massimo della melodia possibile oltre che la condizione senza la quale alcuna melodia armoniosa (definita tale) poteva darsi. È il caso della 'chiave di *sol*' (detta anche di violino), il cui esempio giova a sottolineare che lo strumento ha una legge scritta e di base che fissa la sua esecuzione e questa fissità coinvolge la musica che si esegue: il *sol* è leggibile come la nota costante che conferisce validità all'intera esecuzione espressa con quello strumento e con un determinato spartito.

In questo meccanismo, come descritto in Bloch e come nell'esempio ripreso con la chiave di *sol*, non c'è alcuno spazio per ipotesi alternative di senso interpretativo: queste, secondo Bloch, non sarebbero state gradite né dalla platea né dai maestri di musica che insegnavano quella grammatica e quella musica *secundum legem*, cioè secondo le leggi della grammatica musicale. Infatti

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ G. PETROCCO, *è possibile un'alternativa alla Grundnorm? Prospettive (giur)filosofiche*, in B. ROMANO, *Norma originaria e norma fondamentale*, Torino, 2015, p. 99 ss.

⁷⁷ E. BLOCH, *Spirito dell'utopia*, cit., p. 54.

«anche il canto liturgico non si scostava dai limiti dell'unisono»⁷⁸, cioè dai confini imposti da quel suono riconducibile alla nota fondamentale, derivandone – scrive Bloch – che «nel complesso tutto questo è un bene spento»⁷⁹.

Osserva Bloch, però, che «solo i cantori girovagli»⁸⁰, cioè quelli senza una platea fissa ma con ascoltatori cangianti ed itineranti come loro stessi, «cominciano a inventare qualcosa di nuovo. Essi non seguono alcuna scuola e così, primi tra tutti, osano comporre in maniera polifonica»⁸¹.

Il girovago è la figura che esce dai confini della fissità normativa – rappresentata dalla 'chiave piramidale' o dalla 'chiave di sol' – e muove in un più ampio percorso, raffigurato qui idealmente dalla 'rosa dei venti', agendo come persona-artista che cerca e 'incarna' la ricerca delle motivazioni per le quali «la norma»⁸², ogni norma, intesa come grammatica, non può esprimere tutto il fenomeno, come quello giuridico⁸³, linguistico o musicale.

L'orientamento del girovago è libero da confini, si direziona al più seguendo punti cardinali dello spazio geografico, che però non hanno un punto, non si conoscono in una loro fissità: si può però rinviare agli stessi attraverso l'idea di orientamento, che viene dalla posizione del sole e da quella del vento, o da quella delle stelle. Un tale orientamento è esplicativo di una non-appartenenza ad alcuna fundamentalità del movimento, caratteristica limitante di ogni moto, quello del linguaggio, del diritto e della musica. La chiave di lettura della 'rosa dei venti' consente all'artista girovago di conoscere un mondo oltre ogni ambiente, di eseguire la scelta responsabile tra quattro o più punti, o verso un'intera circolarità che si legge in essi, contro ogni unico e univoco punto fondamentale rappresentato dalla norma o nota fondamentale.

Con le parole di Bloch sull'essere-itinerante si può cogliere

⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ *Ivi*, p. 56.

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² S. PUGLIATTI, *Scritti giuridici*, cit., p. 807.

⁸³ *Ibidem.*

una critica alla fissità dei dati e delle leggi, alla forma formata dei testi e delle regole dei testi, oggetto di scienza del tecnico delle norme e della grammatica positiva, consentendo di verificare che invece, il girovago, l'itinerante, il viandante⁸⁴, è orientato ad una filosofia della musica prima che alla grammatica di questa, ricercandone aspirazioni e contenuti di bellezza, così come il filosofo del diritto non si lascia intrappolare dal tecnicismo normativo quando si volge alla ricerca dei contenuti di giustizia.

Il viandante, attraverso il percorso orientato dalla 'rosa dei venti', opera un salto qualitativo tra il *vedere* e lo *scorgere*⁸⁵, il sentire dei sensi e il pensare delle intuizioni e delle intenzioni, aggirandosi sì, ma alla scoperta del nuovo, verso la ricerca di un senso in cui «viaggiare deve comportare il sacrificio di un programma ordinato a favore del caso, la rinuncia del quotidiano per lo straordinario»⁸⁶, ove il caso è letto come assoluta disponibilità e apertura all'imprevedibile e al non-dato, con la responsabile assunzione del rischio di azionare la volontà in un sapere sempre parziale per uscire dalla situazione dell'ambiente, verso un sapere mai conoscibile interamente.

Con il lessico di Gadamer si apprende che ogni individuo è sempre in-situazione perché «la situazione è qualcosa dentro cui siamo, nella quale ci troviamo già sempre ad essere, e la chiarificazione di essa è un compito che non si conclude mai. Ciò vale anche per la situazione ermeneutica, cioè per la situazione in cui ci troviamo nei confronti del dato storico trasmesso, e che abbiamo da comprendere. ... Il concetto di situazione si può definire proprio in base al fatto che la situazione rappresenta un punto di vista che invita la possibilità di visione. Al concetto di situazione è legato quindi essenzialmente quello di *orizzonte*»⁸⁷, così come nelle dinamiche del 'girovago' che è in ognuno, alla ricerca di una distanza da quella nota fondamentale che, dunque, è anche quel 'dato storico trasmesso'.

⁸⁴ Cfr. E. HESSE, *Il viandante*, Milano, 1999.

⁸⁵ M. HEIDEGGER, *Il principio di ragione*, Milano, 2004, pp. 85-86.

⁸⁶ Cfr. E. HESSE, *Il viandante*, cit.

⁸⁷ H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 2012, p. 625.

La nota fondamentale di cui invece parla Pugliatti non è quella propriamente musicale, bensì quella con cui si dice interpretazione (giuridica) sia l'opera dell'artista che quella dell'esecutore⁸⁸, racchiudendo in apparenza entrambi sotto un'unica tecnica. Si tratta, però, di artisti della ragione⁸⁹ che solo apparentemente sembra risiedano sotto la stessa nota terminologica.

Coglie però Pugliatti che il rapporto tra *artista creatore* e *artista esecutore* va osservato con riferimento al fatto che «il primo interpreta, organizzandola per virtù d'intelletto e secondo suoi propositi e scopi, quella realtà – materiale o fantastica, fa lo stesso – che ha commosso, in quanto apparenze, attività, significato, il suo sentimento: e crea dunque una nuova, una *sua* realtà, che è, appunto, interpretazione di quella che lui commosse; il secondo, posto dinanzi a un'opera da interpretare, riesce, sezionandola e analizzandola per virtù dell'intelletto, a sentire la *necessità*, e direi la naturalezza, di ogni sua parte, di ogni suo elemento costitutivo, e la necessità di quella data successione e di quel dato ordine di tutte le sue parti che egli dovrà con la sua esecuzione ricomporre»⁹⁰. La differenza tra le due attività – nota Pugliatti – è orientata all'opposizione dei termini «libertà e necessità»⁹¹ al punto che le due *interpretazioni* sarebbero «l'una attuata per scelta, elezione, *volontà*; l'altra attuata per *riflessione e persuasione*»⁹².

Tuttavia, entrambe le attività, consentono di superare i mutismi del testo e la forma spenta della legalità cogente. Scrive Bloch: «il testo non ha alcun influsso, e l'immenso lavoro dell'intelletto chiuso in se stesso rimane sterile. La matita vorrebbe calcolare da sola e l'otto intrecciato non coglie nulla. È una partitura solo da guardare, di straordinaria qualità, che non è priva di una certa forza complessa quando la si ascolta, ma che sostanzialmente rappresenta solo l'armamentario tecnico»⁹³. Si coglie qui chia-

⁸⁸ S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit., p. 51.

⁸⁹ P. LEGENDRE, *Il giurista artista della ragione*, Torino, 2001, p. 84. Cfr. anche L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, cit., p. 91 ss.

⁹⁰ S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit., pp. 50-51.

⁹¹ *Ivi*, p. 51.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ E. BLOCH, *Spirito dell'utopia*, cit., p. 56.

ramente la presa di coscienza critica verso il formalismo del linguaggio, musicale o giuridico che sia, a questo punto speculari, che esercita una forza affascinante e complessa quando lo si analizza ma che, nella sostanza della qualità dei contenuti si scopre essere solo una rappresentazione tecnica di una disciplina e che della disciplina stessa, invece, nulla svela.

Davanti a questo scenario, dove per Pugliatti è necessario un lettore cosciente⁹⁴, per Bloch diviene «necessario l'intervento di una spinta dal basso che conduce alla semplicità e riconduce «il puro calcolo delle partiture ai luoghi della necessità dell'anima e del testo»⁹⁵. Questa spinta dal basso, letto come lo sforzo dell'interprete in Pugliatti⁹⁶, nella musica Bloch lo vede giungere «dalla canzone popolare ... si cantava a tre, fino a sei voci»⁹⁷.

In Pugliatti l'istanza popolare trova la sua genesi costitutiva in quel *Volksgeist*⁹⁸ portatore di ipotesi dialogiche sia per il diritto che per la politica, sia per la musica che l'economia, chiarendo – come avviene in Bloch nel richiamo al popolo – che è dal popolo stesso che l'unisono della musica e la fundamentalità della norma si sciolgono nella originarietà dei principi giuridici, dal popolo insorge l'istanza di universalità giuridica della disciplina del diritto, e di ogni universalità delle discipline fundamentalizzate nelle grammatiche linguistiche.

5.6. *L'interpretazione giuridica e musicale nell'applicazione e nell'esecuzione*

Dove Pugliatti afferma che «la fonte di ogni effetto giuridico è la norma, la quale però non è tutto il fenomeno giuridico», vi è un invito a leggere il fenomeno dell'applicazione e quello dell'esecuzione del diritto come momenti dell'interrelazione dell'attività dell'interpretazione giuridica.

⁹⁴ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 224.

⁹⁵ E. BLOCH, *Spirito dell'utopia*, cit., p. 56.

⁹⁶ S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit., p. 50.

⁹⁷ E. BLOCH, *Spirito dell'utopia*, cit., p. 56.

⁹⁸ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 8.

Entrambe, applicazione ed esecuzione, rappresentano quanto si svolge negli effetti giuridici, poiché promanano anche esse da una norma o da un atto normativo, ovvero dal testo della legge. Ma se la norma non è tutto il fenomeno giuridico si avrà che *a)* fenomeno giuridico ed effetto giuridico si distinguono; *b)* l'applicazione e l'esecuzione non traducono il fenomeno del giuridico. Ci si chiede allora esse in cosa consistono.

Se si considera che per Pugliatti può dirsi che l'interpretazione giuridica si legge anche come «l'estetica [che] mira a cogliere la lingua vivente, nell'atto di chi scrive o parla, nella singola espressione»⁹⁹, allora l'indagine giuridica muove attorno all'*atto* dell'applicazione del linguaggio, *il parlare* appunto, così come l'indagine artistica si dà con *l'eseguire*. Alla luce di queste iniziali riflessioni *applicazione* ed *esecuzione* non vanno disgiunte, ma lette in un tutt'uno come momenti costitutivi dell'interpretazione giuridica, cogliendo che applicare ed eseguire coincidono con interpretare.

Nella musica e nel diritto, come nell'arte in genere, tra *artista creatore* e *artista esecutore*¹⁰⁰ – come si ribadisce con Pugliatti – si ha che «il primo interpreta, organizzandola per virtù d'intelletto e secondo suoi propositi e scopi, quella realtà – materiale o fantastica, fa lo stesso – che ha commosso, in quanto apparenze, attività, significato, il suo sentimento: e crea dunque una nuova, una *sua* realtà, che è, appunto, interpretazione di quella che lui commosse; il secondo, posto dinanzi a un'opera da interpretare, riesce, sezionandola e analizzandola per virtù dell'intelletto, a sentire la *necessità*, e direi la naturalezza, di ogni sua parte, di ogni suo elemento costitutivo, e la necessità di quella data successione e di quel dato ordine di tutte le sue parti che egli dovrà con la sua esecuzione ricomporre»¹⁰¹. Le due *interpretazioni* sarebbero «l'una attuata per scelta, elezione, *volontà*; l'altra attuata per *riflessione* e *persuasione*»¹⁰².

⁹⁹ ID., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., pp. 142-143.

¹⁰⁰ ID., *L'interpretazione musicale*, cit., p. 51.

¹⁰¹ *Ivi*, pp. 50-51.

¹⁰² *Ibidem*.

In entrambi i casi si ha a che fare con l'interpretazione, perché applicando o eseguendo si è invitati ad una riflessione sulla 'comprensione', secondo una tesi centrale in Gadamer: «comprendere significa sempre, necessariamente, applicare»¹⁰³ perché ci si trova dinanzi alla situazione che ambienta l'interprete, poiché nessun soggetto impegnato nell'opera ermeneutica può essere senza una situazione che gli appartiene nella sua esistenza presente. Ciò chiarisce ancora più nettamente l'affermazione di Pugliatti: «la nostra interpretazione sarà sempre un'interpretazione *nostra*»¹⁰⁴, al punto che, proprio per questo, gli viene preteso, per mezzo della sua attività, che renda tale originalità, leggibile nel diritto con un potersi dire – appunto – autore imputabile, capace di aver adoperato una scelta dal pensiero all'azione, determinando così il modificarsi irreversibile della sua realtà fenomenica e di quella degli altri ai quali è destinata l'attività che ruota intorno a quell'opera, a quel lavoro, a quel testo.

Dall'osservazione di Pugliatti discende che ogni «interpretazione è sempre di qualcuno in un momento della sua vita»¹⁰⁵.

Evidenzia Pugliatti che non esiste un interprete «artisticamente inerte»¹⁰⁶ perché la ricerca della giustizia, come della bellezza, non coincide col significato letterale della norma giuridica o dello spartito musicale, che presentano una datità «inerte e muta»¹⁰⁷; giustizia e diritto si costituiscono «nel carattere personale e quindi interpretativo»¹⁰⁸ dell'esecuzione giuridica. Ogni esecuzione, infatti, per essere compiuta, non deve limitarsi a quella tecnicamente genuina, «a quel tipo di esecuzione che spesso si attua in chi 'legge' al pianoforte un'opera musicale»¹⁰⁹, in quanto l'individuo nell'attività interpretativa, applicativa o esecutiva del diritto, mantiene sempre la sua originalità, e ciò non per scelta ma –

¹⁰³ H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 2012, p. 639.

¹⁰⁴ S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, p. 50.

¹⁰⁵ L. PAREYSON, *Estetica. Teoria della formatività*, cit., pp. 238-239.

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 29.

¹⁰⁷ L. PAREYSON, *Verità e interpretazione*, Milano, 2005, p. 69.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ L. PAREYSON, *Estetica. Teoria della formatività*, cit., p. 263.

secondo la direzione di Gadamer e di un possibile accostamento a Pugliatti – perché investito da una condizione-situazione della quale è portatore unico ed originale. Questa originalità, davanti al mondo universale dei fenomeni giuridici e culturali, si traduce in una eccezione del singolo rispetto alla comunità.

L'esecuzione di un'opera, come quella di uno spartito musicale, o quella di un atto/testo normativo, pone l'interrogativo sul che ne è di quel testo nel suo incidere 'attualmente e in avanti', nel suo trovare – dunque – una applicazione.

L'espressione di Pugliatti 'la nostra interpretazione sarà sempre un'interpretazione *nostra*' è letta in Bloch con la questione della interiorità delle intenzioni, che trovano una residenza ne' '*l'incontro col sé*'¹¹⁰ in cui si fa forte la meditazione sulla scelta applicativa di un testo scritto in quanto, dalla sua applicazione, si ha che esso dal passato si viene ad inscrivere nel presente, incidendo nella formazione attuale del futuro, nella consapevolezza che la questione del senso impegna prioritariamente la persona e le sue relazioni interpersonali nella prospettiva della formazione continua del futuro.

A chiarire la co-essenzialità tra applicazione e interpretazione soccorre ancora il lessico di Gadamer per il quale, anche a proposito della musica, l'interpretazione che «si ha nell'esecuzione della poesia e della musica – e si ricordi che solo nell'essere eseguite esse hanno la loro esistenza – ... non si può mai realizzare senza osservare ... un altro tipo di norme, quelle che limitano l'esigenza di una perfetta fedeltà allo stile originario dell'opera con necessario riferimento al gusto stilistico del momento presente»¹¹¹ ma con la presa di distanza dal coincidere con l'opera d'arte che si compie. Infatti, «se l'interprete intende *essere* l'opera e se per l'interprete la propria interpretazione è l'opera stessa, si può dire che l'opera non vive che nelle proprie esecuzioni. L'esecuzione non aggiunge all'opera niente che non sia suo»¹¹².

Vi è una analogia tra i tre fenomeni della poesia, della musica e

¹¹⁰ E. BLOCH, *Spirito dell'utopia*, cit., p. 218.

¹¹¹ H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., pp. 641-643.

¹¹² L. PAREYSON, *Estetica. Teoria della formatività*, cit., p. 234.

del diritto, che si concretizzano, entrano ed incidono nell'esistenza delle persone unicamente 'nell'essere eseguite' ed hanno una esecuzione che non si limita ad una semplice attività anonima o tecnica, propria del conoscere e riprodurre, ma comportano una peculiare opera normativa, consistente nell'assumere e rispettare le norme che limitano la semplice esecuzione = riproduzione ed anzi esigono un riferimento alla situazione presente e a quella della originalità di chi interpreta.

Queste considerazioni accomunano i fenomeni della musica e del diritto ed entrambe le attività, applicazione ed esecuzione, consentono di superare la forma spenta del testo. Osserva Bloch: «il testo non ha alcun influsso, e l'immenso lavoro dell'intelletto chiuso in se stesso rimane sterile. È una partitura solo da guardare, di straordinaria qualità ... ma che sostanzialmente rappresenta solo l'armamentario tecnico»¹¹³.

La musica non è tecnica, non è concepita ed eseguita per la musica, così come il diritto non è istituito per il diritto, ovvero la legalità non è destinata alla legalità, ma musica e diritto sono al 'servizio' delle persone, custodiscono la loro differenza rispetto alle cose, al tutto il resto del non-umano. La musica ed il diritto non hanno la loro genesi ed il loro scopo nella struttura della composizione e dell'esecuzione musicale oppure nell'istituzione e nell'applicazione delle norme giuridiche, ma hanno un inizio ed una destinazione costituiti dalle persone, dall'aprirsi all'alterità ed al rispettarla, nelle relazioni interpersonali.

Nell'attività ermeneutica si ha a che fare con l'eccezione, che richiama il momento dell'applicazione del contenuto che viene interpretato; senza l'eccezione non si presenterebbe nulla di quel che è proprio dell'applicare il lavoro interpretativo, togliendolo da un universale, che, senza riferimento all'eccezione, permane privo di un mondo concreto, di una realtà esistita con gli altri.

L'arte dell'interpretazione è impegnata nel rispetto di questa eccezione, intesa come condizione esistenziale del singolo, destinatario essenziale dell'applicazione. La scienza del diritto, intesa come conoscenza spersonalizzante delle norme, non ha alcun riferimento all'applicazione, anzi, nella sua coerenza, dovrebbe limi-

¹¹³ E. BLOCH, *Spirito dell'utopia*, cit., p. 56.

tarsi ad un universale che non ha legame alcuno con l'eccezione. Questa, invece, illumina il contenuto della particolarità di un caso concreto appartenente ad una persona, e solo a quella, non potendosi cogliere alcun rilievo – come osserva Pugliatti – nella analogia in quanto essa «se avesse una qualunque ragion d'essere, se non fosse un vano miraggio o il frutto di un equivoco, non sarebbe affatto da trascurare»¹¹⁴. Essa, invece, opera «sotto la spinta che esercita il fascino del *simile*, cioè quella parte di esso che è *differente* da ciò che è noto»¹¹⁵, costituendo, pertanto, un risultato di pienezza empirica che però è finzione in quanto, riferendosi alla particolarità dei casi come storie di persone, finisce per dichiarare uguali non tanto casi simili, bensì persone diverse.

Non si tratta, infatti, di trattare uno strumento della tecnica, ma di rivolgersi agli individui singolarmente, ognuno con la propria storia, il proprio caso 'davanti alla legge'. Infatti «la condizione di colui che applica la giustizia è del tutto diversa ... qui trova posto il problema dell'ermeneutica giuridica. La legge è sempre manchevole, non perché sia imperfetta in se stessa, ma perché di fronte all'ordine che le leggi hanno di mira è la realtà umana che si mostra manchevole e non permette perciò una pura e semplice applicazione di esse»¹¹⁶.

Infatti, le condotte delle persone non sono degli oggetti conoscibili e riproducibili così come invece avviene nelle attività delle scienze e delle tecniche.

La legge sorge per il suo essere applicata e quindi non può evitare di analizzare il singolo caso in cui l'applicazione si riferisce e «non c'è dubbio ... che il destinatario di un comando che deve operare una comprensione creativa del senso di esso»¹¹⁷, originale, e non una esecuzione anonima, macchinale.

Come nella musica l'esecuzione di uno spartito non può non essere ambientata nella peculiarità della condizione presente che qualifica l'interprete, così analogamente nella giuridicità l'esecu-

¹¹⁴ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 79.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 80.

¹¹⁶ H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 659.

¹¹⁷ *Ivi*, p. 689.

zione delle norme assume i tratti propri del tempo presente, che, nella storicità di tutti i sistemi sociali, illuminano con un senso nuovo i contenuti delle norme istituite secondo il tempo del legislatore. Il divario temporale tra il legislatore ed il magistrato è analogo a quello che separa l'autore di un'opera musicale e l'interprete-esecutore di una tale opera.

Una singolo esistente, considerato in una sua presunta autosufficienza non parla, non compone uno spartito musicale e non istituisce delle norme giuridiche, poiché queste tre attività umane presuppongono l'altro. Sia il parlare, sia il creare un'opera musicale, sia l'attività legislativa sorgono sul presupposto essenziale della relazionalità umana in quanto – come si ribadisce con Pugliatti – «dove gli uomini vivono in società essi stanno in una comunanza di rapporti intellettuali che dall'uso di una lingua comune vengono ... sviluppati»¹¹⁸. Senza comunicazioni intellettuali e intersoggettive, nessuno parlerebbe, né darebbe vita ad una composizione artistica, né concepirebbe delle norme giuridiche, poiché la parola, l'arte ed il diritto traggono senso dall'essere concepite anche per l'altro.

In questi tre ambiti l'esistenza del singolo è ambientata nella coesistenza, così che ogni persona è in una comunità e in una 'comunanza di rapporti' non identificandosi con essa, mostrandosi anzi come una eccezione; e, potendo essere originalmente una eccezione nel riferimento agli altri, nessuno può essere una eccezione permanendo nella sua autosufficienza chiusa all'alterità, al confronto, nessuno può avere la concretezza del suo esistere se non entrando nella coesistenza e nelle regole che la disciplinano perché «l'eccezione non può essere distinta univocamente dall'universale, né l'universale, a sua volta, dall'eccezione»¹¹⁹ ... Essa [l'eccezione] si comprende come eccezione solo attraverso l'universale»¹²⁰.

Alla condizione umana non è dato il pensiero di un concetto nella sua semplicità assoluta, ovvero senza riferimento a dimen-

¹¹⁸ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., p. 8.

¹¹⁹ K. JASPERS, *Della verità*, Milano, 2015, p. 1493.

¹²⁰ *Ivi*, p. 1501.

sioni estranee ad un tale concetto. Non è dato il pensiero di una forma che non si definisca differenziandosi da un'altra forma, ovvero non è accessibile né l'universale senza l'eccezione, né l'eccezione senza l'universale. Si rischia, piuttosto, «di perdere la verità se rimaniamo in ciò che è univocamente universale. Solo se comprendiamo l'eccezione possiamo comprendere anche la verità autentica dell'universale»¹²¹, poiché all'eccezione si lega il movimento storico, che rimane distante dall'universale. Infatti «ogni esistenza in quanto storicità è nella sua insostituibilità, al tempo, non universale. La storicità come tale include in sé l'eccezionalità»¹²².

Nell'attività ermeneutica, l'eccezione richiama il momento dell'applicazione del contenuto che viene interpretato; la scienza giuridica, invece, non contempla alcuna ermeneutica dei contenuti giuridici, non essendo nemmeno interessata a discutere la coappartenenza di applicazione al caso concreto ed esecuzione su un caso concreto, e ciò in quanto essa esegue in forma anonima i contenuti dei testi di legge; ma, avverte Pugliatti, «la scienza del diritto non può chiudere nella rete dei suoi concetti, tutta l'esperienza giuridica ... questa esperienza è vita e azione di uomini, cioè attività libera e storia»¹²³, attraverso le quali si dà il susseguirsi di ipotesi di senso di quanto in Bloch si chiarisce «in ciò che ancora non (c)è»¹²⁴ e che in Pugliatti si ha nell'indeterminazione che è «la porta attraverso la quale il flusso storico penetra continuamente nel sistema normativo»¹²⁵.

5.7. Interpretazione, esecuzione e speranza nel diritto

Senza l'attività dell'interpretazione, che schiude da questa indeterminazione 'che non si sa e non è ancora', il linguaggio di

¹²¹ *Ivi*, p. 1515.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 122.

¹²⁴ E. BLOCH, *Spirito dell'utopia*, cit., p. 6.

¹²⁵ *Ibidem*.

qualunque disciplina si rivelerebbe emissione di suoni e segni, mancando il rinvio simbolico costitutivo di ogni opera dell'umano.

L'attività che si rivolge alla ricerca simbolica dei contenuti che vengono dalla oggettualità è, senza dubbio, arte; muovono con l'arte sia il creatore (il legislatore), sia l'interprete-esecutore (il magistrato), direzionandosi alla ragione simbolica rappresentata dalla terzietà giuridica, comune a tutti i campi del diritto. Sottolinea, però, Pugliatti, che tra autore-creatore ed interprete-esecutore si individua una discontinuità nel patimento di una differenza mai cancellabile, leggibile nel diritto, come differenza tra libertà e legge: l'autore «parte dalla totale libertà del suo spirito»¹²⁶, «l'interprete è sempre vincolato all'opera d'arte»¹²⁷. Entrambi si completano nella ragione giuridica che nella musica è letta come ragione estetica, propria del musicista e dell'attore, del giurista e del filosofo del diritto, impegnati alla costruzione di un senso attraverso l'opera dell'interpretare, oltre ogni oggettualità, nel superamento qualitativo della datità esistenziale e biologica. Tutti presentano l'iniziale «bisogno ... di impossessarsi del testo»¹²⁸ e «ne ha pure bisogno quegli che deve eseguire o dirigere una composizione musicale»¹²⁹: questo passaggio può chiamarsi 'intelligenza del testo', che traduce l'arte dell'interpretazione giuridica propria dell'artista della ragione.

Nel diritto è la ragione giuridica a muovere l'opera dell'interprete, illuminate dalla terzietà del *logos* e dalla terzietà del *nomos*¹³⁰, dimensioni non riconducibili ad una sola ragione scientifica, ma che chiedono di identificare-identificarsi, scegliere-scegliersi per giudicare-giudicarsi secondo l'attività valutativa che non si serve di una ragione tecno-macchinale.

Il dialogo di Agostino tra il maestro e il discepolo presenta questa riflessione: «La scienza può sussistere nella sola ragione,

¹²⁶ *Ivi*, p. 34.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Ivi*, p. 19.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2002, p. 166 ss.

l'arte invece esige l'unione di imitazione e ragione»¹³¹. La 'sola ragione' è quella macchinale, appunto della scienza; nell'arte invece si coglie l'unione di ragione ed estetica formativa di un senso.

Il raffronto tra le due dimensioni consente di verificare che nell'estetica e nell'arte in genere si situano ragione giuridica e ragione musicale, chiarificando che in entrambe le dimensioni, anche solo dette musica e giustizia, si ha a che fare con movimento e numeri (codici, spartiti, testi, col loro tempo e la loro storiografia) messi in discussione con la *grammatica* e con il *suono*: la prima è il filo logico conduttore, il sostrato materiale di qualunque esecuzione; il secondo è l'effetto. Questo, più propriamente il risultato dell'arte interpretativa, non è noto mai all'autore o al creatore o all'interprete. È infatti nella forma dell'arte, libera e responsabile, che si illumina il testo, lo spartito, altrimenti lettera morta. Si ha, dunque, conoscenza di una scienza logica, di quel sostrato materiale indispensabile all'esecuzione, all'interpretazione; ma non tutti, o non tutti in eguale modo, possono avere la stessa coscienza imitativa, riproducibile o interpretativa, di un'arte che sprigiona dall'impeto provocato da quella conoscenza.

L'interpretazione giuridica senza la volontà di penetrare la conoscenza per coglierne il *contenuto della ragione giuridica* (contenuto della norma), è sola esecuzione materiale, anonima e indifferente, fungibile e non responsabile.

Nella dimensione artistica non esiste alcun inveroamento di propulsioni nichilistiche: la giustizia e la musica non muovono verso il nulla, bensì verso il senso di ciò che appare e di ciò che non appare, di ciò che sembra nulla e di quanto invece esiste. Ma il lessico del testo della legge e quello dello spartito musicale presentano la sola forma del nulla nel solo momento della loro inerzia passiva: essi vengono attivati dall'interprete ed eseguiti con l'impiego dell'arte della parola parlata, scritta o declamata¹³², o in altra forma d'arte resa ed interpretata (musica, disegno, mimo, teatralità), e una volta ripresi rivelano il loro essere 'opera' immessa nell'opera rinviante del significante che li interpreta, per direzionarsi, da lì, verso un 'essere ancora'. E, proprio perché così

¹³¹ AGOSTINO, *De Musica*, I, 4-6.

¹³² S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit., p. 95.

ripresi, accendono l'attiva ricezione di un senso destinato ad ipotizzare al futuro.

A proposito della 'fede' nichilistica, anche il pensiero di Bloch sull'arte torna proficuo alla speculazione sul diritto. Il rapporto che lega la parola al linguaggio, in un testo e con-testo, non è indagabile con le forme della fissità e della negazione dei concetti e dei principi che accendono la luce motivazionale dell'arte dell'interpretazione. L'uomo è alla ricerca di un senso esistenziale e di un senso giuridico, di un sempre bello e di un sempre giusto, di certezze e perfezioni: questa ricerca è attivata attraverso i primi mezzi messi a disposizione dalla grammaticalità di base, tipica di ogni ambito disciplinare, ma seguita immediatamente da una capacità propria di rendere evocanti tutti gli ambiti che appaiono muti, come la materia base stessa. Questo processo è quanto avviene per ogni arte, ed è lo stesso che si compie nel diritto.

Il giurista nichilista, quello che resta a vedere, che non si sporge allo scorgere, che non compie il rischio del salto verso il pensare sollecitato da un sentire, è quel solo giurista positivo segnato dall'assoggettamento alla forma, all'appiattimento dell'essere *homo juridicus*, cui manca qualcosa qualitativamente di più degno del cosiddetto *uomo di legge*.

Si tratta di una assenza di ciò che in Pugliatti viene espresso con il concetto di *Volksgeist*¹³³, espressione di appartenenza ad una comunità umana e letto come dimensione «vivente ed operante universalmente in tutti gli individui»¹³⁴, capace di alimentare lo sviluppo del «diritto positivo»¹³⁵.

Il *Volksgeist* in Pugliatti è espressione di un interesse più alto, verso il fenomeno del trascendente, in cui risiede solo per l'uomo il dono di quella capacità evocante, sempre originale, che nell'arte è l'estro, nella musica è immedesimazione, interpretazione ed esecuzione, nel diritto è arte del bene e del giusto.

Questa mancanza di *Volksgeist* nel senso discusso è ripresa e osservata anche da Bloch, quando si imbatte nella proficua critica

¹³³ ID., *Grammatica e diritto*, cit., p. 8.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*.

al nichilismo di tutti i livelli e verso tutti i suoi sostenitori, ‘accusandoli’ di mancare della «forza profondissima del *venir-coinvolti*»¹³⁶ in quanto il nichilismo opera una ‘dichiarazione di potenza’ nell’affermare inesistenti le questioni sul senso e sul coinvolgimento (come guardare e andare insieme – con), riconoscendo per contro la supremazia dell’io narcisistico sull’altro, mai con-l’altro.

È, appunto, in questo *venire a* ‘essere o restare coinvolti’ che si dà conto di trovarsi in una comunanza di intenti e sensi, in un progetto universale e di tutti orientato dal senso comune verso il bene comune, scopi che lontano da ogni inerzia nichilistica si raggiungono, anche se – e proprio in quanto – mai compitamente, nello sforzo di scorgere il vero, il bello e il giusto: se l’interprete scegliesse di smettere di interpretare un testo normativo, un caso di controversia di diritto, se un giudice volesse sottrarsi al suo libero convincimento come emerso dal dialogo dibattimentale, decidendo ingiustamente anche di non rendere sentenza, se l’artista non volesse più accingersi all’esecuzione di un brano musicale o alla creazione di un quadro che tiene a mente in un senso di originalità, tutta la dimensione artistica dell’uomo finirebbe col perire: muore il testo non letto e non interpretato, muore l’arte pittorica per mancato impiego della tela e dell’estro, si spegne il panorama della musica rinnovata nei secoli dalle interpretazioni che si succedono e trasformano i suoni e l’armonia del linguaggio musicale.

Nemmeno in Pugliatti è contemplato un siffatto interprete ‘artisticamente inerte’¹³⁷, quello che non sia impegnato in una attività creativa originale, e ciò in quanto l’originalità può valere solo nell’ambito di una creazione, che non è riesumazione di un passato (volitivo e letterale) in quanto, se così fosse, l’interprete sarebbe un tecnico inerte e l’attività di interpretazione sarebbe originale arbitrio¹³⁸.

Nella forma della parola morta la vita stessa muore, come

¹³⁶ E. BLOCH, *Spirito dell’utopia*, Milano, 2009, p. 218.

¹³⁷ S. PUGLIATTI, *L’interpretazione musicale*, cit., p. 29.

¹³⁸ *Ibidem*.

muore la musica e la sua arte rinviante se lo spartito è lasciato al nulla delle esecuzioni e sue riprese. Questa ripresa è quella di una attiva ricezione di senso, che muove dalla situazione della singolarità, attraversa la forma data, la trasforma e la direziona verso una originale formatività di quella forma stessa, e verso altre formanti: si assiste al sacrificio di un processo dialogico, estetico, artistico, giuridico, in cui la forma e la materia sono accese dalla vita dell'arte del diritto, penetrando i testi e i dati normativi, la materia normativa e le sue forme date, dando rilievo all'espressione secondo la quale «l'opera non vive che nelle proprie esecuzioni»¹³⁹ nella direzione principale della 'ricerca del giusto'¹⁴⁰ nell'armonia di grammatica e filosofia pensante.

Anche nel tecnicismo 'classico' può incontrarsi questa armonia tra *nomos* (norma, scienza e grammatica) e *logos* (giustizia e filosofia del diritto), ma inteso come *rapporto* che apre ad uno sviluppo della scienza stessa: in questo ambito «la proporzione è precisamente una uguaglianza tra rapporti»¹⁴¹.

Nel rapporto tra norma e diritto la norma non è il diritto come lo spartito musicale non è la musica. Tra lo spartito musicale e la musica si pone quale medio l'opera d'arte dell'esecutore che interpreta, che restituisce la vita al testo attraverso la parola o il suono dell'interprete evocante, nella direzione di produrre – come annota Pugliatti – il 'timbro giusto'¹⁴², collocando questa giustezza in una sorta di melodia costruita negli intervalli; questi, nel diritto, sono le procedure e le riflessioni dell'interprete, quelle condizionate agli atti dello stabilire¹⁴³, un momento – questo – che sfugge ad ogni interpretazione, libera o analitica.

Si conserva, nell'armonia di *nomos* e *logos*, la speranza di continuità della ricerca, il cui unico scopo è *rendere* giustizia come attività che attiene ad un si 'si deve' in quanto *si sente* dover rea-

¹³⁹ L. PAREYSON, *Estetica. Teoria della formatività*, Milano, 2002, p. 234.

¹⁴⁰ L. AVITABILE, *Cammini di filosofia del diritto*, Torino, 2012, p. 172.

¹⁴¹ P. ZELLINI, *Il logos della scienza*, Parma, 2007, p. 60.

¹⁴² S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit., p. 63.

¹⁴³ L. AVITABILE, *Interpretazione del formalismo giuridico in E. Stein*, cit., p. 197.

lizzare¹⁴⁴ come bene comune, gratuito e non padroneggiabile da alcuno.

Se il fine dell'armonia nel diritto coinvolge il bene inteso come di tutti, allora il bene è anche il fine dell'opera musicale, inteso come il benessere-godimento dell'anima e del corpo, attratti e impegnati nell'opera della 'composizione' del suono, che mira all'impegno in un'opera di 'fruizione' dell'ascolto. Il giudice, nel diritto, non può sottrarsi all'ascolto, ed ogni forma di terzietà non può sottrarsi al sacrificio di questa operazione: infatti quella forma intuita dal giudice interprete svela che la facoltà giudicatrice è alla base di tutti i moti intellettuali¹⁴⁵.

Scrive Pugliatti: «la pagina musicale – come quella normativa – pone all'interprete un problema di ordine intellettuale e ne sollecita l'impegno verso la piena intelligenza. Sulla base di questa si attua una nuova sintesi creativa»¹⁴⁶ che, in virtù di questa acquisita e sempre nuova intelligenza – secondo anche l'itinerario di Bloch –, elabora, interpreta e valuta la condizione esistenziale delle relazioni giuridiche, aprendo ad un futuro in costante formazione.

La dimensione del futuro è presentata da Bloch con il riferimento alla luce del principio della speranza che, però, pur se «costitutivamente esposta all'incertezza e alla delusione»¹⁴⁷, alimenta la ricerca muovendo proprio da quel che non si sa affinché non sia male e ingiusto. È il diritto e la ricerca del giusto, attraverso l'interpretazione e l'esecuzione giuridiche, a svelare ciò che non è ancora attraverso l'impiego armonico della ragione legale con quella giuridica, nell'incessante speranza di 'poter continuare a sperare' in una formatività futura di bellezza e giustizia.

¹⁴⁴ Cfr. B. ROMANO, *Il dovere nel diritto. Giustizia, uguaglianza e interpretazione*, Torino, 2014.

¹⁴⁵ S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit., p. 31.

¹⁴⁶ *Ivi*, p. 38.

¹⁴⁷ E. BLOCH, *Il principio speranza*, cit., p. XV.

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Prefazione</i> di Angelo Falzea	IX
<i>Introduzione</i>	1

I

Del diritto in Salvatore Pugliatti

1.1. Rilevanza giuridica e rilevanza normativa: storia, scienza e giuridicità	23
1.2. Sistema grammaticale e sistema giuridico: (opera) dell'arte nel linguaggio e nel diritto	33
1.3. La questione della datità come fissità: sistema, diritto e linguaggio	39
1.4. Storia, scienza e diritto nella relazione giuridica	45
1.5. Discussione sul metodo nel diritto	53
1.6. La costruzione relativistica di concetti e norme	64

II

Dalle teorie generali alla filosofia del diritto

2.1. La riflessione di Pugliatti sui problemi delle teorie generali del 'sistema diritto'	73
2.2. Evoluzione, interpretazione e intendimento sui termini giuridici	79
2.3. Forma e contenuto delle norme e del diritto: dalla grammatica normativa alla giurisprudenza come filosofia del diritto	85

	<i>pag.</i>
2.4. La logica <i>delle e nelle</i> norme. Dato positivo, concetto e sistema	90
2.5. Logica e pensiero sui concetti giuridici	93
2.6. Dalla 'polemica' sui concetti: i risvolti sul pensiero giuridico	102
2.7. La scienza giuridica come sistema e gli effetti giuridici della costruzione concettuale	108

III

Norma e fenomeno giuridico. Filosofia del diritto tra continuo-discontinuo

3.1. La questione del 'fenomeno giuridico' e del 'fatto giuridico'	115
3.2. L'influenza del pensiero giuridico di Pugliatti sulla dottrina: la dimensione giuridica della proprietà e la 'costituzionalizzazione' dei principi giuridici	120
3.3. Il metodo giuridico come problema: a partire dalla dottrina civilistica .	130
3.4. Elementi di un'interpretazione lineare del diritto: tra continuo-discontinuo	137
3.5. Fra normativismo e istituzionalismo: la corrispondenza fra diritto e linguistica e il problema concettuale della conoscenza .	148
3.6. Norma fondamentale e mutamento come fenomeno rivoluzionario	156

IV

Linguaggio del diritto e teoria dell'interpretazione

4.1. L'attività dell'interpretazione: storia, sistema e agire umano	167
4.2. Interpretazione, fatto e fattispecie	170
4.3. Cenni speculativi tra interpretazione ed ermeneutica	177
4.4. Ermeneutica del linguaggio del diritto e interpretazione del fatto giuridico	181

	<i>pag.</i>
4.5. Il pensiero di Pugliatti sulla teoria dell'interpretazione giuridica	194
4.6. Risvolti della logica nel rapporto giuridico: volontà, comune intenzione, conoscenza e comprensione	208
4.7. Interpretazione e analogia	220
4.8. Era globale e crisi della complessità: rapporto tra 'grammatica e diritto' ed esemplificazione del 'complesso'	226
4.9. Dall'interpretazione alla giurisprudenza come scienza pratica: 'concretizzazione' della filosofia del diritto	240

V

*Armonia tra legalità e giustizia.**Linguaggio giuridico e linguaggio musicale*

5.1. Atto del parlare e linguaggio come forme di arte giuridica	255
5.2. Interpretazione giuridica e interpretazione musicale: linguaggi a confronto tra Pugliatti e Bloch	259
5.3. Diritto e utopia. L'interpretazione giuridica come 'poter ancora'	263
5.4. Giustizia, utopia e speranza come ontologie del non-essere-ancora	265
5.5. La 'nota' fondamentale nell'arte: musica e diritto	269
5.6. L'interpretazione giuridica e musicale nell'applicazione e nell'esecuzione	276
5.7. Interpretazione, esecuzione e speranza nel diritto	283

Finito di stampare nel mese di febbraio 2016
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220