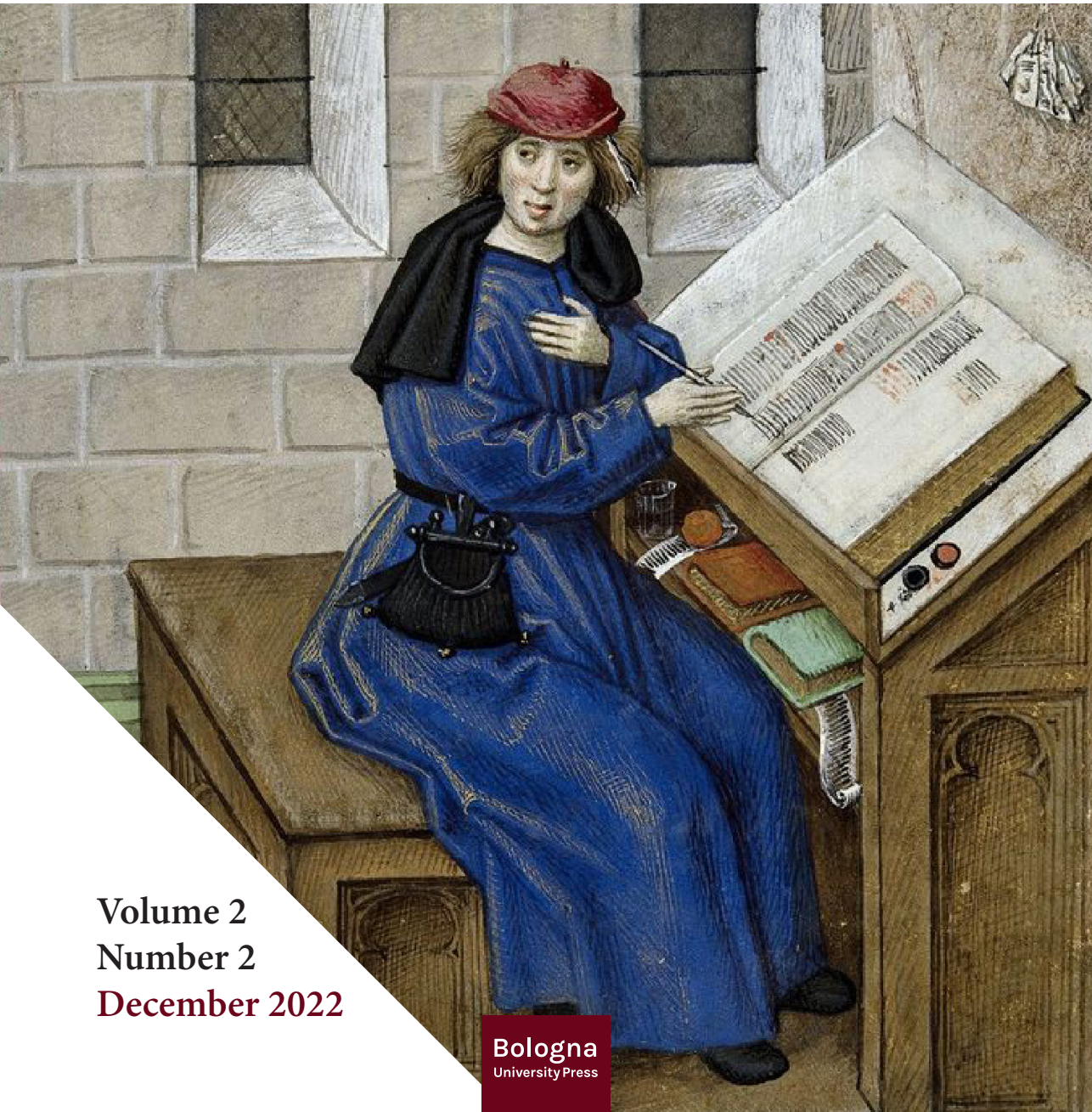
SPECULA IURIS

An International Journal on Legal History and Comparative Jurisprudence



Volume 2
Number 2
December 2022

Bologna University Press

SPECULA
IURIS

Direzione/Editors: A. Banfi (Univ. Bergamo), G. Luchetti (Univ. Bologna), M. Ricciardi (Univ. Milano Statale).

Comitato Direttivo/Editorial Board: Sergio Alessandrì (Univ. Bari), M. Brutti (Univ. Roma Sapienza), A. Calore (Univ. Brescia), E. Cantarella (Univ. Milano Statale), E. Chevreau (Univ. Paris Panthéon), Laura D'Amati (Univ. Foggia), M. Miglietta (Univ. Trento), E. Stolfi (Univ. Siena).

Comitato Scientifico/Scientific Committee: Francisco J. Andrés Santos (Univ. Valladolid), Martin Avenarius (Univ. Köln), Ulrike Babusiaux (Univ. Zürich), Christian Baldus (Univ. Heidelberg), Maurizio Bettini (Univ. Siena), Italo Birocchi (Univ. Roma Sapienza), Mauro Bonazzi (Univ. Utrecht), Amelia Castresana Herrero † (Univ. Salamanca), Marco Cavina (Univ. Bologna), Orazio Condorelli (Univ. Catania), Pietro Costa (Univ. Firenze), Wojciech Dajczak (Univ. Poznań), Lucio De Giovanni (Univ. Napoli Federico II), Oliviero Diliberto (Univ. Roma Sapienza), Athina Dimopoulou (Nat. Kap. Univ. Athens), Elio Dovere (Univ. Napoli Parthenope), Roberto Esposito (Scuola Normale Superiore), Giuseppe Falcone (Univ. Palermo), Michael Gagarin (Texas Univ.), Jean-François Gerkens (Univ. Liège), Peter Gröschler (Univ. Mainz), Alejandro Guzmán Brito † (Pont. Univ. Cat. Valparaiso), Akira Koba (Univ. Tokyo), Umberto Laffi (Univ. Pisa-Accad. Naz. Lincei), Andrea Lovato (Univ. Bari), William N. Lucy (Univ. Durham), Lauretta Maganzani (Univ. Milano Cattolica), Valerio Marotta (Univ. Pavia), Thomas McGinn (Vanderbilt Univ.), Guido Melis (Univ. Roma Sapienza), Carlo Nitsch (Univ. Napoli Federico II), Antonio Padoa-Schioppa (Univ. Milano Statale), Javier Paricio Serrano (Univ. Complutense Madrid), Aldo Petrucci (Univ. Pisa), Johannes Platschek (Univ. München), Francesco Riccobono (Univ. Napoli Federico II), Gianni Santucci (Univ. Bologna), Nicoletta Sarti (Univ. Bologna), Aldo Schiavone (ERC-Univ. Roma Sapienza), Alessandro Somma (Univ. Roma Sapienza), Gerhard Thür (Öst. Akad. d. Wiss.), Eduardo Vera-Cruz Pinto (Univ. Lisboa).

Segretario di Redazione: F. Tamburi

Comitato di Redazione: T. Beggio, P. Biavaschi, F. Bonin, P. Carvajal, A. Cirillo, G. Cossa, S. Di Maria, M. Fino, M. Frunzio, O. Galante, S. Liva, E. Marelli, F. Mattioli, A. Nitsch, I. Pontoriero, J. Ruggiero, E. Sciandrello, G. Turelli.

An International Journal on Legal History and Comparative Jurisprudence

Volume 2
Number 2
December 2022

Specula Iuris è resa possibile grazie al sostegno del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo, del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano.

Il presente fascicolo è stato pubblicato con i fondi del progetto PRIN 2017: "La certezza del diritto dal mondo antico alla discussione moderna", Unità di ricerca dell'Università degli Studi di Bergamo.

Direttore Responsabile
Giovanni Luchetti

Editorial office
email: redazione@speculaiuris.it

Web page
http://www.speculaiuris.it

Print subscription (2 issues)
€ 100

Subscription office
ordini@buponline.com

Publisher
Fondazione Bologna University Press
Via Saragozza, 10
40123 Bologna (Italy)
tel.: +39 051 232882
fax: +39 051 221019

ISSN: 2784-9155
ISSN online: 2785-2652
ISBN: 979-12-5477-283-6
ISBN online: 979-12-5477-284-3
Doi: doi.org/10.30682/specula0202

Registrazione
Tribunale di Bologna, n. 8567 del 03/06/2021

Trascorso un anno dalla prima edizione, i testi sono pubblicati sotto licenza
Creative Commons CC-BY 4.0
One year after the first publication, paper are licensed under a
Creative Commons attribution CC-BY 4.0

Graphic Layout
DoppioClickArt – San Lazzaro (BO)

Cover
L'autore allo scrittoio, miniatura tratta dal *Roman de la Rose* di Guillaume de Lorris e Jean de Meun, 1490 ca., Londra, British Library, Harley MS 4425, f. 133r.

Sommario

Nota introduttiva 5
Massimo Brutti

DIRITTI ANTICHI

Per una ricerca sulla certezza del diritto nell'esperienza greca. Tra speculazione filosofica e prassi retorica 15
Emanuele Stolfi

***Ius certum* e attività normativa in età monarchica e decemvirale. Lo sguardo di Pomponio** 89
M. Floriana Cursi

I *responsa prudentium* in Gai 1.7 e in Inst. 1.2.8 133
Giuseppe Falcone

LE TRADIZIONI GIURIDICHE

Certezza del diritto e ordine giuridico moderno: un inventario tra ieri e oggi 159
Italo Birocchi

La certezza del diritto fra fascismo e repubblica: a proposito di Flavio Lopez de Oñate 179
Pietro Costa

FIGURE DELLA CONTEMPORANEITÀ

La certezza del diritto nello Stato fascista 223
Ernesto De Cristofaro

A proposito di certezza del diritto 245
Riccardo Guastini

Certezza del diritto e legalità costituzionale 253
Roberto Bin

Sulla (in)sostenibile incertezza del diritto penale 261
Francesco Viganò

LE TRADIZIONI GIURIDICHE

Specula Iuris
Vol. 2 n. 2 (2022)
doi.org/10.30682/specula0202e

La certezza del diritto fra fascismo e repubblica: a proposito di Flavio Lopez de Oñate

Pietro Costa
Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Firenze, Firenze, Italia

Abstract (Italiano)

La certezza del diritto è un tema intorno al quale si sviluppa un vivace dibattito in Italia fra gli anni Trenta e gli anni Quaranta. Questo saggio ne offre una ricostruzione a partire dal libro di un filosofo del diritto, Flavio Lopez de Oñate, pubblicato nel 1942, e dalle numerose reazioni da esso suscitate, in una fase particolarmente complessa della storia italiana, fra la crisi del fascismo e l'avvio dell'esperienza repubblicana.

Keywords: Certezza del diritto; fascismo; politica e diritto; legislatore e interprete

Abstract (English)

The rule of law gave rise to a lively debate in Italy between the 1930s and 1940s. This essay reconstructs the opinions of some of its protagonists starting from a book published in 1942 by a philosopher of law, Flavio Lopez de Oñate, in a complicated phase of Italian history, between the crisis of fascism and the coming of a new age.

Keywords: Rule of law; fascism; politics and law; legislator and interpreter

> Altro che crisi della legalità! Qui la vera crisi è che la vita è senza ordinamento giuridico, e l'ordinamento giuridico è senza vita.
> G. Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe*

1. Cenni introduttivi

La certezza del diritto – un'opera composta da un filosofo del diritto, Flavio Lopez de Oñate – esce nel 1942 e diviene rapidamente un 'caso': da un lato, per l'attenzione e il consenso manifestati da studiosi di indiscussa autorevolezza (da Calamandrei a Carnelutti, a Fedele, a Ca-

pograssi), dall'altro lato, per la presa di distanza dall'imperante ideologia fascista, agevolmente percepibile, sottotraccia, nelle pagine del libro[1], infine, per l'aura tragica che la precoce morte dell'autore (avvenuta nel '44) e il drammatico evolversi del contesto storico non potevano non proiettare sul libro pubblicato appena due anni prima.

In realtà, che la certezza del diritto fosse un tema centrale nel dibattito italiano degli anni Trenta-Quaranta e toccasse un nervo sensibile del progetto 'totalitario' del regime sembra, a noi posteri, forse meno immediatamente evidente di quanto non apparisse ai contemporanei. Non è un caso che la recente storiografia si sia intensamente impegnata nel tentativo di comprendere il senso che proprio la 'certezza del diritto' aveva assunto, in particolare fra gli anni Trenta e gli anni Quaranta, nella riflessione di Calamandrei[2]: se infatti era indubbia la valenza 'antifascista' che il giurista fiorentino intendeva attribuire a quel 'principio', sono apparse problematiche tanto l'efficacia della strategia adottata quanto la stessa valenza semantica della parola-chiave su cui quella strategia faceva leva.

Può essere allora di un qualche interesse interrogarsi sulle prospettive e sulle aspettative che, nel dibattito di quegli anni, si concentravano sulla 'certezza del diritto' imprimendo a quel termine una tensione nuova o rinnovata e assumere il libro pubblicato da Lopez de Oñate nel '42 come la punta emergente di una sensibilità che proprio nei primi, difficilissimi anni Quaranta prendeva a diffondersi nella più avvertita cultura filosofico-giuridica italiana.

2. La certezza del diritto e i suoi temi

Nel libro del '42, 'crisi', 'individuo', 'certezza del diritto' sono i lemmi che, intrecciandosi fra loro, svolgono la funzione di ricondurre a una precisa unità tematica gli enunciati di cui si compone il tessuto discorsivo in esso sviluppato. È la crisi che, investendo tanto la percezione che l'individuo ha di sé stesso quanto l'esperienza e la teoria del diritto, mostra implicitamente come la parabola dell'individuo e la dimensione giuridica siano inscindibili. È il resoconto della crisi che apre il libro di Lopez: un libro caratterizzato da una singolare struttura, su cui l'autore stesso richiama l'attenzione. Il libro – scrive Lopez – "consta di due parti che procedono parallelamente: il testo, che è stampato in caratteri maggiori, e le aggiunte, stampate in caratteri più piccoli", dove vengono offerti tanto "delucidazioni e chiarimenti storici" quanto "lo svolgimento di qualche posizione assunta". Le 'aggiunte' non contengono in effetti semplici note, ma offrono uno spaccato della più vivace letteratura europea, che Lopez commenta e

[1] È noto il nicodemico acrostico che conclude il libro di Lopez e, dietro l'apparenza di un elogio del regime fascista, cela la frase "magari fosse vero". Non è un caso che, secondo la testimonianza di Vittorio Frosini, Arnaldo Volpicelli, nella commissione concorsuale chiamata a valutare il candidato Lopez, redigesse una relazione avversa. Cfr. Marconi 2017, p. 430 (che cita un'intervista a Frosini raccolta da Raimondo Cubeddu e Giuseppe Cavera).

[2] Cfr. Zagrebelsky 1998; Cianferotti 2008; Grossi 2014; Colao 2018; Colao 2020, p. 158 ss. Cfr. anche Bindi, Colao 2021.

utilizza criticamente, mostrando, con esemplare onestà intellettuale, l'*humus* di cui si alimenta la sua riflessione.

Per quanto riguarda la crisi, le 'aggiunte' sono indubbiamente illuminanti. Nel laboratorio cui Lopez ci introduce sono presenti molte delle voci più importanti della cultura europea degli anni Venti e Trenta, convogliate in due direzioni principali: da un lato, per sottolineare (nella linea dell'esistenzialismo heideggeriano e jaspersiano) l'angoscia dell'individuo e la sua risorgente inquietudine metafisica, una volta appannate le scintillanti promesse della filosofia positivistica, e, dall'altro lato, per raccogliere dalla fortunatissima opera di José Ortega y Gasset – *La ribellione delle masse* – la messa a fuoco di un fenomeno epocale: l'avvento della massa (che rende impotente l'individuo e lo costringe a un'esistenza impersonale e anonima) e il conseguente affossamento di una civiltà che vedeva nell'autonomia e nell'autodeterminazione dell'individuo il titolo principale della propria storica 'legittimità'.

Vittima della crisi (travolto dalla 'società di massa'), l'individuo continua però ad aspirare alla sicurezza, alla certezza, che proprio il diritto gli offriva nella trascorsa civiltà. In essa l'individuo era sicuro di sé stesso nella misura in cui poteva affermare vigorosamente la sua personalità al riparo dello scudo che un diritto certo e inalterabile gli offriva. È però proprio la certezza del diritto che sta venendo meno. La crisi dell'individuo (la sua 'massificazione') e la crisi del diritto appaiono necessariamente congiunte. "La crisi della nostra epoca si palesa dunque come crisi dell'individuo, che disperatamente anela ad una certezza, senza pervenire a conseguirla"[3].

Per Lopez, il diritto ha perduto o sta perdendo la 'certezza' che lo caratterizzava a causa di trasformazioni strutturali e di inclinazioni teoriche. Le prime coincidono con il fenomeno dell'inflazione legislativa: lo Stato moltiplica le sue 'dichiarazioni di volontà', rendendo sempre più complesso e sempre meno controllabile il sistema normativo. A causa della moderna "ipertrofia della legge", tanto la trasparenza quanto la coerenza del sistema decrescono e di conseguenza si indeboliscono l'univocità e la conoscibilità (la 'certezza') delle regole. È però dalla teoria che provengono le insidie maggiori. Il principale imputato deve essere ravvisato nella cosiddetta *Freirechtsbewegung*, anticipata, secondo Lopez, da Jhering e compiutamente sviluppata da Kantorowicz.

La critica di Lopez sembra trascurare uno dei problemi centrali sollevati dal 'movimento' del diritto libero: il problema delle lacune. Lopez lo menziona nel capitolo dedicato alle "minacce 'di fatto' contro la certezza del diritto" (il capitolo IV) e non nel capitolo dedicato alle "correnti teoriche" (il capitolo V), e lo dà sbrigativamente per risolto: asserendo che, pur concesso che ogni sistema normativo è costitutivamente lacunoso ("come la filosofia idealistica ha visto con insuperabile precisione"[4]), la sua 'auto-integrazione' è conseguibile facendo ricorso alle collaudate tecniche dell'ermeneutica giuridica, grazie alle quali l'ordinamento da "'sistema

[3] Lopez de Oñate 1968, p. 29.
[4] Lopez de Oñate 1968, p. 68.

di lacune' (come con troppo riferimento all'apparenza fu audacemente detto)"[5] "si converte in un 'sistema di certezze'"[6].

È sul terreno non tanto dell'ermeneutica quanto della visione del diritto e del suo rapporto con lo Stato che Lopez concentra i suoi affondi contro il giusliberismo. Già nella sua versione originaria, la teoria del diritto libero conduceva all'assolutizzazione delle pretese individuali e all'interruzione del circolo virtuoso che collega libertà e legge, diritto e Stato, individuo e società. E ancora più preoccupante è l'evoluzione 'post-weimariana' del giusliberismo. Nella Germania nazionalsocialista, la critica del normativismo statualista è andata incontro a decisivi slittamenti. In primo luogo, l'accento cade non più sul singolo e sulle sue individuali aspettative, ma sulla collettività, sul *"popolo* come entità storica (e razziale) a sé"[7]. In secondo luogo, il normativismo viene messo in mora in nome non del libero convincimento del giudice, ma della sua obbligata dipendenza da una cogente ideologia politica. In terzo luogo, lo Stato è un semplice strumento e le sue leggi possono essere disattese dal giudice quando l'interesse del 'popolo' lo richieda. È quanto avviene, *mutatis mutandis*, nella dottrina sovietica, anch'essa convinta del primato della politica e della funzione meramente strumentale dello Stato e della legge.

È ragionevole supporre che, più che al giusliberismo delle origini, Lopez guardasse con preoccupazione all'anti-normativismo della letteratura nazionalsocialista, pur riconducendo entrambi a una comune matrice 'irrazionalistica'. La cultura giuridica italiana non era peraltro nuova a valutare criticamente le scelte politico-giuridiche della Germania nazionalsocialista (un termine obbligato del confronto era stata l'impostazione del rapporto fra 'partito' e 'Stato'). Nel '42, tuttavia, la presa di distanza dall'esperienza tedesca interveniva in un momento politicamente delicato e la critica della *konkrete Ordnung* nazionalsocialista si prestava a essere intesa come una *fabula* narrata con gli occhi rivolti (anche) all'Italia e a essere letta come un invito a ritrovare, nel diritto, l'espressione di una *ratio* che nessuna *potestas* poteva giungere a sovvertire.

Nasce da qui la *pars construens* sviluppata da *La certezza del diritto*, dal rifiuto di dissolvere l'autonoma razionalità e oggettività del diritto nell'immediato fluire della dinamica sociale, e trova il suo senso, la sua immanente finalità, nel presentare il diritto come l'insostituibile struttura protettiva dell'esistenza individuale. L'individuo, comparso nel primo capitolo come il protagonista di una crisi che lo travolgeva, torna di nuovo, a partire dal capitolo VII, come il deuteragonista tematico dell'intera opera.

È allo scopo di arginare la crisi che minaccia l'individuo che viene pensata e realizzata la certezza del diritto, che Lopez presenta come la migliore difesa "del soggetto nella sua individualità precisa singola ed irriducibile"[8]. A intervenire come termine medio fra il singolo e

[5] Lopez de Oñate 1968, p. 69. Il riferimento è ad Ascoli 1928, di cui Lopez dà conto nelle 'Aggiunte' (Lopez de Oñate 1968, p. 73).
[6] Lopez de Oñate 1968, p. 73.
[7] Lopez de Oñate 1968, p. 87.
[8] Lopez de Oñate 1968, p. 114.

la legge è il diritto soggettivo: e infatti è proprio nella "negazione del diritto soggettivo" che la crisi della certezza del diritto e la crisi dell'individuo trovano il loro più evidente punto di congiunzione. Ed è in questa prospettiva che, nelle 'Aggiunte', Lopez valorizza il nesso rosminiano fra 'persona' e 'proprietà': una proprietà che, prima del possesso dei beni esterni, indica in Rosmini la sfera groziana del *proprium* dell'individuo e si presenta come il 'punto di derivazione' dei diritti[9].

Da un lato, un individuo come centro di imputazione di diritti inviolabili e, dall'altro lato, la legge, come garanzia e tutela dell'azione di un individuo considerato nella sua concreta singolarità: è questo l'asse portante dell'intera opera del '42. A esso si connettono strettamente altre tre, essenziali caratteristiche dell'ordine politico-giuridico.

In primo luogo, deve restare ferma, per Lopez, quella distinzione fra diritto e fatto, fra norma e volizione sociale, che veniva indebolita o annullata dall'irrazionalismo imputabile al giusliberismo e soprattutto alla dottrina nazionalsocialista. Il diritto gode per Lopez di una costitutiva 'trascendenza' rispetto alla società (e, implicitamente, rispetto allo Stato) e proprio per questo può offrirsi come parametro e unità di misura dell'agire individuale e collettivo. In secondo luogo, il diritto, proprio perché è contrassegnato da un'intrinseca razionalità che lo pone al di fuori (e al di sopra) delle contingenze della politica, proprio perché è *ratio* e non *potestas*, è l'indispensabile argine all'arbitrio cui il potere inclina. In terzo luogo, il diritto, in quanto sistema di norme, in quanto certa e razionale tutela di tutti i soggetti, è tramite di eguaglianza e proprio nell'eguaglianza rivela la sua specifica dimensione valoriale: è grazie all'eguaglianza promossa dalla norma che la tensione fra 'diritto' e 'giustizia' trova la sua soluzione.

Assumere come obiettivo polemico le teorie giusliberiste e contrapporre a esse una visione del diritto come certa e razionale forma dell'esperienza e indicare nell'individuo (nella sua concreta singolarità) la destinazione di senso del diritto: sono questi i principali passaggi del discorso sviluppato nel *La certezza del diritto*. L'impianto che lo caratterizza non ha niente di subitaneo e di improvvisato, ma affonda le radici in una storia complessa: nel variegato e tormentato (anche se breve) percorso intellettuale di Lopez e nel dibattito teorico-giuridico del primo Novecento. Da questo dibattito il libro del '42 non è separabile. Ne è lucidamente consapevole lo stesso autore, che delle sue nutrite letture dà conto con esemplare puntualità nelle 'Aggiunte', che vanno molto al di là delle 'note' prescritte dalla tradizione accademica e aprono un serrato confronto con le principali voci della cultura giuridica europea. È un confronto che il giovane filosofo del diritto ha iniziato con notevole precocità e non ha mai interrotto. Da questo punto di vista, *La certezza del diritto*, cui la morte dell'autore ha impedito di essere 'un punto di partenza', è un testo che può essere considerato un 'punto di arrivo': un testo dove le riflessioni svolte nel precedente decennio trovano il loro più alto momento di decantazione.

[9] Rosmini 1967, pp. 154 ss.

Conviene allora dar conto tanto di alcuni momenti dell'itinerario intellettuale di Lopez quanto dell'ambiente storico-culturale nel quale *La certezza del diritto* è immerso: non per ricostruire esaustivamente la cultura giuridica italiana del primo Novecento (un obiettivo impossibile, ovviamente, nei limiti di un breve saggio) e nemmeno per scrivere una biografia intellettuale di Lopez, ma soltanto per capire come il libro del '42 raccolga gli echi di un intenso dibattito e al contempo ne provochi la rifrazione.

3. La critica del giusliberismo

La critica delle teorie 'giusliberiste' svolge la funzione, nel *La certezza del diritto*, di un'indispensabile *pars destruens*, ma merita di essere letta 'in controluce', sullo sfondo della riflessione che nell'Italia novecentesca (sia prima che dopo l'avvento del fascismo) era stata assai vivace. Un testo, in particolare, può essere ricordato per la sua rilevante influenza sull'opera di Lopez (che non manca di richiamarlo più volte): *Il nostro tempo e il diritto*, un saggio pubblicato da Carlo Arturo Jemolo sull'*Archivio giuridico* del 1932[10].

Anche per Jemolo, una delle cause della crisi dello Stato di diritto è la 'rivolta dei fatti contro il Codice' (come recita un famoso titolo); una 'rivolta' che Jemolo illustra guardando alla Francia di Gény, piuttosto che alla Germania di Heck o di Kantorowicz, e riconduce in sostanza al problema che era stato al centro anche del dibattito italiano: il problema della frattura storico-temporale (e quindi culturale ed economico-sociale) fra i 'vecchi' codici e le nuove dinamiche sociali e, più in generale, fra la staticità e astrattezza delle previsioni legislative e le continue, accelerate trasformazioni delle esigenze e dei valori socialmente condivisi.

È di fronte a questo problema che anche in Italia, a partire dal tardo Ottocento, si sviluppa un dibattito nel quale sarebbero state avanzate sempre nuove formulazioni della medesima, fondamentale alternativa. Da una parte, veniva affermato che la cultura giuridica doveva prendere atto che il continuo mutamento sociale rendeva anacronistico un sistema normativo venuto ad esistenza in una società nettamente diversa. Occorreva quindi spostare il fulcro dell'ordinamento dalla legislazione alla giurisprudenza e affidare all'interprete (e al giudice innanzitutto) l'onere di intendere la norma alla luce delle mutate esigenze. Soltanto un forte riconoscimento del ruolo 'creativo' dell'interpretazione giurisprudenziale e l'applicazione di un'ermeneutica rinnovata dall'applicazione del metodo che veniva detto 'storico-evolutivo' avrebbero potuto conferire al sistema normativo la necessaria attualità ed efficacia. Di contro, era proprio la nuova funzione attribuita alla giurisprudenza dai fautori del metodo 'storico-evolutivo' ad apparire, ai sostenitori della 'tradizione', pericolosamente eversiva di una gerarchia delle fonti imperniata sul primato della legge. È possibile che il giudice si imbatta in casi non previsti da una singola disposizione legislativa, ma (come già aveva limpidamente scritto Savigny) l'interprete può e deve risalire alla logica dell'ordinamento complessivo, coglierne

[10] Jemolo 1957.

l'interna, sistematica unità e integrarlo senza arrendersi di fronte alle sue apparenti lacune. Certo, la società cambia. A cogliere e a disciplinare il cambiamento è chiamato però il legislatore e non il giudice. Se fosse invece quest'ultimo ad arrogarsi questo ruolo, alla certezza delle regole si sostituirebbe l'anarchia delle interpretazioni: la logica impersonale e oggettiva del sistema normativo sarebbe scalzata dalla soggettiva valutazione e decisione dell'interprete e dominerebbe non la *ratio* ma la *potestas*, non il diritto ma la politica.

Ovviamente, il dibattito ermeneutico otto-novecentesco, anche in Italia, è assai più vario e articolato di quanto l'elementare contrapposizione cui mi sono riferito faccia intendere[11], ma non sembra smentire una duplice impressione: che la dialettica (per intenderci) fra 'tradizionalisti' e 'innovatori' si fosse già compiutamente sviluppata in un arco di tempo compreso fra gli anni Novanta dell'Ottocento e il primo dopoguerra e che ne fosse uscita vincente l'opzione 'legicentrica'.

Certo, l'interessante e innovativo apporto del neoidealismo, che spostava l'accento dall'astrattezza della norma alla concretezza della sua puntuale volizione, sembrava spostare decisamente l'asse della bilancia in una direzione 'giusliberista'. A frenare questo esito però interveniva la distinzione (anch'essa caratteristicamente neoidealistica) fra la filosofia e la scienza. È esemplare, da questo punto di vista, un brillante saggio di Widar Cesarini Sforza: che non esita a sottoscrivere due capisaldi delle teorie giusliberiste ("il riconoscimento del carattere individualistico dell'attività giuridica"[12] e l'affermazione "dell'astrattezza della norma"[13]), ma si affretta ad aggiungere che essi valgono nel momento in cui guardiamo non alla pratica giuridica, ma alla pura esperienza etica. Occorre guardarsi dall'identificare meccanicamente le verità della filosofia con i principi della scienza giuridica, che dovrà quindi continuare a operare con il metodo suo proprio ('dogmi', principi, concetti generali e astratti) e a vedere nell'attività del giudice "un lavoro esclusivamente logico"[14].

È la prospettiva che un ancor giovane Calamandrei difende vibratamente prendendo posizione, nel primo dopoguerra, sulle giurisdizioni di equità[15]. Queste giurisdizioni speciali, sollecitate dalle urgenze socioeconomiche provocate dalla guerra, sono per Calamandrei il sintomo di una possibile evoluzione del sistema politico-giuridico[16]: una trasformazione che ne sposterebbe l'equilibrio dal legislatore al giudice. A favore di questo cambiamento continuano a essere usati, secondo Calamandrei, gli argomenti ripetuti da un trentennio[17]: si invoca l'equità (facendo riferimento, con questo termine, non al necessario adattamento della norma generale al caso

[11] Mi permetto di rinviare, per un'analisi più ravvicinata, a Costa 1991.
[12] Cesarini Sforza 1913, p. 48.
[13] Cesarini Sforza 1913, p. 56.
[14] Cesarini Sforza 1913, pp. 52-54.
[15] Calamandrei 1921.
[16] Calamandrei 1921, p. 6.
[17] Calamandrei 1921, p. 46: "Più di trenta anni fa Angelo Majorana […] stimava che […] già si disegnasse nell'età nostra un probabile ricorso alla giurisdizione, nel senso di allentare sempre più i rigorosi vincoli che nello Stato costituzionale la legge pone all'attività del giudice".

individuale, ma all'insieme dei valori e delle esigenze socialmente condivise in un dato momento storico) e la si legittima come indispensabile correttivo della fissità e conseguente storica inadeguatezza della norma. Questa tendenza, peraltro, se ancora non ha avuto la meglio in Italia, trionfa nella Russia bolscevica, dove ci si attende che il nuovo diritto germini direttamente dalle sentenze dei giudici, interpreti del "naturale sentimento di classe insito nelle masse"[18].

L'alternativa (presente da almeno un trentennio, come riconosce Calamandrei, nel dibattito) è fra il "caos senza legge" generato dall'indiscriminata applicazione delle teorie giusliberiste e la salvaguardia di un sistema normativo (assunto come) completo, interpretato da un giudice che, "posto dinanzi a una norma giuridica, trascuri deliberatamente ogni indagine relativa alla bontà sociale del suo contenuto" e si preoccupi soltanto del suo "meccanismo formale"[19]. Questa alternativa è ancora attuale, per Calamandrei, nel primo dopoguerra e continua a essere riproposta (apparentemente negli stessi termini) negli anni successivi: ad esempio da Jemolo, come ricordavo, e, di nuovo, da Calamandrei, che torna a insistervi fra il '39 e il '41.

Il bersaglio è, ancora una volta, il giusliberismo, dal momento che la sua "aberrazione", che "cinquant'anni fa […] parve sepolta sul nascere", rinasce sull'onda della filosofia neoidealistica, che contrappone all'astrattezza della legge, alla sua 'irrealtà', il concreto atto volitivo e induce quindi a spostare sull'attività giurisprudenziale il fulcro dell'ordinamento[20]. Calamandrei non contesta frontalmente la visione idealistica della legge, ma la aggira appellandosi alla distinzione fra la filosofia e la scienza giuridica (una distinzione, peraltro, già valorizzata, pur all'interno della tradizione idealistica – ad esempio da Cesarini Sforza, come ricordavo – per confermare la validità dell'ermeneutica giuridica 'tradizionale'). Per il giurista, quindi, resta invalicabile la distinzione fra la legge e il giudizio e quindi fra la politica e il diritto: è il legislatore che disciplina i rapporti sociali sulla base di una previa decisione politica, mentre il giudice si limita ad applicare la norma. È a questa capitale distinzione che il nuovo Codice di procedura civile si mantiene fedele accreditandosi come "una energica riaffermazione del sistema della legalità"[21], di cui i giuristi sono "gli ausiliari fedeli e insostituibili"[22] (ed è in questo orizzonte che Calamandrei colloca la sua personale collaborazione alla stesura del Codice)[23].

Con il suo libro del '42 Lopez accoglie e rilancia (anche attraverso un'attenta e penetrante rilettura della letteratura disponibile) le argomentazioni di Calamandrei: tanto nell'assumere le teorie 'giusliberiste' (e le loro presunte 'realizzazioni' nella Germania nazionalsocialista e nella Russia bolscevica) come il proprio bersaglio[24] quanto nel ribadire l'insuperabile distin-

[18] Calamandrei 1921, p. 44.
[19] Calamandrei 1921, pp. 16-17.
[20] Calamandrei 1939, p. 410.
[21] Calamandrei 1941, p. 469.
[22] Calamandrei 1941, p. 467.
[23] Sul rapporto fra Calamandrei e il Codice di procedura civile cfr. Proto Pisani 1999; Cipriani 2009; Melis, Meniconi 2018.
[24] Sempre nel '42 esce una recensione di Lopez a un saggio di Antonio Segni, dedicato alla critica delle dottrine nazionalsocialiste, che in nome di una 'mistica' del popolo conducono alla dissoluzione tanto dello Stato quanto del diritto, imperniato sulla "certezza obiettiva, la permanenza, la stabilità" (Lopez de Oñate 1942, p. 61).

zione fra la creazione della legge e la sua applicazione giurisprudenziale. È comprensibile quindi che Calamandrei, recensendo *La certezza del diritto*, veda in esso la conferma delle sue tesi di fondo e un'occasione per affrontare di nuovo, in sintonia con Lopez, il delicato problema della legge 'ingiusta'.

Il giurista, di fronte a una legge che "moralmente gli ripugna", non deve forzarne il senso per ostacolarne l'applicazione: agirebbe in questo modo "da politico, non da giurista", che invece "anche quando il contenuto della legge gli fa orrore, sa che nel rispettarla e nel farla rispettare quale essa è, anche se iniqua, si riafferma quell'ideale di uguaglianza e di reciprocità umana che vivifica e riscalda l'apparente rigidezza del sistema della legalità"[25]. Per Calamandrei la certezza del diritto e la sua giustizia si implicano a vicenda. Per quanto moralmente condannabile, la legge, applicata da un giudice 'razionale' e imparziale, garantisce a tutti un trattamento eguale e in questo modo esprime "il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini"[26]. È questa la convinzione di Lopez che vede nell'uguaglianza "il contenuto specifico dell'idea di giustizia"[27] e nella certezza del diritto la "specifica eticità del diritto" (come suona il titolo dell'ultimo capitolo del suo libro).

In prima approssimazione, quando si confrontino le argomentazioni sviluppate nel '21 e nel '40-42 (e accolte da Lopez), niente sembra mutato: da un lato il legislatore, dall'altro lato il giudice; da un lato la politica, dall'altro lato, il diritto; e un'ermeneutica che, per essere compatibile con questa *summa divisio*, deve stare alla larga dai cortocircuiti 'giusliberisti'. In seconda approssimazione, però, è facile accorgersi che le medesime argomentazioni, collocate in un 'contesto situazionale' profondamente diverso (l'Italia del ventennio fascista), acquisiscono valenze ulteriori. Le teorie giusliberiste (sconfitte già da vari lustri in Italia, come lo stesso Calamandrei riconosce) appaiono ora la testa di turco presa di mira, da un lato, per sottolineare la distanza della cultura fascista dal nazionalsocialismo e, dall'altro lato, per portare acqua al mulino della tesi principale: la netta distinzione fra 'politica' e 'diritto'. Ed è questa tesi a porsi al centro di un dibattito che percorre l'Italia degli anni Venti e Trenta.

È in questione la stessa auto-legittimazione storico-ideologica del fascismo. Il fascismo infatti, da un lato, si accredita come un movimento che, in nome della nazione di cui si dichiara il rappresentante 'oggettivo', restaura e rilancia la suprema autorità dello Stato, insidiata e indebolita dalle degenerazioni liberal-democratiche, ma, dall'altro lato, si propone come una 'rivoluzione' che aspira a una politicizzazione integrale della società. Si forma quindi una singolare 'dualità' che finisce per costituire l'asse lungo il quale si sviluppa la parabola del regime: da un lato, è lo Stato giuridicamente strutturato, lo Stato che trova nella legge l'espressione suprema della sua volontà, il tramite obbligato dell'ordine, ma, dall'altro lato, è la società 'fascistizzata' a proiettare sullo Stato i contenuti della nuova ideologia.

[25] Calamandrei 1942, p. 511.
[26] Calamandrei 1941, p. 476.
[27] Lopez de Oñate 1968, p. 157.

Iscritta nella struttura 'costituzionale' del regime, la 'dualità' si riverbera anche sulla cultura giuridico-accademica: divisa fra chi ritiene che il modello imperativistico e statualistico ereditato dalla cultura giuridica ottocentesca sia ancora valido, data la centralità (continuamente enfatizzata dal fascismo) dello Stato e della legge, e chi invece denuncia l'inadeguatezza della tradizione statualistica di fronte alle innovazioni (ideologiche e istituzionali) introdotte dalla rivoluzione fascista. Da un lato, il plotone dei giuristi 'tecnici', dall'altro lato la falange dei giuristi 'politicamente militanti': i primi continuano a lavorare con i principi e con il metodo consolidati (in sostanziale continuità con lo statualismo e il giuspositivismo otto-novecenteschi), mentre i secondi aspirano ad accelerare e a potenziare il processo 'rivoluzionario' facendo della decisione politica una componente indispensabile dell'argomentazione giuridica.

Certo, questa distinzione (ampiamente usata anche dalla storiografia) non deve indurre a trascurare le tante sfumature e differenze che emergono quando si guardi più da vicino alla cultura del (e nel) fascismo e può essere utilizzata solo per il suo valore orientativo e indicativo. Occorre in ogni caso guardarsi da un equivoco: che risiederebbe nell'immaginare che la riflessione dei giuristi 'tecnici' fosse una sorta di corpo estraneo nell'Italia fascista o addirittura un fortilizio capace di contenere l'assalto dei 'barbari'. Al contrario, il contributo della tradizione 'statualistica' era una componente importante del funzionamento complessivo del regime, che mostra l'esistenza, al suo interno, di due 'poli' (il puro ordine giuridico-statuale e la nazione 'fascistizzata', la nazione identificata con il fascismo) e implica non già la loro contrapposizione, ma al contrario la loro strutturale coimplicazione[28].

Se ciò è vero, se il regime si regge su una sorta di circolarità sistemica fra i due 'poli', è possibile ipotizzare che la difesa della legge e della sua supremazia e la fedeltà all'ermeneutica giuspostivistica nascessero da una *soggettiva* inclinazione a-fascista (o addirittura anti-fascista, come nel caso di Calamandrei), ma è difficile ammettere che quella difesa potesse costituire un *oggettivo* punto di resistenza nei confronti delle politiche del regime. Certo, fra gli anni Trenta e Quaranta le sirene nazionalsocialiste si facevano sentire ed è comprensibile che i giuristi 'tecnici' fossero allarmati. Anche in quel contesto, tuttavia, non salta la consolidata 'duplicità' del regime: che continua a imprimersi, ad esempio, nel dibattito sui 'principi generali dell'ordinamento' e nel dibattito sui codici[29]. Non trionfa, una volta per tutte, un polo sull'altro; e lo stesso Calamandrei sembra ritenere che il Codice di procedura civile segni "una energica riaffermazione del sistema della legalità, e quindi un solenne riconoscimento della utilità della tecnica giuridica"[30]. È dell'incessante moto pendolare fra i due 'poli' del regime che la difesa della 'legalità' di Calamandrei sembra prigioniera.

[28] Per una più diffusa argomentazione di questa tesi mi permetto di rinviare a Costa 2022, p. 107 ss. Cfr. le importanti considerazioni di Birocchi 2015 e Storti 2019.

[29] Cfr. Cappellini 1999, Sciumè 2002, pp. 202 ss., Melis 2018, pp. 295 ss., Storti 2020.

[30] Calamandrei 1941, p. 469.

4. I diritti soggettivi

La certezza del diritto di Lopez, se si limitasse alla celebrazione della legge e alla condanna dell'ermeneutica 'storico-evolutiva' e 'giusliberista', difficilmente potrebbe apparire la testimonianza dell'inquietudine che serpeggiava nella cultura giuridica italiana alle soglie degli anni Quaranta. Nel libro del '42, però, emergono prospettive che vanno assai al di là della difesa d'ufficio dell'ermeneutica 'tradizionale'. Uno spunto interessante è offerto dal tema del diritto soggettivo: un tema che, di nuovo, Lopez può toccare appoggiandosi all'autorità di Calamandrei[31], che in un saggio del 1939 ha scomposto "con chirurgica abilità" le varie componenti dell'attuale 'crisi del diritto' indicando, fra queste, il "progressivo affievolimento del diritto soggettivo fino a ridursi a un interesse occasionalmente protetto"[32].

A queste considerazioni Calamandrei era indotto da una riconsiderazione della storia del concetto di azione. A suo avviso, il graduale passaggio da una teoria dell'azione come momento del diritto soggettivo a una visione che "anche nel processo civile" esalta "lo scopo pubblicistico di attuazione del diritto oggettivo"[33] è coerente con un processo che sta spostando sempre di più il baricentro dell'ordine dall'individuo allo Stato e trova la sua espressione più esasperata nel nazionalsocialistico *Kampf wider das subjektive Recht*.

Nemmeno per Calamandrei la 'crisi del diritto' coincide con l'erosione giusliberista della certezza. Fino a che punto allora basta contrapporre, per fronteggiare la crisi, il 'diritto' alla 'politica'? Se da un lato Calamandrei non esita a difendere la *dura lex* e a reclamare che il giudice la applichi anche quando "moralmente gli ripugna", dall'altro lato egli sembra trovarsi, nel breve e drammatico periodo nel quale si consumano la crisi del regime e il passaggio a uno scenario radicalmente diverso, in una *impasse* tragica, perché priva di sbocchi, non solo 'pratici', ma anche 'teorici'. La celebrazione dello Stato e della sua legge, sulla quale si fondava la contrapposizione del 'diritto' alla 'politica', era infatti strettamente congiunta con il modello egemone nella cultura giuridica (e segnatamente giuspubblicistica) otto-noventesca: il modello (gerberiano-labandiano) che deduceva il diritto dallo Stato e sospendeva i diritti alla sua 'assoluta' e illimitabile volontà sovrana.

Era questo modello (un modello che escludeva la possibilità di una qualche fondazione giuridica metastatuale dei diritti individuali) a essere condiviso da Rocco come da Ranelletti e a valere non soltanto come un punto di riferimento obbligato per i giuristi 'tecnici', ma anche come uno strumento impiegabile dai giuristi 'militanti' nella loro retorica 'anti-individualistica'. Certo, alle soglie o ai margini della cultura dominante nell'Italia degli anni Venti e Trenta era possibile trovare qualche voce dissenziente[34]. In particolare, uno storico del diritto – Francesco Ruffini – aveva consegnato nel 1925 alla casa editrice di Piero Gobetti un'impegnativa

[31] Lopez de Oñate 1968, p. 38, p. 41.
[32] Calamandrei 1940, p. 449.
[33] Calamandrei 1940, p. 440.
[34] Vedi le interessanti pagine di Caravale 2016, pp. 185 ss. Cfr. anche Caravale 2017.

riflessione che non era soltanto una vibrante difesa della libertà, ma si proponeva di mettere in questione il modello dominante. Era appunto l'impianto teorico che presiedeva alla sua presa di posizione etico-politica a rendere particolarmente interessante la sua testimonianza.

Il bersaglio del libro di Ruffini era quel modello gerberiano-labandiano che si era precocemente proposto (Ruffini cita alcune eloquenti pagine di Rocco) come punto di incontro fra l'organicismo anti-individualista (sottolineato dai giuristi 'militanti') e la celebrazione della dimensione giuridico-statuale dell'ordine (privilegiata dai giuristi 'tecnici') e avrebbe reso possibile la loro 'oggettiva' coesistenza nella cornice della costitutiva 'duplicità' del regime fascista. La demolizione del modello gerberiano era funzionale al *thema demonstrandum*, enunciato nel terzultimo capitolo del libro: "il fondamento giuridico dei diritti di libertà"[35].

Per Ruffini, siamo di fronte a un'alternativa apparentemente insuperabile: o accettiamo una fondazione giusnaturalistica dei diritti, restando anacronisticamente fedeli alle mitiche figure dello stato di natura e del contratto sociale, oppure accogliamo la rigorosa rappresentazione giuspositivistica dell'ordine giuridico, ma siamo costretti a vedere nei diritti i 'riflessi' dell'assoluta volontà statuale. In realtà, per Ruffini, la possibilità di superare il dilemma esiste, a patto di valorizzare gli apporti di una cultura giuridica che, da Savigny a Gierke, a Romano, ha impostato su nuove basi il rapporto fra lo Stato e il diritto. In questa prospettiva, il diritto non è un *posterius* (logico e storico) dello Stato: "Stato e Diritto sono coevi, poiché quello è nato con il diritto, vive nel diritto, e solo perdurando nel diritto può continuare ad esistere"[36]. Per Romano, lo Stato, come ogni altra istituzione, esiste in quanto capace di 'ordinarsi'[37]. Non è vero allora che lo Stato, in quanto tale, è privo di limiti e che questi intervengono solo come effetto della sua scelta di 'autolimitarsi'. Lo Stato, in quanto ordinamento giuridico, in quanto strutturalmente organizzato secondo regole, non può non essere 'limitato'; ed è proprio nella sua "originaria, primordiale e, di conseguenza, fatale sua limitazione" che i diritti di libertà traggono la loro origine e la loro "intangibilità"[38].

Non possiamo sottovalutare né l'importanza né l'originalità della riflessione di Ruffini[39], che colpisce esattamente il bersaglio che la cultura giuridica italiana (la cultura dei giuristi 'tecnici', a-fascisti o antifascisti che fossero) stenta a mettere a fuoco: la fragilità dello statuto teorico dei diritti all'interno del modello statualistico dominante. Certo, a rigore, l'argomento 'gierkiano-romaniano' di Ruffini non risolve alla radice il difficile problema della fondazione delle libertà: è vero, infatti, che lo Stato non può non essere 'limitato' nei suoi poteri, ma quali siano questi limiti e quale sia la loro estensione non appare definibile

[35] Ruffini 2012, pp. 120 ss.
[36] Ruffini 2012, p. 125.
[37] Ruffini 2012, p. 127.
[38] Ruffini 2012, p. 130.
[39] Come scrive Dogliani nella sua lucida e appassionata 'Postfazione', l'opera di Ruffini non è affatto "una ricapitolazione – solo rinvigorita dalla passione e dall'angoscia a fronte degli eventi politici – di tesi diffuse nella cultura dell'Italia liberale", ma è invece l'espressione di "una trattazione originale ed eccentrica rispetto a tale cultura" (Dogliani 2012, p. 242). Coglie l'importanza del tentativo di Ruffini di sottrarsi all'egemonia del modello gerberiano-labandiano Caretti 2011, p. 29.

una volta per tutte e sembra quindi dipendere dalle contingenze storiche. La 'terza via' di Ruffini (terza rispetto al giuspositivismo e al giusnaturalismo) sembra allora rinviare a una prospettiva che non era affatto estranea alla cultura del liberalismo ottocentesco, alla quale appartenevano gli inventori della teoria della 'autolimitazione' dello Stato: che, se da un lato sostenevano che lo Stato potesse contrarre *ad libitum* la sfera delle libertà, dall'altro lato ritenevano del tutto improbabile che una siffatta decisione avesse effettivamente luogo, dal momento che lo Stato era l'espressione della storia e la storia procedeva unidirezionalmente dalla barbarie alla civiltà; e di questa civiltà un'espressione essenziale era proprio il circolo virtuoso fra la nazione, lo Stato e le libertà (rese possibili dalla 'autolimitazione' dello Stato stesso). In sostanza, quindi, la 'terza via' raccomandata da Ruffini può essere presentata come la variante di un approccio 'storicistico' al problema dei diritti (e trova infatti nella rilettura dello Statuto albertino e nelle vicende dello Stato unitario – come osserva Dogliani – una precisa determinazione[40]).

In ogni caso, ciò che qui interessa non è valutare l'efficacia dimostrativa della tesi di Ruffini, ma sottolineare, da un lato, lo scarto della sua argomentazione dalla tradizione dominante e, dall'altro lato, la sua espunzione dal dibattito degli anni Trenta. Ovviamente, il contenuto duramente ed esplicitamente antifascista della sua opera è stato determinante per la *damnatio memoriae* da essa subita. Lo stesso Calamandrei – solitamente informatissimo e sensibile alle più diverse sollecitazioni – non sembra aver conosciuto *I diritti di libertà* nel momento in cui si affaticava sul problema della legalità e si interrogava sulla sorte dei diritti soggettivi e sulle loro paventate compressioni.

Il libro di Ruffini però, ignorato da Calamandrei a causa della sua verosimilmente minima circolazione, non era sfuggito a quell'onnivoro e attento lettore che mostrava di essere Lopez, che non manca di ricordarlo nelle 'Aggiunte'[41] proprio a proposito del difficile e 'strategico' problema dei diritti soggettivi.

La "negazione dei diritti pubblici subiettivi operata in Germania dal Gerber […]" (così come la critica comtiana dei diritti individuali) sono presentate da Lopez, ancora una volta, come la "negazione della certezza del diritto", in una prospettiva strettamente analoga a quanto negli stessi anni veniva sostenendo Calamandrei. Al contempo, tuttavia, la difesa del diritto soggettivo è in Lopez il punto di emersione e di consolidazione di una trama argomentativa più vasta e ramificata il cui filo conduttore è la visione del soggetto. La certezza del diritto è importante perché costringe a concentrare l'attenzione sull'individuo e a interrogarsi sulla sua caratterizzazione complessiva, imponendo di guardare al "soggetto nella sua individualità precisa singola ed irriducibile: quella cioè reale e concreta, nella quale realmente e concretamente si fonda e deve fondarsi lo Stato […]"[42].

[40] Dogliani 2012, pp. 241 ss.
[41] Lopez de Oñate 1968, p. 117.
[42] Lopez de Oñate 1968, p. 114.

Non è un confronto diretto che Lopez instaura con l'antinomia prospettata da Ruffini. Egli adotta piuttosto una tattica di aggiramento: compie un passo di lato, o meglio all'indietro, per cercare la soluzione del dilemma nella realtà a esso soggiacente: una realtà che per Lopez trova il suo epicentro nell'individuo concretamente agente.

5. L'individuo, fra idealismo ed esistenzialismo

La certezza del diritto rinvia al diritto soggettivo e l'una e l'altro dipendono strettamente dalla sorte riservata all'individuo: è la rappresentazione dell'individuo (e della sua crisi) il tema portante del libro del '42. Da questo punto di vista però *La certezza del diritto* è tanto il punto di partenza di un itinerario precocemente interrotto, quanto il punto di arrivo o di decantazione di un percorso iniziato da almeno un decennio, dal momento che il problema dell'individuo era stato uno dei principali fili conduttori della riflessione cui il giovane filosofo si era intensamente dedicato.

Ce ne offre una preziosa illustrazione Giovanni Nencioni, attingendo agli scritti inediti di Lopez e riproducendone lunghi passaggi: non mi sarebbe stato possibile – scrive Nencioni – ricostruire con sufficiente distacco "l'amicizia e la conversazione quasi quotidiana con lui" e la soluzione migliore era "far parlare la sua voce inedita, dopo che quella edita aveva combattuto, con la *Certezza del diritto*, la sua buona battaglia […]"[43]. Gli appunti di Lopez documentano, secondo Nencioni, tanto l'importanza dell'idealismo crociano e gentiliano, che aveva presieduto alla sua formazione, quanto la sua "continua inesorabile revisione delle posizioni speculative dominanti"[44].

È il tema dell'individuo e del suo rapporto con lo Stato a dare il titolo alla tesi di laurea di Lopez, discussa con Giorgio Del Vecchio nel '33: *Note sul tema Individuo e Stato*. Alla stessa linea di indagine appartiene un inserto, redatto nello stesso periodo, dominato dall'esigenza di "assicurare all'individuo una sua autonomia e vita morale che non siano conculcate dal gruppo"[45]. L'individuo – scrive Lopez in un documento di poco successivo, che si dedica a raccogliere passi di autori diversi, ma convergenti verso la "negazione dell'individuo – si pone veramente come lo scandalo grave della filosofia, della cultura, del pensiero moderno […]. Gli è stato cantato su tutti i toni […] che egli non è che un momento, che è transeunte, che è inconsistente"[46]. "Comincia così – scrive Nencioni – quella teoresi dell'individuo che accompagnerà tutta l'attività di Lopez"[47]: comincia con la presa d'atto che numerose, ed eterogenee, correnti della cultura contemporanea non erano in grado di cogliere l'individuo nella sua singolare e concreta realtà e prosegue con la crescente consapevolezza che era semmai la

[43] Nencioni 1974, p. lxxxiv.
[44] Nencioni 1974, p. xi.
[45] Nencioni 1974, p. xxiv.
[46] Nencioni 1974, p. xxv.
[47] Nencioni 1974, p. xxiv.

tradizione cristiana a 'prendere sul serio' l'individuo, a valorizzare "l'individuo intero"[48]. Ed è "attraverso il problema dell'individuo" che Lopez prende gradualmente le distanze dal neoidealismo trovando nel "cristianesimo e nell'etica cristiana" gli "argomenti per l'individuo"[49] che andava cercando.

Certo, le riflessioni che, nel breve tempo della sua vita, Lopez è stato in grado di esporre in forma compiuta e di comunicare al pubblico sono solo la punta emergente del continente più vasto, sul quale gli scritti inediti permettono di gettare uno sguardo. Non mancano comunque spunti interessanti, che emergono nitidamente, prima della sua opera più nota, in uno scritto (pubblicato, nel 1939, nella *Rivista internazionale di filosofia del diritto*) in cui Lopez discute la monografia dedicata da Roger Holmes a Gentile[50].

La tesi di fondo dell'autore inglese riposa, per Lopez, su un equivoco. L'idealismo di Gentile, secondo Holmes, è l'estrema variante dell'antropocentrismo e del soggettivismo che trovano nella famosa massima di Protagora (l'uomo come misura di tutte le cose) la loro prima formulazione. L'equivoco, per Lopez, risiede proprio nella rappresentazione del 'soggetto': che, per l'antico sofista era certamente l'"individuo empirico", mentre "la dottrina del Gentile non si riferisce all'uomo come soggetto singolo, che, se è inteso nella sua effettiva singolarità, distinto cioè dall'universale che esso realizza e che in esso si realizza […] va considerato come oggetto del pensiero, alla stessa stregua degli altri oggetti di pensiero che costituiscono il contenuto dell'atto di pensare"[51].

È appena uno spunto, che però trova nel *La certezza del diritto* una forte tematizzazione. In questo libro l'individuo è (come ricordavo) non solo il deuteragonista dell'opera, ma, al contempo, la sua destinazione di senso e il suo punto di gravitazione. Il punto decisivo è come rappresentare l'individuo e come situarlo nel complessivo ordine giuridico-statuale. È su questo punto che si consuma, sobriamente ma inequivocabilmente, la presa di distanza di Lopez dalla filosofia neoidealistica: una presa di distanza che coincide con il rifiuto di risolvere l'individuo nel Soggetto universale, precludendosi di cogliere la sua irripetibile singolarità.

Occorre sottrarsi alla luce abbagliante del Soggetto e considerare l'individuo "quale esso è, restio ad ogni riduzione universalistica: con il suo destino assolutamente individuale, nella sua situazione personalissima, legato alla singolarità che non intende abbandonare e non può perdere"[52]. "Se certa recente formulazione dell'idealismo – scrive Lopez – ha troppo programmaticamente insistito sulla necessità dell'universale, sulla società come realizzazione dell'universale, le teoriche più rigorose non hanno mancato di rilevare che i singoli sono l'individuale in cui l'universale si fa concreto, ed hanno insistito sul valore etico insostituibile dell'individuo"[53].

[48] Nencioni 1974, p. xxvii.
[49] Nencioni 1974, p. xxxii.
[50] Holmes 1937.
[51] Lopez de Oñate 1939, p. 6.
[52] Lopez de Oñate 1968, p. 29.
[53] Lopez de Oñate 1968, p. 111.

Non importa insistere sulla portata strategica della 'mossa' di Lopez: era appunto l'assunzione dell'individuo come Soggetto universale che rendeva improponibile l'ipotesi di una costitutiva tensione fra l'individuo e lo Stato proprio perché conduceva all'immedesimazione del primo nel secondo. Di contro, la tematizzazione dell'irriducibile singolarità del soggetto mette in crisi la logica dell'identità e impedisce che l'individuo "scompaia, annullato nella società, di fronte allo Stato" e al contempo costringe a porre il "problema dell'altro, degli altri", pur rimanendo l'individuo sé stesso (né peraltro – osserva ironicamente Lopez – "potrebbe in alcun modo fare diversamente!")[54].

È la rappresentazione dell'individuo il terreno sul quale il neoidealismo sta perdendo molto della sua efficacia persuasiva. L'itinerario percorso da Lopez nel decennio che si conclude con la pubblicazione del *La certezza del diritto* non è un'avventura isolata. Lopez ne è lucidamente consapevole: la 'crisi dell'individuo' (e la crisi della sua rappresentazione) sono, a suo avviso, il problema centrale del suo tempo e hanno sollecitato la diffusione di un orientamento che egli presenta come "la vera filosofia della crisi"[55]: l'esistenzialismo. Di questa filosofia Lopez mostra di essere un conoscitore attento e informato, capace di offrire non generiche informazioni bibliografiche, ma precise indicazioni: riferendosi, per l'Italia, in particolare, a Pareyson, a Luporini, a Bobbio, ad autori dai quali Lopez può trarre precise testimonianze su un orientamento che proprio fra gli anni Trenta e gli anni Quaranta stava ottenendo anche in Italia una udienza crescente.

Luigi Pareyson aveva pubblicato nel 1940 (appena ventiduenne) un esauriente studio sulla filosofia di Karl Jaspers, che si propone subito come un importante riferimento per cogliere (attraverso l'opera di uno dei protagonisti della 'filosofia dell'esistenza') alcuni dei principali assunti del nuovo orientamento: l'aspirazione (secondo Pareyson comune all'esistenzialismo nel suo complesso) a "fondare filosoficamente la persona"[56], il superamento della ragione idealistica, la scoperta, nell'individuo, di un retroterra metarazionale[57] e, infine, il rifiuto del "sistema" ("se il filosofare è la via della libertà, il sistema è il carcere più soffocante"[58]).

In realtà, per Pareyson il rapporto dell'esistenzialismo con l'idealismo non è di semplice e frontale opposizione, soprattutto in Italia, dove l'attacco jaspersiano al 'sistema' sembra difficilmente estensibile all'attualismo gentiliano, che è centrato sull'atto, "realizzazione perenne che

[54] Lopez de Oñate 1968, p. 113.
[55] Lopez de Oñate 1968, p. 32.
[56] Pareyson 1940, p. viii.
[57] "La ragione non è la ragione dell'idealismo, che tutto riduce a pensiero e pensabilità […]. Di fronte alla ragione c'è il fondo dell'esistenza, che è effettività, possibilità, attualità, insomma tutto ciò che si sottrae alla riduzione a puro intelligibile": Pareyson 1940, p. 144. In questo senso si esprime Paci 1943, p. 6: "[…] la filosofia dell'esistenza deve essere considerata nella sua funzione storica, che è quella di aver spezzato il dogmatismo hegeliano e di aver riposto in primo piano i problemi della personalità, del nulla, del tempo, della storia, del destino. Di fronte al panlogismo di Hegel l'esistenzialismo fa valere il piano dell'irrazionale e ci obbliga alla ricerca di un metodo di comprensione dell'irrazionale che sia tale da non trasformare l'irrazionale in razionale".
[58] Pareyson 1940, p. 145.

il realizzante fa di sé stesso"[59]. È possibile addirittura ipotizzare che in Italia sia stato proprio l'idealismo gentiliano a preparare un'atmosfera nella quale "son potuti germinare temi speculativi riconosciuti in seguito come esistenzialistici"[60]. L'esistenzialismo può essere presentato non come un mero 'antagonista' dell'idealismo, ma come una reazione ad alcuni suoi aspetti "o, meglio, irrigidimenti […]: esso "rappresenta, in fondo, una reazione alla dialettica e l'implicita rivalutazione di tutto ciò che alla dialettica non si può ridurre"[61]. Il *porro unum* di questa reazione "è la rivalutazione del singolo irriducibile a qualsiasi dialettica" e la dimostrazione che "l'io […] è […] unico", è "singolare" e "questo significa: unico e intero". L'esistenzialismo "accentua quella singolarità in irripetibilità e quella delimitatezza in finitezza"[62]. Con analoghi accenti Cesare Luporini situa la sua proposta filosofica "alla confluenza dei tre più vivi movimenti del pensiero contemporaneo: l'idealismo italiano, la 'filosofia della vita' e la filosofia esistenziale"[63] e la presenta come "rivendicazione dell'incarnato individuo e nell'individuo della persona come incondizionata iniziativa"[64].

Porre al centro l'individuo nella sua finitezza e singolarità ed esaltarne la libertà, la scelta, la decisione: sono i temi che ritroviamo nella discussione sull'esistenzialismo (con il titolo *L'esistenzialismo in Italia*) organizzata dalla rivista di Giuseppe Bottai – *Primato* – nel '43[65]. Il dibattito è aperto da Nicola Abbagnano ed Enzo Paci (assunti come i corifei del nuovo orientamento), che insistono sulla finitudine dell'uomo, sulla scelta, sulla sua singolarità[66], ma anche su "la dignità e l'importanza degli altri rispetto alla mia stessa esistenza", sull'esistenza come coesistenza[67]. In termini analoghi si esprime Cesare Luporini, per il quale l'esistenzialismo "è rivendicazione del finito, del contingente, del singolo (dell'incarnato, è stato detto), questo – qui – ora"[68].

La rappresentazione dell'individuo è il decisivo punto di frattura fra la tradizione idealistica e la nuova sensibilità 'esistenzialistica' ed è uno dei principali fili conduttori del dibattito promosso da *Primato*: nell'intervento redazionale non firmato (verosimilmente riconducibile allo stesso Bottai) che, nel giugno del '43, conclude la discussione, a essere indicato come elemento caratterizzante della nuova filosofia è, di nuovo, la visione di un individuo colto nella sua singolarità e contingenza, irriducibile alle pretese totalizzanti di un qualsivoglia 'sistema'[69].

---

[59] Pareyson 1943, p. 277.
[60] Pareyson 1943, p. 276.
[61] Pareyson 1943, p. 290.
[62] Pareyson 1943, p. 292. Pareyson modificherà la sua visione del rapporto fra esistenzialismo e idealismo in Pareyson 1985, p. 252. Cfr. Pianciola 1996, p. 260.
[63] Luporini 1942, p. vii.
[64] Luporini 1942, p. ix.
[65] Cfr. Maiorca 1993; Invitto 1995.
[66] Abbagnano 1943, p. 2. Paci 1943 b, p. 4: "Se io sono soltanto Pensiero gli altri non saranno per me che il Pensiero. Se io sono persona gli altri saranno persone, come me finite, ma come me aperte alla Trascendenza".
[67] Abbagnano 1943, p. 2.
[68] Luporini 1943, p. 84.
[69] "Riassunto nei suoi termini essenziali, il contrasto fra idealismo ed esistenzialismo, è questo: da una parte, il mondo infinito nella ragione, concepita come pensiero puro, anonimo, impersonale, risolvente dialetticamente e necessariamente

Questo tema appare centrale anche nelle acute, e partecipi, analisi che Norberto Bobbio dedica, fra gli anni Trenta e gli anni Quaranta, alla 'filosofia dell'esistenza'[70]. La radice del recente successo dell'esistenzialismo risiede, per Bobbio, nel suo "appello appassionato all'uomo singolo", nella "affermazione della personalità", in un "atteggiamento antiuniversalistico"[71] che al "sapere oggettivo" contrappone la "rivelazione dell'esistenza a se stessa nella singolarità della sua essenza, e nella storicità della sua situazione"[72].

Per Bobbio, la tematizzazione dell'individuo concretamente agente serve a prendere le distanze non solo dalla tradizione idealistica, ma anche dal determinismo e dalle pretese olistiche della recente sociologia[73]. Far leva sulle caratteristiche strettamente 'individuali' della persona permette, da un lato, di evitare la mitologica rappresentazione della società come "persona collettiva" e, dall'altro lato, invita a cogliere la dimensione relazionale delle singole individualità[74]. È l'individuo nella sua concretezza il "problema centrale dell'esistenzialismo", come ha affermato "il Pareyson nel suo bel libro sulla filosofia dell'esistenza"[75]. Al contempo, l'esistenzialismo, nei suoi ultimi sviluppi, si rende conto che "il concetto di persona non è raggiungibile, se non ponendo il problema della molteplicità degli individui e della loro relazione", tanto da rendere possibile "una fondazione sociale della persona in contrasto con la comune concezione individualistica"[76]. Non appena risorge "più vivo che mai" il senso della "persona concreta", ci si accorge che la persona "non può essere se stessa se non in rapporto di unione con altre persone"[77].

Sembra dunque delinearsi un affollato 'campo teorico', che trova il suo centro, da un lato, in un individuo, colto nella concretezza del suo esistere e nella sua inconfondibile singolarità, e, dall'altro lato, nella necessaria, vitale relazione che il singolo non può non intrecciare con una pluralità di individui.

6. La certezza del diritto, fra giuspositivismo e giusnaturalismo

È l'irriducibilità del singolo a un qualsivoglia 'sistema' che pretenda di dissolverne l'individua realtà la spina nel fianco di tradizioni che, pur difformi fra loro, convergono nel trasformare i 'molti' nell''uno', nel risolvere la pluralità in un'entità olistica, sia essa la società

in sé tutti i contrasti, in un sistema in cui l'errore e il male sono solo un momento negativo della verità, e tutto si risolve in razionalità, senza residui; dall'altra, si contrappone il mondo del finito, del contingente (questo, qui, ora) in quanto tale, costitutivo dell'uomo singolo, che nasce e muore, e si distingue dall'altro: per cui il mondo è problematicità continua, senza soluzione vera, e implica perciò la necessità di decidersi con rischio e pericolo, con salti nel buio e possibilità di scacco. Si è detto perciò l'esistenzialismo una filosofia della crisi […]" (Anonimo 1943, p. 191).

[70] Cfr. Greco 2000; Cianferotti 2005.

[71] Bobbio 1941a, p. 114.

[72] Bobbio 1941, p. 113.

[73] Bobbio 1938a, p. 5.

[74] Bobbio 1938a, p. 9.

[75] Bobbio 1941b, p. 320.

[76] Bobbio 1941b, p. 333.

[77] Bobbio 1938b, p. 7.

del 'sociologismo' (per usare l'espressione di Bobbio), lo Stato della tradizione idealistica (con la quale principalmente si confronta Lopez) oppure il *Volk* della dottrina nazionalsocialista, bersaglio esplicito tanto di Lopez quanto di Bobbio: del primo, che lo indicava come emblema di una radicale politicizzazione della giustizia[78], e del secondo, che attaccava (nel '38, nel momento d'avvio del 'razzismo di Stato') il "fanatismo, che per nobilitarsi si fa chiamare misticismo" e conduce nella recente letteratura tedesca a 'ideologizzare' "il popolo, cioè quell'oscuro termine, su cui si esercita il tentativo di teorizzare la politica sopra basi razzistiche"[79].

Il riconoscimento della pluralità però, a sua volta, è, sì, un punto di arrivo (del processo di allontanamento dagli orientamenti dominanti), ma è anche un difficile punto di partenza. Per Lopez, si pone, a partire dall'individuo, dagli individui, dalla loro pluralità, il problema di gettare un ponte fra la 'singolarità' e l''universalità', di cogliere la trama profonda della coesistenza[80]. Il diritto e la sua 'certezza' vogliono essere una risposta in questa direzione, ma possono esserlo solo a patto di muovere da una visione impegnativa e complessiva del fenomeno giuridico. Non mancano spunti che vanno in questa direzione nel *La certezza del diritto*. Questi spunti però sono più accennati che sviluppati e finiscono per essere in qualche modo oscurati dal cono d'ombra che getta su di essi ciò che rischia di apparire il principale *thema probandum* dell'argomentazione: la difesa della norma nella sua generalità e astrattezza di contro alle indebite pretese di un'interpretazione 'creativa'.

In effetti, la recensione di Calamandrei portava acqua a questo mulino, nel momento in cui riteneva di trovare nel libro di Lopez la conferma delle sue tesi di fondo: il primato della legislazione, il carattere logico-deduttivo dell'interpretazione giurisprudenziale, la rigorosa distinzione fra politica e diritto, che lo induceva a ribadire che il giudice che, di fronte a una legge che "moralmente gli ripugna", tenti di "attenuarla" facendo leva su "distinzioni e riserve", agiva "da politico, non da giurista"[81].

La legge sembra identificarsi con la giustizia (per Calamandrei lettore di Lopez). E anche un altro recensore 'eccellente' del *La certezza del diritto* – Francesco Carnelutti – sembra pensarla allo stesso modo. Calamandrei, come "i miei maestri", erano "dei candidi adoratori della legge, ossia della certezza del diritto"[82] e tanto Calamandrei quanto Lopez – uniti nell'apologia della *lex* ancorché *dura* – escludono qualsiasi possibile tensione fra 'diritto' e 'giustizia', perché per entrambi le leggi "sono sempre ciò che debbono essere". Per Lopez, in particolare, è "l'insidenza della verità nella realtà e della realtà nella verità" "la chiave per risolvere l'antinomia fra equità e legalità"[83].

[78] Lopez de Oñate, p. 87.
[79] Bobbio 1938b, p. 39.
[80] Lopez de Oñate 1968, p. 113.
[81] Calamandrei 1942, p. 511.
[82] Carnelutti 1943, p. 194.
[83] Carnelutti 1943, p. 203. Cfr. Caria 2019.

Chi offre una lettura 'polifonica' e non riduttiva del pensiero di Lopez è Giuseppe Capograssi, prima nel Necrologio[84] e poi nella Prefazione alla ristampa del *La Certezza del diritto* nel 1950. Nel 'ricordo' dell'amico scomparso Capograssi enuncia con esemplare chiarezza le linee portanti del percorso intellettuale di Lopez: per il giovane filosofo "cogliere la vita è coglierla nell'assoluta individualità nella quale essa si presenta. Cogliere l'individualità […] è il criterio e il metodo di ogni suo lavoro"[85]. Al contempo, però, la comprensione dell'individuale non può fargli perdere di vista il suo punto di congiunzione con l'universale. Come scrive Giuseppe Acocella, la scienza, per Lopez, è cognizione dell'universale ed è chiamata a illustrare la struttura della realtà, a individuare la razionalità immanente all'esperienza[86].

Alla luce di questi orientamenti di fondo Capograssi è in grado di rileggere criticamente le interpretazioni che Calamandrei e Carnelutti avevano proposto: il primo sostenendo e il secondo contestando la riconducibilità della 'giustizia' alla 'norma', ma entrambi dando per acquisito che la 'norma' di cui Lopez elogiava la 'certezza' fosse comprensibile senza residui nel quadro del consolidato paradigma giuspositivistico. Per Capograssi invece il retroterra di Lopez è diverso: lungi dall'identificare la realtà con la verità, il reale con il razionale, il fatto con l'idea, Lopez ha assunto l'agire umano come il "centro dell'esperienza giuridica" ed è andato in cerca della sua logica interna, del principio che la informa e la spiega: e questo principio "può chiamarsi, se si vuole, diritto naturale, nell'unica maniera in cui si può intendere il diritto naturale, come principio che dà vita al mondo del diritto e sostiene l'esperienza giuridica, come ragione obiettiva […]"[87].

È vero allora, come sostiene Calamandrei, che il giurista, interpretando la legge, deve rispettarne il dettato e che accetta anche la legge ingiusta, perché sa che comunque che il rispetto della legge è "anche nei regimi totalitari" "una catena all'arbitrio"[88]. Proprio per questo il giurista, per Calamandrei, non può, interpretando la legge, "aggirarla", foss'anche per "impedirle di nuocere". Che cosa significa però interpretare la legge? Significa intenderla non "come qualcosa di separato", ma come momento di una più vasta realtà: significa "riportare la singola legge a quella ragione obiettiva" che percorre e sostiene l'intera esperienza giuridica, ricondurla alla "vivente pienezza della ragione obiettiva del mondo del diritto"[89]. Se ciò è vero, il libro di Lopez non è una conferma, ma è una netta ricusazione dei "banali schemi della certezza del diritto come pura e mera legalità, come certezza esteriore o formale e simili"[90].

Capograssi è un lettore capace di intendere in tutti i suoi risvolti *La certezza del diritto*: non solo perché l'itinerario intellettuale di Lopez e le sue riflessioni (svolte in particolare negli

[84] Capograssi 1947. Il necrologio fu pubblicato originariamente nel 1947 nella *Rivista internazionale di filosofia del diritto*.
[85] Capograssi 1947, p. 4.
[86] Lopez de Oñate 1955, pp. 217 ss. Cfr. Acocella 1974, alla cui attenta e convincente lettura rinvio complessivamente.
[87] Capograssi 1950a, p. 244.
[88] Capograssi 1950a, p. 251.
[89] Capograssi 1950a, pp. 252-253.
[90] Capograssi 1950a, p. 255. Coglie esattamente la visione capograssiana della certezza del diritto Grossi 2006, pp. 26-27.

Studi filosofici sulla scienza del diritto, del 1939, e nel *Compendio di filosofia del diritto*, del 1942) gli sono perfettamente chiari, ma anche perché l'opera del giovane filosofo, se da un lato si sostanzia in un serrato confronto con le più vivaci testimonianze della cultura contemporanea, dall'altro lato è l'espressione di un dialogo ininterrotto con Capograssi stesso. È proprio in Capograssi (nei suoi scritti e negli incontri con lui, che della comunicazione amicale aveva fatto un tramite essenziale del suo magistero[91]) che Lopez aveva trovato indicazioni decisive per la sua riflessione: a partire dalla rappresentazione dell'individuo e dalla sua 'crisi'.

"La vera filosofia della crisi – aveva scritto Lopez nelle sue 'Aggiunte' – è l'esistenzialismo" e "un pensatore […] che presenta assai interessanti consonanze con l'esigenza esistenzialistica è il Capograssi", anche se il suo orientamento si è formato "contemporaneamente all'esistenzialismo ed in modo autonomo nei confronti di esso"[92]. Sono dello stesso avviso Carnelutti[93] e Bobbio, che, come già Lopez, afferma che Capograssi si era dedicato a una "analisi dell'esistenza umana" "simile per consonanza o vocazione naturale, non per imitazione, a quella degli esistenzialisti"[94]. E proprio di analisi esistenziale parla un altro allievo di Capograssi, Pietro Piovani, a proposito della 'filosofia dell'esperienza' di Capograssi[95].

L'*Analisi dell'esperienza comune*, del 1930, si apre con la denuncia di una "speculazione moderna" per la quale la vita è "o ragione universale o attività universale" che risolve in sé l'individuo "come centro permanente e durevole di esistenza"[96]. Se però si risolve l'individuo in un "soggetto universale", in una "realtà universale", diviene impossibile comprendere "il dato dell'esperienza concreta"[97]. Si perde di vista l'individuo come realtà "finita", si dimentica la "finitezza della vita" facendo leva sull'identificazione dell'individuo con lo Stato o con la società, ci si illude che "la morte […] non lasci traccia"[98] e si cancella il "fondamentale fatto che il soggetto si trova gettato in mezzo a un mondo già pensato e creato"[99].

La heideggeriana *Geworfenheit* dell'individuo che Capograssi fa propria esprime icasticamente la sua netta distanza dalla tradizione idealistica, ma non fa di lui "né l'ultimo, infedele, epigono del tramontante idealismo, né il primo profeta dell'imminente esistenzialismo"[100]: da un lato, è "l'antropocentrismo cristiano che si sovrappone a quello idealistico e lo soverchia […]"[101], dall'altro lato, "la storicità esistenziale è presa in considerazione per quel tanto che sia

[91] Salvatore Satta, ricordando la sua lunga, ventennale frequentazione di Capograssi, scriveva: "Solo ora comprendiamo che il foglio sul quale egli imprimeva le sue parole eravamo noi stessi" (Satta 1957, p. 8).
[92] Lopez de Oñate 1968, pp. 32-33.
[93] Carnelutti 1956, p. 7.
[94] Bobbio 1956-57, p. 141.
[95] Piovani 1976. Fra gli scritti recenti dedicati a Capograssi cfr. Delogu, Morace 2009; Cappellini 2013; Addis 2015; Acocella 2016; Marci 2017; Acocella 2021; Tessitore 2022.
[96] Capograssi 1930, p. 6.
[97] Capograssi 1930, p. 10.
[98] Capograssi 1930, p. 16.
[99] Capograssi 1930, p. 29.
[100] Opocher 1991, pp. 34-35.
[101] Opocher 1991, p. 35.

inseribile nel processo universale che la giustifichi"[102]. Lo storicismo di Capograssi, ricostruito da Fulvio Tessitore in pagine convincenti[103], è segnato dall'esigenza di andare 'oltre' l'individuo senza comprometterne la singolarità e la finitezza. È uno storicismo che parte da un'originale rilettura di Vico, passa attraverso la visione hegeliana dello spirito oggettivo, non trascura gli scritti del giovane Marx[104] e accoglie da Dilthey[105] "la tensione verso l'oggettività" e il tentativo di "conciliare il riconoscimento della finitezza del singolo con l'affermazione del suo ruolo imprescindibile all'interno della totalità storica"[106].

Il principale momento di congiunzione fra il singolo e l'esperienza complessiva è il diritto. L'individuo di Capograssi peraltro "non è solo", ma è caratterizzato da una costitutiva interazione con l'altro, con gli altri[107]. L'esperienza "non è che la comunicazione del soggetto con l'altro soggetto", un "vasto e totale sistema e processo di conoscenza fra soggetti"[108]; ed è significativo il rinvio[109], a conferma della centralità dei rapporti intersoggettivi nelle scienze morali, a Troeltsch e a Scheler (apprezzato anche per la valorizzazione della componente emozionale, metarazionale, della personalità umana[110]).

L'esperienza è dunque esperienza di pluralità e una sua adeguata comprensione esige di muovere oltre il livello "dell'esperienza esistenziale individualmente considerata", verso "un ordine che la dispieghi e trascenda"[111]. Occorre però guardarsi dal rischio di "imporre schemi alla vita" e tentare di intenderla nella concretezza dei suoi contenuti. È questa, per Capograssi, l'aspirazione più interessante della cultura moderna. Al suo interno è stata la fenomenologia ("una delle più significative correnti moderne") a proporsi di cogliere i "dati originari" della vita "nella loro purezza", "in quello che presentano di originale e di irriducibile"[112].

Non dobbiamo sottovalutare il richiamo di Capograssi alla fenomenologia. Non è un rinvio di maniera (mai le sue parche citazioni lo sono); e Norberto Bobbio, che proprio alla fenomenologia – e ai suoi riflessi nella scienza del diritto – aveva dedicato la sua prima monografia[113], non manca di presentare Capograssi come un "attento studioso della corrente fenomenologica", fra i pochi allora in Italia[114]. Certo, il pensiero di Capograssi non è mai riconducibile a un'esclusiva matrice: la stessa 'filosofia dell'azione' (da Léon Ollé-Laprune a Maurice Blondel), pur così presente ed esplicitamente richiamata nella sua opera, è sem-

[102] Piovani 1976, p. 48.
[103] Cfr. in particolare Tessitore 1971.
[104] Tessitore 1976, pp. 89 ss.
[105] Bianco 1976, p. 204.
[106] Bianco 1976, p. 217.
[107] Capograssi 1930, p. 41.
[108] Capograssi 1932, p. 226.
[109] Capograssi 1932, pp. 227-228.
[110] Capograssi 1932, p. 225.
[111] Piovani 1976, p. 21.
[112] Capograssi 1932, pp. 223-224.
[113] Bobbio 1934.
[114] Bobbio 1934, p. 29.

pre metabolizzata in una riflessione inconfondibilmente 'personale'. Ciò non diminuisce comunque il ruolo esercitato dalla fenomenologia in un passaggio capitale della riflessione di Capograssi: nel suo tentativo di cogliere le modalità essenziali, le forme strutturali, dell'esperienza giuridica.

Impegnato a delineare i tratti fondamentali del mondo umano, il fenomenologo mette in parentesi i presupposti e gli accidenti dell'esperienza e guarda ai dati "nella loro purezza, in quello che essi presentano di originale e di irriducibile", non già 'costruendo' l'oggetto della conoscenza, ma entrando in rapporto diretto con l'esperienza sulla base di una intuizione immediata che ne coglie le determinazioni essenziali[115].

È in questa prospettiva che Capograssi, nelle seminali opere del '30 e del '32, individua i tratti caratterizzanti dell'esperienza giuridica, muovendo dal soggetto e dalla sua volontà: a partire dal nucleo elementare della 'promessa' ("Spondesne? Spondeo"[116]), che permette di superare "l'insolubile groviglio" dei problemi economici sostituendo "all'utilità l'obbligazione". "Col contratto il soggetto comincia a fare esperienza che solo traverso l'altra volontà egli può conseguire i suoi beni"[117]. Occorre partire dal soggetto, dalla sua volontà, dalla sua "attività pratica e diretta" e da qui rintracciare "la logica" dell'esperienza[118]. Nell'opera del '32, Capograssi parla di una rete "di comandi e di obbedienze": comandi e obbedienze individuali e collettive, espressione di quella "connessione di rapporti di atti di volontà" che è l'esperienza giuridica[119]. È nella stretta connessione di pretese e obblighi, di comandi e obbedienze che è possibile ravvisare la trama intima dell'esperienza.

Non sembra un'indebita forzatura ravvisare nelle pagine capograssiane qualche suggestiva assonanza con le ricerche fenomenologiche di Adolf Reinach. Era uscita nel 1913 la sua opera principale (*Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*[120]), che si proponeva un obiettivo che Capograssi avrebbe perseguito a suo modo: individuare le grandezze soggiacenti all'esperienza giuridica, assumere queste "rechtliche Gebilde" come proposizioni giuridiche a priori e sottolinearne l'indipendenza dal diritto positivo[121]. Reinach dedica pagine innovative al concetto di 'atto sociale' (e non dimentichiamo la costitutiva relazionalità del soggetto capograssiano), mette alla prova il suo progetto fenomenologico analizzando la promessa e il conseguente rapporto fra la pretesa e l'obbligazione e per questa via assume come determinante il concetto di "atto sociale". Per Reinach, accanto a innumerevoli atti puramente 'interni', l'individuo compie atti che egli qualifica come "fremdpersonal", gli atti che chiamano diret-

[115] Capograssi 1932, p. 24.
[116] Capograssi 1930, p. 120.
[117] Capograssi 1930, p. 121.
[118] Capograssi 1932, p. 234.
[119] Capograssi 1932, p. 235.
[120] Reinach 1913. Reinach non era ignoto in Italia. Si tenga presente, in generale, l'opera di Cesare Goretti (Goretti 1930). Può essere interessante notare che nel '29 Luis Recaséns Siches aveva diffusamente parlato di Reinach in un'opera (*Direcciones contemporaneas del pensamiento jurídico*), nota a Capograssi, che la ricorda in una sua recensione, del 1931, ad altra opera dello stesso autore (Capograssi 1931, p. 198).
[121] Reinach 1913, pp. 688-689.

tamente in causa un soggetto 'altro' ed esigono la sua comprensione[122]: appunto, gli atti che Reinach chiama "sociali". È in questa prospettiva che Reinach si dedica a un'analisi fenomenologica della promessa (e della pretesa e dell'obbligo che ne conseguono) e, più in generale, dei rapporti di comando e di obbedienza.

La promessa e l'obbligo, il comando e l'obbedienza: sono figure che appartengono, in Reinach come in Capograssi, a una 'grammatica dell'esperienza' che, lungi dall'essere il prodotto del 'decisionismo' di un legislatore, è semmai la condizione previa del funzionamento del diritto positivo. Esiste per Capograssi una "legge dell'azione" che ha le sue regole 'strutturali', esistono "principi fondamentali" che la legge positiva presuppone. Il diritto positivo è non già il punto di origine dell'esperienza giuridica, bensì una sua componente e una sua funzione: primario e fondante è il ruolo dell'azione e degli individui agenti (ciascuno nella sua "concreta individualità"); essenziali "sono gli imperativi ultimi ed universali", "le vere 'Grundnormen' che la legge positiva non pone direttamente, non comanda […], ma senza le quali la legge positiva non potrebbe concepirsi"[123].

"Il singolo partecipa della ragione, di quella ragione vivente che è divenuta realtà pratica, da lui stesso sperimentata"[124]. È in questo quadro che Vico è un indispensabile punto di riferimento per Capograssi: non solo come punto d'avvio di uno storicismo che lo induce a muovere dalla centralità del singolo alla totalità dell'esperienza, ma anche come sostenitore di un'idea di ragione che opera al fondo dell'azione umana. La scienza del diritto ha, come suo scopo ultimo, l'affermare "il primato della ragione su tutta la vita" e come suo "contenuto la vita stessa concreta nella sua profonda razionalità"[125].

Il diritto appare dunque, quando la scienza ne colga le effettive radici, l'espressione e il tramite della razionalità immanente all'esperienza: è in questa prospettiva che Capograssi ripensa il diritto naturale non come un parametro esterno alla dinamica storica, ma come la sua struttura profonda, come "il sistema di permanenze al di sotto delle variazioni superficiali della storia"[126]. Sono eloquenti le considerazioni svolte da Capograssi a proposito di Karl Bergbohm e del suo libro più noto (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, del 1892). Bergbohm reclama l'attenzione alla 'realtà' e vede nel diritto naturale, da un lato, "un subiettivismo arbitrario" e, dall'altro lato, "uno sforzo perennemente eversivo degli ordini esistenti"[127], incorrendo però in questo modo in un duplice errore: in una considerazione puramente "empirica della realtà, ed astratta della ragione"[128]. Egli riduce la ragione ad "arbitrio subiettivo" e concepisce "la realtà fuori della ragione", senza pervenire al "riconoscimento

[122] Reinach 1913, p. 706. Su Reinach cfr. Stella 1990, Punzi 1991, De Vecchi 2012, Tedeschini 2015, Ciccarelli 2017, Di Lucia 2018.
[123] Capograssi 1932, pp. 337-338.
[124] Marini 1976, p. 131.
[125] Capograssi 1937, p. 498.
[126] Piovani 1963.
[127] Capograssi 1928, p. 55.
[128] Capograssi 1928, p. 58.

della ragione che regge la vita, dei principi che formano l'esperienza, che danno il valore e il contenuto di verità all'esperienza"[129]: perdendo di vista quindi "il contenuto più profondo dell'idea del diritto naturale, vale a dire l'affermazione dei principi di verità che reggono la vita del diritto"[130].

È sul terreno di un'esperienza giuridica intrinsecamente 'razionale', è nell'orizzonte di un 'diritto naturale' reinterpretato come la logica profonda della dinamica storica, che Capograssi colloca lo Stato e il suo più alto prodotto, la legge. La legge "non è una trovata dello Stato, ma è la profonda realtà già insita nell'azione". Le forme dell'esperienza non sono create dallo Stato, che però interviene conferendo a esse "la loro vera energia e la loro piena verità", assumendole come espressioni coerenti e correlate "dell'unico ed intero imperativo giuridico"[131]. La legge svolge una funzione di raccordo e di sintesi di "tutte le posizioni fondamentali dell'azione giuridica". Il diritto, lungi dal coincidere con l'insieme degli imperscrutabili e arbitrari atti di volontà statale, affonda le radici nell'immanente razionalità dell'esperienza (nella logica dell'azione e dell'interazione dei soggetti) e trova in essa il suo senso, la sua misura, la sua stessa possibilità di funzionamento.

È comprensibile allora che Capograssi rifiutasse (contro Calamandrei e Carnelutti) di ridurre la certezza del diritto di Lopez ai "banali schemi […] della mera legalità"[132]. Per Capograssi, come per il suo brillante allievo, proprio perché la legge è la punta emergente dell'esperienza giuridica nella sua totalità, il diritto potrà dirsi 'certo' solo nella misura in cui la legge positiva e il 'diritto naturale', la volontà eminente dello Stato e la razionalità intrinseca dell'esperienza, si disporranno in un rapporto di reciproca implicazione ed osmosi.

7. La certezza del diritto di fronte alla catastrofe: continuità e fratture

La certezza del diritto di Lopez era iscritta nell'orizzonte della 'crisi': una crisi i cui coefficienti principali erano, da un lato, la dissoluzione dell'"esistenziale' singolarità dell'individuo nell'astratta unità del Soggetto e, dall'altro lato, l'attacco alla maestosa intangibilità della legge, assunto come indizio della crescente distanza fra la *ratio* e la *potestas*.

Nel libro di Lopez erano presenti gli elementi che permettevano una diagnosi della 'crisi' e anche spunti potenzialmente idonei per una futura *pars construens*. Non a Lopez, morto precocemente nell'agosto del 1944, fu però possibile gettare uno sguardo 'oltre' la crisi. Lo fu per Capograssi, che la affronta confermando, ma al contempo modulando e mettendo alla prova schemi interpretativi venuti a maturazione nel corso degli anni Trenta. Capograssi – scrive Bobbio nel suo commosso ricordo –

[129] Capograssi 1928, p. 57.
[130] Capograssi 1928, p. 56.
[131] Capograssi1930, p. 143.
[132] Capograssi 1950a, p. 255.

> ha sentito profondo orrore della catastrofe; e la interpreta dal punto di vista metafisico come la macabra vittoria del nichilismo sulla tradizione cristiana; dal punto di vista sociale, come la vittoria dello stato onnipotente sull'individuo spogliato e spodestato. Egli prende le difese dell'individuo. E lo difende perché nonostante la miseria in cui è caduto, ha fiducia in lui. Dalla rinascita dell'individuo dipende la ripresa dopo la crisi[133].

Di fronte alla catastrofe, acquistano un nuovo e drammatico risalto alcuni temi nodali della sua riflessione: il rapporto fra l'esperienza giuridica e la legge dello Stato, la sempre risorgente tensione fra Stato e individuo[134], fra *ratio* e *potestas*, fra diritto naturale e diritto positivo.

Sul problema del rapporto fra diritto naturale e diritto positivo Capograssi si intrattiene in un impegnativo intervento pubblicato nel 1949 sul primo numero di *Iustitia*, prendendo spunto da uno scritto anonimo (ma riconducibile a Santoro Passarelli[135]), che si era interrogato sulla posizione che il giurista deve assumere di fronte alla 'legge ingiusta'. La risposta di Capograssi è in linea con le riflessioni che egli avrebbe svolto di lì a poco contestando l'interpretazione riduttiva che della certezza del diritto di Lopez avevano dato Calamandrei e Carnelutti[136]. Il giurista deve rispettare l'ordinamento positivo, senza indulgere a forzature interpretative riconducibili alle sue soggettive, personali inclinazioni, ma non deve nemmeno "fermarsi a mezza strada": non deve arrestarsi alla "superficie normativa", ma deve "arrivare" "ai valori costitutivi, alle forme di vita, alle strutture inalterabili della vita concreta dell'umanità, di cui norme e istituzioni positive non sono che le determinazioni storicamente puntuali"[137].

Per il 'neovichiano' Capograssi il diritto naturale non può essere che la ragione profonda dell'esperienza, accolta e rafforzata dallo Stato che è "un comodo organo di smistamento e di elaborazione dei contenuti della vita"[138]. Il fenomeno che però ora assume un'urgenza e una drammaticità nuove rispetto al decennio precedente è lo scollamento fra la ragione immanente all'esperienza e il dettato legislativo: in alcuni momenti della storia ("e noi abbiamo vissuto in una di queste epoche") intervengono "lacerazioni" che riducono il diritto a strumento di un'arbitraria e sfrenata volontà sovrana. Di fronte a questa emergenza, resta solo la speranza che qualcosa dell'ordinamento 'razionale' dell'esperienza sopravviva in modo da impedire il collasso del "mondo umano" e il suo precipitare "nel preistorico, nel sub-umano, addirittura nel demoniaco"[139].

---

[133] Bobbio 1956-1957, p. 139.
[134] Cfr. la suggestiva riflessione capograssiana sul rapporto fra l'individuo e la terra: Capograssi 1952. Vedine l'acuta interpretazione di Cazzetta 2003.
[135] D'Addio 2011, p. 167.
[136] Vedi *supra* §.
[137] Capograssi 1949, p. 31.
[138] Capograssi 1949, p. 31.
[139] Capograssi 1949, p. 32.

Capograssi, se nel corso degli anni Trenta sembrava ancora credere nella persistenza di una qualche armonia fra l'immanente razionalità dell'esperienza e l'ordinamento positivo, di fronte alla sopravvenuta catastrofe (che ha immerso "l'umanità in un mondo caratterizzato dalla morte e dall'incubo"[140]) prende atto della rottura dell'equilibrio da cui dipende la possibilità di una vita 'umana' e si interroga sulle radici della crisi.

L'epicentro della crisi, per Capograssi (come era stato per Lopez) è un cambiamento che investe la rappresentazione dell'individuo, che cessa di essere considerato come "essere intelligente e morale" per divenire una realtà liberamente trasformabile dalle decisioni del potere, mera funzione di uno scopo definito dall'esterno della sua concreta esistenza[141]. Privo di valore e di autonomia, l'individuo "può essere formato e plasmato" liberamente dal "gruppo dominante"[142] oppure, se di ostacolo, può essere "soppresso direttamente, […] portato in speciali luoghi e ambienti creati ad hoc, detti in genere campi di concentramento, […] un mondo sociale di secondo grado, che forma e plasma gli individui […]"[143].

"Nasce un nuovo individuo, che è stato per ora provvisoriamente chiamato l'uomo concentrazionario […]"[144]. Il termine 'concentrazionario' era stato creato di recente da David Rousset, che, sopravvissuto ai *Lager*, aveva scritto nel 1946 *L'univers concentrationnaire*[145]. Capograssi ha bisogno di questo neologismo per riferirsi a una realtà fino a quel momento impensata, di cui egli coglie l'importanza epocale, con una sensibilità tanto più significativa quanto più diffusa nel secondo dopoguerra era la 'amnesia collettiva' (come la ha definita Enzensberger) riservata alle vittime dei sistemi concentrazionari[146]. È urgente guardare in faccia la catastrofe ed esplicitarne la "filosofia" per capire "la sua puntuale unicità storica"[147] e intendere il terremoto provocato nell'esperienza giuridica[148].

La faglia del terremoto è, in primo luogo, la convinzione che lo Stato, titolare di un'onnipotente volontà sovrana, possa plasmare liberamente la società come se il "mondo storico"

[140] Capograssi 1950b, p. 153.
[141] Capograssi 1950b, pp. 155-156. Conviene ricordare la costante influenza su Capograssi, nella rappresentazione del valore 'assoluto' dell'individuo, della filosofia di Rosmini, cui Capograssi dedica non soltanto numerosi riferimenti nel corso della sua riflessione, ma un apposito saggio (cfr. Capograssi 1940). Cfr. Campanini 1990.
[142] Capograssi 1950b, p. 157.
[143] Capograssi 1950b, p. 159.
[144] Capograssi 1950b, p. 159.
[145] Rousset 1946. Su Rousset cfr. Todorov 2003, pp. 148 ss. Capograssi cita il resoconto della repressione sovietica in Polonia pubblicato anonimo da Longanesi nel 1948 con il titolo *L'altra faccia della luna*, ma redatto da Elena Sikorski (Sikorski 1948) e presenta Ferdinando Di Fenizio, autore del saggio *Interpretazione economica dei campi di concentramento tedeschi* (Di Fenizio 1948), come "l'unico studioso italiano, che si è reso conto della necessità di studiare queste nuove forme subumane di convivenza". Il saggio è firmato da Di Fenizio con lo pseudonimo (Mauro Fermar) da lui già impiegato in precedenti pubblicazioni invise al regime fascista (cfr. Lenti 1983, p. 70). Non sorprende che nel saggio capograssiano non vi siano cenni a *Se questo è un uomo*, di Primo Levi, dal momento che il libro, pubblicato nel 1947 da una piccola casa editrice torinese, De Silva, rimase per lungo tempo ai margini del dibattito pubblico.
[146] Judt 1992, p. 95. Cfr. anche Judt 2007. Da un altro punto di vista, conviene ricordare la dura polemica di Sartre nei confronti di David Rousset per la sua azione di accertamento e di denuncia del mondo concentrazionario sovietico.
[147] Capograssi 1950b, p. 164.
[148] Capograssi 1950b, p. 167.

"non avesse in sé principi esigenze formazioni istituzioni nascenti dalla profonda natura umana"[149], in secondo luogo e di conseguenza, il distacco della legge statuale "dai fini che ineriscono nella costituzione stessa dell'individuo"[150] e, infine, lo svuotamento dei contenuti essenziali dell'esperienza giuridica, strettamente legati alla centralità dell'individuo e della sua libertà.

Consumato il divorzio fra lo Stato e l'intrinseca razionalità dell'esperienza giuridica, cancellato il 'diritto naturale' come trama immanente al mondo storico e identificato il diritto con la legge statuale, il drammatico scenario che si è aperto non può essere ridotto in alcun modo a una mera 'crisi di legalità'. "Altro che crisi della legalità! Qui la vera crisi è che la vita è senza ordinamento giuridico, e l'ordinamento giuridico è senza vita"[151].

La catastrofe intervenuta rende impossibile un semplice appello alla 'legalità'. Per Capograssi, occorreva prendere atto della spaccatura intervenuta fra il diritto naturale e il diritto positivo, fra la *ratio* e la *potestas*, e individuare la strada che conducesse alla ricomposizione della frattura. Non è sull'ipotesi della fondazione costituzionale di un nuovo ordine che Capograssi ferma l'attenzione. In un articolo pubblicato nel giugno del 1945, anzi, sembra prevalere lo sgomento di fronte allo spettacolo di un'Europa rovinata e imbarbarita: un'Europa che con il costituzionalismo ottocentesco si era proposta di sottoporre il conflitto politico alla "legge di ragione" e alle regole della libertà e ormai sembra incapace di individuare "le basi" dell'ordine, il "punto fermo" al quale ricondurre la dinamica storica di un popolo[152].

Non manca però un 'frammento' successivo, un testo incompiuto, dove Capograssi offre una visione più complessa della costituzione, presentandola come "l'insieme dei modi con i quali l'unità dell'esperienza è organizzata", come l'espressione (e il tramite) di una "volontà comune a tutte le forze dell'esperienza"[153]. "Ciò significa che la costituzione non è altro che l'esperienza giuridica la quale […] mantiene se stessa nella molteplicità delle forme e delle forze che l'accompagnano"[154]: la costituzione presuppone un pensiero che assume come proprio oggetto "il mondo dell'azione" e "ne ricerca la profonda natura, cioè la profonda verità […]"[155]. È in una costituzione così concepita che sembra profilarsi una nuova saldatura fra l'esperienza giuridica e lo Stato, fra il diritto naturale e il diritto positivo.

La costituzione come il prodotto di una volontà comune e di una condivisa comprensione di principi immanenti nell'esperienza: potremmo vedere, in questa visione della costituzione, una sorta di innesto mortatiano sul robusto tronco della capograssiana 'esperienza giuridica'; e l'ipotesi potrebbe avere una sua 'fattuale' plausibilità tenendo conto dei rapporti di amicizia

[149] Capograssi 1950b, p. 168.
[150] Capograssi 1950b, p. 177.
[151] Capograssi 1950b, p. 180.
[152] Capograssi 1945, pp. 106-107.
[153] Capograssi 1959, pp. 387-388.
[154] Capograssi 1959, p. 389.
[155] Capograssi 1959, p. 390. Cfr. Luongo 2008.

e di consonanza ideale che intercorrevano fra Costantino Mortati, giovane collega di Capograssi alla Sapienza di Roma, e il più anziano filosofo[156].

Non dobbiamo invece lavorare di fantasia per capire quali siano alcune delle principali determinazioni nei quali si sostanzia la *ratio* immanente all'esperienza giuridica nell'Europa sopravvissuta alla 'catastrofe': ce lo dice apertamente Capograssi riflettendo sui 'diritti umani' e sulla loro 'Dichiarazione universale'. L'individuazione di questi diritti, per Capograssi, non è il frutto di una "speculazione astratta", ma è un tentativo di risposta "ad esigenze concrete dell'attuale mondo storico", sollecitate dagli attentati cui la dignità dell'uomo è stata esposta[157]. Il senso stesso della Dichiarazione universale dei diritti umani, del 1948, sfugge se non si tiene presente il loro diretto collegamento con "le esigenze più vitali della umanità presente". La Dichiarazione – conclude Capograssi – è "quasi – si direbbe – il più potente atto di riflessione che le Nazioni Unite hanno portato sulla esperienza storica delle società contemporanee"[158] e il nucleo sul quale tutti i diritti convergono è la "persona umana", considerata nel complessivo svolgersi della sua individualità. Proprio per questo i diritti enunciati a sua tutela "sono tra di loro solidali, fanno insieme sistema"[159], sono retti dal principio (che sarà detto) dell'indivisibilità e dell'interdipendenza di tutti i diritti fondamentali: i diritti che "tutelano l'individuo nella sua esistenza", i diritti che garantiscono la sua "sicurezza contro i bisogni"[160], i diritti che impediscono le discriminazioni, i diritti che favoriscono la partecipazione politica[161].

Guardare in faccia la catastrofe implica per Capograssi prendere atto che i regimi totalitari avevano provocato una drammatica frattura fra la *potestas* e la *ratio* e individuare nei 'diritti umani' il perno intorno al quale promuovere una nuova osmosi fra "l'ordinamento giuridico" e la "vita". Il radicale mutamento del contesto storico non impone però a Capograssi di rinunciare alle coordinate teoriche che egli aveva messo a punto (soprattutto) nel corso degli anni Trenta: resta intatto il rapporto fra lo Stato e la società, fra la legge e l'esperienza, fra il diritto positivo e il 'diritto naturale' e resta intatta la visione neo-vichiana del diritto naturale.

Certo, nel secondo dopoguerra le proposte 'giusnaturalistiche' si moltiplicano, sollecitate dalla diffusa esigenza di opporre argini 'definitivi' all'onnipotenza del potere celebrata e praticata dai regimi totalitari. È in questo clima che vengono a esistenza tanto le costituzioni poste a fondamento delle nuove democrazie, in Europa, quanto la Dichiarazione universale dei diritti umani. Non posso nemmeno accennare alle tante voci che animano la cultura del secondo dopoguerra e, pur mantenendo provenienze e caratteri inconfondibili, concordano

156 Cfr. le interessanti osservazioni di Galizia 2003, pp. 423 ss.
157 Capograssi 1948, p. 4.
158 Capograssi 1950c, p. 41.
159 Capograssi 1950c, p. 43.
160 Dal complesso dell'economia contemporanea e "dalle lotte sociali" è nata l'esigenza della "'libertà dal bisogno', "che percorre tutta la storia contemporanea" e ha dato origine ai "cosiddetti diritti economici e sociali, che in definitiva non sono altro che il diritto di ogni individuo in quanto tale a un minimo di vita umana […]": Capograssi 1950 c, p. 39.
161 Capograssi 1948, p. 4. Cfr. Cacciatore 2020, pp. 21 ss.

nel prendere le distanze dalla *vulgata* giuspositivistica e statualistica otto-novecentesca[162] e devo limitarmi a sottolineare l'incidenza del nuovo clima culturale sulla visione della legge all'interno dei nuovi ordinamenti.

Nelle democrazie che nascono dal travaglio politico e culturale del secondo dopoguerra viene meno infatti la possibilità di identificare il diritto con la legge, dal momento che l'ordine trova nei diritti umani il fondamento e la condizione di legittimità. Ed è proprio sulla visione dei diritti fondamentali che è ravvisabile l'incidenza (implicita o esplicita, diretta o indiretta) delle sollecitazioni 'neo-giusnaturalistiche'.

Certo, sono molteplici gli idiomi 'giusnaturalistici' che compaiono dietro le quinte delle argomentazioni costituenti. In Italia, accanto alla riproposizione della dimensione ontologica e metastorica del diritto naturale (se ne fa autorevole portavoce lo stesso pontefice, Pio XII, nei suoi famosi messaggi radiofonici del 1942 e del 1944), esercita una notevole influenza, su molti costituenti cattolici (a partire da La Pira, uno dei principali 'architetti' del nuovo edificio costituzionale e dal gruppo dossettiano), il neotomismo maritainiano. Il quadro complessivo è assai composito e si moltiplicano le tendenze a individuare contatti e sinergie fra i paradigmi, tradizionalmente distanti, dello storicismo e del giusnaturalismo.

Per quanto riguarda il tentativo di innestare preoccupazioni 'giusnaturalistiche' sul tronco storicistico si pensi, emblematicamente, a Guido de Ruggiero e al suo libro del 1946 (*Il ritorno alla ragione*), che non esita a imputare allo storicismo di essere "troppo immerso o sommerso nella corrente del divenire, e di svalutare e annullare tutto ciò che tende a emergere da esso con un'esigenza trascendente, come i valori, le norme, gli ideali"[163], mostrandosi vicino al clima che sarebbe stato favorevole alla 'rinascita' del giusnaturalismo[164]; e, successivamente, a Carlo Antoni, che sosterrà che "l'esigenza giusnaturalistica e l'esigenza storicistica si incontrano" nel momento in cui "il principio ideale" viene "avvertito come un prodotto storico", che nella storia si annuncia e si realizza[165]. Viceversa, il paradigma giusnaturalistico tende a perdere la sua astorica fissità per presentarsi come un patrimonio di principi che si manifesta e si modifica nella storia. Sono eloquenti, in questo senso, le argomentazioni sviluppate nell'Assemblea costituente tedesca da Hermann von Mangoldt e da Carlo Schmid, ispirate dall'idea di un diritto di natura "adattabile alla concreta dimensione storica, un diritto di natura 'fluttuante'"[166].

Anche per Capograssi i diritti umani sono il perno su cui far leva per lasciarsi alle spalle la catastrofe; e lo sono perché, se da un lato danno voce a un'esigenza storicamente inconfondibile (sono collegati con "le esigenze più vitali della umanità presente"[167]), dall'altro lato sono

[162] Cfr. Schelauske 1968; Ricciardi 2004; Viola 2016; Viola 2021.
[163] De Ruggiero 2018, p. 81.
[164] Cfr. Mancuso 2018, p. 53, che riporta un'opinione di Gennaro Sasso.
[165] Antoni 1959, p. 41. Cfr. Postorino 2018, p. 29 ss.
[166] Cfr. Caterina 2022 a, p. 15. Cfr. anche Caterina 2022b.
[167] Capograssi 1950c, p. 41.

la determinazione e l'espressione della razionalità immanente all'esperienza storico-giuridica. Nella prospettiva capograssiana la legge mantiene tutta la sua rilevanza, ma deve essere armonizzata con quella *ratio* (di cui i diritti umani sono la determinazione storicamente più recente e urgente) che, costituendo la struttura stessa dell'esperienza, è anche il fondamento e la misura della legge stessa.

La modulazione neo-vichiana della *ratio* giusnaturalistica permetteva a Capograssi di pensare il diritto oltre la catastrofe, ma al contempo non lo induceva a mettere in risalto la componente volontaristica, politica, della trasformazione che aveva luogo nel secondo dopoguerra, non lo sollecitava a fermare l'attenzione su un fenomeno sostanzialmente nuovo nella storia italiana: l'esercizio del 'potere costituente'. Di contro, è proprio la radicale discontinuità storico-politica prodotta dal processo costituente a permettere a Calamandrei di compiere un salto oltre quel modello gerberiano-labandiano all'ombra del quale si erano svolte, fra gli anni Trenta e i primi anni Quaranta, le sue perorazioni in difesa della 'legalità'.

Come ricordavo[168], Calamandrei, quando rifletteva sulla 'legalità', fra gli anni Trenta e gli anni Quaranta, non si era potuto avvalere del lavoro di Ruffini. Quando Calamandrei ne viene a conoscenza? "Negli ultimi anni del fascismo" – scrive Galante Garrone – "e nel forzato rifugio di un paesello umbro, a Colcello, egli non ne fa ancora cenno. Se lo avesse letto, ne avrebbe certamente parlato nel diario, e nelle lettere di quegli anni […]"[169]. L'ipotesi di Galante Garrone[170] è che "la 'scoperta' del piccolo libro sia avvenuta sul finire del 1944", quando Calamandrei, di nuovo a Firenze, redige, per la Facoltà giuridica fiorentina, un corso di lezioni di diritto costituzionale, intitolato *Appunti sul concetto di legalità*[171]: nei suggerimenti bibliografici che seguono alla Premessa, infatti, vengono per la prima volta menzionati i *Diritti di libertà* di Ruffini[172]. Ed è plausibile, come sostiene Galante Garrone, che Calamandrei entri realmente in contatto con il libro di Ruffini soltanto "verso la fine del corso"[173], dal momento che soltanto nella sua ultima parte emerge qualche spunto nuovo, mentre "il carattere dominante" degli *Appunti sul concetto di legalità* è "la ripresa di quanto egli aveva scritto negli anni precedenti, dal 1938 in poi, sulle riviste giuridiche"[174].

Gli *Appunti* si aprono infatti con una riflessione sulla libertà, che però resta indeterminata nei suoi contenuti e nei suoi fondamenti e coincide con la certezza del diritto: con la possibilità offerta al singolo, grazie all'esistenza di leggi 'certe', di prevedere le conseguenze giuridiche della sua azione. Resta ferma la distinzione fra la politica e il diritto, fra il legislatore e il giudice, fra la formulazione e l'applicazione della norma e continua l'attacco al 'giusliberismo' (che nel nuovo contesto – 1944-1945 – appare più di sempre una singolare testa di turco).

---

168 Vedi *supra*, § 4.
169 Galante Garrone 1990, p. 289.
170 Galante Garrone 1990, p. 290.
171 Calamandrei 1944.
172 Calamandrei 1944, p. 57.
173 Galante Garrone 1990, p. 292.
174 Galante Garrone 1990, p. 291.

Le novità intervengono nella parte finale del Corso, quando viene annunciata una nuova declinazione ("in senso sostanziale") della legalità[175], che all'immagine del legislatore onnipotente contrapponga l'idea di vincoli cui il sovrano stesso deve sottostare. È a questo punto che Calamandrei ricorda le dottrine che, sostenendo che "tutto il diritto deriva dallo Stato", rendono impossibile una autonoma fondazione dei diritti di libertà[176]. Appare verosimile ipotizzare che proprio la lettura delle pagine di Ruffini abbia indotto a Calamandrei a mettere a fuoco il problema su cui l'opera di Ruffini insisteva: la difficoltà di fondare giuridicamente le libertà restando all'interno del modello gerberiano-labandiano (all'interno, cioè, della matrice stessa della cultura dominante, la cultura dei giuristi 'tecnici'), continuando a ritenere che "il diritto è tutto e soltanto nelle leggi scritte"[177].

Ruffini aveva formulato un'antinomia e aveva prospettato una fuoriuscita dal dilemma. Il dilemma era: restare fedeli al 'metodo giuridico' e vedere nei diritti solo i 'diritti riflessi' della volontà statuale oppure cedere alle lusinghe del diritto naturale. La soluzione del dilemma era affidata, come ricordiamo, al ricorso a una visione storicistica e istituzionalistica dello Stato. Calamandrei accoglie, da Ruffini, non tanto la soluzione dell'antinomia, quanto la sua formulazione e trae dalla sua opera soprattutto lo stimolo a prendere le distanze dal modello gerberiano-labandiano (e quindi anche, implicitamente, dalla cultura nella quale la sua riflessione si era formata e sviluppata). Non è un caso che nel '46 proprio alla ripubblicazione del libro di Ruffini[178] Calamandrei dedichi un'impegnativa Introduzione, significativa già nel titolo: *L'avvenire dei diritti di libertà*. È all'avvenire dei diritti che occorre guardare. L'antinomia (fra giusnaturalismo e giuspositivismo, fra i diritti 'assoluti' e "anteriori allo Stato" e i 'diritti riflessi') che emergeva non appena ci si interrogava sul fondamento giuridico delle libertà era "allora", quando Ruffini la enunciava, un tema "attuale"[179], ma ora, "nel momento storico che attraversiamo"[180], può essere relegata nel passato: nel momento in cui "la costituente sta per fondare una democrazia", i diritti di libertà emergono non già come limite di un'autorità altrimenti costituita, ma come "strumenti e condizioni della autorità medesima"[181].

Per risolvere l'antinomia denunciata da Ruffini occorre andare 'oltre' di essa. Occorre far leva su un processo costituente che (come avvenuto nelle rivoluzioni di fine Settecento) trasformi il 'diritto naturale' "da sentimento disarmato e sprovvisto di sanzione esterna" in "legge positiva superiore alle leggi positive, limite pratico a quel potere che il legislatore ha di limitare praticamente la libertà dei sudditi"[182]. Per questa via i diritti di libertà divengono "parte integrante della costituzione dello Stato" e le leggi che li proclamano divengono "superleggi"

[175] Calamandrei 1944, p. 90.
[176] Calamandrei 1944, p., 103.
[177] Calamandrei 1944, p. 100.
[178] Calamandrei 1946.
[179] Calamandrei 1946, p. xi.
[180] Calamandrei 1946, p. xii.
[181] Calamandrei 1946, p. xiii.
[182] Calamandrei 1946, p. 100.

che il legislatore non può abrogare come non può distruggere le basi dell'ordinamento da cui il suo stesso potere dipende[183].

L'antinomia è alle spalle. Il suo superamento, però, se implica il congedo dal modello gerberiano, non si traduce nella semplice dismissione dell'altro polo dell'alternativa (il giusnaturalismo), ma in una sua *Aufhebung*: il diritto naturale (coincidente, per Calamandrei, con un ideale di 'giustizia' irriducibile all'assetto politico-istituzionale esistente) scompare, ma risorge 'assorbito' nei diritti che il processo costituente assume come base del nuovo ordinamento. Questi diritti, che riposano sulla decisione democratica del potere costituente, non hanno più niente da spartire con gli evanescenti 'diritti naturali' e tuttavia traggono da essi l'aura dell'intangibilità: sono al riparo dai colpi di mano di improvvisate maggioranza, ma addirittura devono essere pensati – come afferma Calamandrei anticipando un tema destinato a futuri, rilevanti sviluppi – come "diritti supercostituzionali", che devono "essere rispettati dallo stesso potere costituente e salvaguardati anche contro gli attentati provenienti da esso"[184]. I diritti naturali sono la crisalide che, nella calda stagione costituente, si è trasformata nella farfalla dei 'positivi', ma intangibili diritti 'fondamentali'.

Erano maturi i presupposti per il superamento della legalità ottocentesca e per il suo assorbimento in una nuova legalità: era adombrato il passaggio (per usare una formula oggi consolidata) dallo Stato di diritto fondato sulla legge allo Stato di diritto fondato sulla costituzione.

Per Calamandrei, è attraverso la frattura provocata dalla costituzione (con la costituzione 'incipit vita nova'[185]) che mutano il ruolo della legge, il rapporto fra la legge e i diritti e l'idea stessa di 'certezza' e di 'legalità'. Per Capograssi, tanto la rilevanza quanto i limiti della legge non sono l'improvviso prodotto della recente contingenza storica, ma sono iscritti nel cuore dell'esperienza giuridica, la cui intrinseca razionalità, brutalmente interrotta dalla 'catastrofe', viene confermata e corroborata dal sistema dei diritti 'umani-fondamentali'. Per entrambi, la condizione di possibilità di una più articolata visione della 'legalità' era il distacco dal dominante paradigma gerberiano-labandiano: un distacco che per Capograssi era iscritto nella sua modulazione 'storicistica' del diritto naturale, mentre per Calamandrei era la conseguenza di una scelta costituente che costruisce *ex novo* un ordinamento e fa delle libertà la condizione stessa della sua esistenza.

Da un lato, una ragione immanente nell'esperienza[186], dall'altro lato, una scelta capace di tradurre il "sentimento disarmato" della giustizia in una norma (anzi in una "superlegge") positiva; da un lato la *ratio*, dall'altro la *potestas*. Le due prospettive non sono facilmente con-

[183] Calamandrei 1946, p. 102.

[184] Calamandrei 1946, p. liv

[185] "Sulla porta della costituente sarà scritto, in modo da dissipare ogni incertezza, *incipit vita nova*": Calamandrei 1945, p. 80.

[186] In un'analoga prospettiva di 'giusnaturalismo storicistico' Guido Fassò scriverà: "È alla ragione, ad una ragione che non neghi la storia, che si chiede di stabilire un limite alla volontà dei sovrani […]"; e anche oggi questa funzione è essenziale "prima che siano nuove catastrofi e nuovi lutti a indurre a invocare 'ritorni alla ragione' e 'restaurazioni del diritto di natura' […]" (Fassò 1964, p. 209). Cfr. Pattaro 1982; Faralli 1982; Quaglio 1991; Faralli 2007; Russo 2018.

ciliabili[187] e rischiano di sfociare rispettivamente in una razionalistica sottovalutazione della politica e in un decisionistico misconoscimento di esigenze ed evidenze storicamente consolidate; e tuttavia entrambe condividono l'aspirazione a un ordine complessivo che offra alle istanze della 'giustizia' garanzie giuridicamente 'certe' di realizzazione.

Bibliografia

Abbagnano 1943 = N. Abbagnano, [Intervento], in *Primato. Lettere e Arti D'Italia* 4.1 (1943), pp. 2-3.

Acocella 1974 = G. Acocella, *Diritto e Stato nel pensiero di Flavio Lopez de Oñate. Contributo alla storia del liberalismo giuridico in Italia*, in F. Lopez de Oñate, *Responsabilità e azione. Scritti vari di filosofia, storia, diritto e politica*, a c. di G. Acocella, Napoli 1974, pp. 197-263.

Acocella 2016 = G. Acocella, *Principio di legalità ed esperienza giuridica nel pensiero di G. Capograssi*, in G. Acocella (a c. di), *Materiali per una cultura della legalità*, Torino 2016, pp. 175-185.

Acocella 2021 = G. Acocella, *Attualità di Giuseppe Capograssi. Una filosofia politica per i tempi nuovi*, Milano-Udine 2021.

Addis 2015 = S. Addis, *Autorità e libertà nel pensiero di Giuseppe Capograssi*, Torino 2015.

Anonimo 1943 = [Intervento], in *Primato. Lettere e Arti D'Italia* 4.11 (1943), pp. 191-192.

Antoni 1959 = C. Antoni, *La restaurazione del diritto di natura*, Venezia 1959.

Ascoli 1928 = M. Ascoli, *La interpretazione della legge*, Roma 1928.

Bianco 1976 = F. Bianco, *Storicismo e filosofia dell'esperienza comune*, in P. Piovani, T. Tessitore, G. Marini *et al.*, *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli 1976, pp. 191-231.

Bindi, Colao 2021 = E. Bindi, F. Colao (a c. di), *Piero Calamandrei. Dagli anni senesi all'attuazione della costituzione (1920-1956)*, Napoli 2021.

Birocchi 2015 = I. Birocchi, *Il giurista intellettuale e il regime*, in I. Birocchi, L. Loschiavo (a c. di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma 2015, pp. 9-61.

Bobbio 1934 = N. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, a c. di P. Di Lucia, Torino 2018.

Bobbio 1938a = N. Bobbio, *La persona e la società*, Napoli 1938 (estratto da N. Bobbio, *La persona e la società*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino* 12 [1938], pp. 161-177).

Bobbio 1938b = N. Bobbio, *La persona nella sociologia contemporanea*, Torino 1938 (estratto da N. Bobbio, *La persona nella sociologia contemporanea*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino* 12 (1938), pp. 219-255)

[187] Cfr. le interessanti considerazioni di Luigi Ferrajoli sul rapporto fra il "giusnaturalismo critico" di Guido Fassò e il "giuspositivismo laico e liberale di Kelsen e Bobbio" (Ferrajoli 2015, p. 41).

Bobbio 1941a = N. Bobbio, *La filosofia dell'esistenza in Italia*, in *Rivista di filosofia* 32.1-2 (1941), pp. 111-122.

Bobbio 1941b = N. Bobbio, *Persona e società nella filosofia dell'esistenza*, in *Archivio di filosofia* 11.3 (1941), pp. 320-336.

Bobbio 1956-57 = N. Bobbio, *Giuseppe Capograssi. Cenni commemorativi*, in *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino* 91 (1956-57), pp. 129-43.

Cacciatore 2020 = G. Cacciatore, *Giuseppe Capograssi e Pietro Piovani: riflessioni sull'opera di due maestri*, Napoli 2020.

Calamandrei 1921 = P. Calamandrei, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità* (1921), in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, a c. di M. Cappelletti, vol. III, Napoli 1968, pp. 3-51.

Calamandrei 1939 = P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico* (1939), in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, a c. di M. Cappelletti, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Napoli 1965, pp. 393-414.

Calamandrei 1940 = P. Calamandrei, *La relatività del concetto d'azione* (1940), in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, a c. di M. Cappelletti, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Napoli 1965, pp. 427-449.

Calamandrei 1941 = P. Calamandrei, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica* (1941), in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, a c. di M. Cappelletti, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Napoli 1965, pp. 456-476.

Calamandrei 1942 = P. Calamandrei, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina* (1942), in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, a c. di M. Cappelletti, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Napoli 1965, pp. 504-522.

Calamandrei 1944 = P. Calamandrei, *Appunti sul concetto di legalità* (1944), in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, a c. di M. Cappelletti, vol. III, Napoli 1968, pp. 52-126.

Calamandrei 1945 = P. Calamandrei, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Firenze 1945.

Calamandrei 1946 = P. Calamandrei, *Introduzione*, in F. Ruffini, *Diritti di libertà*, Firenze 1946^2, pp. v-lxi.

Campanini 1990 = G. Campanini, *Capograssi e Rosmini*, in F. Mercadante, *Due Convegni su Giuseppe Capograssi (Roma-Sulmona 1986)*, Milano 1990, pp. 186-197.

Capograssi 1928 = G. Capograssi, *Karl Bergbohm (1849-1927)*, in G. Capograssi, *Opere*, VI, Milano 1959, pp. 51-59.

Capograssi 1930 = G. Capograssi, *Analisi dell'esperienza comune* (1930), in G. Capograssi, *Opere*, II, Milano 1959, pp. 1-207.

Capograssi 1931 = G. Capograssi, *Recensione a Luis Recasens Siches, Filosofia del derecho, Tomo II, Barcelona 1930*, in G. Capograssi, *Opere*, VI, Milano 1959, pp. 197-199.

Capograssi 1932 = G. Capograssi, *Studi sull'esperienza giuridica* (1932), in G. Capograssi, *Opere*, II, Milano 1959, pp. 209-373.

Capograssi 1937 = G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, in G. Capograssi, *Opere*, II, Milano 1959, pp. 399-627.

Capograssi 1940 = G. Capograssi, *Il diritto secondo Rosmini* (1940), in G. Capograssi, *Opere*, IV, Milano 1959, pp. 321-53.

Capograssi 1945 = G. Capograssi, *Dubbi sulla costituzione*, in G. Capograssi, *Opere*, VI, Milano 1959, pp. 105-108.

Capograssi 1947 = G. Capograssi, *Flavio Lopez de Oñate*, in F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, a c. di G. Astuti, Milano 1968, pp. 1-17.

Capograssi 1948 = G. Capograssi, *Diritti umani*, in G. Capograssi, *Opere*, V, Milano 1959, pp. 1-8.

Capograssi 1949 = G. Capograssi, *Il problema fondamentale* (1949), in G. Capograssi, *Opere*, V, Giuffrè, Milano 1959, pp. 27-34.

Capograssi 1950 a = G. Capograssi, *Considerazioni conclusive*, in F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, a c. di G. Astuti, Milano 1968, pp. 239-283.

Capograssi 1950 b = G. Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in G. Capograssi, *Opere*, V, Milano 1959, pp. 151-195.

Capograssi 1950 c = G. Capograssi, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il suo significato* (1950), in G. Capograssi, *Opere*, V, Milano 1959, pp. 35-50.

Capograssi 1952 = G. Capograssi, *Agricoltura, diritto, proprietà*, in G. Capograssi, *Opere*, V, Milano 1959, pp. 269-310.

Capograssi 1959 = G. Capograssi, *Frammento sulle costituzioni e le procedure*, in G. Capograssi, *Opere*, III, Milano 1959, pp. 385-398.

Cappellini 1999 = P. Cappellini, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione e regime*, in *Quaderni Fiorentini* 28 (1999), pp. 175-292.

Cappellini 2013 = P. Cappellini, *Flavio Lopez de Oñate*, in I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone. M.N. Miletti (a c. di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna 2013, pp. 1199-1200.

Caravale 2016 = M. Caravale, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Bologna 2016.

Caravale 2017 = M. Caravale, *L'ombra di Banquo: il fantasma della libertà nella giuspubblicistica del primo decennio fascista*, in G. Bartoli (a c. di), *I filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre*, Roma 2017, pp. 88-100.

Caretti 2011 = P. Caretti, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2011[3].

Caria 2019 = C. Caria, *Dialogo intorno a "La certezza del diritto". Lopez de Oñate e Carnelutti a confronto*, in *Rivista di filosofia del diritto* 8.1 (2019), pp. 163-182.

Carnelutti 1943 = F. Carnelutti, *La certezza del diritto* (1943), in F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, a c. di G. Astuti, Milano 1968, pp. 191-206.

Carnelutti 1956 = F. Carnelutti, *Interpretazione di Capograssi*, Firenze 1956.

Caterina 2022 a = E. Caterina, *Il ritorno del diritto di natura nel costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra*, in *Diritto pubblico* 1 (2022), pp. 3-43.

Caterina 2022 b = E. Caterina, *Alle origini del personalismo della Legge fondamentale: un viaggio nei dibattiti costituenti tedeschi del dopoguerra (1946-1949)*, in *Diritto pubblico* 2 (2022), pp. 485-527.

Cesarini Sforza 1913 = W. Cesarini Sforza, *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 53 (1913), pp. 41-57.

Cazzetta 2003 = G. Cazzetta, *Natura delle cose e superbia del legislatore. Giuseppe Capograssi e il diritto agrario italiano di metà Novecento*, in Aa.Vv., *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano 2003, pp. 285-315.

Cianferotti 2005 = G. Cianferotti, *L'opera giovanile di Norberto Bobbio e l'inizio del suo insegnamento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 35.1 (2005), pp. 65-105, 35.2 (2005), pp. 381-424.

Cianferotti 2008 = G. Cianferotti, *Ufficio del giurista nello Stato autoritario ed ermeneutica della reticenza. Mario Bracci e Piero Calamandrei: dalle giurisdizioni d'equità della grande guerra al codice di procedura civile del 1940*, in *Quaderni fiorentini* 37 (2008), pp. 259-323.

Ciccarelli 2017 = P. Ciccarelli, *Storicità del diritto. Sul problema dei "due diritti" in Adolf Reinach*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 94.2-3 (2017), pp. 413-24.

Cipriani 2009 = F. Cipriani, *Piero Calamandrei e la procedura civile: miti, leggende, interpretazioni, documenti*, Napoli 2009.

Colao 2018 = F. Colao, *"Le leggi sono leggi". Legalità, giustizia e politica nell'Italia di Piero Calamandrei*, in *Giornale di storia costituzionale* 35.1 (2018), pp. 177-193.

Colao 2020 = F. Colao, *Dubbio, certezza, decisione, verità. La coscienza del giudice e l'interpretazione del giurista nella giustizia civile dall'età moderna all'età dell'incertezza*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia* 2 (2020), pp. 149-165.

Costa 1991 = P. Costa, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *Quaderni Fiorentini* 20 (1991), pp. 367-495.

Costa 2022 = P. Costa, *Il regime fascista fra 'diritto' e 'politica': un caso di* 'dual State', in *Giornale di storia costituzionale* 43.1 (2022), pp. 93-118.

D'Addio 2011 = M. D'Addio, *Giuseppe Capograssi (1889-1956). Lineamenti di una biografia*, Milano 2011.

De Ruggiero 2018 = G. De Ruggiero, *Il ritorno alla ragione* (1946), a c. di F. Mancuso, F. Pastorino, Torino 2018.

De Vecchi 2012 = F. De Vecchi (a c. di), *Eidetica del diritto e ontologia sociale. Il realismo di Adolf Reinach*, Milano 2012.

Delogu 2009 = A. Delogu, A.M. Morace (a c. di), *Esperienza e verità. Giuseppe Capograssi: un Maestro oltre il suo tempo*, Bologna 2009.

Di Fenizio 1948 = F. Di Fenizio, *Interpretazione economica dei campi di concentramento tedeschi*, in *L'Industria* 1.1 (1948), n.s., pp. 28-39.

Di Lucia 2018 = P. Di Lucia, *Norberto Bobbio e le due fenomenologie*, in N. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, a c. di P. Di Lucia, Torino 2018, pp. xi-xlv.

Dogliani 2012 = M. Dogliani, *Postfazione* in F. Ruffini, *Diritti di libertà*, Roma 2012, pp. 231-48.

Faralli 1982 = C. Faralli, *I momenti della riflessione critica su Guido Fassò*, in G. Fassò, *Scritti di filosofia del diritto*, a c. di E. Pattaro, C. Faralli, G. Zucchini, Milano 1982, pp. 1477-1528.

Faralli 2007 = C. Faralli, *Norberto Bobbio e Guido Fassò. Sulla annosa e ricorrente disputa tra positivisti e giusnaturalisti*, in A. Punzi (a c. di), *Metodo, linguaggio, scienza del diritto. Omaggio a Norberto Bobbio (1909-2004)*, Milano 2007, pp. 145-154.

Fassò 1964 = G. Fassò, *La legge della ragione*, Bologna 1964.

Ferrajoli 2015 = L. Ferrajoli, *Il giusnaturalismo critico e liberale di Guido Fassò*, in *Guido Fassò. Una tavola rotonda*, in *Rivista di filosofia del diritto* 4 (2015), pp. 39-43.

Galante Garrone 1990 = A. Galante Garrone, *I diritti di libertà da Ruffini a Calamandrei*, in P. Barile (a c. di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano 1990, pp 269-301.

Galizia 2003 = M. Galizia, *Esperienza giuridica, libertà, costituzione. Ricordi di Giuseppe Capograssi, maestro di diritto e di cattolicesimo liberale*, in *Il Politico* 68. 3 (2003), pp. 381-433.

Goretti 1930 = C. Goretti, *I fondamenti del diritto*, Milano 1930.

Greco 2000 = T. Greco, *Norberto Bobbio. Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Roma 2000.

Grossi 2006 = P. Grossi, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in *Rivista Internazionale di filosofia del diritto* 83.1 (2006), pp. 13-40.

Grossi 2014 = P. Grossi, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in P. Grossi, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, II, Milano 2014, pp. 33-54.

Holmes 1937 = R.W. Holmes, *The Idealism of Giovanni Gentile*, New York-London 1937.

Invitto 1995 = G. Invitto, *La presenza di Giovanni Gentile nel dibattito sull'esistenzialismo italiano*, in *Idee* 28 (1995), pp. 175-184.

Jemolo 1957 = A.C. Jemolo, *Il nostro tempo e il diritto*, in A.C. Jemolo, *Pagine sparse di diritto e storiografia*, a c. di L. Scavo Lombardo, Milano 1957, pp. 26-68.

Judt 1992 = T. Judt, *The Past is Another Country: Myth and Memory in Postwar Europe*, in *Daedalus* 121.4 (1992), pp. 83-118.

Judt 2007 = T. Judt, *Dopoguerra. Come è cambiata l'Europa dal 1945 a oggi*, Milano 2007.

Lenti 1983 = L. Lenti, *Le radici nel tempo. Passato al presente e futuro*, Milano 1983.

Lopez de Oñate 1939 = F. Lopez de Oñate, *Attualismo, solipsismo, protagorismo* (1939), in F. Lopez de Oñate, *Responsabilità e azione*, Napoli 1974, pp. 1-23.

Lopez de Oñate 1942 = F. Lopez de Oñate, *Recenti dottrine processuali e crisi del diritto* (1942), in F. Lopez de Oñate, *Responsabilità e azione. Scritti vari di filosofia, storia, diritto e politica*, a c. di G. Acocella, Napoli 1974, pp. 55-64.

Lopez de Oñate 1955 = F. Lopez de Oñate, *La filosofia e le scienze* (1939), in F. Lopez De Oñate, *Compendio di filosofia del diritto*, Milano 1955, pp. 187-265.

Lopez de Oñate 1968 = F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, a c. di G. Astuti, Milano 1968.

Luongo 2008 = A. Luongo, *Moderamen. Stato, costituzione e prassi nell'ultimo Capograssi*, in G. Marino (a c. di), *In ricordo di Capograssi. Studi napoletani*, Napoli 2008, pp. 141-165.

Luporini 1942 = C. Luporini, *Situazione e libertà nell'esperienza umana*, Firenze 1942.

Luporini 1943 = C. Luporini, [Intervento], in *Primato. Lettere e Arti d'Italia* 4.5 (1943), pp. 84-85.

Maiorca 1993 = B. Maiorca (a c. di), *L'esistenzialismo in Italia. I testi integrali dell'inchiesta su "Primato" nel 1943 e la discussione sulla filosofia dell'esistenza fino ai nostri giorni*, Torino 1993.

Mancuso 2018 = F. Mancuso, *Libertà, giustizia, democrazia. Un'altra visione del liberalismo*, in G. De Ruggiero, *Il ritorno alla ragione*, Torino 2018, pp. 37-70.

Marci 2017 = T. Marci, *Esperienza e soggettività nella riflessione giuridica di Giuseppe Capograssi*, in G. Bartoli (a c. di), *I filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre*, Roma 2017, pp. 355-403.

Marconi 2017 = P. Marconi, *La* Rivista internazionale di Filosofia del diritto. *Teoria giuridica e scienze sociali*, in G. Bartoli (a c. di), *I filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre*, Roma 2017, pp. 405-433.

Marini 1976 = G. Marini, *Stratificazione dell'esperienza comune e spirito oggettivo*, in P. Piovani, T. Tessitore, G. Marini *et al.*, *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli 1976, pp. 121-190.

Melis 2018 = G. Melis, *La macchina imperfetta (Immagine e realtà dello Stato fascista)*, Bologna 2018.

Melis, Meniconi 2018 = G. Melis, A. Meniconi, *Il professore e il ministro. Calamandrei, Grandi e il nuovo Codice*, in G. Alpa *et al.* (a c. di), *Piero Calamandrei e il nuovo codice di procedura civile (1940)*, Bologna 2018, pp. 125-176.

Nencioni 1974 = G. Nencioni, *Introduzione*, in F. Lopez de Oñate, *Responsabilità e azione. Scritti vari di filosofia, storia, diritto e politica*, a c. di G. Acocella, Napoli 1974, pp. ix-lxxxv.

Opocher 1991 = E. Opocher, *Giuseppe Capograssi filosofo del nostro tempo*, Milano 1991.

Paci 1943a = E. Paci, *L'esistenzialismo*, Padova 1943.

Paci 1943b = E. Paci, [Intervento], in *Primato. Lettere e Arti D'Italia* 4.1 (1943), pp. 3-4.

Pareyson 1940 = L. Pareyson, *La filosofia dell'esistenza e Carlo Jaspers*, Napoli 1940.

Pareyson 1943 = L. Pareyson, *Studi sull'esistenzialismo* (1943), Firenze 1950[2].

Pareyson 1985 = L. Pareyson, *Esistenza e persona*, Il Melangolo, Genova 1985.

Pattaro 1982 = E. Pattaro, *Sull'assoluto. Contributo allo studio del pensiero di Guido Fassò*, in G. Fassò, *Scritti di filosofia del diritto*, a c. di E. Pattaro, C. Faralli, G. Zucchini, Milano 1982, pp. xvii-lxxx.

Pianciola 1996 = C. Pianciola, *Il singolo e la persona. Discussioni sull'esistenzialismo nella cultura filosofica italiana*, in *Parolechiave* 10-11 (1996), pp. 257-285.

Piovani 1963 = P. Piovani, *Introduzione* a C. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, a c. di P. Piovani, Milano 1963, pp. iii-xxxii.

Piovani 1976 = P. Piovani, *Una analisi esistenziale dell'esperienza comune*, in P. Piovani, T. Tessitore, G. Marini *et al.*, *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli 1976, pp. 7-61.

Postorino 2018 = F. Postorino, *Guido de Ruggiero: dall'essere al dover essere*, in G. De Ruggiero, *Il ritorno alla ragione*, Torino 2018, pp. 5-35.

Proto Pisani 1999 = A. Proto Pisani, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in *Quaderni Fiorentini* 28 (1999), pp. 713-747.

Punzi 1991 = A. Punzi (a c. di), *Relazione giuridica, riconoscimento e atti sociali*, Roma 1991, pp. 395-455.

Quaglio 1991 = D. Quaglio, *Guido Fassò. Della ragione come legge*, Napoli 1991.

Reinach 1913 = A. Reinach 1913, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts* (1913), Halle 1922[2].

Ricciardi 2004 = M. Ricciardi, *Ritorno del diritto naturale?*, in A. Campodonico (a c. di), *Tra legge e virtù: la filosofia pratica angloamericana contemporanea*, Genova 2004, pp. 159-180.

Rosmini 1967 = A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, a c. di R. Orecchia, I [*Opere edite e inedite di A. Rosmini-Serbati*, vol. XXXV], Padova 1967.

Rousset 1946 = D. Rousset, *L'univers concentrationnaire*, Paris 1946.

Ruffini 2012 = F. Ruffini, *Diritti di libertà*, Roma 2012.

Russo 2018 = G. Russo, *Guido Fassò. Un itinerario filosofico tra diritto e natura umana*, in *Il pensiero italiano. Rivista di studi filosofici* 2.1-2 (2018), pp. 91-114.

Satta 1957 = S. Satta, *Giuseppe Capograssi*, in *Il Foro Italiano* 80 (1957), pp. 1-10.

Schelauske 1968 = H.D. Schelauske, *Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Überblick über zwei Jahrzehnte: 1945-1965*, Köln 1968.

Sciumè 2002 = A. Sciumè, *I principî generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino 2002.

Sikorski 1948 = E. Sikorski, *L'altra faccia della luna*, Milano 1948.

Stella 1990 = G. Stella, *I giuristi di Husserl. Interpretazione fenomenologia del diritto*, Milano 1990.

Storti 2019 = C. Storti, *Ancora sulla legalità del fascismo*, in M. D'Amico, A. De Francesco, C. Siccardi (a c. di), *L'Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant'anni dalle leggi antiebraiche*, Milano 2019, pp. 43-102.

Storti 2020 = C. Storti, *Una costituzione per il regime? 1940: lo scoppio della guerra e del conflitto tra partito fascista e scienza giuridica*, in *Giornale di storia costituzionale* 39.1 (2020), pp. 143-72.

Tedeschini 2015 = M. Tedeschini, *Adolf Reinach: la fenomenologia, il realismo*, Macerata 2015.

Tessitore 1971 = F. Tessitore, *Capograssi nello storicismo*, ora in F. Tessitore, *Dimensioni dello storicismo*, Napoli 1971, pp. 213-270.

Tessitore 1976 = F. Tessitore, *Capograssi e il collettivismo dell'azione: i contatti ideali con Vico, Hegel, Proudhon e Marx*, in P. Piovani, T. Tessitore, G. Marini *et al.*, *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli 1976, pp. 63-120.

Tessitore 2022 = F. Tessitore, *La filosofia morale di Giuseppe Capograssi e Pietro Piovani*, a c. di M. Papa, Roma 2022.

Todorov 2003 = T. Todorov, *Hope and memory: Lessons from the twentieth century*, Princeton 2003.

Viola 2016 = F. Viola, *Introduction: Natural Law Theories in the 20th Century*, in E. Pattaro, C. Roversi (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 12, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The civil World*, Tome 2: *Main Orientations and Topics*, Dordrecth 2016, pp. 3-90.

Viola 2021 = F. Viola, *1900-2020. Una storia del diritto naturale*, Torino 2021.

Zagrebelsky 1998 = G. Zagrebelsky, *Una travagliata apologia della legge*, in P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, a c. di S. Calamandrei, Roma-Bari 1998, pp. 3-23.

SPECULA IURIS

An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence

DIRITTI ANTICHI

Per una ricerca sulla certezza del diritto nell'esperienza greca. Tra speculazione filosofica e prassi retorica
Emanuele Stolfi

***Ius certum* e attività normativa in età monarchica e decemvirale. Lo sguardo di Pomponio**
M. Floriana Cursi

I *responsa prudentium* in Gai 1.7 e in Inst. 1.2.8
Giuseppe Falcone

LE TRADIZIONI GIURIDICHE

Certezza del diritto e ordine giuridico moderno: un inventario tra ieri e oggi
Italo Birocchi

La certezza del diritto fra fascismo e repubblica: a proposito di Flavio Lopez de Oñate
Pietro Costa

FIGURE DELLA CONTEMPORANEITÀ

La certezza del diritto nello Stato fascista
Ernesto De Cristofaro

A proposito di certezza del diritto
Riccardo Guastini

Certezza del diritto e legalità costituzionale
Roberto Bin

Sulla (in)sostenibile incertezza del diritto penale
Francesco Viganò

ISBN 979-12-5477-283-6

9 791254 772836

€ 60,00