

La scelta del metodo nella giurisprudenza.

(Dialogo tra giurista e filosofo)

Luigi Bagolini

Catedrático de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Génova.

Sommario:

1 — Esempi di possibili decisioni di un medesimo caso fra loro opposte: occupazione abusiva ed in buona fede dello spazio aereo; immissioni. Argomentazioni logicamente coerenti in rapporto alle rispettive premesse metodologiche. Risultati diversi corrispettivi a scelte di premesse metodologiche diverse. Metodo formale e metodo teleologico. 2 — I valori come elementi che caratterizzano l'ambiente in cui avviene la scelta del metodo. L'interpretazione storica dei valori come chiarificazione delle possibilità di scelta metodologiche. Significato ed utilità del dialogo tra giurista e filosofo nella cultura e nell'esperienza giuridica contemporanea. 3 — Pregiudizi da superare per attuare il ridetto dialogo: a) intorno al carattere pratico della scienza giuridica; b) intorno al rapporto fra metodi della scienza e metodi dell'interpretazione; c) intorno alla struttura dei procedimenti della scienza giuridica. False opposizioni fra scienza del diritto e filosofia, fra i procedimenti della scienza giuridica e le valutazioni in essi implicite. Condizioni di possibilità della collaborazione fra giurista e filosofo nella chiarificazione delle premesse metodologiche.

1 — Non é certamente difficile trovare esempi di possibili decisioni di un medesimo caso fra loro opposte perché sostenute da serie di argomentazioni che fanno capo a scelte di premesse metodologiche diverse.

In riferimento alla più recente letteratura si consideri l'occupazione abusiva ed in buona fede di spazio aereo. Tizio e Caio condomini, proprietari rispettivamente del piano inferiore e del piano superiore di un edificio distrutto durante la guerra. Per la ricostruzione Tizio si impegna con Caio a non superare una certa altezza, che poi invece di fatto supera. Dimostrando la sua buona fede, e non essendoci stata opposizione da parte di Caio, Tizio in base all'art. 938 c.c. pretende che sia evitata la demolizione di ciò che ha costruito. Secondo tale articolo "se nella costruzione di un edificio si occupa in buona fede una porzione del fondo attiguo, e il proprietario di questo non fa opposizione entro tre mesi dal giorno in cui ebbe inizio la costruzione, l'autorità giudiziaria, tenuto conto delle circostanze, può attribuire al costruttore la proprietà dell'edificio e del suolo occupato. Il costruttore è tenuto a pagare al proprietario del suolo il doppio del valore della superficie occupata, oltre il risarcimento dei danni."

Mentre la Corte di Cassazione (1) si è pronunciata contro la possibilità di estensione analogica al caso in questione del ridetto articolo, a favore invece di tale possibilità, in sede di elaborazione scientifica, sono state svolte importanti argomentazioni (2). Due tesi, dunque, fra loro opposte intorno alla risoluzione di un medesimo caso che, a mio avviso, derivano rispettivamente da attitudini metodologiche diverse. Da un lato argomenti strettamente formali e validi rispetto alle loro premesse metodologiche, d'altro

(1) Con sentenza 23 ottobre 1954, n. 4038, in *Giur. it.*, 1955, I 2, C. 835. Cfr. W. BIGIAMI *Occupazione abusiva e in buona fede di spazio aereo* in "Rivista di diritto civile", 1955, pp. 469-473.

(2) W. BIGIAMI, *op. cit.*, *passim*.

lato diverse premesse metodologiche e, rispetto ad esse, argomentazioni altrettanto valide.

Ebbene, sul piano di una pura considerazione strettamente formale, che è il piano di considerazioni da cui emerge la decisione della Corte Suprema, gli argomenti per cui non appare possibile estendere l'art. 938 alla fattispecie di occupazione abusiva dello spazio aereo sono i seguenti: *a)* non si può tecnicamente, in tale fattispecie, parlare di proprietà dello spazio aereo. “Lo spazio non è oggetto, ma semplice mezzo in cui si trova l'oggetto del diritto” (3). Dall'art. 840 c.c. la proprietà è estesa al sottosuolo ma non allo spazio sovrastante. L'occupazione abusiva dello spazio aereo non implica perciò violazione di un diritto reale, ma soltanto inadempimento di una obbligazione concernente i limiti della ricostruzione. *b)* Non sono applicabili alla fattispecie in questione le regole dell'accessione. *c)* L'art. 938 è una norma eccezionale, come tale non estensibile analogicamente.

Tutti questi argomenti (4), se si parte dalle premesse di una considerazione formale, appaiono inconfutabili. La critica che si può fare e che effettivamente è stata fatta, presuppone un cambiamento delle premesse, e cioè precisamente la contrapposizione iniziale di un punto di vista, per così dire “sostanziale”, al punto di vista formale.

Un punto di vista sostanziale è quello, ad esempio, di chi si metta ad interpretare la norma cercando di determinare quale sia l'interesse prevalente, ovvero, nella terminologia usata dai teorici tedeschi della giurisprudenza degli interessi, quale sia l'interesse causale che il legislatore voglia proteggere nell'ambito del conflitto di interessi previsto dalla norma. Ora, qual'è l'interesse causale, ovvero

(3) Secondo le parole di F. SANTORO-PASSARELLI (*Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, n. 9, pp. 40-1) citate dal BIGIAMI, *op. cit.*, p. 471.

(4) Sono argomenti esaminati criticamente dal BIGIAMI, *op. cit.*, p. 470 e ss. Cfr. autori citati, *ib.*, p. 471.

l'interesse prevalente dell'art. 938? E' evidentemente quello di favorire le costruzioni (5). Accettato ciò, attraverso una prospettiva sostanziale si può arrivare al capovolgimento dei risultati ottenuti attraverso una prospettiva strettamente formale (6). Entrano in gioco le due facce della medaglia: formale e sostanziale. Come ogni norma giuridica, l'art. 938 ha una sua *Gebotsseite* ed una sua *Interessenseite* (7), cioè — un aspetto ed — una faccia, per così dire, precettistica ed imperativa, ed — un altro aspetto, ed — un'altra faccia in cui si esprime la risoluzione di un conflitto di interessi, e perciò la rappresentazione di un inte-

(5) Il BIGIAVI contrappone un punto di vista sostanziale al "criterio eccessivamente formalistico e ristretto" su cui si fonda il ragionamento svolto dal Supremo Collegio (*op. cit.*, p. 471). E a me sembra appunto che qui la considerazione della sostanza possa essere assunta come equivalente alla considerazione degli interessi causali di cui, ad esempio, parlava PH. HECK (*Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* in "Archiv für die civilistische Praxis", 1914, p. 8). Il metodo di valutazione degli interessi causali deve essere tenuto distinto dal cosiddetto metodo sociologico rappresentato, ad esempio, da H. WÜSTENDORFER (*Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkte* in "Archiv für die civilistische Praxis", 1912, pp. 219-380). Il metodo sociologico appare infatti criticabile dal punto di vista di HECK (*op. cit.*, p. 275) perchè con esso l'interpretazione della legge viene a trasformarsi fundamentalmente nella imposizione arbitraria del contenuto desiderato dall'interprete. Mentre invece la valutazione degli interessi deve, sempre secondo HECK (*op. cit.*, p. 52), essere usata, in primo luogo, quale "strumento euristico per la conoscenza delle idee contenute nei precetti giuridici"

(6) Per una breve e veramente magistrale determinazione storica delle differenze fra attitudini metodologiche formali e metodi finalistici vedi il capitolo: *Die Richtungen in der Rechtswissenschaft* in un corso di lezioni di G. RADBRUCH: *Vorschule der Rechtsphilosophie* (Heidelberg, 1947), pp. 61-82.

(7) "a) Das Recht hat eine *Gebotsseite*. Die Rechtsordnung ist eine Gebotsordnung. Das Gesetz ist ein aktives Gebot, ebenso das Rechtsgeschäft. Die subjektiven Rechte sind Gebotsgebilde". b) Das Recht hat auch eine *Interessenseite*. Die Rechtsordnung ist eine Interessenordnung. Die Gesetze sind Entscheidungen von

eresse causale e prevalente, rispetto ad un interesse cedente. Ebbene, dal punto di vista dell'*Interessenseite*, se la considerazione del favore delle costruzioni vale come interesse causale nel caso delle costruzioni in senso orizzontale, deve valere anche per le costruzioni in senso verticale. In sostanza nell'una e nell'altra delle due fattispecie c'è in comune il fatto per cui "si occupa, costruendo abusivamente, quanto poteva essere utilizzato esclusivamente da un altro" (8). All'interesse causale di favorire le costruzioni si contrappone in entrambi i casi la ridetta possibilità dell'utilizzazione esclusiva.

Se è vero che, dal punto di vista formale, nella occupazione abusiva e in buona fede di spazio aereo non si può tecnicamente parlare di violazione di un diritto reale, è pur vero che sostanzialmente c'è la violazione di un diritto alla utilizzazione esclusiva dello spazio aereo.

Il rilievo del carattere eccezionale dell'art. 938, che forse incontra difficoltà anche dal punto di vista formale, potrà servire, dal punto di vista sostanziale dell'*Interessenseite*, soltanto a limitare l'applicabilità di tale norma alle costruzioni, sia in senso orizzontale sia in senso verticale, e non ad impedirne l'applicazione alle costruzioni in senso verticale. Ragione per cui l'art. 938 non potrebbe invece essere esteso, ad esempio, alle piantagioni, poiché in concreto non c'è ragione di credere che il legislatore per il fatto di esprimere la necessità di favorire le costruzioni, riconosca di dovere favorire anche le piantagioni (9).

Interessenkonflikten. Auch die Rechtsgeschäfte gehen auf Abgrenzung der Interessen. Die subjektiven Rechte sind Gebilde des "Interessenschutzes" (così HECK, *Die neue Methodenlehre Müller-Erzbach* in "*Archiv für die civilistische Praxis*", 1935, p. 270). Vedi inoltre il dilemma metodologico posto da HECK in *Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre*, Tubinga, 1936, p. 11.

(8) BIGIAVI, op. cit., pp. 472-473.

(9) *Ibidem*. Qui appunto mi sembra che l'argomentazione del Bigiavi il quale si riferisce alla *sostanza* sia perfettamente valida e possa essere adottata dal punto di vista della *Interessenjurisprudenz*.

Optando dunque inizialmente per la prevalenza dell'*Interessenseite*, si crea una premessa che porta logicamente a rendere possibile quella estensione analogica che appare invece impossibile dal punto di vista formale. Come infatti diceva Oertmann, il contrasto fra il metodo teleologico, che si rifà all'*Interessenseite*, e il metodo formale, si ripercuote nella scelta degli elementi che sono ritenuti decisivi a determinare la *somiglianza* fra la fattispecie del caso concreto da decidere e la fattispecie prevista dalla norma (10). La determinazione del criterio di somiglianza (e non evidentemente di identità) che è condizione dell'estensione analogica, dipende insomma dalla scelta iniziale fra un metodo ed un altro. Ciò è dimostrabile con tanti altri esempi che si potrebbero fare, come quelli che sono offerti dalla ormai vecchia dottrina tedesca in materia di immissioni.

C'è una norma che protegge l'interesse ad immettere entro certi limiti fumo, vapori, ecc., nella proprietà altrui. Ma non c'è alcuna disposizione particolare o generale che applichi ai diritti reali, agli *iura in re aliena*, siffatta limitazione posta al diritto di proprietà. L'estensione analogica di quella norma — sulle immissioni — nei confronti, ad esempio, di un usufruttuario, appare inoppugnabile a chi consideri il cosiddetto interesse causale della norma stessa.

Dal punto di vista della giurisprudenza degli interessi, e quindi del metodo teleologico inteso in una sua particolare specificazione, la mancanza di una disposizione speciale in materia di immissioni concernente gli *iura in re aliena*, non potrebbe infatti in alcun modo giustificarsi col proposito del legislatore di mettere l'usufruttuario in una si-

(10) P. OERTMANN, *Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft*, Lipsia 1931, p. 26 e ss.

tuazione migliore del proprietario (11). Si deve soltanto pensare, come dice Heck, o che semplicemente il legislatore non abbia considerato la fattispecie particolare di immissione in rapporto agli *iura in re aliena*, o che abbia considerato come cosa evidente ed intuitiva l'applicazione per analogia dei limiti posti al diritto di proprietà (12).

Ebbene, tutto ciò che appare evidente a partire dalla scelta del metodo di valutazione degli interessi, non è altrettanto evidente dal punto di vista strettamente formale a cui si sono ispirate quelle sentenze emanate dalla suprema magistratura tedesca, e ce ne sono state, che hanno respinto l'applicazione dei limiti del diritto di proprietà agli *iura in re aliena* (13).

2 — In definitiva, ai margini concreti e più significativi della realtà giuridica, si rivelano situazioni in cui l'opposizione fra diverse possibilità di decidere e risolvere un medesimo conflitto di interessi è determinata dalla opposizione e dal contrasto di diverse premesse ed attitudini metodologiche (14). Un medesimo caso può essere deciso in maniere fra loro opposte ed ogni decisione può giustificarsi logicamente sulla base della corrispettiva premessa metodo-

Secondo HECK, per ciò che concerne l'analogia, "non ogni somiglianza è sufficiente. Non basta, ad esempio, che le due ipotesi possano inquadarsi nel medesimo concetto generico, la somiglianza deve consistere nella eguaglianza di posizione degli interessi per cui sia possibile una medesima valutazione sociale" ed ambientale (*Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* cit. p. 194).

(11) Cfr. HECK, *op. ult. cit.*, pp. 174-176.

(12) *Ibidem.*

(13) *Ibidem.*

(14) " .il problema preliminare dell'interprete è quello della posizione delle premesse e molte delle nostre difficoltà non attengono affatto alla deduzione delle premesse "ma alla posizione di dette premesse" (T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato* in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 497).

logica implicitamente od esplicitamente prescelta (15). Ed allora, quali sono le premesse metodologiche e quindi le possibilità di scelta, offerte al giurista ed al giudice nell'ambiente in cui vive? Quale può essere il significato e la ripercussione della scelta di una determinata premessa rispetto alla situazione spirituale concreta, e quindi sociale, culturale ed economica in cui la scelta deve essere fatta? Se queste domande hanno un significato, le risposte che ad esse di volta in volta si cerchi di dare, fanno parte di un discorso che non è più esclusivamente un discorso di giuristi ma è anche un discorso di filosofi (come pure di economisti, di storici e di sociologi).

Una consapevole scelta del metodo implica insomma una ricerca sulla situazione storica in cui la scelta ha da attuarsi (dico situazione storica brevemente per non ripetere: situazione concreta, sociale, ambientale, culturale, economica ecc.). Ed il terreno di questa ricerca è proprio, io credo, il terreno più fecondo in cui può svolgersi il dialogo fra giurista e filosofo. Una situazione storica

(15) Sul metodo teleologico in generale vedi di R. TREVES, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto* in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1933, p. 545 e ss., e per la giurisprudenza degli interessi nel campo del diritto penale L. SCARANO, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale* in *Studi in memoria di A. Rocco*, Milano, 1952, pp. 493-536, dove l'autore, sulla base di una ricca esemplificazione, dimostra, che "i canoni interpretativi della giurisprudenza degli interessi possono servire per tutto il diritto penale". Quindi, secondo l'autore, è inesatto affermare che il criterio del conflitto di interessi possa "riuscire come canone interpretativo soltanto entro l'ambito di alcuni fatti delittuosi di natura patrimoniale e come canone per le cause di giustificazione non previste dalla legge" (p. 511). Vedi anche M. GIANNOTTA, *Problemi esegetici in tema di violazione di domicilio* in "Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania", v. VI-VII, 1951-53, p. 194 e ss. e *Un problema di interpretazione* in "Rivista italiana di diritto penale", 1954, pp. 102-120.

è caratterizzata principalmente dai valori, dalle ideologie, dalle idee-forza, che più la contraddistinguono rispetto ad altre situazioni. Si può parlare di valori, e forse, in maniera ancora più significativa, di miti. Infatti i valori che caratterizzano la situazione non sono puramente razionali nel senso che siano del tutto esprimibili attraverso proposizioni verificabili analiticamente. Vale, caso mai, per essi un tipo di prova (16) *sui generis* che consiste nella constatazione e previsione della loro maggiore durata ed incidenza storica ed ambientale, e quindi, alla fin fine, della maggiore o minore possibilità che essi abbiano, di essere creduti validi ed efficaci, della loro influenza sulla condotta umana, del fatto che in essi, per così dire, si esprima una forza di persuasione (17). Così, come

(16) Cfr. CH. PERELMAN, *De la preuve en philosophie*, Extrait des *Mélanges Georges Smets*, Bruxelles, 1952; *How do we apply reason to values?* in *The Journal of Philosophy*, 1955, pp. 797-802; *La méthode dialectique et le rôle de l'interlocuteur dans le dialogue* in "Revue de métaphysique et de morale" 1955, pp. 26-31; *La nouvelle rhétorique* in "Les études philosophiques", 1956, pp. 20-29 e specialmente *Le problème du bon choix* nel vol. *Rhétorique et philosophie* in collaborazione con L. OBRECHTS-TYTECA, Parigi, 1952, pp. 142-160.

(17) Vedi il mio saggio *Interpretazione del non verificabile* in "Il Saggiatore", 1954, pp. 69-88 e I. TEBALDESCHI, *Società e persona nell'esperienza giuridica*, Roma, 1956, p. 195 e ss. Una voce del verbo "dovere" in quanto sia usata con significato differente da una voce del verbo "essere", ed in quanto in essa si esprima una valutazione pratica, implica sempre, io credo, una tendenza a persuadere e ad influenzare i comportamenti. Invece — secondo R. B. PERRY (*Realms of Value. A Critique of Human Civilization*, Cambridge, Mass. p. 111) ciò avviene per lo più ma non sempre. PERRY *op. cit.*, p. 8 è a questo proposito in polemica con C.L. Stevenson (*Realms of Value* cit. p. 8). A me sembra che quando la voce del verbo "dovere" non implichi una attitudine valutativa o una attitudine di persuasione, o una tendenza ad influenzare i comportamenti e le azioni, il suo significato sia semplicemente equivalente

credo debbano essere intesi, i valori incidono sulla scelta delle premesse metodologiche del giurista, perché le scelte metodologiche non avvengono nel vuoto bensì nelle situazioni storiche ed ambientali che sono caratterizzate dai valori.

Le stesse premesse dei procedimenti metodologici formali e concettuali non sono affatto adiafore e neutrali (del resto, come potrebbero esserlo?) rispetto ai valori ed agli interessi (inteso il concetto di interesse nel suo più ampio significato) che caratterizzano le corrispettive situazioni storiche ed ambientali da cui emergono. Trovano invece i loro fondamenti e le loro ultime giustificazioni, implicite ed esplicite, in certe determinate finalità, interessi e valori (18) che sono, ad esempio, di volta in volta diversi rispetto alle finalità, agli interessi, ai valori, ai miti più o meno autentici, a seconda delle circostanze spaziali e temporali, da cui sono influenzati i seguaci del metodo teleologico in senso lato o quelli della giurisprudenza degli interessi, o quelli del diritto libero. Anche il fatto stesso di tenere o di non tenere presente, il “favore delle costruzioni”, secondo il primo esempio al quale mi sono riferito, può essere psicologicamente spiegato in maniera plausibile in funzione di una maggiore o minore sensibilità e preferenza nei confronti di certi valori ambientali.

a quello espresso da una voce del verbo “essere”. Rimando a quest'ultimo proposito — in rapporto alla concezione di H. Kelsen — al mio articolo *Determinismo e imputabilità* in “Rivista intern. di filosofia del diritto”, 1956, p. 41 e ss.

(18) Nell'ambito di una delle più importanti teorie contemporanee dei valori, sorge il problema del rapporto fra il concetto di valore ed il concetto di interesse per una “definizione del valore in termini di interesse” con cui appunto si apre la fondamentale opera del PERRY: *Realms of Value* cit. Vedi del medesimo autore la precedente opera *General Theory of Value*, Cambridge, mass., 1950 (2^o ediz.). Cfr. A. GALIMBERTI, *Studi di filosofia americana. La teoria del valore di R. B. Perry* in “Giornale critico della filosofia italiana”, 1956, pp. 86-103.

Se problema della filosofia è quello di interpretare valori (19), e quindi situazioni storiche (20) ed umane, il discorso sulla scelta dei metodi giuridici è dunque certamente un discorso filosofico necessario al giurista che voglia controllare la scelta del proprio metodo. O, per meglio dire, si tratta di un discorso che si pone come dialogo fra giurista e filosofo (21). Dove il filosofo ha da interpretare i valori tenendo presenti le possibilità che essi siano all'origine concreta delle premesse metodologiche del giurista. E dove soltanto il giurista può trovare una giustificazione critica delle proprie scelte fondamentali. E' un dialogo che naturalmente non ha sempre bisogno di essere configurato come situazione empirica di due individui in carne ed ossa, che discutano fra loro davanti a un tavolo qualificandosi l'uno come giurista e l'altro come filosofo. E' un dialogo che invece proprio per essere, alla fin fine, fondamentale ed imprescindibile, va al di là di ogni situazione empirica, pur realizzandosi necessariamente attraverso

(19) Cfr. M. REALE, *Dos planos e âmbitos do conhecimento do direito* in "Revista brasileira de filosofia", 1956, pp. 502-507.

(20) Cfr. A. FALCHI, *L'oggettività del mondo sociale e il concetto di formazione storica* in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1936, p. 31 e ss.

(21) "L'incomprensione e l'indifferenza tradizionali e reciproche dei filosofi e degli scienziati del diritto appaiono" "conseguenti alla inadeguata consapevolezza che gli uni e gli altri hanno avuto della portata della propria opera: al fatto che i filosofi, da un lato, non hanno avvertito il legame profondo, che unisce la loro attività alla essenziale funzione mediatrice, che nei confronti dell'esperienza giuridica, assolve la scienza, e al fatto che i giuristi, dall'altro, non si sono resi conto che la loro opera, pur nei limiti entro cui è chiamata a svolgersi, rappresenta una tipica forma di partecipazione, di interpretazione e di realizzazione dell'esperienza sociale e giuridica, e quindi un modo di fondarne ed esprimerne la concreta e storica ragion d'essere" Così, recentemente, V. PALAZZOLO nel suo pregevole saggio *Riflessioni sul sapere giuridico* in "Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino" (1957, alle pp. 99-100) al quale rimando anche per tutti i riferimenti bibliografici.

so situazioni empiriche. E' un necessario farsi del giurista filosofo e del filosofo giurista. I più grandi giuristi ed i più grandi filosofi ne hanno dato spesso l'esempio. Forse una caratteristica dell'epoca attuale è che anche i piccoli filosofi cominciano a sentire la necessità di questo dialogo. Proprio perché, come comunemente si dice, oggi noi sentiamo più che mai di essere in un periodo di crisi dei valori (22), in cui le molteplici diversità ed opposizioni che contraddistinguono la situazione storica in cui viviamo, si ripercuotono nella sfera del sapere e della prassi giuridica attraverso le varie forme ed i vari aspetti in cui la cosiddetta crisi del diritto (23) si presenta. A questa ragione forse si riconnette la rinascita attuale degli interessi per i problemi della filosofia del diritto e per le ricerche di metodologia anche in quei paesi in cui fino ad ora la preoccupazione filosofica e metodologica appariva scarsamente sentita (24). Perciò appunto io credo che nel dissidio fra opposte decisioni — riducibile al contrasto fra metodo formale e metodo teleologico, nei casi a cui mi sono riferito prima a puro titolo di esempio — la parola risoltrice in senso *relativo* e storico (poiché i valori storici sono relativi temporali e non incondizionati ed eterni) spetti al ridetto discorso dialogico fra giurista e filosofo. Ma come è possibile questo discorso, come deve essere fatto, quali sono i suoi procedimenti? Una risposta in senso positivo a queste domande non può essere data evidentemente qui con una formula e del resto sarebbe vano tentare di ri-

(22) Cfr. J. MACMURRAY, *A Crisis of Culture*, Londra, s. d., specialmente p. 11.

(23) Vedi G. DEL VECCHIO, *La crisi della scienza del diritto*, 2^o ediz., Roma, 1934; i saggi di vari autori nel vol. *La crisi del diritto*, Padova, 1953, e il volume in corso di stampa *Sul problema della crisi del diritto* (Torino, 1957) di GIOVANNI TARELLO.

(24) Vedi ad esempio tutta la discussione metodologica contenuta nell'importante e significativo libro di G. B. J. HUGHES: *Jurisprudence*, Londra, 1955, pp. 3-171.

durla ad una formula. Qui interessa soltanto sottolineare che il problema della scelta del metodo è ridicibile al problema della interpretazione dei valori.

3 — E' inoltre possibile soltanto accennare ad alcuni pregiudizi ed opinioni per cui molti ancora non sembrano aver fiducia nella utilità pratica di un dialogo fra giurista e filosofo nel senso ridetto.

a) L'opinione che si potrebbe chiamare tecnicistica. Per cui si crede che questioni metodologiche debbano esclusivamente essere risolte in pratica, problema per problema, caso per caso, secondo il temperamento e la sensibilità individuale di chi giudica. Questa opinione evidentemente, presa in senso ristretto ed escludente, implica la rinuncia a qualunque obbiettività di giudizio (25). Se, come si è visto, la scelta delle premesse condiziona la decisione, di conseguenza la decisione, da sola, non può essere la prova della legittimità, per così dire, della scelta. Se la pratica è condizionata dalla teoria, non può di certo funzionare come prova della verità della teoria.

b) Si è qui parlato di dualismo fra metodo concettuale e metodo valutativo. Si potrebbe credere che tale dualismo non investa la scienza del diritto in quanto tale, bensì solo la natura dei procedimenti di interpretazione della legge. Ma questa opinione si troverebbe in contrasto con ciò che, fra l'altro, risulta chiaramente dalle discussioni vastissime sorte in Germania sui vari metodi, dove si rivela che il concetto stesso di scienza del diritto varia col variare delle concezioni relative alla natura ed ai procedimenti dell'interpretazione giuridica.

c) Si è stati e si continua ad essere da varie parti tentati a concepire la scienza giuridica come costituita da

(25) Vedi l'atteggiamento assunto di fronte a questa opinione da D. RUBINO, *La valutazione degli interessi nell'interpretazione della legge*, estr. da "Il foro italiano", Roma, 1949, p. 4 e ss.

procedimenti e relazioni non influenzabili storicamente, aventi una loro struttura o ontologicamente necessaria, o metafisica, o analitica, o logico-formale, o logico fattizia. Gli esempi corrispettivi a tutte queste posizioni sono facili da trovare. Tuttavia sarebbe anche facile, secondo me, rintracciare di volta in volta in queste varie attitudini e teorie, i supporti ideologici, valutativi e mitologici che le sostengono, e da cui invece contraddittoriamente i loro sostenitori e rappresentanti vorrebbero prescindere (26).

In verità la scienza del diritto è storicamente condizionata: tutte le categorie giuridiche attraverso le loro relazioni rimandano a presupposti valutativi ed a finalità assunte come fondamentali, ma storicamente mutevoli. Hanno significato in rapporto a certi presupposti, lo perdono in rapporto ad altri. Si pensi alla relazione di diritto pubblico e privato, alle avventure del diritto soggettivo (27), che sono avventure storiche, al problema dell'obbligatorietà della promessa (28), o alla fortuna della nozione di abuso del diritto in certi ambienti (29) ed in certe situazioni sociali ed economiche, ed alla sua sfortuna e denuncia di

(26) Cfr. per alcuni autori il mio articolo *Aspetti della critica dei valori etico-giuridici nel pensiero contemporaneo* in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1950, p. 235 e ss., e il libro di V. GIORGIANNI, *Neopositivismo e scienza del diritto*, Roma, 1956.

(27) Vedi, ad esempio, W. CESARINI SFORZA, *Avventure del diritto soggettivo* in "Archivio di filosofia", 1941, p. 204 e ss.

(28) Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Promessa e giuramento* in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, I, Padova, 1950, pp. 217-234.

(29) Cfr., ad esempio, A. LIMA, *Abuso de direito* in "Repertorio enciclopédico do direito brasileiro", Rio de Janeiro, s. d., pp. 325-351. In un certo senso, quella figura dell'abuso del diritto che può apparire in sé contraddittoria dal punto di vista delle premesse di un metodo formale, può apparire invece sostenibile e necessaria dal punto di vista di una *Interresenjurisprudenz*. Anche per i riferimenti bibliografici vedi in proposito R. MÜLLER-ERZBACH, *Wohin führt die Interessenjurisprudenz?* Tubinga, 1932, p. 68 e ss.

inconsistenza in altre (30), al problema delle lacune (31), e via dicendo.

Ma perché la ricerca sulle premesse metodologiche della scienza giuridica possa essere il terreno di un fecondo dialogo fra filosofo e giurista, bisogna abbandonare certe distinzioni ed anche certe contrapposizioni astratte e dogmatiche fra ricerca giuridica e ricerca filosofica. Le quali si manifestano, ad esempio, quando il giurista voglia troppo sbrigativamente contrapporre la sua esperienza concreta alle astrazioni della filosofia, o quando viceversa il filosofo creda di avere il privilegio di usare veri concetti che esprimano una esigenza di universalità, e sia portato a considerare come pseudoconcetti quelli del giurista. In realtà la contrapposizione di “astratto” e “concreto” è da rigettare. C'è implicazione e non contrapposizione (32). Una ricerca utile, sia filosofica sia giuridica, è sempre in un certo senso astratta in quanto necessariamente limitata ed è sempre, in un altro senso, concreta quando sia corrispettiva ad esigenze comunicabili, partecipabili e non illusorie.

Altra opposizione dogmatica è quella fra proposizioni che avrebbero significato in quanto analiticamente od empiricamente verificabili e proposizioni che non avrebbero significato perché analiticamente od empiricamente non verificabili. Questa opposizione sembra più o meno implicita nello sforzo che fanno alcuni autori di considerare le proposizioni in cui si esprima la conoscenza giuridica esclusivamente come proposizioni analitiche o come proposizioni sintetiche *a posteriori*, col mettere per quanto più sia

(30) Vedi, ad esempio, E. GARCIA MAYNEZ, *Introducción a la lógica jurídica*, Messico, 1951, p. 226 e ss.

(31) Molto importante resta sempre anche dopo la vasta letteratura posteriore in Italia e fuori, la trattazione del problema delle lacune fatta da HECH in rapporto alla fondamentale distinzione generale fra “problemi giuridici normativi” e “problemi di formulazione” (*op. ult. cit.*, pp. 157-196 e specialmente pp. 160-165).

(32) Vedi il mio scritto *La giustizia come storia* in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 1954, p. 565 e ss.

possibile fra parentesi il contenuto pratico, valutativo e storico che le proposizioni giuridiche implicano. Tale sforzo si risolve in un circolo vizioso perché presuppone ciò che vuole dimostrare, cioè la natura o analitica o fattizia della scienza giuridica. Mentre, se non è errato ciò che ho detto prima, la conoscenza giuridica, attraverso la determinazione concreta delle sue attitudini metodologiche, implica scelte di valori che non possono essere messe fra parentesi senza che si perda l'utilità pratica e funzionale del sapere giuridico.

Questi impliciti valori e queste implicite possibilità valutative sono elementi che bisogna invece continuamente rendere *espliciti* (33) in rapporto al variare delle situazioni storiche ed ambientali. Se tali elementi non possono esse-

(33) Cfr. A. ROSS, *The idea of the purity of science and the social sciences* estratto del vol. a cura di O. MOLDEN, *Erkenntniss und Aktion*, Vienna, 1953, p. 155. Intorno ai limiti di una logica simbolica rispetto al problema delle valutazioni giuridiche vedi di J. TAMMELO, *Sketch for a symbolic juristic logic* in "Journal of Legal Education", 1955, specialmente a p. 302. Secondo ULRICH KLUG quando si dice che in un determinato campo della scienza valgono leggi diverse da quelle proprie di altri campi, ciò significa che con l'aiuto delle leggi della logica che sono egualmente valevoli per tutte le scienze, dalle premesse di una determinata scienza sono derivabili teoremi diversi da quelli risultanti dalle premesse di un'altra scienza. La differenza, fra l'una e l'altra scienza, non appartiene alla logica, in se stessa, che sia stata usata, ma è riconducibile a sua volta alla differenza delle premesse da cui si sia partiti (*Juristische Logik*, Berlino, 1951, p. 5). Così la peculiarità della "giurisprudenza degli interessi" rispetto alla "giurisprudenza dei concetti", dipende soltanto dai presupposti e dalle premesse a cui si riconnettono le direttive in rapporto al caso concreto. Poiché anche la "giurisprudenza degli interessi" lavora necessariamente mediante "concetti" e "costruzioni" sistematiche (*op. cit.*, p. 11). Alle fine KLUG riconosce che fra l'elemento logico e quello teleologico c'è una connessione la cui esatta analisi costituisce ancora un problema aperto. (*op. cit.*, p. 152). Mi sembra quindi che alla fine si possa a questo proposito dire che se logica e teleologia non si identificano, e stanno in qualche modo insieme senza identificarsi e con-

re verificabili attraverso i metodi rigorosi della matematica e delle scienze naturalistiche, debbono però essere interpretati e controllati con altri strumenti di indagine e con attitudini mentali appropriate per non essere abbandonati all'arbitrio.

Sotto questo aspetto, ripeto, il terreno in cui possa utilmente realizzarsi la interpretazione critica dei valori, è campo di collaborazione fra giuristi e filosofi, dove, per conoscere il significato di un valore, la sua efficacia storica persuasiva, la sua possibilità di durare e la sua concreta *influenza* sui comportamenti, è certamente necessario potere partecipare, sia pure anche immaginativamente ed in un certo senso anche dialetticamente (34) alla situazione reale in cui tale *influenza* sia suscettibile di esercitarsi.

Il problema della possibilità di un dialogo fra giurista e filosofo intorno alla scelta delle premesse metodologiche rimanda così al problema della possibilità del dialogo fra persone influenzate da valori, ideologie, finalità e interessi

fondersi l'una nell'altra, gli strumenti offerti dalla logica — in quanto distinta dalla teleologia — non potranno valere a scoprire la connessione fra logica e teleologia. Se la teleologia è tutta logicamente rappresentabile, non c'è bisogno di porsi il problema della connessione fra logica e teleologia. Oppure ci si pone questo problema, ed a risolverlo non potranno servire soltanto gli strumenti dell'una (logica) — in quanto distinta dall'altra (teleologia) — proprio per il fatto che si tratti di ricercare la connessione fra le due.

(34) Naturalmente il problema di una dialettica interpretativa della storia è un problema vivo nella cultura contemporanea e sempre rinascente contro il pericolo di un dialettismo puramente formale ed illusorio contro il quale valga ad esempio la critica di Marx e dove "il momento" filosofico non sia, come vorrebbe essere "la logica della cosa" concreta, "ma la cosa della logica" (K. MARX, *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico* in *Opere giovanili*, trad. di G. DELLA VOLPE, Roma, 1950, p. 29). E' il problema del come si debba fare la storia (vedi recentemente U. SPIRITO, *Come si deve fare la storia* in "Giornale critico della filosofia italiana", 1956, pp. 23-41). Da un punto di vista "spiritualistico" per

diversi: al problema filosofico generale concernente gli strumenti e le attitudini che siano necessarie per sempre meglio comprendere i valori e le situazioni altrui quando tali situazioni siano sentite come diverse dalle proprie (35). E' il problema generale della partecipazione alle situazioni altrui e del mettersi nei panni degli altri. E il problema generale del dialogo come unico modo per evitare la lotta e la violenza. E' sì un problema generale, ma che non può essere trattato soltanto in generale senza che si cada nella rettorica vana, e che richiede, forse più di ogni altro, umiltà di spirito (36) e faticosa analisi di situazioni particolari e concrete.

le implicazioni metafisiche di una dottrina dei valori vedi di F. BATTAGLIA, *I valori fra la metafisica e la storia*, Bologna, 1957. Il metodo di interpretazione dei valori storici implica necessariamente il superamento di certe difficoltà che si pongono col porsi della domanda: "ha la storia un significato"? (che è ad esempio la domanda di K. R. POPPER in *The Open Society and its Enemies*, 2 Londra, 1952, pp. 259-280).

(35) Vedi la mia comunicazione *Conoscenza storica e previsione nella valutazione pratica* in "Atti del XVII Congresso nazionale di filosofia", Napoli, 1956, pp. 73-75.

(36) "... is a bold and far-flung program which cannot be undertaken without a humble awareness of its immense complexity" come dice il PERRY a proposito di quella che dovrebbe essere una teoria critica dei valori (*Realms of Value* cit., p. 14).