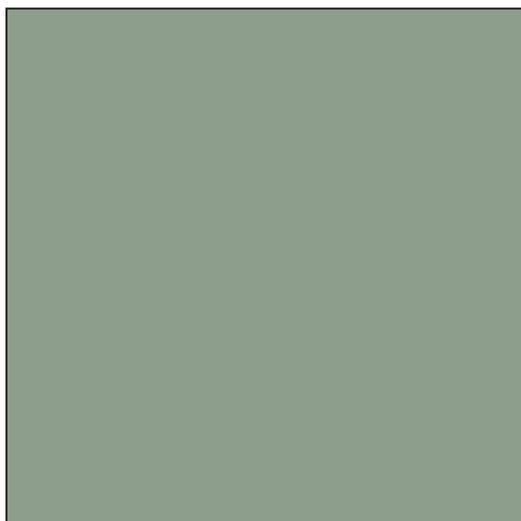


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

96



CARLO NITSCH

**IL GIUDICE
E LA LEGGE**

*CONSOLIDAMENTO E CRISI DI UN PARADIGMA
NELLA CULTURA GIURIDICA ITALIANA
DEL PRIMO NOVECENTO*



GIUFFRÈ EDITORE

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da BERNARDO SORDI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME NOVANTASEIESIMO

CARLO NITSCH

IL GIUDICE E LA LEGGE

*Consolidamento e crisi di un paradigma
nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-17500-4

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2012

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

Questo libro presenta i risultati di una ricerca avviata da lungo tempo. Giovanni Marino ne ha orientato i primi passi, introducendomi allo studio del pensiero crociano e della sua problematica recezione nella cultura giuridica italiana; da allora, con affetto e discrezione, ha sorvegliato gli sviluppi del mio lavoro. L'incontro con Gennaro Sasso, in anni più recenti, la sua benevolenza e generosa disponibilità al dialogo hanno profondamente segnato la mia maturazione su questi temi.

Sono riconoscente a Francesco M. De Sanctis, Luigi Labruna, Francesco Riccobono e Michele Taruffo per aver letto e discusso con me, in modi e tempi diversi, il manoscritto, quindi a Bernardo Sordi per aver accolto il libro nella Biblioteca del Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno da lui diretta. Su questioni specifiche, e sulle prospettive generali della ricerca, ho potuto ragionare con Alfonso Catania e Giuliano Crifò: non lo dimentico.

Cosimo Cascione ha seguito anche questo progetto con passione non comune, offrendomi tempo e attenzione in un confronto quotidiano che è diventato per me preziosa consuetudine di vita.

Mai è mancato, in questi anni di studio, il sostegno e l'incoraggiamento di mia madre e mio padre. La parte più onerosa dell'impresa è toccata, ancora una volta, a Claudia, che, con Ilaria e Gaia, mi ha aiutato ogni giorno a non smarrire il senso del lavoro, restituendo alle cose il loro giusto peso.

Dedico a Cristina Caruso Trombetti, con animo grato.

ABREVIAZIONI

« AAP. »:	<i>Atti della Accademia Pontaniana.</i>
« ACP. »:	<i>Archiv für die Civilistische Praxis.</i>
ACS.:	<i>Archivio Centrale dello Stato, Roma.</i>
« Ann. Bibl. filos. »:	<i>Annuario della Biblioteca filosofica.</i>
« Ann. dir. comp. e st. leg. »:	<i>Annuario di diritto comparato e di studi legislativi.</i>
« Ann. Ist. It. St. St. »:	<i>Annali dell'Istituto Italiano per gli Studi Storici.</i>
« Ann. Univ. Toscane »:	<i>Annali delle Università Toscane.</i>
« Arch. dir. pubbl. »:	<i>Archivio di diritto pubblico.</i>
« Arch. filos. »:	<i>Archivio di filosofia.</i>
« Archivio giuridico »:	<i>Archivio giuridico "Filippo Serafini",.</i>
« Arch. st. corp. »:	<i>Archivio di studi corporativi.</i>
« Atti R. Acc. Sc. Torino »:	<i>Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino.</i>
« Belfagor »:	<i>Belfagor. Rassegna di varia umanità.</i>
« BIDR. »:	<i>Bullettino dell'Istituto di Diritto romano "Vittorio Scialoja",.</i>
« Boll. Uff. Min. Istr. Pubbl. »:	<i>Bollettino Ufficiale del Ministero dell'Istruzione Pubblica.</i>
« Cornell L. Q. »:	<i>The Cornell Law Quarterly.</i>
« La Critica »:	<i>La Critica. Rivista di letteratura, storia e filosofia.</i>
« Critica fascista »:	<i>Critica fascista. Rivista del Fascismo.</i>
« La Cultura »:	<i>La Cultura. Rivista di filosofia, letteratura e storia.</i>
DBI.:	<i>Dizionario biografico degli italiani.</i>
Dig. ⁴ :	<i>Digesto delle discipline privatistiche, quarta edizione.</i>
« Dir. comm. »:	<i>Il Diritto commerciale. Rivista critica di dottrina, legislazione e giurisprudenza.</i>
« Dir. rom. att. »:	<i>Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica.</i>
ED.:	<i>Enciclopedia del diritto.</i>
EI.:	<i>Enciclopedia Italiana di scienze, lettere ed arti.</i>

- « Il Filangieri »: *Il Filangieri. Rivista giuridica, dottrinale e pratica.*
- « Foro amm. »: *Il Foro amministrativo.*
- « Foro it. »: *Il Foro italiano. Raccolta generale di giurisprudenza civile, commerciale, penale, amministrativa.*
- « Foro ven. »: *Il Foro veneto.*
- « Giorn. crit. fil. it. »: *Giornale critico della filosofia italiana.*
- « Giur. it. »: *Giurisprudenza italiana. Raccolta generale, periodica e critica di giurisprudenza, legislazione e dottrina in materia civile, commerciale, penale, amministrativa e di diritto pubblico.*
- « Giust. amm. »: *La Giustizia amministrativa. Raccolta completa contenente le decisioni tutte della Sezione IV del Consiglio di Stato, le decisioni e sentenze più importanti della Corte dei conti e della Corte di cassazione in materia contabile, elettorale e di competenza, ed alcune monografie relative a questioni amministrative.*
- « Jus »: *Jus. Rivista di scienze giuridiche.*
- « Labeo »: *Labeo. Rassegna di diritto romano.*
- « La Legge »: *La Legge. Monitore giudiziario e amministrativo del Regno d'Italia.*
- « Materiali »: *Materiali per una storia della cultura giuridica.*
- NDI.: *Nuovo Digesto italiano.*
- NNDI.: *Novissimo Digesto italiano.*
- « Nuova Antologia »: *Nuova Antologia di lettere, scienze ed arti.*
- « Occidente »: *Occidente. Rassegna di studi politici.*
- « Il Ponte »: *Il Ponte. Rivista di dibattito politico e culturale.*
- « Prassi e teoria »: *Prassi e teoria. Rivista di filosofia della cultura.*
- PWRE.: *A. PAULY, G. WISSOWA, Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft.*
- « Quaderni fiorentini »: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno.*
- « Rev. internat. Philos. »: *Revue internationale de Philosophie.*
- « RIFD. »: *Rivista internazionale di filosofia del diritto.*
- « RIL. »: *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere.*
- « RISG. »: *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche.*
- « Riv. crit. dir. priv. »: *Rivista critica del diritto privato.*

« Riv. crit. sc. soc. »:	<i>Rivista critica di scienze sociali.</i>
« Riv. dir. civ. »:	<i>Rivista di diritto civile.</i>
« Riv. dir. comm. »:	<i>Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni.</i>
« Riv. dir. internaz. »:	<i>Rivista di diritto internazionale.</i>
« Riv. dir. proc. »:	<i>Rivista di diritto processuale.</i>
« Riv. dir. proc. civ. »:	<i>Rivista di diritto processuale civile.</i>
« Riv. dir. pubbl. »:	<i>Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia.</i>
« Riv. it. dir. pen. »:	<i>Rivista italiana di diritto penale.</i>
« Riv. st. storiogr. mod. »:	<i>Rivista di storia della storiografia moderna.</i>
« Riv. trim. dir. proc. civ. »:	<i>Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.</i>
« SDHI. »:	<i>Studia et documenta historiae et iuris.</i>
« Sociologia »:	<i>Sociologia. Rivista Quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali.</i>
« SSGS. »:	<i>Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali.</i>
« St. st. ant. class. »:	<i>Studi storici per l'antichità classica.</i>
« Studi senesi »:	<i>Studi senesi nel Circolo giuridico della R. Università.</i>
« TDS. »:	<i>Teoria del Diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica.</i>
« Temi emiliana »:	<i>Temi emiliana e annali della giurisprudenza emiliana.</i>
« Zeitschr. f. dt. Civilpr. »:	<i>Zeitschrift für deutschen Civilprozess und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.</i>
« ZSS. »:	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung.</i>

NOTA DIACRITICA

Quanto nei testi a stampa è enfaticizzato con il carattere spaziato viene reso in corsivo, come anche il sottolineato nei manoscritti e nei dattiloscritti. L'eventuale doppia sottolineatura è indicata in nota. Nelle lettere riprodotte in Appendice le parole nell'originale divise, a fine pagina, con segno di accapo, sono trasposte per intero nella pagina che segue. Nel Documento n. 3 con il carattere barrato sono indicate le cancellature e con le parentesi graffe le integrazioni manoscritte dell'autore.

PROLOGO

1. Il campo della ricerca. — 2. L'ufficio della legge e l'opera del giudice nella riflessione di Benedetto Croce. — 3. Logiche e ideologie del processo civile. — 4. Consolidamento e crisi di un paradigma. — 5. Articolazione del lavoro.

1. *Il campo della ricerca.*

Questo studio intende affrontare un tema classico nella riflessione filosofica sul diritto e la scienza giuridica, concernente la possibilità di pensare in termini logici la relazione tra diritto e fatto, nella particolare connessione, che impegna il giudice in sede giurisdizionale, tra la legge e il caso, la norma astratta e la realtà concreta. Problema autentico, che non conosce soluzioni definitive, ma una lunga e articolata storia di pensiero.

Un tratto di questa storia, tra i molti possibili, delimita il campo della ricerca, con riferimento alla complessa esperienza dei rapporti, nella cultura giuridica italiana del primo Novecento ⁽¹⁾, tra scienza del diritto e filosofia. Particolare importanza, nella caratterizzazione del contesto indicato, assume l'influenza esercitata dal pensiero di Benedetto Croce sulla concettualizzazione del tema in oggetto. Rileva, nello specifico, la sua incidenza sulla formazione di alcune tra le più interessanti posizioni critiche, nei confronti della dottrina allora dominante, in Italia, nell'ambito degli studi sul processo civile.

⁽¹⁾ Sul significato da attribuire all'espressione « cultura giuridica », nella prospettiva di questa ricerca, particolarmente utili le indicazioni orientative offerte da P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica* (Roma-Bari, Laterza, 1990) 89-145, e L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento* (Roma-Bari, Laterza, 1999) 5 ss. In merito all'esigenza di storicizzare, con riferimento alla cultura giuridica, le specifiche partizioni disciplinari, si v. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto* (Bologna, il Mulino, 1976) 5 ss.

Agli inizi del secolo, la meditazione crociana sul diritto conseguiva una singolare determinazione del rapporto tra il giudice e la legge, che avrebbe trovato la sua compiuta espressione allorquando, redatta nel 1907 la *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* ⁽²⁾, questi veniva a integrare la *Filosofia della pratica* ⁽³⁾ entro il sistema filosofico che da alcuni anni s'era impegnato a costruire. Attesa l'inidoneità della legge, quale astratta volizione, a disciplinare le indefinite situazioni dell'esperienza umana, posto che la singolarità del reale sfuggirebbe a ogni previsione, risulterebbe esclusa, secondo Croce, la possibilità di un'applicazione logica della norma generale al caso particolare. Il giudice sarebbe dunque costretto a decidere, nelle specifiche circostanze della controversia, non attraverso un esercizio di pensiero, bensì traducendo in azione effettiva il proprio concreto volere. « Chi ha pratica dei tribunali — è un *topos* giudiziario, quello raccolto in una pagina della *Logica come scienza del concetto puro* ⁽⁴⁾ — sa che molto spesso un magistrato, presa la decisione e stabilita la sentenza, incarica un suo più giovane collega di “ragionarla”, ossia di apporre una parvenza di ragionamento a ciò che non è intrinsecamente o puramente prodotto di logica, ma è *voluntas* di un determinato provvedimento ».

Com'è noto, pronte e vivaci furono le reazioni dei filosofi del

⁽²⁾ B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Memoria letta all'Accademia Pontaniana nelle tornate dei 21 aprile e 5 maggio 1907, in « AAP. » XXXVII, n. 8 (1907) 3-53 [rist. a cura di A. ATTISANI (Napoli, Ricciardi, 1926) 3-66].

⁽³⁾ B. CROCE, *Filosofia della pratica. Economica ed etica*, Filosofia come scienza dello spirito III (Bari, Laterza, 1909). Nell'Edizione nazionale delle opere di Benedetto Croce (Napoli, Bibliopolis) la *Filosofia della pratica* è apparsa nel 1996 (riproduzione della sesta ed., Bari, Laterza, 1950), a cura di M. TARANTINO, corredata da un volume contenente una *Nota al testo* di G. SASSO, l'*Apparato critico* e gli *Indici* [le successive citazioni sono tratte dall'Edizione nazionale].

⁽⁴⁾ B. CROCE, *Logica come scienza del concetto puro*, Filosofia come scienza dello spirito II (Bari, Laterza, 1909, seconda ed. « interamente rifatta »). Nell'Edizione nazionale delle opere crociane la *Logica* è apparsa nel 1996 (riproduzione della settima ed., Bari, Laterza, 1947), a cura di C. FARNETTI, corredata da un volume contenente una *Nota al testo* di G. SASSO, l'*Apparato critico* e gli *Indici* [anche in questo caso, le citazioni che seguono sono tratte dall'Edizione nazionale]. Il riferimento nel testo si legge a p. 109 (lievi differenze formali, rispetto alla prima edizione, sono segnalate nell'*Apparato critico*, a p. 498).

diritto italiani nei riguardi della posizione crociana ⁽⁵⁾, in particolar modo della tesi che risultava essere, nei loro confronti, la più aggressiva: la negazione di ogni autonoma consistenza della filosofia del diritto, quindi la sua « riduzione » alla filosofia dell'economia, in conseguenza dell'affermazione del carattere amorale del giuridico e della sua completa dispersione nel dominio, genericamente pratico, dell'economico. Assolutamente marginale, nell'immediato, è stata invece l'incidenza dell'assunto circa i caratteri del comando legislativo e la natura della decisione giudiziale, sulla riflessione della scienza giuridica italiana, che orientava i propri sforzi, in sostanziale autonomia di pensiero, in una direzione diversa. Preoccupati di difendere il valore della certezza del diritto e garantire il primato della legislazione sulla giurisdizione, tale per cui l'una non si sarebbe dovuta intendere che in termini di mera applicazione, nel caso concreto, di quanto astrattamente disposto dall'altra, i giuristi erano impegnati nell'elaborazione di una concezione dell'atto giurisdizionale particolarmente attenta alla sua componente logica, così da risolvere il problema dell'interpretazione, valorizzando il momento propriamente intellettuale dell'opera del giudice. Nel campo specifico del diritto processuale civile, che negli stessi anni veniva precisando il proprio statuto epistemologico, tale orientamento avrebbe prodotto una determinata immagine della sentenza, la cui rappresentazione esemplare era ricondotta, nella sua consistenza logica, alla conclusione di un ragionamento deduttivo,

⁽⁵⁾ Cfr. L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani* (Padova, Cedam, 1955) 59; A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana* (Milano, Giuffrè, 1974) *passim*. Per indicazioni bibliografiche, è qui sufficiente rinviare all'ampia rassegna (nella quale figurano, tra gli altri, i nomi di Widar Cesarini Sforza, Eugenio Di Carlo, Giuseppe Maggiore, Vincenzo Miceli, Giuseppe Natoli, Adolfo Ravà, Giuseppe Rensi, Adriano Tilgher), approntata dallo stesso Croce, nelle note a piè di pagina di due suoi scritti: *Obiezioni alla mia tesi sulla natura del diritto*, in « La Critica » VI (1908) 149-155 [= *Obiezioni intorno alla mia teoria del diritto*, in B. CROCE, *Pagine sparse I* (Bari, Laterza, 1960²) 449-458], e *Intorno alla mia teoria del diritto*, in « La Critica » XII (1914) 445-450 [= in *Pagine sparse I*, cit., 458-466]; entrambi i lavori (il primo di essi con un diverso titolo: *Obiezioni alla mia teoria del diritto*) appaiono inoltre nella citata ristampa della *Riduzione* curata da ATTISANI, risp. 69-77, 77-85.

che voleva il diritto e il fatto distribuiti nelle due premesse di un sillogismo giudiziale ⁽⁶⁾.

Per cogliere una reale influenza del pensiero crociano sulla scienza del diritto, tale da connotare in senso specifico l'esperienza degli studi giuridici in Italia, bisogna attendere, nel segno di un rinnovamento anche generazionale, la metà degli anni Venti ⁽⁷⁾. « L'idealismo storicistico — scriverà in proposito Norberto Bobbio — fu la via attraverso cui si sviluppò in Italia la crisi del positivismo giuridico, che in altri paesi maturò per altri influssi » ⁽⁸⁾. Un'atte-

⁽⁶⁾ M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica* (Torino, Giappichelli, 2003) 229 ss., individua, nella natura « conoscitiva » di tale rappresentazione teorica, il carattere storicamente determinato di questa versione della dottrina del sillogismo giudiziale, la quale avrebbe sostenuto « che i giudici ragionassero effettivamente in modo sillogistico, e forse non potessero ragionare diversamente », distinta, così, dalla precedente versione, apertamente « direttiva », di stampo illuministico, secondo la quale « il diritto avrebbe dovuto essere codificato, e i giudici avrebbero dovuto applicare i codici e le leggi deducendone la soluzione del caso ». Cfr., al riguardo, P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative* (Milano, Giuffrè, 1999) 151 ss.; T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali* (Torino, Giappichelli, 1996) 41 ss.; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico* (Milano, Giuffrè, 1996) 72 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali* (Milano, Giuffrè, 1992) 74 ss.; ID., *La motivazione della sentenza civile* (Padova, Cedam, 1975) 11 ss., 149 ss. Sul ragionamento giuridico, e in particolare su quello del giudice, un orientamento generale, con indicazioni bibliografiche essenziali, è offerto, nella diversità delle prospettive, da F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto* (Roma-Bari, Laterza, 2011⁷) 175 ss., 209 ss., e R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare* (Milano, Giuffrè, 2011) 229 ss., 257 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, numero monografico di « Quaderni fiorentini » 20 (1991) 367-495, spec. 438 ss.; R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi* (Torino, Einaudi, 1987; 1988³) [rist., con Prefazione di M.G. LOSANO (1996)] 128 ss.; V. FROSINI, *L'idealismo giuridico italiano del Novecento*, in *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX*, Atti dell'XI Congresso nazionale (Napoli, 4-7 ottobre 1976), a cura di R. ORECCHIA, I. Relazioni (Milano, Giuffrè, 1976) 9-31, spec. 23 ss. [= in *L'idealismo giuridico italiano* (Milano, Giuffrè, 1978) 3-32, spec. 22 ss.]; DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., 86, 584 ss.; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento* (Bologna, il Mulino, 1970) 385 ss. [ed. aggiornata a cura di C. FARALLI (Roma-Bari, Laterza, 2011⁶) 318 ss.]; U. SCARPELLI, *Il giudice e la legge*, in « Occidente » VI (1950) 338-355, spec. 344 s.

⁽⁸⁾ N. BOBBIO, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli I* (Milano, Giuffrè, 1969) LXXXIX-CXL, p. XCVI (una precedente versione, con titolo *Tullio*

stazione particolarmente significativa di questo sviluppo, sintomatica del cambiamento a cui s'è fatto cenno, è offerta dal dibattito sulla completezza dell'ordinamento giuridico e il problema delle lacune⁽⁹⁾: in tale contesto, dopo un primo rilevante contributo di Widar

Ascarelli, è apparsa in « Belfagor » XIX [1964] 411-424, 546-565, p. 415 [= *Tullio Ascarelli*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (Milano, Comunità, 1977) 217-274, p. 225; rist., con *Prefazione* di M.G. LOSANO (Roma-Bari, Laterza, 2007) 186-238, p. 193]. « Uno dei problemi — prosegue Bobbio — in cui l'influsso crociano maggiormente (e beneficamente) operò fu quello della interpretazione giuridica, considerata non più come mera riproduzione meccanica di un testo una volta per sempre posto e staccato dal contesto storico da cui era sorto, ma come creazione continua nel processo di adattamento del testo alla realtà storica in movimento. Uno dei motivi dominanti nella filosofia giuridica ispirata all'idealismo storicistico fu l'identità, o se si vuole la distinzione dialettica, tra momento della creazione e momento dell'interpretazione del diritto in nome dell'unità del movimento storico in cui l'astrattezza della norma si converte continuamente nella concretezza della sua attuazione » (*ibid.*). Cfr., al riguardo, anche G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. » XXVI (1972) 897-952, spec. 902 ss.

⁽⁹⁾ Tra i principali contributi al dibattito, dopo la *Nota (t) ad § 23*, di C. FADDA e P.E. BENSA, annessa alla traduzione italiana di B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol. I (Torino, UTET, 1902) 124 ss. [= rist. stereotipa, vol. IV (1930) 18 ss.], si v. P.L. PEDRALI NOY, *La lacuna nel diritto o la forza comprensiva della legge* (Brescia, Queriniana, 1909); D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (Milano, SEL, 1910) [= in *Scritti di diritto pubblico*, raccolti a cura delle Università di Modena e di Padova nel XX anniversario della morte dell'autore, vol. I (Padova, Cedam, 1966) 3-277] (rec. di P.L. PEDRALI NOY, in « Giur. it. » LXII [1910] IV, 218-224; G. ROTONDI, in « Riv. dir. civ. » II [1910] 890-898 [= in *Scritti giuridici III. Studii varii di diritto romano e attuale*, a cura di P. DE FRANCISCI (Milano, Hoepli, 1922) 462-468]); A. SOLMI, *Sulle lacune dell'ordinamento giuridico*, in « Riv. dir. comm. » VIII (1910) I, 487-494; P.L. PEDRALI NOY, *I vuoti del diritto. Contributo alla teoria della completezza del diritto*, con lettera di C.F. GABBA (Bologna, Zanichelli, 1911); G. BRUNETTI, *Sul valore del problema delle lacune*, in « Dir. comm. » XXXII (1913) I, 517-523 [= in *Scritti giuridici varii I* (Torino, UTET, 1915) 34-45]; ID., *Il senso del problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, in « Dir. comm. » XXXVI (1917) I, 17-34 [= in *Scritti giuridici varii III* (Torino, UTET, 1920) 1-29] (rec. di C. LONGO, in « Riv. dir. civ. » IX [1917] 238-239); ID., *Ancora sul senso del problema delle lacune. Risposta ad una critica*, in « Dir. comm. » XXXVI (1917) I, 380-391 [= in *Scritti III*, cit., 30-49]; ID., *Sulle dottrine che affermano l'esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico*, in « Dir. comm. » XXXVII (1918) I, 42-63 [= in *Scritti III*, cit., 50-87]; G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, in « Archivio giuridico » LXXXV (1921) 33-90 [nuova ed. in *Studi sul diritto I* (Milano, Giuffrè, 1958) 205-270; rist., con *Presentazione* di G. CONSO (2002)]; R. LUZZATTO, *Su l'asserita completezza dell'ordinamento giuridico* (Ferrara, Taddei, 1922); C. GANGI, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, in « Archivio giuridico » LXXXIX (1923) 137-171 (rec. di G. ROTONDI, in

Cesarini Sforza ⁽¹⁰⁾, gli interventi più interessanti, nella prospettiva indicata, furono quelli di Tullio Ascarelli e Max Ascoli ⁽¹¹⁾.

Sollecitato dalle istanze critiche della *Freirechts-Bewegung* ⁽¹²⁾, Cesarini Sforza muoveva dall'osservazione per cui, sebbene al puro giurista una simile impostazione risultasse comprensibilmente inaccettabile, sarebbe stata da apprezzare, in sede filosofica, la sua capacità di cogliere alcuni aspetti essenziali, dal « carattere individualistico dell'attività giuridica », alla « irrimediabile astrattezza della legge positiva » ⁽¹³⁾. D'altra parte, proprio con riguardo al problema delle lacune dell'ordinamento giuridico, le soluzioni prospet-

« Riv. dir. comm. » XXII [1924] I, 284-285); G. BRUNETTI, *Il domma della completezza dell'ordinamento giuridico. Contributo alla dottrina dell'interpretazione della legge con particolare riguardo al diritto privato* (Firenze, Barbera, 1924) [= *Il domma della completezza dell'ordinamento giuridico*, in *Scritti giuridici vari* IV (Torino, UTET, 1925) 163-263]; V. MICELI, *La completezza dell'ordinamento giuridico*, e G. BRUNETTI, *Completezza e incompletezza dell'ordinamento giuridico*, in « RIFD. » V (1925) risp. 86-101, 607-616; S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (Modena, Università degli Studi, 1925) [= in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale* (Milano, Giuffrè, 1969) 173-185]; V. MICELI, *Intorno alla completezza dell'ordinamento giuridico. Nota critica*, e G. BRUNETTI, *In margine alla questione della completezza dell'ordinamento giuridico*, in « RIFD. » VI (1926) risp. 123-125, 291-292. Un'ampia rassegna bibliografica sul tema si trova in A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici* (Torino, Giappichelli, 1962) 211 ss.; v. anche DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., 575 ss.

⁽¹⁰⁾ W. CESARINI-SFORZA, *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, in « RISG. » LIII (1913) 41-56; nonché Id., *Il concetto del diritto e la Giurisprudenza integrale* (Milano, SEL, 1913) 87 ss. Cfr., in proposito, A. BARATTA, *Tra idealismo e realismo. A proposito della Filosofia del diritto di Widar Cesarini Sforza*, in « RIFD. » XLII (1965) 421-456, spec. 441 s.

⁽¹¹⁾ Si tratta di T. ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. nel diritto privato*, in « Archivio giuridico » XCIV (1925) 235-279 [= *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione* (Milano, Giuffrè, 1952) 209-243], e M. ASCOLI, *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto* (Roma, Athenaeum, 1928) [rist. a cura di F. RICCOBONO, con *Presentazione* e *Postfazione* di R. TREVES (Milano, Giuffrè, 1991)].

⁽¹²⁾ Cfr. W. CESARINI-SFORZA, *Il modernismo giuridico*, in « Il Filangieri » XXXVII (1912) 373-379 [= in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto I. Filosofia e teoria generale* (Milano, Giuffrè, 1967) 9-17].

⁽¹³⁾ CESARINI-SFORZA, *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, cit., 44 ss. Di un'« attrazione controllata » di Cesarini Sforza per la teoria del diritto libero parla G. MARINI, *Widar Cesarini Sforza tra idealismo e positivismo giuridico* (Padova, Università degli Studi, 1980) 44.

tate da Kantorowicz ⁽¹⁴⁾ — lo studioso che più di altri aveva reso popolari le tesi del diritto libero — si sarebbero rivelate parimenti insoddisfacenti, sul piano della scienza giuridica, attesa la connotazione filosofica della verità delle premesse, come su quello dell'indagine filosofica, considerato il tenore dogmatico della costruzione concettuale del discorso ⁽¹⁵⁾.

Da giurista, il giovane Ascarelli seguiva un itinerario argomentativo in qualche modo inverso: l'esame della discussione intorno all'asserita incompletezza dell'ordinamento giuridico lo aveva indotto a ritenere che, quando al problema delle lacune si fosse voluto dare un senso, si sarebbe dovuto ricondurlo alla più generale determinazione del problema dell'astrattezza della norma, secondo quanto evidenziato nelle più recenti riflessioni della scuola idealistica italiana ⁽¹⁶⁾. Così, se non sarebbe stato possibile, dal punto di vista

⁽¹⁴⁾ GNAEUS FLAVIUS (H.U. KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (Heidelberg, Winter, 1906) [= *La lotta per la scienza del diritto*, edizione italiana della tedesca riveduta dall'A., con prefazione e note del giudice R. MAJETTI (Milano-Palermo-Napoli, Sandron, 1908).

⁽¹⁵⁾ CESARINI-SFORZA, *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, cit., 49 ss. « La sostituzione della libera volontà di un giudice che decida accuratamente caso per caso, alla volontà astratta, lacunosa del legislatore, non ha affatto — annota l'autore — il significato attribuitole dalla *Freirechtsschule*. In realtà, anche la decisione singola del giudice rappresenta la fissazione o "rettificazione" di un certo rapporto pratico, dalla quale rettificazione le parti in causa si sentiranno legate, che anzi esse medesime avranno sollecitato *per sentirsi legate*. Niuna differenza, perciò, dalla decisione collettiva contenuta nel testo di legge, collettiva appunto finché rimane in questa condizione di legge, ma che, una volta interpretata e dichiarata dal giudice in rapporto ad un particolare caso, diventa decisione singola, con le medesime conseguenze che se il giudice l'avesse invece creata secondo la sua libera opinione » (CESARINI-SFORZA, *Il modernismo giuridico*, cit., 377 [= in *Vecchie e nuove pagine* I, cit., 14 s.]).

⁽¹⁶⁾ « Astrattezza della norma giuridica e cioè sua mera generalità e perciò sua incapacità a regolare il caso concreto; non questo o quel caso concreto nuovo, ma ogni caso concreto in quanto e perché tale. Assunto questo dell'astrattezza della norma giuridica, che i più recenti studi di filosofia giuridica da parte della scuola idealista italiana hanno particolarmente messo in luce, sì che è superfluo soffermarsi sulla sua illustrazione » (ASCARELLI, *Il problema delle lacune*, cit., 244 [= in *Studi di diritto comparato*, cit., 216]; esplicito il rinvio, in nota, a G. MAGGIORE, *Breviario di filosofia del diritto* [sic, ma si tratta di *Filosofia del diritto* (Palermo, Fiorenza, 1921)]; ID., *L'equità e il suo valore nel diritto*, in « RIFD. » [1924] [sic, invero in « RIFD. » III (1923) 256-287]; G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto* [Roma, De Alberti, 1924²] [la seconda edizione, con titolo *I fondamenti della filosofia del diritto ed altri scritti*, è del 1923];

dogmatico, parlare di lacune dell'ordinamento giuridico, non potendo il giudice, per obbligo di legge, esimersi dal giudicare, non si sarebbe potuta negare, dal punto di vista filosofico, la sua incompletezza, in ragione del carattere astratto della norma ⁽¹⁷⁾. La necessaria soluzione di questa « antinomia » veniva rintracciata nella corrispondente contraddizione posta alla base della teoria dell'interpretazione. Sebbene non si sarebbe potuto misconoscere, filosoficamente, il valore creativo di ogni operazione ermeneutica, come di qualsiasi atto spirituale ⁽¹⁸⁾, l'interpretazione sarebbe stata intesa, giuridicamente, come un procedimento dichiarativo, sempre capace di rintracciare, nell'ambito dell'ordinamento, la norma adatta al caso concreto: null'altro che una « finzione », insomma, che avrebbe avuto nel ricorso all'analogia il suo principale « artificio tecnico » ⁽¹⁹⁾.

Il problema dell'interpretazione, insieme con quello delle lacune e dei principi generali del diritto, avrebbe costituito, secondo Ascoli, « il gruppo dei problemi ultimi della dommatica », al cospetto dei

CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., Parte III: *Le leggi*). Inteso il problema delle lacune come null'altro che un riflesso del problema dell'astrattezza della norma, le stesse non si sarebbero dovute considerare alla stregua di un *accidens* di un particolare sistema giuridico, ma come qualcosa di necessariamente inerente a ogni ordinamento: « non stanno dunque a rappresentare — scrive Ascarelli — il problema legislativo, come si suol dire, del migliore o del nuovo regolamento di questo o quel rapporto, ma rappresentano la stessa logica incapacità del diritto ad afferrare la vita e la storia che, nella loro concretezza, sfuggono continuamente, come il fiume eracliteo, al fisso ed astratto schema giuridico » (*ibid.* 245 [= 216 s.]).

⁽¹⁷⁾ ASCARELLI, *Il problema delle lacune*, cit., 235, 247 s. [= in *Studi di diritto comparato*, cit., 209, 218 s.].

⁽¹⁸⁾ ASCARELLI, *Il problema delle lacune*, cit., 250 s. [= in *Studi di diritto comparato*, cit., 221]. Segue, al riguardo, un'osservazione per molti versi analoga a quella proposta da Cesarini Sforza (v., *supra*, nt. 15): « Riconosciuto tuttavia il carattere creativo dell'interpretazione ne risulta senz'altro affermata la sua identità di natura colla legge dal punto di vista filosofico. Non è difficile osservare come tutte le molteplici obiezioni che possono muoversi a detta tesi dimenticano appunto le premesse dalle quali questa identità viene affermata, attribuendo rilevanza a distinzioni che hanno un carattere meramente giuridico. [...] Ma la interpretazione così intesa rimarrebbe incapace di regolare il caso concreto, appunto in forza dell'identità sopra notata; rimarrebbe pertanto incapace di colmare le lacune della legge » (*ibid.* 251 s. [= 222]).

⁽¹⁹⁾ ASCARELLI, *Il problema delle lacune*, cit., 254, 278 [= in *Studi di diritto comparato*, cit., 224, 241].

quali la scienza giuridica sarebbe pervenuta al proprio punto limite, incapace di affrontare la questione di fondo, eminentemente filosofica, di « come cioè dalla norma si giunga al fatto, come la norma sia ingranabile nel fatto, e come dal fatto si salga alla norma » (20). Mentre in Francia e in Germania l'indagine scientifica avrebbe a più riprese corso il rischio di uno « sconfinamento » nel terreno della filosofia (21), mostrando, nella consapevolezza della natura astratta della norma, un segno di acuta sensibilità giuridica (22), in Italia la scienza del diritto, prevalentemente arroccata su posizioni di rigido tradizionalismo, sarebbe rimasta piuttosto impermeabile nei confronti degli stimoli filosofici suscitati da questi problemi (23). Così che la filosofia idealistica italiana, applicandosi al diritto, sarebbe giunta ad affrontarli in completa autonomia metodologica, risolvendoli e oltrepassandoli a modo suo (24): messo in luce il carattere

(20) ASCOLI, *La interpretazione delle leggi*, cit., 10 ss., 15 s. [= rist. 14 s., 17 s.].

(21) « Fino a che punto la legge abbia possibilità di dominare la realtà, e come con quali limiti eserciti questo suo dominio; che cosa sia questo comando generico, quale confine ci sia alla sua osservanza di fronte alla concreta realtà dei casi della vita e alla concreta individualità dell'uomo cui è imposto di far osservare questo comando di fronte ai casi della vita; quale sia infine, nel cozzo di questi due elementi opposti, vita concreta e comando generico, quello che deve dominare e plasmare l'altro: tutti questi problemi furono agitati con svolgimenti infinitamente vari nei paesi di lingua francese o tedesca » (ASCOLI, *La interpretazione delle leggi*, cit., 25 [= rist. 25]).

(22) Ma l'astrattezza della norma non sarebbe, come alcuni studiosi hanno creduto, un difetto che possa essere sanato dalla pratica giuridica, bensì una caratteristica ineliminabile di ogni forma di diritto, che solo l'indagine filosofica può comprendere e spiegare: « Acutissima — scrive Ascoli al riguardo — la critica che il Cesarini fa al Kantorowicz per la intromissione di criteri filosofici nelle scienze giuridiche, e viceversa » (ASCOLI, *La interpretazione delle leggi*, cit., 28 nt. 2 [= rist. 27 nt. 21]).

(23) « La giurisprudenza italiana, singolarmente paga della positività, è per tradizione riluttante a una disciplina la cui funzione dovrebbe essere quella di fornire il lievito a quei dibattiti critici in cui la coscienza giuridica si rinnova: sia che questo lievito agisca stimolando formazioni di un diverso diritto, cioè in forma giusnaturalistica, sia che, secondo esigenze più recenti, intacchi lo stesso concetto formale di norma. In un caso come nell'altro, le tendenze dottrinali dominanti oggi in Italia sono intolleranti verso la filosofia del diritto, e possono giungere al più a sopportarla quando essa assuma l'aspetto di una generica teoria generale del diritto » (ASCOLI, *La interpretazione delle leggi*, cit., 31 [= rist. 29]).

(24) ASCOLI, *La interpretazione delle leggi*, cit., 36 [= rist. 33]: sia che siano intese come « volizioni di una classe di azioni », come « volontà di volere », o come « volere un già voluto » — esplicito il riferimento, in nota, a CROCE, *Riduzione*, cit.; GENTILE, *I*

fondamentale della norma nella sua astrattezza, tutto il diritto, « nel suo sforzo di prevedere l'imprevedibile », non sarebbe che « un sistema di lacune » ⁽²⁵⁾, e la sola norma che abbia una qualche concretezza sarebbe quella creata ed emanata « sotto veste di interpretazione » ⁽²⁶⁾.

Non interessa qui seguire, con il ripensamento critico della concezione crociana del diritto, gli ulteriori sviluppi della riflessione

*fondamenti della filosofia del diritto*², cit.; MAGGIORE, *Filosofia del diritto*, cit.; A. TILGHER, *Saggi di etica e di filosofia del diritto* (Torino, Bocca, 1928) —, le norme sarebbero sempre, per necessità, astratte, nate cioè dal bisogno di prevedere i possibili casi della vita, e di inquadrare quelli che più direttamente interessano le relazioni sociali all'interno di una serie di schemi. « Ma schemi e previsioni — avverte l'autore — devono subire la sorte della loro inguaribile natura, cioè della loro astrattezza: poiché nella vita i casi sono sempre nella loro intima essenza individuali, non è possibile concepirli inquadrati in una serie di schemi se non nel momento in cui sono considerati come possibili: cioè in cui ancora non sono » (*ibid.*). Utile, in proposito, la lettura di M. ASCOLI, *Intorno alla concezione del diritto nel sistema di Benedetto Croce* (Roma, Treves, 1925).

⁽²⁵⁾ ASCOLI, *La interpretazione delle leggi*, cit., 39 [= rist. 35]: cfr., in tal senso, MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, cit., 270; quindi ASCARELLI, *Il problema delle lacune*, cit., 245 [= in *Studi di diritto comparato*, cit., 216 s.].

⁽²⁶⁾ ASCOLI, *La interpretazione delle leggi*, cit., 39 [= rist. 35]: cfr. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 337 ss. Si avvicina molto al discorso di Ascarelli (v., *supra*, nt. 19) l'osservazione di Ascoli circa l'« insanabile dissidio » tra « quello che è il diritto » e « quello che esso vuole apparire »: « La interpretazione crede di essere applicazione, e invece è creazione; crede di essere deduzione dalla norma applicata al fatto e invece è elevazione del fatto a norma, secondo esigenze empiriche; crede di essere rigorosamente sufficiente e adeguata al proprio compito, e questa adeguatezza è inconcepibile perché il suo compito è assurdo. Ma questa continua illusione è una necessità, perché senza l'illusione che il diritto stesso nutre della sua applicabilità, della sua logica, della sua sufficienza, esso non potrebbe adempiere al proprio compito di disciplina dei fatti umani. La dommatica quindi, come scienza interna del diritto, è perfettamente valida entro questo ambito, e la funzione della filosofia di fronte ad essa si riduce a riconoscere questa sua validità, a negare sistematicamente qualsiasi effettivo valore logico alle necessarie illusioni e alle arbitrarie affermazioni del diritto, e a spostare continuamente, per vedere in tutta la sua interezza la realtà vera, l'impalcatura di leggi e di artifici che pure servono a costruirla » (ASCOLI, *La interpretazione delle leggi*, cit., 51 [= rist. 43 s.]; cfr. *ibid.* 113 [= 89]). Proprio come Cesarini Sforza e Ascarelli (v., *supra*, nt. 15 e 18), egli sottolinea, inoltre, « come tutto il processo dell'interpretazione si svolga nel pieno ambito dell'astrazione, come processo culminante e non risolutivo dell'astrazione stessa. Se, come si ripete da tante parti, l'interpretazione è di natura creativa, non v'è alcuna ragione per cui la creazione di diritto che è astrattezza in sede di legislazione, divenga concretezza in sede di applicazione » (*ibid.* 54 [= 46]).

di Ascoli. Preme, piuttosto, rilevare, proprio a partire dal tentativo dello studioso ferrarese di confutare la « fatale diversità di risultati fra indagine filosofica e indagine giuridica »⁽²⁷⁾, quello che è stato un denominatore comune degli interventi presi in considerazione: la consolidata persuasione circa l'esigenza di mantenere rigorosamente distinti, anche nel campo degli studi giuridici, il metodo della scienza e quello della filosofia, « pena la sterilità, sotto ambedue gli aspetti, dei risultati che si potrebbero ottenere »⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ ASCOLI, *La interpretazione delle leggi*, cit., 86 [= rist. 69]. « L'indagine speculativa — precisa Ascoli — deve sì essere condotta con assoluta indipendenza di metodo da quella dommatica; ma, se si giunge a un doppio ordine di verità, anzi si considera necessaria questa duplicità, e si affermano quindi, sullo stesso argomento giuridico, una verità per i filosofi ed una per i giuristi, allora la filosofia da una parte viene ad arrogarsi un compito che non le spetta, dall'altra nega il proprio compito di intendere la realtà pratica ricostruendola in sé. Non esiste un concetto del diritto buono per i filosofi, un altro buono per i giuristi, o una verità di cui siano possessori i filosofi e una illusione necessaria per i giuristi. Per intendere tutto quello che si svolge nel mondo della vita pratica è necessario indagare questa vastissima vita giuridica e ricollegare lo sviluppo e la funzione intima del diritto alla totalità della vita spirituale. La concezione filosofica potrà rendere esplicito quanto è implicito nel pensiero dei giuristi, chiarire la loro esperienza, intenderne il senso e i limiti: ma non le è lecito, se non vuole snaturarsi, porre innanzi ai giuristi una propria verità opposta alla loro, sia costruendola giuridicamente, come facevano gli antichi giusnaturalisti, sia prospettandola come inconcepibile per il pensiero giuridico, come fanno oggi alcuni idealisti » (*ibid.* 83 [= rist. 67]).

⁽²⁸⁾ CESARINI-SFORZA, *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, cit., 42 s., 56. In senso analogo, Ascarelli riconosceva la necessità di una netta differenziazione dei punti di vista « esegetico-dogmatico » e « storico-filosofico », i quali, pur integrandosi e animandosi a vicenda nella pratica della ricerca, « non possono condurre agli stessi risultati » (ASCARELLI, *Il problema delle lacune*, cit., 245 s. [= in *Studi di diritto comparato*, cit., 217 s.]). « Generalmente — notava il giurista romano — coloro che si sono occupati del problema delle lacune non hanno tenuto distinti questi due ordini di indagine, cercando ora di giungere ad una soluzione unica per ambedue i campi, ora trascurando senz'altro la distinzione stessa. A me invece sembra che la distinzione di questi due diversi punti di vista sia in questo argomento fondamentale e sola permetta di giungere a dei risultati che possano insieme soddisfare le varie nostre esigenze, dovendosi necessariamente rinunciare ad una soluzione unica, valida in ambedue i campi » (*ibid.* 246 s., 273 s. [= 218, 239 s.]). La soluzione di Ascarelli, di una « doppia verità », conseguita attraverso tale distinzione, avrebbe rivelato, secondo M. MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli* (Milano, Giuffrè, 1989) 17, « il tentativo di conciliare una posizione schiettamente crociana con le esigenze proprie dei giuristi: o, più precisamente, con le opinioni, in tema di lacune ed interpretazione, della corrente allora dominante della nostra giurisprudenza »; quella della « doppia verità », come ha

Le particolari riflessioni, con riferimento alle quali si intendono verificare, nelle pagine di questo lavoro, le condizioni e i limiti di un'influenza dell'idealismo storicistico nel panorama degli studi italiani sul processo civile, presentano, rispetto ai contributi a cui s'è fatto cenno, un carattere di maggiore complessità. Se, infatti, non meno evidente risulta in esse la traccia di un confronto ampio e serrato con Croce, decisamente più indipendenti, in relazione agli esiti del suo pensiero, appaiono i frutti delle ricerche in esame. Proprio il tentativo di servirsi degli strumenti concettuali della logica e della teoria storiografica crociana, per ripensare, nell'ambito di una revisione critica della reale idoneità del modello sillogistico a descrivere la struttura della decisione giudiziale e il suo processo di formazione, il rapporto tra il giudice e la legge, documenta l'esperienza di una singolare interferenza, certamente problematica, ma assai feconda, tra scienza e filosofia del diritto. Tali frutti, per altro, hanno alimentato nel corso degli anni ulteriori e ben note riflessioni — dall'uso legittimo della dogmatica odierna nelle indagini di storia del diritto, in specie romanistiche ⁽²⁹⁾, alla controversa natura dei

scritto BOBBIO, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, cit., xcVIII (in « Belfagor » XIX [1964] 417) [= 227; rist. 195], « era evidentemente una soluzione di compromesso, *pro bono pacis*, e come tutte le soluzioni di compromesso aveva il difetto di essere poco chiara, e alla fine per la volontà di accontentare gli uni e gli altri, di scontentare entrambi ».

⁽²⁹⁾ Penso, in primo luogo, alla prolusione al corso di Istituzioni di diritto romano, letta da Emilio Betti, il 14 novembre 1927, nella R. Università di Milano, e pubblicata, in due parti, con il titolo *Diritto romano e dogmatica odierna*, in « Archivio giuridico » XCIX (1928) 129-150, e C (1928) 26-66 [= in *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. CRIFÒ (Milano, Giuffrè, 1991) 59-133], quindi recensita da B. CROCE, in « La Critica » XXVIII/4 (20 luglio 1930) 289-291 [= in *Conversazioni critiche IV* (Bari, Laterza, 1932) 183-186] (cfr., *infra*, nel Capitolo III, nt. 103). Si v., al riguardo, i contributi di A. DE GENNARO, *Emilio Betti: Dallo storicismo idealistico all'ermeneutica* (79-111), G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca* (165-292), A. SCHIAVONE, « *Il Nome* » e « *la Cosa* ». *Appunti sulla romanistica di Emilio Betti* (293-310), P. COSTA, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia* (311-393), raccolti in *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, numero monografico di « Quaderni fiorentini » 7 (1978), e quello di M. BRUTTI, *Storiografia e critica del sistema pandettistico*, in « Quaderni fiorentini » 8 (1979) 317-360; quindi, dopo R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna, il Mulino, 1987) 406 ss., i più recenti M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento* (Torino, Giappichelli, 2007) 61 ss., e D. PICCINI, *Dalla Scienza nuova*

concetti giuridici ⁽³⁰⁾ —, la cui risonanza ha fortemente caratterizzato la storia del pensiero giuridico del secolo scorso.

In questa prospettiva, i risultati della presente ricerca vorrebbero offrire un contributo, elaborato anche sulla base di materiale inedito, alla ricostruzione dei rapporti reali tra il magistero di Croce e la cultura giuridica italiana, attento alla connotazione tecnica dei problemi indagati e distante dalle rappresentazioni stereotipe del contrasto tra intellettuali “crociani” e “anticrociani”. L’esame ravvicinato, e circostanziato sul piano della logica del processo civile, della contaminazione tra le costruzioni teoriche e concettuali della scienza del diritto e l’interrogazione filosofica sulla specifica consistenza dell’atto giurisdizionale, illumina un segmento particolarmente significativo nella storia delle relazioni, in Italia, tra i giuristi e la filosofia ⁽³¹⁾.

2. *L’ufficio della legge e l’opera del giudice nella riflessione di Benedetto Croce.*

Può considerarsi classica, nella tradizione degli studi filosofici sul diritto, la definizione con cui Croce avviava, nell’*incipit* della parte terza della *Filosofia della pratica*, la propria riflessione: « La legge è un atto *volitivo* che ha per contenuto una *serie* o *classe* di

all’ermeneutica. Il ruolo di Giambattista Vico nella teoria dell’interpretazione di Emilio Betti (Napoli, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, 2007) 35 ss.

⁽³⁰⁾ I principali contributi che animarono tale dibattito, nel decennio compreso tra il 1935 e il 1945, sono ora raccolti in volume: G. CALOGERO, W. CESARINI SFORZA, A.C. JEMOLO, S. PUGLIATTI, *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. IRTI (Milano, Giuffrè, 2004) (v. anche, *infra*, nel Capitolo IV, nt. 97). Insieme con la *Presentazione* di IRTI al volume citato (v-XXI), si v. F. CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza I. Un dibattito attraverso l’esperienza giuridica italiana nella prima metà del ventesimo secolo* (Padova, Cedam, 2005) 75 ss.; P. RIDOLA, *Guido Calogero e i “concetti giuridici”*, in « TDS. » (2004) 378-402; ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., 387 s.; E. PARESCHE, *Il metodo e la teoria: Salvatore Pugliatti tra la logica giuridica e lo storicismo*, in « Riv. dir. civ. » XXIV (1978) I, 541-568; DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., 4 ss.

⁽³¹⁾ Primi spunti di riflessione, in questa direzione, ho proposto in C. NITSCH, « *Il giudice e lo storico* ». *L’esperienza del giudizio nel ‘cattivo avviamento’ dei tempi*, in *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all’attualità*, a cura di C. CASCIONE, E. GERMINO, C. MASI DORIA (Napoli, Satura, 2006) 601-687.

azioni»⁽³²⁾. Atto volitivo o volizione equivale, nel discorso crociano, all'azione stessa, alla realtà in cui si mostra nella vita dell'uomo l'attività pratica, quale forma peculiare dello spirito⁽³³⁾; serie o classe di azioni, dal canto suo, indica un concetto pratico o empirico che descrive la generalità dell'azione considerata quale contenuto della prescrizione in cui la legge consiste⁽³⁴⁾. Così interpretato,

(32) CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 317; di analogo tenore: «Le leggi [...] sono atti volitivi concernenti classi di azioni» (*ibid.* 327); «le leggi sono volizioni di classe, ossia prescrivono serie di atti singoli, serie più o meno ricche, ma sempre invincibilmente limitate» (*ibid.* 330 s.); «La legge, come volizione di una classe di azioni [...]» (*ibid.* 337); «La volontà che vuole classi di azioni, l'attività che pone leggi, [...]» (*ibid.* 355). Nella più recente letteratura, con indicazioni bibliografiche sul tema, si v. G. PERAZZOLI, *Benedetto Croce e il diritto positivo. Sulla «realtà» del diritto* (Bologna, il Mulino, 2011) 123 ss.; G. SASSO, *Pratica, in Il filosofo Croce. Venticinque anni dell'Edizione nazionale delle Opere*, giornata di studio, Prato, 17-18 novembre 2006, a cura di M. TORRINI (Napoli, Bibliopolis, 2008) 85-180; C. BERTANI, *Il posto del diritto nella filosofia della pratica di Benedetto Croce. Un'interpretazione*, e G. GIORDANO, *Il concetto di legge nella Filosofia della pratica di Benedetto Croce*, in *Croce filosofo*, Atti del Convegno internazionale di studi in occasione del 50° anniversario della morte, Napoli-Messina, 26-30 novembre 2002, a cura di G. CACCIATORE, G. COTRONEO, R. VITI CAVALIERE, tomo I (Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003) risp. 51-78, 407-426; G. MARINO, *Diritto e 'fare'. La denegatio crociana e la filosofia del diritto a Napoli nel Novecento*, in «RIFD.» LXXX (2003) 231-273 [= in *La filosofia del diritto a Napoli nel Novecento. Prime ricerche* (Napoli, Massa, 2003) 3-46]; B. TRONCARELLI, *Diritto e filosofia della pratica in Benedetto Croce. 1900-1952* (Milano, Giuffrè, 1995).

(33) Sul rapporto tra volizione dell'individuale e volizione dell'utile, nel quadro della forma economica dell'attività pratica, cfr. G. SARTORI, *Stato e politica nel pensiero di Benedetto Croce* (Napoli, Morano, 1966) 125 ss.

(34) Dal concetto di legge sarebbe così escluso, in esplicita polemica nei confronti di una consolidata tradizione di pensiero, il carattere della socialità, se interpretato nel suo riferimento empirico alla società quale condizione accidentale e contingente dell'esistenza umana. «Anzi — aggiunge Croce —, per meglio determinare, le sole leggi, che realmente esistano, sono le individuali; onde leggi individuali e leggi sociali non possono porsi come due forme del concetto generale di legge, tranne che individuo e società non vengano presi entrambi in significato empirico e si esca dalla considerazione filosofica. Intendendo l'individuo nel significato filosofico, come lo Spirito concreto e individualizzato, è chiaro che anche le così dette leggi sociali si riducono alle individuali, perché per osservare una legge bisogna farla propria, cioè individualizzarla, e per ribellarsi bisogna espellerla dalla propria personalità, nella quale essa indebitamente tentava di restare o d'introdursi» (CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 322 s.). Si v., in proposito, GIORDANO, *Il concetto di legge nella Filosofia della pratica di Benedetto Croce*, cit., 412 s.; PERAZZOLI, *Benedetto Croce e il diritto positivo*, cit., 151 ss.

l'enunciato traduce efficacemente in sintesi quanto già conseguito nel paragrafo ottavo della seconda parte della *Riduzione*, ove le leggi giuridiche venivano descritte — e così differenziate da quelle economiche — in termini di « comandi o atti di volontà », riferendo loro — per spiegare l'impossibile identificazione della legge con l'azione giuridica — il carattere della « generalità », tale per cui detto comando o atto volitivo si sarebbe dunque servito « di concetti rappresentativi e di tipi » ⁽³⁵⁾.

Accolta la definizione nel suo complesso, non può aversi legge, « tranne che di nome e per metafora », qualora difetti uno degli elementi costitutivi. Non sarebbero tali, pertanto, in mancanza dell'atto volitivo, le così dette leggi della natura, ma « semplici enunciati di relazioni tra concetti empirici, ossia semplici *regole* », « meri schemi, strumenti di cognizione e non ancora di azione » ⁽³⁶⁾. Schemi e strumenti, invero, niente affatto estranei all'esperienza giuridica, atteso che proprio nell'elaborazione di tipi e regole d'azione consisterebbe l'opera del giurisperito; alle cui escogitazioni, d'altra parte, soltanto il legislatore, « che — avverte Croce — ha in una delle sue mani la spada », può conferire carattere di leggi ⁽³⁷⁾. Se, dunque, anche per costruire questi tipi e regole, come per

⁽³⁵⁾ CROCE, *Riduzione*, cit., 40 s. [= rist. 49 s.]. In merito, di recente, BERTANI, *Il posto del diritto nella filosofia della pratica di Benedetto Croce*, cit., 66 ss.

⁽³⁶⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 327 s.

⁽³⁷⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 328. « Le leggi [...] non sono semplici regole, ma si appoggiano nondimeno sopra *formole di regole*, e debbono di necessità venire particolareggiando le determinazioni del fare e del non fare e allargarsi a casistica. Casistica delle leggi è la Giurisprudenza, ossia tutto il lavoro della cosiddetta interpretazione, che è sempre in effetto escogitazione di nuove regole. Tutti sanno che la Giurisprudenza non solo non è per sé legislatrice, ma non può neppure determinare l'atto volitivo dell'uomo di stato, né la sentenza ossia il provvedimento circa il caso particolare, provvedimento che il giudice crea volta per volta. Ma nessuno penserebbe sul serio a sopprimere l'ufficio di quei *casisti*, che sono i giurisperiti: ufficio che, se è stato sempre esercitato, deve senza dubbio rispondere a un'utilità sociale. Si potrà augurare una forma di vita sociale meno complicata e meno pesante, in cui quell'ufficio abbia minore campo e importanza che non ora; ma, checché sia di siffatto augurio, la casistica dei giurisperiti continuerà fintanto che vi saranno leggi e regole: vale a dire, in perpetuo » (*ibid.* 94 s.).

formare concetti empirici, è necessario un atto di volontà ⁽³⁸⁾, la legge è però una volizione « che *suppone già compiuto* l'atto volitivo onde si foggiano gli pseudoconcetti o concetti di classe: appunto perché essa è *volizione*, che ha a suo *oggetto* una *classe* di oggetti » ⁽³⁹⁾. Nel novero delle leggi non rientrerebbero neanche, per mancanza dell'elemento di classe, le così dette leggi universali o principi, atti volitivi che hanno per oggetto lo spirito stesso, una forma o un universale, né gli atti volitivi individuati e singoli, laddove il contenuto delle leggi ha carattere generale, non di necessità ma di contingenza, e validità sempre su qualcosa di materiale e insieme di non meramente individuale, su una classe e non su un'idea ⁽⁴⁰⁾.

Quale volizione avente per oggetto una classe di azioni, la legge risulterebbe allora « volizione di un *astratto* ». A tal punto l'elemento astratto sarebbe inessenziale al diritto, notava il filosofo nella *Riduzione*, che questo verrebbe davvero in essere solo nel momento in cui la generalità della legge fosse superata e risolta nell'individuazione del volere in concreto. « Il diritto non è la legge, che dorme nel codice; ma la legge *a cui si pone mano*, e che cessa così di essere alcunché di generale, e diventa un'azione individuale » ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ Una volontà, come il filosofo si affretta a precisare, « che non è quella implicita in ogni atto di pensiero, ma una volontà particolare, che delle rappresentazioni e dei concetti foggia un misto, il quale non è né rappresentazione né concetto, e che, quantunque irrazionale nel puro aspetto teoretico, pur adempie a un suo ufficio nell'economia dello spirito » (CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 328).

⁽³⁹⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 328.

⁽⁴⁰⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 329 s. Riflessioni ancora utili, al riguardo, nell'*Introduzione* di ATTISANI alla ristampa della *Riduzione* crociana, IX-XXXII [= in *Interpretazioni crociane* (Messina, Università degli Studi, 1953) 183-201].

⁽⁴¹⁾ CROCE, *Riduzione*, cit., 41 [= rist. 50], con citazione di DANTE, *Commedia*, *Purgatorio*, c. XVI, v. 97: « Le leggi son; ma chi pon mano ad esse? ». Sulla trasformazione del concetto di legge, dalle pagine della *Riduzione* a quelle della *Pratica*, A. VOLPICELLI, *La teoria del diritto*, in U. SPIRITO, A. VOLPICELLI, L. VOLPICELLI, *Benedetto Croce* (Roma, Anonima romana editoriale, 1929) 91-126, spec. 106 ss., 118 ss. Si v., al riguardo, TRONCARELLI, *Diritto e filosofia della pratica*, cit., 78 ss., 91 ss.; DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., 118 ss., 189 ss.; G. CAPOZZI, *La mediazione come divenire e come relazione. Etica e diritto nella problematica dell'immanentismo* (Napoli, Jovene, 1961) 59 ss. nt. 56 e 59 [= in *Saggi di Etica, Giuridica e Politica* (Napoli, ESI, 1995) 73 ss.].

Ben più articolata, al riguardo, la riflessione successivamente consegnata alla pagina della *Pratica*: « volere un astratto tanto vale quanto astrattamente volere; e volere astrattamente non è veramente volere, perché si vuole soltanto in concreto, ossia in una situazione determinata e con una sintesi volitiva corrispettiva a quella situazione, e tale che si traduca immediatamente in azione, cioè che sia insieme azione effettiva. Per conseguenza quella volizione, che è la legge, sembra che si debba dire una *pretesa volizione*: contraddittoria, perché priva di situazione unica e determinata; ineffettuale, perché sorgente sul terreno malsicuro di un concetto astratto; volizione, insomma, non voluta; atto volitivo non reale, ma *irreale* ». Attesa la riduzione di tutto quanto voluto alla volizione stessa, la volizione di una classe di azioni, di un astratto, risulterebbe essere, propriamente, « *non volere* » (42).

Detta conclusione segna uno svolgimento altamente problematico del discorso crociano (43). Per un verso, la legge è detta essere volizione, e in quanto tale avere un suo proprio contenuto; per altro verso, la natura stessa di questo contenuto, qualcosa di già voluto e agito, mette in dubbio la consistenza del volere che lo vuole: l'astrattezza della volontà posta e voluta si trasferisce così alla volontà che pone, « volizione astratta dell'astratto » (44). Tanto premesso, l'irrealtà consisterebbe, in prima istanza, nell'essere non la legge ciò che realmente si vuole, bensì l'atto singolo che sotto di essa si intende compiere, ovvero la sua esecuzione. D'altra parte, stante l'incapacità di prevedere, attraverso lo strumento della legge, l'indeterminata pluralità delle situazioni in cui gli uomini agiscono, di amministrare la continua emergenza dell'inatteso, l'irrealtà investirebbe, ugualmente, l'ingenua pretesa di applicare la legge nelle particolari circostanze da essa contemplate, e dare concreta attuazione a quanto da essa disposto. « Il caso reale — avverte il filosofo — è sempre una

(42) GROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 51 s., 53, 337. Cfr., in merito, D. CORRADINI, *Croce e la ragion giuridica borghese* (Bari, De Donato, 1974) 73 ss.; DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., 191 ss. Di recente, in proposito, PERAZZOLI, *Benedetto Croce e il diritto positivo*, cit., 139 ss.

(43) Illuminante, al riguardo, la riflessione di G. SASSO, *Benedetto Croce. La ricerca della dialettica* (Napoli, Morano, 1975) 59 ss.; ID., *Pratica*, cit., 160 ss.

(44) Così SASSO, *Pratica*, cit., 162. Cfr. anche GIORDANO, *Il concetto di legge nella Filosofia della pratica di Benedetto Croce*, cit., 421 ss.

sorpresa, qualcosa che accade una volta sola, e viene conosciuto, così com'è, solamente in quanto accade » (45): posto che ciascun singolo evento presenta un irriducibile carattere di novità, per ogni fatto nuovo occorrerebbe una « nuova misura »; la misura della legge, diversamente, per essere astratta, « oscilla tra l'universale e l'individuale; e non ha la virtù né dell'uno né dell'altro » (46).

Di fronte all'impossibilità per il soggetto agente di applicare la legge, di « incorporarla nei fatti », quindi alla necessità di regolarsi caso per caso, in rapporto alle esigenze storiche, individualizzando nel singolo comportamento la propria rappresentazione dell'utile, in conformità con un calcolo economico, o piuttosto la propria concezione del bene, nel rispetto della personale coscienza morale, potrebbe sorgere l'idea — com'è sorta, del resto, in vari tempi e luoghi — di una sostanziale inutilità delle leggi (47). Idea non sostenibile, secondo l'immagine, da alcuni vagheggiata, di un governo assoluto e paterno nelle mani di un despota geniale, ovvero secondo il disegno — da ultimo, quello della *Freirechts-Bewegung* — di una società sprovvista di regole precostituite, affidata alle cure di un giudice che crei di volta in volta il diritto (48), « o, per lo meno, che sgombri le *finzioni giuridiche* e giudichi secondo la realtà singola dei casi » (49). Contro queste ipotesi, d'altra parte, si è voluta

(45) Regole e casistiche, avverte Croce, non attingerebbero mai « l'individualità *omnimode determinata* », la concreta situazione storica: « il caso individuale [...] come tale è sempre *irregolare* » (CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 94).

(46) CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 338. « Ciò che si chiama atto singolo, esecuzione ed osservanza della legge, non osserva in realtà la legge, ma il principio pratico ed etico; e l'osserva individualizzandolo. L'uomo che ha la memoria piena di leggi foggiate da lui o da lui accolte, pervenuto al punto dell'operare, fa una grande riverenza alle signore Leggi, e si conduce di suo capo » (*ibid.*).

(47) CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 340. « Se all'azione singola bisogna alla perfine venire, e all'azione del singolo è da rimettere la deliberazione ed esecuzione, a qual pro stringere intorno agli uomini, che debbono operare, bende e legami, che bisogna poi strappare e rompere per operare? A qual pro foggiare con grandi ansie e fatiche strumenti, che all'atto pratico bisogna gettar via per valersi delle nude mani? » (*ibid.*).

(48) In tal senso già CROCE, *Riduzione*, cit., 42 [= rist. 51 s.].

(49) CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 340 s. « Teorie, senza dubbio, insostenibili, non esclusa l'ultima che ha sembianze temperato; perché la cosiddetta "finzione giuridica" è intrinseca alla legge, e sussiste anche quando si crede che non vi sia, essendo

impropriamente difendere l'importanza della legge, affermando l'esigenza della sua più rigida osservanza, e così l'assoluta inammissibilità di soluzioni individuali, che sarebbero invece nella realtà dei fatti, in quanto intrinseche alla sua stessa natura. « Avversari e difensori — sentenza Croce — hanno dunque torto del pari, quelli asserendo l'inutilità, questi un'impossibile utilità » (50).

A sostegno dell'utilità della legge bisognerebbe invece, argomentando secondo buon senso, notare come la richiesta dell'ordine costantemente si levi in ogni stagione della storia dell'uomo; e soprattutto, ragionando filosoficamente, mostrare come detta utilità non consista affatto nella pretesa attuabilità della legge, dal momento che ciò sarebbe possibile solo dell'atto singolo posto in essere dal singolo individuo, bensì nel fatto che, proprio affinché si voglia ed esegua tale atto, conviene che ci si riferisca in primo luogo al generico, alla classe delle azioni di cui lo stesso costituirebbe un caso specifico (51). In questo senso, una volizione irrealistica, perché contraddittoria e imperfetta, come quella della legge, evidenzerebbe la propria funzione ausiliare, in vista della volizione reale, questa

sempre finzione fare rientrare un caso concreto in una categoria astratta » (*ibid.* 341). Sono note le pagine crociane dedicate a KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, cit., in « La Critica » VI (1908) 199-201 [= con alcune modifiche (nella citazione che segue indicate tra parentesi quadre), in B. CROCE, *Conversazioni critiche* I (Bari, Laterza, 1918) 245-248], ove il filosofo, ribadito il proprio convincimento che « l'astrattezza della legge [la legge, a cagione del suo carattere di astrattezza,] importa sempre, nella sentenza che l'applica [la fa sua], un momento volitivo o legislativo », stigmatizza la proposta di Kantorowicz, « che i giudici si sbarazzino di quel ch'egli chiama la dommatica legale, e cioè delle finzioni, interpretazioni, costruzioni, analogie, richiami alla volontà del legislatore e allo spirito della legge, e simili espedienti, che il K. reputa perditempi o, peggio ancora, ipocrisie e menzogne. Ora, come nell'applicazione della legge c'è sempre un momento di libertà volitiva da parte del giudice, così c'è sempre un momento di *finzione*, necessario per mantener la legge e, nel tempo stesso, applicarla [svolgerla]. Pretendere di liberarsi di quegli espedienti, tanto varrebbe, logicamente, quanto liberarsi delle leggi stesse; e giudicare caso per caso, in un ambiente mentale vuoto di legge. Dal che Dio ci scampi e liberi! » (*ibid.* 199 s. [= 246]).

(50) CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 341.

(51) In tal senso già CROCE, *Riduzione*, cit., 41 [= rist. 50]: « Giova infatti, anche per l'attività pratica economica, riassumere in formole generali i suoi modi di azione, per tenerli meglio a mente e per orientarsi nel campo sterminato e infinito degli umani voleri ». Cfr., in proposito, GIORDANO, *Il concetto di legge nella Filosofia della pratica di Benedetto Croce*, cit., 424 s.

invece sintetica e perfetta, dell'atto singolo ⁽⁵²⁾. Un risultato, quest'ultimo, che solleva non poche perplessità, sulle quali converrà tornare a riflettere nelle pagine conclusive ⁽⁵³⁾.

3. *Logiche e ideologie del processo civile.*

Si è già fatto cenno alle polemiche suscitate dalla riflessione di Croce nel panorama della filosofia del diritto italiana ⁽⁵⁴⁾. Quanto alla sostanziale indifferenza, da parte della scienza giuridica più influente, tale atteggiamento deve intendersi alla luce di quel generale sentimento di « diffidenza » nei riguardi della filosofia, diffuso tra i giuristi, espressamente denunciato nelle linee programmatiche con cui si dava inizio, nel 1921, alla pubblicazione della *Rivista internazionale di filosofia del diritto* ⁽⁵⁵⁾, le cui ragioni erano ricostruite e discusse, di lì a breve, dalle pagine della stessa, nella diagnosi del giovane Angelo Ermanno Cammarata circa le « tendenze antifilosofiche » della più recente dottrina italiana ⁽⁵⁶⁾, quindi nelle provocatorie riflessioni di Francesco Carnelutti su *I giuristi e la filosofia* ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵²⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 342 s. « L'uomo pratico — annota il filosofo — sa o sente bene che le leggi sono semplice aiuto ed esercitazione provvisoria, che non danno l'azione; e sa e sente che egli deve, caso per caso, affrontare la situazione di fatto, percepirla nella sua originalità e originalmente produrre l'azione sua propria » (*ibid.* 347).

⁽⁵³⁾ È sufficiente rinviare, per il momento, alle pagine di SASSO, *Benedetto Croce*, cit., 83 ss.; Id., *Pratica*, cit., 165 ss.

⁽⁵⁴⁾ V., *supra*, nt. 5.

⁽⁵⁵⁾ *Programma*, in « RIFD. » I/1 (1921) 1-4.

⁽⁵⁶⁾ A.E. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche della Giurisprudenza moderna in Italia*, in « RIFD. » II (1922) 234-258: « i nostri giuristi — avverte Cammarata — sembra che abbiano rivolto ormai tutta la loro attenzione alla teoria generale del diritto, come l'unica capace di sostituire, e nella dottrina e nell'insegnamento, la Filosofia del diritto » (*ibid.* 238). Cfr., al riguardo, CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, cit., 3 ss.; E. OPOCHER, s.v. « *Filosofia del diritto* », in ED. XVII (Milano, Giuffrè, 1968) 517-531, spec. 518 ss.; DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., 271 ss.

⁽⁵⁷⁾ F. CARNELUTTI, *I giuristi e la filosofia*, in « RIFD. » III (1923) 184-189. Ragionando del « disagio » dei giuristi, del « senso di smarrimento » che darebbe loro la filosofia (alla quale, dunque, « preferiscono la teoria generale del diritto »), Carnelutti afferma che, per dissipare il « malinteso » che tra gli uni e l'altra esisterebbe, occorrerebbe uno sforzo di leale chiarificazione: « I giuristi debbono confessare che non sono filosofi e i filosofi che non sono giuristi. La colpa è di questo meticcio, che chiamiamo la filosofia del diritto. Forse basta togliere il predicato per ritrovare la sincerità e ... la buona

Sono anni, tra la fine del secolo XIX e gli inizi del XX, durante i quali la scienza del diritto ha conosciuto in Italia un'intensa stagione di revisione metodologica, fortemente orientata verso la specializzazione tecnica del sapere giuridico e l'organizzazione razionale delle sue parti ⁽⁵⁸⁾. Determinante, in tal senso, è stata l'influenza della cultura giuridica tedesca, la cui recezione nel laboratorio della scienza italiana si è perfezionata, tuttavia, in modo assolutamente parziale: se decisivo è risultato il condizionamento esercitato dalle costruzioni dogmatiche della moderna pandettistica e dai modelli teorici dell'*allgemeine Rechtslehre*, assai debole è stata la penetrazione delle istanze critiche promosse in Germania dal movimento del diritto libero ⁽⁵⁹⁾. È accaduto così che, mentre l'attenzione dei giuristi italiani si volgeva alla dottrina generale del diritto, intenta a forgiare gli strumenti concettuali necessari per una sistemazione organica degli studi giuridici, cresceva al tempo stesso il senso di sfiducia da parte loro nei confronti della riflessione filosofica, giudicata inadatta a rispondere alle specifiche esigenze dello sviluppo scientifico in corso ⁽⁶⁰⁾: i giuristi si sarebbero dovuti

armonia» (*ibid.* 187). Di particolare interesse, nel contesto della discussione indicata, anche le riflessioni di V. MICELI, *Sul fondamento critico della filosofia del diritto*, P. BONFANTE, *Filosofia del diritto e scienza del diritto*, A. LEVI, *Teoria del diritto e filosofia del diritto. (Lettera aperta al prof. Francesco Carnelutti)*, in «RIFD.» III (1923) risp. 160-171, 454-462, 463-476.

⁽⁵⁸⁾ Per un primo orientamento, si v. G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano* (Roma-Bari, Laterza, 2000) 150 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950* (Milano, Giuffrè, 2000) 8 ss., 71 ss.; FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., 15 ss.; C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia*, cit., 233-273, spec. 235 ss.; A. MAZZACANE, *Introduzione a Id.* (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale tra Ottocento e Novecento* (Napoli, Liguori, 1986) 15-23.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Milano, Giuffrè, 1967) 201 ss. Sulla reale influenza della Scuola del diritto libero nella stessa Germania, cfr. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967²) 558 ss., spec. 579 ss. [trad. it. di S.-A. FUSCO, *Storia del diritto privato moderno II* (Milano, Giuffrè, 1980) 307 ss., spec. 336 ss.].

⁽⁶⁰⁾ Cfr. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche della Giurisprudenza moderna in Italia*, cit., 247 s. Al riguardo, in polemica con le soluzioni prospettate da A. RAVA, *Per una dottrina generale del diritto* (Roma, Loescher, 1911) 11 ss., e A. LEVI, *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico* (Bologna, Zanichelli, 1920) 176, Cammarata replica: « que-

impegnare, secondo il monito di Vittorio Scialoja, a « fare della teoria utile » ⁽⁶¹⁾.

In questo contesto, pur con qualche ritardo rispetto ad altri settori di maggiore tradizione, anche la riflessione sul processo civile ha attraversato una complicata fase di transizione, per approdare, compiuto il proprio « bagno di germanesimo » ⁽⁶²⁾, a un generale e profondo rinnovamento, con importanti conseguenze sul piano scientifico, didattico e accademico ⁽⁶³⁾. Si pensi, in primo luogo, alla

gli stessi autori che più hanno sentito la preoccupazione di questa atmosfera di sfiducia e di avversione che circondava la Filosofia del diritto, pur avendo messo, come suol dirsi, il dito sulla piaga, non solo hanno dato causa vinta ai giuristi, ma li hanno incitati a persistere nell'errore, affermando la necessità per la Filosofia del diritto di elaborare, qual parte integrante di essa, una teoria generale del diritto, atta ad appagare e le esigenze dei giuristi e quelle del pensiero filosofico. Il che ci sembra inammissibile » (*ibid.* 252). Utili indicazioni, in proposito, nelle pagine di G. MARINO, *La filosofia giuridica di Alessandro Levi tra positivismo e idealismo* (Napoli, Jovene, 1976) 38 ss., 91 ss.

⁽⁶¹⁾ V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in « Riv. dir. comm. » IX (1911) I, 941-948, p. 947. « La giurisprudenza italiana — scriverà Max Ascoli —, singolarmente paga della positività, è per tradizione riluttante a una disciplina la cui funzione dovrebbe essere quella di fornire il lievito a quei dibattiti critici in cui la coscienza giuridica si rinnova: sia che questo lievito agisca stimolando formazioni di un diverso diritto, cioè in forma giusnaturalistica, sia che, secondo esigenze più recenti, intacchi lo stesso concetto formale di norma. In un caso come nell'altro, le tendenze dottrinali dominanti oggi in Italia sono intolleranti verso la filosofia del diritto, e possono giungere al più a sopportarla quando essa assuma l'aspetto di una generica teoria generale del diritto » (ASCOLI, *La interpretazione delle leggi*, cit., 31 [= rist. 29]).

⁽⁶²⁾ G. CHIOVENDA, *Del sistema negli studi del processo civile*, in « RISG. » XLIV (1908) 313-324, p. 315 [= in *Nuovi saggi di diritto processuale civile* (Napoli, Jovene, 1912) 3-15, p. 5; quindi in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, Nuova edizione considerevolmente aumentata dei "Saggi" e dei "Nuovi saggi", vol. I (Roma, Società Editrice del « Foro Italiano », 1930; rist. anastatica nel vol. I dei *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)* [Milano, Giuffrè, 1993]) 227-238, p. 229].

⁽⁶³⁾ Un primo bilancio, in tal senso, dopo A. ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in « Riv. dir. comm. » IX (1911) I, 285-304, spec. 302 s., si legge in G. CRISTOFOLINI, s.v. « *Diritto processuale civile* », in *El. XII* (Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1931; rist. 1950) 994-996. Particolarmente interessanti, nella prospettiva di questa ricerca, le ricostruzioni di P. CALAMANDREI, *Gli studi di diritto processuale in Italia nell'ultimo trentennio*, ora in *Studi sul processo civile V* (Padova, Cedam, 1947) 113-128 (per indicazioni sulle precedenti versioni del testo si v. la *Bibliografia* degli scritti di Calamandrei [cit., *infra*, in nt. 83], p. 638, n. 249, e p. 642, n. 275), e F. CARNELUTTI, *Metodi e risultati degli studi sul processo in Italia*, in « Foro it. » LXIV (1939) IV, 73-83, quindi ID., *Scuola italiana del processo*, in « Riv. dir. proc. » II (1947) I, 233-247.

rifondazione del campo degli studi, caratterizzata dalla prevalenza dell'indirizzo sistematico e dalla virtuosa tensione, nell'attività di ricerca, tra l'indagine storica, avente per oggetto gli istituti e i principi regolanti la funzione giurisdizionale, e la costruzione teorica, proiettata verso la coerente elaborazione dell'impianto logico-dogmatico del diritto processuale moderno (64). Si consideri, quindi,

(64) Cfr. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 61 ss.; A. SCERBO, *Tecnica e politica del diritto nella teoria del processo. Profili di processualisti italiani contemporanei* (Soveria Mannelli, Rubbettino, 2000) 106 ss.; E. FAZZALARI, *La dottrina processualistica italiana: dall'« azione » al « processo » (1864-1994)*, in « Riv. dir. proc. » XLIX (1994) 911-925; F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)* (Milano, Giuffrè, 1991) 89 ss. (rec. di E. FAZZALARI, in « Riv. dir. proc. » XLVI [1991] 1110; L. MONTESANO, « Storie » recenti su *Mortara e Chiovenda e sul « romanesimo » di Vittorio Scialoja « concretato » dai fascisti*, in « Foro it. » a. CXVI [1991] V, 598-602; ID., « Culto della personalità », « prodotti organici » e « pappagalli lusingatori » di Chiovenda in un libro recente, in « Riv. dir. proc. » XLVII [1992] 284-295; E. GRASSO, *Le « Storie » di Franco Cipriani, la conoscenza scientifica del processo e i metodi*, in « Quaderni fiorentini » 23 [1994] 499-522; L. MONTESANO, *Fede in « verità metafisiche » e « assioma valutativo » nella dottrina processualciviltistica italiana?*, e E. GRASSO, *Note a Montesano*, in « Quaderni fiorentini » 25 [1996] risp. 653-663, 665-666); N. IRTI, s.v. « Diritto civile », in *Dig.*⁴, Sez. Civile, VI (Torino, UTET, 1990) 128-152, spec. 133 s. [= in *La cultura del diritto civile* (Torino, UTET, 1990) 3-55, spec. 12 ss.]; M.S. GIANNINI, *La formazione culturale di Calamandrei*, in *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, a cura di P. BARILE (Milano, Giuffrè, 1990) 31-47, spec. 32 ss.; E. FAZZALARI, *Chiovenda e il sistema di diritto processuale civile*, in « Riv. dir. proc. » XLIII (1988) 287-298; M. TARUFFO, *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. » XL (1986) 1133-1168; V. DENTI, *Sistematica e post-sistematica nella evoluzione delle dottrine del processo*, in « Riv. crit. dir. priv. » IV (1986) 469-492 [= in *Sistemi e riforme. Studi sulla giustizia civile* (Bologna, il Mulino, 1999) 13-39]; E. ALLORIO, *Diritto processuale civile*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981 (Milano, Giuffrè, 1982) 327-343; G. TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, in « Materiali » III (1973) 681-787 [= in *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, a cura di R. GUASTINI e G. REBUFFA (Bologna, il Mulino, 1989) 109-214] (rec. di E.T. LIEBMAN, *Storiografia giuridica « manipolata »*, in « Riv. dir. proc. » XXIX [1974] 100-123); G. TESORIERE, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. » XXVI/2 (1972) 1318-1348, p. 1338 ss., XXVI/3 (1972) 1576-1618, p. 1578 ss.; S. SATTÀ, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. » XVIII (1964) 28-43 [= s.v. « Diritto processuale civile », in *ED. XII* (Milano, Giuffrè, 1964) 1100-1108; quindi in *Soliloqui e colloqui di un giurista* (Padova, Cedam, 1968; rist. 1986) 100-115; il saggio è ora ripubblicato nella nuova edizione dei *Soliloqui* (Nuoro, Ilisso, 2004)

il significativo rafforzamento della comunità degli specialisti, di cui costituisce un segno evidente la nascita e il radicamento di un autorevole periodico, come la *Rivista di diritto processuale civile*, quale strumento essenziale di costruzione, attraverso l'organizzazione del lavoro scientifico e la diffusione dei suoi risultati, di una condivisa identità disciplinare⁽⁶⁵⁾. Si tenga conto, inoltre, della progressiva affermazione, nelle Facoltà giuridiche delle Università italiane, della rinnovata denominazione dell'insegnamento del « diritto processuale », che avrebbe così rappresentato, in linea con l'evoluzione descritta, « il carattere schiettamente scientifico della disciplina »⁽⁶⁶⁾. Tutto ciò, com'è noto, nel corso di una fase storica particolarmente delicata, per quanto concerne il quadro normativo della procedura civile in Italia, che culminerà con la frettolosa approvazione, nel 1940, del nuovo codice di rito: se diffuso è stato il coinvolgimento dell'accademia nel dibattito, come l'impegno diretto dei suoi esponenti più in vista nell'elaborazione dei vari progetti di riforma, netta è risultata la contrapposizione tra antitetiche visioni del processo e delle regole che avrebbero dovuto disciplinarne lo svolgimento, che si sono fronteggiate per anni nell'ambito di un'accesa disputa tra scuole⁽⁶⁷⁾.

115-126]; E. ALLORIO, *Riflessioni sopra lo svolgimento della scienza processuale*, in « Jus » I (1950) 91-101 [= *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale*, in *La vita e la scienza del diritto in Italia e in Europa e altri studi* (Milano, Giuffrè, 1957) 183-204]; A. GIANNINI, *Gli studi di diritto processuale civile in Italia (1860-1948)*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. » III (1949) 103-119.

⁽⁶⁵⁾ Sulla fondazione della *Rivista di diritto processuale civile*, si v. l'intervento di V. DENTI, in *La "cultura", delle riviste giuridiche italiane*, Atti del primo incontro di studio, Firenze, 15-16 aprile 1983, a cura di P. GROSSI (Milano, Giuffrè, 1984) 103-107; V. DENTI, M. TARUFFO, *La Rivista di diritto processuale civile*, in *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*, numero monografico di « Quaderni fiorentini » 16 (1987) 631-664, spec. 631 ss.; CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., 252 ss.; ID., *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti Leggende Interpretazioni Documenti* (Napoli, Esti, 2009²) 27 s.

⁽⁶⁶⁾ Così P. CALAMANDREI, *L'insegnamento del diritto processuale nei nuovi statuti universitari*, in « Riv. dir. proc. civ. » I (1924) I, 363-365 [= in *Opere giuridiche* II, a cura di M. CAPPELLETTI (Napoli, Morano, 1966) 313-315].

⁽⁶⁷⁾ Cfr. A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquanta anni di ritardo, Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, numero monografico di « Quaderni fiorentini » 28 (1999) tomo I, 713-747 (con interessanti

Entro il perimetro di questa complessa esperienza, la presente ricerca intende mettere a fuoco una specifica traiettoria di pensiero: il radicamento di una particolare ideologia del processo ⁽⁶⁸⁾, conseguenza di una torsione, consumata nel solco della tradizione giuridica liberale, nella concettualizzazione della funzione giurisdizionale e nella determinazione del rapporto tra il giudice e la legge; quindi la sua articolazione logica, più o meno coerente, attraverso ricostruzioni, anche tra loro alternative, della genesi e della struttura della decisione giudiziale ⁽⁶⁹⁾.

Avversa alle sollecitazioni che provenivano dai teorici del diritto libero, e scarsamente interessata ai più recenti orientamenti della riflessione filosofica, la scienza giuridica italiana si è impegnata, nei primi anni del Novecento, nella ricerca di una definizione del concetto di giurisdizione, funzionale alla risoluzione di specifiche questioni tecniche di diritto positivo e al soddisfacimento di una più generale esigenza di carattere sistematico. Ferma restando l'ostilità nei confronti delle tesi che volevano attribuito al giudice un potere di « creazione » del diritto, questo delicato lavoro di elaborazione concettuale è stato interessato da una decisiva trasformazione se-

notazioni critiche sugli studi di Cipriani di seguito indicati: p. 736 ss.); CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., *passim*; ID., *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cinquantenario dell'entrata in vigore* (Napoli, ESI, 1992) *passim*; M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi* (Bologna, il Mulino, 1980) 193 ss., 253 ss.; G. TARELLO, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. (Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile)*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Atti del terzo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto, vol. III (Firenze, Olschki, 1977) 1409-1472 [= *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*, in *Dottrine del processo civile*, cit., 9-107]; E. FAZZALARI, *Cento anni di legislazione sul processo civile (1865-1965)*, in « Riv. dir. proc. » XX (1965) 491-515.

⁽⁶⁸⁾ Intesa qui, con M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie* (Bologna, il Mulino, 1969) IX, « nel senso di ragioni e condizionamenti sociali e culturali che in un determinato contesto storico stanno e operano nella norma e nell'istituto, nella legge e nell'ordinamento, come pure nell'interpretazione e in genere nell'attività dei giudici e dei giuristi ».

⁽⁶⁹⁾ Puntuali osservazioni, al riguardo, nelle pagine di TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 163 ss. Sul rapporto tra ideologie del processo e logiche della decisione giudiziale più di una suggestione ho tratto da C. PUNZI, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto I. Premesse generali* (Milano, Giuffrè, 1963) 85 ss.

manica, che ha visto il senso del *ius dicere* traslato, in termini, forse, nell'immediato non del tutto consapevoli, dalla « dichiarazione » del diritto alla sua « attuazione » (70). Ne è scaturita un'immagine composita della sentenza civile, che evidenziava, tra le sue connotazioni essenziali, un'inedita combinazione (a tratti, contaminazione) di elementi logici e imperativi: la decisione del giudice come l'esito di un ragionamento rigoroso, condotto secondo uno schema sillogistico, opportunamente integrato da un atto della sua volontà. Nella stagione in cui lo studio del processo veniva precisando, anche in Italia, la propria consistenza epistemologica, la suggestione prodotta da questa rappresentazione è risultata determinante nella definizione del campo disciplinare del diritto processuale moderno.

A partire dalla metà degli anni Venti, come anticipato, una nuova generazione di studiosi, educata nel solco della più eminente scuola giuridica, e al tempo stesso, però, particolarmente sensibile agli insegnamenti filosofici dell'idealismo italiano, ha conquistato progressiva visibilità nel dibattito scientifico. È proprio in questo contesto che, a seguito di una complessiva innovazione nello studio della genesi dell'atto giurisdizionale, e della ridefinizione degli stru-

(70) « È chiara l'ideologia », scrive TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda*, cit., 737 nt. 137 [= in *Dottrine del processo civile*, cit., 164 s. nt. 137]: « il processo serve all'attuazione del diritto (non alla dichiarazione nel caso concreto come nell'ideologia liberale frutto della manipolazione di idee montesquiviane), ed è cosa dello Stato; attuazione implica cognizione e esecuzione indissolubilmente unite, dunque nel processo l'organo dello Stato agisce, vuole, impera, attua, non si limita a "dire il diritto" perché "dire il diritto" è un fare, un attuare, non un dire; dal canto suo, l'esecuzione non è mai attività "esecutiva" (nel vecchio senso) ma sempre giudiziaria [...]. Cadeva una ideologia, e si proponeva una ideologia nuova: non più l'idea che il giudice *applica* la legge *secundum alligata et probata partium*, ma l'idea che il giudice *attua* il diritto oggettivo *secundum probandum et acquirendum* ». Una severa valutazione critica di questo studio di Tarello, « sotto molti aspetti a dir poco sconcertante », è espressa da A. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in « Foro it. » a. XXVIII (1973) V, 205-249, col. 234 nt. 77 [= in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati* 4. *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo* (Milano, Giuffrè, 1977) 653-736, p. 708 nt. 78]; si v., in proposito, anche LIEBMAN, *Storiografia giuridica « manipolata »*, cit., 115 ss. Di particolare interesse, al riguardo, le pagine di V. DENTI, *Giovanni Tarello e la storia della cultura processualistica*, in *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, a cura di S. CASTIGNONE (Bologna, il Mulino, 1989) 141-162, spec. 144 ss. [= *Giovanni Tarello e la storia della cultura processuale*, in *Sistemi e riforme*, cit., 133-153, spec. 136 ss.].

menti d'indagine a tal fine impiegati, sono giunte a maturazione, anche in Italia, le prime significative prove di decostruzione dell'immagine tradizionale della sentenza civile (71).

Rispetto alla critica della dottrina del sillogismo giudiziale condotta, agli inizi del secolo, prevalentemente in Germania, dal movimento del diritto libero, quindi, in anni di poco successivi, dai principali esponenti del realismo giuridico nordamericano, le riflessioni che verranno in esame evidenziano un orientamento affatto peculiare, conseguendo risultati profondamente diversi. Laddove la messa in discussione della concezione deduttiva del ragionamento del giudice aveva finito per porre in dubbio, insieme con l'adeguatezza di una determinata rappresentazione del giudizio, la possibilità stessa di configurare in termini logici la formazione della decisione giudiziale (72), tali riflessioni hanno provato ad accreditare, proprio attraverso il superamento dello schema sillogistico, una più matura consapevolezza dell'autentica razionalità del processo decisionale.

A questo riguardo, se l'attenzione volta alla connotazione storica della conoscenza esperita in sede giurisdizionale, come l'analisi particolareggiata dei giudizi coinvolti nell'opera di qualificazione giuridica del fatto mostrano chiari segni del condizionamento esercitato dalle categorie concettuali elaborate da Croce nel dominio della logica e della teoria storiografica, esplicito è risultato il dissenso nei confronti delle conclusioni crociane in merito alla relazione, posta alla base della sua concezione del diritto, tra il giudice e la legge.

4. *Consolidamento e crisi di un paradigma.*

Si è fatto riferimento alla capacità di una certa rappresentazione della decisione giudiziale di informare gli studi di diritto processuale civile, affermandosi quale modello di riferimento per i cultori della disciplina e concorrendo a precisare il canone della sua scientificità.

(71) In merito, di recente, F. RICCOBONO, *Sussunzione e discrezionalità nella individuazione del diritto. Momenti di un percorso antilogicistico nella teoria giuridica novecentesca*, in « Sociologia » XLIII/2 (2009) 31-42.

(72) È sufficiente rinviare, in proposito, agli studi di TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 13 ss., 94 s.; LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 255 ss., 278 ss.; G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano* (Milano, Giuffrè, 1962) 151 ss.

Per descrivere quest'attitudine, e circoscrivere il campo delle indagini saldamente fondate sulla condivisione di tale modello, è possibile servirsi dei concetti di « paradigma » e « scienza normale », come adoperati da Thomas S. Kuhn nell'analisi della struttura delle rivoluzioni scientifiche (73).

Inteso il paradigma come una particolare conquista del sapere, in grado di definire un complesso di problemi e soluzioni accettabili entro uno specifico settore della ricerca scientifica, orientando così il lavoro di una determinata comunità di studiosi e strutturandone la « matrice disciplinare » (74), la scienza normale identifica la prassi della ricerca che opera, in modo essenzialmente cumulativo, *con* il paradigma, progressivamente ampliando il bagaglio di conoscenze della cerchia dei ricercatori impegnati in un certo ambito di studi, nonché *sul* paradigma, raffinando la sua descrizione e correggendo eventuali inesattezze, al fine di implementarne le potenzialità euristiche (75).

In questa prospettiva, il concetto di « rivoluzione scientifica » individua un episodio di sviluppo non cumulativo, nel corso del quale un paradigma consolidato viene sostituito da un nuovo paradigma, con esso incompatibile (76). Simili episodi, capaci di produrre una radicale trasformazione dell'apparato categoriale attraverso il quale gli scienziati lavorano, sarebbero abitualmente preparati da un senso di insoddisfazione, più o meno diffuso nella comunità degli specialisti, nei confronti di una data impostazione di pensiero,

(73) TH.S. KUHN, *The structure of scientific revolutions* (Chicago, The University of Chicago Press, 1962; 1970²) [trad. it. di A. CARUGO, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (Torino, Einaudi, 1969; 1978², rist. 1999 da cui sono tratte le citazioni che seguono)]. Diffuso (talvolta confuso) anche nella letteratura giuridica, l'uso di tali strumenti concettuali appare particolarmente significativo in P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento* (Milano, Giuffrè, 1986) 4 ss.; ID., *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, cit., 89 ss.

(74) Cfr. TH.S. KUHN, *Poscritto* 1969, in *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*², cit., 211 ss.; quindi ID., *Second Thoughts on Paradigms*, in *The Essential Tension* (Chicago, The University of Chicago Press, 1977) [trad. it. di M. VADACCHINO, *Nuove riflessioni sui paradigmi*, in *La tensione essenziale* (Torino, Einaudi, 1985) 321-350; rist. in *La tensione essenziale e altri saggi* (2006) 128-158].

(75) KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., 29 s., 43 ss.

(76) KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., 119 ss.

giudicata (ormai) inidonea a spiegare un certo tipo di fenomeni, con un disagio eventualmente acuito dalla peculiare rilevanza pratica delle implicazioni che dalla spiegazione stessa conseguano.

In proposito, particolare cura lo studioso statunitense ha dedicato all'anatomia di questo stato di crisi e alle sue possibili evoluzioni, quindi agli specifici orientamenti della ricerca, nella rinnovata prassi dell'attività da lui denominata « scienza straordinaria ». La progressiva elaborazione di correzioni, utili a reintegrare potenziali anomalie nell'ambito del paradigma tradizionale, quindi la riproduzione di articolazioni divergenti di esso, tale da sfocarne il perimetro teorico e allentare le regole che, al suo interno, governano la ricerca, alimenterebbero l'impressione, via via crescente, che la soluzione del problema non consista più nell'individuazione di opportuni adattamenti, funzionali a un'estensione o a un perfezionamento del paradigma vigente, bensì nel suo definitivo abbandono in favore di un paradigma alternativo ⁽⁷⁷⁾.

Fin tanto che persista la fiducia nei confronti di una determinata costruzione di pensiero, in grado di indirizzare il complesso delle indagini esperibili in un certo campo di studi, la scienza normale non avvertirebbe una specifica esigenza di interrogarsi sui presupposti filosofici a fondamento della propria attività. In tal senso si potrebbe anzi dire che, fin quando un paradigma sia considerato valido, tale comunità si terrebbe deliberatamente alla larga dai rischi, non solo epistemologici, connessi con un'interrogazione di questo tipo: laddove la ricerca sembra funzionare bene, porre in dubbio la teoria generale e l'impianto dogmatico che ne reggono la prassi significherebbe, per gli studiosi coinvolti, mettere in discussione le basi di ogni suo ulteriore svolgimento, minando così la legittimità scientifica e l'autonomia disciplinare del loro stesso lavoro.

Le cose andrebbero invece diversamente nei periodi di crisi, durante i quali vacilla la fiducia nel paradigma, e gli scienziati tornano a porre in questione i problemi tradizionali e le soluzioni acquisite, insieme con i principi fondamentali che hanno diretto, più o meno efficacemente, la loro indagine. La scienza straordinaria sentirebbe, dunque, il bisogno di interrogarsi sulle premesse poste

(77) KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., 103 ss., 106, 110 s.

alla base della propria esperienza, di non dare più per scontati i punti di partenza dell'attività di ricerca, con le implicazioni gnoseologiche alla stessa sottese, e proverebbe a soddisfare quest'urgenza rivolgendo la propria attenzione alla filosofia ⁽⁷⁸⁾.

Uno sviluppo di questo genere sembra aver caratterizzato le vicende della cultura giuridica italiana oggetto di attenzione. Servendosi di tali strumenti concettuali, è possibile ricostruire criticamente la traiettoria di pensiero messa a fuoco nel campo degli studi sul processo civile, e comprenderne l'evoluzione in termini di consolidamento e crisi di un paradigma.

Negli anni che seguirono l'affermazione dell'immagine della sentenza, come specifica combinazione di un giudizio logico e di un atto della volontà del giudice, quale modello della pronuncia giurisdizionale, la più autorevole dottrina ha considerato questa rappresentazione come un riferimento essenziale del proprio lavoro scientifico: da un lato quale indiscussa base di partenza di ogni indagine sul processo civile, dall'altro quale oggetto privilegiato d'investigazione, nel tentativo di perfezionare la descrizione del modello. Ciò che principalmente rileva, nella prospettiva indicata, è il modo in cui i giuristi si sarebbero relazionati con il paradigma, riconoscendone il valore esemplare, e al tempo stesso cercando di approfondire le sue distinte componenti, attraverso uno studio più rigoroso dell'opera del giudice e una più raffinata analisi della scansione logica del suo ragionamento.

La scienza normale può dirsi tale, infatti, fin tanto che, nel progressivo arricchimento delle conoscenze pertinenti alla matrice disciplinare, appaia disposta a elaborare le revisioni e gli adattamenti necessari entro i confini del paradigma, sia pure forzandone, più o meno consapevolmente, la cornice teorica. D'altra parte, l'insorgere di controversie intorno a specifiche questioni oggetto di studio, e la messa a punto di eventuali correzioni generano versioni ogni volta nuove del paradigma, minandone la stabilità e, con essa, la condivisa autorevolezza. Nel contesto in esame, il lavoro della scienza normale ha riprodotto nel tempo articolazioni sempre più sofisticate (o meno ingenue) del modello giurisdizionale, elaborando soluzioni tra loro

⁽⁷⁸⁾ KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., 115.

differenti, pur confermando, nella sostanza, l'accettazione della sua generale validità. Ciò ha finito, inevitabilmente, per confondere l'immagine della decisione giudiziale affermatasi nel campo del diritto processuale civile, facendo maturare le condizioni per cui il paradigma dominante entrasse in crisi.

È accaduto così, anche in Italia, che alcuni studiosi cominciasero a mettere in discussione l'effettiva idoneità della rappresentazione consolidata a descrivere il processo di formazione e la struttura della sentenza civile. Senza perdere di vista la rilevanza pratica dei problemi in questione, e anzi direttamente sollecitati dalle specifiche conseguenze che da essi sarebbero scaturite sul piano del diritto positivo, si è tornati, dunque, a riflettere sulla peculiare consistenza logica della decisione giudiziale, a ragionare sul significato della connessione, al suo interno individuata, tra la norma astratta e la realtà concreta. Questo approccio scettico ha di fatto riaperto uno spazio all'interrogazione filosofica sulla natura dell'atto giurisdizionale e, conseguentemente, sul rapporto, alla base di ogni concezione del processo e dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, tra il giudice e la legge ⁽⁷⁹⁾.

Al riguardo, circoscritta l'attenzione alla specifica influenza del pensiero crociano sulla cultura giuridica italiana, la presente ricerca intende approfondire la relazione tra il particolare condizionamento esercitato dalle sue categorie concettuali e la crisi del paradigma che ha investito, alle soglie dell'approvazione del nuovo codice di rito, gli studi sul processo civile ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾ Cariche di suggestioni, in proposito, le pagine di S. SATTÀ, *Il giudice e la legge*, in *Quaderni del diritto e del processo civile* IV (Padova, Cedam, 1970) 8-24 [= in « Iustitia » (1971) 1-15].

⁽⁸⁰⁾ In questa prospettiva, dunque, la riflessione di Giuseppe Capograssi — si pensi, in particolar modo, ai contributi più direttamente incentrati sui temi del « processo » e del « giudizio »: G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (Roma, Società Editrice del « Foro Italiano », 1937) [= in *Opere* II (Milano, Giuffrè, 1959) 379-627; « nuova edizione riveduta », a cura di P. PIOVANI (Milano, Giuffrè, 1962)]; ID., *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in « RIFD. » XVIII (1938) 252-287 [= in *Opere* IV (Milano, Giuffrè, 1959) 133-169]; ID., *Giudizio processo scienza verità*, in « Riv. dir. proc. » V (1950) I, 1-22 [= in *Opere* V (Milano, Giuffrè, 1959) 51-76] —, se non risulta affatto estranea all'ambito problematico oggetto di attenzione in queste pagine (cfr. NITSCH, « *Il giudice e lo storico* », cit., 674 ss.), appare certo diversamente

5. *Articolazione del lavoro.*

La prima parte di questo studio verterà, dunque, sul processo di consolidamento del paradigma in questione. Detto processo sarà inquadrato a partire dalla ricostruzione di alcune tra le sue principali linee di sviluppo, lungo un asse rappresentativo della più influente dottrina giuridica italiana degli inizi del Novecento: dalla definizione del concetto di giurisdizione elaborata da Vittorio Scialoja, intento a ragionare della specifica funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato ⁽⁸¹⁾, al complesso disegno sistematico dei *Principii* di Giuseppe Chiovenda ⁽⁸²⁾, fino alla piena maturazione teorica del modello, nel dominio del diritto processuale, con la riflessione di Piero Calamandrei ⁽⁸³⁾ e Francesco Carnelutti ⁽⁸⁴⁾.

orientata nelle sue traiettorie essenziali (come rilevato, tra gli altri, con valutazioni tra loro molto differenti, da SATTA, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, cit., 41 [= s.v. « *Diritto processuale civile* », cit., 1107; quindi in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., 113 s.; nuova ed., cit., 125], e TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 19 s. nt. 28). Per un primo orientamento critico, nella tradizione degli studi di filosofia del diritto, si v. G. MARINO, *Il diritto verità dell'azione. Variazioni su d'un tema capograssiano* (Napoli, Editoriale Scientifica, 2011); E. OPOCHER, *Riflessioni su diritto e processo nella filosofia dell'esperienza giuridica di G. Capograssi*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea I. Teoria generale e filosofia del diritto* (Milano, Giuffrè, 1991) 403-417; G. ZACCARIA, *Una filosofia dell'interpretazione giuridica: l'applicazione del diritto in Giuseppe Capograssi*, in *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea* (Padova, Cedam, 1990) 239-260 [= *Il problema dell'interpretazione giuridica in Giuseppe Capograssi*, in *Due convegni su Giuseppe Capograssi (Roma-Sulmona 1986)*, Atti a cura di F. MERCADANTE (Milano, Giuffrè, 1990) 349-368].

⁽⁸¹⁾ V. SCIALOJA, *Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato per l'art. 24 della Legge 2 giugno 1889*, in « Giust. amm. » XII (1901) IV, 61-80 [= in *Studi giuridici V. Diritto pubblico* (Roma, Anonima romana editoriale, 1936) 209-223; il contributo è stato ristampato, nella ricorrenza del centenario dell'istituzione della IV Sezione, in « Foro amm. » LXV (1989) II, 419-430].

⁽⁸²⁾ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile dal corso di lezioni*, Anno 1905-1906 (Napoli, Jovene, 1906); « 3.^a Edizione riveduta e notevolmente aumentata » (1912-1923) [rist. anastatica, con prefazione di V. ANDRIOLI (1965)]. Le successive citazioni sono tratte dalla prima [di seguito: *Principii*¹] e dalla terza [di seguito: *Principii*²] edizione dell'opera. Una *Bibliografia di Giuseppe Chiovenda*, a cura di F. CIPRIANI, si trova nel vol. III dei *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, cit., 469-479.

⁽⁸³⁾ A partire da P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in « Riv. crit. sc. soc. » I (1914) 209-260 [= in *Studi sul processo civile I* (Padova, Cedam, 1930) 1-51;

In particolare, il confronto tra Calamandrei e Carnelutti sulla genesi logica della sentenza civile, in esame nel capitolo secondo, offre una delle migliori espressioni del dibattito scientifico in Italia, per gli anni in considerazione, nell'ambito degli studi giuridici. Nella prospettiva della ricerca, si cercherà di porre in evidenza il modo in cui i due processualisti hanno interagito con il paradigma, lavorando all'interno del campo da esso circoscritto, e contribuendo, con il frutto di questo lavoro, al suo perfezionamento. Condivisa, nelle sue linee essenziali, la rappresentazione logico-imperativa della decisione giudiziale, quale fondamentale schema di riferimento, essi hanno portato avanti un laborioso esercizio di elaborazione dogmatica e teorica. Ne sono scaturite ricostruzioni diverse e alternative dell'impianto dell'atto giurisdizionale, con distinte classificazioni dei giudizi coinvolti nel ragionamento del giudice, quindi soluzioni differenti nella determinazione dei vizi della sentenza, tra *errores in iudicando* e difetti della motivazione, e nell'interpretazione delle norme circa la competenza in materia della Corte di cassazione. Di ciò si tratterà in modo puntuale, e non occorre qui indugiare oltre. Preme piuttosto avvertire come l'accesa contrapposizione tra i due autorevoli giuristi, anziché mettere in dubbio la vigenza e l'operatività del paradigma, ne verifichi la principale attitudine: la capacità di erigere gli argini epistemologici entro i quali risulti concepibile, nell'alveo della scienza normale, un contrasto di posizioni tra gli specialisti che praticano un determinato ambito della ricerca.

Ciò premesso, maggiore attenzione sarà dedicata, nella seconda parte dello studio, alla crisi che ha investito tale paradigma, con la messa in discussione dell'immagine tradizionale della sentenza civile e la critica della dottrina che aveva contribuito alla sua affermazione. Non più disposti a risolvere nel modello dominante le proprie

quindi in *Opere giuridiche* I, a cura di M. CAPPELLETTI (Napoli, Morano, 1965) 11-54]. Una *Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958)*, a cura di A. MONDOLFO e M. CAPPELLETTI, con integrazioni e, fino al 1985, con aggiornamenti di C. CORDIÉ, si trova in *Appendice* a P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche* X, a cura di M. CAPPELLETTI (Napoli, Morano, 1985) 603-827.

(⁸⁴) In primo luogo F. CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando in Corte di cassazione*, in « Riv. dir. comm. » XIII (1915) I, 798-813 [= in *Studi di diritto processuale* (I) (Padova, Cedam, 1925) 365-389]. Una *Bibliografia giuridica di Francesco Carnelutti*, a cura di G. TARELLO, si trova in « Materiali » IV (1974) 525-598.

istanze scettiche, alcuni studiosi hanno avvertito l'esigenza di una rinnovata interrogazione, aperta ai più recenti orientamenti del pensiero filosofico, intorno alla specifica natura della pronuncia giurisdizionale ⁽⁸⁵⁾.

È stato necessario, anche in questo caso, circoscrivere uno specifico osservatorio, selezionando, all'interno di un contesto discorsivo piuttosto variegato, le voci che sono apparse più significative tra quelle direttamente riconducibili all'influenza esercitata, con riguardo al tema in oggetto, dalla filosofia crociana. La scelta si è indirizzata verso le posizioni di Emilio Betti ⁽⁸⁶⁾ e Guido Calogero ⁽⁸⁷⁾ — un giurista-storico peculiarmente avvinto dalla filosofia, e un filosofo interessato in modo non occasionale ai problemi del diritto: figure di certo eterogenee, ciascuna a suo modo, rispetto alla comunità degli scienziati del diritto processuale civile —, e ai loro itinerari di ricerca sono rispettivamente dedicati il terzo e il quarto capitolo di questo lavoro.

Distanti per quanto concerne l'educazione filosofica, la preparazione giuridica, nonché l'orientamento politico, i due studiosi hanno seguito percorsi in certa misura paralleli nel tentativo di ricostruire, a partire dal superamento della rappresentazione consolidata della decisione giudiziale, la reale opera del giudice, e di difendere, nei confronti di quanti avrebbero voluto ridurre tale

⁽⁸⁵⁾ Di particolare interesse, al riguardo, le pagine di C.M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile. Premesse teoriche* (Padova, Cedam, 1959) 51 ss.

⁽⁸⁶⁾ Riferimenti principali saranno E. BETTI, *Diritto Processuale Civile*, Appunti delle Lezioni tenute nell'anno 1931-1932 (Milano, Giuffrè, 1932) [di seguito: *Diritto processuale civile*¹], quindi ID., *Diritto processuale civile italiano*, II^a edizione, corredata della recente giurisprudenza (Roma, Società Editrice del « Foro Italiano », 1936) [di seguito: *Diritto processuale civile*²]. Una bibliografia degli *Scritti di Emilio Betti* si trova in « BIDR. » LXX (1967) 309-320, in appendice a G. CRIFÒ, *In memoriam — Emilio Betti*, ivi 293-308.

⁽⁸⁷⁾ A partire da G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Studi di diritto processuale diretti da P. CALAMANDREI 11 (Padova, Cedam, 1937) [rist. fotostatica (1964), con un'aggiunta dell'autore nel corsivo introduttivo, p. VIII s.]. Una bibliografia dei suoi scritti si trova in *Guido Calogero dal 1920 al 1986*, a cura di C. FARNETTI, con un saggio di G. SASSO (Napoli, Enchiridion, 1994) 67-212, successivamente integrata da C. FARNETTI, *La Bibliografia di Guido Calogero: due aggiunte e un errata corrige*, in « La Cultura » XXXV/1 (1997) 193-194.

opera a un arbitrario esercizio d'imperio, la sua genuina consistenza logica.

In tal senso, sebbene raggiungano risultati diversi, le loro riflessioni evidenziano un ulteriore profilo comune: nel rapporto diretto, anche dialogico, con Croce, l'opposizione nei riguardi della tesi circa il carattere pratico della pronuncia giurisdizionale non ha impedito un proficuo confronto, sul piano della logica e della teoria della storiografia, con le sue categorie di pensiero. Ci si soffermerà sulla differente concettualizzazione da parte di Betti e Calogero del giudizio storico, quindi sul diverso modo di intendere la connotazione storiografica dell'attività del giudice ⁽⁸⁸⁾; analoga attenzione bisognerà prestare alle distinte interpretazioni del potenziale euristico delle operazioni di qualificazione giuridica del fatto, analizzando le specifiche determinazioni teoretiche da essi riferite ai giudizi di classificazione e di sussunzione ⁽⁸⁹⁾.

Interessa segnalare, fin da adesso, come da questo laborioso ripensamento della struttura logica della decisione giudiziale, ben consapevole del quadro normativo allora vigente, e mai disattento nei confronti della dottrina e della giurisprudenza più accreditate, siano venute utili indicazioni, di carattere dogmatico, nell'esame di

⁽⁸⁸⁾ Nelle pagine conclusive, infine, particolare attenzione sarà rivolta alla riflessione condotta da P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento* II (Milano, Giuffrè, s.d. [ma 1939]) 353-376; successivamente (con alcune varianti e aggiunte bibliografiche) in « Riv. dir. proc. civ. » XVI/2 (aprile-giugno 1939) I, 105-128 [= in *Studi* V, cit., 27-51; quindi in *Opere* I, cit., 393-414; il contributo è stato ristampato in « Riv. st. storiogr. mod. » XI/1-2 (1990) 63-82, con un saggio introduttivo di M. MASTROGREGORI, *Il giuoco di lusso. Introduzione a "Il giudice e lo storico" di Piero Calamandrei*, ivi 49-62].

⁽⁸⁹⁾ Può essere interessante segnalare come già W. BIGIAVI, *Il controllo di logicità da parte della Corte di cassazione*, in « Foro it. » LXV (1940) IV, 33-58, rilevasse una consonanza tra le prospettive di Betti e Calogero (34 nt. 4), anche con specifico riferimento al rapporto logico tra classificazione e sussunzione (35 nt. 5). Successivamente, in tal senso, C. VOCINO, *Sulla c. d. « attuazione della legge » nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, a cura di F. CARNELUTTI, M.T. ZANZUCCHI, P. CALAMANDREI, A. SEGNI, T. CARNACINI, vol. II (Milano, Giuffrè, 1951) 589-692, spec. 591 ss.; quindi TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 152 s. nt. 8. Di recente, in proposito, RIDOLA, *Guido Calogero e i "concetti giuridici"*, cit., 388 e, ivi, nt. 38; NITSCH, « *Il giudice e lo storico* », cit., 617 nt. 29; RICCOBONO, *Sussunzione e discrezionalità nella individuazione del diritto*, cit., 33 ss.

alcune controverse questioni *de iure condito* — si pensi, ancora una volta, alla problematica interpretazione dei vizi della sentenza e dei limiti ai poteri di controllo della Suprema Corte —, nonché importanti sollecitazioni *de iure condendo*, negli anni cruciali in cui si provvedeva alla stesura del nuovo codice di procedura civile.

Ciò che principalmente rileva, del resto, è il contributo che Betti e Calogero hanno saputo offrire alla riflessione filosofica circa il rapporto tra il giudice e la legge ⁽⁹⁰⁾. Nello studio di un problema che, pur trascendente la specificità delle sue mutevoli configurazioni storiche, non altrimenti si lascia avvicinare, i loro sforzi di determinare l'autentica razionalità dell'attività giurisdizionale — dal critico discernimento del valore storiografico della conoscenza del diritto e del fatto conseguita in sede processuale, alla complessa ricostruzione di una dimensione logica, irriducibile al rigore dimostrativo del modello sillogistico-deduttivo, dell'applicazione della norma astratta al caso concreto — si fanno apprezzare quali esercizi di pensiero tra i più raffinati e profondi nel panorama degli studi giuridici, in Italia, del Novecento.

⁽⁹⁰⁾ Di particolare interesse, al riguardo, recenti studi di G. CRIFÒ, *Itinera III*, in «SDHI.» LXXV (2009) 547-589, quindi ID., *Betti e Calamandrei, atto secondo*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.» LXIV/3 (2010) 903-916, e G. SASSO, *Calogero: il diritto fra logica e etica*, in «Ann. Ist. It. St. St.» XXIV (2009) 201-401 [= in *Filosofia e idealismo VI. Ultimi paralipomeni*, in corso di stampa].

PARTE PRIMA

IL CONSOLIDAMENTO DI UN PARADIGMA

CAPITOLO PRIMO

« DALLA PROCEDURA AL DIRITTO PROCESSUALE »: LOGICA E VOLONTÀ NELLA GENESI DELLA DECISIONE GIUDIZIALE

1. Introduzione. — 2. Vittorio Scialoja: « ... quasi la favilla di un grande incendio ». — 3. Vincenzo Simoncelli sull'essenza della giurisdizione. — 4. « Le geniali e tutte nostre discussioni »: Giuseppe Chiovena. — 5. Un'immagine della sentenza civile. — 6. Francesco Menestrina e le « preferenze capricciose » di una giovine scienza. — 7. La controversa natura della sentenza civile: Alfredo Rocco. — 8. Un paradigma giuridico.

1. *Introduzione.*

È possibile ripercorrere, nel panorama della scienza del diritto italiana dei primi anni del Novecento, la trama di un'interessante riflessione, concernente la natura della funzione giurisdizionale. Radicata originariamente nell'ambito delle discussioni circa la controversa interpretazione della competenza di un peculiare istituto della giustizia amministrativa, la IV Sezione del Consiglio di Stato ⁽¹⁾, tale riflessione ha coinvolto alcuni tra i più autorevoli giuristi del tempo, portando un contributo assai rilevante a quel laboratorio di idee nel quale sarebbe venuta delineandosi, negli anni della

⁽¹⁾ Una ricostruzione critica delle vicende legislative e delle dispute dottrinali relative all'istituzione della IV Sezione è offerta da B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo* (Milano, Giuffrè, 1985) 169 ss., 215 ss. Un'utile scheda sulle attribuzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, secondo le disposizioni normative che si sono succedute fino al d.lgs. 30 dicembre 1923, n. 2840, è redatta da G. BARBAGALLO, *La giurisdizione del Consiglio di Stato dalle origini al 1923, nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia*, in *Appendice a Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, a cura di G. MELIS (Milano, Giuffrè, 2006) tomo II, 2299-2312; nella stessa *Appendice* si v. anche G. D'AGOSTINI, *Sezione IV*, 2336-2340.

transizione « dalla procedura al diritto processuale » (2), la matrice disciplinare dei moderni studi sul processo civile in Italia.

Principale oggetto di attenzione, nella prospettiva di questo studio, è il ruolo decisivo che la ricerca di una definizione del concetto di giurisdizione, con la precisazione dei caratteri essenziali dell'atto giurisdizionale e l'analisi dei suoi elementi costitutivi (3), ha giocato nella costruzione di una determinata immagine della sentenza civile, capace di affermarsi come modello in grado di informare la scienza del processo e, più in generale, il pensiero giuridico italiano della prima metà del secolo ventesimo. Nelle pagine che seguono, attraverso l'esame di alcuni interventi, selezionati sulla base della particolare influenza esercitata nel contesto del dibattito in questione, si proverà a ricostruirne le posizioni essenziali, l'articolazione degli argomenti, le linee di convergenza, i punti di contrasto.

2. Vittorio Scialoja: « ... quasi la favilla di un grande incendio ».

Sulle pagine della *Giustizia amministrativa* del 1901, « dolcemente rimproverato » per essersi in qualche modo sottratto alla discussione intorno alla natura della giurisdizione, nella determinazione della funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, Vittorio

(2) L'espressione ha una storia decisamente fortunata nella tradizione degli studi sul processo civile. « Diciamo *diritto processuale* e non *procedura* — avvertiva Chiovenda —, perché quest'ultima parola non rende l'importanza del nostro studio come studio *giuridico* » (CHIOVENDA, *Principii*¹, cit., 27 nt. 1 [= *Principii*³, cit., 26 nt. 1]). Per CARNELUTTI, *Scuola italiana del processo*, cit., 237 s., quella « della *procédure* sostituita dal *Prozessrecht* », a segnalare il passaggio dalla direttiva francese a quella tedesca nella scienza processuale, sarebbe stata « la formula di un autentico capovolgimento »; criticamente SATTÀ, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, cit., 32 [= s.v. « *Diritto processuale civile* », cit., 1103; quindi in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., 104; nuova ed., cit., 118], riteneva che l'opposizione tra le due denominazioni, sovraccaricata di significati nell'interpretazione dello svolgimento storico della disciplina, fosse stata, in fondo, « più apparente che reale ». Da ultimo, GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 61: « può sembrare una frase a effetto, però esprime bene il disagio ma anche il piglio nuovo di una generazione di processualisti che, a cavaliere fra i due secoli, percorre un itinerario di sempre maggior definizione della propria disciplina e di affrancazione dalla presenza incombente del diritto civile, del diritto sostanziale ».

(3) Particolarmente significativa, al riguardo, la riflessione di R. GUASTINI, *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale* (Torino, Giappichelli, 1995) 9 ss.

Scialoja decideva di tornare su una spinosa questione che lo aveva impegnato una decina d'anni addietro, quando due suoi interventi avevano alimentato la vivace polemica « con uno dei più autorevoli cultori del nostro diritto pubblico », Vittorio Emanuele Orlando, al punto da risultare « quasi la favilla di un grande incendio » (4).

Autore del rimprovero era il consigliere di Stato Carlo Schanzer (5), in uno studio concernente la posizione costituzionale della IV Sezione, nel quale venivano ripercorsi i principali momenti della disputa (6). Mentre Scialoja, « timidamente forse, prudentemente certo », aveva preferito porre il problema dei rapporti con la competenza giudiziaria in termini eminentemente pratici, Orlando avrebbe invece portato la discussione « risolutamente sopra un

(4) SCIALOJA, *Sulla funzione della IV Sezione*, cit., 66, 68 [= in *Studi V*, cit., 213, 215; rist. 422 s.]; di recente, al riguardo, A. CARRATTA, *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, in « BIDR. » CV (2011) 103-134. Questa la scansione del confronto tra i due giuristi: V. SCIALOJA, *Nota a Cass. Roma S.U. 24 giugno 1891*, in « Foro it. » XVI (1891) I, 1118-1122 [= *La competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Studi V*, cit., 195-199; una versione « corretta ed accresciuta » è pubblicata in « Giust. amm. » II (1891) IV, 59-66]; V.E. ORLANDO, *Rapporti tra la competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato e quella giudiziaria*, in « Arch. dir. pubbl. » II/1 (1892) 58-66; V. SCIALOJA, *Ancora sui limiti della competenza della Sezione IV del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in « Giust. amm. » III (1892) IV, 50-62 [= *Ancora sui limiti della competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Studi V*, cit., 200-208]; V.E. ORLANDO, *Ancora sui rapporti fra la competenza della IV Sezione del Cons. di Stato e quella giudiziaria*, in « Arch. dir. pubbl. » II/4-5 (1892) 370-381; ID., *Nota al discorso dell'avv. gen. E. Pascale pronunziato presso la Corte di Cassazione di Roma nell'assemblea generale del 2 gennaio 1896*, in « Arch. dir. pubbl. » VI (1896) 24-30. Per un'interpretazione complessiva del significato della polemica si rinvia nuovamente a SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., 243 ss.

(5) Libero docente di diritto costituzionale, già referendario presso la IV Sezione, con r.d. del 18 giugno 1898 Carlo Schanzer era stato nominato consigliere di Stato e assegnato alla stessa Sezione. Una ricca scheda biografica, redatta da G. MELIS, è in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, cit., tomo I, 699-723.

(6) C. SCHANZER, *La posizione costituzionale della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in « La Legge » XLI/I (1901) 280-288, 317-324. La controversia, com'è noto, troverà la sua definitiva composizione a seguito della L. 7 marzo 1907, n. 62, con il riconoscimento del carattere prettamente giurisdizionale delle funzioni affidate alle Sezioni IV e V del Consiglio di Stato: si v., al riguardo, V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in « Riv. dir. pubbl. » XXIII (1931) I, 407-417 [= in *Studi V*, cit., 259-266].

campo più elevato » (7), quello della riflessione teorica sulla giurisdizione, fortemente condizionando i successivi interventi della dottrina, tanto che lo stesso Schanzer era indotto ad affermare che non altrimenti tale questione si sarebbe potuta affrontare (8). Sebbene conservasse « ancora qualche dubbio » in merito alla riformulazione del problema, Scialoja accettava dunque, « per non sembrare pauroso più che cauto », di confrontarsi sul piano, così determinato, della definizione del concetto di giurisdizione (9).

La discontinuità semantica, rilevata dalla dottrina, rispetto alla *iurisdictio* romana (e già all'interno di essa) (10), quindi l'uso « improprio » della parola nel linguaggio comune come in quello della

(7) SCIALOJA, *Sulla funzione della IV Sezione*, cit., 67 s. [= in *Studi V*, cit., 214; rist. 423].

(8) Un'indagine a parte — eccedente i limiti di questa ricerca — richiederebbe l'incidenza, sul dibattito in esame, di alcune delle tesi esposte da Lodovico Mortara nel suo *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, pubblicato a fascicoli, a partire dal 1898, per l'editore Vallardi di Milano, con particolare attenzione per il primo dei cinque volumi, sottotitolato *Teoria e sistema della giurisdizione civile* (puntuali indicazioni, al riguardo, nella *Bibliografia di Lodovico Mortara*, a cura di F. CIPRIANI e N. CARRATA, in « Quaderni fiorentini » 19 [1990] 121-143). È sufficiente rinviare, per il momento, alle pagine, ricche di annotazioni, di GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 61 ss., e SCERBO, *Tecnica e politica del diritto nella teoria del processo*, cit., 61 ss.

(9) Materia, avverte SCIALOJA, *Sulla funzione della IV Sezione*, cit., 68 s. [= in *Studi V*, cit., 215; rist. 423], « in cui tanti più valorosi di me hanno battuto falsa strada »: esplicito il riferimento, nella letteratura tedesca, a E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien* (Wien, Manz, 1886); A. WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts* (Leipzig, Duncker & Humblot, 1865); O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht* (Leipzig, Duncker & Humblot, 1895); quindi, nel panorama della dottrina italiana, a F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa I* (Milano, Vallardi, s.d.) 94 ss. (anche quest'opera, « apparsa in fascicoli successivi, a partire dai primi anni del secolo o, forse, dagli ultimi del secolo precedente », meriterebbe maggiore attenzione: è possibile rinviare, per un primo inquadramento critico, a E. CANNADA-BARTOLI, *Il « Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa » e il suo sistema*, in *Per Federico Cammeo*, numero monografico di « Quaderni fiorentini » 22 [1993] 279-328 [la citazione è tratta da p. 279]; di particolare interesse, nella prospettiva di questa ricerca, anche le pagine di F. CIPRIANI, *Federico Cammeo e la procedura civile*, ivi 561-587).

(10) Più ampiamente, sulla *iurisdictio* romana quale modello di comparazione concettuale, si v. almeno V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, lezioni del Prof. V. S. redatte e pubblicate dai Dottori C. MAPEI, E. NANNINI (Roma, Pallotta, 1894) 106 ss. [rist. a cura di A. GIANNINI (Roma, Anonima romana editoriale, 1936) 73 ss.]. In merito all'edizione di questo corso di lezioni cfr. F. CIPRIANI,

legislazione positiva, costringerebbero a ricercare una più precisa significazione, idonea a rappresentare « un concetto giuridicamente utile » (11). In questa prospettiva, la più immediata utilità che Scialoja riferisce alla delimitazione del concetto concerne la possibilità di discernere, con sufficiente rigore, la funzione giurisdizionale da quella amministrativa, attesa la sostanziale inadeguatezza, al riguardo, dei criteri differenziali tradizionalmente impiegati. Tanto il canone dell'imparzialità, quanto quello della conformità alla norma generale del diritto non consentirebbero, infatti, di distinguere tra loro le due funzioni; analogamente, le garanzie dell'indipendenza del giudice, delle forme solenni, del contraddittorio, che pure opportunamente accompagnano la giurisdizione, non ne identificherebbero l'essenza; né la decisione di una controversia, o l'accertamento di un rapporto giuridico, che certamente costituiscono elementi importanti, sarebbero in grado di offrirne una sicura definizione. Lo stesso principio, secondo cui sarebbe giurisdizionale l'atto diretto alla constatazione dell'offesa di un diritto e alla sua reintegrazione, si limiterebbe a descrivere in termini generali lo scopo della giustizia, ma non sarebbe sufficiente a determinare la categoria alla quale appartengono i singoli atti: se, infatti, numerosi sono quelli forniti di caratteri così specifici da non ammettere dubbi circa la loro classificazione, ve ne sono altrettanti, di natura meno evidente, che sembrano collocarsi in una sorta di « zona intermedia » tra la giurisdizione e l'amministrazione (12).

Vittorio Scialoja e la maiuscola reverenziale di Giuseppe Chioyenda, in « Dir. rom. att. » 3 (2000) 71-88, spec. 75 s. [= in *Scritti in onore dei Patres* (Milano, Giuffrè, 2006) 123-143, spec. 127 ss.], quindi Id., *Vittorio Scialoja e la procedura civile*, in « Foro it. » a. CXXXI (2006) V, 265-272, spec. 267; da ultimo CARRATTA, *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, cit., 103 ss. Sul concetto di *iurisdictio* e i suoi svolgimenti, cfr. anche A. STEINWENTER, s.v. « *Iurisdictio* », in *PWRE*. X/1 (Stuttgart, Druckenmüller, 1918) 1155-1158, e F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Studi di diritto processuale diretti da P. CALAMANDREI 8 (Padova, Cedam, 1937) 140 ss.; quindi, per l'uso medievale del termine, soprattutto P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)* (Milano, Giuffrè, 1969; rist. 2002).

(11) SCIALOJA, *Sulla funzione della IV Sezione*, cit., 69 [= in *Studi V*, cit., 215; rist. 423].

(12) SCIALOJA, *Sulla funzione della IV Sezione*, cit., 70 s. [= in *Studi V*, cit., 216; rist. 424]. « A questa incertezza obiettiva — aggiunge Scialoja — corrisponde anche lo svolgimento storico, pel quale molte volte la giurisdizione si genera per distacco

Le riflessioni qui brevemente ripercorse inducono Scialoja a reputare che la differenza tra le due funzioni non sia tale, dunque, da intendersi nei termini di una totale estraneità degli elementi dell'una all'altra. Egli ritiene allora di dover volgere l'attenzione, « con più sottile analisi », ai caratteri costitutivi dei rispettivi atti, che della giurisdizione e dell'amministrazione spiegherebbero, accanto alle ragioni dell'apparente affinità, quelle della diversità strutturale. L'atto amministrativo sarebbe essenzialmente un atto di volontà, la cui determinazione deve risultare, di necessità, quale conseguenza di un giudizio logico circa l'applicazione delle disposizioni vigenti e la valutazione dell'interesse comune nelle circostanze di fatto. L'atto giurisdizionale consisterebbe invece in un giudizio logico, avente per oggetto l'applicazione di norme generali di diritto, e talora anche di pubblico vantaggio, in un caso particolare, al quale abitualmente seguirebbero atti di volontà finalizzati all'applicazione stessa, dal momento che, affinché la pronuncia sia efficace, tale giudizio deve essere dichiarato da un organo avente pubblica autorità. Ricontrata, pertanto, la compresenza, nella tipologia degli atti in considerazione, dell'elaborazione di un giudizio e della manifestazione di un volere, sarebbe possibile rintracciare un carattere differenziale

« nella prevalenza, che negli atti amministrativi si dà al momento della volontà, negli atti giurisdizionali al momento del giudizio; sicché nei primi il giudizio logico non ha valore per sé stante e va considerato soltanto come una premessa, una preparazione dell'atto, mentre nei secondi si ha riguardo appunto al giudizio, e l'atto di volontà, che può accompagnarlo, si considera soltanto come un effetto consequenziale » ⁽¹³⁾.

Il criterio distintivo così individuato troverebbe ulteriore conferma, integrando l'analisi della struttura degli atti con la valutazione delle conseguenze specifiche agli stessi imputabili. Quello amministrativo, infatti, sebbene possa presentarsi come irrevocabile, non genera cosa giudicata, ma produce gli effetti che conseguono dalla

dall'amministrazione, o assumendo subito caratteri schiettamente propri o conservando per un certo tempo alcuni caratteri amministrativi » (*ibid.* 71 [= 216 s.; 424]).

⁽¹³⁾ SCIALOJA, *Sulla funzione della IV Sezione*, cit., 72 [= in *Studi V*, cit., 217; rist. 425]. « È una differenza — spiega Scialoja — [...] quasi di accentuazione, la quale, mentre ci fa conoscere la diversità intrinseca delle due categorie, vale al tempo stesso a spiegarci l'affinità che intercede tra alcuni gruppi di esse » (*ibid.*).

sua forza costitutiva di rapporti giuridici, « come valida e definitiva dichiarazione di volontà ». Attiene, invece, all'essenza della giurisdizione l'autorità del giudicato, che connota la pronuncia del giudice, nei confronti della quale, entro la sfera designata dalla legge, non vi è più spazio per il dubbio, in quanto essa deve intendersi « come accertamento del diritto e del fatto ». Derivando, quindi, l'efficacia dell'atto amministrativo interamente dalla disposizione di esso, non rileva l'eventuale contraddizione tra la volontà espressa e le sue premesse logiche; mentre invece la pronuncia giurisdizionale passa in giudicato con la definizione del rapporto giuridico, ovvero con le premesse di diritto e di fatto, « da non confondersi cogli argomenti della motivazione », che necessariamente preparano la formulazione del giudizio. D'altra parte, avverte Scialoja, l'estensione della cosa giudicata varia secondo la natura delle questioni decise, in conformità con le disposizioni del diritto positivo: come, quindi, il riconoscimento del carattere giurisdizionale di una decisione non comporterebbe, senz'altro, l'universale forza di giudicato, così la negazione di tale forza non confuterebbe il carattere giurisdizionale della pronuncia ⁽¹⁴⁾.

Quanto al problema specifico, concernente la natura della IV Sezione del Consiglio di Stato ⁽¹⁵⁾, Scialoja reputa che le decisioni di questo collegio sarebbero state « vere pronunzie giurisdizionali per il loro intrinseco carattere » ⁽¹⁶⁾, ancorché esso non facesse parte del potere giudiziario. Prendendo così le distanze dalla tesi di Schanzer, circa la posizione costituzionale della IV Sezione, egli ritiene che questa trovasse posto nel potere esecutivo, « accanto all'amministrazione attiva »: « [l]a giurisdizione non appartiene propriamente alla

⁽¹⁴⁾ SCIALOJA, *Sulla funzione della IV Sezione*, cit., 72 s., 77 [= in *Studi V*, cit., 218, 221; rist. 425 s., 428]; cfr., in proposito, CARRATTA, *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, cit., 113, 129.

⁽¹⁵⁾ « Non si trattava — come sottolinea opportunamente Sordi — soltanto di un problema di indole teorica o semplicemente definitorio: non solo la scelta per l'una o l'altra alternativa poteva influire sull'estensione dei poteri cognitivi del "giudice" o incidere sulla ricostruzione dogmatica della posizione del cittadino nei confronti del potere amministrativo, ma più in particolare — e fu questo l'approccio principale di quegli anni — doveva segnare in modo decisivo gli equilibri istituzionali tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione » (SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., 223 s.).

⁽¹⁶⁾ SCIALOJA, *Sulla funzione della IV Sezione*, cit., 73 [= in *Studi V*, cit., 218; rist. 426].

gerarchia esecutiva, ma sta di fronte a questa, come la logica di fronte alla volontà » (17).

Come la logica di fronte alla volontà. È agevole intendere, alla luce di tali risultati, il valore strategico dell'ipotesi prospettata, rintracciando nella prevalenza del momento del giudizio il *proprium* della giurisdizione. Essa pretende, esplicitamente, di risolvere la controversa determinazione di una differenza specifica tra la decisione giurisdizionale e il provvedimento amministrativo, nella distanza non riducibile tra l'accertamento del diritto e del fatto e la dichiarazione di una volontà, il rigore logico che vincola l'opera del giudice e la sfera più o meno ampia della discrezionalità del funzionario. La stessa ipotesi ambisce, sia pure in modo implicito, a chiarire il rapporto della funzione giurisdizionale con quella legislativa, tale per cui l'una non sarebbe che una razionale applicazione, nel caso concreto, di quanto astrattamente disposto dall'altra, conseguendo in questi termini una più generale sistemazione concettuale delle distinte forme dell'agire del potere pubblico.

Nell'aspra polemica con Orlando, Scialoja aveva deliberatamente evitato di impegnarsi sul terreno, teoricamente insidioso, della ricerca di una definizione del concetto di giurisdizione; rotti gli indugi, non senza aver protestato una qualche residua titubanza, le sue conclusioni sono riuscite ancora una volta ad accendere — *quasi nuova favilla* — l'interesse della scienza giuridica italiana.

3. *Vincenzo Simoncelli sull'essenza della giurisdizione.*

Tra i primi a mostrare attenzione nei confronti di tali conclusioni, Vincenzo Simoncelli, civilista della scuola di Emanuele Gianturco e discepolo (poi anche genero) di Scialoja, appena collocato sulla prestigiosa cattedra di Procedura civile e ordinamento giudiziario della R. Università di Roma, con un comando ministeriale sollecitato dallo stesso Scialoja, allora potente Preside della Facoltà giuridica romana (18).

(17) SCIALOJA, *Sulla funzione della IV Sezione*, cit., 79 [= in *Studi V*, cit., 222; rist. 429].

(18) Sulla vicenda v. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., 54 s., 70 ss.; ID., *Vittorio Scialoja e la procedura civile*, cit., 267 s.

Posto in esame, nelle *Lezioni di diritto giudiziario* ⁽¹⁹⁾, il delicato problema concernente la definizione della giurisdizione, quale specifica funzione dello Stato e parte della sovranità di esso, quindi il rapporto di questa con la legislazione e l'amministrazione ⁽²⁰⁾, Simoncelli dà conto della controversa determinazione della competenza e della posizione costituzionale della IV Sezione del Consiglio di Stato, intorno alla quale, dopo oltre un decennio dall'istituzione, « ferve ancora un vivo dibattito tra i giuristi italiani ». Rinviando a un successivo momento la più accurata trattazione della materia, egli si sofferma, « per la luce che ne deriva al concetto della giurisdizione », su quella che gli appare essere la « quistione fondamentale più alta discussa dallo Scialoja » ⁽²¹⁾.

Ricostruita nei suoi passaggi essenziali la tesi dell'autorevole maestro, Simoncelli assume che quel che questi scrive « è vero o meglio contiene molta parte di vero ». Lo scarto, che la precisazione — forse mitigata da un senso di devota prudenza — intende denunciare, attiene alla rilevazione di una differenza, « quasi di accentuazione », riferibile alla prevalenza del momento del giudizio nell'atto giurisdizionale e del momento della volontà in quello amministrativo, per evidenziare la quale Scialoja avrebbe « accentuata la sua espressione fino ad alterare un poco il suo pensiero » ⁽²²⁾.

La notazione sembrerebbe accreditare, anche involontariamente, la presunzione di un'interpretazione autentica. Non sarebbe esatto dire che, in sede di giurisdizione, l'atto di volontà « può accompagnare » il giudizio logico, bensì che « deve sempre accompagnarlo », in quanto esso costituisce « l'essenza dell'atto giurisdizionale ». Non risulterebbe concepibile, dunque, nel lavoro del giudice, una prevalenza sostanziale della logica sulla volontà; piut-

⁽¹⁹⁾ V. SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, dettate dal Prof. V. S. nella R. Università di Roma l'Anno 1902-903 (Roma, Tipo-Lit. del Genio Civile, s.d. [ma 1903]). TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda*, cit., 722 nt. 117 [= in *Dottrine del processo civile*, cit., 149 nt. 117], ritiene che si tratti di « uno dei più bei corsi di procedura del periodo antecedente la prima guerra mondiale ».

⁽²⁰⁾ SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, cit., 45 ss., 96 ss.

⁽²¹⁾ SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, cit., 114 s.

⁽²²⁾ SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, cit., 119.

tosto, «l'atto di volontà è insito nel giudizio logico, forma la conclusione del sillogismo» in cui lo stesso si articola (23).

«L'atto di volontà, è vero, si presenta come un effetto consequenziale del giudizio logico, ma il giudizio logico non avrebbe ragion d'essere senza l'atto di volontà: la prevalenza del primo è soltanto formale; nella sostanza quel che prevale è l'atto di volontà. Se così non fosse, l'essenza della giurisdizione si accentuerebbe a sua volta con un contenuto più teorico che pratico. Vero è invece che la sentenza del magistrato è essenzialmente un'espressione di volontà, l'espressione della volontà della legge; essa obbliga non per la verità che afferma nel suo giudizio logico, ma per l'autorità sua, perché deriva dal potere del magistrato, dal potere dello Stato» (24).

Si tratta di un passaggio articolato, che pone in questione, non senza qualche ambiguità, tutti i momenti controversi della concettualizzazione della natura della decisione giudiziale. Nella misura in cui lo schema del ragionamento del giudice, un sillogismo, ha la sua ragione d'essere nella conclusione verso la quale è proteso, l'atto di volontà non si limiterebbe a prevalere sul giudizio, ma ne informerebbe interamente lo sviluppo. Anche laddove si concepisca il giudizio logico separato dall'atto di volontà — senz'altro possibile, come dimostrerebbe l'esperienza, «[i]n tempi non aurei per la giurisprudenza», dell'antico diritto germanico, del diritto romano del tardo impero o di quello medievale (25) —, la pronuncia giurisdizionale non cesserebbe di concentrarsi proprio nella dichiarazione di una volontà, nell'espressione della volontà della legge: in ciò consisterebbe il suo contenuto pratico. Quanto al carattere obbligante, Simoncelli estende alla sentenza l'«*auctoritas, non veritas*» fondamento della *lex* hobbesiana: la forza della decisione giudiziale nulla deve alla verità che (solo eventualmente) afferma, discendendo interamente dall'autorità del magistrato, il cui potere è il potere dello Stato.

(23) SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, cit., 119 s. Un riferimento analogo alla struttura del sillogismo si trova già, *ivi*, p. 5: «Il giudizio civile, come ogni giudizio, implica un sillogismo, in cui la proposizione maggiore è rappresentata dal precetto della legge, la minore dal fatto particolare negativo, e la conclusione dalla decisione del magistrato».

(24) SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, cit., 120.

(25) SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, cit., 121.

Venendo a considerare la differenza tra l'atto giurisdizionale e quello amministrativo, Simoncelli si propone di chiarire entro quali limiti si possa e debba intendere un'accentuazione, rispettivamente, del momento del giudizio e di quello della volontà. Individuato, dunque, nel comando dello Stato su un determinato oggetto, l'« elemento essenziale comune » alle due classi di atti in esame, egli invita a concentrare l'attenzione sullo scopo, i mezzi e gli effetti degli stessi. Il discorso riprende, così, dal punto in cui Scialoja lo aveva troncato, giudicando il criterio relativo alla constatazione dell'offesa di un diritto e alla sua reintegrazione insufficiente a definire la tipicità degli atti giurisdizionali, e valido solo come generale determinazione dei fini della giustizia.

Intesa, quale scopo immediato della giurisdizione, la difesa del diritto di un soggetto privato, con la conseguente riaffermazione dell'ordinamento violato, e identificato il regolamento di un rapporto di fatto, in modo conforme con l'utilità dello Stato, come obiettivo diretto dell'amministrazione, sarebbe possibile distinguere l'accertamento di una posizione giuridica tra le parti in causa, quale effetto specifico della sentenza, dal generale coinvolgimento dei cittadini, nella promozione del pubblico interesse. Ma l'aspetto che più rileva, nel merito, concerne la diversificazione dei mezzi impiegati. In consonanza con i propositi che ha intenzione di perseguire, lo Stato mira a disciplinare le relazioni tra i consociati, traducendo la propria volontà nel comando astratto della legge, che spetta al giudice individuare nel caso concreto. Dall'impossibilità di ordinare tutti i rapporti sociali mediante norme di legge, e di configurare in anticipo quello che sarà l'interesse dello Stato nelle circostanze determinate, scaturisce l'esigenza di lasciare un certo margine di discrezionalità all'opera dell'amministrazione.

« Ogni giudizio — scrive Simoncelli — [...] importa un sillogismo in cui la proposizione maggiore è il precetto di legge, la minore è il fatto dedotto in giudizio, e la conclusione è la sentenza »; atteso che il medesimo schema logico informerebbe anche l'atto amministrativo ⁽²⁶⁾, sarebbe da ricercare nella struttura delle rispettive

⁽²⁶⁾ SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, cit., 124: « anche nell'atto amministrativo possiamo vedere un sillogismo, in cui la maggiore è lo scopo, l'utilità dello Stato, la minore è il fatto che favorisce o contrasta a quello scopo, la conclusione è l'atto che promuove o rimuove il fatto stesso ».

inferenze, quali distinte articolazioni del modello sillogistico, la più chiara rappresentazione della differenza tra le due funzioni. Da un lato il vincolo costituito dalla previsione normativa, premessa maggiore non suscettibile di alcuna valutazione, che il giudice trova nella legge « fissata e obbligatoria »; dall'altro la libera determinazione, sebbene regolata e procedimentalizzata, del fine e dell'utilità dello Stato, che il funzionario pone, « caso per caso », come analoga premessa. Solo in questo senso, dunque, sarebbe possibile riconoscere una prevalenza dell'atto di volontà in sede amministrativa, « di quella volontà, che lo Stato fece arbitra nell'esame delle sue utilità, per l'impossibilità di determinare *a priori* queste utilità »; e, di contro, una prevalenza del giudizio logico in sede giurisdizionale, « in quanto cioè la proposizione maggiore è data dalla legge, la minore è data dalla vita, ed il giudice non deve fare che tirarne la conclusione ». Il che si traduce, in altri termini, nel riconoscimento della diversa provenienza del volere dichiarato nei due atti: mentre nell'atto amministrativo il funzionario manifesta pur attraverso specifiche forme, « la sua volontà », nella sentenza il giudice esprime una volontà che sua non è, bensì è della legge, e che a lui compete solo di individuare, mediante un ragionamento logico, « come un comando particolare per caso concreto » (27).

D'altra parte, avverte Simoncelli, lo stesso giudice afferma e impone la conclusione di tale ragionamento « con un atto di volontà »; quanto alla formulazione delle due premesse, inoltre, non si creda che la sua opera si riduca « ad una astratta attività dell'intelletto che opera solo secondo le leggi logiche ». Per fissare, nella minore, il fatto a cui applicare la norma, egli deve esercitare la propria valutazione, « il che lo obbliga a rendersi esperto della indefinita varietà dei fenomeni del commercio giuridico e ad imparare a conoscere e capire i bisogni della vita » (28); se la maggiore, poi, si ritrova già stabilita nella legge, il suo accertamento implica pur sempre un'attività di interpretazione, « il giudizio su ciò che è legge: campo non breve al dominio della volontà del giudice » (29).

(27) SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, cit., 124 s.

(28) SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, cit., 97.

(29) SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, cit., 125.

Si rivela, in questi termini, sensibilmente ridimensionata l'ipotesi, appena sopra affidata al rigore formale dello schema sillogistico, di una differenza nell'articolazione logica dello svolgimento delle due funzioni. Quanto all'idea, poi, di un'accentuazione del momento del giudizio nell'esercizio della giurisdizione, essa appare assai più incerta una volta ridotta la distanza tra il funzionario e il giudice a una mera questione di prospettiva nei confronti dell'utilità dello Stato, che il primo guarderebbe direttamente, mentre il secondo, invece, solo attraverso il filtro della legge da applicare: « l'uno *amministra* soltanto, l'altro *amministra la giustizia* »⁽³⁰⁾.

4. « *Le geniali e tutte nostre discussioni* »: Giuseppe Chiovenda.

La questione torna a presentarsi, di lì a breve, ne *L'azione nel sistema dei diritti*⁽³¹⁾, il contributo di Giuseppe Chiovenda che rielabora la ben nota prolusione, letta nell'Università di Bologna il 3 febbraio 1903, da alcuni considerata come l'atto di nascita della scienza italiana del diritto processuale civile⁽³²⁾.

La controversa definizione della natura della giurisdizione e della qualità degli organi dello Stato che agiscono nel processo è oggetto di una di quelle lunghe digressioni che, pur relegate in nota, occupano quasi per intero le prime pagine del saggio⁽³³⁾. Esplicitata la propria sintonia nei confronti della più autorevole dottrina tede-

⁽³⁰⁾ SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, cit., 125.

⁽³¹⁾ G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* (Bologna, Zanichelli, 1903) [= con impaginazione invariata, in *Saggi di diritto processuale civile* (Bologna, Zanichelli, 1904) 1-128; quindi, con trasposizione delle note alla fine del testo, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* I, cit. (rist. anastatica nel vol. I dei *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, cit.) 3-99].

⁽³²⁾ Cfr., al riguardo, SATTÀ, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, cit., 32 [= s.v. « *Diritto processuale civile* », cit., 1102; quindi in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., 104; nuova ed., cit., 118]; A. PROTO PISANI, *Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice. (Un bilancio e una proposta)*, in « Riv. dir. proc. » XXVII (1972) 35-74, p. 37; TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda*, cit., 720 ss. [= in *Dottrine del processo civile*, cit., 147 ss.]; di diverso avviso CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., *passim*, nonché ID., *Il 3 febbraio 1903 tra mito e realtà*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. » LVII (2003) 1123-1137 [= in *Scritti in onore dei Patres*, cit., 249-264].

⁽³³⁾ CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 26 ss. nt. 8 [= in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* I, cit., 47 ss. nt. 8].

sca ⁽³⁴⁾, la quale, ravvisando nell'attuazione del diritto obiettivo il *proprium* della giurisdizione ⁽³⁵⁾, così nello stadio di accertamento come in quello di esecuzione ⁽³⁶⁾, avrebbe considerato il tribunale come suo organo complesso ⁽³⁷⁾, l'autore rileva come non fosse questa la concezione allora dominante in Italia ⁽³⁸⁾. D'altra parte,

⁽³⁴⁾ A partire da WACH, *Handbuch*, cit., 1 ss., 313 ss., 321 ss., e R. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts* (Leipzig, Duncker & Humblot, 1898) 1 s., 159, 167 s.

⁽³⁵⁾ CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 7 ss. nt. 6 [= in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* I, cit., 32 ss. nt. 6].

⁽³⁶⁾ CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 9 ss. nt. 7 [= in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* I, cit., 34 ss. nt. 7]. L'evoluzione storica, che avrebbe condotto alla progressiva affermazione della tutela del diritto come funzione pubblica, in una prima fase quale regolamento esteriore dell'esercizio della forza privata, successivamente anche quale imparziale accertamento del diritto, sarebbe giunta a compimento presentando l'uno e l'altro stadio, distinti e separati, ma normalmente concorrenti nel processo, affidati a degli organi pubblici. « Con ciò stesso — spiega Chiovenda —, l'accertamento ha acquistato una importanza a sé, è esso stesso attuazione di diritto, in quanto per opera di un organo pubblico, la volontà collettiva è, non concretata, come suol dirsi inesattamente, ma espressa come volontà concreta » (*ibid.* 10 nt. 7 [= 35 nt. 7]); detta volontà, dunque, diversamente da quanto sostenuto da H. DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm. Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen* (Leipzig, Breitkopf & Hartel, 1877) 30, e O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt* (Leipzig, Duncker & Humblot, 1885) *passim*, altro non sarebbe che « applicata ». Per quanto attiene, invece, all'esecuzione, che esteriormente si presenta « come l'impiego di determinati mezzi di *coazione* o di *surrogazione* di atti di volontà dell'obbligato », essa « è per eccellenza attuazione di diritto, ma non è l'attuazione del diritto: rientra in questa come la specie nel genere. Attua il diritto in base ad un accertamento, ma è *esecuzione* di questo accertamento » (*ibid.* 11 s. nt. 7 [= 36 nt. 7]).

⁽³⁷⁾ Sulla ripartizione della funzione giurisdizionale tra i singoli organi, e la sua articolazione nei rispettivi uffici, come prospettate da WACH e SCHMIDT (cit., *supra*, in nt. 34), cfr. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 26 ss. nt. 8 [= in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* I, cit., 47 ss. nt. 8].

⁽³⁸⁾ Tra le posizioni considerate, è da segnalare, in proposito, quella di MORTARA, *Commentario*, cit., I n. 32 (ripresa, in parte, da M. DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo* I [Napoli, Detken & Rocholl, 1901] 53 s. nt. 2): « La funzione giurisdizionale, in sé e per sé, non è altro che attestazione di volontà, identificata, quanto alla ragione dell'obbedienza che le è dovuta, con quella contenuta anteriormente nella legge; ma obbligatoria in modo più rigoroso e preciso, in quanto che la volontà espressa nella legge, come formola astratta, generale, lascia luogo ad opinioni contrastanti circa la sua applicazione, mentre quella dichiarata dalla giurisdizione è concreta, specifica, e non lascia libertà di opinioni intorno al suo adempimento. In questo consiste la forza giuridica che la

con specifico riguardo per la determinazione dei rapporti tra la funzione giurisdizionale e quella amministrativa, « le geniali e tutte nostre discussioni originate dai nostri istituti di giustizia amministrativa » avrebbero di recente introdotto in questo campo alcune idee meritevoli di particolare attenzione ⁽³⁹⁾.

Le idee, che i « nostri » istituti e, conseguentemente, le discussioni « tutte nostre » intorno a questi maturate avrebbero prodotto, quale originale contributo italiano alla riflessione scientifica sul processo civile, sono quelle che avevano condotto Vittorio Scialoja, suo « venerato maestro » ⁽⁴⁰⁾, a ripensare i canoni della distinzione tra giurisdizione e amministrazione, attesa la strutturale corrispondenza degli elementi che compongono i rispettivi atti. Al riguardo, Chiovenda concorda con le « acute osservazioni » di Simoncelli quanto alla necessità, perché vi sia pronuncia giurisdizionale, che l'atto di volontà accompagni il giudizio logico, dal momento che

giurisdizione aggiunge al diritto obbiettivo, quando accorda difesa e sanzione ad una facoltà subbiettiva da esso tutelata. Il di più, che si svolge come effetto dell'atto giurisdizionale in confronto ai soggetti privati, cioè l'impiego della coercizione mediante il concorso della forza materiale, è funzione di governo, non di giurisdizione [...], come è facile comprendere anche solo ponendo mente all'esteriore processo di una esecuzione forzata » (si v., inoltre, a integrazione di quanto riferito, *ibid.* I n. 17, 162; II n. 9, 436, 437). Questo modo d'intendere la funzione giurisdizionale, e in relazione a essa la natura del procedimento esecutivo, avrebbe condotto MORTARA, *Commentario*, cit., II n. 10, a contemplare, sia pure in termini generici, l'« opera giurisdizionale » degli arbitri, quindi a considerare le attribuzioni loro riconosciute nella materia contenziosa quali « parti o frazioni della potestà giurisdizionale », e DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo* I, cit., 162, 186 s., a qualificare espressamente l'ufficio dell'arbitro come « prettamente giurisdizionale » e il lodo come « vero pronunciato giurisdizionale »: « il che — commenta Chiovenda — è ad ogni modo erroneo, perché comunque debba intendersi la giurisdizione, essa è certo funzione *esclusiva* di sovranità, onde il lodo per sé non è punto né poco atto giurisdizionale, non è dichiarazione di diritto, ma puro giudizio logico, che viene assunto come *fondamento giuridico* di un'azione tendente a un atto giurisdizionale e come *presupposto* di questo atto » (CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 29 nt. 8 [= in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* I, cit., 49 nt. 8]). Sulla specifica rilevanza, nella prospettiva di questa ricerca, del confronto circa il carattere dell'attività arbitrale e il valore giuridico del lodo, cfr., *infra*, nt. 68 e 81.

⁽³⁹⁾ CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 33 nt. 8 [= in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* I, cit., 52 nt. 8].

⁽⁴⁰⁾ Così nella pagina dedicataria di CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile* (1904), cit.: cfr., in proposito, CIPRIANI, *Vittorio Scialoja e la maiuscola reverenziale di Giuseppe Chiovenda*, cit., 76 ss. [= in *Scritti in onore dei Patres*, cit., 130 s.].

quest'ultimo, « per sé stante », non avrebbe mai natura di atto di comando, ovvero di giurisdizione, quale invece avrebbe l'atto di volontà, « che in base ad esso giudizio è emanato » (41). Egli prende le distanze, invece, dagli ulteriori sviluppi critici dell'argomentazione del collega, concernenti la consistenza logica degli atti in esame.

« In primo luogo, né l'atto amministrativo, né l'atto giurisdizionale non sono la *conclusione* di un sillogismo: ma atti di volontà determinati dalla conclusione di un sillogismo. In secondo luogo non giova punto il cercare un criterio discrezionale nella diversa formazione della maggiore di questo sillogismo (nell'atto giurisdizionale la norma di legge, nell'amministrativo l'utilità non determinata dello Stato), perocché nell'atto amministrativo, la maggiore del sillogismo-base è pur sempre una norma di legge, nel giurisdizionale può essere benissimo una utilità generale non determinata » (42).

L'atto di volontà non sarebbe, dunque, una componente del ragionamento logico, il momento culminante del sillogismo, ma una specifica determinazione scaturita dalla sua conclusione. Nell'opera del giudice, come in quella dell'amministratore, l'elaborazione del giudizio preparerebbe la manifestazione di una volontà con esso coerente. Avvertita, quindi, la sostanziale omogeneità rispetto al contenuto della premessa maggiore dell'inferenza così ricostruita, in entrambi gli atti una norma di utilità generale, anche negli effetti la portata dei due provvedimenti risulterebbe in larga misura analoga, potendo coinvolgere una pluralità di consociati tanto l'annullamento di un atto amministrativo, quanto quello di un contratto, di un matrimonio o di un testamento, « onde la differenza resta precisamente la diversa intensità, per così dire, accordata di fronte all'atto di volontà all'importanza del sillogismo base, l'essere più o meno riflesso del giudizio logico » (43).

(41) CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 33 nt. 8 [= in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* I, cit., 52 nt. 8].

(42) CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 34 nt. 8 [= in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* I, cit., 52 nt. 8].

(43) CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 34 nt. 8 [= in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* I, cit., 53 nt. 8]. « E poiché lo Stato — prosegue Chiovenda — deve garantire il più possibile la corretta formazione di questo giudizio logico e la manifestazione di una volontà conforme ad esso, s'intende il lento autonomizzarsi

Riaffermata l'essenziale dualità degli elementi costitutivi degli atti in esame, Chiovenda riconosce l'utilità del criterio che definisce il concetto di giurisdizione sulla base della rilevanza conferita al giudizio logico, all'esercizio del ragionamento rispetto alla manifestazione della volontà. Elaborando, quindi, nei termini di una diversa « intensità », quella differenza « quasi di accentuazione » nella quale Simoncelli aveva creduto di cogliere il segno di un'alterazione del pensiero di Scialoja, l'allievo prova a riavvicinarsi alla posizione del maestro (cercando, invero, di condurre quest'ultimo dalla propria parte), fino a intravedere la possibilità di « fondere questo concetto col concetto germanico della giurisdizione »: individuato, infatti, nella particolare importanza dell'accertamento logico, il carattere specifico dell'atto giurisdizionale, questo investirebbe non solo il dispositivo della sentenza, ovvero l'atto giurisdizionale per eccellenza ⁽⁴⁴⁾, ma ogni atto di volontà, come esercizio di potere pubblico, a servizio di tale accertamento: « questo accertamento logico come determinante la tutela giuridica, sarebbe il segno distintivo dell'atto giurisdizionale in genere dalle altre forme di tutela giuridica che possono incontrarsi fuori del processo » ⁽⁴⁵⁾.

5. *Un'immagine della sentenza civile.*

Il criterio distintivo del concetto di giurisdizione, individuato da Scialoja a vantaggio della migliore comprensione della funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, ha fatto rapidamente scuola.

dell'ufficio giurisdizionale, e le garanzie d'indipendenza di fronte allo Stato e ai cittadini, le quali sono maggiori per i giudici, minori per gli altri organi giurisdizionali, secondo il diverso grado di *cognizione* a ciascuno affidato » (*ibid.*).

⁽⁴⁴⁾ « La sentenza — così alcune pagine più avanti — è volontà di legge accertata nel caso singolo: in questo senso è *lex specialis* » (CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 97 [= in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* I, cit., 17]); « essa è attestazione autoritativa della volontà della legge » (*ibid.* 99 nt. 75 [= 90 nt. 75]); « la sentenza non è *per sua natura* che dichiarazione di diritto preesistente, e questo non è verità assoluta, ma volontà di legge. In quanto la legge preesiste e la sentenza è espressione di volontà concreta di legge, il diritto preesiste nella volontà stessa della legge di essere applicata e interpretata dal giudice » (*ibid.* 100 nt. 75 [= 91 nt. 75]).

⁽⁴⁵⁾ CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 34 s. nt. 8 [= in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* I, cit., 53 nt. 8]. Cfr., sul punto, TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda*, cit., 738 s. [= in *Dottrine del processo civile*, cit., 166].

Simoncelli è tra i primi ad averlo discusso, con particolare riferimento alla struttura della giurisdizione civile, condividendone l'articolazione di massima, ma dissentendo in merito allo specifico rapporto tra il giudizio logico, elaborato secondo uno schema sillogistico, e l'atto di volontà. Chiovenda, a breve distanza, ne ha proposto una più compiuta disamina, valorizzando l'originalità della soluzione proposta, nel panorama degli studi italiani sul processo civile, e problematizzando l'analisi dell'inferenza giudiziale. Sebbene le prospettive dei tre studiosi rispetto al problema appaiano tra loro diverse, non è difficile riconoscere, componendo i risultati di questo intenso lavoro intellettuale e osservandone in contropunto il profilo, una certa immagine della sentenza civile, il cui tratto principale consisterebbe nella distinta connotazione, logico-imperativa, delle sue parti.

I riferimenti alla logica, quindi alla rappresentazione sillogistica del ragionamento, come quelli alla volontà, in primo luogo della legge, eventualmente anche del giudice, non possiedono, nei contesti indagati, un'identica valenza semantica, né condividono la medesima funzione retorica. La controversa combinazione dei due elementi evidenzia, inoltre, nelle pagine prese in esame, soluzioni addirittura inconciliabili, che oscillano tra le ipotesi di una compresenza solo possibile o affatto necessaria, del predominio dell'uno o dell'altro, e ancora dell'essere l'atto di volontà coincidente con la conclusione del sillogismo o piuttosto distinto e da questa scaturito.

Ciò nonostante, l'immagine in questione presenta già una sua peculiare consistenza, rispetto alla quale il confronto tra le posizioni divergenti di due tra i più brillanti cultori italiani del diritto processuale civile di quegli anni offre una testimonianza di particolare interesse. Negli studi di Francesco Menestrina ⁽⁴⁶⁾ e Alfredo Rocco ⁽⁴⁷⁾, la riflessione sulla natura dell'atto giurisdizionale risulta

⁽⁴⁶⁾ TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda*, cit., 743 s. nt. 154 [= in *Dottrine del processo civile*, cit., 171 nt. 154], lo descrive come « un grande giurista cittadino austriaco di lingua italiana, [...] molti dei cui atteggiamenti, anche in sede storiografica, sono simili a quelli di Chiovenda (quantunque espressi in modo meno macchinoso, più chiaro e più dimesso) ».

⁽⁴⁷⁾ Sebbene Rocco non possa « essere considerato prima di tutto un processualista civile, quantunque abbia insegnato questa disciplina per diversi anni », TARELLO, *Il*

infatti integrata da una più consapevole ricostruzione del processo di formazione del ragionamento del giudice, attenta ai problemi concernenti la determinazione delle sue premesse e l'inferenza logica della conclusione.

6. *Francesco Menestrina e le « preferenze capricciose » di una giovane scienza.*

La differente intensità riferita al valore del sillogismo rispetto all'atto volitivo, rilevata « sulle tracce di SCIALOJA » da Chiovenda, il quale avrebbe fondato su questa base « un nuovo criterio distintivo » tra gli atti amministrativi e giurisdizionali, desta l'attenzione di Menestrina, libero docente presso l'Università di Innsbruck, e autore di un fortunato studio su *La pregiudiziale nel processo civile* ⁽⁴⁸⁾.

La principale novità del criterio indicato sarebbe da ricondursi alla matura consapevolezza, in esso evidente, circa la diversa importanza dei due elementi della decisione. Se, infatti, la loro comprensione risulterebbe comunemente ammessa nella letteratura giuridica del tempo, la riflessione teorica, « con una di quelle preferenze capricciose che indicano la giovinezza della nostra scienza », si sarebbe concentrata quasi esclusivamente sul fattore imperativo ⁽⁴⁹⁾,

problema della riforma processuale, cit., 1429 [= in *Dottrine del processo civile*, cit., 58], giudica la sua « una figura centrale nella storia della procedura civile della prima metà di questo secolo ». Accanto a P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo* (Brescia, Morcelliana, 1963) spec. 62 s., cfr. M. FERRO, *Alfredo Rocco e la procedura civile, 1906-1917*, in « *Materiali* » IV (1974) 459-495.

⁽⁴⁸⁾ F. MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile* (Vienna, Manz, 1904) 33 nt. 2 [rist. (Milano, Giuffrè, 1963) 37 s. nt. 9].

⁽⁴⁹⁾ Contrariamente a quanto sarebbe invece accaduto nello studio del fenomeno legislativo, ove la dottrina, consolidata la distinzione tra *Gesetzesinhalt* e *Gesetzesbefehl* (esplicito il rinvio di Menestrina alle pagine di P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* II [Tübingen, Mohr, 1901⁴] 3 ss.), avrebbe fermato la propria attenzione prevalentemente sull'elemento del contenuto o del pensiero. « Nella formazione del diritto astratto è dato dunque trovare gli identici fenomeni che nella sua applicazione al caso concreto. L'opera creatrice del diritto è analoga a quella del magistrato giudicante, perché in un caso e nell'altro s'incontrano la ricerca di un oggetto da volersi e un atto di volontà. Quest'ultimo, affermazione solenne dello Stato, viene da chi nella determinata funzione visibilmente rappresenta lo Stato stesso [...] » (MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., 39 [= rist. 43 s.]).

in larga misura disinteressandosi di quello logico ⁽⁵⁰⁾. Il merito, dunque, delle «geniali» discussioni magnificate da Chiovena, consisterebbe proprio nell'aver prodotto le condizioni necessarie affinché l'attenzione degli studiosi si volgesse verso l'attività mentale del giudice. In questa prospettiva, spiega Menestrina, attesa l'importanza dell'osservazione del processo come fenomeno di movimento, anche in conseguenza dell'emancipazione del diritto processuale da quello sostanziale, e posto che tutto quanto nello svolgimento della lite concorra alla preparazione della decisione altro non sarebbe che l'elaborazione dell'elemento logico di questa, su tale terreno dovrà raccogliersi lo studio più serio ⁽⁵¹⁾.

Nel diritto moderno, dunque, il comando in cui si traduce ogni decisione del giudice presuppone sempre un ragionamento, che ne mitighi l'asprezza nei confronti dei consociati, e soprattutto che fornisca un oggetto e una giustificazione alla sua estrinsecazione: «il giudice non deve volere se non ciò che nel caso concreto ha trovato di *poter volere*, traendo dalla subsunzione del fatto speciale alla norma astratta una conclusione. Questa, prima d'essere voluta, dev'essere trovata» ⁽⁵²⁾. L'idea che il giudice debba esprimere la propria volontà solo dopo aver accertato che cosa, nella singolarità

⁽⁵⁰⁾ MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., 32 [= rist. 36]. Esempi di trattati di diritto processuale in cui la sentenza risulta compresa tra gli atti di volontà del giudice sarebbero offerti, tra gli altri, da J.W. PLANCK, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts* I (Nördlingen, Beck, 1887) 442, e SCHMIDT, *Lehrbuch*, cit., 507. Diversamente, CHIOVENA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 30 ss., 82 nt. 68 [= in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* I, cit., 6 ss., 78 nt. 68], e W. KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre* (Leipzig, Hirschfeld, 1903) 23 ss., sostengono che la volontà espressa nella sentenza non sia quella del giudice, bensì quella della legge: secondo tale impostazione, infatti, «l'elemento imperativo proviene tutto dalla norma di legge, non avendo lo Stato alcun bisogno di aggiungere all'impero astratto e già vincolante, uno speciale ordine emesso dal giudice» (MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., 32 nt. 1 [= rist. 36 nt. 7]).

⁽⁵¹⁾ MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., 40 [= rist. 45]. «Il fatto — prosegue lo studioso trentino — che la dottrina ha ancora maggiori simpatie per l'elemento imperativo sta solo a provare che errori e pregiudizi scientifici quasi sempre sopravvivono alla causa da cui sono nati» (*ibid.* [= 45 s.]).

⁽⁵²⁾ MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., 28 [= rist. 31]. «L'argomentazione logica è dunque qualche cosa di più d'un puntello dato all'*imperium*, è addirittura un presupposto perché esso possa svestirsi della sua astrazione e rendersi efficace regolatore della vita giuridica dei cittadini» (*ibid.* 29 [= 32 s.]).

del caso in considerazione, sia possibile per lui volere, che la conclusione del suo ragionamento debba essere logicamente conseguita, e solo allora voluta, è tratta dall'osservazione per cui, laddove detta conclusione fosse semplicemente « trovata », la pronuncia del giudice si ridurrebbe al giudizio di un privato, che non esprime alcuna autorità, mentre nel caso in cui tale decisione, a prescindere da un ragionamento rigoroso, fosse solo « voluta », essa degenererebbe inevitabilmente in un atto di arbitrio, posto in essere da un magistrato che abusa del proprio potere.

Tanto premesso, Menestrina individua, nell'analisi della dinamica giurisdizionale, due distinte prospettive. Per quel che concerne la pendenza del processo civile, la sua posizione non appare troppo distante da quella di Scialoja. Sarebbe l'elemento del giudizio a determinare in modo preponderante lo svolgimento della causa, e l'interazione dei soggetti coinvolti risulterebbe disciplinata essenzialmente in funzione della corretta elaborazione logica della decisione giudiziale. Questi considera, inoltre, come un dato acquisito nella scienza giuridica, « che l'attività mentale del giudice si compendia in un sillogismo, per cui alla norma astratta si sottopone il caso speciale e se ne trae la conseguenza ». Al riguardo, denunciata l'estrema superficialità di talune semplicistiche rappresentazioni, e avvertita l'esigenza di scomporre tale operazione « in una lunga e ininterrotta catena di atti del pensiero », il discorso si arricchisce di interessanti notazioni analitiche ⁽⁵³⁾. Nell'intento di problematizzare questa complessa genealogia, lo studioso trentino rileva come, se la conclusione del ragionamento giudiziale discende razionalmente dalle sue premesse, queste, « anziché scaturire belle e fatte come Minerva dal

⁽⁵³⁾ MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., 40, 42 [= rist. 46 s.]. Significativa, in chiusura delle pagine dedicate a *L'elemento logico della decisione di merito*, a proposito dell'« importanza che per la tecnica processuale assume la possibilità della scissione del lavoro mentale da cui scaturisce la sentenza », la notazione circa la complessità del ragionamento del giudice, il quale giungerebbe alla conclusione finale « attraverso una serie di sillogismi più o meno marcati: talvolta s'ha un entimema, in cui una sola delle premesse è espressa: talvolta il sillogismo è contratto, il che equivale a dire che trovasi aggiunto alla conclusione il solo termine medio, quale ragione del suo valore: ma comunque si manifesti, la serie sillogistica c'è, ed ogni sua parte si insinua nell'argomentazione di chi giudica come un sasso in un edificio che si sta costruendo » (*ibid.* 81, 86 [= 91, 96]).

capo di Giove », sarebbero il prodotto di un delicato lavoro del giudice, che presenta non poche difficoltà, tanto per ciò che concerne l'individuazione della norma giuridica nella proposizione maggiore ⁽⁵⁴⁾, quanto per ciò che attiene alla costruzione del fatto nella minore ⁽⁵⁵⁾.

Si avvicina, invece, maggiormente alle notazioni critiche di Simoncelli e Chiovenda, la tesi circa la prevalenza dell'elemento imperativo una volta raggiunta la cosa giudicata. Chiusa la pendenza della lite, il giudice dona al prodotto della propria intelligenza il suggello della sua autorità, che non sarebbe « autorità di conoscitore di leggi o di scienziato, ma di ufficiale dello Stato » ⁽⁵⁶⁾. Non appena egli sia pervenuto a formulare la decisione, attraverso i necessari strumenti del ragionamento, che gli avrebbero fornito « il *perché* per trovare il *che cosa* », è la sua volontà che « passa in prima linea, asservendo a sé la forza psicologica dell'argomentazione e restando vittoriosa in campo, anche quando constasse che l'elemento logico

⁽⁵⁴⁾ Questo processo di individuazione deve fare i conti con le « forme variatissime » che la vita assume, le quali non sarebbero affatto riducibili all'« arido schema » di una norma giuridica: da qui la necessità, come avvertita da F. STEIN, *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse* (Leipzig, Hirschfeld, 1893) 40, « di ridurre la norma stessa plasmandola in modo conveniente, mettendola in rapporto con altre, dando insomma all'astrazione la stessa complicazione che nelle sue linee giuridicamente importanti presenta il caso concreto » (MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., 42 [= rist. 47 s.]).

⁽⁵⁵⁾ Nella costruzione del fatto il giudice sarebbe chiamato a trovare, tra le opposte asserzioni delle parti, « la via della verità », in alcuni casi guidato solo dal proprio raziocinio, in altri condizionato da determinate prescrizioni normative, le quali produrrebbero uno specifico « distacco » tra i risultati della libera attività intellettuale del « giudice-uomo privato » e quelli dell'argomentazione regolata nella legge processuale del « giudice-persona pubblica ». Se tale distacco potrebbe sembrare dar ragione a coloro i quali non considerano tra le principali finalità del processo il raggiungimento della verità materiale, esso « in effetto non indica che la sostituzione del senno e dell'esperienza del legislatore, ossia della collettività, ai subiettivi e forse illogici atti mentali del giudice » (MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., 42 s. [= rist. 48 s.]).

⁽⁵⁶⁾ Il fondamento della forza legale del giudicato non andrebbe ricercato, dunque, come autorevolmente sostenuto da F.C. VON SAVIGNY, *System des Römischen Rechts* VI (Berlino, Veit und Comp., 1847) 257 ss., p. 261 [trad. it. di V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale* VI (Torino, UTET, 1896) 283 ss., p. 287], in una « finzione della verità ».

da cui la decisione ebbe il substrato non può reggere ai dardi della critica » (57).

Alla luce della distinzione così prospettata, Menestrina conduce in sintesi il discorso, riassumendo il proprio pensiero in merito alla concorrenza e alla diversa importanza del giudizio logico e dell'atto di volontà, quali fattori costitutivi della pronuncia giurisdizionale:

« dei due elementi che compongono il giudizio civile uno viene dal giudice quale uomo che ragiona e l'altro dal giudice quale autorità; uno viene preparato lentamente con la collaborazione di tutti i soggetti processuali e l'altro esiste latente sin da principio, per la stessa posizione che il giudice ricopre; uno, esposto a molteplici attacchi e all'autocritica di chi lo usa, rappresenta la mutabilità, l'altro la stabilità; uno dunque forma l'elemento preponderante durante la litispendenza che è fenomeno di movimento, l'altro dopo spentosi il processo dichiarativo nella sentenza passata in giudicato » (58).

7. *La controversa natura della sentenza civile: Alfredo Rocco.*

In aperto contrasto con tali conclusioni, quanto alla definizione dei caratteri essenziali della decisione giudiziale, i risultati conseguiti da Rocco negli studi su *La sentenza civile*, editi a Torino nel 1906, e dedicati a Carlo Fadda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento (59). Considerata la sentenza come l'atto del giudice

(57) MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., 31 [= rist. 35]. « Poggiando sulla sola forza del ragionamento, la base della decisione potrebbe essere spazzata via da un sillogismo più calzante; per cui la medesima effimera validità che troviamo nei giudizi dei privati e sino in canoni della scienza rumorosamente proclamati la avremmo pure qui, se la decisione del giudice non attingesse un'energia speciale a una fonte tutta sua. Questa fonte è la volontà del giudice, considerato quale rappresentante dell'autorità dello Stato » (*ibid.* 30 [= 34]).

(58) MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., 32 [= rist. 36].

(59) A. ROCCO, *La sentenza civile. Studi* (Torino, Bocca, 1906) [rist. (Milano, Giuffrè, 1962)]. Lo studio di questa monografia di Rocco può essere utilmente integrato, come suggeriva già TARELLO, *Il problema della riforma processuale*, cit., 1429 nt. 45 [= in *Dottrine del processo civile*, cit., 58 nt. 120], attraverso la lettura delle dispense litografate, « rarissime », delle sue lezioni parmensi: A. ROCCO, *Lezioni di diritto processuale civile*, raccolte da F. ERCOLE - M.T. ZANZUCCHI, R. Università di Parma, anno accademico 1905-906 (Parma, Bartoli, 1906); nonché ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, per cura degli studenti M. ROSATI - C. ANGUIZZOLA, R. Università di Parma, anno accademico

in cui si compie e si esaurisce la funzione di accertamento del diritto, quale modalità specifica dell'esercizio della giurisdizione civile, Rocco tira le fila della discussione, riassumendo l'intero spettro delle possibili determinazioni della sua natura, nella formulazione delle seguenti opzioni: « se la sentenza sia un atto puramente *teoretico* della mente, ossia un atto dell'*intelligenza*, ovvero un atto *pratico*, ossia un atto della *volontà*, ovvero contenga insieme l'uno e l'altro » (60).

Nel merito, egli manifesta una certa insoddisfazione nei confronti della tesi di Scialoja: non risultando gli elementi del giudizio e della volontà distintivi dell'attività giudiziale, il criterio della mera prevalenza del primo sul secondo sarebbe « troppo indeterminato », e di conseguenza « insufficiente a caratterizzare la giurisdizione » (61). Condivisa l'indicazione di Menestrina, circa la scarsa attenzione da parte della dottrina nei confronti della componente logica, Rocco non reputa necessario discutere della presenza di un giudizio alla base della sentenza, quanto piuttosto dell'eventuale concorrenza di un atto volitivo. Sebbene l'opinione più diffusa riconduca proprio all'intervento della volontà del giudice il momento differenziale della pronuncia giurisdizionale (62), egli ritiene che il solo elemento « *essenziale e caratteristico* » sia il giudizio logico: « cioè che la sentenza sia *essenzialmente* un atto della mente del giudice » (63).

1906-907 (Parma, Bartoli, 1906) (le indicazioni di Tarello, invero non particolarmente precise, si riferiscono al primo dei due corsi).

(60) ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 32 [= rist. 28].

(61) ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 13 nt. 11 [= rist. 11 nt. 11]. « Teoricamente questo criterio, è, in fondo, la confessione che non vi è una differenza di *qualità*, ma solo di *quantità* tra l'attività giudiziale e l'amministrativa, ossia che l'una e l'altra sono *sostanzialmente* la stessa cosa. Praticamente, la possibilità di utilizzarlo vien meno proprio là dove se ne sentirebbe maggiore il bisogno: e cioè nelle zone grigie, nei punti intermedi, dove mancano i criteri formali, e si deve ricorrere a un decisivo criterio sostanziale » (*ibid.*; la medesima notazione si legge in *Id.*, *Lezioni*, a.a. 1905-906, cit., 28 s. [= *Lezioni*, a.a. 1906-907, cit., 18 s.]).

(62) Se le indicazioni bibliografiche, al riguardo, replicano in sostanza quelle proposte da Menestrina (*v.*, *supra*, nt. 50), merita attenzione l'incerta interpretazione della posizione di Chioyenda: ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 33 nt. 30 e 31 [= rist. 29 nt. 30 e 31].

(63) ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 33 [= rist. 29].

È nella norma giuridica che il comando dello Stato, enunciato in forma astratta, si estrinseca in un atto di volontà; nella sentenza, invece, il giudice dovrebbe solo tradurre tale comando in concreto, senza bisogno di aggiungere la propria volontà a quella già espressa dall'organo legislativo, semplicemente formulando un giudizio su di essa, mediante la sussunzione del caso particolare sotto la regola generale. La determinazione, a partire dalla disposizione normativa, del comportamento che un certo soggetto deve tenere nelle specifiche circostanze del caso, altro non sarebbe che una pura operazione logica:

« un sillogismo, in cui, assunta come premessa maggiore la norma generale, come minore il caso concreto, si deduce la norma di condotta da seguire nel singolo caso. Il giudizio logico non cambia certo natura, per ciò solo che ha per oggetto una dichiarazione di volontà, cioè una norma giuridica. L'attività mentale del giudice resta un'attività puramente *teoretica* benché si eserciti sopra un prodotto dell'*attività pratica altrui*, ossia sopra un'altrui dichiarazione di volontà » (64).

Il riferimento al sillogismo, secondo una definizione che rimarrà canonica nella cultura giuridica italiana (65), è inteso a consolidare l'idea della sentenza come opera dell'intelligenza del giudice: posto che la volontà dello Stato si sarebbe già compiutamente espressa in sede di legislazione, la giurisdizione altro non sarebbe che l'accertamento di questa volontà nel caso in esame. Sebbene esercitata, dunque, sul prodotto di un'attività pratica da altri posta in essere — nello specifico: una norma giuridica —, l'attività giudiziale si connoterebbe come « puramente *teoretica* » (66). Rovesciate in questi

(64) ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 34 [= rist. 30].

(65) Cfr., in senso analogo, ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 5 [= rist. 4 s.]: « Ogni applicazione della norma giuridica, da chiunque, in qualunque forma, ed a qualunque scopo sia fatta, presuppone dunque sempre un *giudizio logico*, e precisamente, un *sillogismo*, in cui la premessa maggiore è data dalla norma, la minore dal singolo rapporto di cui si tratta, la conclusione da una norma di condotta *speciale* per quel dato rapporto, desunta dalla norma generale » (la definizione è riproposta in ID., *Lezioni*, a.a. 1905-906, cit., 39 [= *Lezioni*, a.a. 1906-907, cit., 24]).

(66) È interessante rilevare come, assumendo che il sillogismo non muti la propria natura pur avendo per oggetto una dichiarazione di volontà, Rocco sollevi (e immediatamente superi, come ininfluyente) la questione concernente la possibilità di operare inferenze logiche tra enunciati alcuni dei quali esprimono norme giuridiche, che troverà

termini le conclusioni di Simoncelli, circa la qualificazione essenzialmente pratica della giurisdizione, Rocco riabilita, in contrapposizione con quanto affermato da Menestrina, il primato dell'elemento logico alla base dell'autorità del giudicato: non sarebbe la natura dell'attività, svolta in vista della formulazione del giudizio, a differenziare la sentenza del giudice dal parere di un privato, ma la specifica forza obbligatoria che il diritto obiettivo riconosce al suo risultato. « Non è ad un atto di volontà, ma al *giudizio logico* del giudice, cioè a un prodotto della sua attività *intellettuale*, che la legge riconnette quel determinato effetto giuridico » (67).

Tanto premesso, quanto alla consistenza e all'efficacia giuridica della sentenza (68), Rocco prende in considerazione il processo che

la sua compiuta formulazione critica nelle pagine di H. Kelsen, *Recht und Logik*, in « Forum » (Wien) XII (1965), n. 142, p. 421-425, n. 143, p. 495-500, n. 144, p. 579 [= in *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Schriften von H. Kelsen, A.J. Merkl, A. Verdross, hrsg. von H. Klecatsky, R. Marčić, H. Schambeck, Bd. II (Wien, Europa, 1968) 1469-1497; trad. it. di R. Guastini, *Diritto e logica*, in *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti* II, a cura di P. Comanducci, R. Guastini (Torino, Giappichelli, 1989) 65-98]. Cfr., nel merito, Mazzarese, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, cit., 33 ss., 44 ss.

(67) Rocco, *La sentenza civile*, cit., 35 [= rist. 30]. « Come è noto — prosegue l'autore —, il diritto obiettivo opera sempre ricollegando a un determinato fatto (fatto giuridico) determinati effetti giuridici: il quale fatto può, alcune volte, essere un atto della volontà umana, ma può essere anche un fatto di altra natura. Ora qui abbiamo appunto il caso di effetti giuridici ricollegati dalla legge non ad un prodotto dell'attività *volitiva*, ma a un prodotto dell'attività *intellettiva* di un organo dello Stato » (*ibid.* [= 30 s.]). Così fondata la tesi, secondo cui la sentenza avrebbe nel giudizio logico il suo unico elemento essenziale, non rilevando in alcun modo l'intervento del volere del giudice, Rocco muove una critica alla diversa argomentazione proposta da Kisch, *Beiträge zur Urteilslehre*, cit., 26 s., al quale rimprovera di non riuscire a spiegare « come, non il comando, ma l'accertamento del comando contenuto nella sentenza sia obbligatorio per il cittadino, lasciando così adito al dubbio, che, alla sua volta, l'obbligatorietà di questo accertamento dipenda da un particolare atto di volontà del giudice » (*ibid.* 35 s. nt. 35 [= 31 nt. 35]).

(68) Di grande interesse, nella duplice prospettiva di « saggiare, al lume delle esigenze pratiche e delle singole disposizioni della legge positiva, la bontà dei concetti generali e sistematici posti a base della nostra trattazione, ma anche di sempre meglio determinare e precisare il concetto di sentenza », la riflessione condotta da Rocco, *La sentenza civile*, cit., 38 ss. [= rist. 33 ss.], tesa a delimitare questo concetto rispetto a quello, più o meno affine, di lodo arbitrale (in senso analogo, Id., *Lezioni*, a.a. 1905-906, cit., 123 ss. [= *Lezioni*, a.a. 1906-907, cit., 53 ss.]). Questi svolge, in linea con la posizione

conduce alla sua formazione, esaminando, come già Menestrina aveva iniziato a fare, la progressiva elaborazione e le distinte componenti dell'inferenza deduttiva in cui si articolerebbe il ragionamento giudiziale, al fine di intendere, nel quadro della specifica regolamentazione dell'attività del magistrato, dove questa risulti condizionata dalla volontà delle parti in causa, e dove, invece, essa sia dominata esclusivamente dalle esigenze logiche del pensiero ⁽⁶⁹⁾.

È richiesta al giudice, nella sentenza, la pronuncia di un giudizio individuale e categorico, sull'esistenza o meno di un rapporto o di uno stato giuridico determinato. Essendo la giurisdizione civile

di WACH, *Handbuch*, cit., 64 ss., e CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 28 ss. nt. 8 [= in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* I, cit., 48 ss. nt. 8], un'accurata critica della costruzione dogmatica del compromesso e del giudizio arbitrale mediante la quale MORTARA, *Commentario*, cit., III n. 34 ss., sarebbe giunto a riconoscere il carattere giurisdizionale del lodo. Dal momento che il fatto giuridico dal quale gli arbitri derivano, in conformità con quanto disposto dalla legge, i loro poteri è un negozio giuridico privato, e che le parti, stipulando il contratto di compromesso, non agiscono in qualità di organi dello Stato, ma esclusivamente nel loro privato interesse, « logicamente ne deriva che le funzioni degli arbitri non sono funzioni pubbliche, ma private, che privati sono i rapporti tra essi e le parti, giudizio privato, e non sentenza, la pronuncia che essi emanano » (ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 42 [= rist. 36]). Tale conclusione, tratta sul piano dell'analisi concettuale, risulterebbe confermata dall'esame della disciplina allora vigente nell'ordinamento giuridico italiano: ciò sarebbe evidente nel caso in cui gli arbitri abbiano la facoltà di pronunciare « come amichevoli compositori » (art. 20 c.p.c.), ma anche nei casi in cui essi siano chiamati a decidere secondo le norme giuridiche, posto che, per un verso, le parti possono liberamente convenire le forme e i termini della procedura arbitrale (art. 17 c.p.c.), e che, per altro verso, mancano agli arbitri quei poteri di coercizione nella conduzione del processo di cui dispongono i magistrati investiti della funzione giurisdizionale (*ibid.* 42 ss. [= 36 ss.]). Neanche la possibilità, infine, che il lodo acquisti la qualità di titolo esecutivo, con l'emanazione del decreto del pretore (art. 24 c.p.c.), modificherebbe la sua natura essenzialmente privata, da intendersi quale particolare configurazione di un istituto generale del diritto privato italiano, consistente nell'arbitrio del terzo come elemento di determinazione della volontà privata: « Nel compromesso — scrive Rocco —, le parti dichiarano la loro volontà generica di comporre le loro controversie, secondo quello che verrà stabilito da una o più persone di loro fiducia, chiamate arbitri [...]. La volontà *indeterminata* delle parti si *determina* mediante la pronuncia del lodo, la cui funzione è appunto quella di determinare il contenuto della volontà delle parti, manifestata indeterminatamente nel compromesso. Il lodo dunque non obbliga le parti, se non in quanto determina la loro volontà dichiarata nel compromesso: è da questa volontà che esso attinge tutta la sua efficacia giuridica » (*ibid.* 46 s. [= 40]).

⁽⁶⁹⁾ ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 123, 126 [= rist. 108, 110 s.].

condizionata al soddisfacimento di un interesse privato, la decisione di provocare tale pronuncia, come la formulazione dei suoi termini essenziali, è rimessa all'iniziativa della parte che esercita il diritto di azione ⁽⁷⁰⁾. Soggetto del giudizio è un certo fatto, che l'attore deduce in sede processuale e il giudice è chiamato ad accertare; il suo predicato è la specifica conseguenza giuridica, attesa dall'uno ed eventualmente dichiarata dall'altro. Senza dunque modificare le coordinate del problema posto alla sua attenzione, il giudice deve limitarsi a ricercare una soluzione, stabilendo, attraverso un determinato ragionamento, il particolare rapporto che sussiste tra gli elementi in questione.

« Deve quindi il giudice trovare un *termine medio*, ossia un concetto, di cui siano noti i rapporti coi due termini dati: ciò gli permetterà, mediante un *sillogismo*, di conoscere il rapporto esistente *tra i due termini dati*, ossia di formare il giudizio richiesto. Il termine medio è offerto da un elemento noto al giudice: la *norma giuridica* » ⁽⁷¹⁾.

Così rappresentato, lo schema logico del sillogismo riassume in sé, con riguardo alla funzione propria del processo civile, la più tradizionale concezione liberale del diritto nello Stato moderno ⁽⁷²⁾. La parte, dunque, pone il problema e fissa i termini della sua risoluzione, indicando il contenuto della premessa minore (il caso concreto, che il giudice è tenuto a verificare come esistente) e della conclusione (la norma di condotta, che il giudice dovrà formulare come giudizio individuale e categorico). Tale risoluzione impegna il giudice, ancor prima che questi provveda all'accertamento del fatto, sul piano dell'individuazione del diritto, con la ricerca della premessa maggiore, il cui contenuto, del tutto indipendente dalla volontà delle parti, consiste in una norma giuridica nella quale il legislatore ha espresso la volontà dello Stato.

⁽⁷⁰⁾ Sul rapporto tra azione e sentenza, quindi sulla specifica correlazione tra l'oggetto dell'una e dell'altra, cfr. ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 78 ss., 113 ss. [= rist. 69 ss., 99 ss.].

⁽⁷¹⁾ ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 126 [= rist. 111].

⁽⁷²⁾ In tal senso TARELLO, *Il problema della riforma processuale*, cit., 1430 s. [= in *Dottrine del processo civile*, cit., 59 s.], e FERRO, *Alfredo Rocco e la procedura civile*, cit., 461, 468 ss.; cfr., al riguardo, DENTI, *Giovanni Tarello e la storia della cultura processualistica*, cit., 148 s. [= in *Sistemi e riforme*, cit., 140].

Il riferimento alla consistenza del termine medio descrive la posizione della norma in una relazione immediatamente conoscibile con i due termini del giudizio da formare; la sua determinazione, quindi, consente al giudice di stabilire, quale prodotto di conoscenza mediata, il rapporto che tra gli stessi sussiste. Rispetto al primo termine, trovata una certa prescrizione che si ritiene applicabile al caso concreto, il giudice ha già stabilito che il fatto dedotto in giudizio dalla parte deve considerarsi sussumibile sotto la categoria astratta dei fatti che la norma regola. Inteso, quindi, il rapporto o lo stato giuridico che la stessa associa come conseguenza a tale astratta categoria, anche la sua relazione con il secondo termine risulta chiarita, nel senso della coincidenza o meno degli effetti giuridici disposti dalla norma con quanto atteso dalla parte. « Poste così le due premesse del sillogismo, la conclusione darà il giudizio cercato e ci dirà se il rapporto giuridico, di cui è questione, rientra o non rientra fra quelli, che la norma giuridica ricollega al fatto o alla situazione di fatto esistente » (73).

8. *Un paradigma giuridico.*

La definizione del concetto di giurisdizione continua a catalizzare, negli anni seguenti, l'attenzione dei giuristi italiani (74). Nell'orizzonte della ricerca, tuttavia, non occorre soffermarsi oltre. Interessa, piuttosto, ricostruire le principali direttrici del dibattito sulla natura dell'atto giurisdizionale innescato dalle riflessioni di Scialoja, mettere a fuoco la relazione strategica che viene a costituirsi tra la rappresentazione della sentenza civile che ne è scaturita e lo statuto epistemologico della moderna scienza processualistica.

Un terreno di verifica, parziale forse, ma certamente esemplare, è offerto dai *Principii* di Giuseppe Chiovenda (75), l'opera che più d'ogni altra avrebbe influenzato e informato i successivi studi sul processo in Italia. Nella sua raffinata architettura, risultato della feconda sintesi tra indagine storica e costruzione teorico-dogmatica,

(73) Rocco, *La sentenza civile*, cit., 127 [= rist. 111].

(74) Riferimenti bibliografici essenziali si trovano in BETTI, *Diritto processuale civile*², cit., 14 ss. nt. 1.

(75) V., *supra*, nel Prologo, nt. 82.

l'immagine della sentenza, quale specifica combinazione di un giudizio logico e un atto di volontà, si articola e coordina, con i concetti generali di azione e rapporto giuridico processuale, nelle strutture portanti del nuovo edificio del diritto processuale civile ⁽⁷⁶⁾.

Intesa la destinazione del processo all'attuazione della legge, alla sua applicazione al caso singolo, da parte degli organi dello Stato incaricati dell'amministrazione della giustizia, quindi l'azione come il potere giuridico di porre in essere la condizione affinché tale attuazione abbia luogo ⁽⁷⁷⁾, Chiovenda ritiene che compito dei giudici sia quello « di affermare e attuare quella volontà di legge che essi *ritengono* esistente come volontà concreta, dati i fatti ch'essi *considerano* come esistenti » ⁽⁷⁸⁾. In questa prospettiva, se il giudice accerta come indiscutibile tale volontà concreta, posto che la volontà di legge altro non sarebbe, giuridicamente, che ciò che questi afferma essere, egli non accerta, invece, come effettivamente esistenti i fatti che detta vo-

⁽⁷⁶⁾ Cfr. SCERBO, *Tecnica e politica del diritto nella teoria del processo*, cit., 106 ss.; PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, cit., 720 ss.; CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., 114 ss.; FAZZALARI, *Chiovenda e il sistema di diritto processuale civile*, cit., 290 ss.; TARUFFO, *Sistema e funzione del processo civile*, cit., 1139 ss.; DENTI, *Sistematica e post-sistematica*, cit., 469 ss. [= in *Sistemi e riforme*, cit., 13 ss.]; TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda*, cit., 727 ss. [= in *Dottrine del processo civile*, cit., 155 ss.].

⁽⁷⁷⁾ Decisivo, nel merito, l'orientamento di WACH, *Handbuch*, cit., *passim*. Sulla storia del problema « azione » si v., almeno, R. ORESTANO, s.v. « Azione I. L'azione in generale a) Storia del problema », in *ED. IV* (Milano, Giuffrè, 1959) 785-822 (bibl. 825-829) [= in *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia* (Bologna, il Mulino, 1978) 13-111; quindi in *Scritti III*. Sez. prima. Saggistica, a cura di M. CAMPOLUNGH, C. LANZA, con una *Nota di lettura* di A. MANTELLO (Napoli, Jovene, 1998) 1359-1400]; G. TARELLO, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, in « *Materiali* » VII (1977) 147-167 [= in *Dottrine del processo civile*, cit., 241-261]; M. BRUTTI, *Il diritto romano come metateoria. Postfazione* di G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, rist. anastatica a cura di C. MASI DORIA, con una *Nota di lettura* di L. VACCA (Napoli, Jovene, 2006) 461-489, spec. 469 ss.

⁽⁷⁸⁾ CHIOVENDA, *Principii*¹, cit., 51 ss., spec. 52 [= *Principii*³, cit., 63 ss., spec. 65]. Emblematica, al riguardo, la critica della posizione di O. BÜLOW, *Klage und Urteil. Eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozeß*, in « *Zeitschr. f. dt. Civilpr.* » XXXI (1903) 191-270, e delle dottrine, in certa misura affini, « di una moderna scuola francese » (si v., per tutti, F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* [Paris, Chevalier-Marescq, 1899]), che avrebbero ricondotto, invece, tale ufficio alla determinazione della legge, ovvero alla produzione del diritto: CHIOVENDA, *Principii*¹, cit., 56 ss. [= *Principii*³, cit., 69 ss.].

lontà avrebbero reso concreta. La sentenza, di conseguenza, avrebbe valore « come espressione di volontà dello Stato », e non, invece, « per le sue premesse logiche », che al giudice compete di svolgere nella motivazione, e che dunque non passano in giudicato ⁽⁷⁹⁾.

« La minor importanza riconosciuta all'elemento logico, al ragionamento, di fronte all'atto di volontà, alla formulazione della volontà della legge nel processo, è una delle caratteristiche fondamentali della dottrina del processo moderno rispetto a quello d'altri tempi » ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾ CHIOVENDA, *Principii*¹, cit., 61 s., 578 s. [= *Principii*³, cit., 79, 909]. « Il ragionamento sui fatti è opera della intelligenza del giudice, necessaria come mezzo di preparare la formulazione della volontà della legge. [...] Ma il giudice non è soltanto un logico, è un magistrato. Raggiunto lo scopo di dare una formulazione della volontà della legge, l'elemento logico nel processo perde ogni importanza [...]. Il giudice dunque *in quanto ragiona* non rappresenta lo Stato: lo rappresenta in quanto afferma la sua volontà. La *sentenza* è soltanto l'affermazione di una volontà dello Stato che garantisca ad alcuno un bene della vita nel caso concreto; e a questo soltanto può estendersi l'autorità del giudicato; colla sentenza si raggiunge soltanto la certezza della esistenza d'una tale volontà » (*ibid.*¹ 579 [= *ibid.*³ 909]). A questo proposito, nelle pagine di Id., *Sulla cosa giudicata*, in « RISG. » XLIII (1907) 137-146 [= in *Nuovi saggi di diritto processuale civile* (1912), cit., 81-92; quindi in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930) II* (Roma, Società Editrice del « Foro Italiano », 1931; rist. anastatica nel vol. II dei *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, cit.) 399-409], torna in questione la celebre formula della « finzione della verità »: detto sintagma — nel quale Savigny aveva inteso riassumere l'essenza della cosa giudicata (v., *supra*, nt. 56), e in rapporto con il quale aveva rigorosamente svolto la tesi per cui la stessa si sarebbe estesa ai motivi della sentenza — « fu l'ultimo portato di tutto un mondo d'idee formatosi da secoli intorno a un testo romano: e nella sua sintetica nudità pose in chiaro i difetti delle dottrine che rappresentava, più di quanto avrebbe potuto una minuta confutazione » (*ibid.* 138 [= 82; 400]); il testo in questione è D. 1.5.25 = 50.17.207 [*Ulpianus libro primo ad legem Iuliam et Papiam*]). Pur riconoscendo che la « presunzione di verità » della sentenza del giudice individui in fondo la « giustificazione *sociale* » della cosa giudicata, Chiovenda sottolinea come, non riuscendo a spiegare la « natura giuridica » dell'istituto, essa non possa assumersi come sua definizione. In tal senso, seguendo l'indirizzo di quei « moderni scrittori » che avevano concentrato la loro attenzione « sul lato pubblico » del diritto processuale, e posto così in rilievo « l'importanza della sentenza come atto d'un organo dello Stato », « una larga corrente di studiosi » avrebbe ormai condotto l'analisi del fenomeno della cosa giudicata « colla massima indipendenza dalla considerazione dell'elemento logico » (*ibid.* 143 [= 88; 405 s.]; significativa la citazione, in nota, di MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., 27 ss. [= rist. 31 ss.], unico italiano segnalato tra gli « studiosi » in questione).

⁽⁸⁰⁾ CHIOVENDA, *Principii*³, cit., 80. La dottrina del processo moderno sarebbe dunque giunta a conclusioni almeno in parte analoghe a quelle dei giuristi romani, i quali

Una caratteristica che viene chiaramente in evidenza nelle pagine dei *Principii* dedicate agli elementi costitutivi dell'atto giurisdizionale, ove l'autore a più riprese sottolinea come il giudizio logico sull'esistenza di una volontà di legge non avrebbe altra funzione che quella, pur necessaria, preparatoria dello specifico atto di volontà, mediante il quale il giudice afferma la volontà della legge ⁽⁸¹⁾, con

« videro la importanza della *res iudicata* non nel *ragionamento* del giudice, ma nella *condanna* o nella *assoluzione*, cioè nella espressione della *volontà* del diritto nel caso concreto », e si sarebbe così nettamente differenziata dalla concezione dei giuristi di diritto intermedio, che volgeva invece « particolarmente sull'elemento logico del processo e sul sillogismo che è l'ossatura della sentenza, anziché sull'affermazione di volontà che scende dalla conclusione » (Id., *Principii*¹, cit., 577 [= *Principii*³, cit., 907 s.]; cfr., al riguardo, Id., *Sulla cosa giudicata*, cit., 139 s. [= in *Nuovi saggi di diritto processuale civile* (1912), cit., 83 s.; quindi in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930) II*, cit., 401 s.]). La tesi, com'è noto, costituiva un radicato *Leitmotiv* (certo influenzato dall'insegnamento di Scialoja) del pensiero chiovendiano: cfr. Id., *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in « RISG. » XXXIII (1902) 305-344 [= in *Saggi di diritto processuale civile* (1904), cit., 131-188; quindi in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930) I*, cit. (rist. anastatica nel vol. I dei *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, cit.) 181-224]. In senso critico, sul problema, TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda*, cit., 714 ss. [= in *Dottrine del processo civile*, cit., 142 ss.]; TARUFFO, *Sistema e funzione del processo civile*, cit., 1153; quindi CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., 66 s., 73 s., 81 s.

⁽⁸¹⁾ Particolarmente significative, al riguardo, le pagine in tema di arbitrato, in cui Chiovenda, per affermare « contro DE PALO e MORTARA » (cfr., *supra*, nt. 38) la natura privata dell'attività arbitrale e il carattere non giurisdizionale del lodo (tesi « svolta poi ampiamente da ROCCO ALFREDO », ma con argomenti non tutti condivisibili: cfr., *supra*, nt. 68), si serve della rappresentazione della sentenza quale combinazione di un giudizio logico con un atto di volontà. Tra i pochi casi in cui l'ordinamento riconosce validità agli accordi con cui le parti regolano, secondo la loro volontà, il rapporto processuale, specifica rilevanza avrebbe il compromesso, mediante il quale si deferisce la soluzione di una controversia a un arbitro: in conseguenza di tale accordo, con la rinuncia al procedimento di cognizione giudiziaria, la parte eventualmente citata dinanzi al giudice avrebbe il diritto di impedire la costituzione del rapporto processuale. Ciò che le parti sostituiscono al processo sarebbe a questo affine « nella sua figura logica », in quanto lo Stato non consentirebbe loro di affidare al giudizio di un privato che la preparazione della « materia logica » di una sentenza; « l'arbitro non è funzionario dello Stato, non ha giurisdizione, né propria né delegata, non attua la legge, non eseguisce »: il lodo, seppure irrevocabile per volontà delle parti, non sarebbe esecutivo, divenendo tale, e così « assunto al livello di atto giurisdizionale », solo in conseguenza dell'atto di un organo pubblico (CHIOVENDA, *Principii*¹, cit., 84 s. [= *Principii*³, cit., 107 ss.]). La decisione arbitrale, dunque, altro non sarebbe che « un'opera di logica giuridica », alla stregua del

una formulazione autoritativa in cui propriamente consisterebbe l'essenza della sentenza ⁽⁸²⁾.

Se questa rappresentazione rileva, con una portata che eccede evidentemente i confini della dottrina generale del processo, quale significazione essenziale del concetto di giurisdizione ⁽⁸³⁾, tale da

parere di un giurista; quando tale opera sia stata compiuta nelle materie e nei modi prescritti dalla legge, lo Stato sarebbe disposto a trarne « la materia prima d'una sentenza ». « Per intendere questo — scrive Chiovenda —, conviene considerare che nella sentenza l'elemento logico non ha altro valore se non di preparazione dell'atto di volontà, con cui il giudice formula la volontà della legge, e in cui l'atto giurisdizionale, la *sentenza*, consiste. La mera preparazione logica della sentenza non è per sé atto giurisdizionale, ma solo in quanto sia compiuta da un organo giurisdizionale » (*ibid.*³ 109 nt. 1); precisando, poco oltre, che « la sentenza — sia d'accertamento, sia di condanna — è essenzialmente un atto di volontà dell'organo pubblico, che *deve* avere per contenuto la formulazione della volontà della legge [...]. Quindi il ragionamento ha funzione meramente preparatoria [...]; e il giudizio logico sull'esistenza di una volontà di legge non attribuisce per sé *al privato* che lo compie ufficio giurisdizionale » (*ibid.*³ 110 nt. 1).

⁽⁸²⁾ In tal senso, nel paragrafo dedicato alla sentenza di condanna, si legge che « in ogni caso la sentenza obbliga come atto d'autorità, cioè di volontà della legge formulata da un'autorità che *sola* può formularla. L'essenza della sentenza è dunque in ogni caso in questa formulazione autoritativa, e non mai nel giudizio logico che è necessario per formularla » (CHIOVENDA, *Principii*³, cit., 158).

⁽⁸³⁾ Tornando sul problema della definizione del concetto di giurisdizione, Chiovenda viene a precisare, almeno in certa misura superando, le proprie precedenti conclusioni. Rilette le pagine di Scialoja e Simoncelli, quindi stabilito che « tanto l'atto di volontà come il giudizio logico, guardati *in sé stessi*, non possono avere che un valore costante ed unico », egli sposta l'attenzione su un diverso elemento — « la *sostituzione* di un'attività pubblica ad un'attività altrui » — caratteristico della funzione giurisdizionale, e idoneo a costituire un più solido criterio differenziale, per concludere che « l'amministrazione è un'attività *primaria* o *originaria*: la giurisdizione è un'attività *secondaria* » (CHIOVENDA, *Principii*¹, cit., 179 ss. [= *Principii*³, cit., 295 ss.]; ma v. già ID., *Cosa giudicata e competenza*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento* II [Napoli, Pierro, 1906] 395-411, spec. 401 s. [= in *Nuovi saggi di diritto processuale civile* (1912), cit., 67-80, spec. 71 s.; quindi in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* II, cit. (rist. anastatica nel vol. II dei *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, cit.) 411-423, spec. 415 s.]). Particolare interesse desta la notazione che segue: « Così può intendersi la diversa funzione che ha il giudizio logico rispetto alle due attività. Anche l'amministrazione giudica, perché non si agisce se non in base a un giudizio: ma giudica sull'attività propria. Invece la giurisdizione giudica dell'attività altrui e *d'una volontà di legge concernente altri* » (ID., *Principii*¹, cit., 182 [= *Principii*³, cit., 298]); il testo, nella terza edizione, così prosegue: « solo in questo

distinguerne la funzione specifica nell'organizzazione della sovranità dello Stato e nella divisione dei suoi poteri, è proprio entro il perimetro teorico della disciplina che essa funziona da schema di riferimento, in grado di orientare l'articolazione del discorso, condizionando la riflessione sullo svolgimento del rapporto processuale⁽⁸⁴⁾, l'analisi dei vizi della sentenza⁽⁸⁵⁾, dell'istituto della cosa giudicata⁽⁸⁶⁾, dei mezzi d'impugnazione⁽⁸⁷⁾.

Poche altre idee, nella storia del pensiero giuridico moderno, possono vantare la stessa capacità di organizzare la conoscenza, ordinando e riconducendo a sistema i suoi risultati. Sebbene la definizione della specifica consistenza dell'attuazione della legge possa apparire, in mancanza di una più approfondita analisi, essenzialmente apodittica, e il suo concetto non risulti ancora sviluppato in una teoria compiuta dell'interpretazione e del giudizio⁽⁸⁸⁾, il modello dell'atto giurisdizionale opera come un autentico paradigma nella determinazione dei principi euristici e delle categorie dogmatiche del campo di studi. Intorno alla connotazione logico-imperativa della decisione giudiziale si costruisce, così, la matrice disciplinare del diritto processuale civile italiano, e si istituzionalizza, negli anni che seguono, la prassi di ricerca della sua scienza normale.

senso può dirsi collo SCIALOJA che nell'atto giurisdizionale prevale "il momento del giudizio"; il che non diminuisce punto la verità e l'importanza dell'osservazione fondamentale fatta più su [...], che cioè la sentenza è essenzialmente formulazione *della volontà dello Stato*, rispetto alla quale il ragionamento ha ufficio meramente preparatorio » (*ibid.*³).

⁽⁸⁴⁾ Interessante notare, quanto all'attività d'indagine degli organi giurisdizionali, nell'assunzione delle prove sui fatti della causa, lo sviluppo di un ragionamento analogo a quello condotto da Menestrina (v., *supra*, § 6), tale per cui, finché si tratta di formare, « durante la lite », l'affermazione della volontà dello Stato, « l'elemento logico conserva il maggior valore », mentre invece, « passata in giudicato la sentenza », « il diritto non si cura più della rispondenza dei fatti ritenuti dal giudice alla realtà delle cose, e la sentenza rimane come affermazione della volontà dello Stato senza che nessuna influenza conservi sul suo valore l'elemento logico da cui è sorta » (CHIOVENDA, *Principii*¹, cit., 512 [= *Principii*², cit., 809 ss.]).

⁽⁸⁵⁾ CHIOVENDA, *Principii*¹, cit., 571 ss. [= *Principii*², cit., 893 ss.].

⁽⁸⁶⁾ V., *supra*, nt. 79.

⁽⁸⁷⁾ CHIOVENDA, *Principii*¹, cit., 596 ss. [= *Principii*², cit., 946 ss.]. Da rileggere per intero, quindi, i *Richiami* introdotti da Chiovena, su « L'elemento logico nel processo », in apertura del paragrafo dedicato all'*Accertamento incidentale: ibid.*³ 1153 ss.

⁽⁸⁸⁾ In questo senso TARUFFO, *Sistema e funzione del processo civile*, cit., 1148 ss.

CAPITOLO SECONDO

STRUTTURA E PROCESSO DI FORMAZIONE
DELLA SENTENZA CIVILE:
IL CAMPO DELLA SCIENZA NORMALE

1. Introduzione. — 2. Piero Calamandrei e la genesi logica della sentenza civile. — 2.1. Il processo di formazione della decisione giudiziale. — 2.2. Sulla prevalenza dell'elemento imperativo. — 2.3. Classificazione logica dei giudizi. — 2.4. Classificazione degli errori di giudizio. — 3. Francesco Carnelutti sui limiti del sindacato del giudizio di merito in Cassazione. — 3.1. Ancora in tema di qualificazione giuridica del fatto. — 3.2. Sul controllo in Cassazione del sillogismo probatorio. — 3.3. Due « ingredienti » per una sentenza. — 3.4. Prolegomeni a una teoria generale del comando giuridico. — 4. Calamandrei sulla Cassazione civile. — 4.1. Ancora sulla classificazione degli errori di giudizio. — 4.2. Sul controllo in Cassazione della motivazione della sentenza. — 4.3. La « complessità » della decisione giudiziale. — 5. Il campo della scienza normale.

1. *Introduzione.*

Nelle pagine che precedono è venuto in evidenza come la ricerca di una definizione del concetto di giurisdizione, con la riflessione intorno alla natura della sentenza civile e ai suoi momenti costitutivi, abbia svolto una funzione strategica, durante i primi anni del secolo XX, nella determinazione dello statuto epistemologico e della matrice disciplinare della scienza processualciviltistica italiana. Si è parlato, al riguardo, dell'affermazione di un paradigma, per descrivere l'attitudine di una specifica rappresentazione della decisione giudiziale — la combinazione di un giudizio logico con un atto di volontà — a condizionare il sistema dei saperi e il campo degli studi del diritto processuale.

Lo sguardo si volge, in questo capitolo, alla prassi della scienza normale, per osservare il modo in cui tale paradigma avrebbe concretamente operato, indirizzando le indagini dei giuristi e fornendo loro le coordinate essenziali nello studio del processo civile,

quindi il modo in cui i risultati di questo lavoro avrebbero a loro volta agito sul paradigma, ulteriormente articolandone le potenzialità euristiche e meglio precisandone la consistenza.

Per circoscrivere un osservatorio che consentisse di verificare le dinamiche descritte, si è reso opportuno individuare, nel panorama della scienza giuridica italiana del primo Novecento, uno specifico segmento di interesse, rappresentativo degli orientamenti di ricerca interni alla comunità degli specialisti del diritto processuale. A tal fine, particolarmente significativo è parso il confronto, sulla struttura e il processo di formazione della sentenza civile, che ha tenuto a lungo impegnati, in una vivace e proficua dialettica, Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti ⁽¹⁾. Il loro contributo evidenzia, infatti, una netta maturazione, sul piano della riflessione teorica, nell'esame dei problemi affrontati, e una maggiore consapevolezza delle implicazioni pratiche dei risultati conseguiti, nella rinnovata considerazione di alcune importanti questioni di diritto positivo.

Entrambi si sono impegnati, in primo luogo, nella valutazione critica della rappresentazione del ragionamento da cui sarebbe scaturita la decisione giudiziale, rilevando il carattere semplicistico della sua riduzione a un unico sillogismo, quindi scomponendo l'attività mentale del giudice in una serie di operazioni deduttive tra loro concatenate. Mediante un'accurata analisi dell'impianto logico del processo giurisdizionale, essi hanno dunque elaborato classificazioni differenti, ma parimenti articolate, dei giudizi coinvolti nella genesi della sentenza, funzionali alla più rigorosa determinazione

⁽¹⁾ L'attenzione si è concentrata, nello specifico, sul decennio compreso tra il 1914 e il 1924, ovvero tra l'ingresso sulla scena del diritto processuale, pressoché concomitante, dei due studiosi, rivali nel concorso alla cattedra di Procedura civile e ordinamento giudiziario della R. Università di Padova, e la fondazione della *Rivista di diritto processuale civile*, sotto la direzione di Chiovenda e Carnelutti, con Calamandrei redattore capo. Una ricostruzione di queste vicende è offerta da CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., 186 ss., 252 ss.; ID., *Ricordo di Francesco Carnelutti nel quarantesimo anniversario della scomparsa*, in « Riv. dir. proc. » LX (2005) 1253-1268, p. 1254 s., 1256 ss. [= in *Scritti in onore dei Patres*, cit., 303-323, p. 304 s., 306 ss.]; ID., *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., 15 s., 27 ss. V. anche G. TARELLO, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Francesco Carnelutti e il progetto del 1926*, in « Materiali » IV (1974) 499-524, p. 501 s. [= *Francesco Carnelutti ed il progetto del 1926*, in *Dottrine del processo civile*, cit., 215-239, p. 217 s.].

delle ipotesi di errore nelle diverse componenti delle inferenze prese in considerazione ⁽²⁾.

In secondo luogo, così investigato l'elemento logico della decisione giudiziale, i due studiosi hanno dedicato particolare cura alla controversa questione della sua eventuale interazione con un elemento volitivo. In proposito, condivisa nelle sue linee essenziali la posizione di Chiovenda, quanto alla prevalenza della componente imperativa nel processo di formazione della sentenza civile, essi hanno proposto, nel quadro di una più ampia concettualizzazione del problema ⁽³⁾, ulteriori argomenti a sostegno della riconducibilità del contenuto del comando, nell'accertamento della volontà della legge, alla manifestazione di una volontà del giudice.

2. *Piero Calamandrei e la genesi logica della sentenza civile.*

Giovanissimo allievo di Carlo Lessona ⁽⁴⁾, Piero Calamandrei interveniva nella discussione sui caratteri costitutivi dell'atto giurisdizionale, proponendosi di indagare, nelle pagine de *La genesi logica della sentenza civile* ⁽⁵⁾, « quel procedimento mentale attra-

⁽²⁾ Esempio, al riguardo, la riflessione sulla competenza della Corte di cassazione, rispetto alla quale lo sforzo teorico profuso nella tipizzazione degli errori di giudizio ha consentito ai due studiosi di proporre nuove e più consapevoli interpretazioni dei limiti stabiliti per il sindacato della sentenza di merito e il controllo della sua motivazione.

⁽³⁾ Particolarmente rilevante, in proposito, la riflessione avente per oggetto la specifica consistenza dell'attività degli arbitri e il valore giuridico del lodo arbitrale.

⁽⁴⁾ Laureatosi a Pisa, con Lessona, nel luglio del 1912, Calamandrei ebbe presto l'occasione di avvicinarsi al magistero di Chiovenda, risultato « vincitore per l'anno 1914-1915 di un assegno di perfezionamento all'interno in procedura civile presso il Prof. Giuseppe Chiovenda della R. Università di Roma » (cfr. il doc. 3, in CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., 271). Sui rapporti tra Calamandrei e Chiovenda, v. anche E.F. RICCI, *Calamandrei e la dottrina processualciviltistica del suo tempo*, in *Ventidue saggi*, cit., 77-100.

⁽⁵⁾ CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit. (v., *supra*, nel Prologo, nt. 83); il lavoro deve intendersi, secondo l'avvertenza dell'autore, « [c]ome preparazione a uno Studio, di mole assai maggiore del presente, sulla teoria degli *errores in iudicando* nella sentenza civile », e dunque essere letto in relazione con ID., *La teoria dell'« error in iudicando » nel diritto italiano intermedio*, in « Riv. crit. sc. soc. » I (1914) 373-393, 437-471, 501-540 [= in *Studi I*, cit., 53-166; quindi in *Opere giuridiche VIII*, a cura di M. CAPPELLETTI (Napoli, Morano, 1979) 147-244].

verso il quale il giudice perviene a pronunciare la sua sentenza » (6).

« In qualunque modo si definisca la sentenza, e si risolva la questione se essa sia atto di intelligenza o di volontà, non si potrà mai negare che in essa è contenuto un giudizio logico, il quale, come ogni giudizio anche il più elementare ed il più semplice, dev'essere il risultato di un sillogismo, esplicito o incosciente » (7).

Indipendentemente, dunque, dal modo in cui si intenda dirimere la controversa questione se la sentenza sia un atto di intelligenza o di volontà (ovvero una combinazione dell'uno con l'altro), che aveva incontrato, da ultime, le contrapposte soluzioni di Alfredo Rocco e Francesco Menestrina, e rispetto alla quale anch'egli non potrà sottrarsi dal prendere una posizione, non vi sarebbe dubbio che la sentenza contenga, di necessità, un giudizio logico, esito, in quanto tale, di un sillogismo, eventualmente implicito. Ciò premesso, Calamandrei ferma l'attenzione sulla peculiare connotazione di questo giudizio, che avrebbe « contenuto giuridico », affermerebbe cioè « la esistenza o la inesistenza di una volontà di legge (ossia di un diritto soggettivo) a favore del singolo », quindi sulla particolare

(6) Un tema, come già rilevato da MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., 32 [= rist. 36], e ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 32 [= rist. 28], ancora largamente trascurato da parte della dottrina: CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 210 [= in *Studi I*, cit., 2; quindi in *Opere I*, cit., 12]. Questi si preoccupa immediatamente di chiarire come, accanto a « un fine immediatamente teorico », tale riflessione possa anche avere « una grande importanza pratica »: « non solo perché in generale ogni indagine sulla sentenza, cuore dell'organismo processuale, è insieme una indagine di tutto quanto il processo e coinvolge quindi necessariamente una quantità di questioni positive, ma perché anche nella nostra legislazione il supremo tra gli organi giurisdizionali, la Corte di Cassazione, trae la ragione della sua esistenza dalla distinzione tra questione di diritto e questione di fatto, della quale non si può avere un'idea chiara se non scomponendo nei suoi elementi caratteristici la funzione che compie, nel pronunciar la sentenza, il pensiero del giudice di merito » (*ibid.* 210 s. [= 2 s.; 12]). Non a caso, infatti, nella letteratura processualistica tedesca (ampiamente citata, *ivi*, in nt. 4), l'analisi dell'attività mentale del giudice sarebbe stata svolta prevalentemente negli studi concernenti l'istituto della « Revision ». Sul rapporto tra risoluzione di questioni giuridiche concrete e definizione degli strumenti concettuali necessari per affrontarle, cfr. ID., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame* (Firenze, Stabilimento tipografico del « Nuovo Giornale », 1915) 10 [= in *Studi I*, cit., 167-212, p. 173; quindi in *Opere VIII*, cit., 245-284, p. 250].

(7) CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 211 [= in *Studi I*, cit., 3; quindi in *Opere I*, cit., 13].

struttura dell'inferenza da cui lo stesso deriverebbe, tale che « uno dei termini di questo sillogismo deve consistere nella nozione di tutti i casi in generale contemplati dalla volontà di legge affermata o negata nella conclusione, e l'altro nella nozione del verificarsi o del non verificarsi nella specie concreta di un caso che rientri tra quelli preveduti da tale volontà di legge » (8).

Ipotizzata l'enunciazione, conforme con l'articolazione propria del ragionamento deduttivo, di una regola relativa a una generalità di casi, nella premessa maggiore, e della comprensione nella generalità indicata di un caso specifico, nella minore, il carattere distintivo di questo sillogismo (9), quindi il contenuto giuridico del giudizio che ne risulterebbe, si precisa nei termini per cui occorre che la regola contemplata nella premessa maggiore consista in una norma di legge, affinché sia possibile inferire, nella conclusione, l'esistenza di una volontà di legge a favore del singolo, con la determinazione in concreto dell'effetto giuridico astrattamente disposto dalla norma stessa (10). Così descritto l'impianto del così detto « sillogismo giudiziale » (11), « da alcuno [...] considerato

(8) CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 211 s. [= in *Studi I*, cit., 3 s.; quindi in *Opere I*, cit., 13].

(9) Calamandrei avverte come la rappresentazione dell'operazione mentale da cui scaturisce la sentenza nei termini di un unico sillogismo schematizzerebbe « con soverchio semplicismo » un'operazione invero assai più laboriosa, che si compone di « una serie complicata di deduzioni concatenate », enfatizzando invece soltanto il « momento finale » dell'attività mentale del giudice, nel quale, « avendo questi preparato ormai dinanzi a sé la norma di legge da applicare e il giudizio sui caratteri giuridici del fatto accertato, più non gli resta che trarre a rigor di logica la conseguenza di queste due premesse, come se, avendo già impostato su una lavagna le cifre di una operazione aritmetica, più non gli restasse che trarne il risultato secondo le regole del calcolo più elementare. Ridotto a questo, l'ufficio del giudice sarebbe assai facile e assai povera cosa. Invece, la parte più gravosa di questo ufficio è quella con la quale il giudice perviene a fissare innanzi a sé le "cifre", che devono servire al suo calcolo, le premesse, che devono servire al sillogismo » (*La genesi logica della sentenza civile*, cit., 213 s. [= in *Studi I*, cit., 5 s.; quindi in *Opere I*, cit., 15]).

(10) La notazione, circa la particolare consistenza della premessa maggiore, è svolta in sintonia con STEIN, *Das private Wissen des Richters*, cit., 13.

(11) Sillogismo che sarebbe dunque compiuto, nella mente del giudice, « colla affermazione della esistenza di una norma di legge generale, *propositio major*, coll'affermazione che il caso concreto rientra o non rientra tra quelli contemplati dalla norma, *propositio minor*, e colla deduzione del verificarsi in concreto dell'effetto giuridico posto

come espressione peculiare della funzione giurisdizionale, vincolata sempre dal rigore logico di questo giudizio, in confronto alla funzione amministrativa, che può estrinsecarsi secondo la libera volontà»⁽¹²⁾, la riflessione sulla genesi della sentenza civile intende dunque ricostruire, nelle sue componenti essenziali, il procedimento mentale mediante il quale il giudice, fissando le premesse necessarie, perviene alla conclusione⁽¹³⁾.

2.1. *Il processo di formazione della decisione giudiziale.*

Il primo dei compiti che attende il giudice, nell'esercizio della giurisdizione civile, consisterebbe, come posto efficacemente in evidenza da Chiovena (14), nell'esame della rilevanza del fatto, attraverso la formulazione di un giudizio di diritto, di carattere « provvisorio e preventivo », in cui, supposte come vere le circostanze affermate nell'istanza della parte attrice, egli accerta l'astratta idoneità di queste a produrre l'effetto giuridico atteso. Esplicito, al

in astratto dalla norma, conclusione » (CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 212 [= in *Studi I*, cit., 4; quindi in *Opere I*, cit., 14]).

(12) È interessante rilevare, al riguardo, come CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 212 nt. 9 [= in *Studi I*, cit., 4 nt. 9; quindi in *Opere I*, cit., 14 nt. 9], senza affatto menzionare il contributo (ben noto in dottrina) di SCIALOJA, *Sulla funzione della IV Sezione*, cit., faccia esplicito riferimento, ancor prima che alle posizioni di K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts II* (Leipzig, Deichert, 1907) 155, e P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches I* (Freiburg-Leipzig, Mohr, 1895³) 646, a quella di CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa I*, cit., 132, ove si legge che « giurisdizione è dichiarazione di ciò che è diritto con deduzione logica rigorosa a guisa di sillogismo da una premessa giuridica generale ad un caso particolare ».

(13) Un procedimento mentale — precisa CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 213 [= in *Studi I*, cit., 5; quindi in *Opere I*, cit., 15] — che, sebbene del tutto analogo, nella struttura deduttiva del ragionamento, a quello condotto da qualsiasi altro soggetto intenda affermare (come nell'atto di citazione o nella memoria defensionale) l'esistenza di un diritto soggettivo a proprio favore, assumerebbe in sede giurisdizionale una particolare importanza, « poiché, per la funzione pubblica al giudice attribuita, il risultato di tale operazione logica riveste, quando è compiuta da lui, quel carattere di comando concreto, che non ha affatto quando essa è compiuta dal privato litigante o dal suo patrocinatore ».

(14) CHIOVENA, *Principii*³, cit., 149 s.

riguardo, il riferimento alla ricostruzione proposta da Rocco ⁽¹⁵⁾, secondo la quale, conseguito per iniziativa della parte il contenuto della premessa minore (fatto) e della conclusione (effetto giuridico), competerebbe al giudice la ricerca della premessa maggiore (norma) del sillogismo, quindi la verifica della sussistenza del « nesso di causalità » ⁽¹⁶⁾ affermato dalla parte stessa.

Riscontrata in astratto detta idoneità, ha dunque inizio l'accertamento dei fatti allegati e considerati rilevanti, con la formulazione di determinati giudizi circa l'esistenza e il modo d'essere degli stessi, al quale il giudice attende ricorrendo alle prove, impegnandosi nella loro assunzione, interpretazione e valutazione ⁽¹⁷⁾.

Una volta conclusa questa complessa attività, occorre che la serie dei giudizi relativi ai singoli fatti, che il giudice ha ormai nella sua disponibilità, opportunamente ordinata e selezionata, sia messa in relazione con le ipotesi di fatto per il cui verificarsi le norme positive stabiliscono specifiche conseguenze giuridiche. Affinché risulti possibile comparare i fatti concreti, come accertati in sede probatoria, con le fattispecie astratte, previste dal legislatore, è necessario che vi sia uniformità di criterio nella loro considerazione. Tale uniformità si consegue attraverso la riduzione di queste entità eterogenee a un comune denominatore, traducendo i rapporti della vita reale nel linguaggio tecnico del diritto. Considerato come un passaggio intermedio nella genesi logica della sentenza, che consente la transizione dall'accertamento del fatto all'applicazione del diritto, Calamandrei presta estrema attenzione a questa particolare operazione che il giudice sarebbe chiamato a compiere: « ufficio delicatissimo », la cui dimensione euristica, descritta in termini di « co-

⁽¹⁵⁾ ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 126 ss. [= rist. 110 ss.].

⁽¹⁶⁾ CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 216 [= in *Studi I*, cit., 8; quindi in *Opere I*, cit., 17].

⁽¹⁷⁾ In merito alle ultime due operazioni, CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 222 ss. [= in *Studi I*, cit., 14 ss.; quindi in *Opere I*, cit., 22 ss.], descrive il ragionamento del giudice come articolato in una serie di sillogismi la cui struttura caratteristica consisterebbe (con qualche specifica avvertenza riferita, per un verso, al sistema della prova legale e, per altro verso, a quello delle così dette presunzioni legali relative) nell'essere le premesse maggiori costituite da massime di esperienza.

struzione e qualifica giuridica della fattispecie concreta »⁽¹⁸⁾, risulta efficacemente paragonata — con espressione mutuata da Jhering⁽¹⁹⁾ — alla diagnosi del medico, il quale riconoscerebbe, in certi particolari segni che il malato presenta, opportunamente individuati e messi in relazione tra loro, i sintomi caratteristici di una determinata malattia⁽²⁰⁾.

Solo a questo punto, formulata la « diagnosi giuridica », sarebbe possibile procedere all'applicazione del diritto al fatto o, secondo una diversa prospettiva (più comune tra i processualisti tedeschi), alla sussunzione del caso concreto sotto la norma: la ricerca di una prescrizione che contempra una fattispecie legale corrispondente a quella accertata e — circostanza non meno importante⁽²¹⁾ — effetti giuridici della stessa natura di quelli pretesi dalla parte⁽²²⁾. Superate

⁽¹⁸⁾ CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 226 [= in *Studi I*, cit., 18; quindi in *Opere I*, cit., 26].

⁽¹⁹⁾ Esplicito il riferimento a R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. fr. di O. DE MEULENAERE, tome III (Paris, Chevalier-Marescq, 1887³) 7.

⁽²⁰⁾ « Appunto in questa diagnosi giuridica il giudice deve mettere in opera il suo "senso giuridico", frutto di lunga esperienza, in virtù del quale uno sguardo nel complesso dei fatti basta ad isolare quelli che hanno rilevanza e a render conto della questione che importa decidere » (CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 232 [= in *Studi I*, cit., 24; quindi in *Opere I*, cit., 31]). Questi (*ibid.* 226 ss. [= 18 ss.; 26 ss.]) sottolinea con forza l'autonomia e la specificità funzionale di tale attività, che non rientrerebbe nella fase dell'accertamento del fatto (come invece reputato da R. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* [Leipzig, Duncker & Humblot, 1906²] 333), venendo evidentemente a configurare un giudizio di diritto — come tale sindacabile in Cassazione, secondo un orientamento ormai consolidato nella processualciviltà italiana —, né, d'altra parte, in quella dell'applicazione del diritto (secondo quanto riterrà CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 804 s. [= in *Studi I*, cit., 376 s.]: cfr. il testo citato, *infra*, su nt. 68), costituendo, rispetto alla stessa, un momento precedente e logicamente propedeutico.

⁽²¹⁾ CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 235 s. [= in *Studi I*, cit., 27 s.; quindi in *Opere I*, cit., 33 s.].

⁽²²⁾ Prima di procedere al confronto tra la fattispecie concreta e la fattispecie legale (ovvero tra la fattispecie accertata e le diverse fattispecie legali contemplate dalle norme giuridiche), quindi alla successiva comparazione tra l'effetto giuridico determinato dalla norma e quello richiesto dall'attore, il giudice « dovrà render conto a sé stesso, non più come giurista, ma come uomo vivente nella società del suo tempo, della vera estensione e della vera qualità della fattispecie legale: operazione, che, almeno teoricamente, deve avere lo scopo di determinare la portata della legge in sé e per sé, indipendentemente da

le ultime difficoltà che l'interpretazione della norma propone in questa fase ⁽²³⁾, il giudice dispone finalmente degli elementi necessari e sufficienti per risolvere il problema che le parti gli hanno sottoposto e, quindi, « colla semplice conclusione di un sillogismo del quale nelle precedenti operazioni ha preparato le due premesse », pronunciare nel caso particolare l'effetto giuridico che il legislatore ha previsto per la generalità dei casi riconducibili a una certa fattispecie ⁽²⁴⁾.

2.2. Sulla prevalenza dell'elemento imperativo.

Ricostruita, secondo tale scansione, la genesi della sentenza civile ⁽²⁵⁾, Calamandrei affronta la delicata questione concernente la specifica natura di essa, che risolve distinguendo l'incidenza delle

ogni relazione colla fattispecie concreta da decidere » (CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 239 [= in *Studi* I, cit., 30; quindi in *Opere* I, cit., 36], ove si argomenta, in modo non difforme da MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., 42 [= rist. 47 s.], a partire da STEIN, *Das private Wissen des Richters*, cit., 39 ss.).

⁽²³⁾ Assumendo che, « prima di procedere al confronto della fattispecie concreta colla fattispecie legale », il giudice sarebbe chiamato a interrogarsi sulla reale estensione e la specifica qualità della fattispecie legale, « indipendentemente da ogni relazione colla fattispecie concreta da decidere », CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 239 [= in *Studi* I, cit., 30; quindi in *Opere* I, cit., 36], riconosce l'opportunità di distinguere, almeno sul piano teorico, tra « interpretazione di legge » e « applicazione di legge », criticando (ivi, in nt. 66) l'avviso contrario di E. HÖLDER, *Kommentar zum Allgemeiner Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Nebst Einleitung* (München, Beck, 1900) 63 (citato da E. DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage* [Jena, Fischer, 1911³] 204 nt. 1): « la realtà è che la prima è una operazione astratta, sulla portata generale della norma, mentre la seconda ha sempre un riferimento concreto alla fattispecie accertata da decidere ».

⁽²⁴⁾ CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 250 s. [= in *Studi* I, cit., 42; quindi in *Opere* I, cit., 46]. « Se la legge stabilisce che, ove si verifichi una fattispecie fornita di certi estremi, deve prodursi una certa conseguenza giuridica, quando il giudice ha accertato in fatto l'esistenza di tali estremi, ha anche insieme accertato che la volontà astratta della legge si è nel caso speciale fatta concreta, ed in tal senso deve decidere » (*ibid.*): è agevole riconoscere, dietro l'immagine della volontà di legge, divenuta già concreta prima e al di fuori del processo, che il giudice si limiterebbe ad accertare come tale, l'insegnamento di CHIOVENDA, *Principii*¹, cit., 52, 57 s. [= *Principii*³, cit., 65, 72] (cfr., in tal senso, già ID., *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 10 nt. 7 [= in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* I, cit., 35 nt. 7]).

⁽²⁵⁾ Prima di procedere oltre, appare opportuno fermare ancora per un momento l'attenzione sull'analisi logica dell'attività mentale del giudice condotta da Calamandrei,

differenti componenti, logica e imperativa, nel processo di elaborazione della decisione giudiziale.

« In quest'ultima fase dell'attività mentale del giudice all'elemento *logico*, che finora ha dominato unico nella formazione della sentenza, si aggiunge e prevale l'elemento *imperativo*, che diversifica la conclusione del giudice dalla conclusione di qualsiasi altro cittadino, e che dà ad essa il suggello pubblico di "sentenza" » (26).

per segnalare (servendosi, a tal fine, degli strumenti analitico-concettuali adoperati, da ultimo e con essenziali indicazioni bibliografiche, da GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit.) la modernità dei risultati conseguiti nella connotazione delle operazioni in cui la stessa risulta frazionata. È interessante rilevare, in primo luogo, come la differenziazione tra « interpretazione di legge » e « applicazione di legge », esplicitamente accolta da Calamandrei, considerando la prima « una operazione astratta, sulla portata generale della norma », e individuando nella seconda « un riferimento concreto alla fattispecie accertata da decidere » (v., *supra*, nt. 23), riscontri puntualmente la distinzione tra « interpretazione in astratto » e « interpretazione in concreto », illustrata e discussa *ibid.* 15 ss. Non sembra avere dubbi, per altro, il giurista fiorentino, in merito alla circostanza per cui il giudice, per poter confrontare la fattispecie concreta con la fattispecie legale, dovrà prima provvedere a identificare di quest'ultima l'estensione e la qualità, determinando il contenuto normativo della legge in sé, indipendentemente da ogni relazione con il caso da risolvere: in proposito, sebbene non problematizzi il rapporto tra presupposizione logica e psicologica (cfr. *ibid.* 15 nt. 6), egli sottolinea a più riprese il piano strettamente « teorico » della divisione tra queste due attività intellettuali del giudice. È possibile osservare, in secondo luogo, come l'individuazione da parte di Calamandrei di un'« attività intermedia » tra l'accertamento del fatto e l'applicazione del diritto, definita « costruzione e qualifica giuridica della fattispecie concreta » (v., *supra*, nt. 18), appaia sostanzialmente equivalente al tipo di sussunzione che, con un'espressione giudicata « alquanto infelice », Guastini denomina « generica », per distinguerla da quella « individuale », in cui propriamente consisterebbe l'« interpretazione in concreto »: « La sussunzione generica — come egli scrive — si colloca in una posizione intermedia fra interpretazione "in astratto" e interpretazione "in concreto": è, per un verso, parte essenziale dell'interpretazione "in astratto" e, per un altro verso, presupposto necessario dell'interpretazione "in concreto" » (*ibid.* 24 s.). Al riguardo, rispetto alla terminologia proposta da C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho* (Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991) 303 ss., e E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi* (Torino, Giappichelli, 1995) 267 s., il riferimento alla « qualificazione giuridica di una fattispecie concreta » (che invero Guastini sembra sovrapporre all'interpretazione in concreto, ovvero alla sussunzione individuale: cfr. *ibid.* 15) potrebbe forse risultare preferibile.

(26) CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 251 [= in *Studi I*, cit., 42; quindi in *Opere I*, cit., 47].

La soluzione, invero, presenta un certo margine di ambiguità, e appare difficile da conciliare con la precedente rappresentazione dell'attività mentale del giudice ⁽²⁷⁾. L'ipotesi, secondo la quale sarebbe in virtù di un elemento imperativo, che viene ad aggiungersi nell'ultima fase a quello logico, che la conclusione del ragionamento del giudice si distinguerebbe dalla conclusione del ragionamento (identico nella struttura) di un soggetto privato, lascia pensare, con Menestrina ⁽²⁸⁾, che la fonte alla quale la sentenza attinge la propria speciale energia sia «la volontà del giudice, considerato quale rappresentante dell'autorità dello Stato». Diversamente, l'ipotesi, secondo la quale sarebbe il risultato di un'operazione logica a rivestire — in ragione della funzione pubblica del giudice che l'ha compiuta — il carattere di un comando concreto, induce a ritenere che l'effetto giuridico debba intendersi ricollegato, con Rocco ⁽²⁹⁾, «non ad un prodotto dell'attività *volitiva*, ma a un prodotto dell'attività *intellettiva* di un organo dello Stato».

Posto che, di lì a qualche anno, la posizione di Calamandrei risulterà più chiara, sulla questione bisognerà tornare a riflettere. D'altra parte, nonostante l'asserita prevalenza di questa componente

⁽²⁷⁾ V., *supra*, nt. 13. Può essere interessante, al riguardo, rileggere una pagina di CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, cit., 16 s. [= in *Studi I*, cit., 181; quindi in *Opere VIII*, cit., 257]: «La sentenza, è vero, ha ufficio, prima di tutto, dichiarativo: essa non crea il diritto, ma dichiara qual è la volontà di legge che il verificarsi di un certo stato di fatto ha provocato nel mondo giuridico; poiché, teoricamente, la astratta volontà della legge è in continua corrispondenza collo svolgersi concreto delle relazioni umane, e queste sono continuamente immerse in una invisibile atmosfera giuridica, in cui, insieme con ogni fatto, nasce in un punto la concreta volontà di legge che giuridicamente lo qualifica, il giudice nella sua sentenza non fa altro che registrare la volontà concreta di legge già nata col rapporto di fatto e ad esso inerente. In pratica però questo ininterrotto pullulare di concrete volontà di legge, che possiamo concepire in astratto nel mondo delle idee, non ha vita esteriore nel mondo della materia sensibile: onde, poiché non è dato verificare coi sensi, come un fatto materiale, la volontà concreta di legge nata nel singolo caso, lo Stato affida ad un suo organo, il giudice, l'incarico di accertare per via di ragionamento qual'è la volontà concreta di legge cui il rapporto di fatto ha dato origine nel mondo giuridico». Si v., inoltre, ID., *Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo*, in «Dir. comm.» XXXVI (1917) I, 57-72 [= *Sulla distinzione tra «error in iudicando» ed «error in procedendo»*, in *Studi I*, cit., 213-229; quindi in *Opere VIII*, cit., 285-299].

⁽²⁸⁾ MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., 30 [= rist. 34].

⁽²⁹⁾ ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 35 [= rist. 31].

imperativa, è sulle articolazioni logiche del ragionamento giudiziale che si sofferma, nelle pagine conclusive de *La genesi logica*, la sua attenzione.

2.3. *Classificazione logica dei giudizi.*

Il complesso dei giudizi di cui tale ragionamento consta può essere ricompreso entro due differenti categorie:

« alcuni sono giudizi astratti, di contenuto generale, enunciati in modo tale da valere anche per il futuro, quante volte si produca un certo avvenimento di fatto; altri sono giudizi concreti, di contenuto singolare, che affermano la esistenza o il modo di essere, storicamente verificato, di qualche avvenimento, collocato nel tempo e nello spazio »⁽³⁰⁾.

Se questi ultimi, « singolari e positivi », non possono che avere per oggetto i fatti specifici che emergono nel processo, secondo quanto le parti hanno dedotto in giudizio, in ciò evidenziando la loro concretezza e la singolarità del loro contenuto, i primi, « generali ed ipotetici », si presentano in forme differenti, indipendentemente dall'iniziativa delle parti⁽³¹⁾, diversamente rilevando il carattere dell'astrattezza e la generalità del contenuto, con riferimento alla regolarità — prescrittiva — di ciò che deve giuridicamente essere, piuttosto che a quella — descrittiva — di ciò che nella vita reale abitualmente è. Sono giudizi di questo tipo, infatti, tanto le norme di legge, che dispongono un certo effetto giuridico da far valere ogni qual volta si verifichi l'ipotesi prevista, quanto le massime di esperienza, che consistono — secondo la classica lezione di Stein⁽³²⁾ — in determinati giudizi ipotetici, di contenuto generale, derivati dall'esperienza dei fatti, ma indipendenti dalla singolarità dei casi da cui sono tratti, e al di là dei quali pretendono di valere in ogni ulteriore e analoga evenienza.

⁽³⁰⁾ CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 256 [= in *Studi I*, cit., 47; quindi in *Opere I*, cit., 51].

⁽³¹⁾ Cfr. ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 126 ss. [= rist. 110 ss.]; CHIOVENDA, *Principi*³, cit., 726.

⁽³²⁾ STEIN, *Das private Wissen des Richters*, cit., 21. Sul rapporto tra massime di esperienza e forme di inferenza nel ragionamento probatorio, con indicazioni bibliografiche essenziali, v. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 172 ss.

Distinte così le classi dei giudizi, come le diverse forme di questi nelle stesse ricomprese, l'attenzione si volge al modo in cui tali giudizi interagiscono tra loro, nella catena di sillogismi di cui si comporrebbe il ragionamento del giudice:

« è regola costante che i giudizi della prima classe servono sempre da premessa maggiore, mentre i giudizi della seconda prendono il posto di premessa minore; e che, come conclusione di ciascuno di questi sillogismi, risulta sempre un giudizio della seconda classe, idoneo a costituire la premessa minore di altro sillogismo, fino a giungere così alla decisione finale » (33).

Da questa ricostruzione scaturiscono fondamentali conseguenze, la cui portata può essere meglio intesa prendendo in considerazione due differenti piani di incidenza. In primo luogo, per quanto concerne la serie di deduzioni concatenate, preparatoria dell'inferenza finale, non vi sarebbe alcuna corrispondenza tra la distinzione categoriale sopra descritta, con riferimento alla consistenza logica e alla funzione dei giudizi, quindi alla regolare collocazione degli stessi nelle premesse di un sillogismo, e quella — decisiva, per altro, nella delimitazione della competenza della Corte di cassazione — tra giudizi di diritto e di fatto. In secondo luogo, per ciò che riguarda la struttura del sillogismo giudiziale, altrettanto evidente risulterebbe il carattere erroneo della sua rappresentazione, largamente diffusa in dottrina (34), come un ragionamento nell'ambito del quale un giudizio di diritto (la norma giuridica) costituisca la premessa maggiore e un giudizio di fatto (il fatto accertato) quella minore; « vero è invece che, in quell'ultimo sillogismo col quale il giudice arriva a trovare la conseguenza giuridica, il termine medio è, sì, un giudizio singolare, nel senso sopra spiegato, ma è un giudizio *di diritto*, poiché afferma l'esistenza di un fatto giuridicamente qualificato » (35).

L'esito che da questa notazione si fa derivare, per cui, laddove

(33) CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 257 [= in *Studi I*, cit., 48; quindi in *Opere I*, cit., 52].

(34) Il riferimento, esemplificativo, è a SCHMIDT, *Lehrbuch*², cit., 332.

(35) CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 258 [= in *Studi I*, cit., 49; quindi in *Opere I*, cit., 53].

il giudice non abbia già deciso che il fatto accertato rientri nell'ipotesi prevista dalla norma, tale sillogismo non produrrebbe alcun risultato, segna un passaggio essenziale del discorso, sul quale fermerà criticamente la propria attenzione Carnelutti⁽³⁶⁾. La connotazione della premessa minore del ragionamento deduttivo da cui scaturisce la sentenza, quale giudizio singolare di diritto, appartenente alla seconda classe, che, individuati i caratteri giuridici del fatto accertato — attraverso la qualificazione giuridica della fattispecie concreta —, verifica la sua riconducibilità alla previsione normativa di cui realizza gli estremi — mediante la sussunzione della fattispecie concreta nella corrispondente fattispecie legale —, consente a Calamandrei di proporre, in chiusura, uno schema di sintesi della struttura del sillogismo giudiziale, secondo la seguente scansione: è premessa maggiore un giudizio di diritto, generale e astratto, avente per oggetto la relazione ipotetica tra certi requisiti e certi effetti giuridici stabilita in una norma; è premessa minore un giudizio di diritto, singolare e concreto, circa la ricorrenza dei requisiti previsti nel fatto accertato; è conclusione un giudizio di diritto, singolare e concreto, per cui al fatto accertato conseguano gli effetti previsti nella norma.

2.4. *Classificazione degli errori di giudizio.*

Nelle pagine de *La teoria dell'« error in iudicando »*⁽³⁷⁾, questa scansione del ragionamento, con l'analisi dei giudizi di cui esso si compone, risulta efficacemente impiegata in funzione di una sistematica determinazione dei diversi momenti in cui il giudice può errare e delle differenti specie di errore in cui questi può incorrere.

Considerata la distinzione tra vizi di giudizio e di attività, riferita in diritto comune all'opposizione tra *errores in iudicando* e *in procedendo*, quindi accolta da Chiovenda⁽³⁸⁾ nell'esame dei motivi di cassazione sanciti dall'art. 517 del codice di procedura civile allora

⁽³⁶⁾ V., *infra*, § 3.

⁽³⁷⁾ V., *supra*, nt. 5. Sui caratteri di questo studio e, più in generale, sugli orientamenti storiografici del suo autore, cfr. G. PUGLIESE, *Piero Calamandrei giurista storico*, in *Ventidue saggi*, cit., 3-30, spec. 10 ss.

⁽³⁸⁾ CHIOVENDA, *Principii*³, cit., 896, 1023 s.

vigente ⁽³⁹⁾, Calamandrei ferma l'attenzione soltanto sui primi. A tal fine, dunque, inteso il processo di formazione della decisione giudiziale nei termini di « una serie di sillogismi », secondo lo schema logico già esaminato, egli ordina in tre diverse classi gli errori di giudizio, in base alla loro collocazione nelle differenti premesse, piuttosto che nella conclusione, di una delle inferenze deduttive tra loro concatenate ⁽⁴⁰⁾.

Sarebbero errori di diritto, o contro l'esperienza generale, quelli occorsi nella premessa maggiore, secondo che il contenuto di questa sia una norma giuridica o una massima di esperienza. Si tratterebbe, in ogni caso, di errori di carattere generale e astratto, in quanto, essendo la *propositio maior* costituita da « un giudizio ipotetico e comprensivo, che afferma o nega un certo predicato per tutti i casi in cui si verifichi una certa circostanza di fatto », gli stessi risultano lesivi di un principio di diritto, o di esperienza, che deve valere per la generalità dei casi della stessa specie ⁽⁴¹⁾. Sarebbero errori di fatto o di diritto, secondo che investano l'esistenza o il modo d'essere del singolo avvenimento piuttosto che i caratteri giuridici dello stesso, quelli intervenuti nella premessa minore. Si tratterebbe, in entrambi i casi, di errori limitati allo specifico rapporto controverso, risultan-

⁽³⁹⁾ « La sentenza pronunciata in grado d'appello può essere impugnata col ricorso per cassazione: / 1.° Se le forme prescritte sotto pena di nullità sieno state omesse o violate nel corso del giudizio, sempre che la nullità non sia stata sanata espressamente o tacitamente; / 2.° Se sia nulla a norma dell'articolo 361; / 3.° Se contenga violazione o falsa applicazione di legge; / 4.° Se abbia pronunciato su cosa non domandata; / 5.° Se abbia aggiudicato più di quello ch'era domandato; / 6.° Se abbia ommesso di pronunciare sopra alcuno dei capi della domanda stati dedotti per conclusione speciale, salvo la disposizione dell'articolo 370, capoverso ultimo; / 7.° Se contenga disposizioni contraddittorie; / 8.° Se sia contraria ad altra sentenza precedente pronunciata tra le stesse parti, sul medesimo oggetto, e passata in giudicato, sempre che abbia pronunciato sull'eccezione di cosa giudicata. / Non si può ricorrere per cassazione di sentenza contumaciale se non sia scaduto il termine per fare opposizione ».

⁽⁴⁰⁾ CALAMANDREI, *La teoria dell'« error in iudicando »*, cit., 393 [= in *Studi I*, cit., 76 s.; quindi in *Opere I*, cit., 167 s.]. Nella letteratura tedesca, analoghe classificazioni degli errori di giudizio si trovano in A. WACH, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr 1879* (Bonn, Marcus, 1896²) 290, e STAHL, *Zur Lehre von der Revision*, in « ACP. » LXVII (1884) 94-153.

⁽⁴¹⁾ CALAMANDREI, *La teoria dell'« error in iudicando »*, cit., 393, 453 s. [= in *Studi I*, cit., 76, 97 s.; quindi in *Opere I*, cit., 168, 185 s.].

do la *propositio minor* costituita da « un giudizio singolo e positivo, che afferma o nega il verificarsi in concreto di quella tale circostanza di fatto, che la premessa maggiore suppone ipoteticamente, ma non afferma positivamente » (42). Sarebbero errori logici, infine, quelli intervenuti nella conclusione, laddove il giudice, avendo correttamente posto le due premesse, fallisca nel trarre dalle stesse la conseguenza che razionalmente ne deriva (43).

Alcuni punti essenziali di questa classificazione meritano d'essere più attentamente considerati. Deve rilevarsi, in primo luogo, come lo schema della distinzione tra gli *errores in iudicando*, modulato in relazione alla loro insorgenza nelle diverse componenti di un ragionamento deduttivo, consolidi l'idea per cui non sarebbe direttamente riferibile agli elementi della struttura logica del sillogismo l'antitesi di *quaestio facti* e *quaestio iuris*, alla cui rappresentazione l'ordinamento positivo condiziona la specifica funzione della Corte di cassazione tra gli organi giurisdizionali (44). In secondo luogo, e ancora con riguardo alla problematica determinazione dei limiti della competenza di tale Corte, è opportuno segnalare come, sebbene riconosca esplicitamente la portata generale e astratta di quegli errori di giudizio, localizzati nella premessa maggiore, da cui consegue la violazione di massime di esperienza, Calamandrei non condivide la soluzione di Chiovenda al problema, discusso in dottrina, circa la possibilità per la Cassazione di controllare l'uso di tali regole da parte del giudice di merito (45).

Quanto alla minore delle premesse, egli ribadisce che la limitazione dei relativi errori allo specifico rapporto controverso non escluderebbe affatto una loro connotazione come errori di diritto, così confermando il proprio esplicito dissenso rispetto alla diffusa rappresentazione della *propositio minor* del sillogismo giudiziale

(42) CALAMANDREI, *La teoria dell'« error in iudicando »*, cit., 393, 453 s. [= in *Studi I*, cit., 76, 97 s.; quindi in *Opere I*, cit., 168, 185 s.].

(43) CALAMANDREI, *La teoria dell'« error in iudicando »*, cit., 393, 467 s. [= in *Studi I*, cit., 76 s., 113 s.; quindi in *Opere I*, cit., 168, 199 s.].

(44) V., *supra*, nt. 39.

(45) « È questione di fatto *ma non sottratta alla censura della Corte di cassazione* ogni questione che possa risolversi colle “massime d'esperienza” » (CHIOVENDA, *Principi*³, cit., 1027 s., con riferimento al quale v. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 258 nt. 109 [= in *Studi I*, cit., 49 nt. 109; quindi in *Opere I*, cit., 52 s. nt. 109]).

come un giudizio di fatto circa l'accertamento delle circostanze reali ⁽⁴⁶⁾. Particolare rilevanza, con riferimento all'eventualità segnalata, assume la concettualizzazione della differenza tra l'errore di diritto nella premessa maggiore, ove la norma giuridica risulta astrattamente considerata, e quello nella minore, in cui il giudice applica la norma al fatto da lui accertato, utile a discernere, sul piano teorico, « accanto alla *violazione* ed alla *erronea interpretazione di legge*, derivanti da un errore sull'esistenza o sul contenuto della norma, la *erronea applicazione di legge* ovvero *erronea sussunzione*, derivante da un errore sul rapporto che passa tra la legge e la fattispecie concreta » ⁽⁴⁷⁾.

Venendo, infine, a considerare gli *errores in iudicando* nella conclusione dello schema deduttivo quali meri vizi logici, Calamandrei precisa come l'apparente verificarsi di un errore di diritto o di fatto, nel momento in cui il giudice è tenuto a trarre dalle premesse

⁽⁴⁶⁾ V., *supra*, nt. 34. In proposito, PUGLIESE, *Piero Calamandrei giurista storico*, cit., 12, rileva come Calamandrei si sarebbe valso « congiuntamente di un dato storico e di una nozione di teoria giuridica per individuare la figura dell'errore di diritto relativo alla premessa minore del sillogismo impiegato per giudicare se una norma sia o no applicabile a un dato fatto concreto ». « Visto astrattamente — commenta Pugliese —, un simile errore appare difficile da ammettere, poiché vi si oppone in linea logica il seguente dilemma: o il giudice erra nell'individuare le fattispecie astratte previste dalla norma, ossia non la interpreta in modo interamente corretto, e quindi commette un errore di diritto relativo alla premessa maggiore; o egli erra nell'esatta percezione del fatto concreto, in quanto non vi ravvisa (o, nell'ipotesi opposta, vi ravvisa) gli estremi di una delle fattispecie astratte individuate, e quindi commette, sì, un errore relativo alla premessa minore, ma di fatto. Un terzo tipo di errore nella determinazione del rapporto che passa tra la norma e il fatto non sembra in realtà immaginabile » (*ibid.* 12 s.).

⁽⁴⁷⁾ CALAMANDREI, *La teoria dell'« error in iudicando »*, cit., 455 [= in *Studi* I, cit., 99; quindi in *Opere* I, cit., 187]. « Ma se le surriferite distinzioni possono farsi teoricamente — aggiunge Calamandrei —, in pratica è molto difficile distinguere se il giudice, commettendo nel suo giudizio un errore di diritto, si sia ingannato sul significato generale della norma o sul concreto verificarsi nella fattispecie dei suoi presupposti giuridici »: su questa base, riconsiderando il proprio dissenso nei confronti di Hölder (v., *supra*, nt. 23), Calamandrei ammette che la sua tesi, agevolmente confutabile in teoria, avrebbe però « una gran fondatezza dal punto di vista pratico, dal quale molte volte non si potrà distinguere se il giudice abbia errato nello stabilire quali sono in generale i casi che una norma contempla (errore di interpretazione), o abbia errato nel ritenere che si verificasse in concreto uno dei casi contemplati dalla norma (errore di sussunzione) » (*ibid.* 455 [= 99 s.; 187]).

il risultato che ne segue, debba esclusivamente riferirsi all'esteriore manifestazione dell'esistenza di un difetto che sempre risalirebbe, in realtà, a una delle premesse. Il carattere controverso di tale qualificazione, come si avrà modo di valutare nel prosieguo del discorso ⁽⁴⁸⁾, non rileva tanto nell'ipotesi — nel merito esaminata — in cui il giudice fallisca nel disporre una conseguenza diversa da quella che la norma stabilisce, ricondotta all'erronea interpretazione di quella parte della norma stessa che contempla l'effetto giuridico, e connotata come errore di diritto nella premessa maggiore, quanto piuttosto nella distinta ipotesi — appena sopra discussa — in cui questi fallisca nello stabilire lo specifico rapporto che sussiste tra la fattispecie concreta e la previsione normativa, ricondotta all'erronea sussunzione, e connotata come errore di diritto nella premessa minore.

3. *Francesco Carnelutti sui limiti del sindacato del giudizio di merito in Cassazione.*

Gli studi di Calamandrei sul processo di formazione della sentenza civile e la natura degli errori di giudizio impressero un segno di profonda discontinuità, sul piano dell'analisi logica del ragionamento giudiziale, nella riflessione processualistica italiana, suscitando l'immediato interesse di Francesco Carnelutti. Fu così che, all'indomani del concorso alla cattedra di Procedura civile e ordinamento giudiziario della R. Università di Padova, che lo aveva visto primeggiare sul più giovane collega ⁽⁴⁹⁾, questi propose, prendendo spunto dalla sentenza della Cassazione fiorentina del 20 maggio 1915 ⁽⁵⁰⁾, un esplicito confronto sui temi in considerazione.

Caso tipico, quello in oggetto, in cui risulta controverso il

⁽⁴⁸⁾ V., *infra*, § 3 ss.

⁽⁴⁹⁾ La *Relazione della Commissione giudicatrice del concorso per professore straordinario alla cattedra di procedura civile e ordinamento giudiziario della R. Università di Padova* è in « Boll. Uff. Min. Istr. Pubbl. » a. XLII, vol. II, n. 39 (30 settembre 1915) 2879-2888. La Commissione risultava così composta: C. Lessona (presidente), G. Chioyenda, G. Messina (segretario), A[lfredo] Rocco, F. Cammeo (relatore).

⁽⁵⁰⁾ La sentenza si legge in « Foro ven. » (1915) 438-449, ove nota di CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando in Corte di cassazione*, ripubblicata nei luoghi indicati, *supra*, nel Prologo, nt. 84.

giudizio circa la ricorrenza, nel fatto accertato, dei caratteri specifici previsti dalla norma giuridica, che investe, dunque, la delicata questione concernente l'identificazione dell'eventuale errore commesso dal giudice di merito quale errore di diritto, come tale censurabile in Cassazione. Al riguardo, avverte Carnelutti, che questa controlli soltanto i giudizi di diritto, e non anche quelli di fatto, ovvero che giudichi in diritto e non in fatto, sarebbe « una espressione sommaria, la quale ha bisogno di essere spiegata con cura, se non di essere rettificata » (51).

L'accurata spiegazione presuppone la diversa connotazione, percettiva e deduttiva, delle forme dell'attività del giudice, il quale, per rispondere all'istanza della parte, che richiama la pronuncia in concreto di un comando che una certa norma di legge formulerebbe in astratto, è chiamato a verificare, con l'esistenza della norma e del fatto affermato, se quest'ultimo « esista in realtà con caratteri corrispondenti a quelli presupposti da una norma giuridica, la quale contenga o consenta il comando richiesto dall'attore » (52). Impegnato nella verifica, egli può dunque incorrere, tanto nella posizione della norma quanto nella posizione del fatto, in errori di giudizio, determinati da vizi di percezione o di deduzione, nella misura in cui « o gli falliscono i sensi o gli fallisce il raziocinio » (53). Così qualificate tali ipotesi, è noto come le condizioni per un riesame in Cassazione della pronuncia di merito risultino disciplinate, per quel che riguarda gli *errores in iudicando*, nell'art. 517, n. 3, che limita il ricorso ai casi in cui la sentenza « contenga violazione o falsa applicazione della legge » (54).

Ciò premesso, Carnelutti richiama la tradizionale configurazione della sentenza nei termini di un sillogismo, « del quale la premessa maggiore è costituita dalla (posizione della) norma giuridica, la premessa minore dal (dalla posizione del) fatto, la illazione dalla

(51) CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 800 [= in *Studi I*, cit., 371].

(52) CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 799 [= in *Studi I*, cit., 368]; in senso analogo CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 235 s. [= in *Studi I*, cit., 27 s.; quindi in *Opere I*, cit., 33 s.].

(53) CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 799 [= in *Studi I*, cit., 369].

(54) V., *supra*, nt. 39.

pronuncia o dalla negazione del comando concreto richiesto dall'attore »⁽⁵⁵⁾, che riproduce, nella sostanza, la descrizione accolta nello studio monografico, di alcuni mesi precedente rispetto al contributo in esame, su *La prova civile*⁽⁵⁶⁾. Considerata la sentenza formalmente completa « nella sua triplice membratura »⁽⁵⁷⁾, egli pone quindi in evidenza come l'analisi della struttura logica della decisione giudiziale risulti immediatamente funzionale alle esigenze della prassi processuale per quanto concerne l'esatta determinazione, richiesta dalla norma indicata, delle differenti possibilità di errore.

« Perché il pratico si orienti nella distinzione tra l'errore di diritto e l'errore di fatto è bene che la teoria prospetti separatamente le ipotesi di errore in ciascuno di codesti tre membri; separi, cioè, le tre sedi di errore;

⁽⁵⁵⁾ CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 801 [= in *Studi I*, cit., 371]. « Dirò poi anch'io — si affretta a precisare Carnelutti — che la sua struttura non è in realtà così semplice, almeno nel senso che questo sillogismo *finale* ne copre una serie di altri, che chiamerei sillogismi *strumentali* » (*ibid.*).

⁽⁵⁶⁾ F. CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. (Il concetto giuridico della prova)* (Roma, Athenaeum, 1915) (di seguito: *La prova civile*¹) [= *La prova civile*, seconda ed., con *Introduzione* dell'A. e *Appendice* di G.P. AUGENTI (Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1947) (di seguito: *La prova civile*²); rist. (priva dell'*Appendice*) con *Prefazione* di V. DENTI (Milano, Giuffrè, 1992)]: « la struttura della sentenza si chiarisce con la nota forma logica di un sillogismo, la cui premessa maggiore è costituita dalla affermazione della *situazione posta dalla norma giuridica*, la cui premessa minore è costituita dalla affermazione della *situazione posta nella causa*, la cui conclusione è costituita dalla affermazione o dalla negazione della *applicazione della norma giuridica alla situazione posta nella causa* (in base alla constatata *identità o difformità della situazione posta dalla norma con la situazione posta nella causa*). Alla duplicità delle premesse corrisponde il duplice tema della attività del giudice: *posizione della norma giuridica, posizione della situazione di fatto*; o, come si dice nel linguaggio corrente: *questione di diritto (Rechtsfrage), questione di fatto (Thatfrage)* » (*ibid.*¹ 12 s. [= *ibid.*² 10 s.; rist. 16]).

⁽⁵⁷⁾ CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 801 [= in *Studi I*, cit., 372]. La mancata (o insufficiente) formulazione del sillogismo, che compromette la motivazione della sentenza, configura un *error in procedendo*, rilevabile in Cassazione ex art. 517, n. 2: « Può essere che la mancanza di motivazione sia la causa o l'indizio di un difetto di giudizio e che la cassazione per questo motivo renda possibile la riparazione di quel difetto; ma questa è, almeno nella purezza logica del sistema, una conseguenza affatto accidentale della cassazione, la quale avviene per il vizio formale della sentenza affatto indipendentemente dal vizio sostanziale; potrebbe e dovrebbe avvenire dunque anche quando il difetto di attività non abbia effettivamente pregiudicato la giustizia della decisione » (*ibid.* 801 [= 371 s.]).

errore nella posizione della norma giuridica; errore nella posizione del fatto; errore nella applicazione della norma giuridica al fatto »⁽⁵⁸⁾.

Come già Calamandrei, anche Carnelutti finalizza dunque l'esame del ragionamento del giudice alla sistematica ricognizione delle diverse specie di errore nelle componenti del sillogismo che informa la sentenza. Distinte così le sedi dell'*error in iudicando*, sarebbe sempre errore di diritto, indifferentemente di percezione o di deduzione⁽⁵⁹⁾, quello occorso nella sua premessa maggiore, configurabile come erronea posizione della norma giuridica, per cui la sentenza dev'essere cassata per violazione della legge, in conformità con il n. 3 dell'art. 517. Maggiore attenzione merita l'ipotesi in cui l'errore intervenga, nella medesima premessa, nella posizione di una massima di esperienza alla quale la norma giuridica si riferisca, richiamando suo tramite un precetto dell'esperienza ordinaria o tecnica: Carnelutti non ha dubbi nel considerare l'inosservanza di tale regola, integrativa del contenuto prescrittivo della norma, assimilabile alla violazione di legge in senso stretto⁽⁶⁰⁾.

Costituirebbe altresì errore di diritto, quale falsa applicazione

⁽⁵⁸⁾ CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 801 [= in *Studi I*, cit., 372].

⁽⁵⁹⁾ Costituirebbe errore di diritto, infatti, tanto la falsa percezione dei fatti da cui il giudice inferisce l'esistenza della norma, quanto la fallace deduzione che compromette l'inferenza stessa. « Se ne deduce — scrive Carnelutti — che non può accettarsi senza molta cautela la massima corrente, secondo la quale la Corte di cassazione non avrebbe potere di controllare i fatti ritenuti dal giudice di merito; se questi fatti gli son serviti per dedurne la esistenza o la inesistenza di una norma giuridica, al contrario, il controllo ne è proprio attribuito alla Corte suprema » (CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 802 [= in *Studi I*, cit., 372]).

⁽⁶⁰⁾ CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 802 [= in *Studi I*, cit., 372 s.], ove si rinvia a ID., *La prova civile*¹, cit., 78 ss. [= *La prova civile*², cit., 75 ss.; rist. 64 ss.]. « È ormai insegnamento comune della dottrina — scrive Carnelutti — che le regole di esperienza servono con grande frequenza al giudice per la *integrazione* delle norme giuridiche, ogni qual volta queste appunto richiamino un precetto dell'esperienza ordinaria o dell'esperienza tecnica [...]. Senza dubbio, in questa ipotesi, la regola di esperienza *diventa* la (parte della) norma giuridica stessa; v'è qui una *sussunzione* della regola di esperienza nella norma giuridica, consigliata naturalmente da motivi politici, soprattutto dall'intento di conferire alla norma maggiore elasticità » (*ibid.*¹ 79 s. nt. 2 [= *ibid.*² 76 nt. 1; rist. 64 s. nt. 37]).

della legge ⁽⁶¹⁾ nella conclusione del sillogismo, l'erronea sussunzione nella norma giuridica — come nella massima di esperienza da questa richiamata — di un fatto diverso da quello in essa previsto. In rapporto a questa operazione, il confine che si tratta di segnare alla competenza della Corte diventerebbe, secondo l'autore, « meno sicuro » ⁽⁶²⁾. Riferita tale diversità, infatti, alla circostanza per cui il fatto accertato risulti sprovvisto dei caratteri della fattispecie legale, l'attività di qualificazione giuridica dell'accaduto pone in questione il delicato rapporto tra il linguaggio adoperato dal legislatore per descrivere la fattispecie e quello adoperato dal giudice per elaborare il risultato della propria percezione.

L'indebita configurazione della fallace riconduzione del fatto alla norma giuridica come errore di fatto, in quanto tale non censurabile dalla Cassazione, conseguirebbe — anche nel giudizio della Corte regolatrice toscana, da cui trae occasione la riflessione di Carnelutti ⁽⁶³⁾ — dalla inesatta ricostruzione del sillogismo, con l'impropria collocazione nella premessa minore dell'affermazione relativa alla ricorrenza nel fatto accertato dei caratteri previsti dalla norma, quindi con l'erronea classificazione di questo enunciato come giudizio di fatto ⁽⁶⁴⁾.

Affinché non sorgano equivoci, è bene rilevare subito come tale rappresentazione della struttura deduttiva della sentenza coincida solo in parte con quella prospettata da Calamandrei. Questi, infatti, se effettivamente collocava nella premessa minore l'applicazione del diritto al fatto, non considerava, invece, la consistenza di tale operazione logica nei termini di un giudizio di fatto (né, dunque, l'eventuale errore nella stessa intervenuto come errore di fatto) ⁽⁶⁵⁾. In ogni caso, la soluzione indicata da Carnelutti per correggere

⁽⁶¹⁾ Sulla distinzione tra violazione e falsa applicazione della legge Carnelutti fa riferimento all'insegnamento consolidato di L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano* IV (Torino, Bocca, 1896⁴) 903 s., e CHIOVENDA, *Principii*², cit., 1023 s.

⁽⁶²⁾ CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 803 [= in *Studi* I, cit., 374].

⁽⁶³⁾ V., *supra*, nt. 50, quindi cfr. CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 803 s. [= in *Studi* I, cit., 375].

⁽⁶⁴⁾ CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 803 s. [= in *Studi* I, cit., 375].

⁽⁶⁵⁾ V., *supra*, nt. 35.

l'assetto « mal distribuito » di questo sillogismo, e modificarne l'impianto in una serie di sillogismi tra loro coordinati, « ottenendo quella figura che i logici chiamano *sorite* » ⁽⁶⁶⁾, segue un'altra direzione. Risolto il contenuto della premessa minore nella « nuda affermazione del fatto » ⁽⁶⁷⁾, l'individuazione, da parte del giudice di merito, dei caratteri tecnici o comuni della fattispecie legale nel fatto sembrerebbe doversi ascrivere, più correttamente, entro il dominio della conclusione, così da essere classificata, quale sussunzione del fatto nella norma giuridica (o nella massima di esperienza che ne integri il contenuto), come giudizio di diritto, suscettibile dunque di controllo in Cassazione secondo il n. 3 dell'art. 517.

Al riguardo, prospettando un riordino della struttura del ragionamento giudiziale, secondo una differente distribuzione del suo contenuto nelle componenti logiche dell'inferenza deduttiva, Carnelutti esplicita la (ulteriore) ragione del proprio dissenso nei confronti della ricostruzione proposta da Calamandrei: laddove quest'ultimo individuava una fase di transizione dall'accertamento del fatto all'applicazione del diritto, la quale, intesa come la pronuncia di un giudizio singolare sui caratteri giuridici del fatto accertato, si sarebbe consumata anch'essa all'interno della premessa minore, egli non vede che un momento essenziale dell'applicazione del diritto, rilevando così un'indebita anticipazione del risultato del sillogismo (o, piuttosto, di uno dei sillogismi) nella minore delle sue premesse.

« Non vi è alcuna differenza logica tra la c. d. *costruzione e qualifica giuridica della fattispecie concreta* e la cosiddetta *applicazione del diritto al fatto*: la distinzione tra le due operazioni del giudice, voluta dal CALAMANDREI [...], non può sostenersi se non nel senso che sia sovente necessario per il giudice risolvere la situazione con due o più *sillogismi successivi* anziché con un sillogismo unico; a proposito del primo si può parlare di *costruzione o qualificazione giuridica del fatto*, e a proposito del secondo in senso stretto di *applicazione al fatto del diritto*. [...] non bisogna nascondere perciò che

⁽⁶⁶⁾ CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 804 [= in *Studi I*, cit., 375].

⁽⁶⁷⁾ CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 804 [= in *Studi I*, cit., 376].

anche la costruzione o qualificazione giuridica del fatto non è altro che una parte o meglio una fase della applicazione del diritto » (68).

3.1. *Ancora in tema di qualificazione giuridica del fatto.*

Emendata in questi termini la rappresentazione sillogistica della sentenza, corretta la distribuzione dei giudizi, con le relative tipologie di errore, nelle sue differenti parti, Carnelutti segnala il rischio di un eccessivo ampliamento dei limiti fissati per il controllo della Corte di cassazione, entro i quali finirebbe così per trovarsi « ogni *definizione* o *qualificazione* del fatto » (69). Egli avverte, dunque, l'esigenza di circoscrivere meglio tale competenza, proponendo un'ulteriore e più precisa classificazione delle operazioni compiute dal giudice per verificare che il fatto accertato possenga o meno i caratteri specifici della fattispecie legale, che consenta di distinguere, nel contesto di tale qualificazione, due possibili cause di errore, da ascrivere, rispettivamente, all'erronea posizione del fatto, nella premessa minore dell'inferenza deduttiva, o piuttosto alla falsa applicazione di legge, nella sua conclusione.

Al fine di riscontrare se il fatto affermato dalla parte esista nella realtà con caratteri corrispondenti a quelli previsti da una norma giuridica, il giudice provvede al suo accertamento, attraverso la percezione del fatto stesso, o di un fatto diverso che del primo costituisce fonte di prova. La differente struttura della prova, diretta o indiretta, è questione ampiamente discussa da Carnelutti nel volume su *La prova civile* (70): la prima si svolgerebbe mediante un'attività soltanto percettiva, la seconda mediante un'attività anche deduttiva, logicamente combinando la percezione della fonte di prova con la deduzione del fatto da provare.

In funzione di una più accurata ricostruzione dell'indagine giudiziale, l'analisi del momento percettivo presuppone il discernimento critico delle componenti del « giudizio di percezione ». Di-

(68) CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 804 s. [= in *Studi I*, cit., 376 s.].

(69) CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 805 [= in *Studi I*, cit., 377].

(70) CARNELUTTI, *La prova civile*¹, cit., 66 ss. [= *La prova civile*², cit., 63 ss.; rist. 54 ss.]. Ampiamente, in proposito, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 426 ss.

stinta, in questa prospettiva, la mera percezione di un fatto dalla compiuta definizione di quanto percepito, l'errore eventualmente intervenuto nell'enunciazione di questo giudizio può dipendere tanto da falsa percezione quanto da falso giudizio: se, nel primo caso, il vizio presenta i caratteri tipici dell'errore di fatto, come tale sottratto al controllo della Corte, nel secondo, « ove sia possibile attribuire con sicurezza l'errore al giudizio anzi che alla percezione » (71), Carnelutti appare propenso a connotare l'erronea definizione di quanto percepito come errore di diritto, censurabile *ex art.* 517, n. 3 (72).

Più delicato si presenta il caso in cui l'errore di giudizio intervenga, qualora nella posizione del fatto il giudice si serva di una prova indiretta, nella componente deduttiva di questa complessa attività di accertamento. È ben nota la descrizione di tale procedimento logico, proposta nelle pagine de *La prova civile*, nei termini di un sillogismo,

« del quale la premessa minore è costituita dalla posizione del fatto percepito diverso dal fatto da provare, e la illazione dalla affermazione della verità o non verità (esistenza o inesistenza) del fatto da provare, mentre funge da premessa maggiore una *norma*, che il giudice ritiene applicabile al fatto percepito » (73).

(71) CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 806 [= in *Studi I*, cit., 379].

(72) Giusta la tesi di STEIN, *Das private Wissen des Richters*, cit., 11, anche quando il giudice percepisca direttamente il fatto da provare, sarebbe necessaria una deduzione, ovvero un giudizio, per classificarlo; « ma questa attività deduttiva è ormai fuori dal campo della *prova*, e opera invece nel campo della sussunzione del fatto constatato nella regola giuridica, cioè, sostanzialmente, nel campo della *decisione*; solo quando il giudice percepisce un fatto diverso dal fatto da provare la deduzione è strumento necessario per stabilire la esistenza di questo prima che per *classificarlo*, e perciò è un elemento del processo probatorio » (CARNELUTTI, *La prova civile*¹, cit., 76 nt. 2 [= *La prova civile*², cit., 73 nt. 1; rist. 62 nt. 30]).

(73) CARNELUTTI, *La prova civile*¹, cit., 76 [= *La prova civile*², cit., 73; rist. 62]. Proprio alla costruzione sillogistica del giudizio di fatto C. BESSO MARCHEIS, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. » XLV (1991) 1119-1169, p. 1128 ss., riconduce il valore di rottura dell'opera di Carnelutti, nell'ambito della tradizione di studi in materia probatoria, fortemente condizionata, per quel che concerne la dottrina processualistica italiana, dall'elaborazione di M. PESCATORE, *Teoria delle prove civili e criminali giuridica e logica considerata tanto*

Carnelutti qualifica come « probatorio » questo sillogismo, per distinguerlo dall' analogo ragionamento che informerebbe l' inferenza giudiziale nel suo complesso, indicato come « decisivo », rispetto al quale il primo esercita evidentemente una funzione strumentale, « nel senso che la premessa minore di quel sillogismo ultimo non è altro che la illazione di un sillogismo o di una serie di sillogismi, attraverso la quale il giudice giunge dalla percezione di un fatto diverso dal fatto da provare alla affermazione della esistenza o inesistenza di questo » (74). È appena il caso di rilevare come l' indicazione riproduca, nel riferimento specifico alla logica della prova indiretta, la regola osservata da Calamandrei quanto alla consistenza della minore tra le premesse di ciascuno dei sillogismi in cui si articolerebbe il ragionamento del giudice, fino alla decisione finale, in un giudizio di contenuto singolare, scaturito dalla conclusione di una delle inferenze preparatorie (75).

3.2. *Sul controllo in Cassazione del sillogismo probatorio.*

La determinazione dei limiti imposti per il controllo in Cassazione della formulazione e del contenuto del sillogismo probatorio pone fine all' indagine concernente il riesame della posizione del fatto nel sindacato della pronuncia di merito.

Intesa come un difetto di attività l' omessa formulazione di tale sillogismo nella sentenza, riconducibile alla mancanza della motivazione (76), Carnelutti stempera il significato di tale inadempienza, causa di nullità e motivo di cassazione, con riferimento al concetto di « motivazione *implicita* » (77): l' esigenza che la sentenza contenga i motivi in fatto e in diritto sarebbe dunque soddisfatta anche

in se stessa che ne' suoi rapporti colle istituzioni giudiziarie (Torino, Mussano, 1847). Cfr., in proposito, anche TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 317 nt. 47.

(74) CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 807 [= in *Studi I*, cit., 381].

(75) CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 256 s. [= in *Studi I*, cit., 47 s.; quindi in *Opere I*, cit., 51 s.].

(76) Contemplata, attraverso il combinato disposto degli art. 360, n. 6, e 361, n. 2, nell'art. 517, n. 2: v., *supra*, nt. 39.

(77) CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 808 [= in *Studi I*, cit., 382].

laddove il giudice, mostrando di aver ragionato, sottintendesse qualcuna delle premesse di cognizione comune, necessaria per il conseguimento della conclusione alla quale egli è pervenuto. Occorre, in tal senso, che il controllo della motivazione abbia per oggetto « non tanto la struttura apparente o esteriore, quanto la struttura intima o sostanziale del sillogismo » (78).

La questione diventerebbe più delicata nel momento in cui si passi a considerare la valutazione da parte della Corte, non più della formulazione del sillogismo probatorio nella sentenza, ovvero della sua formale « esistenza », ma del contenuto di esso, ovvero della « esattezza » della deduzione (79). Anche in questo caso, il giurista friulano distingue le ipotesi di errore nelle diverse componenti della costruzione logica di tale inferenza.

Costituirebbe sempre errore di fatto l'erronea posizione del fatto, nella premessa minore, scaturita dalla falsa percezione delle fonti di prova; quale motivo di ricorso rilevarebbe soltanto, *ex art.* 517, n. 1, l'*error in procedendo* determinato dalla eventuale omissione o violazione nel corso del giudizio delle forme prescritte sotto pena di nullità (sempre che tale nullità, aggiunge la norma, « non sia stata sanata espressamente o tacitamente »).

Configurerebbe altresì errore di fatto, sottratto al vaglio della Corte, l'erronea posizione del fatto derivante dall'erronea posizione, nella premessa maggiore, di una massima di esperienza liberamente scelta dal giudice per l'apprezzamento della fonte di prova. Diverso è il caso della così detta prova legale, laddove la regola che governa l'inferenza probatoria risulta invece prescritta dalla legge: in tali circostanze l'erronea posizione, nella medesima premessa, della norma giuridica imposta, o della massima di esperienza da questa richiamata, configura una violazione di legge, censurabile in Cassa-

(78) CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 808 [= in *Studi I*, cit., 382]. « Sotto questo profilo — spiega Carnelutti — il controllo della motivazione deve esercitarsi non tanto per rimproverare al giudice di *non aver detto*, quanto di *non aver pensato*; se è manifesto che una premessa fu tenuta in conto per la conclusione pur non essendo espressa, difetto di motivazione non c'è » (*ibid.*).

(79) CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 809 [= in *Studi I*, cit., 383].

zione secondo il n. 3 dell'art. 517 ⁽⁸⁰⁾. Non sorprende, in proposito, che la notazione di Carnelutti, secondo la quale la premessa maggiore sarebbe necessariamente « una proposizione astratta », l'affermazione di una regola di diritto o di esperienza, verifichi nuovamente l'avvertenza di Calamandrei in merito alla costante ricorrenza, nella *propositio maior* di ognuna delle deduzioni concatenate che conducono alla elaborazione della sentenza, di un giudizio di contenuto generale, di natura prescrittiva o descrittiva ⁽⁸¹⁾. Interessa, piuttosto, rilevare come tale sintonia risulti confermata dal comune dissenso nei confronti della posizione di Chiovena, circa la possibilità che la Corte di cassazione controlli l'uso, nel giudizio di merito, delle massime di esperienza ⁽⁸²⁾.

Quanto alla conclusione del sillogismo probatorio, infine, l'erronea sussunzione, nella massima di esperienza che il giudice ha liberamente posto come premessa maggiore, di un fatto che nella stessa non risulti contemplato, rileverebbe quale mero difetto di motivazione « per contraddizione nei motivi » (eccezion fatta per la circostanza sopra ricordata, in cui, essendo la regola per l'apprezzamento della fonte di prova giuridicamente prescritta, l'eventuale errore verrebbe a configurare una falsa applicazione di legge, ancora in conformità con l'art. 517, n. 3). La riconduzione al vizio di attività disciplinato nell'art. 517, n. 2 (ai sensi degli art. 360, n. 6, e 361, n. 2), della pretesa illogicità della conclusione, come ricavata dalle due premesse ⁽⁸³⁾, secondo la diffusa equiparazione nella pratica processuale della « contraddittorietà » dei motivi alla loro « mancanza » ⁽⁸⁴⁾, discende dalla medesima persuasione che ha indotto

⁽⁸⁰⁾ CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 809 ss. [= in *Studi I*, cit., 384 ss.].

⁽⁸¹⁾ Cfr. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 256 s. [= in *Studi I*, cit., 47 s.; quindi in *Opere I*, cit., 51 s.].

⁽⁸²⁾ CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 811 [= in *Studi I*, cit., 386]; cfr. CHIOVENA, *Principii*³, cit., 1027 s., e CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 258 nt. 109 [= in *Studi I*, cit., 49 nt. 109; quindi in *Opere I*, cit., 52 s. nt. 109].

⁽⁸³⁾ CARNELUTTI, *La prova civile*¹, cit., 77 s. [= *La prova civile*², cit., 74 s.; rist. 63 s.], quindi ID., *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 809 [= in *Studi I*, cit., 384].

⁽⁸⁴⁾ Cfr., al riguardo, G. CHIOVENA, *Istituzioni di diritto processuale civile II/1* (Napoli, Jovene, 1934) 575 ss.

Carnelutti a ritenere soddisfatta l'esigenza che la sentenza contenga i motivi in fatto e in diritto, anche quando la loro indicazione risulti soltanto implicita: « un sillogismo, nel quale la conclusione non risponda alle premesse non è un sillogismo, ma un paralogismo e non costituisce motivazione » (85).

È opportuno sottolineare come, dallo slittamento nell'interpretazione della consistenza specifica della motivazione — da ciò che il giudice ha detto a ciò che avrebbe pensato, dalle parole che ha scritto ai ragionamenti che avrebbe formato —, consegua un radicale ripensamento delle condizioni per l'impugnazione della sentenza in Cassazione. In sintesi: per quanto attiene alla formulazione del sillogismo probatorio, Carnelutti si mostra disponibile a sanare l'eventuale incompletezza della motivazione, considerandola come difetto di attività solo « apparente », in ragione dell'assenza di un vizio di giudizio; per ciò che concerne il suo contenuto, invece, egli appare pronto a rilevare un difetto di attività, sebbene « non apparente », valutando la contraddittorietà alla stregua della mancanza dei motivi, a causa della presenza di un vizio di giudizio.

3.3. Due « ingredienti » per una sentenza.

Appena l'anno seguente, ancora una volta dalle pagine della *Rivista del diritto commerciale*, Carnelutti veniva ad affrontare la controversa questione circa l'essenza della giurisdizione e la natura della sentenza civile, intervenendo, com'era già accaduto, tra gli altri, a Rocco e Chiovenda (86), nella discussione in merito all'eventuale riconoscimento, nell'ordinamento giuridico italiano, di una funzione giurisdizionale degli arbitri (87).

È interessante rilevare come, in qualche modo replicando un

(85) CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 809 s. [= in *Studi I*, cit., 384]: « bisogna pur riconoscere — scrive Carnelutti — che la motivazione consiste non nella *scrittura di parole*, ma nella *formazione di ragionamenti*, onde la sua esistenza si misura non alla stregua della esistenza isolata dei tre membri del sillogismo, ma alla stregua della loro coordinazione » (*ibid.*).

(86) V., *supra*, nel Capitolo I, nt. 68 e 81.

(87) F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in « Riv. dir. comm. » XIV (1916) I, 374-407 [= in *Studi I*, cit., 3-52].

atteggiamento di Calamandrei ⁽⁸⁸⁾, egli assuma che, per prendere una posizione al riguardo (nel senso di negare agli arbitri tale funzione), non sarebbe necessario dirimere l'annosa disputa e decidere se la sentenza « sia *soltanto un giudizio logico* o un *giudizio logico più un comando*, cioè *più un atto di volontà* »: il contrasto tra la tesi di Rocco, per cui si tratterebbe essenzialmente di un atto dell'intelligenza del giudice ⁽⁸⁹⁾, e la contraria opinione, maggioritaria nella dottrina processualistica, si radicherebbe, infatti, « più nel campo della psicologia che in quello vero e proprio della logica giuridica » ⁽⁹⁰⁾.

Ciò premesso, anche Carnelutti non manca di prospettare la propria soluzione; non priva, come per altro quella del collega fiorentino, di qualche ambiguità. In tal senso, considerata la forza obbligatoria della decisione giudiziale, e distinta l'obbligatorietà dell'accertamento da quella della norma accertata, come lo stesso Rocco, del resto, non avrebbe esitato a fare ⁽⁹¹⁾, egli ritiene che non occorra altro

« per dedurne che la sentenza contiene, *logicamente*, non solo un giudizio ma *anche un comando*: obbligo e comando sono infatti termini indissolubili, l'obbligo senza il comando è un assurdo come l'ombra senza il corpo che la riflette, l'obbligatorietà dell'accertamento *non può concepirsi* senza che l'accertamento contenga o costituisca un comando; che poi questo effetto di obbligo e quindi questo contenuto di comando sia riconnesso dal diritto obbiettivo a un atto del giudice, il quale risponda nella realtà piuttosto soltanto all'esercizio delle sue facoltà intellettive che a quello delle sue facoltà volitive, è, ripeto, una questione non di logica ma di psicologia » ⁽⁹²⁾.

Alla vaga determinazione, per cui l'accertamento « contenga o costituisca » il comando in oggetto, si accompagna, insoluta, la questione (meramente psicologica?) se la legge riconduca l'« effetto

⁽⁸⁸⁾ CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 211 [= in *Studi I*, cit., 3; quindi in *Opere I*, cit., 13].

⁽⁸⁹⁾ ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 33 [= rist. 29].

⁽⁹⁰⁾ CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, cit., 378 s. [= in *Studi I*, cit., 10].

⁽⁹¹⁾ Contro KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre*, cit., 26 s.: v., *supra*, nel Capitolo I, nt. 67.

⁽⁹²⁾ CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, cit., 379 [= in *Studi I*, cit., 10].

di obbligo », con il relativo « contenuto di comando », al prodotto di un'attività intellettuale del giudice, o piuttosto a una manifestazione della sua volontà: del resto, ribadisce Carnelutti, « per il giudizio sulla natura dei poteri degli arbitri si può agevolmente prescindere da tutto questo » (93).

Proprio l'elaborazione di tale giudizio, invece, consente al giurista friulano di trarre alcune essenziali indicazioni in merito alla specifica consistenza della pronuncia giurisdizionale, sulle quali conviene fermare l'attenzione. Concordando in larga misura con l'« armoniosa costruzione » di Chiovena, sarebbe agevole verificare come il lodo, di per sé sprovvisto (in mancanza del decreto del pretore) tanto di efficacia esecutiva quanto di efficacia obbligatoria (94), non sia affatto una sentenza, e dunque concludere che, « se il potere giurisdizionale, nella sua essenza, non è altro che il potere di far una sentenza », gli arbitri non detengano, in Italia, poteri giurisdizionali (95). Ciò non significa, d'altra parte, condividere la tesi per cui il compromesso implicherebbe nulla più che un « frazionamento delle operazioni del giudizio » (96), e avrebbe una rilevanza processuale puramente « negativa » (97). Dall'accordo tra le parti, infatti, non deriverebbe solo il potere processuale degli arbitri di preparare la materia logica di una sentenza, ma anche

(93) CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, cit., 379 [= in *Studi I*, cit., 10].

(94) Sulla distinzione tra i due tipi di efficacia, riscontrata l'ambiguità del linguaggio giuridico al riguardo, cfr. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, cit., 393 ss. [= in *Studi I*, cit., 31 ss.].

(95) CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, cit., 380 [= in *Studi I*, cit., 12]. « Questa ragione — precisa Carnelutti — contiene anche il limite della mia negazione » (*ibid.*): laddove gli arbitri fossero in condizione di pronunciare una sentenza (come in altri ordinamenti, diversi da quello italiano), sarebbe loro da riconoscere un vero e proprio potere giurisdizionale, indipendentemente dal fatto — al quale CHIOVENA, *Principii*³, cit., 110 s. nt. 1 (e invero anche ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 44 [= rist. 38]), riferisce una specifica rilevanza — che essi siano sprovvisti dei poteri di coercizione che spettano invece al giudice ordinario nella conduzione del processo.

(96) CHIOVENA, *Principii*³, cit., 110 nt. 1.

(97) CHIOVENA, *Principii*³, cit., 84 [= *Principii*³, cit., 107]; in tal senso, seguendo l'interpretazione di WACH, *Handbuch*, cit., 67, anche D. ANZILOTTI, *Clausola compromissoria. Collegio arbitrale da costituirsi all'estero. Nullità. (Art. 22, 24, 32 cod. proc. civ.)*, in « Riv. dir. internaz. » I (1906) 467-476 [= in *Studi di diritto processuale internazionale e di filosofia del diritto*, Opere IV (Padova, Cedam, 1963) 71-85].

quello del pretore di integrarla giuridicamente con il suo decreto ⁽⁹⁸⁾: se nessuno dei due poteri, di per sé, avrebbe carattere giurisdizionale, e dunque né il lodo né il decreto di esecutorietà, autonomamente considerati, sarebbero atti giurisdizionali, dalla fusione dei due poteri e dalla combinazione dei due atti scaturirebbe, invece, una sentenza ⁽⁹⁹⁾.

L'analisi del concorso di arbitri e pretore nella formazione dell'atto giurisdizionale illumina, così, da una diversa e più concreta prospettiva d'indagine, la peculiare struttura di tale sentenza, che consisterebbe, secondo Carnelutti, in un « atto complesso » ⁽¹⁰⁰⁾, e più precisamente, con una terminologia consolidata nella dottrina pubblicistica italiana ⁽¹⁰¹⁾, in un « atto complesso *inequale* » ⁽¹⁰²⁾.

« Insomma, poniamo pure con CHIOVENDA e contro ROCCO, che la

⁽⁹⁸⁾ CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, cit., 387 s. [= in *Studi I*, cit., 23]: accanto all'efficacia « impediante » la costituzione del rapporto processuale dinanzi al giudice ordinario, bisognerebbe dunque ascrivere al compromesso la specifica efficacia « costituente » di un diverso rapporto processuale, nel cui ambito l'opera congiunta dell'arbitro e del pretore fa sì che la controversia sia decisa « come sarebbe decisa da una sentenza del giudice ordinario » (*ibid.* 388 [= 24]).

⁽⁹⁹⁾ CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, cit., 385 ss. [= in *Studi I*, cit., 19 ss.].

⁽¹⁰⁰⁾ CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, cit., 386 [= in *Studi I*, cit., 20 s.], avverte in proposito l'esigenza, sul piano della teoria generale del diritto, di lavorare alla costruzione della categoria concettuale del « comando giuridico complesso » (v., *infra*, nt. 107). Interessante notare come, proprio con riguardo al lodo esecutivo, sebbene da una diversa prospettiva, il riferimento all'atto complesso sia già in CHIOVENDA, *Principii*³ 109 nt. 1: « il lodo è e rimane atto privato perché è *atto di privato*; reso esecutivo, è assunto al livello d'un atto giurisdizionale; in altri termini lodo esecutivo vuol dire un atto complesso in cui l'atto privato porta la materia logica, l'atto dell'organo pubblico porta la materia giurisdizionale d'una sentenza ».

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. V. BRONDI, *L'atto complesso nel diritto pubblico*, in *Studii giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer nella ricorrenza del XXXV anno del suo insegnamento, Diritto odierno* (Torino, Bocca, 1898) 553-604; U. BORSI, *L'atto amministrativo complesso. (Contributo alla teoria degli atti amministrativi)*, in « Studi senesi » XX (1903) 3-54; D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in « Archivio giuridico » LXXI (1903) 3-105 [= in *Scritti di diritto pubblico I*, cit., 387-491]; P. FEDOZZI, *L'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale* (Palermo, Fiorenza, 1908) 44 ss.

⁽¹⁰²⁾ CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, cit., 386 [= in *Studi I*, cit., 21]: « arbitri e pretore non vi concorrono egualmente, come concorrono alla formazione della sentenza i singoli giudici costituenti il collegio, ma compiono atti singoli, se pur sostanzialmente tendenti all'identico scopo [...], formalmente dissimili » (*ibid.*).

sentenza contenga non solo un giudizio, ma ancora un comando; in fondo io ne sono persuaso non solo dal lato logico, ma anche dal lato psicologico: vero è peraltro che, se non è un *puro giudizio*, non è nemmeno un *puro comando*: è la somma dell'uno e dell'altro; giudizio logico e comando sono i due elementi (vorrei dire i due *ingredienti*) della sentenza » (103).

3.4. *Prolegomeni a una teoria generale del comando giuridico.*

Queste riflessioni trovano un più ordinato svolgimento, di lì a qualche anno, nelle *Lezioni di diritto processuale civile* sul processo di cognizione, edite a Padova, per i tipi della Cedam, a partire dal 1920 (104), ove appare manifesta, nella costruzione dei concetti come nella loro organizzazione sistematica, la tensione di Carnelutti verso una teoria generale del diritto.

Intesa la norma giuridica come una statuizione astratta e ipotetica, che « determina la conseguenza di un fatto dato, per la ipotesi che si verifichi » (105), quindi la sua applicazione al caso come « la operazione intellettuale diretta al controllo della esistenza dei suoi presupposti di fatto » (106), l'accertamento altro non sarebbe che un'« applicazione obbligatoria », mediante la quale il giudice (se la controversia non abbia già trovato soluzione, in virtù del « riconoscimento » di una parte della posizione giuridica dell'altra, ovvero di una « transazione » tra le parti stesse) viene a « *integrare o concretare il comando per il caso dato*; far diventare concreto il giudizio ipotetico contenuto nella norma » (107). In tal senso, ragionando della

(103) CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, cit., 385 [= in *Studi I*, cit., 20].

(104) F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile* [I]. *Introduzione* (Padova, Cedam, 1920; rist. 1926); II. *La funzione del processo di cognizione. Parte prima, 1921-22* (s.d.; rist. 1926); III. *La funzione del processo di cognizione. Parte seconda, 1922-23* (1923); IV. *La funzione del processo di cognizione. Parte terza, 1923-24* (1925; rist. 1926). Di questi volumi, litografati, è stata pubblicata un'edizione anastatica, con *Presentazione* di A. TRABUCCHI (Padova, Cedam, 1986).

(105) CARNELUTTI, *Lezioni I*, cit., 159 s.

(106) CARNELUTTI, *Lezioni I*, cit., 161 s.

(107) CARNELUTTI, *Lezioni I*, cit., 169 s. L'esigenza, come avvertita in *Id.*, *Arbitrato estero*, cit., 386 [= in *Studi I*, cit., 20 s.], di provvedere alla costruzione della categoria concettuale del « *comando giuridico complesso* » (v., *supra*, nt. 100), consegue i primi risultati nelle pagine su « Il comando *complesso* », in *Id.*, *Lezioni I*, cit., 144 ss., quindi in quelle sul « Concorso di organi giudiziari a funzioni distinte », in *Id.*, *Lezioni III*, cit., 42 ss. Qui, messe a confronto le differenti forme di collaborazione nel giudizio, osservate

diversa natura del parere di un privato consulente rispetto alla sentenza del giudice, che corrisponderebbe alla differenza tra la mera applicazione della norma e il suo accertamento giudiziale ⁽¹⁰⁸⁾, Carnelutti sottolinea

« che la applicazione, e per ciò il parere, è una semplice operazione intellettuale, mentre l'accertamento, e per ciò la sentenza, è una operazione intellettuale più un atto di volontà o, in altri termini, una operazione intellettuale, la quale si risolve in un atto di volontà, o, in altri termini, un atto di volontà, che rappresenta l'epilogo di un atto dell'intelligenza » ⁽¹⁰⁹⁾.

Così perfezionando quanto conseguito nell'analisi del rapporto tra giudizio e comando — comando, che l'ordinamento avrebbe certamente ricondotto a un atto del giudice, del quale, però, non si sapeva dire se in realtà rispondeva « piuttosto soltanto all'esercizio delle sue facoltà intellettive che a quello delle sue facoltà volitive » ⁽¹¹⁰⁾ —, Carnelutti giunge a riconoscere che nella sentenza vi

nelle esperienze storiche del processo civile romano dell'*ordo iudiciorum privatorum* e dell'antico processo germanico, Carnelutti riscontra la sopravvivenza, negli ordinamenti contemporanei, di alcune tracce di una simile divisione del lavoro: nel sistema del giurì, nel quale « i giurati formano una sola parte del giudizio, e precisamente decidono la questione di fatto, mentre la applicazione del diritto al fatto così stabilito viene riservata al giudice »; quindi nel giudizio arbitrale, come regolato dal diritto italiano, per cui « la sentenza (lodo) degli arbitri non possiede forza imperativa e esecutiva se non in quanto vi si aggiunga il decreto di esecutorietà del pretore (art. 24 c.p.c.) onde si avvera qui una specie di concorso degli arbitri e del pretore per compiere il giudizio » (*ibid.* 45). Un punto d'arrivo, relativamente stabile nella mutevolezza delle sue determinazioni, può rintracciarsi nella riflessione in tema di « complessità dell'atto giuridico » condotta in sede di teoria generale: ID., *Teoria generale del diritto* (Roma, Società Editrice del « Foro Italiano », 1940) [di seguito: *Teoria generale*¹] 426 ss. (ma v. anche 160 ss.); ID., *Teoria generale del diritto*, « seconda edizione interamente nuova » (Roma, Società Editrice del « Foro Italiano », 1946) [di seguito: *Teoria generale*²] 322 ss. (ma v. anche 96 ss.); ID., *Teoria generale del diritto*, « terza edizione emendata e ampliata » (Roma, Società Editrice del « Foro Italiano », 1951) [di seguito: *Teoria generale*³] 349 ss. (ma v. anche 98 ss.).

⁽¹⁰⁸⁾ Interessante segnalare, con riferimento ai problemi discussi in queste pagine, il richiamo alla differenza tra applicazione e accertamento per distinguere, « nel laberinto dei motivi di cassazione », le due classi fondamentali degli *errores in procedendo* e *in iudicando* (CARNELUTTI, *Lezioni IV*, cit., 262 ss.).

⁽¹⁰⁹⁾ CARNELUTTI, *Lezioni I*, cit., 174.

⁽¹¹⁰⁾ CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, cit., 379 [= in *Studi I*, cit., 10].

sarebbe, non solo un giudizio logico, ma anche un atto di volontà. Non è difficile accorgersi, invero, di come la sequenza delle formulazioni, in termini ogni volta differenti, tra loro non precisamente coincidenti, riproponga anche in questa pagina, sia pure su un diverso piano, l'esitazione già avvertita in merito alla specifica interazione tra l'opera dell'intelletto e quella della volontà, la cui consistenza conserva ancora un certo grado di indeterminatezza.

Non sarebbe in discussione, in ogni caso, la presenza di un'operazione intellettiva, né la sua riconducibilità alla struttura logica di un sillogismo, a fondamento del parere come della sentenza, posto che tanto il consulente privato quanto il giudice

« constata prima se esiste la norma data, e la affermazione o la negazione di questa costituisce la premessa maggiore; constata poi se esiste un fatto identico a quello presupposto dalla norma e la affermazione o la negazione di questo costituisce la premessa minore; deduce infine se la norma debba essere o non debba essere obbedita, e questa deduzione costituisce la illazione » ⁽¹¹¹⁾.

Più delicata si presenta la questione concernente l'intervento nella sentenza, accanto al giudizio logico in essa contenuto, di un atto di volontà del giudice ⁽¹¹²⁾. Mostrando di comprendere le

⁽¹¹¹⁾ CARNELUTTI, *Lezioni* I, cit., 162 s. Ulteriori indicazioni, in tal senso, a proposito della struttura logica della dimostrazione, della parte come del giudice (Id., *Lezioni* II, cit., 377 ss.), quindi nelle pagine sulla decisione del giudice e sulle regole relative alla formazione della stessa (Id., *Lezioni* III, cit., 17 ss., 419 ss.), e soprattutto in quelle dedicate alla « Formazione complessa del giudizio » (con importanti notazioni circa la distinzione tra « sillogismo *decisorio* » e « sillogismo *probatorio* », la relazione tra « sillogismo *finale* » e « sillogismi *strumentali* », la connessione di questi ultimi tra loro in rapporto di « subordinazione » o di « coordinazione »: *ibid.* 423 ss.). La struttura sillogistica della sentenza è richiamata anche al fine di precisare (in termini, evidentemente, molto diversi rispetto a Calamandrei) il rapporto tra violazione e falsa applicazione della legge nell'ambito degli *errores in iudicando*: « *violazione di legge* è l'errore che interessa la *premissa maggiore*; *falsa applicazione* quello che interessa la *conclusione*. [...] *Violazione e falsa applicazione* di legge si riassumono correntemente nella nozione dell'*errore di diritto*, alla quale si contrappone l'*errore di fatto*, come quello che interessa la premessa minore della decisione » (Id., *Lezioni* IV, cit., 267).

⁽¹¹²⁾ Venendo a considerare il rapporto tra « Funzione processuale e funzione amministrativa », accomunate nella destinazione al soddisfacimento di pubblici interessi, Carnelutti prende posizione in merito alla controversa rilevanza, nella determinazione della differenza tra le due funzioni, della composizione dei rispettivi atti, dalla quale

ragioni di quanti, ritenendo che l'accertamento non costituisca l'obbligo, il quale preesisterebbe alla pronuncia giudiziale, né emani il comando, di cui si limiterebbe a constatare l'esistenza ⁽¹¹³⁾, sono indotti a credere « che la sentenza si esaurisca in un puro atto di intelligenza », Carnelutti avverte l'esigenza di « illustrare con maggiore dettaglio la natura volitiva dell'atto di accertamento ». Egli propone, a tal fine, di considerare la determinazione di un qualsiasi mutamento nel mondo esteriore come criterio minimo al quale riferire, nello svolgimento dell'energia psichica dell'uomo, il confine tra puro atto di intelligenza (che provocherebbe mutamento soltanto « dentro l'uomo che la svolge ») e atto di volontà (che lo provocherebbe, invece, anche « fuori dall'uomo che la svolge ») ⁽¹¹⁴⁾. In questa prospettiva, che configura, evidentemente, in termini piuttosto vaghi il confine tra l'esercizio delle facoltà intellettive e volitive, sarebbe agevole convincersi che il giudice, accertando la norma giuridica e ricostruendo il fatto, eserciti certamente la propria intelligenza, ma impegni anche la propria volontà, esprimendo i risultati della sua ricerca al fine di indirizzare, secondo gli stessi, il comportamento delle parti:

risulterebbe — come posto in evidenza, *supra*, nel Capitolo I — « che negli atti amministrativi prevale il momento della volontà e negli atti processuali il momento del giudizio ». Detta differenza non sarebbe reale, intesa alla stregua di una « diversa composizione psicologica dell'atto », dal momento che sia la volontà del giudice che quella dell'amministratore sarebbero guidate da un giudizio; d'altra parte, intesa nel senso di una « diversa composizione giuridica dell'atto », quindi con riferimento alla differente importanza che nei due atti avrebbe l'operazione intellettuale dell'applicazione della norma, vi sarebbe invece « una notevole parte di vero » in questo modo di prospettare la distinzione. « Appunto perché l'organo processuale agisce non per lo svolgimento di un interesse in conflitto (*nel conflitto*), ma per la sua composizione (*sopra* il conflitto), la sua volontà è normalmente assai più aderente al giudizio (intorno alla esistenza dei presupposti della norma), che non sia quella dell'organo amministrativo: il giudice comanda *come ha giudicato*; l'amministratore comanda *pure dopo avere giudicato*, ma non sempre *come ha giudicato*; nell'atto processuale *debbono coincidere*, nell'atto amministrativo *possono divergere* la volontà e il giudizio (il comando e la applicazione della legge) » (CARNELUTTI, *Lezioni* II, cit., 156 s.).

⁽¹¹³⁾ Sul rapporto tra comando giuridico e obbligo, cfr. CARNELUTTI, *Lezioni* I, cit., 46 ss.

⁽¹¹⁴⁾ CARNELUTTI, *Lezioni* I, cit., 175.

« il consulente *lascia liberi* gli interessati perché *offre* loro, ma non *impone* la sua valutazione come *motivo* della loro condotta; il giudice li *obbliga* appunto perché *impone* loro la sua valutazione vale a dire *sostituisce la valutazione sua a quella degli interessati come motivo della loro condotta*. In questo atto le caratteristiche della *manifestazione di volontà* si rivelano senza dubbiozza »⁽¹¹⁵⁾.

Stabilito, dunque, « senza dubbiozza », che l'atto del giudice risponderrebbe, non solo all'esercizio delle sue facoltà intellettive, ma anche a quello delle sue facoltà volitive, l'obbligatorietà che l'ordinamento giuridico vi riconnette risulta precisata con riguardo alla specifica connotazione del comando contenuto nella sentenza. Sebbene « diverso dal comando accertato », esso non sarebbe, infatti, rispetto a quest'ultimo, un comando « autonomo », dal momento che non risulterebbe di per sé sufficiente a determinare la condotta degli interessati, ma solo in quanto « presuppone un comando anteriore », al quale detti interessati verrebbero determinati a obbedire. Si tratterebbe, in definitiva, di un comando « complementare »⁽¹¹⁶⁾.

4. *Calamandrei sulla Cassazione civile.*

Prese in esame le tesi di Carnelutti concernenti la struttura dell'atto giurisdizionale, con particolare attenzione per le linee di convergenza rispetto alla riflessione di Calamandrei e, soprattutto, per i punti di esplicito dissenso, appare interessante verificare, in

⁽¹¹⁵⁾ CARNELUTTI, *Lezioni I*, cit., 176.

⁽¹¹⁶⁾ CARNELUTTI, *Lezioni I*, cit., 176. Non è necessario, in questa sede, dar conto del processo di elaborazione dogmatica della categoria, a partire dalla definizione del negozio giuridico come « comando complementare » (*ibid.* 83 ss.), quindi dalla specificazione del concetto di potere giuridico, relativa al carattere della sua intensità, nel « potere giuridico complementare » (*ibid.* 136 ss.). Interessa, invece, segnalare la proiezione di questo risultato sulla differenza tra la sentenza, in quanto accertamento di un comando « preesistente », e la decisione dell'arbitro, in quanto emanazione di un comando « autonomo » per la composizione di un conflitto di interessi (*ibid.* 177). Ulteriori indicazioni, al riguardo, in *Id.*, *Lezioni II*, cit., 112 ss. Anche in questo caso, un punto d'arrivo nell'opera di costruzione concettuale e di sistemazione teorico-generale possono considerarsi le pagine in materia di « accertamento », in *Id.*, *Teoria generale*¹, cit., 121 ss. (ma v. anche 289 ss.); *Id.*, *Teoria generale*², cit., 91 ss. (ma v. anche 210 ss.); *Id.*, *Teoria generale*³, cit., 92 ss. (ma v. anche 222 ss., 369 ss.).

conclusione di queste pagine, gli sviluppi del pensiero di quest'ultimo e le reazioni nei confronti delle critiche ricevute.

Considero, in via preliminare, le ricerche di Calamandrei aventi per oggetto la teoria del ricorso in Cassazione per *error in iudicando*, quindi la determinazione dei limiti alla competenza di tale Corte nel sindacato del giudizio di merito e nel controllo della sua motivazione, nella compiuta maturazione, storico-sistematica, testimoniata dai due volumi sulla *Cassazione civile* editi a Torino nel 1920 ⁽¹¹⁷⁾.

4.1. Ancora sulla classificazione degli errori di giudizio.

Posto che, nel sistema normativo determinato dal codice di rito del 1865, l'art. 517, n. 3, contemplando « *solamente e tutti* gli errori di giudizio intervenuti nella risoluzione di una questione di diritto », definirebbe la tipicità dell'istituto della cassazione civile ⁽¹¹⁸⁾, non è dato riscontrare, nello studio analitico di tali errori, particolari novità circa la loro distribuzione all'interno dello schema sillogistico, quanto piuttosto un interessante approfondimento critico in merito al rapporto tra gli errori stessi.

Registrato con favore l'accoglimento, da parte di Carnelutti, del criterio di classificazione degli *errores in iudicando* in relazione alla sede occupata nelle componenti logiche della sentenza ⁽¹¹⁹⁾, il suo concreto impiego mostra sostanzialmente invariata la distanza tra i due studiosi: si produrrebbero nella premessa maggiore gli errori sulla validità o sulla esistenza di una norma giuridica (« violazione di legge » in senso stretto), come quelli sul contenuto o sul significato di una norma giuridica (« falsa interpretazione di legge ») ⁽¹²⁰⁾; nella

⁽¹¹⁷⁾ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile* (Torino, Bocca, 1920): vol. I. *Storia e legislazioni*; vol. II. *Disegno generale dell'istituto* [= in *Opere giuridiche* VI e VII, a cura di M. CAPPELLETTI (Napoli, Morano, 1976)].

⁽¹¹⁸⁾ CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 279, 285 [= in *Opere* VII, cit., 265 s., 271]; sulla singolare natura del vizio contemplato al n. 7 dell'art. 517, con riguardo al caso in cui la sentenza d'appello « contenga disposizioni contraddittorie », cfr. *ibid.* 337 ss. [= 318 ss.].

⁽¹¹⁹⁾ Esplicito il riferimento a CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 801 ss. [= in *Studi* I, cit., 372 ss.] (CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 281 nt. 1 [= in *Opere* VII, cit., 267 nt. 6]).

⁽¹²⁰⁾ CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 171, 281 s. [= in *Opere* VII, cit., 167, 267 s.].

premessa minore, invece, gli errori sulla qualificazione o definizione giuridica della fattispecie concreta (« erronea qualifica giuridica »), come quelli sul rapporto che passa tra la fattispecie concreta e la norma giuridica (« errore di sussunzione », ovvero « falsa applicazione di legge ») ⁽¹²¹⁾; nella conclusione, infine, nient'altro che errori di ragionamento, seppure impropriamente ricondotti, da alcuni autori, a errori di diritto concernenti l'applicazione della norma al fatto ⁽¹²²⁾.

Tra questi, in primo luogo, ancora Carnelutti, il quale

« classifica tra gli errori relativi alla conclusione del sillogismo anche (anzi, soltanto) l'errore di applicazione; ma mi sembra logicamente più corretto scorgere in questo un vizio relativo alla premessa minore, poiché la falsa applicazione di legge è un errore intervenuto nel *porre* il rapporto di identità o di diversità fra fattispecie concreta e fattispecie legale (premissa minore) non nel trarre da questa *positio* le conseguenze giuridiche » ⁽¹²³⁾.

Calamandrei dissente, dunque, dall'idea che la falsa applicazione di legge costituisca un errore di diritto nella conclusione del sillogismo giudiziale, e respinge l'ipotesi di riordino della struttura logica di questo, confermando il proprio convincimento circa la connotazione del giudizio relativo alla sussunzione del fatto (giuridicamente qualificato) nella norma che ne prevede gli estremi (astrattamente interpretata) come giudizio di diritto, collocato bensì nella premessa minore dell'inferenza in oggetto.

« Lo stesso CARNELUTTI [...] afferma che la premessa minore del sillogismo giudiziale è costituita dalla "affermazione della situazione posta nella causa", mentre, a mio modesto avviso, essa è costituita dalla afferma-

⁽¹²¹⁾ CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 171, 282 ss. [= in *Opere* VII, cit., 167, 269 s.].

⁽¹²²⁾ CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 171, 284 s. [= in *Opere* VII, cit., 167, 270 s.].

⁽¹²³⁾ Puntuale il rinvio a CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 801, 813 [= in *Studi* I, cit., 372, 389] (CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 284 nt. 3 [= in *Opere* VII, cit., 271 nt. 21]).

zione della coincidenza dei caratteri giuridici di questa situazione coi caratteri giuridici supposti dalla norma (premessa maggiore) » (124).

Per quel che concerne la relazione tra le tipologie di errore così individuate e ripartite (125), la prima riflessione di cui dar conto riguarda la differenza, « più dottrinarica che pratica », tra la « violazione di legge » e la sua « falsa interpretazione » nella premessa maggiore: Calamandrei precisa come, non sussistendo nell'ordinamento italiano alcuna specifica relazione tra la gravità dell'*error in iudicando* e le circostanze della sua evidenza o dell'intenzione del giudicante, non vi sarebbe ragione di tenere distinte queste due ipotesi (126).

Maggiore interesse desta la questione attinente al rapporto tra la « erronea qualifica giuridica » e la « falsa applicazione di legge » nella premessa minore: « concettualmente » distinte, attesa la funzione preparatoria della prima operazione rispetto alla seconda, nella serie di sillogismi strumentali da cui nasce la sentenza, le stesse risulterebbero « in pratica » tra loro fuse. Nella selezione del materiale di fatto, funzionale alla determinazione degli estremi della fattispecie concreta, il giudice deve infatti avere già presente la fattispecie legale contenuta nella norma giuridica che egli ritiene

(124) Il riferimento, anche in questo caso esplicito, è a CARNELUTTI, *La prova civile*¹, cit., 13 [= *La prova civile*², cit., 10; rist. 16] (CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 284 nt. 3 [= in *Opere* VII, cit., 271 nt. 21]).

(125) Senza disconoscere il valore teorico e sistematico della classificazione proposta, Calamandrei osserva come tutte le specie di errori di giudizio che investono la risoluzione di una questione di diritto possano essere fatte rientrare nel concetto comprensivo di errore nell'interpretazione della legge (CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 285 s. [= in *Opere* VII, cit., 272]). In questo senso l'insegnamento tradizionale di M. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale*, vol. I, Parte I. *Procedura civile* (Torino, UTET, 1864) 98: « La formola della legge sulla competenza della Corte di Cassazione, cioè sui titoli di ricorso alla sua giurisdizione esprime testualmente la *violazione e la falsa applicazione della legge*. Però la violazione e la falsa applicazione della legge si *compenetrano*, e sopra entrambe primeggia la falsa interpretazione: onde avviene, che l'interpretazione della legge, e l'ufficio di correggere qualunque errore, di rettificare qualunque deviazione dalla norma legale si appartengono in tutta la loro pienezza alla giurisdizione della Corte Suprema ».

(126) CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 282, 286 [= in *Opere* VII, cit., 268, 272].

conveniente al caso in esame; di conseguenza, compiuta la definizione giuridica del fatto, risulterebbe già accertata la sua corrispondenza con quanto previsto in astratto dalla norma, e dunque riconosciuto il verificarsi in concreto degli effetti da essa stabiliti ⁽¹²⁷⁾.

Particolarmente significativi, infine, i rilievi critici che investono la relazione tra la « falsa interpretazione di legge », nella premessa maggiore, e la sua « falsa applicazione », nella minore. Sebbene lo scopo dell'interpretazione sia di « chiarire il significato astratto, la portata generale della norma », mentre quello dell'applicazione piuttosto di « stabilire il rapporto specifico tra la norma e la fattispecie concreta » ⁽¹²⁸⁾, tra le due ipotesi di errore non vi sarebbe « una diversità insuperabile », dal momento che le due operazioni risulterebbero tra loro « reciprocamente complementari »: « non si può applicare la legge al caso pratico se non interpretandola in quella sua parte che stabilisce gli estremi giuridici della fattispecie legale, come non si può interpretarla in astratto se non determinando tutti i possibili casi pratici ai quali la norma stessa si adatta » ⁽¹²⁹⁾.

Preme qui sottolineare, con specifico riferimento ai due problemi da ultimi considerati, la più matura consapevolezza che Calamandrei mostra di avere quanto alle delicate implicazioni ermeneutiche delle questioni in esame ⁽¹³⁰⁾. Per un verso, egli mostra di intendere come, posto che la costruzione della fattispecie concreta presuppone nel giudice la necessaria consapevolezza della fattispecie legale entro la quale si intende sussumere il caso, la qualificazione giuridica del fatto richieda un'adeguata conoscenza della norma ritenuta applicabile. Per altro verso, egli è disposto a riconoscere che, come tale sussunzione presume già compiuta dal giudice l'interpretazione della norma nella sua portata generale, e quindi già

⁽¹²⁷⁾ CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 283 s. [= in *Opere* VII, cit., 270]; sarebbe dunque « giusta » (*ibid.* 284 nt. 1 [= 270 nt. 19]), in proposito, l'osservazione fatta da CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 804 s. [= in *Studi* I, cit., 376 s.]: è il testo citato, *supra*, su nt. 68.

⁽¹²⁸⁾ In tal senso già CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 239 nt. 66 [= in *Studi* I, cit., 30 nt. 66; quindi in *Opere* I, cit., 36 nt. 66].

⁽¹²⁹⁾ CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 286 [= in *Opere* VII, cit., 272]; esplicito il riferimento, in nota, alla posizione di HÖLDER, *Kommentar*, cit., 63, precedentemente criticata (v., *supra*, nt. 23).

⁽¹³⁰⁾ V., *supra*, nt. 25.

chiarita la consistenza giuridica della fattispecie legale, così la stessa interpretazione esige da parte sua la determinazione dei possibili casi pratici contemplati nella norma, quindi una rappresentazione ipotetica dell'ambito di applicazione di essa.

Ciò premesso, lo schema prospettato, di classificazione degli errori di giudizio, conserverebbe la propria utilità pratica, in funzione di una più rigorosa definizione della competenza della Corte di cassazione nel controllo del giudizio di merito.

In primo luogo, per quanto attiene alla progressiva elaborazione del ragionamento giudiziale, detta classificazione favorirebbe la comprensione critica del rapporto tra *quaestio iuris* e *quaestio facti*. Al riguardo, la scienza processualistica moderna⁽¹³¹⁾ avrebbe definitivamente chiarito come, nella catena di sillogismi attraverso cui il giudice perviene alla sentenza, questa netta opposizione non terrebbe conto di una serie di questioni, collocate in « una specie di zona grigia intermedia », le quali, pur non essendo di diritto, non sarebbero *stricto sensu* di fatto, cioè relative a un rapporto di fatto « *singolo e concreto* »⁽¹³²⁾. È il caso delle questioni relative all'esistenza e all'applicabilità delle massime di esperienza, nella premessa maggiore di un sillogismo strumentale: tali massime, pur non riconducibili evidentemente a norme giuridiche, condividerebbero con queste i caratteri dell'astrattezza e della generalità, e risulterebbero anch'esse formulate in termini ipotetici, in modo tale da valere anche in futuro, ogni qual volta si verificchino determinate circostanze di fatto. L'ipotesi della violazione di una regola di questo tipo nella risoluzione della questione di fatto confermerebbe, dunque, che non tutti gli errori intervenuti nella premessa maggiore sarebbero errori di diritto; quanto alla possibilità che tale violazione sia sindacabile in Cassazione, Calamandrei ribadisce il proprio fermo convincimento negativo, accogliendo però l'esplicita apertura di Carnelutti⁽¹³³⁾ nei confronti delle massime di esperienza integrative di norme giuridi-

⁽¹³¹⁾ Sulle tracce di STEIN, *Das private Wissen des Richters*, cit.

⁽¹³²⁾ CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 288 ss. [= in *Opere* VII, cit., 274 ss.].

⁽¹³³⁾ CARNELUTTI, *La prova civile*¹, cit., 79 s. nt. 2 [= *La prova civile*², cit., 76 s. nt. 1; rist. 64 s. nt. 37], quindi ID., *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 802 [= in *Studi* I, cit., 372 s.].

che, la cui inosservanza sarebbe assimilabile a errore di diritto, nei modi della violazione o della falsa applicazione di legge ⁽¹³⁴⁾.

In secondo luogo, per ciò che riguarda in particolar modo la struttura dell'inferenza conclusiva, questo schema di classificazione consentirebbe un corretto intendimento della distribuzione dei giudizi *de iure* nelle sue componenti logiche. Per un verso, confermando il carattere fallace della pretesa individuazione del contenuto della premessa minore in un giudizio di fatto ⁽¹³⁵⁾. Per altro verso, atteso dunque che non tutti gli errori intervenuti nella premessa minore, aventi per oggetto le circostanze specifiche e singolari emerse nel processo, sarebbero errori di fatto, dimostrando che gli *errores iuris in iudicando* rilevabili in Cassazione non sarebbero soltanto quelli intervenuti *in thesi*, come erronea risoluzione di una « questione giuridica *di massima* », ma anche quelli intervenuti *in hypothesi*, come erronea risoluzione di una « questione giuridica *concreta* » ⁽¹³⁶⁾.

4.2. *Sul controllo in Cassazione della motivazione della sentenza.*

Non meno interessanti, alla luce del confronto con il pensiero di Carnelutti, le riflessioni di Calamandrei in tema di motivazione. L'obbligo per il giudice, disposto negli ordinamenti giuridici moderni, di esporre nella sentenza i motivi che lo avrebbero condotto alla decisione, corrisponde all'esigenza, ben comprensibile, di offrire alle parti una fondamentale garanzia di giustizia ⁽¹³⁷⁾. Tale garanzia avrebbe innanzitutto un « effetto preventivo », nella misura in cui,

⁽¹³⁴⁾ CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 292 s. [= in *Opere* VII, cit., 278].

⁽¹³⁵⁾ Calamandrei segnala, da ultimo, U. ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi* I (Roma, Athenaeum, 1917) 3 s.: « Questo lavoro di sussunzione del caso concreto sotto la norma generale (applicazione della norma) è fatto mediante un giudizio logico e, precisamente, mediante un sillogismo, in cui la maggiore è data dalla norma, la minore dal singolo rapporto, la conclusione da una norma *speciale*, desunta dalla norma generale ».

⁽¹³⁶⁾ CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 286 s. [= in *Opere* VII, cit., 272 s.]; cfr. ID., *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 256 s. [= in *Studi* I, cit., 47 s.; quindi in *Opere* I, cit., 51 s.].

⁽¹³⁷⁾ Su tutto quanto segue, al riguardo, cfr. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 319 ss.

vincolato a esplicitare le proprie ragioni, il giudice è verosimilmente indotto a svolgere il suo compito con maggiore impegno e attenzione; essa avrebbe, d'altra parte, anche un « effetto repressivo » non meno importante, dal momento che, proprio nella motivazione, le parti hanno modo di riscontrare le tracce di quegli errori di giudizio che, laddove previsto dalla disciplina dei mezzi di impugnazione, possono essere fatti valere nella superiore istanza ⁽¹³⁸⁾.

Ciò premesso, la mancanza dei motivi, intesa nel suo significato originario, quale « omissione totale » della loro indicazione, che, in base a quanto disposto negli art. 360, n. 6, e 361, n. 2, rileverebbe ai fini del ricorso *ex art.* 517, n. 2, è considerata alla stregua di un *error in procedendo* di carattere « meramente formale »: tale difetto atterrebbe, infatti, esclusivamente al dovere dell'organo giudiziario, riferibile al momento preventivo della garanzia di giustizia, di formulare per iscritto le ragioni della propria decisione ⁽¹³⁹⁾. Laddove, invece, i motivi fossero indicati, e fosse dunque rispettato l'obbligo formale della loro enunciazione nella sentenza, ma dall'analisi di essi dovesse emergere un vizio di giudizio nella risoluzione della questione di diritto, questo è qualificato come *error iuris in iudicando*, rilevante *ex art.* 517, n. 3: il difetto evidenzerebbe, in tal caso, un carattere sostanziale, riferibile al momento repressivo della suddetta garanzia, riconducibile al dovere fondamentale del giudice di giudicare *secundum ius* ⁽¹⁴⁰⁾.

L'omessa indicazione dei motivi, d'altra parte, si sarebbe progressivamente trasformata in « difettosa motivazione », così da ricomprendere tanto l'incompletezza del ragionamento quanto la sua incoerenza, e le condizioni per un ricorso si sarebbero conseguentemente ampliate, fino a includere i più svariati casi in cui i motivi, pur formulati nella sentenza, non appaiano soddisfacenti quale « giustificazione logica » del dispositivo ⁽¹⁴¹⁾.

⁽¹³⁸⁾ CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 374 [= in *Opere* VII, cit., 352 s.].

⁽¹³⁹⁾ CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 256, 371 [= in *Opere* VII, cit., 245, 349 s.].

⁽¹⁴⁰⁾ CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 28 ss., 374 s. [= in *Opere* VII, cit., 38 ss., 352 s.].

⁽¹⁴¹⁾ CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 371 s. [= in *Opere* VII, cit., 350 s.].

« Talmente si è allontanato questo motivo di cassazione dal suo significato iniziale, che un nostro processualista ha potuto recentemente riassumere il punto di vista oggi dominante su questa materia nella pratica forense, col dire che nel difetto di motivazione incorre il giudice “non per non aver detto, ma per non aver pensato”; adottando, cioè, una frase che capovolge addirittura il significato originario di questo motivo di cassazione, in cui nell’intenzione del legislatore, doveva reputarsi che il giudice fosse incorso non per non aver pensato, ma per non aver detto; non per avere erroneamente ragionato, ma per non avere espresso come si fosse svolto il suo ragionamento » ⁽¹⁴²⁾.

La critica nei confronti di Carnelutti si concentra, dunque, sul capovolgimento semantico che avrebbe investito questo motivo di cassazione, spostando il controllo dalla struttura formale al contenuto del sillogismo, dalla formulazione delle sue premesse alla logica coordinazione di esse. L’*error in procedendo* sarebbe stato così tramutato in *error in iudicando*, eludendo nella sostanza il dettato dell’art. 517, n. 3: attraverso il difetto di motivazione, infatti, la Corte può spingersi a riesaminare ogni errore di ragionamento, anche quello eventualmente intervenuto nella risoluzione della questione di fatto.

Calamandrei segue, al riguardo, un diverso orientamento. Considerando la totale mancanza dei motivi come un caso estremamente raro, sarebbe possibile un’interpretazione estensiva del vizio di omissione, nel senso di ricomprendervi anche la loro insufficienza, rispetto all’esigenza di fornire, nella sentenza, « una rappresentazione completa, per quanto sommaria, del ragionamento compiuto dal giudice ». A condizione, però, di tenere fermamente distinti il piano formale del « vizio di motivazione », pur così integrato, da quello sostanziale del « vizio di ragionamento », per i casi in cui, dalla lettura della motivazione, l’argomentazione del giudice appaia incoerente, contraddittoria o logicamente difettosa; e di mantenere quest’ultimo rigorosamente entro i limiti fissati nell’art. 517, n. 3 ⁽¹⁴³⁾.

⁽¹⁴²⁾ CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 372 [= in *Opere* VII, cit., 351]; è puntuale il riferimento (*ibid.* nt. 4 [= nt. 38]) a CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell’error in iudicando*, cit., 808 s. [= in *Studi* I, cit., 381 ss.].

⁽¹⁴³⁾ CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 375 nt. 1 [= in *Opere* VII, cit., 353 nt. 43].

4.3. *La « complessità » della decisione giudiziale.*

Esaminati gli sviluppi nell'indagine di Calamandrei circa la struttura della sentenza civile e i limiti del suo controllo in Cassazione, con le reazioni suscitate dalle diverse soluzioni prospettate da Carnelutti, è possibile volgere l'attenzione all'analisi del controverso rapporto tra giudizio logico e comando imperativo nella formazione dell'atto giurisdizionale.

Particolarmente significative, al riguardo, le pagine dedicate alla sentenza soggettivamente complessa, nel terzo fascicolo della prima annata della *Rivista di diritto processuale civile* ⁽¹⁴⁴⁾. L'accento alla possibilità di valersi, nel campo del diritto processuale, della teoria dell'atto complesso, « contenuto in un geniale scritto del Carnelutti » ⁽¹⁴⁵⁾, quindi i dubbi espressi nel merito da Guido Zanobini ⁽¹⁴⁶⁾, offrono a Calamandrei l'occasione per svolgere alcune importanti riflessioni su un tema che, a suo giudizio, « si riannoda da un lato alla dottrina della genesi logica della sentenza e dall'altro a quella della conformazione dell'organo giudiziario » ⁽¹⁴⁷⁾.

L'opinione di Zanobini, secondo la quale il lodo arbitrale, piuttosto che preparare la materia prima di un atto giurisdizionale, come ritenuto da Chiovenda e Carnelutti ⁽¹⁴⁸⁾, costituisca esso stesso una sentenza già perfetta, sarebbe scaturita da un'opposta concezione della natura della decisione giudiziale, la cui essenza andrebbe colta « in un'operazione logico-giuridica, in un sillogismo, che ha per conclusione l'applicazione della norma di legge al caso concreto e la risoluzione della controversia » ⁽¹⁴⁹⁾. Considerato, invece, l'atto amministrativo essenzialmente come « un atto di volontà, un prov-

⁽¹⁴⁴⁾ P. CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in « Riv. dir. proc. civ. » I (1924) I, 213-260 [= in *Studi sul processo civile* II (Padova, Cedam, 1930) 211-256; quindi in *Opere* I, cit., 106-144].

⁽¹⁴⁵⁾ Si tratta di CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, cit.: v., *supra*, nt. 100.

⁽¹⁴⁶⁾ Il riferimento è a G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* II-3, a cura di V.E. ORLANDO (Milano, SEL, 1920) 235-677, spec. 580 s.

⁽¹⁴⁷⁾ CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 214 [= in *Studi* II, cit., 212; quindi in *Opere* I, cit., 107].

⁽¹⁴⁸⁾ CHIOVENDA, *Principi*³, cit., 107 ss.; CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, cit., 378 ss. [= in *Studi* I, cit., 9 ss.].

⁽¹⁴⁹⁾ ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., 580.

vedimento, un comando, un permesso, un divieto », e riferito il suo carattere complesso alla fusione di una pluralità di volizioni, tendenti al medesimo fine, ma provenienti da organi diversi, egli disconosce ogni analogia con il tipo di atto giurisdizionale che Carnelutti aveva denominato « complesso », il quale altro non sarebbe, eventualmente, che « il risultato giuridico di più giudizi logici compiuti da diverse autorità » (150).

Zanobini considera « una mera illusione » l'atto di volontà da taluno individuato alla base della decisione giudiziale: il giudice non potrebbe volere se non quello che vuole la legge, atteso che, « nella sua funzione pura », egli non avrebbe alcun potere discrezionale. L'equivoco, a suo dire, sarebbe provocato da un'indebita illazione, dalla forza obbligatoria della sentenza, della conseguenza che la stessa contenga un qualche elemento imperativo: ritenuto, invece, che la sentenza in altro non consista che in un giudizio logico, la sua obbligatorietà deriverebbe esclusivamente dagli elementi formali di esso (151).

È questa, interviene Calamandrei, « una disputa annosa », rispetto alla quale risulterebbe « pedantesco fino alla goffaggine » riaprire la discussione; è sufficiente avvertire che « farebbe retrocedere di mezzo secolo la scienza processualistica chi, nello studiar la natura della sentenza, si ostinasse a lasciare in ombra l'elemento imperativo a vantaggio dell'elemento logico » (152). Egli si dice certo, così riformulando il convincimento espresso dieci anni prima,

(150) ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., 581.

(151) ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., 580. « Basta che un giudizio logico-giuridico sia capace di assumere una forma che lo rende obbligatorio, perché esso sia un atto giurisdizionale: e tale è il caso della decisione arbitrale » (*ibid.*).

(152) CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 216 [= in *Studi* II, cit., 214; quindi in *Opere* I, cit., 109]. In ogni caso, « ov'anche la sentenza fosse nient'altro che un giudizio logico, atto cioè dell'intelletto e non della volontà, sarebbe tuttavia interessante esaminare se a quel fenomeno di repartizione, tra diversi enti o tra diversi organi di uno stesso ente, di attività volitiva diretta ad uno stesso fine, che nel campo dell'amministrazione dà luogo all'atto amministrativo complesso, corrisponda nel campo della giurisdizione un fenomeno analogo di repartizione, tra diverse autorità giudiziarie, di attività intellettuale, dalla cooperazione della quale scaturisca la sentenza complessa » (*ibid.* 215 s. [= 213 s.; 108]).

« che non solamente in ogni sentenza [...] esista un atto di volontà, ma che anzi l'elemento essenziale per cui la sentenza del giudice si distingue dal parere di qualsiasi giurista sia non già l'elemento logico che il giudice vi pone nella sua qualità di uomo pensante, ma proprio questo elemento volitivo, che il giudice vi pone nella sua qualità di organo dello Stato, di pubblica autorità che può comandare in nome dello Stato » ⁽¹⁵³⁾.

Nulla di nuovo, dunque, quanto alla prevalenza della componente imperativa, nella caratterizzazione della fase conclusiva dell'opera del giudice. Ciò che principalmente interessa, invece, è il modo in cui tale tesi risulta efficacemente integrata, in queste pagine, da alcune essenziali indicazioni relative al rapporto tra la volontà della legge e il suo accertamento giudiziale.

Capovolgendo l'assunto di Zanobini, per il quale il giudice, obbligato a decidere *secundum legem*, non potrebbe volere se non quello che ha già voluto la legge, nell'altro per cui quest'ultima non potrebbe volere, nel processo, se non quello che vuole il giudice, Calamandrei sottolinea come, una volta formatosi il giudicato, la volontà della legge resterebbe definitivamente fissata *secundum sententiam*. Investendolo del potere di « proclamare autoritativamente ciò che nel caso concreto la legge vuole », lo Stato avrebbe affidato al giudice « una provvista di potestà di comando », per formulare in concreto il volere espresso dal legislatore in forma ipotetica e astratta. Se la sentenza, « dato il suo carattere dichiarativo », si limita ad accertare la volontà della legge, l'irrevocabilità dell'accertamento non deriverebbe dalla correttezza logica del ragionamento che ne ha preparato le basi, bensì dal potere del giudice di proclamare, in nome dello Stato, ciò che egli ritiene essere il contenuto di questa volontà nel caso specifico ⁽¹⁵⁴⁾. Il giudicato, in definitiva, non avrebbe efficacia « in quanto manifestazione mediata della volontà dello Stato impersonato nel legislatore », bensì « in quanto manifestazione immediata della volontà dello Stato impersonato nel giudice ».

⁽¹⁵³⁾ CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 216 [= in *Studi* II, cit., 214; quindi in *Opere* I, cit., 108 s.].

⁽¹⁵⁴⁾ Esplicito il rinvio alle pagine di MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., 34 [= rist. 38], e CARNELUTTI, *Lezioni* I, cit., 174.

« La sentenza contiene dunque un atto di volontà, un comando; e se essa appare come l'attuazione di una volontà già obiettivata nella norma giuridica ed ivi depositata in ipotesi, non mi par dubitabile che per trasformare in concreta questa volontà astratta contenuta nella legge, occorra di volta in volta *una nuova volizione dello Stato, che è appunto la sentenza del giudice* » (155).

Risulta difficile, a dieci anni di distanza, far combaciare l'immagine così definita, del giudice che, attraverso una nuova volizione, trasforma in concreta l'astratta volontà della legge, con quella, più sfumata nei suoi contorni, del giudice che si limita ad accertare che tale volontà astratta si sia fatta concreta (prima e fuori del processo) nel caso speciale (156). D'altra parte, adesso come allora, la prevalenza di questo elemento imperativo non distoglie Calamandrei dal concentrare la propria attenzione sull'elemento logico dell'atto giurisdizionale. A voler trasferire, nell'ambito processualistico, la teoria dell'atto complesso, non si può trascurare, infatti, l'essenziale differenza che sussisterebbe tra la funzione giurisdizionale e quella amministrativa, non solo in quanto la volontà dell'amministratore concerne l'attività propria, mentre quella del giudice l'attività altrui (157), « ma in quanto nell'atto giurisdizionale l'intervento della volontà è riservato soltanto al momento conclusivo di una lunga attività logica anteriore » (158). Da ciò consegue, quale sviluppo in senso sistematico dell'intuizione di Carnelutti, che, se la divisione tra organi diversi delle attività da cui scaturisce l'atto amministrativo complesso non può che consistere nella combinazione di differenti attività volitive, « la repartizione di attività tra i varî organi che

(155) CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 218 [= in *Studi* II, cit., 216; quindi in *Opere* I, cit., 110].

(156) In questi termini CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 251 [= in *Studi* I, cit., 42; quindi in *Opere* I, cit., 46]; nonché, in senso analogo: ID., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, cit., 16 s. [= in *Studi* I, cit., 181; quindi in *Opere* VIII, cit., 257]; ID., *Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo*, cit., 59 ss. [= in *Studi* I, cit., 215 ss.; quindi in *Opere* VIII, cit., 287 ss.]; ID., *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, in « Riv. dir. comm. » XV (1917) I, 759-784, spec. 760 ss. [= in *Studi* I, cit., 231-264, spec. 233 ss.].

(157) Cfr., al riguardo, CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, cit., 759 ss. [= in *Studi* I, cit., 231 ss.].

(158) CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 219 [= in *Studi* II, cit., 216; quindi in *Opere* I, cit., 111].

danno vita alla sentenza complessa può significare, invece, concorso dell'attività intellettuale di un organo che compie un giudizio logico coll'attività volitiva di un organo che trasforma in comando il prodotto di questo giudizio » ⁽¹⁵⁹⁾.

Questo risultato conduce Calamandrei a ripensare la nozione di sentenza complessa, a partire dal suo inquadramento nell'ambito di un fenomeno giuridico più generale, concernente il frazionamento in fasi distinte e separate dell'attività mentale, sia intellettuale che volitiva, attraverso la quale il giudice perviene a creare la sentenza ⁽¹⁶⁰⁾. In questa prospettiva, richiamata la configurazione sillogistica della sentenza, e riprodotto (anche graficamente ⁽¹⁶¹⁾) il suo schema logico essenziale, egli distingue, secondo le modalità in cui avrebbe luogo tale divisione dell'attività mentale, l'ipotesi di una pluralità di sentenze interlocutorie successive, pronunciate, in differenti fasi processuali, dallo stesso giudice o da giudici diversi, nei casi in cui il frazionamento della funzione giudiziaria si realizzi in senso verticale ⁽¹⁶²⁾, dall'ipotesi della preparazione successiva degli elementi necessari di un unico atto giurisdizionale, per opera di tribunali diversi o di organi diversi dello stesso tribunale ⁽¹⁶³⁾, nei

⁽¹⁵⁹⁾ CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 219 [= in *Studi II*, cit., 217; quindi in *Opere I*, cit., 111].

⁽¹⁶⁰⁾ Fondamentale il contributo sull'argomento di MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., 45 ss. [= rist. 53 ss.]; al quale si aggiunge CHIOVENDA, *Principii*³, cit., 1153 ss.

⁽¹⁶¹⁾ CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 221 s. [= in *Studi II*, cit., 219 s.; quindi in *Opere I*, cit., 113].

⁽¹⁶²⁾ « In questi casi — scrive MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., 79 [= rist. 89] — attraverso le due premesse che corrono parallelamente, accompagnandosi nelle mille volubilità create dalle varie forme della vita reale, si tira una linea che le tagli allo stesso punto. Così viene a galla quello che i logici chiamano polisillogismo: l'interlocutoria è la conclusione del prosillogismo e la sentenza finale quella dell'episillogismo ».

⁽¹⁶³⁾ In entrambi i casi, si realizzerebbe una fusione di giudizi o atti di volontà emanati da autorità giudiziarie diverse nell'esercizio dei rispettivi uffici. Ciò consente di escludere, dall'ipotesi in oggetto, la figura della sentenza collegiale, prodotta da un organo giudiziario unico, i cui componenti non possono essere individualmente considerati come titolari di un pubblico ufficio (cfr. CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 225, 228 ss. [= in *Studi II*, cit., 222 s., 225 ss.; quindi in *Opere I*, cit., 116, 118 ss.]). Discorso analogo, per quanto concerne tutti quei casi, molto diversi tra loro, in cui l'unica autorità giudiziaria che pronuncia la sentenza si serve, liberamente o per obbligo di legge, di elementi logici elaborati da soggetti privati (*ibid.* 247 ss. [= 243 ss.; 133 ss.]).

casì, « assai meno frequenti », in cui tale frazionamento si perfezioni in senso orizzontale. Solo questa seconda ipotesi individuerebbe, propriamente, una « sentenza complessa »⁽¹⁶⁴⁾, alla quale, servendosi delle partizioni elaborate dai cultori del diritto amministrativo⁽¹⁶⁵⁾, potrebbe riferirsi « con sufficiente approssimazione » il concetto di « atto complesso *inequale* »⁽¹⁶⁶⁾.

Tra gli esempi concreti, offerti dal diritto vigente, di questi più sporadici casi di frazionamento orizzontale dell'attività mentale del giudice, il tipo più perfetto di atto giurisdizionale complesso, che risulti dalla fusione di due atti di volontà provenienti dai diversi organi di un unico tribunale complesso, sarebbe costituito, nel campo della giurisdizione penale, dalla sentenza della Corte d'assise⁽¹⁶⁷⁾. Tale Corte, infatti, sarebbe composta da due parti organicamente coordinate, ciascuna con una propria sfera di attribuzioni definita dalla legge, tra le quali la funzione del giudicare verrebbe così ripartita: « mentre al presidente spetta di determinare la premessa maggiore del sillogismo e di trarne la conclusione, alla giuria spetta di fissare la premessa minore contenente il giudizio sulla colpevolezza, il che significa che è riservata ai giurati la risoluzione di tutte le questioni, di diritto e di fatto, che occorre risolvere per poter decidere se Tizio in concreto è colpevole o no di un determinato reato »⁽¹⁶⁸⁾. Quanto allo specifico valore di tali giudizi, quindi

⁽¹⁶⁴⁾ Ricondotto il carattere della complessità alla pluralità dei soggetti cooperanti, CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 226 [= in *Studi* II, cit., 223 s.; quindi in *Opere* I, cit., 116 s.], adotta in proposito la denominazione di « sentenza soggettivamente complessa ».

⁽¹⁶⁵⁾ V., *supra*, nt. 101.

⁽¹⁶⁶⁾ L'ineguaglianza, come anticipato, può ricondursi, tanto al concorso del giudizio logico svolto da un giudice con un atto di volontà proveniente da un altro giudice, quanto alla combinazione di differenti giudizi logici, su oggetti distinti, compiuti da organi giudiziari diversi: CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 226 nt. 1 [= in *Studi* II, cit., 223 nt. 20; quindi in *Opere* I, cit., 116 nt. 20].

⁽¹⁶⁷⁾ In tal senso, tra gli altri, ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., 581 s.

⁽¹⁶⁸⁾ CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 233 s. [= in *Studi* II, cit., 230 s.; quindi in *Opere* I, cit., 122 s.]. Tradizionalmente descritta, sotto l'influsso della dottrina francese, nei termini per cui il presidente giudicherebbe del diritto e la giuria del fatto (così anche CHIOVENDA, *Principii*¹, cit., 241, 251 s. [= *Principii*³, cit., 403, 427 s.]; nonché CARNELUTTI, *Lezioni* III, cit., 45), secondo un'imprecisa schematizzazione

alla provenienza dell'elemento volitivo dell'atto giurisdizionale che ne risulta, Calamandrei ritiene che il verdetto dei giurati non sia da considerare solo come una premessa logica del ragionamento condotto a termine dal presidente, ma che invece esso stesso contenga, sul punto della colpevolezza, un atto conclusivo di volontà, che si combinerebbe con quello compiuto dall'altro organo nel pronunciare la sentenza (169).

Tra le ipotesi di frazionamento orizzontale della funzione giudiziaria, che risulti invece dall'unione di un giudizio logico e un atto di volontà, rispettivamente provenienti da tribunali diversi, nella formazione di un'unica sentenza complessa, il più tipico esempio, questa volta tratto dall'ambito della giurisdizione civile, sarebbe offerto dalla sentenza del giudice di rinvio che segue, *ex art. 547 c.p.c.*, a una seconda cassazione « per gli stessi motivi ». La singolarità del caso è riferibile al fatto che, obbligato a porre, come

del sillogismo giudiziale (nel quale la disposizione normativa sarebbe la premessa maggiore, il fatto accertato la minore), una simile ripartizione trascurerebbe alcuni problemi essenziali. Non solo, in primo luogo, che, per arrivare a formulare le premesse di tale sillogismo, il giudice deve svolgere una serie di sillogismi strumentali, di cui le stesse rappresentano le conclusioni; ma soprattutto, in secondo luogo, che, anche sorvolando su questo complesso lavoro preparatorio, e riducendo la sentenza al sillogismo finale dal quale scaturisce la pronuncia giurisdizionale, non sarebbe corretto considerare la sua premessa minore come un puro giudizio di fatto. « In realtà il sillogismo giudiziale, anche quando si schematizzi in quel modo scheletrico e monco che s'usa per comodità didattica, contiene nella sua premessa minore non soltanto l'affermazione della verità di un certo rapporto di fatto, ma anche la affermazione della coincidenza di questo rapporto di fatto col rapporto di fatto ipotizzato dalla norma giuridica che serve da premessa maggiore: ora, in questa affermazione di coincidenza tra la fattispecie legale e la fattispecie reale, c'è evidentemente un giudizio di diritto, perché per poter stabilire questo rapporto di identità occorre che i fatti concreti si presentino come già giuridicamente qualificati » (CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 232 s. [= in *Studi II*, cit., 229 s.; quindi in *Opere I*, cit., 121 s.]).

(169) CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 235 ss. [= in *Studi II*, cit., 232 ss.; quindi in *Opere I*, cit., 124 ss.]. « Così — conclude Calamandrei — la sentenza della Corte d'Assise rappresenta l'esempio più caratteristico di atto giurisdizionale *complesso*, ma *unico*; complesso, perché internamente esso è la somma di due distinte manifestazioni di volontà provenienti da organi giudiziari diversi; unico, perché esso non acquista esistenza giuridica all'esterno se non in quanto concorrono a costituirlo ambedue queste manifestazioni di volontà in rapporto di reciproca integrazione » (*ibid.* 238 [= 235; 126]).

premessa maggiore del sillogismo concernente la questione di merito, l'opinione giuridica formulata dalle Sezioni unite nella motivazione, per giustificare l'annullamento della sentenza denunciata per *error iuris in iudicando*, il giudice di rinvio si serve, nella sua decisione, di un elemento logico elaborato da un diverso giudice: « mentre l'atto di volontà che pone fine al giudizio compete per intero al giudice di rinvio, l'attività logica che ne prepara i motivi è repartita tra il giudice di rinvio e le Sezioni unite, e il lavoro compiuto da queste resta acquisito al giudizio di merito, nel quale il giudice di rinvio riprende e prosegue il ragionamento dal punto in cui le Sezioni unite lo hanno lasciato: qui dunque la complessità della sentenza attiene al giudizio, non alla volontà » (170).

Esclusa in via generale la possibilità di comprendere, tra le ipotesi di sentenza complessa, la varietà dei casi in cui sia dato riscontrare la cooperazione di soggetti privati nella formazione delle premesse logiche dell'atto giurisdizionale, Calamandrei si sofferma a considerare, in particolare, la specifica consistenza del rapporto di collaborazione tra gli arbitri e il pretore, in relazione alla quale argomenta, in conclusione, il proprio dissenso nei confronti delle posizioni, tra loro in contrasto, di Carnelutti e Zanobini. Se il limite del ragionamento di quest'ultimo, volto a equiparare direttamente a sentenza il lodo arbitrale (rispetto al quale il decreto del pretore non avrebbe altra funzione « che quella di un *visto* di legalità » (171)), risiederebbe, come anticipato, nella premessa circa la connotazione prettamente intellettuale dell'attività giurisdizionale, la conclusione di Carnelutti, secondo la quale, dalla fusione dei poteri processuali degli arbitri e del pretore, quindi dalla combinazione dei rispettivi atti, scaturirebbe una sentenza complessa (172), non terrebbe conto del fatto che il contributo degli arbitri alla preparazione dell'elemento logico dell'atto giurisdizionale sarebbe, in ogni caso, un atto privo

(170) CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 243 s. [= in *Studi* II, cit., 240; quindi in *Opere* I, cit., 130 s.]. Tale ipotesi richiamerebbe, meglio di qualunque altra figura moderna di sentenza complessa, la ripartizione dell'attività giurisdizionale tra *praetor* e *iudex*, nelle distinte fasi *in iure* e *apud iudicem*, caratteristica del processo privato romano (cfr. CARNELUTTI, *Lezioni* III, cit., 42 ss.).

(171) ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., 580.

(172) CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, cit., 386 [= in *Studi* I, cit., 20 s.].

del carattere pubblico necessario a realizzare la complessità descritta (173).

5. *Il campo della scienza normale.*

Il confronto tra Calamandrei e Carnelutti, preso in esame in queste pagine con particolare riguardo per il modo in cui i due studiosi si sarebbero relazionati con il paradigma, lavorando all'interno del quadro categoriale da esso circoscritto, e contribuendo in misura determinante al suo consolidamento, ha messo in luce i caratteri essenziali della prassi di ricerca che si è inteso riferire all'esperienza della scienza normale.

Per avviare a conclusione la prima parte di questo studio, e ricondurre in sintesi i risultati conseguiti, occorre innanzitutto osservare come entrambi condividessero, quale presupposto fondamentale delle loro indagini sul processo civile, la rappresentazione logico-imperativa della decisione giudiziale, affermatasi nell'ambito della riflessione sulla natura della funzione giurisdizionale, che aveva impegnato, agli inizi del secolo, la scienza giuridica italiana. Sostanzialmente indiscussa nella sua generale consistenza, tale rappresentazione è stata oggetto di un rinnovato interesse da parte di Calamandrei e Carnelutti, i quali hanno concentrato l'attenzione sul processo di formazione della sentenza e la sua articolazione strutturale. Fatte proprie le notazioni di Chiovenda in merito al frazionamento delle operazioni di giudizio, essi hanno messo in campo un'attrezzatura concettuale decisamente più sofisticata, dagli strumenti di analisi logica del ragionamento giudiziale alla trasposizione in sede processualistica della teoria dell'atto complesso. Ne è scaturita una dettagliata scansione dell'attività mentale del giudice, nelle

(173) Piuttosto che di « sentenza complessa », sarebbe possibile parlare, in proposito, in termini più generali (con CHIOVENDA, *Principii*³, cit., 109 nt. 1) di « atto complesso », così da precisare che la materia giurisdizionale del lodo esecutivo proviene esclusivamente dal decreto del pretore: « il fatto che l'attività volitiva del giudice non possa, quando si manifesta, allontanarsi dai risultati di un ragionamento già compiuto da altri, non distrugge questa verità fondamentale: che questa attività volitiva ha *una sola manifestazione*, che è il decreto; e che quindi non può parlarsi di fusione di *più manifestazioni* di volontà pubblica » (CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 258 [= in *Studi* II, cit., 254; quindi in *Opere* I, cit., 142]).

sue differenti componenti intellettive e volitive, con esiti di particolare rilevanza, in termini di sviluppo cumulativo della conoscenza, sul piano della costruzione dogmatica e della sistemazione teorica degli elementi costitutivi del paradigma.

Ribadita la funzione essenzialmente preparatoria del giudizio logico, e confermata la prevalenza del comando imperativo, che avrebbe differenziato l'opera del giudice da quella di un privato giureconsulto, conferendo forza obbligatoria alla sua decisione, i due studiosi hanno posto in questione il fondamento specifico dell'obbligatorietà dell'accertamento giurisdizionale. Concordi, nel merito, le conclusioni raggiunte (seppur non prive, nella loro prima formulazione, di qualche ambiguità, quanto meno sul piano linguistico): distinto il comando concreto espresso nella sentenza, da quello contenuto in astratto nella norma giuridica, l'attuazione della volontà della legge nel caso singolo si sarebbe perfezionata attraverso la manifestazione, da parte del giudice, di una nuova volizione dello Stato.

La feconda tensione, tra il riconoscimento del valore esemplare della concezione paradigmatica della sentenza, e la disponibilità a perfezionarne la descrizione, si osserva ancor più chiaramente nell'analisi della sua componente logica. Al riguardo, comune è stato il proposito di mettere in discussione la tradizionale interpretazione del ragionamento giudiziale quale unico sillogismo. La prospettiva di una serie di inferenze tra loro concatenate o coordinate, la distinzione tra le deduzioni strumentali e quella finale, l'evocazione di figure complesse, come il sorite o il polisillogismo, documentano l'esigenza di problematizzare la genesi logica della decisione giudiziale, attraverso una più attenta ricostruzione delle operazioni intellettive svolte dal giudice. Da questo sforzo, in larga misura condiviso, sono derivate ricostruzioni della struttura dell'atto giurisdizionale tra loro discordanti, in base alle quali sono state elaborate differenti classificazioni dei giudizi coinvolti nelle inferenze in esame, e ricavate soluzioni alternative nella determinazione dei vizi della sentenza civile, tra *errores in iudicando* e difetti della motivazione, quindi nell'applicazione delle norme sulla competenza della Cassazione in materia.

Di ciò si è discusso, e non occorre qui indugiare oltre; preme piuttosto rilevare come l'accesa contrapposizione tra Calamandrei e

Carnelutti, anziché mettere in dubbio la validità o l'effettiva incidenza del paradigma sulla comunità degli studiosi del diritto processuale civile italiano, ne verifichi la più autentica funzione: quella di tracciare i confini epistemologici entro i quali risulti concepibile, in un lasso temporale più o meno esteso, un contrasto di posizioni tra gli specialisti che praticano un determinato ambito della ricerca scientifica.

PARTE SECONDA
L'ESPERIENZA DELLA CRISI

CAPITOLO TERZO
GENESI LOGICA E FUNZIONE NORMATIVA
DELLA SENTENZA: EMILIO BETTI

1. Introduzione. — 2. « La sentenza come individuazione autoritativa della norma di legge ». — 3. Un « breve carteggio » con Benedetto Croce. — 4. « Pieno consenso », « dissenso ... apparente ». — 4.1. Giudizi di valore e conoscenza storica. — 4.2. Il diritto e la forza. — 5. « Un singolo punto di dissenso ». — 5.1. Sul giudizio classificatorio. — 5.1.1. Ancora sul giudizio storico. — 5.1.2. La « individuazione » della previsione normativa. — 5.2. Sul giudizio normativo. — 5.2.1. La « conversione » della norma. — 5.2.2. « Formole di regole » e « programmi ». — 6. Un primo bilancio. — 6.1. « Da una radicale revisione critica delle idee del Calamandrei ». — 7. Prime prove di « critica della giurisprudenza ». — 7.1. Poteri di controllo della Corte di cassazione: giudizi storici, classificatori e normativi. — 7.2. Poteri di controllo della Corte di cassazione: giudizi di fatto individuali e generali. — 8. La decisione giudiziale e il « famigerato dogma » della volontà. — 9. Le parti e il giudice nella genesi logica della sentenza. — 9.1. « Per un vieto e tenace pregiudizio ancora corrente ... ».

1. *Introduzione.*

La crisi di un paradigma configura, nello sviluppo storico di un sapere scientifico, un'esperienza non facile da inquadrare, principalmente quando, come sembra essere accaduto nelle vicende in esame, l'esito non sia esattamente quello, descritto da Kuhn come proprio di una rivoluzione compiuta ⁽¹⁾, dell'affermazione di un nuovo e diverso paradigma, in grado di riaggregare il consenso nella comunità degli specialisti.

La riflessione condotta nelle pagine che precedono ha preso le mosse dall'osservazione circa la recezione, da parte di alcuni tra i più autorevoli giuristi italiani del primo Novecento, di una determinata

(1) V., *supra*, nel Prologo, nt. 76.

concezione dell'atto giurisdizionale, che si è inteso connotare come paradigmatica, al fine di evidenziare la sua capacità di informare il campo d'indagine del diritto processuale civile e di concorrere a strutturarne la « matrice disciplinare ».

Se un'osservazione analoga può essere ripetuta, con le avvertenze che si renderanno necessarie, anche per gli studiosi ai quali si volge l'attenzione nella seconda parte della ricerca, la loro eccentricità, rispetto alla prassi di lavoro della scienza normale, deve ricondursi all'esigenza, da essi esplicitamente avvertita, di mettere in discussione l'idoneità di tale modello a descrivere il processo di formazione della sentenza civile, quindi alla volontà di ripensarne la complessiva articolazione. Non più disposti a ragionare entro il campo teorico circoscritto dal paradigma, questi studiosi sono tornati a interrogarsi sulle sue premesse filosofiche, soffermandosi, tanto sulla reale consistenza dell'opera d'intelletto svolta dal giudice, quanto sull'ipotizzato coinvolgimento della sua volontà.

Oggetto di interesse, in questo capitolo, è la riflessione di Emilio Betti. Nello specifico, la critica, da lui elaborata, della rappresentazione consolidata, logico-imperativa, della decisione giudiziale. Se il frutto di questo lavoro, come esposto nel disegno sistematico del *Diritto processuale civile*, può considerarsi piuttosto noto ⁽²⁾, la sua laboriosa preparazione, in particolar modo la sua complessa genealogia filosofica, attende ancora d'essere ricostruita ⁽³⁾.

La ricerca svolta intende offrire un contributo in questa dire-

⁽²⁾ V., *supra*, nel Prologo, nt. 86. Nella sua seconda edizione, del 1936, l'opera di Betti è certamente nota a Guido Calogero, che ne discuterà alcuni luoghi essenziali (v., *infra*, nel Capitolo IV, § 6). Da ultimo, sulla critica della rappresentazione sillogistica della sentenza, nel *Diritto processuale civile* bettiano, RICCOBONO, *Sussunzione e discrezionalità nella individuazione del diritto*, cit., 35 ss.

⁽³⁾ Tuttora essenziali, in questa prospettiva, i contributi di CRIFÒ, *In memoriam*, cit., 293 ss., ID., *Note per una ricerca*, cit., 165 ss., e M. BRUTTI, s.v. « Betti, Emilio », in *DBI*. XXXIV, Primo supplemento A-C (Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988) 410-415. Più di recente, con particolare riguardo per gli studi di diritto processuale, L. FANIZZA, *Emilio Betti e "la posizione mentale di buon europeo"*, in E. BETTI, *Scritti di storia e politica internazionale*, a cura di L. FANIZZA (Firenze, Le Lettere, 2008) IX-LXI, spec. XLIV ss. (Appendice. *Emilio Betti e la procedura civile*) [tale Appendice è pubblicata, con lo stesso titolo e alcune modifiche, in « Riv. trim. dir. proc. civ. » LXIII (2009) 733-743]; quindi, critico nei confronti di questa ricostruzione, CRIFÒ, *Itinera III*, cit., 547 ss., nonché ID., *Betti e Calamandrei, atto secondo*, cit., 903 ss.

zione (4). I suoi risultati mostrano come la precoce manifestazione di una peculiare sensibilità verso i problemi connessi con la genesi logica e il valore normativo della sentenza civile, maturata nell'ambito di approfonditi studi storico-giuridici, radicati nel solco di una robusta tradizione scientifica, e favorita da una non comune propensione al pensiero speculativo, attenta ai problemi filosofici del tempo, abbia fortemente condizionato la *Bildung* intellettuale del giovane Betti, e orientato i suoi successivi studi.

2. « *La sentenza come individuazione autoritativa della norma di legge* ».

Dei primi sviluppi di un interesse peculiare per la natura della decisione giudiziale apprendiamo tempi e circostanze rileggendo quel prezioso documento che sono le *Notazioni autobiografiche*, edite a Padova, per i tipi della Cedam, nel 1953, in occasione del cinquantenario della casa editrice e nella ricorrenza del trentacinquesimo anno d'insegnamento del suo autore. Pagine, risalenti al giugno del 1944, allora non destinate alla pubblicazione, ma scritte « *sibi et paucis amicis* », che Betti descrive come « un informe canovaccio di nomi e di dati, che non hanno altro pregio all'infuori della veridicità di un esame di coscienza » (5).

(4) Una preziosa traccia di lavoro, in tal senso, è offerta da alcune essenziali indicazioni quanto ai presupposti dell'opera, contenute nella *Prefazione* al volume del 1936: « La presente trattazione trae origine [...] dalla scuola (che è fonte d'insegnamento per lo stesso docente quando vi metta dentro la sua passione, e che gli vale la scoperta d'energie scientifiche insospettate); mette, inoltre, a profitto non poche esperienze pratiche raccolte sia nell'esercizio della professione di avvocato (praticata ufficialmente sin dal marzo 1921) sia nella critica della giurisprudenza (condotta sotto forma di note a sentenze o di pareri pro veritate); si rifà, infine, ad uno studio scientifico del processo civile, che fu rivolto sin dal 1916 a problemi costruttivi fondamentali (sentenza di condanna, praeceptum de solvendo del processo romano-comune, genesi logica della sentenza, cosa giudicata, azione, presupposti processuali, domanda giudiziale, atti processuali di parte) e si venne estendendo man mano a svariate questioni di diritto positivo » (BETTI, *Diritto processuale civile*², cit., VIII).

(5) E. BETTI, *Notazioni autobiografiche* (Padova, Cedam, 1953) 1. Per colmare lo iato tra l'originaria stesura e la successiva pubblicazione, « [f]u necessario — come egli avverte nella *Prefazione* — integrare gli appunti di allora con una postilla di oggi, destinata a render conto con distaccata serenità del successivo orientamento » (*ibid.*): detta *Postilla* si legge alle p. 45 ss.

Questi si racconta, in terza persona, come « un ragazzo animato dal desiderio di adempiere con la più scrupolosa esattezza tutto quanto è suo dovere (preparazione coscienziosa, emulazione dei migliori, attenzione ai maestri, senso di disciplina) » (6). Ricostruisce l'ambiente domestico e cittadino ove è cresciuto, presso la casa dei nonni materni nella Camerino di fine Ottocento, e quello dei successivi anni della formazione, presso la casa paterna nella più animata e stimolante Parma. Rievoca, quindi, un severo percorso di maturazione intellettuale: l'apprendimento delle lingue straniere, le letture storico-giuridiche, le meditazioni filosofiche, il distacco dal contenuto dogmatico della fede; e, naturalmente, le lezioni universitarie, seguite « con diligenza », ma « senza entusiasmo », fatta eccezione per quelle romanistiche di Gino Segrè (7). Completati gli studi di Giurisprudenza, a Parma nel 1911, l'impegno nell'elaborazione dei primi contributi scientifici; il conseguimento poi di una seconda laurea, in Lettere, a Bologna nel 1913; successivamente la frequenza dei corsi di Moriz Wlassak e Paul Jörs, a Vienna, di Joseph Partsch e Otto Lenel, a Friburgo.

Nel 1915, come egli scrive, « si può dire formata la personalità scientifica del giovane ». Ottenuta, non ancora venticinquenne, la libera docenza in Diritto romano a Parma (8), Betti riscontrava con amarezza l'esito negativo del concorso per professore straordinario di Diritto romano nell'Università di Perugia (9), quindi, « ai primi di marzo del 1916 », di quello per la cattedra di Diritto romano

(6) BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 3.

(7) BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 7.

(8) Interessanti notizie, al riguardo, sono fornite da C. LANZA, *Discussione*, in *Costituzione romana e crisi della Repubblica. Atti del convegno su Emilio Betti*, a cura di G. CRIFÒ (Napoli, ESI, 1986) 63 s.

(9) Si v. la *Relazione della Commissione giudicatrice del concorso per professore straordinario di Diritto romano nell'Università di Perugia*, in « Boll. Uff. Min. Istr. Pubbl. » a. XLII, vol. II, n. 33 (19 agosto 1915) 2534-2536, ove si legge che il candidato non avrebbe offerto ancora « sufficiente prova di senso giuridico [...] e di attitudini dogmatiche » (*ibid.* 2535). La Commissione risultava così composta: V. Scialoja (presidente), F. Innamorati, B. Brugi (relatore), G. Baviera, I. La Lumia (segretario). Sulla vicenda concorsuale, cfr. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 15; quindi CRIFÒ, *Note per una ricerca*, cit., 226 s. nt. 253, e LANZA, *Discussione*, cit., 63 ss.

nell'Ateneo camerte, dove non venne designato un vincitore ⁽¹⁰⁾. È noto, al riguardo, il laconico giudizio consegnato alla pagina autobiografica: « i giuristi continuavano a trovarlo troppo “storico” e poco esegeta, ossia poco giurista ». Non meno interessante, nella prospettiva delle vicende che qui preme ricostruire, quanto immediatamente segue:

« Non si scoraggiò: collocato in aspettativa dall'ufficio di sottobibliotecario per ragioni di salute (a metà di aprile, di ritorno da un viaggio in Sicilia) approfondì sulla guida del Chiovenda, lo studio del dir. processuale civile e intraprese la trattazione di un tema storico e di un altro sistematico strettamente connessi fra loro: il *praeceptum de solvendo* del processo romano-canonico [...] e la sentenza come individuazione autoritativa della norma di legge: dove prese le mosse da una radicale revisione critica delle idee del Calamandrei sulla genesi logica della sentenza » ⁽¹¹⁾.

La stretta consequenzialità nella ricostruzione di tali vicende induce a ipotizzare un rapporto ⁽¹²⁾ tra le prime delusioni accade-

⁽¹⁰⁾ Si v. la *Relazione della Commissione giudicatrice del concorso alla Cattedra di Diritto romano presso la libera Università di Camerino*, in « Boll. Uff. Min. Istr. Pubbl. » a. XLIII, vol. II, n. 25 (22 giugno 1916) 1514-1516, ove si legge che « Il giudizio su questo candidato le cui qualità e i cui difetti erano eminenti del pari, lasciò a lungo esitante la Commissione, suscitando viva discussione e contrasto fra i Commissari » (*ibid.* 1515). Un segno di questo contrasto, immediatamente ricomposto nell'unanimità del giudizio conclusivo, può riconoscersi in quanto segue: « Il temperamento scientificamente elevato del dott. Emilio Betti non è dubbio, come non è dubbio egualmente che gli stessi suoi difetti si siano venuti attenuando: dai suoi primi studi ai suoi ultimi scritti il progresso è sensibile nella forma stessa. Senonché la maggior parte dei titoli del candidato hanno carattere storico-giuridico, essi non concernono la dogmatica del diritto e si appartano in territori speciali e remoti dal diritto delle Pandette. [...] Parve bensì ad alcuno dei Commissari che il senso giuridico dell'autore e le sue attitudini costruttive fossero rivelate abbastanza chiaramente così dai suoi lavori processuali, come dagli stessi suoi studi storici in cui talune idee giuridiche fondamentali sono messe in un rilievo che non appare nella stessa trattazione classica del Mommsen » (*ibid.*). La Commissione risultava così composta: V. Scialoja (presidente), S. Perozzi, P. Bonfante (segretario). Cfr., anche in questo caso, BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 16; quindi LANZA, *Discussione*, cit., 68 nt. 15.

⁽¹¹⁾ BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 16. Con riguardo al *praeceptum de solvendo*, esplicito è il rinvio a DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, cit., 105; è invece solo accennato, ma chiarissimo, il riferimento a CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit.

⁽¹²⁾ Lo ritiene già CRIFÒ, *In memoriam*, cit., 297, secondo il quale nel giudizio citato « va vista probabilmente una ragione profonda del rigore con cui Egli si applicò

niche e la decisione di approfondire gli studi sul processo civile, quasi a voler sanare quel difetto di « senso giuridico » rilevato in sede concorsuale, confrontandosi, pur senza rinunciare a una prospettiva storica, con un tema sistematico di grande rilevanza dogmatica e teorica, che appare come il nucleo stesso della riflessione sulla logica del diritto. Così, raccolto un autorevole consiglio di Vittorio Scialoja ⁽¹³⁾, e incoraggiato dal proprio maestro, Segrè, a procedere nella direzione indicata, Betti volgeva dunque l'attenzione al diritto processuale, affidandosi alla « sicura guida » dei *Principii* di Chiovenda ⁽¹⁴⁾, e concentrando le energie nello studio « della genesi logica e della funzione normativa della sentenza » ⁽¹⁵⁾.

L'occasione per consolidare la propria preparazione e mettere

a divenire “giurista”, e quale giurista, comprimendo e nascondendo quasi la Sua autentica vena di storico, affinando, d'altro canto, gli strumenti logici di indagine, ritrovando in definitiva al livello del metodo le esigenze filosofiche e speculative ed affidandone la corretta applicazione ad una vivissima sensibilità del concreto, la cui presenza è manifesta nelle scelte scientifiche fondamentali [...] ». Di recente, sul punto, anche FANIZZA, *Emilio Betti e “la posizione mentale di buon europeo”*, cit., XLV s. [= *Emilio Betti e la procedura civile*, cit., 734].

⁽¹³⁾ Un'ulteriore indicazione da parte di Betti, in merito alla maturazione, nella primavera del 1916, di un interesse specifico per la genesi della decisione giudiziale, si può leggere nella *Prefazione* al primo degli studi monografici da lui dedicati al diritto processuale vigente: E. BETTI, *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti. Contributo alla dottrina dei limiti oggettivi della cosa giudicata* (Camerino, Tonnarelli, 1921) v-IX [tale *Prefazione* è riprodotta in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 7-10]. Al fine di illustrare le origini e le ragioni spirituali del nuovo orientamento intellettuale che il libro rispecchierebbe, egli ricorda, « con un senso di viva gratitudine », un decisivo colloquio avuto, « una sera d'aprile del 1916 », con Vittorio Scialoja, che gli avrebbe consigliato di approfondire, insieme con il diritto romano, la conoscenza del diritto positivo, quindi di esercitarsi « nel procedimento logico di applicazione delle norme e dei principi giuridici ai casi concreti » (*ibid.* v [= 7]). Cfr., al riguardo, ID., *Notazioni autobiografiche*, cit., 21 s.

⁽¹⁴⁾ « E come la vocazione già nettamente rivelata nei lavori romanistici lo portava allo studio del diritto processuale, fu a questa parte del diritto vigente che egli rivolse di preferenza la propria attenzione. Nel che gli furono sicura guida i “*Principii*” di GIUSEPPE CHIOVENDA, dalla lunga meditazione dei quali egli trasse vital nutrimento per la educazione del proprio criterio giuridico » (BETTI, *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti*, cit., v s. [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 7 s.]).

⁽¹⁵⁾ « Nel secondo semestre del 1916 a Camerino [...] approfondì lo studio della genesi logica e della funzione normativa della sentenza » (BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 17).

alla prova i primi risultati di queste riflessioni si presentò molto presto, con l'opportunità di trascorrere un periodo di studi a Roma, « da metà dicembre 1916 a metà gennaio 1917 », frequentando — come aveva fatto, due anni prima, lo stesso Calamandrei ⁽¹⁶⁾ — « la biblioteca del Chioventa ». Betti lo ricorda come « un mese di ascesi », durante il quale non è difficile immaginare quale ricchezza di stimoli egli possa aver tratto conversando « con l'austero e buon maestro » ⁽¹⁷⁾.

Non è difficile, ma è possibile solo immaginare. Tra i numerosi titoli che compongono la sua ricca bibliografia, neanche uno, nel periodo in considerazione, appare infatti riconducibile a queste indagini sulla sentenza civile ⁽¹⁸⁾. In ogni caso, le informazioni

⁽¹⁶⁾ V., *supra*, nel Capitolo II, nt. 4.

⁽¹⁷⁾ « Per un mese, da metà dicembre 1916 a metà gennaio 1917 frequentò poi a Roma la biblioteca del Chioventa, in via A. Brunetti, 47: fu un mese di ascesi dedicata allo studio del Briegleb e di altri autori introvabili altrove (es. Fr. Klein, Bülow), e anche di statuti di città italiane alla biblioteca del senato circa la disciplina del *praeceptum* de solvendo, intramezzata da brevi conversazioni con l'austero e buon maestro » (BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 18; segue in nota: « Aveva già familiari le trattazioni sistematiche del processo: Hellwig, Weismann, Pollak, R. Schmidt »).

⁽¹⁸⁾ Se ne trae conferma (e, forse, parziale spiegazione) nel ricordo con cui si aprono le pagine dedicate, nel 1967, ad Antonio Segni: E. BETTI, *Ricordando la diffusione all'estero del nostro pensiero scientifico*, in *Studi in onore di Antonio Segni I* (Milano, Giuffrè, 1967) 151-156. Qui, ragionando del proprio contributo agli studi di diritto processuale civile, egli torna con la memoria a quegli stessi anni giovanili, « fra il 1916 e il 1918 », durante i quali, « educato alla scuola di Giuseppe Chioventa », affrontava, accanto al complesso problema storico del *praeceptum de solvendo* del processo romano-canonico, « altri due non meno difficili temi di dogmatica processuale: genesi logica e funzione normativa della sentenza (studio che trasse lo spunto da una critica al Calamandrei) e la domanda giudiziale nel sistema degli atti processuali di parte. Nessuno di quegli studi giunse a vedere la luce (a quei tempi la pubblicazione era assai più difficile di quanto oggi non sia, e, forse anche, l'autocritica e l'acribia dei giovani erano più vigili ed esigenti di quanto oggi non siano); ma non posso riprendere in mano i molti quaderni di appunti dedicati a ciascuno di questi tre studi, senza provare un senso di commossa nostalgia per l'impeto scientifico giovanile, che vibra sempre vivo nella voce del ricordo » (*ibid.* 151). Se nessuno di quei lavori, dunque, fu allora pubblicato, sappiamo, per esplicita indicazione dell'autore (Id., *Notazioni autobiografiche*, cit., 20), che le ricerche sul *praeceptum de solvendo* saranno messe a profitto nella elaborazione de *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione* (Pavia, Tipografia Cooperativa, 1920) (cfr., *ivi*, *Prefazione*, p. IV, quindi la nt. 9 al § 5), mentre quelle sulla domanda giudiziale nel sistema degli atti processuali di parte confluirono, almeno parzialmente,

(invero, non poche) in merito a questa densa stagione di ricerche, orientate dal consiglio di Scialoja, e principalmente volte all'approfondimento del diritto processuale civile, secondo l'indirizzo dei *Principii* di Chiovenda, poi direttamente sotto la guida dell'insigne maestro, insieme con le notizie relative alle prime riflessioni sulla sentenza, che avrebbero tratto origine da una revisione delle idee espresse da Calamandrei nel contributo del 1914, restituiscono l'immagine di un giovane studioso, particolarmente impegnato, la cui formazione appare direttamente condizionata dalla scienza giuridica allora dominante.

D'altra parte, in quella che può considerarsi l'educazione di Betti al paradigma, l'inclinazione verso gli studi filosofici avrebbe introdotto una sorta di elemento di perturbazione, tale da indurre la maturazione di un'autonoma posizione critica. È questa singolare esperienza che qui interessa mettere a fuoco, con particolare attenzione per l'influenza esercitata sul giurista camerte dal pensiero crociano.

3. *Un « breve carteggio » con Benedetto Croce.*

In questa prospettiva, raccolta una fugace annotazione dello stesso Betti, è possibile individuare un preciso itinerario di ricerca, che metta a profitto un'inedita fonte di documentazione.

Ancora le pagine autobiografiche danno conto della « scarsa rispondenza dell'ambiente in cui il giovane venne a trovarsi », e della « situazione di relativo isolamento nella opacità circostante »; registrano, quindi, la « segreta aspirazione ad uscire dal cerchio della immediata quotidianità e ad intrattenere un costante scambio d'idee coi più alti spiriti del suo tempo »⁽¹⁹⁾. Se tale aspirazione è destinata a rimanere, come egli amaramente riconosce, « in gran parte inap-

nel contributo *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, in « Riv. dir. proc. civ. » V (1928) I, 106-124 (puntuale il riferimento, in calce a p. 124). Per quanto concerne, invece, l'interesse per la genesi logica e la funzione normativa della sentenza, esso conseguirà la sua piena maturazione nei successivi studi di cui di seguito si avrà modo di discutere.

⁽¹⁹⁾ BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 17.

pagata », una nota a piè di pagina serba memoria di un « breve carteggio », nel dicembre del 1916, con Benedetto Croce ⁽²⁰⁾.

La prima lettera, inviata da Betti a Croce, risale invero al 23 novembre 1916 ⁽²¹⁾. L'incedere dell'argomentazione offre un'intensa testimonianza del fermento intellettuale del giovane autore, lasciando trasparire, a tratti, le sembianze di un autentico travaglio esistenziale. Dopo aver a lungo indugiato, questi finalmente prova a scrivere di ciò che avrebbe voluto e ancora non sa esprimere, a riannodare la trama di quella storia interiore e spirituale, che altrove racconterà tutta intessuta di « aspirazioni confuse » e « sentimenti infiniti », nella quale il pensiero crociano deve aver impresso un segno indelebile e infiammato l'« eros speculativo » ⁽²²⁾. Non vi riesce, turbato dalla possibile mancanza di un corrispondente interesse da parte del suo interlocutore, e preoccupato di poterlo eventualmente importunare. Anche l'invio di alcuni studi di recente pubblicati, quale segno della gratitudine e venerazione « di alunno », è rielaborato in queste pagine con un senso di profondo e irrisolto disagio, che nell'avvertenza — posta come « necessaria » — egli riferisce alla inidoneità di essi a rappresentare per intero, o anche solo nella sua parte migliore, la sua personalità ⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ « Nel dicembre '16 ebbe col Croce (che lodava la precisione de' suoi concetti interpretativi) solo un breve carteggio; nell'aprile, a Modena, una lunga conversazione scientifica con Siro Solazzi » (BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 17 nt. 5).

⁽²¹⁾ La lettera, inedita come le altre inviate da Betti a Croce, custodite a Napoli, presso l'Archivio della Fondazione « Biblioteca Benedetto Croce », è riprodotta, in Appendice, quale Documento n. 1.

⁽²²⁾ BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 17.

⁽²³⁾ Non è agevole identificare con precisione quali, tra i lavori storico-giuridici fino ad allora pubblicati, Betti avesse spedito, « da Camerino a Roma », qualche giorno prima del 23 novembre. Nessun dubbio quanto al volume, custodito a Napoli presso la « Biblioteca B. Croce », intitolato sul dorso « BETTI, *La crisi della costituzione repubblicana in Roma I.* », che reca in apertura dedica autografa e datata: « A Benedetto Croce / in omaggio reverente e devoto / e in segno dell'ammirazione profonda / che mi lega a Lui / Emilio Betti / 19.XI 1916 ». Accompagnato da un biglietto da visita, « Dott. Prof. Emilio Betti / Libero Docente di Diritto Romano nella / R. Università di Parma », il volume raccoglie i seguenti contributi: *Cause ed inizio della crisi della Repubblica in Roma*, estratto da « Il Filangieri » XXXVIII/2 (marzo-aprile 1914) 161-208 [= in *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*, a cura di G. CRIFÒ, con una *Presentazione* di E. GABBA (Roma, Pontificia Universitas Lateranensis, 1982) 3-63]; *La*

È interessante, anche alla luce di quanto ricordato a proposito dell'amaro giudizio concorsuale, ciò che l'autore viene a puntualizzare nel merito, rilevando traccia in tali scritti del contrasto, provvisoriamente sanato in un compromesso⁽²⁴⁾, tra la sua vocazione per la filosofia e la storia, e le esigenze dello studio tecnico del diritto. La meditazione critica sfocia in una confessione, questa volta non trattenuta, sul significato complessivo degli studi giuridici nel suo

rivoluzione dei tribuni in Roma dal 133 all'88, estratto da « St. st. ant. class. » VI/3-4 (1914) 301-368, VII/1 (1914) 1-34 [= in « Labeo » IX (1963) 57-88, 211-236; quindi in *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*, cit., 67-133]; *La restaurazione Sullana e il suo esito. Contributo allo studio della crisi della costituzione repubblicana in Roma*, estratto da « SSGS. » IV (1915) 117-360 [= in *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*, cit., 135-173]. Con riferimento alla medesima opera, nella « Biblioteca B. Croce » sono inoltre conservati gli opuscoli, riuniti in una *Miscellanea di storia antica*, relativi a: *Le origini giuridiche e lo svolgimento politico del conflitto tra Giulio Cesare e il senato romano sino allo scoppio della guerra civile* (Città di Castello, Società Tipografica « Leonardo da Vinci », 1915), che reca sul frontespizio dedica autografa non datata: « A Benedetto Croce / in omaggio / reverente e devoto / E.B. » [= in *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*, cit., 353-422]; *Sulla fondazione del principato in Roma*, estratto da « RIL. » XLVIII/10, Adunanza del 6 maggio 1915 (1915) 464-478 [= in *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*, cit., 527-539]; *Il carattere giuridico del principato di Augusto* (Città di Castello, Società Tipografica « Leonardo da Vinci », 1915), che reca sul frontespizio dedica autografa non datata: « A Benedetto Croce / in omaggio » [= in *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*, cit., 540-584]. Nella stessa *Miscellanea* figurano inoltre: *La "condictio pretii", del processo civile giustiniano. (Contributo allo studio della condemnatio pecuniaria postclassica)*, estratto da « Atti R. Acc. Sc. Torino » 51 (1915-16), Adunanza del 14 maggio 1916, 1019-1043; *L'antitesi storica tra iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano. (Con un tentativo di ricostruzione delle formulae delle actiones ex delicto)*, estratto da « RISG. » LVI/I (1° settembre 1915) 3-116, che reca sul frontespizio dedica autografa: « A Benedetto Croce / in omaggio / reverente e devoto / E.B. »; *La "vindictio" romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo*, estratto da « Il Filangieri » XL/3 (maggio-giugno 1915) 321-368; *Studii sulla litis aestimatio del processo civile romano I. « Il litis aestimationem sufferre e il ius iurandum in litem »* (Pavia, Scuola Tipografica Editrice Artigianelli, 1915); *La vindictio quale atto del processo reale legittimo (legis actio in rem)*, estratto da « RIL. » XLVIII/11, Adunanza del 20 maggio 1915 (1915) 503-516.

⁽²⁴⁾ Come risulterebbe evidente, nell'esempio offerto al suo interlocutore, dal primo paragrafo de *La restaurazione Sullana e il suo esito*, cit., « ove il contrasto — aggiunge Betti — tra storia politica e storia giuridica si complica, inoltre, con l'altro tra storia e filologia ».

percorso di formazione intellettuale ⁽²⁵⁾: uno strumento di « disciplina », adoperato per contenere e governare la tendenza « metafisica e a-pratica » del suo ingegno, che avrebbe finito in qualche modo per soffocare, di questo, lo « slancio genuino » ⁽²⁶⁾.

Segue l'indicazione di alcuni campi di interesse, in relazione ai quali Betti vorrebbe offrire una convincente prova di quanto ha lasciato intendere circa le proprie capacità. Solo un accenno, al momento, sufficiente però a confermare l'attenzione prioritaria per « la sentenza quale individuazione della norma di legge, in specie la sua genesi logica attraverso un giudizio *storico* e un giudizio *classificatorio* e il suo valore normativo », e idoneo a mostrare, sia pure in termini ancora assai concisi, una diretta confidenza con gli strumenti concettuali della logica crociana. Il desiderio di soffermarsi sui temi indicati, che, sebbene annunciati quale programma di studi « per l'avvenire », sappiamo essere già al centro delle sue riflessioni, è soffocato nel timore di sottrarre altro tempo all'illustre interlocutore. L'esito è una frettolosa interruzione del discorso, dietro la quale Betti si ritrae in deferente congedo.

La risposta di Croce non si fa attendere a lungo, e il suo tenore, nella valutazione dei lavori scientifici ricevuti, non può aver lasciato indifferente il giovane studioso camerte: « non solo ammiro in essi la vasta padronanza del materiale erudito, ma il forte senso storico e la precisione dei concetti. Sono lieto di aggiungere un altro nome ai non numerosi di coloro che in Italia attendono con serietà di affetto alle cose scientifiche » ⁽²⁷⁾.

È comprensibile la soddisfazione provata nel vedere così apprezzato, e da un così autorevole estimatore, il valore dei propri

⁽²⁵⁾ Appare eloquente, al riguardo, la corrispondenza di Betti con i genitori: alcune lettere, particolarmente significative, sono esaminate da CRIFÒ, *Note per una ricerca*, cit., 232 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 16 s.: « Gli studi di quegli anni giovanili non avevano mai obbedito a motivi utilitari, ma unicamente all'interesse scientifico che suscitavano nel giovane certe letture, anche se, per i campi disparati cui appartenevano, potevano deviarlo da mètte più prossime ».

⁽²⁷⁾ Non ho potuto leggere, direttamente, la risposta crociana; la citazione nel testo riproduce la parziale trascrizione offerta da CRIFÒ, *Note per una ricerca*, cit., 206 nt. 147.

studi ⁽²⁸⁾. Ancor più interessante è rilevare come tale riconoscimento ⁽²⁹⁾ abbia la capacità di dissolvere la sorvegliata riservatezza che aveva tenuto a freno Betti, liberando il suo desiderio di esternare le proprie riflessioni e confrontarle con quelle dello studioso che doveva certamente apparirgli, in quegli anni, come uno dei maggiori tra gli « alti spiriti del suo tempo » ⁽³⁰⁾.

4. « *Pieno consenso* », « *dissenso ... apparente* ».

Una seconda e ben più interessante lettera, tra quelle indirizzate a Croce, reca la data del 30 dicembre 1916 ⁽³¹⁾. Lasciata Roma, dove nel frattempo ha iniziato a frequentare la biblioteca di Chioven-
da ⁽³²⁾, Betti è rientrato a Camerino per le festività natalizie. Da qui scrive nuovamente al filosofo, questa volta per discutere, in modo puntuale e critico, sollecitato anche dalla lettura di alcuni suoi recenti lavori, specifiche questioni di carattere storico, filosofico e giuridico.

Con riferimento agli scritti ricevuti ⁽³³⁾, egli manifesta partico-

⁽²⁸⁾ Il sintetico giudizio crociano coglie in modo puntuale alcuni caratteri essenziali del lavoro di Betti: la vasta padronanza del materiale erudito (di questa giovanile preoccupazione « di non esser mai in difetto, ma piuttosto in eccesso, nei richiami delle fonti e della letteratura », Betti scriverà nelle *Notazioni autobiografiche*, cit., 14 s.), quindi, per un verso, il forte senso storico (la « vocazione » storiografica), per altro verso, la precisione dei concetti (la « disciplina » dello studio giuridico).

⁽²⁹⁾ Che proveniva, per altro, da un filosofo niente affatto tenero con i romanisti, come apparirà chiaro di lì a breve, in occasione della nota polemica che vedrà Croce contrapposto, insieme con Giovanni Gentile, a Pietro Bonfante. Della questione, e dell'ampia letteratura al riguardo, dà conto, da ultimo, C. CASCIONE, *Addendum epistolare alla polemica Bonfante versus Croce (e Gentile)*, in *Römische Jurisprudenz — Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, hrsg. von K. MUSCHELER (Berlin, Duncker & Humblot, 2011) 97-104; cfr. anche L. LABRUNA, *Prologo all'epistolario Benedetto Croce/Vincenzo Arangio-Ruiz*, in *Semper professor e altri scritti* (Napoli, Satura, 2012) 30 ss.

⁽³⁰⁾ BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 17.

⁽³¹⁾ Si tratta del Documento n. 2, riprodotto in Appendice.

⁽³²⁾ Cfr., *supra*, nt. 17.

⁽³³⁾ Rispetto all'elenco riportato da CRIFÒ, *Note per una ricerca*, cit., 236 nt. 285, ritengo che « lo schizzo, assai interessante, di Storia della Storiografia », che Betti dichiara di conoscere già dalla *Critica*, debba riferirsi a B. CROCE, *Intorno alla storia della storiografia*, in « La Critica » XI/3 (20 maggio 1913) 161-253 (la cui effettiva conoscenza,

lare interesse per le memorie *Genesi e dissoluzione ideale della « filosofia della storia »* ⁽³⁴⁾ e *Questioni storiografiche* ⁽³⁵⁾, la cui lettura avrebbe suscitato il suo « pieno consenso », atteso che, anche laddove qualche dubbio è potuto sorgere, « pensandoci su — scrive Betti — sono arrivato alla conclusione che il dissenso era puramente apparente ».

4.1. *Giudizi di valore e conoscenza storica.*

La lunga digressione, che occupa le prime pagine della lettera, ha per oggetto un delicato problema di teoria della storiografia, concernente la pretesa falsità di tutte quelle storie « che narrano la morte e non la vita dei popoli, degli stati, delle istituzioni, dei costumi, degli ideali letterari e artistici, delle concezioni religiose; e si contristano e si angosciano e lamentano che, quel che fu, non è più » ⁽³⁶⁾. Interpretato da Betti con immediato, seppur implicito, riferimento ad alcuni suoi precedenti lavori, tale problema evidenzia una precisa rilevanza nella prospettiva della ricerca, in quanto investe direttamente, per ciò che attiene alla specifica natura della conoscenza storica, la considerazione del giudizio giuridico.

per altro, risulta confermata da un riferimento puntuale in BETTI, *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*, cit., 171 nt. 76) [= in *Teoria e storia della storiografia*, Filosofia come scienza dello spirito IV (Bari, Laterza, 1917) 149-288; nell'Edizione nazionale delle opere crociane (da cui sono tratte le successive citazioni), essa è apparsa nel 2007 (riproduzione corretta della sesta ed., Bari, Laterza, 1948), a cura di E. MASSIMILLA e T. TAGLIAFERRI, corredata da un volume contenente una *Nota al testo* di F. TESSITORE, l'*Apparato critico* e gli *Indici* (il contributo in questione è a p. 141-264)].

⁽³⁴⁾ B. CROCE, *Genesi e dissoluzione ideale della « filosofia della storia »*, in « Ann. Bibl. filos. » II/5 (1912) 387-404 [= in *Teoria e storia della storiografia*, cit., 54-69].

⁽³⁵⁾ B. CROCE, *Questioni storiografiche*, Memoria letta all'Accademia Pontaniana nella tornata del 2 febbraio 1913, in « AAP. » XLIII, n. 2 (1913) 1-32 [= in *Teoria e storia della storiografia*, cit., 70-113]. Apprendiamo, inoltre, che la lettura di queste pagine avrebbe consentito a Betti di ricostruire il pensiero svolto in un precedente lavoro crociano, non compreso tra quelli inviati: si tratta di *Storia, cronaca e false storie*, Memoria letta all'Accademia Pontaniana nella tornata del 3 novembre 1912, in « AAP. » XLII, n. 10 (1912) 1-32 [= in *Teoria e storia della storiografia*, cit., 11-53].

⁽³⁶⁾ CROCE, *Questioni storiografiche*, cit., 7 [= in *Teoria e storia della storiografia*, cit., 78], che Betti legge in connessione con quanto scritto, ivi, a p. 4 [= 74]: « Un fatto che sembri meramente cattivo, un'epoca che sembri di mera decadenza, non può essere altro che un fatto *non storico*, cioè non ancora storicamente elaborato, non penetrato dal pensiero, e rimasto preda dell'immaginazione ».

È nota, al riguardo, la posizione crociana. Lo storico deve astenersi dall'applicare ai fatti che indaga la connotazione del bene o del male, dal qualificare le epoche storiche in termini di progresso o declino, come se realmente si dessero, al mondo, fatti buoni o cattivi, e in particolare il male, il regresso o la decadenza quali storiche realtà. Solo quando le condizioni psicologiche entro le quali si prospettano codeste antitesi siano superate, e sostituite dall'atto dello spirito che accerti a quale ufficio abbia adempiuto ciascun fatto e che cosa abbia prodotto ciascuna epoca, ha veramente inizio la storia. « Un fatto condannato — scrive Croce —, un fatto al quale si ripugna, non è ancora una proposizione storica, ma, a mala pena, la premessa di un problema storico da formulare »⁽³⁷⁾.

La questione, con riferimento alla quale qualche dubbio può essere sorto, insinuando nella lettura di Betti la parvenza di un contrasto di opinioni, riguarda il valore storiografico di un'indagine avente per oggetto le fasi di decadenza di uno Stato o di un ordinamento. Non è difficile intendere come egli potesse avere in mente, nel merito, i propri studi su *La crisi della costituzione repubblicana*⁽³⁸⁾, ove la decadenza delle istituzioni repubblicane di Roma antica — dalle vicende del tribunato della plebe di Tiberio Gracco, nel 133 a.C., fino alla nascita del principato augusteo — veniva ricostruita come una progressiva successione di violazioni della legalità costituzionale e tentativi di una sua restaurazione, nell'incessante lotta tra rivoluzione e reazione⁽³⁹⁾.

⁽³⁷⁾ CROCE, *Questioni storiografiche*, cit., 6 [= in *Teoria e storia della storiografia*, cit., 76]. Cfr. ID., *Filosofia della pratica*, cit., 81, 175 ss.

⁽³⁸⁾ Studi (su un tema scelto, « col consiglio del giovane prof. Giuseppe Cardinali », per la dissertazione di laurea in Lettere, discussa a Bologna nel dicembre del 1913: cfr. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 12 s.) condotti a termine e pubblicati in saggi distinti tra il 1914 e il 1915 (alcuni dei quali certamente inviati a Croce: cfr., *supra*, nt. 23). Sulla differente intitolazione della dissertazione di laurea (*La crisi della costituzione repubblicana in Roma e la genesi del principato. Studio giuridico-politico*), rispetto all'edizione in volume del 1982, cfr. G. CRIFÒ, *Nota del curatore*, in BETTI, *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*, cit., XIX-XXI, quindi E. BADIAN, *The Young Betti and the Practice of History*, e S.-A. FUSCO, *Emilio Betti e la storia costituzionale di Roma*, entrambi in *Costituzione romana e crisi della Repubblica*, cit., risp. 73-96, spec. 73, e 227-237, spec. 228 ss.

⁽³⁹⁾ Nelle pagine inedite, « concepite da B. come prefazione all'intera indagine », pubblicate da CRIFÒ, *Note per una ricerca*, cit., 219 s., quindi riproposte in BETTI, *La crisi*

L'incertezza, in ogni caso, sarebbe stata superata, e il possibile disaccordo neutralizzato come « puramente apparente », rielaborando il monito crociano, nel senso di giudicare false siffatte storie « non per ciò solo che esse trattino quell'argomento sì pel modo come lo trattano »: sarebbero dunque false le storie che narrano la morte unicamente come disfacimento di determinate istituzioni, non quelle, invece, che tale morte valutano, al tempo stesso, come nascita di istituzioni nuove e diverse, secondo il mutare delle condizioni storiche ⁽⁴⁰⁾.

Betti sembra rivendicare, in questi termini, la corretta impostazione dell'« argomento » nel suo lavoro e, conseguentemente, la piena legittimità storiografica dei risultati conseguiti. Sebbene consideri la costituzione della *res publica* romana quale vera e propria « opera d'arte » ⁽⁴¹⁾ — e dunque quali suoi « distruttori » figure

della repubblica e la genesi del principato in Roma, cit., xxvii-xxviii, si legge: « La crisi della repubblica in Roma è un fenomeno vasto e complesso, sociale e politico insieme; ma il suo aspetto essenziale è quello di fenomeno costituzionale, di crisi della costituzione repubblicana: come tale essa è l'oggetto di questo studio » (*ibid.* 219 [= xxvii]). Cfr., al riguardo, G. CRIFÒ, *Precisioni su « La crisi della repubblica e la genesi del principato » di Emilio Betti*, in *Costituzione romana e crisi della Repubblica*, cit., 147 ss.

⁽⁴⁰⁾ Il riferimento da parte di Betti al motivo della « crisi », per significare la decadenza di determinate istituzioni, esemplificando tra queste le « costituzioni », quindi — di contro — a quello della « genesi » di istituzioni altre, più adatte allo spirito dei tempi, non direttamente riconducibile alla lettera del testo crociano, sembra avvalorare l'interpretazione qui proposta. Cfr. CRIFÒ, *Note per una ricerca*, cit., 209; GABBA, *Presentazione*, cit., vii.

⁽⁴¹⁾ Il richiamo, nelle pagine di prefazione, al punto di vista di Nietzsche (cfr., *infra*, nt. 42), trova un più esplicito riscontro in BETTI, *Cause ed inizio della crisi della Repubblica in Roma*, cit., 162 [= *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*, cit., 4 s.]: « Confrontato col mondo che lo circonda, lo Stato antico appare esso stesso come una singolare eccezione o esenzione dallo stato universale originario di mancanza di diritto, come qualcosa che si distacca da quello stato e perciò stesso non gli preesiste, ma lo presuppone. Non altrimenti tutta la coltura classica presuppone e supera la natura brutta e barbara [ivi, in nota: « Tale è l'intuizione esposta da F. NIETZSCHE, *Die Geburt der Tragödie* 30 ss. »]; non altrimenti la libertà presuppone in generale la necessità, l'espressione estetica il moto informe del sentimento: così lo Stato-città antico appare un'opera d'arte isolata e meravigliosa » (cfr., al riguardo, G. NOCERA, *La crisi della Repubblica negli studi di Emilio Betti*, in *Costituzione romana e crisi della Repubblica*, cit., 23 nt. 21). Interessante, in proposito, una pagina di « appunti inediti », risalenti al 1916, *Per una nuova filosofia idealistica del diritto e della cultura*, pubblicati in *Appendice a CRIFÒ, Note per una ricerca*, cit., 288-292, ove Betti scrive di aver fatto propria « la

come quelle dei tribuni Tiberio e Caio Gracco o di Cesare *dictator rei publicae constituendae* ⁽⁴²⁾ —, egli non avrebbe mancato, infatti, di rilevare il potenziale genetico degli episodi di rottura dell'ordine, da intendersi quali momenti di creazione e svolgimento di ogni reale diritto storico ⁽⁴³⁾. Se non compete, dunque, alla trattazione storica narrare la morte « quale pura mancanza, negazione di vita », rientrerebbe invece a pieno titolo nei compiti dello storiografo la considerazione della morte « nel suo aspetto positivo, quale nascita — che attraverso di essa si opera — di una nuova vita » ⁽⁴⁴⁾. La

concezione che Nietzsche (*Geburt der Tragödie*, prime pagine) ha della cultura antica come *inserentesi* (s'entamant) *nella* natura titanica e barbara e sorgente e distaccantesi da essa quale rimedio o difesa », e di averla « “applicata” alle formazioni politiche antiche (polis, res publica) come pure alle formazioni giuridiche più fini (per es. la iudicatio del terzo arbitro, quale *suspensione* dell'esercizio arbitrario della propria ragione: la obligatio quale *suspensione* della vindicatio della persona) » (*ibid.* 289).

⁽⁴²⁾ In questi termini Betti avrebbe reagito « contro la corrente dominante da Niebuhr in poi » (CRIFO, *Note per una ricerca*, cit., 219 [= BETTI, *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*, cit., xxvii]). « I Gracchi sono per la rivoluzione politica romana quello che i Sofisti per la rivoluzione filosofica e religiosa ellenica; gli uni e gli altri sono gli uomini *logici*. Che essi abbiano ragione è troppo evidente; essi vanno all'opera loro provvisti appunto di buone ragioni, dopo aver ponderato ed essersi convinti della *verità* dei loro nuovi principii. Ma chi combatte i logici sul loro stesso terreno? finché si adotta il loro punto di vista essi hanno sempre ragione. Si tratta per noi di scoprire un altro punto di vista, dal quale essi possano per avventura essere nel torto. Quello che si è detto pei Sofisti è da ripetere per Socrate e Aristotele, come Nietzsche ha mostrato. Quello che si è detto pei Gracchi è da ripetere per Silla e Caesar. Il nostro punto di vista, come quello di Nietzsche, può chiamarsi, per questo rispetto, *artistico*; poiché tanto il mito e la religione ellenica, quanto la repubblica romana sono vere e proprie *opere d'arte* nel senso più alto. I Sofisti e i Gracchi, Socrate e Caesar sono i *distruttori* di quelle opere d'arte. Che la loro opera sia stata necessaria, che essi abbiano avuto valide ragioni per distruggere non toglie il fatto che essi abbiano distrutto: essi sono i responsabili immediati dell'opera di distruzione, quelli che hanno dato il crollo » (*ibid.*).

⁽⁴³⁾ Sulla migliore rispondenza del principato « ai bisogni dei tempi », quale « ragione intrinseca » della sua « *vitalità* », si v., a titolo esemplificativo, BETTI, *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*, cit., 535 nt. 18.

⁽⁴⁴⁾ Ponendosi deliberatamente dal punto di vista dell'ordinamento repubblicano, Betti privilegia in modo esplicito un'interpretazione di tali sviluppi rivoluzionari nel senso della progressiva involuzione della *libertas* e delle strutture costituzionali della *res publica*, segno di un'irrimediabile corruzione dell'opera d'arte. « Ma non soltanto come *distruzione* di quest'opera d'arte — si legge ancora nelle pagine di prefazione — viene qui rintracciata e considerata la rivoluzione monarchica, soltanto cioè sotto il suo aspetto

morte, e più in generale tutti i giudizi di disvalore, che si presentano come puramente negativi, costituirebbero, allora, possibili argomenti di storia, a condizione che non si pretenda di esaurire, nell'espressione di tale mancanza o negazione di vita, la conoscenza dell'accaduto: « *materia di narrazione* », dunque, non già « *giudizi storici definitivi* » (45).

Al riguardo, egli propone al suo interlocutore un esempio, utile a chiarire la propria posizione, assumendo come possibile giudizio di disvalore la specifica connotazione, di carattere « giuridico o politico-giuridico », di un « *avvenimento* (accadimento) storico », che risulti qualificato, « dal punto di vista dell'ordinamento giuridico o politico in cui s'inquadra », quale « *atto* rivoluzionario o illegale ». È appena il caso di rilevare come l'ipotesi formulata ricalchi fedelmente la valutazione, condotta nella prospettiva dell'ordine repubblicano, delle vicende che prepararono l'instaurazione a Roma del principato, alla stregua di azioni rivoluzionarie lesive della legalità costituzionale. Ammesso che tale qualificazione non sia sufficiente, di per sé, a fornire di quell'avvenimento un « giudizio storico esauriente », ciò non comporterebbe, d'altra parte, un divieto per lo storico di pronunciare, nell'ambito della narrazione, un giudizio di disvalore, ma solo il dovere di non arrestarsi di fronte a tale risultato, e di condurre oltre la propria indagine. Ponendo in discussione la

negativo. Questa, come ogni altra rivoluzione, ha anche un aspetto positivo e creativo di diritto. Ogni rivoluzione è infatti il riaffermarsi della libertà contro la costrizione ingiusta. Anzi si può dire che un determinato diritto storico è alla sua origine esso stesso il prodotto di una rivoluzione e usurpazione contro un precedente diritto determinato. La rivoluzione è la condizione del progresso, dello svolgimento storico del diritto; è la forza genetica della storia. Orbene questo aspetto della rivoluzione monarchica forma il secondo oggetto della nostra considerazione, la quale, pur senza ignorare del tutto quell'aspetto, si pone dal punto di vista del diritto repubblicano, ed è indirizzata per coerenza e conseguenza a valutare ogni progresso ulteriore della rivoluzione come un ulteriore regresso della costituzione libera, come un deterioramento dell'opera d'arte, di cui si considera la decadenza » (CRIFÒ, *Note per una ricerca*, cit., 220 [= BETTI, *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*, cit., xxviii]).

(45) Se, riferita alla lezione crociana, l'espressione « *giudizi storici definitivi* » può suscitare qualche perplessità, è ragionevole assumere che Betti intenda qui il termine « *definitivi* » quale sinonimo di « esaurienti » (nel senso di esaustivi, compiuti, perfetti), come sembrerebbe confermato dalla successiva espressione « giudizio storico esauriente », seguita da « *giudizio storico definitivo* ».

specifica relazione tra qualificazione giuridica e conoscenza storica, giudizio « che valuta i fatti dal punto di vista dell'attività individuale », e giudizio — come Croce avrebbe detto, « sulle tracce di Hegel » — « di realtà razionale, di razionalità (necessità) reale », « che spiega dal punto di vista del mondo superindividuale, quale totalità delle situazioni preesistenti da cui i nuovi atti sorgono e a cui affluiscono », « che assegna all'avvenimento il posto (significato) che ad esso spetta nella continuità dello svolgimento storico », Betti penetra nel cuore della riflessione crociana, ripercorrendo le pagine dedicate, nella *Filosofia della pratica* ⁽⁴⁶⁾, al rapporto tra azione e accadimento, giudizio pratico e giudizio storico ⁽⁴⁷⁾.

« È corretto — si domanda Croce — applicare alla storia le categorie di giudizio, che applichiamo a volizioni e azioni singole? è corretto giudicare utilitariamente o moralmente gli avvenimenti storici e l'intero corso storico » ⁽⁴⁸⁾. La risposta negativa agli interrogativi così formulati sottintende, per un verso, la distinzione tra l'azione, in quanto « opera del singolo », e l'accadimento, in quanto

⁽⁴⁶⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 74 ss., spec. 78 ss.; 175 ss., spec. 181 s. (eventuali variazioni formali, rispetto ai luoghi del testo indicati da Betti, sono segnalate nell'*Apparato critico*, a p. 423 ss.).

⁽⁴⁷⁾ Anche in questo caso, particolare interesse suscitano alcune notazioni contenute negli appunti del 1916 editi da Crifò: « Quando si dice che il razionale è reale s'intende dire che esso è, *come tale, in sé*, nella sua universalità — è *in quanto concetto* — (oggetto della filosofia) ed è anche come differente da sé, *nell'altro*, nell'individuale — è *in quanto individuo* — (oggetto della storia). S'intende dire che esso si è sempre realizzato nel passato e si realizza di continuo nel presente e che si realizzerà sempre anche nel futuro. È immanente alla realtà, non trascendente. Chi pensa così, pensa storicamente e ha riguardo alla storia che è superindividuale. Chi la pensa altrimenti pensa antistoricamente e ha riguardo alla pratica che è individuale sensu deteriori, ossia empirica. — La questione veramente pregiudiziale a quella della esistenza di scienze pratiche o normative è la questione della esistenza di giudizi *pratici* o di valore precedenti anziché susseguenti all'azione. La soluzione che di quest'ultima dà il Croce (*Pratica*, pag. 27-33) negando tali giudizi e riducendoli a giudizi *storici* (su l'azione passata) è perfettamente conforme alla negazione che Hegel fa del carattere normativo della filosofia (Prefazione alla *Philosophie des Rechts*: l'uccello di Minerva esce soltanto verso sera, la filosofia dopo la storia). L'una negazione è un corollario dell'altra e sta e cade con essa, come con la prova ontologica e con la concezione immanentistica (= storicistica in questo senso) della realtà » (BETTI, *Per una nuova filosofia idealistica*, cit., 291).

⁽⁴⁸⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 78.

« opera del Tutto »⁽⁴⁹⁾, quindi, per altro verso, l'inapplicabilità del giudizio pratico, che sempre concerne l'attività dell'individuo, la sua intenzione, volontà e azione⁽⁵⁰⁾, al risultato di tale attività, alla realtà che dalla totalità delle azioni si produce, all'accadimento, alla Storia⁽⁵¹⁾.

Nelle pagine in questione, com'è noto, ferma è la critica della tesi secondo la quale quello pratico costituirebbe una forma speciale di giudizio, che avrebbe per oggetto il futuro, e che, interponendosi tra conoscenza e volontà, renderebbe possibile l'azione⁽⁵²⁾. Detto giudizio sarebbe da intendersi senz'altro come giudizio storico (posto che « giudicare un atto pratico vale darne la storia »⁽⁵³⁾), circoscritto a quella parte della storia che considera le opere e le azioni individuali. Richiamandosi, nel merito, ai risultati dell'analisi già condotta altrove⁽⁵⁴⁾, Croce considera il giudizio « singolare o storico », in quanto composto di un elemento intuitivo e di uno intellettuale, come il solo in cui vi sia vera e propria distinzione tra soggetto e predicato⁽⁵⁵⁾; distinzione che invece mancherebbe, attesa l'esatta coincidenza dei due elementi (come nel giudizio definitorio descritto in sede logica), nel giudizio dell'accadimento. Agli avvenimenti storici, quale opera non dell'individuo ma del Tutto, si

(49) CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 68, 79.

(50) CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 78, 80.

(51) CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 80, 182.

(52) CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 46 s. « Giudizio che si chiama pratico, ma che è teoretico come gli altri che lo precedono; che si crede anteriore alla volizione, laddove in realtà è susseguente; che si scambia come condizione della volontà di là da venire, laddove è già la volontà in atto che si mira allo specchio: giudizio, insomma, non già pratico, ma storico » (*ibid.* 48).

(53) CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 75.

(54) Il riferimento, implicito ma inequivocabile, è a B. CROCE, *Lineamenti di una logica come scienza del concetto puro*, Memoria letta all'Accademia Pontaniana nelle tornate del 10 aprile e 1 maggio 1904, e del 2 aprile 1905, in « AAP. » XXXV, n. 1 (1905) 3-140, spec. 27, 45 ss., 52 ss. [rist. in *La prima forma della "Estetica", e della "Logica", Memorie accademiche del 1900 e del 1904-5*, a cura di A. ATTISANI (Messina-Roma, Principato, s.d.) 119-312, spec. 149, 175 ss., 185 ss.]. Sul rapporto tra la memoria pontaniana del 1905 e la *Logica* del 1909, che lo stesso Croce ebbe a definire « una seconda edizione del mio pensiero, piuttosto che del mio libro », si rinvia alla *Nota al testo* di SASSO, che ne correda l'Edizione nazionale.

(55) CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 76.

applicherebbe, infatti, il giudizio della necessità e realtà: « Ciò che è stato, doveva essere; e ciò che è veramente reale, è veramente razionale » (56). Si perviene così alla differenziazione tra giudizio pratico, « storico individuale », e giudizio dell'accadimento, « storico cosmico » (57), la cui teorizzazione segna uno dei momenti più controversi di discontinuità interna al sistema filosofico crociano. Se, infatti, di tale sistema la *Pratica* può considerarsi per molti versi un punto d'arrivo, è solo nella *Logica*, di qualche mese successiva, che giunge a compimento la riflessione sui temi qui al centro dell'attenzione (58).

È noto come, in queste pagine, dalla possibilità di esporre il concetto, secondo la preminenza riferita, nel giudizio, al predicato o al soggetto, come definizione o percezione, discenda la corrispondente distinzione delle due forme del sapere, filosofica in senso stretto e storica, e con essa l'affermazione, nell'unicità dell'atto logico, dell'identità del giudizio definitorio e di quello individuale (59). Il giudizio storico, nel quale il concetto opera sulla rappresentazione come « conoscenza del fatto o dell'accadimento, ossia della realtà effettuale », altro non sarebbe che l'atto cognitivo « ultimo e perfettissimo », « compimento del conoscere » e « forma *prima* dello spirito conoscitivo » (60). Se il giudizio individuale, quale conoscenza dell'universale concreto, « adegua pienamente la realtà », il giudizio che concerne l'attività del singolo, e che esclusivamente dal punto di vista di tale attività valuta i fatti, non può che imitare, del primo, il carattere, con una portata cognitiva affatto incerta (61).

Così ripercorsa l'argomentazione crociana, è opportuno vagliare, nel merito, la posizione di Betti. Se, per un verso, questi mostra di dividerne la tesi di fondo, reputando insostenibile la pretesa di

(56) CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 80 s., 182.

(57) CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 80.

(58) Sul complesso rapporto tra la *Pratica* e la *Logica*, nel sistema filosofico crociano, cfr., per tutti, SASSO, *Benedetto Croce*, cit., 848 ss., 909 ss.; ID., *Pratica*, cit., 85 ss.

(59) CROCE, *Logica*, cit., 153 ss., spec. 161 (eventuali variazioni formali, rispetto all'edizione del 1909, sono segnalate nell'*Apparato critico*, a p. 441 ss.).

(60) CROCE, *Logica*, cit., 121 ss., spec. 126 s.

(61) CROCE, *Logica*, cit., 140 ss., 214 ss.

quello storico che pensasse di risolvere nella qualificazione giuridica il giudizio di un avvenimento, per altro verso, egli sembra difendere l'importanza storiografica dei giudizi di valore, considerando la specifica determinazione da essi veicolata come legittimo contenuto della narrazione, contributo preliminare all'intelligenza del fatto storico.

È difficile dire quale consapevolezza Betti potesse avere, allora, della presenza nel discorso di Croce di strati concettuali tra loro non omogenei, e in particolare del carattere altamente problematico, al suo interno, della connotazione del giudizio concernente l'attività dell'individuo. Non è possibile, di conseguenza, valutare con sicurezza la scelta di segnalare le pagine della *Pratica*, piuttosto che quelle della *Logica*, quale puntuale riferimento al riguardo, posto che egli si considerasse, nei confronti di entrambe le opere, « debitore ... di idee precise » proprio quanto alla consistenza, tra l'altro, del giudizio storico individuale.

Ciò che interessa sottolineare, in definitiva, è la reiterata sollecitazione, da parte di Betti, affinché si accreditassero di una qualche legittimità storiografica i giudizi di valore, ammettendo la possibilità che questi entrassero a far parte della narrazione storica, e si riconoscesse al giudizio giuridico (come quello esemplificato nella qualificazione dell'atto rivoluzionario o illegale), e in generale a ogni giudizio che valuti i fatti dal punto di vista dell'attività individuale, la capacità di contribuire concretamente alla comprensione dell'accadimento, « non fosse altro come primo e provvisorio tentativo di illuminare, di elaborare e di intendere il fatto storico ». Un'insistenza che, ben al di là della contingente e comprensibile difesa della corretta impostazione dei propri studi, misura tutta la distanza che, già nel 1916, separava i due interlocutori sul piano della teoria della conoscenza storica. La differente concettualizzazione del giudizio storico individua un punto critico, assolutamente essenziale nell'intelligenza del rapporto di Betti con Croce, sul quale si dovrà, di necessità, tornare a riflettere.

4.2. *Il diritto e la forza.*

Conclusa la lunga digressione, sollecitata dalla lettura delle memorie inviategli e dal profondo coinvolgimento nei problemi

storiografici ivi affrontati, Betti esprime approvazione nei confronti di talune recenti pagine crociane, dedicate a un diverso, non meno importante, tema di riflessione: la « relazione logica tra diritto (Stato), forza, guerra e tra vita e lotta ». Non si sofferma, limitandosi a esternare, da « studioso del processo civile », il proprio « vivo consenso ». Se le ragioni, per le quali egli non esiti a presentarsi in queste vesti, risulteranno immediatamente più chiare, procedendo oltre nell'analisi, interessa qui mettere alla prova il senso e la portata della sua adesione ad alcune tesi che, ripercorse nelle « Postille » all'ultima annata della *Critica*, ruotano intorno a un asse fondamentale del pensiero di Croce.

La prima di esse concerne la difesa crociana della dottrina dello Stato come potenza, a sostegno dell'alto valore etico, oltre che del rigore analitico, di un'impostazione teorica che riconosca l'indipendenza del principio economico ⁽⁶²⁾. Largamente diffusa, durante la guerra, in particolar modo nell'area culturale tedesca, essa sarebbe da considerare come « universalmente scientifica » ⁽⁶³⁾, e riconducibile all'opera « del primo gran politico antimedievale, dell'italiano Machiavelli »: « un universale principio direttivo, utile del pari a tutti gli Stati, e che a tutti gli Stati consiglia la "potenza" e non l'"impotenza" » ⁽⁶⁴⁾. Tra le ragioni per cui detta concezione avrebbe

⁽⁶²⁾ B. CROCE, *Lo Stato come potenza* [Postille], in « La Critica » XIV/1 (20 gennaio 1916) 80-82; cfr. ID., *La moralità della dottrina dello Stato come potenza* [Postille], in « La Critica » XIV/2 (20 marzo 1916) 158-159. Egli si scaglia, di conseguenza, contro l'opposta « untuosa teoria » dello Stato come giustizia (ID., *Bassezza morale della teoria dello Stato come giustizia* [Postille], *ibid.* 160-161), contro certe accademiche predicazioni del pacifismo, dell'internazionalismo, dell'antimilitarismo, contro l'ideologia del torto e della ragione, della guerra giusta e della guerra ingiusta (ID., *La moralità della dottrina dello Stato come potenza*, cit., 159), posizioni congiuntamente ricondotte a « preconcetti astrattamente umanitari » (ID., *I limiti della dottrina dello Stato come potenza* [Postille], in « La Critica » XIV/3 [20 maggio 1916] 241-242, p. 241), e professa la propria fede nell'eccellenza dell'ideale « storico e combattente » della vita come lotta continua, detto germanico, con impropria metafora etnica, in contrapposizione con quello latino, « democratico e paradisiaco », della vita come giustizia e fratellanza (ID., *Il nuovo concetto della vita* [Postille], in « La Critica » XIV/4 [20 luglio 1916] 322-324).

⁽⁶³⁾ CROCE, *Lo Stato come potenza*, cit., 80.

⁽⁶⁴⁾ CROCE, *Lo Stato come potenza*, cit., 82. Tornando sul punto, egli precisa « che la teoria dello Stato come potenza, e della vita dello Stato come lotta per l'esistenza, non giustifica in nulla i raccapricci che innanzi ad essa provano le anime timorate: salvo che

suscitato in alcuni una certa repulsione, Croce assegna un ruolo decisivo al timore che, postulata l'autonomia della politica e del diritto dalla morale, fosse perciò consentito ogni genere di efferezza o sopruso. « Ma chi ha mai detto che tutto diventi lecito? » (65): sarebbe certo ammesso tutto quanto conduca alla vittoria, intesa quale trionfo non effimero e materiale, ma duraturo e spirituale, a condizione che, in funzione di tale risultato, ciò sia valutato realmente necessario dalla storia, « il vero giudice della intelligenza con la quale uno Stato ha lottato per la sua potenza, senza oltrepassare i limiti della lotta » (66).

« Senonché questi freni, questi limiti, che lo Stato come potenza deve sentire e mantenere, non sono qualcosa che gli provenga dall'esterno o che la moralità gli appiccichi sul dosso come un cartellone; ma sono limiti e freni che esso trova in sé stesso e trae dalla sua propria natura, dal suo interesse, dal suo utile, e, per così dire, dal suo istinto di conservazione » (67).

Nelle stesse pagine, una seconda tesi è argomentata in relazione con le recenti e accorate discussioni circa le condizioni di salute del diritto internazionale, la cui annunciata morte, da più parti compianta, altro non proverebbe, secondo Croce, che la provvidenziale

non si voglia considerare raccapricciante un'inesorabile proposizione di aritmetica o un teorema di economia politica, ossia un'affermazione scientifica » (Id., *La moralità della dottrina dello Stato come potenza*, cit., 158).

(65) CROCE, *I limiti della dottrina dello Stato come potenza*, cit., 241. « Tale e quale — spiega Croce — come accade di un'altra dottrina di autonomia, anch'essa non meno contestata di quella della politica, anch'essa tuttora negata dalla gente grossa, anch'essa tuttora fonte di ogni sorta di paure pei timidi: l'indipendenza dell'arte dalla morale. Dunque (dicono i timorati), dunque, ogni sudiceria, ogni oscenità sarà lecita all'arte? Eh no, perché ciò che è sudiceria e oscenità non è arte, e l'arte non ha bisogno di prendere consiglio dalla morale per rifiutarlo, ma le basta prendere consiglio da sé stessa, dalla sua propria natura, che, essendo di pura lirica e di pura contemplazione, non può al tempo stesso essere di libidine e di lussuria. E perciò l'arte vera, che è arte e non morale, non è in disaccordo con la morale; come la politica vera, che è politica e non morale, non contrasta alla morale e assai bene le si congiunge » (*ibid.* 242).

(66) CROCE, *I limiti della dottrina dello Stato come potenza*, cit., 242.

(67) CROCE, *I limiti della dottrina dello Stato come potenza*, cit., 242. Limiti e freni, aggiunge Croce, dalla cui considerazione « la dottrina dell'autonomia dello Stato, della indipendenza della politica dalla morale, viene non già scossa, ma confermata e rassodata » (*ibid.*).

scomparsa della falsa rappresentazione di esso « come di una legislazione morale dell'umanità », a vantaggio di un migliore intendimento della sua effettiva realtà, che bene evidenzerebbe « la schietta natura di ogni diritto e il suo fondamento ultimo ed unico, che è la forza, ossia la convenienza economica » (68). Il diritto internazionale non potrebbe, dunque, in alcun modo concorrere al consolidamento di una pace perpetua, attraverso l'abolizione della guerra, attesa la peculiare consistenza delle sue norme, le quali « sono portate di guerre e condizioni di nuove guerre, e si sostengono con la minaccia di guerra o con la guerra combattuta, e in simile guisa si modificano » (69).

« Ma se la moralità è impotente a far che il diritto non sia diritto (come non può fare che l'arte non sia arte), è per altro potentissima a formare la coscienza e la volontà, e a proporre bisogni morali che continuamente operano nella storia del diritto, sebbene debbano in esso assumere sempre di necessità la *forma* di diritto, di forza, di utilità: il che per l'appunto si chiama progresso morale dell'umanità » (70).

Così individuate le pagine crociane, che avrebbero suscitato l'approvazione di Betti, non v'è altro, nella lettera in esame, che consenta di verificare il significato e i limiti dell'assenso da lui manifestato. Soccorre, in proposito, ancora una pagina degli « appunti inediti » trascritti da Crifò. Ciò che lo studioso camerte rileva, quale specifico merito del Croce, è di aver energicamente affermato

(68) B. CROCE, *A proposito del diritto internazionale* [Postille], in « La Critica » XIV/4 (20 luglio 1916) 316-318, p. 316. « La sanzione del diritto internazionale è la forza, altrettanto efficace e duratura di quella del diritto nazionale, o altrettanto inefficace ed efimera (*sic*), secondo i casi: la forza che, beninteso, è forza solo quando altri stima a sé utile o minor male accettarla e accomodarvisi » (*ibid.* 317). Sul concetto dell'utile, e sulla forza quale sua denominazione « in istoria », cfr. ID., *La redenzione di un concetto condannato e Tentativi recenti per ricondannarlo* [Postille], in « La Critica » XIV/6 (20 novembre 1916) risp. 477-478, 478-480.

(69) CROCE, *A proposito del diritto internazionale*, cit., 317. « Se anche si attuasse una volta — prosegue Croce — la sognata corte arbitrale degli Stati, è bene evidente che la guerra continuerebbe del pari attraverso alcune finzioni giuridiche, con gli sforzi di far prevalere questo o quel procedere di deliberazione e votazione, questo o quel numero di delegati, o con le periodiche riforme di quell'istituto, sotto la pressione di guerre minacciate, o come conseguenza di guerre combattute » (*ibid.*).

(70) CROCE, *A proposito del diritto internazionale*, cit., 317.

l'indipendenza dell'attività economica dalla morale, avendo, al tempo stesso, inteso di quell'autonomia la consistenza propria, e riconosciuto, in particolar modo, « che la teoria del diritto come forza, dello Stato come potenza ha certi limiti nella morale [non in quella individuale ma certo in quella superindividuale] » (71). Nell'unità e distinzione dei due gradi dello spirito pratico, il giudizio economico sopporta quella che Betti definisce « una reversione (un contraccolpo, una reazione) » del giudizio morale, tale da determinare, « nell'uomo fornito di coscienza morale », la sostanziale antieconomicità della sua condotta immorale, e così il rimorso per non aver saputo agire nel modo più adatto allo scopo, per non aver saputo volere con tutta l'energia necessaria (72). Detta relazione tra le forme economica ed etica, secondo quanto egli rilegge dall'*Estetica*, andrebbe sempre verificata nel caso dell'agire individuale, attesa la possibilità di concepire il singolo uomo come affatto privo di coscienza morale, potendo invece essere presupposta nell'agire delle comunità nazionali, « per esser viva la coscienza morale nel comune degli uomini e l'assenza totale di essa una rara e forse inesistente mostruosità » (73).

Può essere interessante, con più specifico riguardo per gli studi giuridici di Betti, riscontrare l'attualità di un'attenzione per la questione indicata, in una nota autobiografica relativa al precedente inverno, quando, « trasferito col febbraio alla biblioteca Palatina di Parma, tornò alla casa paterna e venne preparando uno studio sulle relazioni tra forza e diritto, tra processo e diritto sostanziale, che avrebbe dovuto servire da prolusione al corso che contava di poter

(71) BETTI, *Per una nuova filosofia idealistica*, cit., 288. Il riferimento, accanto alle pagine dedicate alla « Analogia fra il teoretico e il pratico » da B. CROCE, *Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale. Teoria e storia*, Filosofia come scienza dello spirito I (Bari, Laterza, 1909³) (nella più recente edizione, a cura di G. GALASSO [Milano, Adelphi, 2005²], da cui sono tratte anche le successive citazioni, sono le p. 70 ss.), alla « Critica, anno 1916, giugno, nelle Postille: concessione alla Sittlic[h]keit hegeliana che è superindividuale » (si tratta, invero, del fascicolo 3, pubblicato a maggio: ID., *I limiti della dottrina dello Stato come potenza*, cit., 241 s.), consente di collocare cronologicamente con maggiore precisione tali « appunti ».

(72) BETTI, *Per una nuova filosofia idealistica*, cit., 288.

(73) CROCE, *Estetica*, cit., 75.

presto iniziare a Camerino in base alla decisione di un nuovo concorso ai primi di marzo del 1916 » (74).

Degli esiti non fausti della prova concorsuale, e della conseguente delusione del giovane candidato, si è già detto (75). Quanto al tema immaginato per la prolusione camerte, esso era stato oggetto di alcune riflessioni da parte di Betti, nelle prime pagine di un contributo su *La "vindicatio" romana primitiva*, la cui redazione, iniziata in tedesco, a Friburgo, nell'estate del 1914, sappiamo condotta a termine, a Pavia, nel dicembre dello stesso anno (76). Riflessioni, tanto più rilevanti nella prospettiva che qui interessa, in quanto conservano traccia, nell'ambito di un lavoro prettamente romanistico, di un esplicito confronto sul rapporto tra forza e diritto con la *Filosofia della pratica*. Un confronto — come si cercherà di mostrare, attraverso l'esame di un particolare documento — perfezionato in momenti differenti, la cui analisi offre un'insolita (ma assai puntuale) testimonianza della maturazione intervenuta nell'interpretazione, da parte di Betti, di alcuni luoghi essenziali del pensiero crociano.

Ripercorro, in sintesi, l'articolazione di tali riflessioni. Se la storia del diritto pubblico romano — secondo l'insegnamento di Mommsen (77) — non è che storia dell'*imperium* magistratuale, lo svolgimento del più antico processo romano andrebbe inteso quale svolgimento della *vindicatio* primitiva, il cui concetto originario — intraveduto, in una serie di brillanti indagini, da Wlassak (78) — rimanda, etimologicamente, all'esercizio della violenza e alla dimostrazione del potere (79). *Vindicatio* è dunque l'atto unilaterale autoritario (anche violento, se in contrasto con un avverso volere), mediante il quale un soggetto giuridico impone su di un oggetto la propria padronanza o afferma su di esso un'esclusiva sovranità: « La

(74) BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 16.

(75) V., *supra*, § 2.

(76) BETTI, *La "vindicatio" romana primitiva*, cit., 368; ID., *Notazioni autobiografiche*, cit., 14.

(77) Il riferimento è a TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht I*³ (Leipzig, Duncker & Humblot, 1887), sulla magistratura in generale, e dunque, secondo quello studioso, sulla struttura stessa del diritto pubblico romano.

(78) Betti cita M. WLASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat. Studien zur Erforschung des Sachenrechts der Römer*, in « ZSS. » XLIV (1910) 196-321.

(79) BETTI, *La "vindicatio" romana primitiva*, cit., 321 s.

vis quale violenza momentanea — nell'eventuale conflitto di due volontà — fonda, crea la *vis* quale potere durevole (*vis ac potestas*) » (80). Betti rileva, così, nella sintomatica identità dell'espressione, la derivazione di un significato dall'altro, e giudica assolutamente « arbitraria », « ispirata da un pregiudizio moderno », la traduzione di *vis* — come proposta da Krüger e Mommsen (81) — nei termini di « violenza contraria a diritto ». Il concetto di *vis* come forza, esplicazione di forza (quindi violenza, contro potenziali oppositori), non implicherebbe in quanto tale, per i più antichi Romani, un senso di anti-giuridicità, significando piuttosto « qualcosa di *medio* che può essere tanto conforme quanto contrario al diritto obiettivo ». Nell'etimo di *vindicatio*, pertanto, la connotazione semantica di *vis* non avrebbe il valore negativo riferibile a ciò che non è diritto, ed è anzi il suo opposto, bensì quello positivo di « prova formale » del diritto, a prescindere — avverte Betti — dalla determinazione ulteriore per cui tale « dimostrazione subiettiva » risulti anche legittima dal punto di vista obiettivo (82). Interviene, in proposito, l'esplicito riferimento a Croce:

« Nella scala dei valori dello spirito pratico, la forza — il valore economico — segna il grado inferiore, il diritto obiettivo — il valore etico — segna il grado superiore (v. per es. CROCE, *Filosofia della pratica*, 245, 249), o con altra immagine la forza e il diritto possono raffigurarsi come due cerchi concentrici di cui quella è il più ampio, questo il più ristretto. La forza non si può quindi dire che sia *come tale* qualcosa di "antigiuridico"; piuttosto essa è qualcosa di "pregiuridico": al diritto essa può essere bensì contraria, ma può essergli anche conforme: tanto vero che il diritto per *farsi valere* deve assumere anch'esso la forma di forza (forza giuridica) ossia di *coazione*: il processo e la polizia nel diritto interno, la guerra nel diritto internazionale (ANZILOTTI, *Lezioni di dir. pubblico internazionale*, 25

(80) BETTI, *La "vindicatio" romana primitiva*, cit., 323.

(81) Esplicito il riferimento a H. KRÜGER, *Geschichte der capitis deminutio I. Zugleich eine Neubearbeitung des Legisactionenrechtes* (Breslau, Koebner, 1887) 193 ss., e TH. MOMMSEN, *Römische Geschichte I* (Berlin, Weidmann, 1912¹¹) 152.

(82) BETTI, *La "vindicatio" romana primitiva*, cit., 323 nt. 1. Sul concetto di *vis*, nella letteratura romanistica successiva, si v. almeno L. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia* (Napoli, Jovene, 1971) 3 ss.

e segg.) ne sono esempi (cfr. anche G. SOREL, *Réflexions sur la violence*) »⁽⁸³⁾.

Con riguardo alla struttura complessa dei due gradi dello spirito pratico, « distinti e uniti insieme »⁽⁸⁴⁾, tale per cui il grado inferiore possa esistere indipendentemente da quello superiore (« sono concepibili bensì azioni prive di valore morale e tuttavia perfettamente economiche »), mentre quest'ultimo non possa esistere indipendentemente dal primo (« non già azioni morali, che non siano insieme pienamente utili o economiche »⁽⁸⁵⁾), Betti rielabora in modo piuttosto problematico il senso di tale relazione, ascrivendo la forza al valore economico, e riferendo invece il diritto obiettivo a quello etico.

Non occorre qui indugiare sulle ben note argomentazioni, ampiamente anticipate nella memoria pontaniana del 1907, mediante le quali Croce definiva l'attività giuridica come genericamente pratica, attività meramente economica, « e come tale, e in quanto tale, distinta e unita insieme alla forma morale »⁽⁸⁶⁾. Preme, piuttosto, dar conto di una singolare circostanza, che ho potuto verificare consultando l'estratto della bettiana *Vindicatio* conservato a Napoli presso la « Biblioteca B. Croce ». La copia presenta, con riguardo al passo sopra citato, significative correzioni manoscritte dell'autore⁽⁸⁷⁾, probabilmente intervenute, prefigurata la possibile attenzione da parte del suo destinatario, in vista dell'invio⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸³⁾ BETTI, *La "vindicatio" romana primitiva*, cit., 323 nt. 1. A sostegno della propria tesi, Betti richiama in modo puntuale alcune pagine della parte seconda, sezione prima, della *Filosofia della pratica*, dal capitolo quarto dedicato alla « Relazione tra le forme economica ed etica » (nell'Edizione nazionale si tratta delle p. 242 ss.); quanto alle *Lezioni* di Dionisio Anzilotti, potrebbe trattarsi del suo *Corso di Diritto Internazionale* (Roma, Athenaeum, 1912) Libro primo, Parte generale, ove la questione in oggetto occupa per intero le pagine (21 ss.) del primo capitolo, § 1: « Concetto e caratteri del diritto internazionale »; generico, infine, il riferimento a G. SOREL, *Réflexions sur la violence* (Paris, Pages libres, 1908).

⁽⁸⁴⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 242.

⁽⁸⁵⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 242.

⁽⁸⁶⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 355 ss., spec. 357.

⁽⁸⁷⁾ Il testo rimaneggiato è riprodotto, in Appendice, come Documento n. 3.

⁽⁸⁸⁾ V., *supra*, nt. 23. Sarei propenso a credere che questo lavoro sia tra quelli spediti a Croce nel novembre 1916, ma non vi è modo di confermare tale ipotesi.

Esse documentano l'esito di un ripensamento quanto al rapporto tra la forza e il diritto obiettivo (ovvero, nella versione interpolata, « di Stato »), che non è più rappresentato, nella scala dei valori dello spirito pratico, come relazione tra un grado inferiore e uno superiore, ma come proporzione tra una maggiore e una minore ampiezza. Dal momento in cui l'una è riferita, con più precisa determinazione, al valore « economico-generale », e l'altro, in conseguenza di una radicale trasformazione (l'aggettivo « etico », nella pagina ritoccata, è cancellato fino a essere reso illeggibile), al valore « economico-convenzionale (statuale) », i due gradi dello spirito pratico non si propongono più in termini di unità e distinzione, bensì nella diversa connessione di genere e specie. Il riferimento esemplificativo a Croce risulta, nel testo così emendato, prudentemente rettificato in un richiamo solo analogico.

5. « *Un singolo punto di dissenso* ».

La riflessione fin qui condotta, integrando le notizie disponibili con le informazioni ricavate dalla lettura delle pagine iniziali della lettera del 30 dicembre 1916, ha conseguito alcuni primi risultati, nella prospettiva di un inquadramento della posizione assunta da Betti nei confronti di Croce, con particolare riguardo per la determinazione della consistenza del giudizio storico, e la rappresentazione dei rapporti tra diritto e forza.

L'attenzione può dunque volgersi alla questione che, annoverata nella precedente lettera tra i temi di studio per l'avvenire, investe l'oggetto specifico della presente ricerca: « Si tratta del giudizio giuridico ». L'occasione per verificare quanto da Betti annotato nelle pagine autobiografiche, circa la prima maturazione di un interesse per la genesi logica della sentenza e il suo valore normativo, è offerta, anche in questo caso, da un recente contributo crociano, nei confronti del quale si eccepisce « un singolo punto di dissenso ». Diversamente da quanto sopra avvertito, in merito alla presunta insorgenza di un contrasto di vedute, subito risolto come « apparente », questa volta siamo di fronte a un punto rispetto al quale il dissenso, « quantunque limitato », risulterebbe essere affatto « reale ».

Nel quarto fascicolo della *Critica* del 1916, Croce si interroga sulla controversa legittimità dell'uso storiografico del giudizio morale e di quello giuridico ⁽⁸⁹⁾; questione « intricata », che impegna il filosofo in una serie di *distinguo*, primo fra tutti, evidentemente, quello tra moralità e legalità. Se la considerazione del giudizio morale pone l'esigenza di ulteriori distinzioni, come quella, fondamentale nell'articolazione del discorso crociano, tra il giudizio sugli atti e quello sugli avvenimenti ⁽⁹⁰⁾, la riflessione sul giudizio giuridico viene speditamente condotta alla conclusione, secondo la quale questo non possa avere cittadinanza nella ricostruzione dei fatti storici:

« perché che cosa è il giudizio giuridico, cioè pronunziato *sub lege*, in nome di leggi stabilite, se non un *atto pratico*, un atto d'imperio, onde il cosiddetto giudice procura di mantenere salda a un dipresso e immutata una legge o un istituto, che è stimato utile a una determinata società? E poiché è atto pratico e non giudizio di verità, non può trovare alcun luogo nella considerazione storica, che è considerazione di semplice verità, e non si adopera a mantenere in vita leggi e istituti (ché quelli che essa ha innanzi, appunto perché oggetto di storia, sono tutti in crisi di svolgimento e tutti muoiono e nascendo e vivendo); e, quando ciò imprendesse a fare, falsificherebbe sé medesima, né servirebbe all'utile sociale » ⁽⁹¹⁾.

Si intersecano, nella pagina riletta da Betti, due direttrici essenziali del pensiero di Croce. La prima riguarda l'ambito pratico, in specie l'attività giuridica, nel delicato rapporto tra il giudice e la legge: l'atto giurisdizionale, che pur si dice « pronunziato *sub lege* », ovvero emanato in nome di norme preordinate, altro non sarebbe che un « atto d'imperio », mediante il quale il (così detto) giudice,

⁽⁸⁹⁾ CROCE, *La storiografia in Italia. Dai cominciamenti del secolo decimonono ai giorni nostri VII. Gli sviati della scuola cattolico-liberale*, in « La Critica » XIV/4 (20 luglio 1916) 245-254 [= in *Storia della storiografia italiana nel secolo decimonono I* (Bari, Laterza, 1947³) 178-207]. « Si deve o no applicare — così in apertura — ai fatti storici il giudizio *morale* e quello *giuridico* o di legalità? » (*ibid.* 245 [= 178]).

⁽⁹⁰⁾ CROCE, *Gli sviati della scuola cattolico-liberale*, cit., 246 [= in *Storia della storiografia italiana I*, cit., 179]: « perché, com'è noto, il giudizio morale concerne solo l'atto nell'intimità della coscienza dell'agente e smarrisce qualsiasi significato allorché venga trasportato all'avvenimento, ossia alla situazione che dagli atti degli agenti si produce, e che, come è condizionata dal sopraindividuale, ha risultamento sopraindividuale ».

⁽⁹¹⁾ CROCE, *Gli sviati della scuola cattolico-liberale*, cit., 246 [= in *Storia della storiografia italiana I*, cit., 179].

laddove ritenga che una certa legge o un dato istituto sia utile a una determinata società, provvede a confermarne il valore. La seconda concerne invece l'ambito teoretico, in particolare il dominio della conoscenza storica, entro il quale sarebbe escluso che un atto pratico, come tale irriducibile a « giudizio di verità », possa esercitare alcuna rilevanza. È necessario che entrambi i versanti del problema, rispetto ai quali si è già avuto modo di apprezzare la complessa stratificazione concettuale del discorso crociano, trovino adeguata considerazione nella comparazione tra le diverse prospettive dei due interlocutori.

5.1. *Sul giudizio classificatorio.*

Che il giudizio giuridico non sia giudizio di verità, commenta Betti, risulta, a rigore, esatto: condivisa la riconduzione dell'intelligenza del vero all'ambito esclusivo della filosofia e della storia, non vi sarebbero dubbi nel riconoscere come quello pronunciato dal giudice non sia né un giudizio definitorio né un giudizio individuale puro. D'altra parte, si osserva, neanche il giudizio di classificazione può considerarsi giudizio di verità; ciò nonostante esso non costituirebbe un atto pratico, ma pur sempre un giudizio, sebbene lo stesso presupponga e riproduca, in conformità con l'insegnamento crociano, « un atto di arbitrio », ovvero la costruzione della classe, l'elaborazione del concetto rappresentativo che viene in esso predicato.

L'osservazione, che fende nel vivo l'impianto categoriale della *Logica*, mostra, ancora una volta, come lo studioso camerte avesse profondamente meditato la lezione crociana. Distinta la rappresentazione dal concetto, rappresentativo è lo pseudoconcetto empirico che, presupponendo il concetto puro, ne imita il carattere, ovvero il suo essere universale-concreto, trascendentale; simili finzioni concettuali risulterebbero « eterogenee alla logica », in quanto il loro momento costitutivo non sarebbe teoretico ma pratico, e lo spirito pratico si dimostrerebbe, in fatto di conoscenza, « del tutto sterile »⁽⁹²⁾. La falsificazione del carattere del concetto, come concre-

⁽⁹²⁾ CROCE, *Logica*, cit., 39 ss.; « sebbene fondata sopra elementi teoretici », precisa Croce, la formazione degli pseudoconcetti sarebbe « extrateoretica », « tale che si genera nello spirito pratico » (*ibid.* 186).

tezza priva di universalità, risponderebbe all'interesse pratico della conservazione del patrimonio delle conoscenze, consentendo di chiamare comodamente a raccolta, per mezzo di un nome, una gran quantità di rappresentazioni, di ordinare razionalmente, per tipi e classi, frammenti molteplici della realtà. Di conseguenza, questo preteso giudizio, classificatorio o di classificazione, è da Croce considerato quale pseudogiudizio che, presupponendo il giudizio individuale, ne ripete l'articolazione, ritenendo carattere non conoscitivo, bensì pratico o mnemonico ⁽⁹³⁾. Intesa, infatti, la conoscenza come conoscenza del reale, e ricondotta la sua determinazione alle « rappresentazioni penetrate dal pensiero » ⁽⁹⁴⁾, l'inclusione di un soggetto entro una classe non riproduce alcuna forma del conoscere — « *classificare* non è poi *intelligere*, intendere, capire, comprendere » —, ma piuttosto una modalità di elaborazione pratica, di manipolazione della stessa, utile a preservare il possesso e a facilitare l'impiego delle cognizioni acquisite ⁽⁹⁵⁾.

Betti sembra ragionare diversamente. Dietro l'uso rigoroso della terminologia crociana, nel riferimento al concetto rappresentativo come alla costruzione della classe, si intravede un altro modo di intendere il potenziale euristico del processo classificatorio. Difendendo il suo carattere teoretico, di giudizio piuttosto che di atto pratico, sia pure differente dal giudizio di verità, in quanto « sintesi di individuale e generale (= pseudouniversale) », egli viene a rivendicare, con specifico riguardo per l'ambito giuridico, la peculiare funzione conoscitiva della classificazione, parte integrante l'intelligenza del fatto di diritto, propedeutica rispetto alla formulazione di un giudizio normativo.

5.1.1. *Ancora sul giudizio storico.*

Il giudizio giuridico, indipendentemente da chi lo pronuci,

⁽⁹³⁾ CROCE, *Logica*, cit., 140 ss., 185 ss.

⁽⁹⁴⁾ CROCE, *Logica*, cit., 124.

⁽⁹⁵⁾ CROCE, *Logica*, cit., 145. « La riduzione dell'*eterogeneo* a *omogeneo* — annota ancora Croce — si compie per mezzo del già descritto procedimento onde si costruiscono le classi e, sul fondamento di esse, si classifica, ossia si assume il particolare nel generale, il singolare nel comune » (*ibid.* 148).

« giudice o privato, giureconsulto o profano » ⁽⁹⁶⁾, deriverebbe, dunque, da un'operazione classificatoria: per poter affermare, in conformità con quanto stabilito dalla legge, l'obbligo di un tale a prestare la cosa venduta o il prezzo, occorre prima aver qualificato come vendita o compera l'atto che questi avrebbe di fatto compiuto.

Detta operazione, finalizzata a comprendere nella sua convenzionale determinazione l'agire negoziale posto in essere, non può che intervenire sul risultato di una precedente indagine, mediante la quale sia stato preliminarmente accertato quanto realmente accaduto. Deve intendersi in tal senso la più precisa indicazione offerta nella prima lettera a Croce, laddove Betti descriveva la genesi logica della sentenza come articolata « attraverso un giudizio *storico* e un giudizio *classificatorio* ». L'ipotesi, circa l'interazione dei due giudizi, troverebbe, del resto, un riscontro nelle pagine crociane dedicate alla struttura del giudizio di classificazione, quale giudizio empirico che applica un predicato, di carattere pseudoconcettuale, a un soggetto determinato da un giudizio individuale puro, ovvero colloca una specifica rappresentazione, distinta e qualificata attraverso una precedente percezione — è il caso del giudizio storico, che conosce un certo fatto come accaduto nel passato —, all'interno di un tipo o di una classe ⁽⁹⁷⁾.

Se altro non risulta, in proposito, nella corrispondenza esaminata, suscita interesse la pagina conclusiva degli appunti del 1916 pubblicati da Crifò, ove Betti avverte l'esigenza di distinguere nettamente dai « giudizi storici-individuali », o « giudizi di singolare percezione » ⁽⁹⁸⁾, o « storici propriamente detti e a cui il Croce riserva la qualifica di storici », o « giudizi di fatto », i « giudizi di esperienza [storici]-generali », o « giudizi di fatto [storici]-astratti » ⁽⁹⁹⁾. Gli uni, « in quanto servano di base conoscitiva all'atto

⁽⁹⁶⁾ Le congiunzioni disgiuntive individuano, nella circostanza, opposizioni tra loro diverse, riconducibili, l'una, alla sussistenza, in capo al soggetto che pronuncia il giudizio, di un potere giurisdizionale, l'altra, alla disponibilità, da parte del medesimo soggetto, di una specifica competenza tecnica.

⁽⁹⁷⁾ CROCE, *Logica*, cit., 125, 145.

⁽⁹⁸⁾ Così rendendo, da R. POLLAK, *System des Österreichischen Zivilprozessrechtes mit Einschluss des Exekutionsrechtes* I (Wien, Manz, 1903) 406, l'espressione « Wahrnehmungsurteile des einzelnen Falles, des konkreten Tatbestandes ».

⁽⁹⁹⁾ BETTI, *Per una nuova filosofia idealistica*, cit., 292.

pratico » — « considerati cioè nella funzione di giudizi preparatorii dell'atto pratico » —, andrebbero denominati « giudizi pratici di valore o di convenienza »; gli altri, « ottenuti per un'operazione di astrazione dalla realtà storica individuale », sarebbero « i così detti giudizi tecnici, le così dette regole di saggezza o di convenienza e le massime di esperienza che statuiscono l'apparire (o consigliano il produrre) di un determinato effetto ogni volta che si verifichi una determinata ipotesi di fatto »: « *giudizi* di possibilità o *ipotetici* in contrapposto con quelli anzidetti, che bene si direbbero giudizi di realtà o *categorici* » ⁽¹⁰⁰⁾.

Posto che, sulla peculiare consistenza di tali « giudizi generali », bisognerà tornare a riflettere di qui a breve, preme per il momento rilevare, anche in questo frangente, la problematica riconducibilità, al pensiero di Croce, della specifica determinazione del giudizio storico qui conseguita.

5.1.2. *La « individuazione » della previsione normativa.*

Il processo classificatorio, per mezzo del quale si qualifica l'atto posto in essere dal soggetto, come ricostruito mediante una precedente indagine storica, avrebbe per scopo la « individuazione » dell'astratta previsione normativa, che pone in connessione una classe di situazioni quale condizione giuridica della disposizione di certi effetti. Atteso che l'elaborazione del concetto rappresentativo predicato nel giudizio empirico risulterebbe sempre da una determinazione arbitraria — la definizione della classe: nel caso in esempio la costruzione (pseudo)concettuale della « vendita » o della « compera » —, e posto che la classificazione inevitabilmente riproduca tale arbitrio ⁽¹⁰¹⁾, Betti reputa che l'intelligenza del fenomeno giuridico non possa prescindere da un'operazione siffatta, la riconduzione delle circostanze accertate all'interno di categorie astratte, tipi o classi, che non sarebbe mera utilità, mnemonica o di coordinamento, ausiliare rispetto alla conoscenza, ma momento essenziale della stessa. Come Croce, descrivendo la complessa articolazione dei

⁽¹⁰⁰⁾ BETTI, *Per una nuova filosofia idealistica*, cit., 292: « hypothetische Urtheile », li definisce POLLAK, *System I*, cit., 405, contrapponendoli alle norme come « Befehle ».

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 328, 344.

processi cognitivi, assume che i concetti, piuttosto che derivare dalla percezione, entrino a far parte « come *costituenti* » del giudizio individuale in cui tale atto intellettuale consiste ⁽¹⁰²⁾, lo studioso camerte, considerando la specifica natura del giudizio giuridico, ritiene che gli pseudoconcetti empirici intervengano nel lavoro conoscitivo che prepara e realizza la comprensione del fatto di diritto. Non credo di forzare l'interpretazione adoperando, in proposito, quello che diverrà un riferimento essenziale dell'epistemologia di Betti, dal metodo storiografico alla teoria ermeneutica, per sottolineare come, nella sua lettura, tale giudizio non possa fare a meno di un inquadramento « dogmatico » dell'agire umano reale: il discernimento di una peculiare individualità storica, in tanto si connoterebbe come conoscenza giuridica, in quanto risulti elaborato nel quadro di un'operazione classificatoria dell'accaduto, entro il quale le categorie dogmatiche funzionano come schemi generali e tipici che rendono possibile la qualificazione della condotta in esame. Si apre così, nel rapporto intellettuale di Betti con Croce, un'incrinatura, al momento forse appena percepibile, lungo la quale si consumerà, negli anni a venire, la rottura tra i due studiosi ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰²⁾ CROCE, *Logica*, cit., 127.

⁽¹⁰³⁾ Il contrasto con Croce, circa la funzione delle categorie dogmatiche, diverrà manifesto — com'è noto — in occasione della prolusione milanese di Betti al corso di Istituzioni di diritto romano, pubblicata nel 1928 con il titolo *Diritto romano e dogmatica odierna* (v., *supra*, nel Prologo, nt. 29; quindi cfr. COSTA, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, cit., 313 ss., spec. 320 s., 358 s.; PICCINI, *Dalla Scienza nuova all'ermeneutica*, cit., 54 ss.). Si tratta di pagine, a tal punto conosciute e discusse, che in alcun modo appare necessaria, in questa sede, una loro rivisitazione. È sufficiente, nella prospettiva della presente riflessione, ricordare i termini in cui Betti, puntualmente richiamando CROCE, *Logica*, cit., 236 s., renderà esplicita la propria diversa concezione del valore conoscitivo degli pseudoconcetti empirici: « noi non pretendiamo affatto di attribuire alle categorie con cui pensiamo il fenomeno giuridico, il valore assoluto di universali filosofici. Riconosciamo volentieri che esse sono concetti rappresentativi, ottenuti mediante astrazione dall'esperienza e suscettivi di revisione al vaglio dell'esperienza. [...] Che non abbiano valore filosofico, non c'interessa. Un valore conoscitivo lo hanno certamente, in quanto forniscono direttive e punti d'orientamento all'indagine del fenomeno giuridico, e ne rendono possibile la qualifica, l'inquadramento, la coordinazione sistematica: vale a dire, una più profonda comprensione. Funzione analoga, codesta, a quella dei concetti rappresentativi con cui operano le scienze naturali. Che esse abbiano un valore soltanto pratico, mnemonico e simili, non direi davvero. Comunque, è questione d'intenderci sul senso delle parole » (*ibid.* 146 [= 80]). La

5.2. *Sul giudizio normativo.*

Respinta la connotazione dell'operazione classificatoria come atto pratico, e rivendicata, insieme con il carattere teoretico di giudizio, la sua specifica funzione nel processo della conoscenza, Betti riconosce come il giudizio giuridico, che pur deriverebbe dalla qualificazione degli atti e dei rapporti implicati, in essa non si esaurisca, posto che, nella decisione mediante la quale il giudice provvede ad applicare la norma al caso, detta operazione verrebbe a integrarsi con una « dichiarazione » di volontà.

A tal riguardo, esplicitando il motivo di fondo del proprio dissenso, egli pone in questione la rappresentazione crociana del giudizio pronunciato *sub lege* come atto d'imperio del giudice. Atteso che la volontà che nella sentenza viene dichiarata non sarebbe la volontà propria del dichiarante, ma piuttosto quella della legge, il giudizio giuridico non consisterebbe, dunque, in un atto individuale di comando, bensì nell'individuazione, da parte del giudice, del contenuto di un comando altrui.

Vero è, aggiunge Betti, che la volontà della legge è pur sempre una volontà « astratta », in quanto presuppone, invece di una situazione storicamente determinata, « una classe di situazioni » (nell'ipotesi in considerazione: la compera o la vendita), e vuole, invece di un atto storicamente determinato, « una classe di effetti » (nella stessa ipotesi: il pagamento del prezzo o la prestazione della cosa). Ciò non comporterebbe, d'altra parte, che tale « disposizione generica » necessiti, per innestarsi sul caso individuale, di un atto volitivo aggiuntivo, della manifestazione supplementare e integrativa, in sede giurisdizionale, di una volizione « concreta ». La notazione, attenta alla struttura logica della prescrizione legislativa, assume nella lettera un preciso significato. Riconoscendo il carattere astratto della volontà della legge, quindi l'indeterminatezza storica, al suo interno, della situazione contemplata come dell'atto voluto, nonché, conseguentemente, la previsione e la disposizione di classi di azioni, lo studioso camerte, che pur perviene a conclusioni diverse da quelle

trascrizione in Appendice (Documenti n. 4, 5 e 6) di alcune lettere di Betti a Croce, relative a questo scritto e alla sua recensione, vorrebbe offrire un ulteriore contributo alla ricostruzione dell'intera vicenda.

del proprio interlocutore, mostra di avere ben presenti i termini essenziali della concettualizzazione della legge, come elaborati nella parte terza della *Filosofia della pratica* ⁽¹⁰⁴⁾.

5.2.1. La « conversione » della norma.

Betti non nasconde, dunque, le difficoltà poste dalla specifica natura della volontà legislativa; non per questo condivide la tesi crociana in base alla quale sarebbe possibile volere soltanto in concreto, in una situazione storicamente determinata, e con una sintesi volitiva anch'essa concreta e determinata al pari della situazione di fatto da cui la volizione sorge ⁽¹⁰⁵⁾. Egli affronta, quindi, il problema dell'applicazione della legge, ragionando sul modo in cui, nello svolgimento logico del giudizio, e non attraverso l'intervento di un nuovo atto volitivo, da parte del giudicante, si perfezioni la conversione della norma da generale in individuale.

La distanza che lo separa, anche in questo caso, da Croce sembra replicare, nel dominio dello spirito pratico, quanto già misurato in ambito teoretico. Si è posto in evidenza come lo studioso camerte, pur riconoscendo la non corrispondenza del processo di classificazione a giudizio di verità, respinga la sua connotazione quale atto pratico, e rivendichi, con il carattere di giudizio, che presuppone e riproduce, nella sintesi di individuale e generale, la costruzione arbitraria di un concetto rappresentativo, la sua propria funzione conoscitiva. Analogamente, l'affermazione del carattere astratto della volontà di legge, quindi la presupposizione, al suo interno, di una classe di situazioni e la disposizione di una classe di effetti, del pari storicamente indeterminati, non gli impedisce di valutare tale volontà, seppure astratta, assolutamente reale, e di considerarla come l'unico e solo elemento imperativo che sosterebbe tanto l'atto legislativo quanto quello giurisdizionale.

Così intesa la natura della legge, due giudizi articolerebbero la genesi logica della sentenza. Un giudizio classificatorio, mediante il quale il giudice elabora la conoscenza del fatto e della norma, combinando l'uno e l'altra come soggetto e predicato, assumendo il

⁽¹⁰⁴⁾ V., *supra*, nel Prologo, § 2.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 337.

particolare nel generale, ovvero individuando la previsione normativa astratta nel caso concreto. Un giudizio normativo, attraverso il quale egli provvede, una volta qualificato e ordinato il prodotto di tali conoscenze, a « dichiarare » la volontà della legge nel caso in questione, individuando in un atto storicamente determinato la generica disposizione di una classe di effetti giuridici.

« Giudizio normativo e non atto d'imperio chiamerei appunto la sentenza »: la connotazione di tale giudizio presuppone, nel discorso di Betti, l'ulteriore comprensione della differenza specifica tra giudizio normativo « *generale* » e « *individuale* ». Corrisponde al primo tipo la connessione logica, formulata nella legge, in base alla quale, verificate in astratto certe premesse, secondo la previsione di una classe di situazioni, devono in astratto seguire certe conseguenze, secondo la disposizione di una classe di effetti. Corrisponde al secondo tipo l'analoga connessione, espressa nella sentenza, per cui, verificate in concreto tali premesse, posto che un giudizio storico abbia accertato una situazione storicamente determinata, e un giudizio di classificazione l'abbia qualificata come appartenente alla classe di situazioni prevista nella norma di legge, devono in concreto seguire quelle conseguenze, individuate in un atto storicamente determinato, appartenente alla classe di effetti disposta nella norma stessa. Il comando imperativo che istituisce l'obbligatorietà della conseguenza giuridica, nel giudizio generale come in quello individuale, sarebbe quello, e soltanto quello, posto dalla volontà della legge.

5.2.2. « *Formole di regole* » e « *programmi* ».

Si è già avuto modo di rilevare come, indipendentemente dalla consapevolezza che egli potesse avere di talune differenti soluzioni adottate nella *Pratica* e nella *Logica*, e soprattutto della distanza che separava, in più punti, la propria interpretazione da quella di Croce, Betti si dichiarasse suo debitore quanto all'intelligenza delle categorie del giudizio storico individuale e di quello classificatorio. Si è appena dato conto, quindi, dei termini in cui egli stesso proponesse un'autonoma concettualizzazione del giudizio normativo, attraverso la quale perveniva alla diversa determinazione della natura della pronuncia giurisdizionale.

Ciò premesso, è interessante notare come lo studioso camerte provi immediatamente a riaprire, nel merito, il confronto con il proprio interlocutore, verificando, anche alla ricerca di un più solido sostegno teorico per l'ipotesi da lui prospettata, la possibilità di riposizionare detta categoria di giudizio all'interno del sistema crociano. Il riferimento, ancora una volta, è alle pagine della *Pratica*, laddove, sebbene non si parli di giudizi normativi, si ragionerebbe invece di « formole di regole » e di « programmi », « che sono poi la stessa cosa — scrive Betti —, in quanto si prescindano dall'elemento volitivo, imperativo ».

Sopra « *formole* » siffatte, in effetti, Croce ritiene che si appoggino le leggi, le quali, pur non riducibili a semplici regole — in quanto queste difetterebbero, come si è detto, dell'elemento volitivo —, devono necessariamente particolareggiare in tal modo le determinazioni del fare e del non fare che il legislatore avrebbe inteso prescrivere, e così allargarsi a « casistica »⁽¹⁰⁶⁾. Ufficio analogo avrebbero i « *programmi* », intesi quale prodotto di un'individuale legislazione concernente le modalità di comportamento, che si determina e specifica secondo le circostanze di volta in volta in considerazione⁽¹⁰⁷⁾. In merito alla pretesa identità dei concetti in esame, rilevarebbe la tesi crociana per cui, posta in evidenza nelle regole (e analogamente, secondo Betti, nei programmi) la funzione che le cognizioni dell'uomo hanno, in quanto « tecniche », quale antecedente rispetto alle sue azioni, queste (come quelli), diversamente dalle leggi, risulterebbero sempre convertibili in enunciati di classe, mutata la forma da imperativa in indicativa⁽¹⁰⁸⁾. In tal senso, fatta astrazione rispetto alla volontà della legge, all'imperativo che, sempre secondo Betti, sosterebbe tanto il giudizio normativo generale quanto quello individuale, egli sembra risolvere il contenuto di tale giudizio nell'enunciazione di una specifica relazione tra concetti empirici, omologandone la struttura a quella di una mera regola, alla quale soltanto il legislatore, « che — come ricordava lo stesso Croce

⁽¹⁰⁶⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 94 (v., *supra*, nel Prologo, nt. 37).

⁽¹⁰⁷⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 317 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 87, 236 s., 328.

— ha in una delle sue mani la spada », potrebbe conferire forza di legge ⁽¹⁰⁹⁾.

Nella lettera, in ogni caso, Betti non indugia sulla verifica di questa possibile convergenza di pensiero ⁽¹¹⁰⁾, e si appresta, piuttosto, a condurre a termine il suo discorso. Lo fa riconoscendo che la sentenza, che il giudice pronuncia in nome dello Stato, sarebbe certo un atto pratico, ma solo in quanto « dichiarazione autoritativa »: essa avrebbe, dunque, un « intento pratico », non rivolgendosi all'intelligenza delle parti, con il proposito di metterle a conoscenza di qualcosa, bensì — alla stregua di tutte le regole, nel ragionamento crociano ⁽¹¹¹⁾ — alla loro volontà; e avrebbe, quindi, una « rilevanza pratica », in ragione degli effetti che spiega, condizionando l'agire delle parti stesse in relazione all'esito della deliberazione. Il contenuto di una dichiarazione di questo tipo, in definitiva, potrebbe intendersi come atto di volontà individuale esclusivamente nel senso

⁽¹⁰⁹⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 328.

⁽¹¹⁰⁾ Vi si sofferma, invece, nella pagina di appunti già presa in considerazione (*supra*, § 5.1.1). Qui il giurista camerte individua un « sottogenere » dei giudizi generali in esame (a suo dire riconducibili a quelli che M. SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik. Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus* [Halle, Niemeyer, 1916] denomina « Scheinbefehle ») in quei particolari giudizi che, secondo la sua ricostruzione, andrebbero indicati come « giudizi *normativi* o *giudizi imperativi* o *volitivi*, espressioni di volizioni o comandi (Befehle) o — sulle tracce del Croce — *giudizi programmatici* (il Croce, *Pratica*, riconosce infatti che noi formiamo di continuo *programmi* di azione) che hanno come tali — a differenza di quelli tecnici — *immediato riferimento all'atto pratico* e possono essere tanto generali (leggi) come individuali (sentenze) » (BETTI, *Per una nuova filosofia idealistica*, cit., 292). Qualificare come « ipotetici » detti giudizi (lo avrebbe fatto, tra gli altri, POLLAK, cit., *supra*, in nt. 100), fermando l'attenzione sulla previsione, nel loro primo membro (come in quello dei giudizi tecnici e delle massime di esperienza), di una determinata ipotesi di fatto, avrebbe significato identificare, di essi, il « genere prossimo », senza fornire dunque un'adeguata definizione. A tal fine, invece, sarebbe occorso evidenziare la loro « differenza specifica », portando l'attenzione sulla statuizione, nel secondo membro di questi giudizi (e non invece di quelli tecnici o delle massime di esperienza), di un imperativo, la posizione di una norma, la volizione e disposizione di una classe di effetti. « Tali giudizi — conclude Betti — *preparano* e predispongono l'atto pratico in modo ben diverso da quello in cui lo preparano i giudizi storici individuali: lo preparano come programmi e imperativi di esso: a quel modo che la sentenza di condanna prepara l'esecuzione forzata [...] » (*ibid.*).

⁽¹¹¹⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 89.

in cui ogni giudizio, in quanto affermazione o negazione di un qualcosa, risulterebbe essere tale.

È significativo quale esiguo margine egli sia disposto a concedere alla posizione di Croce, circa il carattere imperativo della pronuncia giurisdizionale. Posto che non si tratti di una manifestazione della volontà individuale del giudicante (se non nei termini — che Betti riferisce al suo interlocutore ⁽¹¹²⁾ — in cui ogni giudizio potrebbe dirsi tale), ma della dichiarazione della volontà della legge, essa non deriverebbe da un atto pratico, da un comando, bensì da un ragionamento logico, articolato secondo una serie di giudizi, tra loro razionalmente coordinati. Pratico sarebbe solo lo scopo, e così eventualmente l'effetto, di tale pronuncia, che scaturisce dall'esercizio dell'intelligenza del giudice, come prodotto di conoscenza, e si rivolge invece alla volontà delle parti, per influenzarne l'agire.

6. *Un primo bilancio.*

Nelle pagine che precedono, l'analisi di alcune lettere a Benedetto Croce ha offerto la possibilità di conoscere e vagliare il contenuto delle idee di Betti, circa la genesi logica e la funzione normativa della sentenza, che avrebbero informato i suoi primi studi di diritto processuale civile.

Rispetto all'orientamento di questi studi, guidati da maestri tra i più autorevoli del tempo, tale analisi ha consentito di apprezzare l'importanza che può aver avuto, nella precoce maturazione di una

⁽¹¹²⁾ « Non ricordo più — annota il giurista in parentesi — il punto dove Ella sostenne ciò; e Le sarei grato se, ricordandolo, volesse indicarmelo ». È questo un passaggio della lettera che merita attenzione: non interessa tanto verificare come l'interpretazione proposta tradisca, in modo alquanto evidente, il pensiero crociano (cfr., a titolo esemplificativo, CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 41, ove pur si legge che non sarebbe in alcun modo concepibile « un *istante temporale teoretico*, privo affatto di volontà », atteso che le forme dello spirito sarebbero « distinte e non separate », e che « quando lo spirito si considera in una delle sue forme ossia è *esplicito* in essa, le altre forme sono egualmente in lui, benché *implicite* o, come si suole anche dire, *concomitanti* », senza che mai ciò equivalga a postulare una qualche contaminazione tra l'attività teoretica e quella pratica, il pensiero teso alla conoscenza e la volontà in sé già azione); preme, piuttosto, segnalare la prima, seppur ermetica, formulazione di una tesi, che si rivelerà decisiva nella critica di Betti al paradigma consolidato (v., *infra*, nt. 161).

posizione critica nei confronti del modello giurisdizionale che si andava consolidando, l'educazione filosofica di Betti, nel cui ambito è apparso particolarmente rilevante il confronto, intenso quanto problematico, con il pensiero crociano. In tal senso, la riflessione sulla struttura e il valore della decisione giudiziale sembra aver assunto un significato strategico nel percorso della sua formazione intellettuale: essa ha rappresentato, infatti, un singolare terreno di scontro, ma anche di composizione e contaminazione, tra la « disciplina » dello studio giuridico e la genuina « vocazione » per la filosofia.

6.1. « *Da una radicale revisione critica delle idee del Calamandrei* ».

Non vi è alcun esplicito riferimento, nelle lettere esaminate, agli orientamenti della scienza giuridica del tempo, né, in particolare, alle tesi di Calamandrei, la cui messa in discussione avrebbe innescato la sua riflessione sul tema ⁽¹¹³⁾. La circostanza, invero, non sorprende, considerato il tenore del discorso, nonché l'attenzione immediatamente rivolta alle peculiari articolazioni del pensiero di Croce.

Ciò nonostante, è possibile avviare, a questo punto, una prima comparazione tra l'immagine della pronuncia giurisdizionale che informa il ragionamento di Betti e quella allora diffusa nella comunità dei processualciviltisti italiani, quindi, nello specifico, mettere a confronto la sua ricostruzione della genesi logica della sentenza con lo schema prospettato da Calamandrei. A tal fine, occorre considerare, al di là della differente denominazione dei giudizi mediante i quali il giudice avrebbe elaborato la propria decisione, anche riconducibile all'impiego da parte di Betti di una terminologia derivata da quella crociana, la peculiare consistenza di tali giudizi, nonché il rapporto in cui gli stessi risultano coordinati. Questo consentirà di valutare la reale portata della reazione del giurista camerte nei confronti del paradigma dominante, ponderando i termini della sua opposizione alla rappresentazione sillogistica del ragionamento giu-

⁽¹¹³⁾ Cfr. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 16; ID., *Ricordando la diffusione all'estero del nostro pensiero scientifico*, cit., 151.

diziale, e del dissenso circa il presunto intervento della volontà del giudice nella dichiarazione della volontà della legge.

In primo luogo, e nei limiti in cui i due studiosi si soffermano a esaminare il *proprium* del giudizio storico, non sembrerebbero esservi particolari discordanze nella connotazione del procedimento mentale sotteso all'accertamento dei fatti rilevanti: il risultato della prova, da esperire in sede processuale, è da entrambi considerato come un giudizio circa l'esistenza e il modo d'essere di un fatto. Discorso analogo quanto alla determinazione, anch'essa conseguita con diverso grado di approfondimento, dei giudizi di fatto di contenuto generale (le così dette massime di esperienza), derivati dall'esperienza della realtà concreta attraverso un'operazione di astrazione, e destinati a valere nella indefinita pluralità dei casi in cui, al verificarsi di una certa condizione prevista in ipotesi, è ricondotta una determinata conseguenza.

Più delicata appare la questione concernente la qualificazione giuridica del risultato di tale accertamento. Posto che, nella sua formulazione astratta, la norma non descrive il rapporto di fatto nelle più minute particolarità con le quali esso viene in essere nella vita reale, ma lo tipizza, considerando alcuni caratteri essenziali e trascurando la specificità di tutti gli altri, il giudice è chiamato a svolgere un'operazione logica estremamente complessa. Sull'articolazione di essa, nello sviluppo del ragionamento giudiziale, le due prospettive sembrano divergere: mentre per Calamandrei tale operazione rappresenta un passaggio intermedio, nella transizione dall'accertamento del fatto all'applicazione del diritto, e la costruzione della fattispecie concreta costituisce un momento preparatorio, rispetto alla ricerca di una norma che contempra una fattispecie astratta a essa corrispondente (nonché effetti giuridici conformi a quelli pretesi dalla parte), sotto la quale — mediante un successivo e differente giudizio — sussumere il fatto così qualificato, per Betti l'esercizio di classificazione consegue già, quale diretto risultato del confronto tra la fattispecie concreta e quella astratta, l'individuazione della previsione contenuta nella norma di legge. Osservo, al riguardo, come, al rigore analitico della distinzione concettuale prospettata dall'uno, corrisponda una maggiore sensibilità ermeneutica del discorso dell'altro, nella parte in cui mostra di tenere implicitamente conto, affinché il giudice possa qualificare la situa-

zione storicamente determinata, accertata attraverso un giudizio storico, e tradurla nel linguaggio tecnico del diritto, ascrivendola alla classe di situazioni prevista in una norma di legge, del condizionamento prodotto dalla previa intelligenza di tale norma, che egli stesso considera applicabile al caso in questione, nella costruzione della fattispecie concreta a essa riconducibile ⁽¹¹⁴⁾.

L'opera di sussunzione, che nella prospettiva di Calamandrei seguirebbe, con autonomo giudizio, detta qualificazione, risulta dunque già perfezionata, nella diversa ricostruzione di Betti, secondo la quale, quindi, per completare la conversione della norma generale in norma individuale, sarebbe sufficiente, verificata in concreto l'esistenza di una determinata situazione, ricondotta entro la classe di situazioni prevista quale condizione giuridica, far seguire la conseguenza, con un giudizio normativo che individui nella sentenza la disposizione legislativa, così pervenendo alla determinazione dell'effetto giuridico. Determinazione che invece, nello schema prospettato dal giurista fiorentino, costituirebbe uno sviluppo ancora ulteriore dell'iter formativo della decisione giudiziale, quale conclusione del sillogismo di cui il giudice, provvisto ormai degli elementi di conoscenza necessari alla risoluzione della controversia — la relazione ipotetica tra certi requisiti e certi effetti giuridici stabilita in una norma, la ricorrenza nel fatto accertato di requisiti corrispondenti con quelli previsti —, ha preparato le necessarie premesse.

Infine, rispetto alla tesi di Calamandrei, secondo cui prevarrebbe, in quest'ultima fase, un elemento imperativo, in ragione del quale il giudizio del giudice si distinguerebbe da quello di un privato giurisperito, conseguendo il suo specifico valore, la posizione di Betti si precisa con riferimento alle critiche da lui rivolte a Croce, in merito alla considerazione della sentenza come atto d'imperio: la volontà dichiarata in sede giurisdizionale non sarebbe quella del dichiarante, ma quella — sia pure astratta — della legge, che per applicarsi al singolo caso non avrebbe alcun bisogno d'essere integrata dalla volizione — questa, invece, concreta — del giudice, ma

⁽¹¹⁴⁾ Si è già rilevata (v., *supra*, nel Capitolo II, § 4.1), per altro, la maturazione di un'esplicita consapevolezza, da parte di Calamandrei, della complessità ermeneutica del rapporto tra la costruzione della fattispecie concreta e l'applicazione del diritto.

solo d'essere opportunamente convertita, come ricordato, mediante un giudizio normativo.

7. *Prime prove di « critica della giurisprudenza ».*

Si è dato conto, avviando la ricostruzione della complessa genealogia della critica di Betti al paradigma tradizionale, dei suoi giovanili studi di diritto processuale civile, condotti alla scuola di Chiovena, e così della prima affermazione, in polemica con Calamandrei, di un interesse specifico per la genesi logica della sentenza.

Nel 1917 le vicende accademiche di Betti subiscono una decisa accelerazione⁽¹¹⁵⁾: vincitore del concorso per un posto di professore nell'Università di Camerino, egli vi teneva, dagli inizi dell'anno seguente, gli insegnamenti romanistici di Istituzioni e Pandette, presto integrati con quello del Diritto processuale civile. Nel gennaio del 1920 assumeva, quindi, presso l'Università di Macerata, l'incarico di insegnamento delle Istituzioni di diritto romano e del Diritto processuale civile, conservandolo fino al 1922. Contestualmente, intrapresa nel 1919 la pratica della consulenza giuridica, nell'aprile del 1921 superava gli esami di abilitazione alla professione forense presso la Corte d'appello di Macerata. Maturavano così, nel giro di pochi anni, quelle esperienze di carattere didattico e pratico, la cui fondamentale importanza Betti riconoscerà nella *Prefazione* al volume del 1936⁽¹¹⁶⁾. Accanto a esse, in particolare, le *Notazioni autobiografiche* ricordano come, « obbedendo all'interesse che aveva suscitato in lui la diagnosi del caso giuridico », nel 1924 egli cominciasse a scrivere note a sentenza, intenzionato a cimentarsi in questa particolare forma di « critica della giurisprudenza »⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹⁵⁾ BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 18 ss.

⁽¹¹⁶⁾ BETTI, *Diritto processuale civile*², cit., VIII.

⁽¹¹⁷⁾ BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 24. È interessante rileggere, in questa prospettiva, quanto annotato in ID., *Diritto processuale civile*², cit., IX, circa il « malsano divario » tra teoria e pratica del diritto processuale, dottrina e giurisprudenza, scienza giuridica e casistica, e il ruolo esercitato, nel senso di un « fecondo ravvicinamento », da Giuseppe Chiovena e Francesco Carnelutti, fondatori della *Rivista di diritto processuale civile*, nella quale speciale importanza avrebbero avuto proprio le note a sentenza, opportunamente « promosse dallo spirito animatore dei maestri ».

7.1. *Poteri di controllo della Corte di cassazione: giudizi storici, classificatori e normativi.*

Tra i primi risultati di questo nuovo esercizio, è opportuno fermare l'attenzione, per la rilevanza delle questioni che qui direttamente interessano, sulla nota alla sentenza della Corte di cassazione di Firenze del 31 luglio 1923, apparsa in due parti nella prima annata della *Rivista di diritto processuale civile* ⁽¹¹⁸⁾.

In queste pagine, a margine della questione centrale, circa il valore giuridico delle ammissioni del procuratore, nella sua complessa articolazione processuale, Betti considera il motivo pregiudiziale, come prospettato dalla difesa del resistente, relativo ai poteri di controllo della Cassazione ⁽¹¹⁹⁾. Pur avendo risolto affermativamente tale quesito, considerando l'oggetto dell'istanza proposta dal ricorrente come una questione di fatto, sottratta dunque al proprio sindacato, la Corte avrebbe proceduto poi, « con disinvolta incoerenza », a esaminarne il merito, salvo arrestarsi dinanzi a ciò che, interpretato come « un apprezzamento di fatto », avrebbe valicato i limiti della sua competenza ⁽¹²⁰⁾.

La soluzione avrebbe invece dovuto essere, a giudizio di Betti, decisamente negativa, e quella proposta dal ricorrente avrebbe dovuto essere considerata come una questione di diritto, sottoposta dunque al vaglio della Cassazione. Denunciando come erronea, infatti, la valutazione che la sentenza d'appello aveva compiuto dell'ammissione del suo procuratore, da lui non smentita, il ricorrente non avrebbe domandato alla Corte di riesaminare se e in quale misura fossero da considerare « *provate nel caso concreto* » le circostanze di fatto che avevano convinto la Corte d'appello, ma piuttosto se, presupposte come provate tali circostanze, fosse esatta la « *valutazione giuridica* » delle stesse effettuata dal giudice di merito ⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁸⁾ E. BETTI, *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore e sui poteri del giudice di cassazione in materia*, e *Sulla prova degli atti interruttivi o estintivi della perenzione e sul suo controllo in sede di cassazione*, in « Riv. dir. proc. civ. » I (1924) II, risp. 189-207, 255-267.

⁽¹¹⁹⁾ BETTI, *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore*, cit., 190.

⁽¹²⁰⁾ BETTI, *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore*, cit., 193.

⁽¹²¹⁾ Il problema appare analogo a quello affrontato da Carnelutti nell'esame della sentenza della Cassazione fiorentina indicata *supra*, nel Capitolo II, in nt. 50.

In altre parole, servendosi in proposito dello strumentario concettuale crociano, l'errore denunciato dal ricorrente sarebbe caduto, « non già sul giudizio individuale *storico* circa l'esistenza e le modalità delle circostanze di fatto del caso, bensì sul giudizio individuale *classificatorio* circa la *natura giuridica* e l'astratta portata legale di quelle circostanze di fatto » (122).

Tali determinazioni, esplicitamente riferite alle pagine della *Logica* (123), appaiono in questo caso direttamente impiegate in funzione della corretta intelligenza, in rapporto con l'analisi condotta dal giudice di merito, della distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, a vantaggio di una più precisa considerazione dei limiti prescritti alla competenza della Cassazione. Quanto alla connotazione del « giudizio storico », come quel giudizio individuale che predica, di una rappresentazione concernente le circostanze di fatto del caso, l'esistenza e lo specifico modo d'essere, essa conferma, per un verso, la sostanziale sintonia con quanto scritto da Calamandrei circa l'accertamento probatorio dei fatti considerati rilevanti e, per altro verso, la difficile compatibilità — su cui non occorre tornare — con la concezione di Croce. L'attenzione di Betti, d'altra parte, è qui principalmente rivolta a quello che egli definisce, problematicamente, « giudizio individuale *classificatorio* »:

« codesto giudizio *di classificazione* o *di qualifica giuridica* è per l'appunto quello che, attraverso il paragone della fattispecie concreta con la fattispecie legale preveduta in astratto dalla norma di legge, rende possibile al giudice di riconoscere concretati nel caso specifico — con un ulteriore giudizio, che chiamerò giudizio *normativo individuale* — gli effetti giuridici

(122) BETTI, *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore*, cit., 193. « Nel caso nostro — scrive Betti — l'effetto giuridico consistente nel venir meno della prescrizione non era stato ricavato e argomentato direttamente da una determinata interpretazione del significato particolare dell'atto e della concreta volontà della parte ritenuta acquiescente [...], senza passare per il tramite di una qualifica giuridica astratta dell'ammissione di procuratore, come tale. Al contrario, era proprio attraverso una certa valutazione giuridica dell'atto di procuratore, considerato astrattamente e in generale, che il giudice di merito era pervenuto a pronunciare nella specie il venir meno della prescrizione » (*ibid.* 194).

(123) Si tratta di CROCE, *Logica*, cit., 122 ss., 140 ss.; spec. 145 s., 148 s., 236 s., 251 s. (per un confronto con l'edizione del 1909, adoperata da Betti, si rinvia, ancora una volta, all'*Apparato critico*, p. 441 ss.).

che, a sua interpretazione, la volontà della legge (espressa in un giudizio *normativo generale*) ricollega in astratto alla fattispecie legale » (124).

Così descritta la funzione del giudizio classificatorio — pseudo-giudizio individuale, stando alla *Logica* di Croce —, appare confermata la diversa articolazione della « qualifica giuridica » rispetto alla ricostruzione del ragionamento del giudice offerta da Calamandrei. Per quanto concerne, invece, l'autonoma definizione del giudizio normativo, secondo la duplice determinazione, « generale » e « individuale », in cui risulta tradotta l'espressione della volontà nella disposizione legislativa e, conseguentemente, nella sentenza, è interessante rilevare la compiuta maturazione del tentativo, esperito nel 1916 (125), di integrare tale categoria nel sistema crociano, con la sicura riconduzione del giudizio normativo generale al patrimonio concettuale della *Filosofia della pratica* (126).

Da segnalare, infine, come l'analitica rielaborazione del rapporto tra i vari giudizi del giudice, « che comunemente vengono spiegati col vieto e inadeguato concetto del “sillogismo” » (127), da un lato, consenta a Betti di porre esplicitamente in discussione l'interpretazione della sentenza nei termini di un'inferenza deduttiva (128), e, dall'altro, lo conduca, quanto alla determinazione dei poteri della Cassazione nel sindacato del giudizio di merito, a risultati fin qui sostanzialmente analoghi a quelli conseguiti da Calamandrei e Carnelutti: la qualificazione giuridica delle circostanze di fatto, in quanto configura un giudizio di diritto, deve ritenersi suscettibile di controllo da parte della Suprema Corte (129).

(124) BETTI, *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore*, cit., 194.

(125) V., *supra*, § 5.2.2.

(126) Puntuale il riferimento a CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 94 s., 236 s., 327 ss. (anche in questo caso, eventuali variazioni formali, rispetto all'edizione del 1909, sono registrate nell'*Apparato critico*, p. 423 ss.).

(127) BETTI, *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore*, cit., 194.

(128) Esplicito, in proposito, il rinvio a CHIOVENDA, *Principii*³, cit., 149; CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 226 ss. [= in *Studi* I, cit., 18 ss.; quindi in *Opere* I, cit., 26 ss.]; ID., *La Cassazione civile* II, cit., 279 ss., 293 ss. [= in *Opere* VII, cit., 267 ss., 278 ss.]; CARNELUTTI, *Lezioni* III, cit., 17 ss.

(129) « Data questa sua natura e funzione, il giudizio di qualifica giuridica è senza dubbio non giudizio di fatto, ma di diritto e, come tale, soggetto al controllo della Cassazione »: BETTI, *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore*, cit., 194, che

7.2. *Poteri di controllo della Corte di cassazione: giudizi di fatto individuali e generali.*

Nella seconda parte della nota, ove è in esame un diverso gruppo di questioni, concernenti l'accertamento di atti interruttivi o estintivi della perenzione, particolare attenzione è rivolta, anche in questo frangente, a un quesito pregiudiziale, posto in relazione con la specifica censura del ricorrente di avere il giudice di merito ragionato male nel giustificare il proprio convincimento « circa l'esistenza di simili atti o circa la loro interpretazione ». Al riguardo, Betti prontamente riconosce come tale indagine, tesa a stabilire se l'errore, intervenuto nell'apprezzamento delle prove o nell'interpretazione degli atti di volontà che ne risultano, sia o meno sottratto al controllo della Cassazione, appaia « più delicata » (130).

Tanto nell'una, quanto nell'altra operazione, infatti, il giudice sarebbe solito porre, alla base dei « giudizi di fatto *individuali* », che egli va formando in merito al caso sottoposto al suo esame, alcuni « giudizi di fatto *generali* », i quali, indipendenti dal caso concreto e dalle sue circostanze specifiche, fungono da « criteri », strumentali alla formulazione dei giudizi storici di cui si è detto.

« Sono, codesti, giudizi empirici, definatorii di classi ovvero enunciativi di regole, desunti dalla comune esperienza dell'ordine *normale* delle cose, ma autonomi di fronte ai singoli casi, dalla cui osservazione sono stati ricavati: autonomi, nel senso che pretendono avere un valore rappresentativo al di là di quei casi, anche per casi nuovi » (131).

Nell'analisi della consistenza logica di tali giudizi, diffusamente indicati in dottrina, a partire dal classico studio di Stein (132), come massime di esperienza, risulta ancora una volta esplicito il rinvio alla sistematica di Croce: segnatamente, alle pagine della *Logica* dedicate alla determinazione degli pseudogiudizi individuali e alla loro fun-

cita, sul punto, STEIN, *Das private Wissen des Richters*, cit., 118; SCHMIDT, *Lehrbuch*², cit., 804; CHIOVENDA, *Principii*³, cit., 1026; CALAMANDREI, *La Cassazione civile II*, cit., 287, 282, 294 [= in *Opere VII*, cit., 273, 269, 279 s.]; R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale* (Paris, Rousseau, 1916) 687.

(130) BETTI, *Sulla prova degli atti interruttivi o estintivi della perenzione*, cit., 256.

(131) BETTI, *Sulla prova degli atti interruttivi o estintivi della perenzione*, cit., 256.

(132) STEIN, *Das private Wissen des Richters*, cit.

zione classificatoria, nonché, in specie, all'elaborazione, da parte delle scienze naturali, di concetti empirici in leggi, empiriche anch'esse, o « di esperienza »⁽¹³³⁾; quindi a quelle della *Pratica* concernenti l'uso di tipi e classi nella descrittiva pratica, le conoscenze normative, fatte di massime, regole, casistica⁽¹³⁴⁾. Questo reiterato impiego della terminologia crociana, qui funzionale alla definizione del giudizio di fatto generale, quale giudizio empirico, desunto dall'esperienza, capace però, offrendo al giudice una sorta di modello nella conoscenza dell'esistenza e del modo d'essere delle specifiche circostanze del caso, di orientare la sua comprensione di quella determinata individualità storica alla quale tende l'accertamento processuale del fatto, conferma puntualmente la distanza che separa le prospettive dei due studiosi, per quel che concerne, tanto il potenziale euristico di concetti rappresentativi e giudizi classificatori, quanto l'idea stessa del giudizio storico⁽¹³⁵⁾.

È dunque agevole intendere il senso dell'avvertita delicatezza della questione concernente la competenza della Corte di cassazione. Betti, infatti, in linea con l'insegnamento di Chiovenda⁽¹³⁶⁾, distante in questo caso dalle posizioni di Carnelutti e Calamandrei⁽¹³⁷⁾, considera suscettibile di controllo l'uso fatto dal giudice di merito delle massime di esperienza. Tale possibilità si giustificerebbe in ragione della circostanza per cui, non essendo queste oggetto di indagine nel singolo processo, e fungendo invece da « guida » nell'accertamento dei fatti concreti, « è dato ad ogni uomo pensante *controllare in astratto* — ossia a prescindere da un riesame dei fatti affermati dal giudice — se quelle massime sieno state fraintese o male applicate, e se, di conseguenza, risulti concludente il ragionamento fatto sulla base di quelle massime e giustificato il convincimento circa l'esistenza o le modalità dei fatti stessi »⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³³⁾ CROCE, *Logica*, cit., 145 s., 239 ss.

⁽¹³⁴⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 87 s., 89 s., 94 s.

⁽¹³⁵⁾ V., *supra*, § 5.1.1.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. CHIOVENDA, *Principii*³, cit., 1027 s.

⁽¹³⁷⁾ V., *supra*, nel Capitolo II, nt. 45 e 82.

⁽¹³⁸⁾ BETTI, *Sulla prova degli atti interruttivi o estintivi della perenzione*, cit., 257, che rinvia, nel merito, a CHIOVENDA, *Principii*³, cit., 1028. L'argomentazione di Betti al riguardo (da lui ripresa in *Diritto processuale civile*², cit., 696) sarà oggetto di specifica

Quanto poi all'opportunità e necessità di questo controllo, Betti pone in evidenza come il malgoverno di un siffatto criterio generale, tale da inficiare il risultato del giudizio storico, e dunque il presupposto stesso degli ulteriori giudizi, classificatorio e normativo, si risolve inevitabilmente in una falsa applicazione di legge, ovvero nell'applicazione della legge a un fatto che non risulti correttamente accertato, secondo la previsione dell'art. 517, n. 3, del codice di procedura civile allora vigente ⁽¹³⁹⁾. L'osservazione di Calamandrei ⁽¹⁴⁰⁾, secondo la quale questa soluzione sarebbe in contraddizione con le ragioni politiche poste nell'ordinamento italiano alla base della cassazione, pur considerata « esatta dal punto di vista storico », non risolverebbe il problema, né terrebbe conto, a giudizio di Betti, della « forza logica espansiva » di tale istituto, le cui regole di funzionamento, sebbene formalmente immutate, avrebbero subito importanti modificazioni nella loro pratica applicazione ⁽¹⁴¹⁾.

8. *La decisione giudiziale e il « famigerato dogma » della volontà.*

L'esercizio diagnostico nell'esame del caso, che aveva impegnato Betti nella stesura di note a sentenza, sarebbe proseguito, con significativa intensità, « sino alla fine del '27 » ⁽¹⁴²⁾. Nello stesso anno, allo studio critico della giurisprudenza si aggiungeva quello — non meno impegnativo — della riforma del processo ⁽¹⁴³⁾, con la redazione di accurate *Osservazioni sul Progetto di Codice di Proce-*

attenzione da parte di CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 167 s. nt. 1 (v., *infra*, nel Capitolo IV, nt. 48).

⁽¹³⁹⁾ Cfr. CHIOVENDA, *Principii*³, cit., 1024, 1029.

⁽¹⁴⁰⁾ CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 292 [= in *Opere* VII, cit., 277 s.].

⁽¹⁴¹⁾ In particolare, secondo BETTI, *Sulla prova degli atti interruttivi o estintivi della perenzione*, cit., 257 s., la censura di omessa o difettosa motivazione, progressivamente affermata nella prassi giurisprudenziale, attraverso una discutibile interpretazione degli art. 360, n. 6, e 361, n. 2, risponderebbe alla corretta esegesi di quanto disposto dall'art. 517, n. 3.

⁽¹⁴²⁾ BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 24: « continuò a cimentarsi intensamente in questa forma di critica della giurisprudenza sino alla fine del '27; poi più di rado ».

⁽¹⁴³⁾ BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 26.

dura Civile ⁽¹⁴⁴⁾, su cui conviene fermare l'attenzione. In esse, infatti, prosegue il lavoro di decostruzione del paradigma, e l'attenzione si sposta sull'elemento imperativo del modello giurisdizionale dominante, per mettere in discussione l'idea, ampiamente consolidata, di un intervento della volontà del giudice nella formazione della sentenza.

Egli rileva, dal punto di vista della tecnica legislativa, la scarsa precisione concettuale di alcuni articoli del Progetto redatto dalla Sottocommissione Reale per la riforma del c.p.c, presieduta da Lodovico Mortara ⁽¹⁴⁵⁾. Tra questi, l'art. 290 ⁽¹⁴⁶⁾, ove la definizione della « cosa giudicata », riproducendo alla lettera quella contemplata nel Progetto Carnelutti all'art. 300 ⁽¹⁴⁷⁾, risulta elaborata in funzione del concetto di « lite », del quale manca, però, la corrispondente definizione ⁽¹⁴⁸⁾. La stessa formulazione proposta da

⁽¹⁴⁴⁾ E. BETTI, *Osservazioni sul Progetto di Codice di Procedura Civile presentato dalla sottocommissione per la riforma del Codice*, in « Ann. dir. comp. e st. leg. » II-III (1929) 122-171; è necessario tener conto di quanto annotato a piè di p. 122: « Il manoscritto del presente articolo fu consegnato alla Direzione dell'Annuario sin dal febbraio 1927. Della letteratura posteriore a quella data l'A. non ha, quindi, potuto tener conto, se non con qualche richiamo inserito in nota nelle bozze durante la correzione ».

⁽¹⁴⁵⁾ Commissione Reale per la riforma dei codici — Sottocommissione C, *Codice di procedura civile. Progetto* (Roma, Provveditorato Generale dello Stato, 1926). Sulle vicende della Commissione Reale, v. TARELLO, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo*, cit., 1466 ss. [= in *Dottrine del processo civile*, cit., 100 ss.].

⁽¹⁴⁶⁾ « (Cosa giudicata in senso materiale). La sentenza, che decide totalmente o parzialmente una lite, ha forza di legge nei limiti della lite e della questione decisa. / Si considera decisa, anche se non sia risolta espressamente, ogni questione, la cui risoluzione costituisca una premessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza ».

⁽¹⁴⁷⁾ F. CARNELUTTI, *Progetto del Codice di Procedura Civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile*, Parte I. *Del processo di cognizione* (Padova, Cedam, 1926). Ampiamente, al riguardo, TARELLO, *Francesco Carnelutti e il progetto del 1926*, cit., 512 ss. [= in *Dottrine del processo civile*, cit., 227 ss.].

⁽¹⁴⁸⁾ Contenuta, invece, nel Progetto Carnelutti, all'art. 87 (non accolto, insieme con l'intero Titolo terzo, « *Della lite (articoli 86-103)* », nel Progetto della Commissione; a questo proposito, di una « disarticolazione » del Progetto Carnelutti, e di una sua « rielaborazione meramente distruttiva », parla TARELLO, *Francesco Carnelutti e il progetto del 1926*, cit., 522 s. [= in *Dottrine del processo civile*, cit., 238]: « (Nozione della lite). Due persone sono in lite quando l'una pretende che il diritto tuteli immediatamente in suo interesse un conflitto con un interesse dell'altra e questa contrasta la pretesa o, pur non contrastandola, non vi soddisfa ».

Carnelutti, d'altra parte, non gli appare particolarmente convincente, nella misura in cui l'affermazione secondo la quale la sentenza avrebbe, nei limiti del conflitto di interessi composto, « forza di legge », traviserebbe il senso della funzione giurisdizionale, attribuendo all'opera del giudice la medesima efficacia sostanziale che potrebbe avere, sul rapporto dedotto in lite, una legge speciale o un contratto tra le parti. La « radice logica » di tale criticabile impostazione è rintracciata nell'opinione per cui la sentenza, anziché limitarsi ad accertare una volontà di legge divenuta già concreta, prima del processo, per il prodursi di una determinata situazione di fatto, secondo l'insegnamento di Chiovenda ⁽¹⁴⁹⁾, « faccia parte, essa stessa, del processo reale di concretizzazione della volontà della legge » ⁽¹⁵⁰⁾.

L'idea, che riporta alla mente la nota tesi sostenuta dal Bülow, opportunamente contrastata da Chiovenda ⁽¹⁵¹⁾, sarebbe riaffiorata, « sotto un diverso profilo », in alcune pagine delle *Lezioni* di Carnelutti, laddove si attribuisce alla sentenza (come al negozio giuridico) l'ufficio di integrare il comando contenuto nella norma di legge, attraverso la posizione di un « comando complementare » ⁽¹⁵²⁾. Se Betti accetta la possibilità di riconoscere nella sentenza una pronuncia normativa — « non, propriamente, un comando » — complementare rispetto alla norma di legge, sente però il bisogno di precisare che tale carattere integrativo sarebbe da intendere in termini di « mera applicazione », quale « attuazione giurisdizionale di una volontà di legge che è già divenuta concreta, ossia che è entrata già in vigore in una data fattispecie » ⁽¹⁵³⁾. Egli fermamente reagisce, al riguardo, « [c]ontro il modo comune di considerare il “comando” — nella sentenza — come qualcosa di aggiunto *ab extra* al giudizio o di congiunto con esso in una specie di commistione chimica »,

⁽¹⁴⁹⁾ CHIOVENDA, *Principii*³, cit., 72.

⁽¹⁵⁰⁾ BETTI, *Osservazioni sul Progetto di Codice di Procedura Civile*, cit., 150.

⁽¹⁵¹⁾ V., *supra*, nel Capitolo I, nt. 78.

⁽¹⁵²⁾ CARNELUTTI, *Lezioni I*, cit., 176 (v., *supra*, nel Capitolo II, nt. 116).

⁽¹⁵³⁾ BETTI, *Osservazioni sul Progetto di Codice di Procedura Civile*, cit., 151.

secondo l'interpretazione, paradigmatica, offerta da Carnelutti e Calamandrei ⁽¹⁵⁴⁾.

Argomenti decisivi, contro una simile interpretazione, Betti ritiene si possano desumere dal confronto tra l'attività giurisdizionale del giudice odierno e quella del pretore romano. Un confronto sul quale egli riflette, sviluppando una notazione chiovendiana in merito ad alcuni « richiami storici » della teoria del Bülow ⁽¹⁵⁵⁾, nelle pagine dedicate, ancora nel 1927, proprio a Chiovena ⁽¹⁵⁶⁾, nella ricorrenza del venticinquesimo anno del suo insegnamento ⁽¹⁵⁷⁾. Il paragone evidenzerebbe, accanto all'immediata diversità strutturale, dovuta all'articolazione del processo civile romano nelle distinte fasi *in iure* e *apud iudicem*, un'ulteriore essenziale differenza. Essa concerne il potere discrezionale dell'antico magistrato di negare la tutela giuridica a chi faccia valere una ragione pur basata sul *ius civile*, e viceversa di concederla a chi la invochi per una ragione che il diritto « proprio » della *civitas* non riconosca, quando lo ritenga opportuno, di contro all'impossibilità per il giudice odierno di comportarsi in modo analogo, quando l'esame del caso e l'interpretazione delle norme lo abbiano persuaso che una determinata domanda risulti, o meno, fondata nella legge ⁽¹⁵⁸⁾.

⁽¹⁵⁴⁾ BETTI, *Osservazioni sul Progetto di Codice di Procedura Civile*, cit., 150 s. nt. 7 (v., *supra*, nel Capitolo II, § 3.3 e 4.3).

⁽¹⁵⁵⁾ Contro BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, cit., 18 ss., scrive CHIOVENDA, *Principi*³, cit., 71: « Quanto ai richiami storici su cui fonda questa teoria, è certo che il pretore in Roma ebbe potere *quasi legislativo*, ma soprattutto perché egli concedeva formule anche contro il diritto civile (*corrigendi iuris civilis gratia*) e perché una formula concessa per un caso concreto entrava a far parte dell'insieme delle leggi ».

⁽¹⁵⁶⁾ E. BETTI, *La creazione del diritto nella "iurisdictio", del pretore romano*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovena nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, a cura di A. CASTELLARI, P. CALAMANDREI, F. CARNELUTTI, E. REDENTI, A. SEGNI (Padova, Cedam, 1927) 67-129. Il contributo, che riproduce la Prolusione al corso di Storia del diritto romano nell'Università di Firenze, letta da Betti il 18 gennaio 1926, è parzialmente ripubblicato, con aggiornamenti critici e diverso titolo: « *Iurisdictio praetoris* » e *potere normativo*, in « *Labeo* » XIV (1968) 7-23 [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 591-612].

⁽¹⁵⁷⁾ Sulle vicende relative alle onoranze per Chiovena, interessanti le pagine di CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., 297 ss.

⁽¹⁵⁸⁾ È significativo, in proposito, il riferimento a V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Discorso inaugurale e Annuario accademico 1879-80* (Camerino, Savini,

« La decisione del giudice odierno è determinata necessariamente dalla sua cognizione. È la volontà della legge nel caso concreto, ch'egli è chiamato a conoscere e a formulare: non già una volontà sua propria »⁽¹⁵⁹⁾.

Se l'affermazione di Betti riproduce, nella sostanza, quanto già asserito, dieci anni prima, nella lettera a Croce, il polo dialettico è qui espressamente individuato nella dottrina processualistica dominante, e segnatamente nella posizione di Carnelutti e Calamandrei, i quali avrebbero « di recente sostenuto che il giudice odierno, nel formulare la volontà della legge, manifesti, accanto a questa, anche una volontà sua propria »⁽¹⁶⁰⁾. Nel confutare questa tesi, Betti ha modo di precisare, con più ampia argomentazione, in quali termini possa e debba riconoscersi l'immanenza di un elemento volitivo individuale all'attività teoretica del giudicare. Non diversamente da quella di un qualsiasi giurista, che intenda applicare la legge al caso concreto, la volontà del giudice sarebbe intrinseca e connaturata al giudizio, inteso, essenzialmente, come « affermazione, adesione, *assensus*: assenso, che il nostro spirito — in quanto volontà — dà ad un contenuto di conoscenza, man mano che esso spirito — in quanto intelletto — va elaborando e presentando tale contenuto a se stesso »⁽¹⁶¹⁾.

1880) 3-48, p. 24 [= in *Studi giuridici* III. *Diritto privato*. Prima parte (Roma, Anonima romana editoriale, 1932) 1-23, p. 18 s.].

⁽¹⁵⁹⁾ BETTI, *La creazione del diritto nella "iurisdictio", del pretore romano*, cit., 68.

⁽¹⁶⁰⁾ BETTI, *La creazione del diritto nella "iurisdictio", del pretore romano*, cit., 68: riferimenti puntuali a CARNELUTTI, *Lezioni* I, cit., 174 s., e CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 217 s. [= in *Studi* II, cit., 215 s.; quindi in *Opere* I, cit., 110].

⁽¹⁶¹⁾ BETTI, *La creazione del diritto nella "iurisdictio", del pretore romano*, cit., 68 s. nt. 2. Laddove, nella ricordata lettera del dicembre 1916, Betti riconduceva arbitrariamente a Croce l'idea secondo la quale ogni giudizio, in quanto affermazione o negazione, sarebbe (anche) un atto di volontà (v., *supra*, nt. 112), nel contributo del 1927 egli intende suffragare il proprio convincimento, rinvenendo nell'individuazione della componente volitiva del giudizio « la profonda verità contenuta nella dottrina scettica e stoica della *synkatathesis* e della *epochè* [...] nonché nella dottrina gnoseologica del giudizio, con la quale spiegano la genesi dell'errore il Descartes [...] e il nostro Rosmini [...] » (*ibid.* 69 nt. 2). Quanto alla particolare connessione delle fonti citate, da SESTO EMPIRICO, *Adversus Mathematicos*, VIII.397, a CARTESIO, *Principia Philosophie* I, § 33-35, fino a A. ROSMINI, *Nuovo saggio sull'origine delle idee* (Milano, Pogliani, 1836) spec. sez. VI, parte IV, cap. III e IV, le indicazioni bibliografiche offerte dal giurista camerte consentono di ricostruire la trama della sua interpretazione, principalmente orientata, in

L'incidenza di questo coefficiente volitivo, quale vissuta approvazione dello spirito, partecipe accoglimento del prodotto della conoscenza dallo stesso maturata, risulterebbe di particolare evidenza nelle molteplici valutazioni, fondate su giudizi di valore ⁽¹⁶²⁾, che orientano il ragionamento del giudice. Durante tutta l'argomentazione, dalla ricostruzione e qualificazione del fatto, all'interpretazione e applicazione del diritto, questi valuta e vuole, al solo fine di conseguire una conclusione che rispecchi la volontà della legge; una

senso retrospettivo, da G. GENTILE, *Osservazioni*, in appendice a A. ROSMINI, *Il principio della morale*, a cura di G. GENTILE (Bari, Laterza, 1921²) 189-217, spec. 209 ss., e W. WINDELBAND, *Lehrbuch der Geschichte der Philosophie*, bes. von E. ROTHACKER (Tübingen, Mohr Siebeck, 1924¹¹) 329 ss. [versione italiana di C. DENTICE D'ACCADIA, riveduta sulla 13^a edizione tedesca, *Storia della filosofia*, con un'appendice sulla *Filosofia del XX sec.* di L. PIGNATO (rist. stereotipa Firenze, Sandron, 1963) vol. II, 58 ss.]. A sostegno di tale ipotesi, è sufficiente ripercorrere le notazioni che GENTILE, *Osservazioni*, cit., 213, dedica alla distinzione rosminiana tra cognizione diretta, quale mera percezione, e cognizione riflessa, con l'intervento della volontà nell'attività del giudizio, nel quadro di una particolare concezione della conoscenza « nella quale il Rosmini, nel *Nuovo Saggio*, si ricollega a Cartesio, e più a Malebranche per la teoria che l'uno e l'altro professarono intorno all'origine dell'errore »; e rileggere, quindi, la pagina in cui WINDELBAND, *Lehrbuch*, cit., 331 [= trad. it. II, 61 s.], posto che Cartesio avrebbe « chiaramente riconosciuto il momento volitivo nel giudizio », così da ricondurre l'origine dell'errore alla circostanza di aver giudicato, ovvero di aver prestato il proprio consenso, in merito a qualcosa di cui si avesse una conoscenza ancora imprecisa e confusa, afferma che l'« esigenza che ne deriva, di trattenere il giudizio, dovunque non ci si trovi in presenza di cognizioni perfettamente chiare e distinte, ricorda troppo l'antica ἐποχή perché la parentela di questa teoria dell'errore con le dottrine scettiche e stoiche della συγκατάθεσις (v. § 14, 2 e 17, 9) possa passare inosservata ». Qui, lo specifico riferimento a Sesto Empirico, puntualmente ripreso da Betti (condizionato, al riguardo, anche da E. ZELLER, *Die Philosophie der Griechen in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, hrsg. von E. WELLMANN [Leipzig, Reissland, 1923⁵] III/1, 82 ss., III/2, 54 ss.), è riportato a sostegno della tesi, secondo la quale « [p]er gli Stoici — posizione nuova e assai significativa, cui nell'età antica, soltanto gli Scettici si avvicinarono in qualche modo — il *giudizio* è non soltanto il processo teoretico delle idee e dei legami tra le idee, ma ha come caratteristica essenziale l'atto proprio del *consenso* (συγκατάθεσις) dell'approvazione e convinzione, onde lo spirito fa suo il contenuto rappresentativo, lo conquista e se ne impadronisce (καταλαμβάνειν) » (WINDELBAND, *Lehrbuch*, cit., 173 [= trad. it. I, 244]).

⁽¹⁶²⁾ Betti ricorda, in proposito, « l'aureo e, purtroppo, sconosciuto » lavoro di G. RÜMELIN, *Werturteile und Willenentscheidungen im Civilrecht* (Freiburg, Speyer, 1912²) 21 ss.

volta raggiunta detta conclusione, scrive Betti, « egli non vuole più e non ha più bisogno di voler nulla » (163).

« Essa volontà entra in giuoco *non già a decisione raggiunta* — come sostiene il Calamandrei — *ma prima di raggiungere la decisione*, e viene in giuoco precisamente *allo scopo di arrivare* a una decisione rispondente alla volontà della legge. In breve, essa sta *al di qua, non al di là* della decisione » (164).

Ragionando ancora in contraddittorio con i due eminenti colleghi, Betti chiarisce altresì il senso della relazione, a cui faceva già riferimento nella parte conclusiva della lettera a Croce, tra il carattere autoritativo della sentenza, come dichiarazione pronunciata in nome dello Stato, e la sua efficacia vincolante. Detta efficacia conseguirebbe quale specifico effetto che, non già la volontà del dichiarante, bensì l'ordine giuridico stesso ricollega, « siccome a fattispecie sufficiente », alla formulazione della volontà della legge da parte del giudice. Formulazione, questa, direttamente riferibile allo Stato, come atto suo proprio, in quanto pronunciata da quel determinato organo a cui viene espressamente riservato, nell'ordinamento, tale ufficio. In definitiva, dunque, le parti sarebbero vincolate dalla decisione del giudice, non perché questi voglia siffatto risultato, ma in quanto le stesse risultino soggette alla sua competenza normativa (165).

Alla base dell'opinione contraria, Betti riconosce, quale indebita concezione della funzione giurisdizionale, un'erronea e più generale rappresentazione degli atti dello Stato, a suo dire ispirata dal « famigerato dogma » della volontà: l'idea, condizionata da una « falsa analogia » con il rapporto tra volontà e azione nella psiche dell'uomo, che occorra immaginare, per ogni singolo atto dello Stato, l'esistenza di una specifica volizione (166). L'equivoco, efficacemente

(163) BETTI, *La creazione del diritto nella "iurisdictio", del pretore romano*, cit., 69 nt. 2.

(164) BETTI, *La creazione del diritto nella "iurisdictio", del pretore romano*, cit., 69 nt. 2.

(165) BETTI, *La creazione del diritto nella "iurisdictio", del pretore romano*, cit., 69 s. nt. 2; cfr. ID., *Osservazioni sul Progetto di Codice di Procedura Civile*, cit., 149.

(166) BETTI, *La creazione del diritto nella "iurisdictio", del pretore romano*, cit., 70 nt. 2.

rilevato da Hans Kelsen negli *Hauptprobleme* ⁽¹⁶⁷⁾, può essere agevolmente superato in conformità con la « Zurechnungsregel » ⁽¹⁶⁸⁾, ovvero giustificando il riferimento di un determinato atto allo Stato in ragione del fatto che tale imputazione sia prevista dall'ordine giuridico e che ricorrano nell'atto in questione i requisiti a tal fine stabiliti. In questa prospettiva, dunque, il giudice si limiterebbe a « individuare la norma con le circostanze del caso specifico », quindi a formulare la volontà della legge, divenuta già concreta per effetto di quanto accaduto, « senza che la *sua* volontà individuale abbia, durante tale operazione, la *menoma rilevanza giuridica* » ⁽¹⁶⁹⁾.

⁽¹⁶⁷⁾ H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (Tübingen, Mohr, 1911) 512. Nell'Edizione dei *Werke* kelseniani (Tübingen, Mohr Siebeck) gli *Hauptprobleme* (1911) sono apparsi nel 2008, Bd. 2, *Veröffentlichte Schriften 1911 I-II*, hrsg. von M. JESTAEDT, in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut (ivi, 2/II, 661). « È solo un'analogia inammissibile, scaturente dalla errata concezione della volontà statale, col rapporto tra volontà psichica e azione, che crede di dover accogliere per ogni singola azione statale un autonomo atto di volontà statale. Di fatto si verifica solo un particolare atto di imputazione. Nella misura in cui si constata una proposizione giuridica: "se qualcuno ruba, lo Stato lo punisce", allora la pena inflitta ad un ladro concreto non viene applicata sulla base di una volontà nuova, diversa da quella constatata nella proposizione giuridica, bensì il punire viene imputato allo Stato sulla base della proposizione giuridica. Ciò che distingue la volontà dello Stato nel momento prima della perpetrazione del reato da quella che si dà nello stato successivo alla perpetrazione del reato è il fatto che essa — per esprimerci con un'immagine — si è trasformata da *volontà condizionata* in *volontà incondizionata* » (la citazione è tratta da H. KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, a cura di A. CARRINO, trad. it. della seconda ed. [Tübingen, Mohr, 1923] di A. CARRINO, G. STELLA [Napoli, ESI, 1997] 567 s.).

⁽¹⁶⁸⁾ KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., 555 [= *Werke* 2/II, cit., 707; trad. it. 612 s.]: « Questa regola di imputazione si presenta come giudizio su una volontà condizionata dello Stato. Ora i presupposti, il cui adempimento è necessario affinché il giudizio in questione possa essere dato, affinché la regola di imputazione sia vera, affinché, per esprimerci con un'immagine, sorga la volontà dello Stato, nasca una proposizione giuridica, questi presupposti sono nel loro insieme il processo legislativo ». Osservazioni puntuali, in merito a tali riferimenti, nell'ambito di una più ampia riflessione circa il rapporto di Betti con il pensiero di Kelsen, da parte di F. RICCOBONO, *Emilio Betti e la "malattia kelseniana"*, in *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, a cura di V. FROSINI, F. RICCOBONO (Milano, Giuffrè, 1994) 159-183, spec. 167 s.

⁽¹⁶⁹⁾ BETTI, *La creazione del diritto nella "iurisdictio", del pretore romano*, cit., 70 nt. 2.

9. *Le parti e il giudice nella genesi logica della sentenza.*

Nell'autunno del 1927 la carriera di Betti conosce un'importante svolta, segnata dal trasferimento all'Università di Milano ⁽¹⁷⁰⁾. Non interessa qui ripercorrere le ben note vicende relative alla prolusione al corso di Istituzioni di diritto romano sul rapporto, strategico nella metodologia storiografica dell'autore, tra *Diritto romano e dogmatica odierna* ⁽¹⁷¹⁾. Nella prospettiva di questa ricerca preme, piuttosto, ricordare come, a partire dall'anno accademico 1931-32, Betti assumesse nell'Ateneo milanese anche l'insegnamento del Diritto processuale civile, redigendone con cura, in volume poligrafato, gli *Appunti delle Lezioni* ⁽¹⁷²⁾.

Nel disegno della logica del processo, quale emerge già compiutamente dal compendio di tale corso, che mette a frutto i risultati scientifici dei contributi pubblicati tra il 1928 e il 1932 ⁽¹⁷³⁾, e rispetto al quale quanto fin qui discusso rappresenta, per esplicita ammissione dell'autore, una sorta di genealogia concettuale ⁽¹⁷⁴⁾, è possibile riconoscere la matura definizione delle sue idee circa la formazione della decisione giudiziale e la consistenza specifica dei giudizi in essa coinvolti.

Considerata la sentenza come il principale tra i provvedimenti in cui si esplica l'attività normativa del giudice ⁽¹⁷⁵⁾, egli rinvia, quanto

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., 26 ss.; quindi BRUTTI, s.v. «Betti, Emilio», cit., 413.

⁽¹⁷¹⁾ V., *supra*, nt. 103.

⁽¹⁷²⁾ Si tratta di BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit.; sul rapporto tra la prima e la seconda edizione, del 1936 (v., *supra*, nel Prologo, nt. 86), cfr. ID., *Notazioni autobiografiche*, cit., 29 s. Nelle indicazioni bibliografiche che seguono, si terrà conto di entrambe le edizioni (segnalando, ove necessario, eventuali variazioni intervenute) e dei contributi indicati nella nota immediatamente successiva.

⁽¹⁷³⁾ Penso, in particolare, a BETTI, *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, cit.; ID., *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, in «Riv. dir. comm.» XXVII (1929) I, 544-561; ID., s.v. «Cosa giudicata (Processo civile)», in *EI*. XI (Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1931; rist. 1949) 562-564; quindi a ID., *Ragione e azione*, in «Riv. dir. proc. civ.» IX (1932) I, 205-237 [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 155-195].

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr. BETTI, *Diritto processuale civile*², cit., VIII (v., *supra*, nt. 4).

⁽¹⁷⁵⁾ BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 584 ss. [= *Diritto processuale civile*², cit., 436 ss.].

alla « genesi logica » della stessa ⁽¹⁷⁶⁾, alle pagine dedicate all'istruzione della causa, in modo particolare ai limiti che l'iniziativa istruttorie delle parti pone ai poteri dell'organo giudicante, proponendo, nel merito, un'accurata analisi della dimostrazione del fondamento della domanda, che alla parte instante compete di fornire ⁽¹⁷⁷⁾. Prima di esaminare le distinte operazioni nelle quali si articolerebbe questa dimostrazione ⁽¹⁷⁸⁾, quindi la tipologia dei giudizi di cui ciascuna di esse consta, è necessario fermare l'attenzione sui termini in cui Betti distingue i diversi atteggiamenti che sostengono l'argomentazione delle parti e del giudice.

Le norme di diritto sostanziale, come egli scrive, si compongono della previsione di determinate ipotesi di fatto (fattispecie di legge), « classificate per categorie generali e astratte », e della corrispondente disposizione di effetti giuridici, dai quali consegue, in parti-

⁽¹⁷⁶⁾ BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 599 s. [= *Diritto processuale civile*², cit., 440 s.]. Quanto, invece, alla deliberazione della sentenza, Betti conferma la propria tesi circa lo specifico coinvolgimento della volontà del giudice nel processo decisionale: « La sua volontà personale — priva, come tale, di rilievo giuridico — non funziona diversamente da quella di un giurista qualsiasi quando applichi la legge al caso concreto. Essa entra in giuoco non già a decisione raggiunta (Calamandrei), ma prima di raggiungere la decisione, e precisamente allo scopo di arrivare a una decisione rispondente alla volontà della legge » (*ibid.*¹ 600 [= *ibid.*² 441, ove il rinvio in parentesi, precisato con riferimento a CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., è integrato dal rinvio, « in contrario », a BETTI, *La creazione del diritto nella "iurisdiction", del pretore romano*, cit., da cui (69 nt. 2) è tratto, praticamente alla lettera (v. il testo riportato, *supra*, su nt. 164), il passo citato]).

⁽¹⁷⁷⁾ BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 408 ss. [= *Diritto processuale civile*², cit., 303 ss.]. « Ciò significa insieme passare in schematica rassegna, nelle sue tappe fondamentali, la genesi logica della decisione circa la fondatezza in fatto della ragione fatta valere: sulla qual decisione la dimostrazione della parte aspira a spiegare influenza e ad avere un valore paradigmatico » (*ibid.*¹ 411, con rinvio a p. 201 s. [= *ibid.*² 308 s., con rinvio a p. 152 s.]). Nell'edizione del 1936 (308 s. nt. 7) sono aggiunti, in proposito, riferimenti bibliografici: in primo luogo a « lo studio giovanile e per molti rispetti inappagante del CALAMANDREI », *La genesi logica della sentenza civile*, cit. (nei confronti del quale si rileva come « troppo scarso rilievo, fra l'altro, vi è dato a quelli che il C., n. 26-27, chiama "giudizi concreti" o "singolari" »); quindi a CARNELUTTI, *Lezioni II*, cit., 377 ss.; BETTI, *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore*, cit., 193 s., e ID., *Sulla prova degli atti interruttivi o estintivi della perenzione*, cit., 256 s.; A. WEHLI, *Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung*, in *Festschrift für Adolf Wach I* (Leipzig, Meiner, 1913) 407-447.

⁽¹⁷⁸⁾ *Infra*, nel § 9.1.

colare, la costituzione, modificazione o estinzione di determinati rapporti o stati giuridici. Il verificarsi della previsione, con il prodursi, nell'esperienza della vita sociale, di una certa situazione di fatto (fattispecie concreta), la quale rientri in una delle ipotesi prospettate, opera sulla corrispondente disposizione, trasformando la volontà della legge, « da astratta, generale e ipotetica che era, in concreta, specifica e categorica »⁽¹⁷⁹⁾.

Ciò premesso, l'impianto del processo civile impone, alla parte che prende l'iniziativa, l'onere di formulare la ragione che intende far valere in giudizio⁽¹⁸⁰⁾, affermando, secondo il suo « unilaterale apprezzamento », che cosa la volontà della legge esiga nel caso concreto. L'attore assume, dunque, di « rispecchiare » e « riprodurre idealmente », con le proprie affermazioni di fatto e di diritto, questo fenomeno di « concretamento » e « specificazione » della disposizione di legge, la conversione, indotta da un accadimento reale, del precetto normativo da ipotetico in categorico⁽¹⁸¹⁾. In

⁽¹⁷⁹⁾ BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 85 s. [= *Diritto processuale civile*², cit., 64 s.] (le pagine sono quelle di ID., *Ragione e azione*, cit., 207 [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 157 s.]); in senso analogo già ID., *Cosa giudicata*, cit., 546.

⁽¹⁸⁰⁾ Non occorre ricordare l'importanza, nel complesso della riflessione di Betti, del concetto di « ragione », la cui definizione investe per intero, nelle pagine in esame, l'intelligenza del rapporto tra la produzione delle norme giuridiche e la loro applicazione, quindi la determinazione della natura della giurisdizione e della funzione del processo civile. Le tappe essenziali della sua elaborazione, anche autocritica, sono ripercorse in BETTI, *Ragione e azione*, cit., 212 nt. 2 [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 164 nt. 27].

⁽¹⁸¹⁾ BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 86 s. [= *Diritto processuale civile*², cit., 65] (ovvero ID., *Ragione e azione*, cit., 207 s. [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 158 s.]); così già ID., *Cosa giudicata*, cit., 546. Atteso che, almeno nel processo di accertamento, la parte avversaria suole formare un apprezzamento difforme, contestando le affermazioni dell'attore, Betti denomina il conflitto tra due apprezzamenti unilaterali, quindi tra due opposte aspirazioni ad aver ragione, come « lite », così discostandosi (ma cfr. anche, *infra*, nt. 188) dalla concezione di CARNELUTTI, *Lezioni I*, cit., 165 ss., il quale, dal canto suo, « presuppone distinta l'applicazione (della norma giuridica) che fa l'interessato (*Lez.*, n. 43, pag. 161), dalla sua applicazione obbligatoria, che è l'accertamento (*Lez.*, n. 45, pag. 169). La prima corrisponde a ciò che io chiamo l'apprezzamento unilaterale della parte » (BETTI, *Ragione e azione*, cit., 209 nt. 1 [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 160 nt. 14]). Egli si mostra ben consapevole del fatto che tale concezione si leghi, « con organica coerenza », alla più generale veduta di Carnelutti circa la funzione del processo civile e la sua relazione con il diritto sostanziale (cfr., *supra*,

quanto enunciazioni di giudizi, dette affermazioni sarebbero « dichiarazioni di conoscenza »⁽¹⁸²⁾, nel senso che presuppongono una certa cognizione di quanto asserito. Vi si aggiungerebbe, d'altro canto — e in ciò Betti ravvisa, con Croce⁽¹⁸³⁾, il loro carattere saliente —, un « apprezzamento », una « valutazione »: « vi aderisce, cioè, l'espressione di un dover essere, di una esigenza che s'intende far valere, in conformità con l'imperativo di date norme di diritto sostanziale »⁽¹⁸⁴⁾. Egli riprende alla lettera, dalle pagine della *Logica crociana*, l'idea secondo la quale sarebbe associata a questo giudizio individuale la manifestazione di un dover essere, di un desiderio, irriducibile nella sua natura all'atto logico, in quanto non sarebbe giudizio anch'essa, bensì « mera proposizione, logo semantico che non è apofantico, formola ottativa o desiderativa, *lirismo* dello spirito, indirizzato all'ideale o all'avvenire »⁽¹⁸⁵⁾. Croce si sofferma

nt. 152): « veduta, che rifugge dal concepire il diritto sostanziale come qualcosa di separato e di trascendente rispetto al processo, e ravvisa nella sentenza un comando complementare destinato a determinare e a concretare esso stesso (del pari che il negozio giuridico) la volontà della legge, rimasta nella norma allo stato astratto e indeterminato. Senonché proprio codesta veduta — che ci riporta a ben note idee del Bülow, non mi sento di poter condividere » (*ibid.* 209 [= 160 s.]; quindi in *Diritto processuale civile*², cit., 66, ove il riferimento alle pagine di Carnelutti, oltre che a BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, cit., 28 ss., è operato mediante rinvio interno a p. 24 s.).

⁽¹⁸²⁾ BETTI, *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, cit., 112 s.; in senso analogo ID., *Diritto processuale civile*¹, cit., 381 s. [= *Diritto processuale civile*², cit., 286].

⁽¹⁸³⁾ CROCE, *Logica*, cit., 126, nonché ID., *Saggio sullo Hegel, seguito da altri scritti di storia della filosofia*, Saggi filosofici III (Bari, Laterza, 1913); nell'Edizione nazionale delle opere crociane il *Saggio sullo Hegel* è apparso nel 2006 (riproduzione della quarta ed., Bari, Laterza, 1948), a cura di A. SAVORELLI, corredato da un volume contenente una *Nota al testo* di C. CESA, *l'Apparato critico e gli Indici* [da questa edizione sono tratte le citazioni che seguono] (Betti fa riferimento allo scritto su I « giudizi di valore » nella *filosofia moderna*, 391-404, spec. 394, sulle cui precedenti edizioni si rinvia alle puntuali indicazioni riportate, nella *Nota*, a p. 483).

⁽¹⁸⁴⁾ BETTI, *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, cit., 113; il rinvio a Croce, ripreso in ID., *Ragione e azione*, cit., 207 s. nt. 3 [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 158 s. nt. 11], non è riproposto in ID., *Diritto processuale civile*¹, cit., 382 [= *Diritto processuale civile*², cit., 286, ove l'apprezzamento è qualificato come « pratico » (così da bilanciare l'omessa iterazione di « una valutazione »), e la conformità è riferita al « precetto » delle norme di diritto sostanziale].

⁽¹⁸⁵⁾ CROCE, *Logica*, cit., 126, ove si rinvia a p. 87 s. « Oltre il giudizio di realtà, vibra, nella formola del giudizio di valore, qualcos'altro che non si riduce al precedente, e che è l'anima stessa di quell'atto spirituale: la valutazione » (ID., *Saggio sullo Hegel*, cit., 392).

sul concetto di « espressione »⁽¹⁸⁶⁾, per significare la consistenza dei così detti giudizi di valore nella mera rappresentazione dell'atto sentimentale o pratico, in ciò diversa dalla sua creazione, oltre che del tutto estranea all'ambito della conoscenza⁽¹⁸⁷⁾. Quanto all'« esigenza che s'intende far valere », si tratta, dunque, di una pretesa corrispondente all'interesse personale della parte, evidentemente contrastato dallo stato attuale dei fatti, che la stessa vorrebbe derivare, nel conflitto con altri, dal precetto di determinate norme giuridiche⁽¹⁸⁸⁾.

Profondamente diversa appare invece la posizione del giudice. Chiamato a provvedere sul merito della domanda, anch'egli deve a sua volta « riflettere » e « rifare idealmente », per conto proprio, il medesimo processo di « concretamento » della volontà della legge⁽¹⁸⁹⁾, ma il suo atteggiamento risulta teso a conseguire una conoscenza, « nel senso di *scoprire* quella che nel caso è la *presistente* volontà della legge »⁽¹⁹⁰⁾. Questi individua così, in ordine al

(186) « Bisogna insistere sulla parola “espressione”, perché il cosiddetto giudizio di valore non è l'amore o l'odio, il desiderio o l'abborrimento, la volontà o la nolont  in atto, ma   la *rappresentazione* (e, quindi, l'espressione) di quell'atto sentimentale o pratico che si dica. Rappresentazione ed espressione, che presuppongono l'attualit  di quel movimento sentimentale o pratico; cos  come questo, a sua volta, presuppone il giudizio logico o di realt  » (CROCE, *Saggio sullo Hegel*, cit., 394 s.).

(187) CROCE, *Saggio sullo Hegel*, cit., 395 s.

(188) BETTI, *Ragione e azione*, cit., 207 s. nt. 3 [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 158 s. nt. 11].   opportuno sottolineare (cos  integrando quanto avvertito, *supra*, in nt. 181) come Betti consideri, al riguardo, un significativo margine di convergenza tra la propria concezione della lite e quella elaborata da Carnelutti, attesa la sostanziale consonanza, gi  segnalata, tra l'apprezzamento unilaterale della parte e l'applicazione della norma dalla stessa posta in essere: « se tale apprezzamento o applicazione di parte ha carattere pratico ed   *dominato e comandato dall'interesse della parte che lo fa*,   anche chiaro che fra le due formole — conflitto di apprezzamenti e conflitto di interessi — vi   (salva sempre la divergenza di principio test  rilevata) una sostanziale, e per me assai confortante, coincidenza » (*ibid.* 210 s. [= 162]; quindi in *Id.*, *Diritto processuale civile*², cit., 66, ove le formole divengono « definizioni » e viene meno il motivo di conforto).

(189) BETTI, *Ragione e azione*, cit., 212 s. [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 164 s.]; cfr. *Id.*, *Diritto processuale civile*¹, cit., 30 ss., 411 ss. [= *Diritto processuale civile*², cit., 18 ss., 309 ss.].

(190) BETTI, *Ragione e azione*, cit., 212 nt. 4 [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 164 nt. 29]; cfr. *Id.*, *Diritto processuale civile*¹, cit., 30, 412 [= *Diritto processuale civile*², cit., 18 ss., 309].

caso in esame, il contenuto di tale volontà, sostituendo all'apprezzamento unilaterale delle parti in causa il proprio apprezzamento « imparziale », in quanto non condizionato da un interesse privato, e « normativo », dal momento che, rimossa l'incertezza che la contesa tra le opposte aspirazioni rende manifesta, la sua decisione vincola entrambi i contendenti ⁽¹⁹¹⁾.

Così tipizzate le rispettive condotte processuali, Betti rielabora a suo modo la riflessione crociana sul giudizio di valore — tale per cui sarebbe in esso insito un « elemento *optativo* o *desiderativo* e, diciamo pure, *volitivo* » ⁽¹⁹²⁾ —, al fine di distinguere l'apprezzamento dominato dall'interesse personale, che si estrinseca, con un atteggiamento essenzialmente « pratico », nell'affermazione della parte, quale aspirazione a prevalere, ad avere la meglio sull'altrui resistenza (« possibile — come egli non manca di sottolineare — anche in chi dubiti intimamente di aver ragione »), dall'apprezzamento disinteressato, al di sopra delle parti in conflitto, che si manifesta, con un atteggiamento fondamentalmente « teoretico », nella decisione del giudice. Se, nel primo caso, « l'elemento volitivo — secondo quanto Betti scrive — appare potenziato e, quasi direi, esasperato », nel secondo, invece, essendo tale elemento impegnato nel progressivo formarsi di un'opinione, di un convincimento, nell'adesione al contenuto di conoscenza che si va elaborando, esso non risulta affatto estraneo all'orizzonte cognitivo dell'esperienza umana.

Connotato in questi termini l'atteggiamento della parte rispetto a quello del giudice, il giurista camerte pone in evidenza come l'individuazione della volontà della legge operata dall'una miri a influenzare l'analogo esercizio che all'altro compete di svolgere, offrendo alla sua valutazione, con un progetto di motivazione della decisione sollecitata, lo schema argomentativo di essa ⁽¹⁹³⁾. Il « pro-

⁽¹⁹¹⁾ BETTI, *Ragione e azione*, cit., 213 [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 165]; cfr. ID., *Diritto processuale civile*¹, cit., 32 s. [= *Diritto processuale civile*², cit., 19 s.].

⁽¹⁹²⁾ Accanto a CROCE, *Logica*, cit., 126, e ID., *Saggio sullo Hegel*, cit., 394, molteplici le citazioni dallo *Zarathustra* nietzscheano in BETTI, *Ragione e azione*, cit., 207 s. nt. 3 [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 158 s. nt. 11].

⁽¹⁹³⁾ BETTI, *Ragione e azione*, cit., 212 nt. 4 [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 164 nt. 29]; cfr. ID., *Diritto processuale civile*¹, cit., 80 s. [= *Diritto processuale civile*², cit., 60 s.]. In questi termini già ID., *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, cit., 109, 114.

cedimento logico » di individuazione, in ogni caso, si limiterebbe ad accertare e rappresentare il « fenomeno reale » di concretamento della volontà legislativa, senza in alcun modo farne parte, bensì presupponendolo già esaurito e perfetto ⁽¹⁹⁴⁾.

In merito all'articolazione di tale procedimento, quindi alla genesi logica della sentenza, Betti torna esplicitamente a discutere l'impostazione di Calamandrei:

« Il noto lavoro giovanile del Calamandrei sull'argomento (ristampato in *Studi sul processo civ.*, I, 1-51) lascia insoddisfatti nella sua impostazione per qualche lacuna nelle necessarie premesse logico-filosofiche. Come notai fin dalla prima lettura, non alla fine soltanto (n. 27) avrebbe il C. dovuto parlare dei giudizi individuali di diritto (classificatorii e normativi), ma farne il punto di partenza: perché in essi sta proprio il vero nocciolo logico della sentenza. E dell'ormai famigerato sillogismo avrebbe potuto, senza danno, fare a meno di parlare » ⁽¹⁹⁵⁾.

Non sorprende, una volta apprezzato l'impegno profuso da Betti nell'elaborazione delle basi teoretiche del proprio discorso, l'insoddisfazione quanto alle premesse di carattere logico e filosofico, come la disapprovazione del riferimento all'« ormai famigerato sillogismo » ⁽¹⁹⁶⁾. Suscita interesse, accanto al ricordo della « prima lettura » dello scritto di Calamandrei, l'accostamento suggerito tra « giudizi individuali di diritto », di tipo classificatorio e normativo, e quelli che il giurista fiorentino considera giudizi « concreti », « singolari » e « positivi », i quali prenderebbero il posto, nell'inferenza deduttiva che dovrebbe porre fine al ragionamento del giudice, della premessa minore e della conclusione, rispettivamente affermando l'esistenza, nel caso concreto, di un fatto giuridicamente

⁽¹⁹⁴⁾ BETTI, *Ragione e azione*, cit., 212 s. [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 164 s.]; in tal senso già ID., *Cosa giudicata*, cit., 546, 551. Significativo, in proposito, il rinvio (accanto a ID., *Diritto processuale civile*¹, cit., 30 ss., 411 ss. [= *Diritto processuale civile*², cit., 18 ss., 309 ss.]) a ID., *La creazione del diritto nella "iurisdictio" del pretore romano*, cit., 69 s.

⁽¹⁹⁵⁾ BETTI, *Ragione e azione*, cit., 213 nt. 1 [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 165 nt. 30]; tale riferimento a Calamandrei non compare in ID., *Diritto processuale civile*¹, cit., 89 [= *Diritto processuale civile*², cit., 67].

⁽¹⁹⁶⁾ Nella prospettiva della critica del paradigma, è interessante rilevare come il « sillogismo » sia qualificato « famigerato » proprio come il « dogma della volontà » (v., *supra*, nt. 166).

qualificato e di una specifica volontà della legge ⁽¹⁹⁷⁾. Per intendere appieno il valore della prospettata analogia, è necessario procedere, a questo punto, all'esame della scansione analitica, operata da Betti, del contenuto logico della dimostrazione, che la parte che assume l'iniziativa è tenuta a dare, del fondamento della propria domanda.

9.1. « *Per un vieto e tenace pregiudizio ancora corrente ...* ».

Intesa la ragione fatta valere dalla parte come ciò che, secondo il suo unilaterale apprezzamento, la volontà della legge esigerebbe nel caso in questione, compete al giudice stabilire, in sede processuale, la fondatezza in fatto di questa ragione, tale da giustificare in concreto il provvedimento richiesto ⁽¹⁹⁸⁾.

Riconosciuta la sostanziale coincidenza, sul piano del procedimento logico, delle argomentazioni della parte e del giudice — identità che celerebbe « una normale, se non costante, differenza psicologica » ⁽¹⁹⁹⁾ —, la dimostrazione della parte si articolerebbe,

⁽¹⁹⁷⁾ CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 256 s. [= in *Studi I*, cit., 47 s.; quindi in *Opere I*, cit., 51 s.].

⁽¹⁹⁸⁾ BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 83 ss. [= *Diritto processuale civile*², cit., 63 ss.] (le pagine sono ancora quelle di Id., *Ragione e azione*, cit., 205 ss. [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 155 ss.]). In linea con quanto già sottolineato da Chiovenda e Calamandrei, la verifica della fondatezza in diritto, essenziale fin dall'inizio del processo, si risolverebbe per il giudice in una valutazione, logicamente preliminare, sebbene necessariamente provvisoria, concernente la rilevanza giuridica, in astratto e in ipotesi, dei fatti affermati dalla parte (*ibid.*¹ 93 s. [= *ibid.*² 70]; ovvero *Ragione e azione*, cit., 216 s. [= 169 s.]).

⁽¹⁹⁹⁾ BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 415 [= *Diritto processuale civile*², cit., 311]: « nella dimostrazione della parte le premesse sono spesso dominate [nell'edizione del 1936: comandate] dalla conclusione cui preme giungere quasi a metà prefissa; nella dimostrazione del giudice, invece, la conclusione è, o dovrebbe essere, dominata dalle premesse. Bisogna tuttavia riconoscere che, se la preoccupazione di un risultato che si vuol raggiungere influendo sulla convinzione del giudice, devia spesso la dimostrazione della parte, stimola però anche ad una critica alacre del diritto o del fatto e sprona a quella accurata impostazione delle questioni che è indispensabile per risolverle correttamente. Se non ci fosse l'interesse delle parti a stimolare l'acume della critica, questa rischierebbe di riuscire, nel giudice, pigra e superficiale: la dimostrazione della parte non solo agevola al giudice un lavoro che altrimenti dovrebbe far tutto da sé, ma gli prepara un lavoro che spesso, altrimenti, da sé non farebbe ».

essenzialmente, secondo tre ordini di operazioni ⁽²⁰⁰⁾: una « *ricostruzione* » della situazione di fatto, volta a convincere il giudice in merito all'accadimento di un certo fatto o all'esistenza di uno specifico stato di fatto (detta anche « critica del fatto »); una « *qualifica giuridica* » della stessa situazione di fatto, intesa a definire la natura giuridica di essa, e così a persuadere il giudice circa la sua riconducibilità alla fattispecie astratta ipotizzata da una determinata norma di legge; infine, una « *interpretazione* » del significato generale di tale norma, come precetto astratto e ipotetico, e, conseguentemente, la « *individuazione* » di essa, come precetto concreto, che alla situazione di fatto, ricostruita e qualificata, ricollega determinati effetti giuridici (operazione denominata, nel suo complesso, « critica del diritto »).

Ripercorsa, secondo questa scansione, la struttura dell'argomentazione della parte, viene in esame la tipologia dei giudizi, nella pratica tra loro variamente combinati, di cui consterebbe ciascuna delle operazioni indicate ⁽²⁰¹⁾.

Sarebbero coinvolti nella ricostruzione della situazione di fatto « giudizi *storici*, ossia *percettivi* », aventi per oggetto l'esistenza e il modo d'essere delle specifiche circostanze del caso ⁽²⁰²⁾; tanto nel ragionamento della parte, quanto in quello del giudice, tali giudizi risulterebbero normalmente supportati da altri giudizi di fatto, di contenuto generale e astratto, che fungono da criterio e da guida nella comprensione storica dell'accaduto ⁽²⁰³⁾. Non si segnalano, al

⁽²⁰⁰⁾ BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 411 s. [= *Diritto processuale civile*², cit., 309].

⁽²⁰¹⁾ BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 413 s. [= *Diritto processuale civile*², cit., 309 ss.].

⁽²⁰²⁾ Cfr. BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 381 s. [= *Diritto processuale civile*², cit., 286]. In senso analogo già ID., *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, cit., 112.

⁽²⁰³⁾ Betti qualifica le così dette massime di esperienza come « giudizi definatorii o ipotetici (enunciativi di regole), desunti dalla comune esperienza dell'ordine normale [in *Addenda et corrigenda* all'edizione del 1932: naturale] delle cose (esperienza sia della vita quotidiana, sia anche d'ordine tecnico, sempre però alla comune portata dei profani), ma indipendenti dai casi singoli dalla cui osservazione sono stati tratti: indipendenti nel senso che assumono di avere un valore rappresentativo oltre quei casi, anche per casi nuovi » (BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 423 [= *Diritto processuale civile*², cit., 317]; cfr., *supra*, nt. 110 e 131). Il convincimento in merito alla possibilità di controllare in astratto l'uso delle massime di esperienza da parte del giudice, di verificare il loro

riguardo, particolari novità nella riflessione di Betti: è ancora una volta esplicito il rinvio alle pagine della *Logica* di Croce, per giustificare l'impiego di una terminologia filosofica « della quale, purtroppo — come annotato nell'edizione del 1936 —, gli odierni cultori del diritto processuale, rimasti fermi sulle posizioni della filosofia scolastica, non mostrano di avere il menomo sentore »⁽²⁰⁴⁾.

Rileverebbero, invece, nella qualificazione giuridica della situazione di fatto, « giudizi *classificatorii* », consistenti nel raffronto della fattispecie concreta, così come ricostruita, con fattispecie astratte previste dalla legge⁽²⁰⁵⁾. Rispetto alla riproposizione di tale denominazione crociana, è possibile riscontrare, nella specifica connotazione di questi giudizi di diritto, una significativa variazione tra le due edizioni del *Diritto processuale civile*, che merita qui particolare attenzione. Nella seconda, infatti, Betti precisa come detto raffronto presupponga una previa interpretazione della legge — condotta

fondamento a prescindere, dunque, da un riesame delle concrete circostanze di fatto, proprie della singola causa, induce Betti a ritenere tale uso, ancora con Chiovenda, suscettibile di sindacato in Cassazione. Un sindacato che la Corte normalmente eserciterebbe, di fatto, richiamandosi all'art. 517, n. 2, in combinato disposto con l'art. 361, n. 2, del codice di rito, e annullando numerose decisioni per « difetto di motivazione »; mentre sarebbe a suo giudizio preferibile ricondurre tale censura alla « falsa applicazione » della legge a un fatto che, « per errore di criterio interpretativo di logica o d'esperienza », non risulti correttamente accertato, sulla base di un'interpretazione estensiva dell'art. 517, n. 3: « diviene così censurabile qualsiasi giudizio di fatto in sé stesso *illogico*, contraddittorio, incompleto, che nella stessa sua motivazione dimostri, senza bisogno di esaminare il materiale di causa, il proprio errore e concluda con un convincimento che non rende ragione di sé » (*ibid.*² 696 s.).

(204) BETTI, *Diritto processuale civile*², cit., 310, ove il riferimento a CROCE, *Logica*, cit., 125 s., 145 s., è mediato da un rimando a E. BETTI, *Autonomia privata e competenza della "lex loci actus", nelle obbligazioni civili e commerciali*, in « Riv. dir. internaz. » XXII (1930) 3-44, p. 18 nt. 3. Qui, a proposito dell'« orientamento intellettualistico che domina la nostra tradizione giurisprudenziale almeno sino dai tempi della filosofia scolastica e contribuisce così a tener vivi nella dogmatica giuridica vecchi schemi mentali da lungo tempo superati in filosofia », egli considera caratteristico « l'uso che fra giuristi si continua a fare della figura del sillogismo per spiegare l'applicazione della legge » (puntualmente esemplificato nelle pagine di CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 279 ss., 293 ss., e *passim* [= in *Opere* VII, cit., 265 ss., 278 ss., e *passim*]), quindi rinvia a CROCE, *Logica*, cit., 103 ss., per mostrare come quella del sillogismo sia ormai « figura screditata dalla logica moderna, che ad essa non attribuisce se non un valore assai scarso e prevalentemente verbale ».

(205) BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 413 [= *Diritto processuale civile*², cit., 310].

mediante una certa tipologia di giudizi, compresa nel terzo ordine delle operazioni indicate —, per quel che concerne la componente della norma giuridica che prevede fattispecie ⁽²⁰⁶⁾. Se la parte cercherà in questo modo di convincere il giudice della riconducibilità del caso a una determinata previsione normativa, questi dovrà quindi verificare l'eventuale sussistenza di tale pretesa conformità tra la fattispecie concreta e quella astratta, impegnandosi in una serie di « apprezzamenti », intesi a valutare il *quid iuris* del caso in esame ⁽²⁰⁷⁾.

Anche la categoria dei giudizi di diritto riconducibili al terzo ambito delle operazioni illustrate evidenzia un'evoluzione, dalla prima alla seconda edizione dell'opera. Sono ancora « normativi » — riproducendo nelle *Lezioni* del 1932 una denominazione già adoperata nella lettera a Croce del dicembre 1916 —, ovvero « *interpretativi della norma* », quei giudizi che assumono di rispecchiarne il significato, « non in quanto prevede fattispecie, ma in quanto dispone effetti giuridici » ⁽²⁰⁸⁾. Detta tipologia presenta, al suo interno, un'ulteriore articolazione: Betti definisce « generali » quei giudizi che tale significato interpretano nella sua consistenza astratta, e « individuali » quelli che invece lo intendono nella sua portata concreta, diretti pertanto a giustificare l'apprezzamento del *quid iuris*, secondo quanto espresso nella ragione fatta valere ⁽²⁰⁹⁾.

⁽²⁰⁶⁾ BETTI, *Diritto processuale civile*², cit., 310.

⁽²⁰⁷⁾ « Basta avere un po' di pratica in questa materia — scrive Betti — per riconoscere subito che chiunque (giudice o privato giurisperito) intenda applicare la norma astratta a una concreta situazione di fatto, non può fare a meno di mettere in opera, rispetto agli elementi di quest'ultima, giudizi di qualifica giuridica, che sono assai spesso null'altro che giudizi di valore, cioè apprezzamenti ». « Apprezzamenti, beninteso — come egli precisa poco oltre —, non già di carattere indipendente e libero (che sarebbero di competenza del legislatore), ma *subordinato e complementare rispetto alle valutazioni legislative, con l'ufficio d'individuare queste nel dato caso concreto* e di render possibile una decisione conforme al loro spirito e tale da rispecchiare per l'appunto quella che nel caso è la volontà della legge » (BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 32 s. [= *Diritto processuale civile*², cit., 19 s., ove la volontà della legge diviene, ancora una volta, il suo « precepto »]).

⁽²⁰⁸⁾ BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 413 s.

⁽²⁰⁹⁾ BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 414, con rinvio alle pagine 83 ss., confluite in ID., *Ragione e azione*, cit., 205 ss. [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 155 ss.].

La designazione unitaria dei giudizi normativi è sostituita, nell'edizione del 1936, da connotazioni distinte, corrispondenti con l'articolazione appena sopra descritta. Sarebbero dunque « *interpretativi* » quei giudizi generali che mirano a riprodurre il significato della legge quale norma astratta e ipotetica, « sia in quanto prevede fattispecie », in ciò propedeutici rispetto al lavoro di qualificazione e comparazione, « sia in quanto dispone effetti giuridici », così funzionali alla individuazione del precetto ⁽²¹⁰⁾. Sarebbero invece « *determinativi* » quei giudizi individuali mediante i quali si perfeziona detta individuazione nel caso in oggetto, e si giustifica l'apprezzamento del *quid iuris*, attesa la sua formulazione nella ragione fatta valere ⁽²¹¹⁾.

Completata la tipizzazione analitica dei giudizi coinvolti nelle operazioni logiche descritte, viene in evidenza l'importanza strategica attribuita all'opera di classificazione. Proprio attraverso tale esercizio, « non già — come si ritiene per un vieto pregiudizio corrente — mercè un sillogismo » ⁽²¹²⁾, sarebbe possibile per le parti e il giudice riconoscere concretati, nelle circostanze specifiche del caso, le conseguenze giuridiche che la disposizione legislativa fa scaturire da una certa fattispecie, alla quale i giudizi classificatori hanno opportunamente ricondotto la situazione di fatto. Rielaborando, in seconda edizione, la medesima nota, Betti riconosce la « tenacia » dell'antico e ancora diffuso pregiudizio, e aggiunge un riferimento esemplare, quanto alla rappresentazione sillogistica della sentenza, ai *Vorträge* di Wach ⁽²¹³⁾; integra, quindi, in questi termini, la propria valutazione del modello giurisdizionale consolidato:

« Nell'idea del “sillogismo” non c'è altro di vero se non questo: che [...] i giudizi (criteri) d'interpretazione della norma nella sua astrattezza e generalità hanno la precedenza logica (e in tal caso costituiscono la “premessa maggiore”) sui giudizi d'individuazione (applicazione in s.

⁽²¹⁰⁾ BETTI, *Diritto processuale civile*², cit., 310.

⁽²¹¹⁾ BETTI, *Diritto processuale civile*², cit., 310, ove il rinvio alle pagine 63 ss. replica il riferimento indicato, *supra*, in nt. 209.

⁽²¹²⁾ BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 414 nt. 1 [= *Diritto processuale civile*², cit., 310 nt. 12]: « sillogismo — prosegue Betti —, che in realtà parte e giudice non fanno mai, e che in ogni caso non avrebbe se non un valore puramente verbale ».

⁽²¹³⁾ WACH, *Vorträge*, cit., 290.

stretto) della norma stessa nel caso concreto. Ciò che rende possibile (come “premessa minore”) il trapasso dagli uni agli altri sono i giudizi *classificatori* di *qualifica* giuridica » (214).

L’annotazione merita d’essere considerata con attenzione. Vi si trova riflessa, e in qualche misura riassunta, l’ispirazione di fondo della critica di Betti al paradigma dominante: l’esigenza di porre in luce, attraverso la messa in discussione della più diffusa rappresentazione della sentenza civile, la reale consistenza dell’opera svolta dall’organo giudicante.

La « precedenza logica », entro la quale si vorrebbe spiegato e risolto il contenuto di verità dell’idea del sillogismo, non è che la proiezione, in sede processuale, del principio cardine, alla base dell’ordine giuridico dello Stato moderno, della « precedenza logica » della funzione legislativa su quella giurisdizionale, della « creazione » del diritto rispetto alla sua « attuazione » (215). Principio dal quale Betti deriva l’affermazione — riprodotta, quasi alla lettera, da una pagina del contributo del 1927 sulla *iurisdictio* del pretore romano (216) — per cui la decisione del giudice « è (deve essere) determinata in modo necessario e ineluttabile dalla sua cognizione secondo un procedimento logico rigoroso e imparziale », mediante il quale tale organo « accerta e formula, in massima, non già una volontà sua propria, ma quella che, secondo la sua conoscenza, è nel caso specifico la volontà della legge » (217).

(214) BETTI, *Diritto processuale civile*², cit., 310 nt. 12.

(215) BETTI, *Diritto processuale civile*², cit., 18: « l’attuazione (o “applicazione”, come più spesso si dice) della legge si contrappone concettualmente alla sua creazione. Se ed in quanto viene attuato, il diritto non può venire creato: la creazione deve di necessità *precedere*, almeno logicamente, l’attuazione ».

(216) BETTI, *La creazione del diritto nella “iurisdictio”, del pretore romano*, cit., 68 (v. il testo citato, *supra*, su nt. 159).

(217) BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 31 s. [= *Diritto processuale civile*², cit., 18 s., ove ciò che l’organo accerta e formula, più cautamente, « si può dire nel caso specifico la “volontà della legge” »]. Con riguardo alla stretta subordinazione dell’organo giudicante alla legge, quindi all’atteggiamento psicologico che ne consegue, Betti è disposto a riconoscere « un nocciolo di verità », tanto nella ben nota qualificazione dei giudici come « la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur » (MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, livre XI, chap. VI: la citazione si legge già in BETTI, *La creazione del diritto nella “iurisdictio”, del pretore romano*, cit., 68 nt. 2), quanto (senza menzionare, in proposito, il contributo di Scialoja)

Lo schema sillogistico avrebbe consentito di tradurre questo principio, attraverso la specifica determinazione del rapporto tra la premessa maggiore e quella minore, e l'inferenza della conclusione dalla combinazione logica delle due premesse. Betti prende le distanze dal modello consolidato, facendo salva la priorità dei giudizi d'interpretazione della norma, astratta e generale, rispetto ai giudizi d'individuazione della stessa in concreto (quindi alla sua applicazione nel caso particolare), e rielaborando la transizione dagli uni agli altri, nella qualificazione giuridica della situazione di fatto, mediante giudizi di classificazione, che operano il passaggio dall'astratto al concreto, la riconduzione del particolare nel generale.

Nella complessa articolazione di tali operazioni, tra loro analiticamente distinte, Guido Calogero riterrà di intravedere un'indebita persistenza di « motivi dell'antico logicismo », in ciò riscontrando il limite della critica di Betti, per altro « giustissima », nei confronti del paradigma tradizionale ⁽²¹⁸⁾.

« nel criterio, in sé troppo vago e indeterminato, che nell'amministrazione vede prevalere il momento della volontà e nella giurisdizione il momento del giudizio » (ID., *Diritto processuale civile*¹, cit., 31 s. [= *Diritto processuale civile*², cit., 18 s., ove, più esplicitamente, « pratico » è qualificato il momento della volontà, « intellettuale » quello del giudizio]).

⁽²¹⁸⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 109 nt. 1 (v., *infra*, nel Capitolo IV, § 6).

CAPITOLO QUARTO
CRITICA DEL SILLOGISMO
E LOGICA DELLA SUSSUNZIONE: GUIDO CALOGERO

1. Introduzione. — 2. Dalla « logica aristotelica » alla « logica del giudice ». — 3. Calamandrei e gli « Studi di diritto processuale ». — 4. Critica del sillogismo giudiziale. — 5. Critica del sillogismo probatorio. — 6. Della pretesa sopravvivenza di « motivi dell'antico logicismo » nella riflessione di Betti. — 7. Fatto e diritto. — 7.1. La volontà e la legge. — 8. L'accertamento storico nel giudizio 'de facto'. — 9. « Storia e più che storia » nel giudizio 'de iure'. — 10. Storiografia, ultrastoriografia, sussunzione. — 10.1. 'Quaestio facti'. — 10.2. 'Quaestio iuris'. — 11. Poteri di controllo della Corte di cassazione: massime di esperienza, vizio logico e difetto di motivazione. — 12. Dialettica corrispondenza. — 12.1. Sul giudizio storico. — 13. Una severa recensione crociana. — 14. Ulteriori reazioni critiche.

1. *Introduzione.*

L'analisi, che qui si intraprende, dell'opera di decostruzione, da parte di Guido Calogero, dell'immagine consolidata della struttura logica della sentenza civile, porta a termine, nei limiti che circoscrivono il campo della ricerca, la riflessione sulla crisi del modello giurisdizionale dominante, in Italia, nel primo Novecento.

Rispetto all'indagine condotta nel precedente capitolo, prevalentemente orientata alla ricostruzione dell'influenza crociana nella genealogia filosofica della critica di Emilio Betti, e scandita dalle successive fasi dell'elaborazione di un modello alternativo, fino alla sua più nota rappresentazione nel *Diritto processuale civile* del 1936, l'organizzazione del discorso seguirà, in questo caso, un'articolazione in parte diversa, che tenga conto, da un lato, della singolare vicenda intellettuale di Calogero, e, dall'altro, dell'immediata e trasversale risonanza del lavoro su *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1).

(1) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit. (v., *supra*, nel Prologo, nt. 87).

Se la formazione del nucleo originario di un pensiero critico nei riguardi del sillogismo deve ricondursi ai primi orientamenti dell'interrogazione filosofica di Calogero, a partire dalle ricerche giovanili sulla logica classica ⁽²⁾, è solo con l'esperienza degli studi giuridici, nella seconda metà degli anni Trenta ⁽³⁾, che questi matura uno specifico interesse per la teoria del processo civile e la genesi della decisione giudiziale. Ciò premesso, l'attenzione si concentrerà, nelle pagine che seguono, sul contesto propriamente logico-giuridico della sua riflessione, prendendo in considerazione, in via principale, il volume del 1937, e privilegiando, nel complesso svolgimento del discorso, i termini essenziali del confronto con la dottrina processualciviltistica italiana. Di volta in volta, quindi, l'esame delle specifiche questioni affrontate renderà necessario ricostruire e discutere le premesse teoretiche dell'argomentazione di Calogero: verrà in primo piano, nell'ambito di questo laborioso esercizio ermeneutico, il rapporto, problematico e determinante, con la filosofia crociana.

Quanto alle vivaci reazioni suscitate da *La logica del giudice* ⁽⁴⁾,

⁽²⁾ In primo luogo G. CALOGERO, *I fondamenti della logica aristotelica*, Studi filosofici diretti da G. GENTILE, Seconda Serie, vol. III (Firenze, Le Monnier, 1927) [rist., con l'aggiunta di una nuova *Prefazione* dell'autore, una sua *Nota storico-bibliografica*, e *Appendici integrative* di G. GIANNANTONI e G. SILLITTI (Firenze, La Nuova Italia, 1968)]: il nucleo originario del libro è costituito dalla tesi di laurea in Filosofia, discussa nella R. Università di Roma nel 1925.

⁽³⁾ Nel dicembre del 1936 Calogero conseguiva infatti una seconda laurea, in Giurisprudenza, nella R. Università di Siena: cfr., in proposito, G. CIANFEROTTI, *L'opera giovanile di Norberto Bobbio e l'inizio del suo insegnamento (1934-1940)*, in « Materiali » XXXV/1 (2005) 65-105, XXXV/2 (2005) 381-423, spec. 416-418 (*Appendice I. La laurea senese di Guido Calogero*), e v., *infra*, § 2. Per un primo orientamento sul pensiero giuridico di Calogero, cfr. S. BASILE, *Intorno alla logica del giudice di Guido Calogero*, in « RIFD. » XLIV (1967) 225-260; V. FROSINI, *La filosofia giuridica di Guido Calogero*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. » L (1996) 705-715 [= in *Guido Calogero a Pisa fra la Sapienza e la Normale*, a cura di C. CESA e G. SASSO (Bologna, il Mulino, 1997) 261-274; rist. in V. FROSINI, *La coscienza giuridica. Ritratti e ricordi*, a cura di F. RICCIBONO (Torino, Giappichelli, 2001) 223-236]; RIDOLA, *Guido Calogero e i "concetti giuridici"*, cit., 378 ss.

⁽⁴⁾ In particolare: B. CROCE, in « La Critica » XXXV/5 (20 settembre 1937) 375-378 [= in *Conversazioni critiche V* (Bari, Laterza, 1939) 279-283]; F. CARNELUTTI, in « Riv. dir. proc. civ. » XIV/4 (ottobre-dicembre 1937) I, 370-371; C. ANTONI, in « Giorn. crit. fil. it. » XIX/2 (marzo-aprile 1938) 159-162; N. BOBBIO, *L' analogia nella logica del diritto* (Torino, Istituto Giuridico della R. Università, 1938) 81-86 [rist. a cura di P. DI

diverse tra loro nelle prospettive e nei toni, l'osservazione del dibattito seguito alla pubblicazione del libro permetterà di contestualizzare meglio le tesi di Calogero, verificandone l'accoglienza nel panorama degli studi filosofici e giuridici del tempo. In proposito, se le recensioni di Benedetto Croce e Carlo Antoni pongono essenzialmente in discussione la prospettata analogia tra l'opera del giudice e dello storico, lasciando trasparire, sullo sfondo di alcuni puntuali rilievi critici, il riflesso dell'accesa polemica crociana nei confronti dell'attualismo gentiliano, le notazioni di Francesco Carnelutti e Norberto Bobbio offrono, dalle rispettive angolazioni, una significativa testimonianza del profondo radicamento e della tenace resistenza del paradigma giuridico tradizionale.

Particolare attenzione meriterà, infine, l'intervento di Piero Calamandrei ⁽⁵⁾, la cui valutazione — nelle pagine dell'Epilogo — consentirà di proporre alcune riflessioni conclusive sull'esperienza della crisi. Nell'argomentazione dello studioso fiorentino, che aveva offerto un contributo decisivo al consolidamento del paradigma, conosce bene le posizioni di Betti e ha seguito con particolare interesse la polemica tra Croce e Calogero, sembra infatti riaffiorare l'antico convincimento circa l'opportunità di mantenere rigorosamente distinte, onde evitare indebite e pericolose contaminazioni, le prospettive ermeneutiche del filosofo e del giurista.

2. *Dalla « logica aristotelica » alla « logica del giudice ».*

È intensa la rievocazione offerta da Calogero del suo primo avvicinamento alle questioni che qui interessano, nel racconto di come, nel corso degli studi universitari alla Facoltà di Lettere della Sapienza romana, spentasi la passione per l'archeologia e abbandonate le indagini filologiche sulla letteratura greca, egli si fosse « messo sempre più a leggere Platone e Aristotele, con l'idea di capire una buona volta come fossero nati quei problemi della logica e della dialettica, di cui, con gli amici interessati alla filosofia,

LUCIA, con *Prefazione* di L. FERRAJOLI e, aggiunto, uno studio dello stesso DI LUCIA, *Analogia: Norberto Bobbio nella logica del diritto* (Milano, Giuffrè, 2006) 109-114].

⁽⁵⁾ CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit. (v., *supra*, nel Prologo, nt. 88). Cfr. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., 461 ss.

discutevamo tutti i giorni, e che sempre più mi sembravano insolubili se non si fosse compreso come si erano inizialmente posti » (6). Fu così che, superato l'esame di Storia della filosofia con Giovanni Gentile — appena tornato all'insegnamento, rassegnate le dimissioni dall'incarico ministeriale, a seguito dell'omicidio di Giacomo Matteotti (7) —, con lui Calogero si laureava, nel 1925, discutendo una tesi che, di lì a due anni, avrebbe costituito la base del libro sulla logica aristotelica (8).

Del *cursus* accademico è qui sufficiente ricordare le prime principali tappe: conseguita la libera docenza, nel 1928 Calogero veniva incaricato dell'insegnamento di Storia della filosofia antica presso l'Università di Roma; straordinario, dal 1931, all'Istituto superiore di Magistero dell'Università di Firenze, nel 1934 passava all'Università di Pisa, divenendo, l'anno seguente, ordinario di Storia della filosofia. Risalirebbe ad allora la svolta « dal disimpegno a un forte e marcato impegno politico », che Cesare Luporini ricorda come « un passaggio di colpo », « quasi una conversione inaspettata che comincia nel '35-36 » (9), nel segno di un'attiva militanza antifascista e della partecipazione al movimento liberalsocialista (10). In conseguenza di ciò, scrive Gennaro Sasso, « egli dovette avvertire subito che il rischio al quale per quella via esponeva sé stesso avrebbe, prima o poi, potuto concretarsi nella perdita della cattedra

(6) G. CALOGERO, *Benedetto Croce*, in « La Cultura » IV/2 (aprile 1966) 145-178, p. 149.

(7) Cfr. M. DI LALLA, *Vita di Giovanni Gentile* (Firenze, Sansoni, 1975) 326 ss.

(8) CALOGERO, *I fondamenti della logica aristotelica*, cit., con riferimento al quale, nel contesto di una più ampia riflessione sulla logica classica, si v. M. ISNARDI PARENTE, *Guido Calogero e la storia della filosofia antica*, in *Guido Calogero a Pisa fra la Sapienza e la Normale*, cit., 135-166, spec. 138 ss.

(9) C. LUPORINI, Intervento al convegno *Il liberalsocialismo dalla lotta antifascista alla Resistenza*, Firenze, 4-5 dicembre 1982, i cui atti sono raccolti, a cura di P. BAGNOLI, in « Il Ponte » XLII/1 (1986) 156-160, p. 158. Già dal 1929, d'altra parte, Guido Calogero sarebbe stato schedato come antifascista, a seguito di uno scambio epistolare con Benedetto Croce: cfr. CALOGERO, *Benedetto Croce*, cit., 150 (ivi, p. 157, lo stesso Calogero parla del 1934 come dell'« epoca dell'antifascismo in attesa »).

(10) G. CALOGERO, *Ricordi del movimento liberalsocialista* (1944), in *Difesa del liberalsocialismo* (Roma, Atlantica, 1945) 191-201, p. 194 s. [= in *Difesa del liberalsocialismo ed altri saggi*, nuova ed. a cura di M. SCHIAVONE e D. COFRANCESCO (Milano, Marzorati, 1972) 189-198, p. 192 s.].

universitaria pisana, con grave danno della sua famiglia. E allora prese la laurea in legge, divenne avvocato e per qualche tempo esercitò la professione nello studio di Federico Comandini, a Roma » (11).

Fu così che, il 9 dicembre 1936, relatore il processualcivile Alessandro Raselli — allora Rettore della R. Università di Siena —, Calogero conseguiva, con pieni voti e dignità di stampa, la laurea in Giurisprudenza (12). *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, pubblicato l'anno seguente, a Padova, nella Collana di « Studi di diritto processuale » diretta da Calamandrei, rielabora il lavoro della sua dissertazione senese.

3. *Calamandrei e gli « Studi di diritto processuale ».*

È difficile dire come e quando sia nata l'idea del libro. Sembra ragionevole ipotizzare che, avvicinandosi — quali che fossero le ragioni — agli studi giuridici, Calogero si fosse imbattuto, magari proprio in conversazione con il cognato Comandini, nel problema pratico concernente la controversa determinazione della competenza della Corte di cassazione, e ne avesse inteso, in relazione alla struttura logica della decisione giudiziale, la profonda rilevanza teorica, che incrociava nel vivo i suoi interessi di ricerca.

Circa il ruolo svolto, nella preparazione del volume in oggetto, dagli altri due giuristi appena ricordati, è abbastanza chiaro, dal tenore dell'istanza di ammissione all'esame di laurea, inoltrata a Raselli il 27 ottobre 1936, e dall'analisi del dattiloscritto che la corredeva, che questi si sia trovato di fronte a un lavoro praticamen-

(11) G. SASSO, *Calogero e Croce. La libertà, le libertà, la giustizia* (1994/1995), in *Filosofia e idealismo III. De Ruggiero, Calogero, Scaravelli* (Napoli, Bibliopolis, 1997) 301-413, p. 301 nt. 1 [= in *Guido Calogero a Pisa fra la Sapienza e la Normale*, cit., 15-133, p. 15 nt. 1]. Una valutazione analoga si legge già in ID., *Guido Calogero. Considerazioni e ricordi*, in « *La Cultura* » XXIV/2 (1986) 159-189, p. 173 [= in *Guido Calogero dal 1920 al 1986*, cit., 7-54, p. 26; quindi in *Filosofia e idealismo III*, cit., 127-172 (con *Annotazioni*, p. 173, e *Postilla* [1995], p. 174-176), p. 144 s.]. Cfr., infine, ID., *Calogero: il diritto fra logica e etica*, cit., 204 s.

(12) Cfr. CIANFEROTTI, *La laurea senese di Guido Calogero*, cit., 416 ss.

te ultimato ⁽¹³⁾. Quanto a Calamandrei, invece, la ricostruzione del carteggio con Calogero ⁽¹⁴⁾ documenta la favorevole accoglienza, da parte sua, del desiderio del collega filosofo di «parlar di cose giudiziarie» ⁽¹⁵⁾, quindi l'attivo sostegno prestato alla raccolta delle fonti giurisprudenziali e alla consultazione della letteratura specialistica, fino alla generosa ospitalità nella Collana da lui diretta: «Sono molto lieto (senza complimenti) — scriveva il 2 luglio 1936 — di aiutarti colla mia pratica a raccogliere dati per quel tuo libro che riuscirà veramente interessante e nuovo e che sarà per me grande onore pubblicare nella mia collezione» ⁽¹⁶⁾.

Il libro, che si annunciava così «interessante e nuovo», consisteva già, dopo l'estate, in un volume di oltre trecento pagine, ancora intitolato *La logica del giudice e la competenza della Cassazione*. Illustrando a Raselli l'ispirazione di fondo del lavoro, affinché questi non rimanesse troppo sorpreso «nel vedere un professore universitario di storia della filosofia che di punto in bianco scrive un grosso libro di diritto processuale» ⁽¹⁷⁾, e segnalando altresì la mancanza, nel testo inviatogli, di una qualsiasi prefazione, Calogero gli comu-

⁽¹³⁾ La lettera è integralmente riprodotta in CIANFEROTTI, *La laurea senese di Guido Calogero*, cit., 417 s. La segnatura archivistica della tesi di Guido Calogero è: Archivio Università di Siena, Tesi di laurea, XII.F.b.410; quella del fascicolo personale, in cui risulta conservata tale lettera, è: Archivio Università di Siena, Carriere degli studenti, XII.D.b.94, matr. 1888; desidero ringraziare il Sig. Alessandro Leoncini per avermi agevolato nella consultazione di questi documenti.

⁽¹⁴⁾ Indicazioni essenziali, circa la consistenza del materiale e la sua dislocazione archivistica, si trovano in C. NITSCH, *Prime note sul carteggio Calamandrei-Calogero (1936-1956)*, in *Un caleidoscopio di carte. Gli archivi Calamandrei di Firenze, Montepulciano, Trento e Roma*, a cura di F. CENNI, Quaderni del Ponte 12 (Firenze, Il Ponte, 2010) 145-161. L'esame della corrispondenza rinvenuta evidenzia l'importanza di questo libro nell'economia del rapporto tra i due studiosi: non solo la sua preparazione ha fornito l'occasione concreta del loro primo incontro, ma soprattutto la discussione che ne è seguita ha rappresentato la base di partenza di un costante e duraturo confronto sui temi in questione.

⁽¹⁵⁾ Si v. la prima lettera di Calamandrei a Calogero, dell'8 febbraio 1936, riprodotta, in Appendice, come Documento n. 7.

⁽¹⁶⁾ La lettera è trascritta, in Appendice, come Documento n. 8.

⁽¹⁷⁾ *Guido Calogero a Alessandro Raselli*, San Domenico di Fiesole (Firenze), 27 ottobre 1936, in CIANFEROTTI, *La laurea senese di Guido Calogero*, cit., 417; si tratta, precisa Calogero, «di un tentativo di far vedere come, liberando certe posizioni del diritto processuale da schemi filosofici antiquati, che tuttora le accompagnano, si possa

nicava l'intenzione di « sostituirla, nella stampa, con una lettera-dedica all'amico Piero Calamandrei, il quale, avendo letto il primo capitolo del lavoro, è stato così benevolo verso di esso da chiedermi di pubblicarlo, ultimato, nella sua Collezione di Studi di diritto processuale » (18).

Nella primavera del 1937 il libro apparve, dunque, quale undicesimo volume della Collana patavina (19). L'epistola dedicatoria, posta in apertura, ne illustra il tema centrale:

« Caro Calamandrei, / questo libro discute alcune delle tue idee: ma tu non sei di coloro che temono di essere discussi. Tanto è vero che questa stessa mia critica fa apparire anche più salde e nette, con l'allontanamento di alcune tradizionali sovrastrutture, le linee maestre della tua dottrina circa la natura e il compito della Cassazione. Ma ciò non toglie che, nella sua tesi principale, il presente libro muova in guerra contro l'ormai classica configurazione processualistica del giudicare quale deduzione formalmente logica, da te pure accolta e svolta in più d'uno dei tuoi scritti. E che nonostante questo, anzi forse proprio per questo, tu abbia voluto fare ad esso l'onore di accoglierlo nella collezione da te diretta [...] » (20).

Le idee di Calamandrei discusse nel libro sono esplicitamente ricondotte alla rappresentazione consolidata del giudizio giurisdizionale secondo lo schema logico di un'inferenza deduttiva. D'altra parte, spiega Calogero, proprio la critica rigorosa della reale consistenza del sillogismo giudiziale, con l'analisi delle conseguenze che da tale concezione sarebbero scaturite, sul piano della distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, su cui si regge l'istituto giuridico della cassazione, quindi della possibilità di un controllo da parte della Suprema Corte della risposta del giudice di merito alla *quaestio facti* nella sua formale veste logica, prescindendo dall'esame

più chiaramente risolvere una serie di problemi pratici della giurisdizione della Corte Suprema ».

(18) Calogero a Raselli, cit., in CIANFEROTTI, *La laurea senese di Guido Calogero*, cit., 417.

(19) Maggiore considerazione meriterebbe, nella ricostruzione della biografia intellettuale di Piero Calamandrei, l'esperienza della direzione degli *Sudi di diritto processuale*, editi a Padova, per i tipi della Cedam, nel decennio compreso tra il 1932 e il 1942. L'elenco dei diciassette volumi che, distribuiti in due serie, sono apparsi nella Collana, può leggersi in NITSCH, *Prime note sul carteggio Calamandrei-Calogero*, cit., 148 nt. 13.

(20) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., v.

del suo contenuto sostanziale, avrebbe confortato l'impianto di fondo della dottrina di Calamandrei circa il funzionamento e la destinazione di tale istituto.

A questo riguardo, l'esame ravvicinato della concreta applicazione, nella giurisprudenza civile della Cassazione, della massima secondo la quale la Corte sarebbe autorizzata a sindacare anche il giudizio di fatto, qualora vi ravvisi un vizio logico, avrebbe consentito di evidenziare alcune significative incongruenze tra la limitazione formale della sua competenza e l'esercizio reale della sua funzione giurisdizionale. Ciò induce Calogero a ritenere che una migliore determinazione del ragionamento del giudice, nei suoi aspetti di ricostruzione del fatto e applicazione del diritto, possa fornire a tal fine un più solido criterio di orientamento. La sua indagine, avente per oggetto lo stato delle norme vigenti nell'ordinamento giuridico italiano, sempre attenta agli orientamenti giurisprudenziali dominanti come alle più accreditate interpretazioni dottrinarie, sfocia così in una profonda riflessione filosofica sulla natura del giudicare, dalla quale conseguono, nella stagione in cui più intensa si faceva la discussione sulla riforma del codice di procedura civile, interessanti considerazioni pratiche, non prive di una specifica rilevanza *de iure condendo*.

4. *Critica del sillogismo giudiziale.*

Venendo quindi a precisare l'estensione della propria critica, Calogero rende esplicita l'intenzione di mettere in discussione, non certo la logicità del ragionamento *tout court*, né di quello giuridico in specie, bensì la pretesa corrispondenza della decisione giudiziale agli schemi della logica deduttiva, di matrice aristotelico-scolastica. Non spetterebbe, in proposito, alla determinazione filosofica della natura della logica, ma esclusivamente alla configurazione giuridica della struttura della giurisdizione, stabilire se, in questo particolare ambito, intervenga o meno un procedimento sillogistico ⁽²¹⁾. Se da un lato tale precisazione libera il giurista da preoccupazioni di carattere speculativo, dall'altro sembra costringerlo a interrogarsi

(21) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 38.

sull'essenza propria della così detta «logica del diritto», intesa quale intrinseca razionalità del mondo giuridico, della quale la peculiare struttura del processo giurisdizionale non sarebbe che una manifestazione specifica (22). Questa ulteriore difficoltà, d'altra parte, risulterebbe completamente dissolta dalla perfetta riconducibilità della «logica del diritto» alla fisionomia del diritto in sé considerato, con riferimento al quale il richiamo alla «logica» non veicolerebbe che una generica allusione semantica all'unità e coerenza della «cosa stessa», nella sua concreta esperibilità. Non sarebbe necessaria, in definitiva, alcuna preventiva determinazione di logica giuridica, posto che la sua conoscenza non potrebbe che ricondursi, senza residui, alla conoscenza del diritto (23).

Tanto premesso, il problema si restringe alla specifica questione concernente la configurazione del ragionamento giurisdizionale quale tipo di deduzione sillogistica, e la sua risoluzione muove dall'analisi diretta della letteratura processualistica in materia (24).

In questa prospettiva, Calogero ferma l'attenzione su una delle pagine, tra le più note, de *La sentenza civile* di Alfredo Rocco, come immediatamente esemplificativa della discussa parificazione della sentenza a sillogismo (25). Rilevate, nell'articolazione del discorso, talune incertezze di carattere terminologico, e segnalato come, già nell'ambito di questa rappresentazione, la riduzione della sentenza a un'unica illazione deduttiva appaia piuttosto problematica, tale da richiedere un ampliamento della più elementare struttura sillogistica (26), egli prende in esame la reale consistenza, nella formulazione considerata, della funzione deduttiva, e le modalità concrete in cui essa verrebbe a svolgersi nel processo della decisione giudiziale.

(22) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 39 s.

(23) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 40. È significativa, al riguardo, l'analisi da lui proposta (*ibid.* 42 ss.) della trasfigurazione della logica del diritto, dall'idea della natura essenziale del giuridico a quella della sua razionalità sillogistico-deduttiva, nelle pagine di M. PESCATORE, *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza I* (Torino, UTET, 1863) 48 ss.

(24) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 46.

(25) ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 5 [= rist. 4 s.]; v., *supra*, nel Capitolo I, nt. 65.

(26) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 47; «ampliamento — secondo quanto egli rileva — la cui esigenza è del resto propugnata da altri processualisti, i quali perciò propongono la sostituzione del classico schema sillogistico con l'altro, pure classico del sorite, o del polisillogismo, e via dicendo» (*ibid.*).

Che l'operazione propriamente logica, con la ferrea necessità che conduce il ragionamento alla sua inevitabile conclusione, abbia luogo solo quando già sussistano quelle determinate premesse che, in ultima analisi, la conoscenza intellettuale fornisce quali elementi costitutivi dell'argomentazione sillogistica, e che la correttezza formale di tale ragionamento sia del tutto indipendente dalla verità delle sue prime protasi, lo studioso del pensiero aristotelico lo spiega ricordando come l'apodissi dianoetica non possa che attingere al sapere immediato dell'intuizione noetica, assumendo i semplici noemi nella sintesi del giudizio e così procedendo « da conoscenza a conoscenza » (27).

In tal senso, è agevole per Calogero sostenere che la reale opera del giudice non consisterebbe tanto nella derivazione necessaria della conclusione dalle premesse, quanto piuttosto nella formulazione di queste; di modo che, considerata nella prospettiva della rigorosa logicità sillogistica, essa si consumerebbe interamente, anche nell'ipotesi di un più vasto e articolato schema deduttivo, in un ambito niente affatto logico, bensì « prelogico » o « estralogico » (28). Non si spiegherebbe, altrimenti, l'estrema problematicità di certe decisioni a cui il giudice perviene, alcune delle quali « così angosciose che egli lungamente combatterà con sé medesimo e non sarà mai sicuro di averle prese secondo giustizia e verità » (29). Lo stesso Rocco, d'altro canto, non manca di rilevare le reali e molteplici difficoltà, « obiettive e subiettive », di questo processo logico, che investono tanto l'interpretazione della norma da applicare, allorché si debba desumerla ermeneuticamente dal sistema dell'ordinamento giuridico, quanto il corretto intendimento del singolo

(27) CALOGERO, *I fondamenti della logica aristotelica*, cit., 19 ss. [= rist. 15 ss.]. In proposito, si v. anche ID., *Logica Gnoseologia Ontologia. Lezioni di filosofia I* (Torino, Einaudi, 1948) 134 ss.

(28) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 51.

(29) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 53. « Le sue angosce — prosegue l'autore — sono le angosce stesse della vita: quelle di chiunque deve capire, studiare, interpretare, decidere, e per far ciò adeguarsi il più possibile alle cose, vivere profondamente la sua esperienza, intendere quel che è e quel che dev'essere, insomma lavorare e pensare » (*ibid.*).

caso in esame, da cogliere e isolare nel variegato complesso delle relazioni umane ⁽³⁰⁾.

Respinta, dunque, la riduzione della razionalità giudiziale alla struttura formale del sillogismo, Calogero considera la possibilità che, per ragioni storicamente legate alla tradizione di pensiero e all'abitudine linguistica, la configurazione delle sentenze secondo tale schema conservi una propria utilità in un determinato ambito discorsivo, quale strumento di significazione e persuasione verbale, « quando si possa credere che quelle sentenze saranno meglio intese, nella loro chiarezza e congruenza interna, qualora vengano significate da complessi verbali che per il minor numero di parole [...], ancora diminuito dal fatto della loro ripetizione univoca in dati punti delle diverse proposizioni, possano ritenersi più convincenti e meno fraintendibili di quanto verosimilmente sarebbero più larghe e libere forme di manifestazione linguistica » ⁽³¹⁾. Egli sottolinea, inoltre, come tale conclusione non equivalga in alcun modo a escludere l'esistenza di un fondamento logico del procedimento giurisdizionale. Superando la prospettiva del rigore dimostrativo, la stessa posizione di una premessa, l'enunciazione di una proposizione idonea a

⁽³⁰⁾ ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 5 s. [= rist. 5].

⁽³¹⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 55 s. La notazione mi sembra meritevole di attenzione: l'ipotesi, secondo la quale le sentenze sarebbero meglio intese, « nella loro chiarezza e congruenza interna », allorché formulate mediante complessi verbali « più convincenti e meno fraintendibili » di altri, lascia pensare che lo specifico contesto di significazione e persuasione, qui in questione, sia quello, propriamente tecnico, della motivazione (cfr., in tal senso, anche *ibid.* 148 s.). Ciò consentirebbe di ritenere, quindi, diversamente da quanto rilevato da TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 10 s. nt. 12, 21 nt. 30, che Calogero abbia tenuto conto in questi termini della distinzione, pur non altrimenti tematizzata, tra la struttura logica del giudizio e quella della motivazione, il ragionamento attraverso cui il giudice perviene alla decisione e quello mediante il quale egli provvede a giustificarla (può leggersi in questa prospettiva, mi pare, la notazione riferita da COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., 455, alle conclusioni dello studio su *La logica del giudice* in tema di sussunzione: « Se ancora di logica sillogistica si vorrà parlare, essa dovrà essere vista non tanto come un mezzo per la individuazione della soluzione, quanto come uno strumento funzionale, vorrei dire, non all'*inventio*, ma all'*expositio* del discorso giurisprudenziale »). D'altra parte, impegnato nell'analisi del procedimento decisorio, Calogero non sembra aver preso in considerazione le possibili distorsioni derivanti dall'uso della logica deduttiva nell'ambito dell'argomentazione svolta dal giudice in sede di motivazione (« distorsioni » individuate e discusse dallo stesso TARUFFO, *ivi* 159 ss.).

referire un predicato a un soggetto, riportando un concetto meno esteso e più comprensivo nell'ambito di un concetto più esteso e meno comprensivo, costituirebbe la più autentica attività logica, consistente nel « categorico giudicar sussumendo » ⁽³²⁾.

Così rielaborata la razionalità della decisione giudiziale, dalla meccanica fatalità deduttiva alla logica del giudizio sussuntivo, « non infallibile giuoco di scuola, ma problematico senso di realtà » ⁽³³⁾, risulterebbe affatto dubbia, tanto la rappresentazione della dualità delle premesse, quanto la stessa riconduzione dell'unico giudizio tra le componenti di un sillogismo. Calogero considera, al riguardo, le resistenze mentali derivanti dalla tradizionale configurazione deduttiva del ragionamento del giudice: come si è soliti intendere la norma scissa in un soggetto e un predicato, il presupposto di fatto e la sua conseguenza giuridica, e così l'altra premessa, con il fatto concreto ricondotto entro il presupposto di cui sopra, si è dunque indotti a credere che l'enunciazione del fatto e quella della norma, piuttosto che corrispondere al soggetto e al predicato dell'unico giudizio di sussunzione, integrino rispettivamente le due proposizioni dello schema sillogistico. Un modo di vedere le cose, a suo dire, che provocherebbe, nella pratica della decisione giudiziale, le più singolari difficoltà.

Ne offrirebbe un'efficace testimonianza proprio la riflessione condotta da Rocco in merito al processo di formazione della sentenza civile e all'interazione tra l'attività del giudice e la volontà delle parti ⁽³⁴⁾. Per un verso, presupponendo lo schema della sussunzione, si prospetta l'esito della funzione giurisdizionale come la formulazione, da parte del giudice, di un unico giudizio, individuale e categorico, che, risolto il problema nei termini esatti in cui le parti hanno inteso porlo, avrebbe per soggetto lo stato di fatto (dedotto in sede processuale dall'attore, e accertato dal giudice come esistente o meno) e per predicato il precetto giuridico (atteso dall'uno, ed eventualmente dichiarato dall'altro). Per altro verso, tenendo ferma la rappresentazione deduttiva della sentenza, tale giudizio continua a essere concepito come la conclusione di un ragionamento illativo,

⁽³²⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 56 s.

⁽³³⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 58.

⁽³⁴⁾ V., *supra*, nel Capitolo I, nt. 69.

in forza del quale l'autorità giurisdizionale della decisione conseguirebbe la propria giustificazione: in questa prospettiva, il soggetto e il predicato vengono concepiti come i termini estremi di un sillogismo, e l'opera del giudice interamente finalizzata alla ricerca di un termine medio, in grado di connettere logicamente tra loro gli elementi individuati dalle parti.

Tali circostanze sono valutate da Calogero particolarmente istruttive. In primo luogo, la dinamica del procedimento appare, nel discorso di Rocco, formalmente invertita, in quanto il giudice non dispone, sollecitato dalle parti, delle premesse da cui trarre razionalmente la conclusione, bensì di una conclusione, dalle parti stesse anticipata, che occorre giustificare munendola delle sue logiche premesse. L'irresistibile necessità secondo la quale, individuato il termine medio, il processo deduttivo si mette in moto e si esaurisce, attesa l'immediata intelligibilità del suo rapporto con i termini estremi del sillogismo, mostra, in secondo luogo, come, per il conseguimento del risultato atteso, non sarebbe necessaria la formulazione di entrambe le premesse, ma di una sola di esse, continuando a denominare così la sussunzione dello stato di fatto sotto la regola di diritto ⁽³⁵⁾.

Particolare attenzione merita, infine, la questione concernente la consueta identificazione della proposizione maggiore del sillogismo giudiziale con la premessa di diritto e della minore con quella di fatto, secondo un criterio distintivo non privo, per altro, di conseguenze, quanto alla concreta delimitazione della competenza della

⁽³⁵⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 61 s. « Che poi — aggiunge Calogero — in quel presunto secondo momento predicativo, che avrebbe dovuto collegare la norma giuridica generale all'effetto giuridico concreto, il giudice abbia realmente a svolgere un'opera ulteriore a quella della sussunzione giurisdizionale del caso sotto la norma — in quanto, p. es., la norma stessa gli lascia un potere discrezionale di determinazione del suo effetto, che egli debba tradurre in atto — è cosa di cui dovrà, certo, essere tenuto conto. Ma sin da ora è chiaro che, comunque, l'attuazione di questa facoltà da parte del giudice — proprio in quanto vien considerata in base al presupposto della tradizionale distinzione dell'“agire” del giudice dal suo “giudicare”, sulla quale si fonda sia la separazione degli *errores in procedendo* dagli *errores in judicando* sia l'idea del “potere discrezionale” del giudice e del conseguente possibile suo “eccesso di potere” — costituisce già secondo la considerazione consueta [...] qualcosa che non rientra in tale ambito d'azione » (*ibid.* 65).

Cassazione. Questione nella quale, come già avvertito, si radicava il contrasto teorico (che invero non investiva anche il problema pratico dei limiti fissati per l'intervento della Corte) tra le soluzioni alternative, prospettate da Calamandrei e Carnelutti, circa la collocazione dell'applicazione del diritto al fatto (nonché della qualificazione giuridica di questo) tra le diverse componenti logiche dell'inferenza deduttiva ⁽³⁶⁾. Esclusa l'eventualità che il termine medio esprima nozioni di carattere diverso, giuridico nel soggetto della premessa maggiore e fattuale nel predicato della minore, il che provocherebbe un'indebita *duplicatio medii*, ponendo irrimediabilmente in crisi, nella conseguente *quaternio terminorum*, l'impianto sillogistico ⁽³⁷⁾, i casi possibili resterebbero due. Considerando come fattuale la nozione in oggetto, non sarebbe corretta la connotazione quale pura premessa di diritto della maggiore del sillogismo giudiziale, atteso che la struttura ipotetica della norma porrebbe in relazione una generale condizione di fatto con una certa conseguenza giuridica; considerando, invece, come giuridica tale nozione, non sarebbe corretta la connotazione della minore quale pura premessa di fatto, in quanto sarebbe in essa predicata la ricorrenza, nel fatto accertato che del giudizio è soggetto, dei requisiti giuridici previsti dalla norma ⁽³⁸⁾.

Nel processo mentale della giurisdizione, in definitiva, non vi sarebbero né sillogismo né dualità di premesse, ma un unico giudizio sussuntivo, la cui razionalità, riferita allo specifico rapporto di inerenza del predicato al soggetto, nulla avrebbe a che fare con l'astratta necessità della logica formale, discendendo interamente dalla natura effettiva del reale, a cui l'intelletto perfettamente si adegua. La comprensione della determinata situazione di fatto, verificatasi in un caso specifico, tra le circostanze previste e regolate, in termini generali, da una certa norma, altro non sarebbe che una

⁽³⁶⁾ V., *supra*, nel Capitolo II, § 3.

⁽³⁷⁾ Sulla relazione tra la razionalità del sillogismo e la coerenza semantica dei suoi termini è utile la lettura di CALOGERO, *Logica Gnoseologia Ontologia*, cit., 105 s.

⁽³⁸⁾ In nessun modo, avverte Calogero, la moltiplicazione dei momenti sillogistici riuscirebbe a sanare l'insufficienza dell'unico schema deduttivo, quanto alla pretesa rigorosa corrispondenza tra le due premesse, « per cui la maggiore sta alla minore come il diritto al fatto » (CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 67).

complessa operazione di riconoscimento, « per la quale occorre — avverte Calogero — tutto quanto si dice conoscenza delle cose, esperienza tecnico-giuridica, capacità ermeneutica, intendimento della volontà del legislatore » ⁽³⁹⁾.

5. *Critica del sillogismo probatorio.*

Così discussa la concezione, paradigmatica, della decisione giudiziale quale deduzione logica, Calogero prende in esame le conseguenze del trasferimento dello schema sillogistico nell'ambito specifico del solo giudizio di fatto, « esplicitamente operato da alcuni teorici e accolto ancora oggi, pressoché senza discussione, da tutta la scienza processualistica » ⁽⁴⁰⁾. Egli viene a considerare, nel merito, la rappresentazione di tale giudizio nei termini di un sillogismo probatorio, secondo la formulazione, « particolarmente precisa e penetrante », offerta da Canelutti nel libro su *La prova civile* ⁽⁴¹⁾.

Questi avrebbe posto opportunamente in luce la fondamentale distinzione tra la libera discrezionalità del giudice nella scelta della regola di esperienza, quale premessa maggiore del sillogismo, e la fatale necessità della sua conclusione, una volta determinata anche la premessa minore, con la fonte di prova direttamente percepita. D'altra parte, persuaso della natura rigorosamente logica dell'indagine probatoria, tesa a conseguire, mediante un'operazione deduttiva, l'accertamento del fatto, egli non si sarebbe sufficientemente interrogato sul reale significato di tale pretesa libertà. Calogero ribadisce, in proposito, il proprio convincimento, precisando come, anche nella formazione della prova, l'effettiva opera del giudice, piuttosto che un astratto procedimento di derivazione meccanica della conclusione dalle premesse, sarebbe invece « un concreto processo di ricerca, in cui, momento per momento, egli avverte la maggiore o minore pressione di certi motivi mentali, e la sua situazione indecisa rispetto a certi altri, fino al raggiungimento della convinzione » ⁽⁴²⁾.

⁽³⁹⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 69 s.

⁽⁴⁰⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 95.

⁽⁴¹⁾ V., *supra*, nel Capitolo II, il testo citato su nt. 73.

⁽⁴²⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 99.

Ciò nonostante, diversamente da quanto evidenziato con riguardo al sillogismo giudiziale, laddove la critica dell'impianto deduttivo avrebbe conseguentemente determinato l'immediata risoluzione della dualità delle premesse nell'unicità del giudizio sussuntivo, la tesi per cui, anche la razionalità del procedimento di formazione della prova, piuttosto che nella conclusione di un ragionamento illativo, consisterebbe nella posizione delle sue premesse, non sembrerebbe escludere, di necessità, l'interazione di due distinte proposizioni all'interno del sillogismo probatorio. Calogero non manca di sottolineare la delicatezza della questione: se la consistenza logica del rapporto tra le due premesse risultasse fondata, potrebbe infatti ipotizzarsi un controllo del giudizio di fatto nella sua struttura formale, e risulterebbe così giustificata la massima della Cassazione (con la relativa prassi giurisprudenziale) che prevede la facoltà di sindacare la logicità di tale giudizio, senza per questo entrare in un riesame del merito. Per di più, essendo la regola formulata nella premessa maggiore riconducibile nell'ambito delle così dette massime di esperienza, la possibilità di una censura del giudizio di fatto, nel caso in cui il giudice di merito vi fosse pervenuto attraverso criteri illogici, risulterebbe direttamente riferibile all'opportunità di un controllo di tali *Erfahrungssätze*, rispetto al quale era notoriamente controversa la competenza della Suprema Corte ⁽⁴³⁾.

D'altra parte, proprio considerando la reale interazione, entro lo schema sillogistico, tra la regola esperienziale e il fatto percepito, la dualità delle premesse risulterebbe « una mera formalità », e l'intera costruzione apodittica dell'indagine compiuta null'altro che « una sua postuma e capovolta raffigurazione verbale » (eventualmente utile a soddisfare l'esigenza, posta alla base degli ordinamenti giuridici moderni, che la sentenza esponga i motivi che avrebbero condotto il giudice alla decisione ⁽⁴⁴⁾). In concreto, scrive Calogero, questi mira esclusivamente ad accertare lo specifico « rapporto di probatività » tra certi fatti, come enunciato nella massima di esperienza, di modo che, non appena egli sia giunto alla convinzione che possa o meno considerare determinati fatti come prova di altri, il suo ragionamento (nell'ambito del quale detta massima, da premessa

⁽⁴³⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 100 s.

⁽⁴⁴⁾ V., *supra*, nt. 31.

maggior quale appariva, è divenuta l'unica reale conclusione) potrà dirsi ultimato ⁽⁴⁵⁾. Risulterebbe così confutata ogni possibilità di verificare la logicità formale del giudizio di fatto, a prescindere dall'esame diretto della congruenza sostanziale di esso, nella complessità del suo contenuto, e contraddetta dunque la plausibilità di una qualsiasi limitazione in tal senso della competenza della Cassazione nel controllo dell'operato del giudice di merito.

6. *Della pretesa sopravvivenza di « motivi dell'antico logicismo » nella riflessione di Betti.*

Discusse le principali rappresentazioni sillogistiche del ragionamento giurisdizionale, che avevano fatto scuola nella scienza giuridica italiana del tempo, con riferimento esemplificativo alle posizioni di Rocco, circa il sillogismo giudiziale, e di Carnelutti, quanto al sillogismo probatorio, Calogero si appresta a condurre a termine, con la critica del logicismo processualistico, la *pars destruens* del proprio lavoro.

Assume una posizione strategica, in questa prospettiva, la nota posta a piè della pagina conclusiva del capitolo terzo del volume ⁽⁴⁶⁾. Qui, premessa la necessaria limitazione dell'analisi svolta ad alcune « formulazioni tipiche », in funzione dell'interesse essenzialmente teorico della riflessione avviata, egli avverte il bisogno di segnalare espressamente, nel complesso delle « trattazioni eminenti » che non sarebbero state sottoposte a particolare esame, proprio i primi contributi di Calamandrei e Carnelutti, considerati, nell'ambito della presente ricerca, come rappresentativi della prassi di lavoro della scienza normale ⁽⁴⁷⁾.

« Non può invece esser passato sotto silenzio — prosegue Calogero —

⁽⁴⁵⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 101 s.

⁽⁴⁶⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 109 nt. 1; il confronto con il dattiloscritto conservato presso l'Archivio dell'Università di Siena (v., *supra*, nt. 13) consente di rilevare come tale nota non fosse ancora presente nella copia della tesi di laurea inviata a Raselli nell'ottobre del 1936.

⁽⁴⁷⁾ Si tratta di CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., e CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., con riferimento ai quali è sufficiente qui rinviare, *supra*, alle pagine del Capitolo II.

che contro la derivazione della sentenza dallo schema sillogistico è ora intervenuto ottimamente il BETTI (*Dir. process. civ. ital.*, 2^a ed., Roma 1936, p. 308 sgg., e specialmente p. 310 n. 12), il quale sostituisce perciò alla terminologia della logica scolastica una serie di concetti attinti alla logica crociana, e certo assai meglio rispondenti all'effettivo operare mentale del giudice. Il Betti non ha però condotto del tutto a fondo tale giustissima sua reazione critica: se p. es. ineccepibile (almeno dal punto di vista che meglio si chiarirà nei capitoli che seguono) è l'equiparazione del giudizio di fatto a giudizio "storico", nella distinzione tra "qualifica giuridica della situazione di fatto" e "interpretazione e individuazione della norma giuridica" sopravvivono, come dev'essere ormai chiaro, motivi dell'antico logicismo » (48).

Se è ragionevole ritenere che Calogero ben conoscesse gli studi di Calamandrei e Carnelutti a cui fa riferimento, e sui quali non si sarebbe direttamente soffermato per le ragioni illustrate, è invece possibile immaginare che proprio la sopraggiunta conoscenza del lavoro di Betti, apparso nel 1936, potrebbe avergli suggerito, attesa l'esigenza di conservare l'impianto complessivo del libro, nell'imminenza della sua pubblicazione, almeno l'aggiunta di tali annotazioni, che risultano, pur nella loro stringatezza, di estremo interesse, nella prospettiva di un confronto tra le posizioni dei due studiosi.

Venendo a considerare la seconda edizione del *Diritto processuale civile*, Calogero esprime, dunque, un deciso apprezzamento nei confronti della critica della configurazione sillogistica della sentenza, e valuta positivamente la migliore rispondenza dei concetti tratti dalla logica crociana al reale svolgimento del ragionamento del giudice. Espressa la propria generale adesione verso questa impostazione, egli rimprovera però a Betti di non aver condotto fino in fondo la sua reazione contro il modello giurisdizionale consolidato. Nello specifico, se viene giudicata « ineccepibile » l'equiparazione del giudizio di fatto a giudizio storico, sia pure avvertendo l'esigenza di ulteriori precisazioni, da fornirsi nel prosieguo del lavoro (49), è principalmente nella distinzione tra le operazioni di qualificazione

(48) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 109 nt. 1. « E questa sopravvivenza — prosegue Calogero — si manifesta anche in alcune conseguenze particolari, come nell'ammissione di errori di giudizio "dipendenti da mero vizio di ragionamento" (p. 626) e nell'asserzione della censurabilità dei giudizi di fatto se basati su false massime di esperienza o infirmati da illogicità (pp. 696-97 [...]) » (*ibid.*).

(49) V., *infra*, § 10.1

giuridica del fatto e di interpretazione e individuazione del diritto che residuerebbe il pernicioso riflesso di una razionalità dimostrativa della giurisdizione ⁽⁵⁰⁾, quale caratteristico retaggio della logica classica ⁽⁵¹⁾.

Sono tutti punti, quelli appena indicati, sui quali occorrerà fermare l'attenzione, per comprendere la distanza che separa le concezioni dei due studiosi per quel che concerne, tanto la riconducibilità dell'accertamento del fatto a giudizio storico, quanto la connotazione logica del processo giurisdizionale nel suo complesso. Non prima, evidentemente, di aver considerato i termini specifici in cui Calogero elabora la *pars construens* del proprio disegno, a partire da un'analisi, profondamente meditata, del rapporto tra fatto e diritto.

7. *Fatto e diritto.*

Nei suoi termini più immediati, la distinzione tra fatto e diritto è ricondotta alla consueta opposizione di *Sein* e *Sollen*, come il reale di « quel che è » rispetto all'ideale di « quel che dev'essere ». In tal senso, riferito il giuridico alla sfera del possibile, al « futuro della consapevolezza » di quanto è da fare, dovrebbe risultare agevole trarre la particolare determinazione di ciò che sia, propriamente, la scienza del diritto, ovvero che essa non sia affatto, per quanto paradossale possa apparire, una scienza. Se una simile conclusione, avverte Calogero, sembra precipitare nell'assurdo la stessa tesi da cui è tratta, è invece proprio nei limiti in cui essa sostiene e giustifica detta conseguenza che tale tesi avrebbe il suo specifico valore. Il diritto, infatti, non apparterebbe al mondo del reale, di ciò che si constata come esistente, e si lascia attingere, in quanto tale, quale

⁽⁵⁰⁾ Riflesso che Calogero riscontra anche nell'ipotizzata ricorrenza di un difetto della sentenza dipendente da mero errore di ragionamento, come nella pretesa censurabilità dei giudizi di fatto basati su false massime di esperienza o viziati da illogicità: cfr., *infra*, § 11.

⁽⁵¹⁾ A conferma della generale sopravvivenza del logicismo tradizionale, ancora nella più recente letteratura processualistica, Calogero cita l'opera di un giurista « che pur sente vivissima l'esigenza di liberare la scienza del processo da presupposti filosofici antiquati »: P. BIONDI, *La perizia giuridica. (Concetto e teoria generale)* (Firenze, Sansoni, 1935) 6 ss.

oggetto di contemplazione; esso, in definitiva, non sarebbe termine di conoscenza, di quella consapevolezza che accerta « come le cose sono », bensì termine d'azione, di quella consapevolezza che provvede a « come le cose debbono essere »: il suo criterio ultimo di valutazione, scrive Calogero, « non è il canone della verità teorica, ma l'ideale dell'opportunità pratica » (52).

Del resto, quando si configuri il diritto in questi termini, è naturale che il pensiero sia immediatamente volto al *ius condendum*, e dunque, in primo luogo, all'attività del legislatore, « tipicamente pratica », in quanto retta dal criterio etico-politico del buono e dell'opportuno. Accanto al *ius condendum*, d'altra parte, vi sarebbe quel diritto che si dice *conditum*, al quale propriamente guarda il giurista, scienziato del diritto, il cui atteggiamento, « teoretico », è governato dal criterio logico della verità (53). Calogero giudica corretta la distinzione così prospettata, a condizione, però, che si riconosca l'essenza non diversa di tali dimensioni del giuridico: non solo per la ragione che, prima d'essere vigente, ogni norma di legge dev'essere stata voluta, bensì perché la coscienza di quel che è fatto non sarebbe che il necessario fondamento di quel che resta da fare, di modo che lo stesso giurista, che pur conosce come reali quelle volontà di legge volute e sancite, non può che avere la sua attenzione sempre protesa verso quanto è ancora da volere.

Questa rappresentazione intende escludere l'esistenza di un diritto né *conditum* né *condendum*, di una qualche entità giuridica che prescindendo dalle sue contingenti realizzazioni. I segni di tale equivoca considerazione, che sarebbe alla base della ben nota controversia tra storici e dogmatici del diritto — controversia che ha visto Betti, in confronto serrato con il pensiero crociano, tra i suoi protagonisti (54) —, si riscontrerebbero, per un verso, nelle iposta-

(52) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 115. Di particolare interesse, al riguardo, le pagine di Id., *La metodologia del naturalismo giuridico*, in « Arch. st. corp. » XI/3 (1940) 465-479 [= in *Saggi di etica e di teoria del diritto* (Bari, Laterza, 1947) 161-180].

(53) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 117; « entrambi questi atteggiamenti — prosegue Calogero — sono poi condivisi in certa misura dal giudice, che da un lato collabora coi giuristi nell'interpretazione teoretica del diritto e dall'altro fiancheggia i legislatori nello sforzo pratico di realizzare l'ideale giuridico in seno alla concreta realtà sociale e statale » (*ibid.*).

(54) V., *supra*, nel Prologo, nt. 29.

tizzazioni proprie di una certa mentalità positivista, incline a confondere la storicità del diritto con una pretesa esistenzialità sociologica di esso, e, per altro verso, nelle mitologie tipiche del giusnaturalismo, inteso come metodo di scienza piuttosto che come ideale d'azione ⁽⁵⁵⁾.

Concettualizzata in questi termini l'essenza del diritto, con la specifica consistenza della scienza che lo concerne, Calogero osserva come l'antitesi di fatto e diritto, pur nel fermo avvertimento del carattere di idealità intrinseco a ogni entità giuridica, risulti stemperata nella rappresentazione del fatto giuridicamente rilevante come prodotto della volontà dell'uomo, *factum* nato da un *faciendum*, realtà operata e non meramente osservata, oggetto di storia piuttosto che di scienza. Da un lato, appare quindi implicito nel fatto, quanto meno in ciò che sul piano del discorso giuridico si dice essere tale, un momento di quella stessa normatività che si è intesa quale caratteristica propria del diritto: se, infatti, non si presupponesse nell'*actum* un *agendum*, così tradotto dalla sfera del possibile a quella del reale, in quanto azione umana rispondente a una certa volizione, esecuzione di un programma, non sarebbe ragionevole fare di esso l'oggetto di un comando giuridico. Dall'altro, la norma giuridica non sarebbe concepita come un comando astratto, che prescinde dalla possibilità d'essere obbedito, ma in funzione delle concrete situazioni di fatto per cui deve valere, quale tipo di azione la cui doverosità implica, necessariamente, la sua possibilità. Anche al diritto, dunque, risulterebbe intrinseco un elemento di realtà naturale, riferita quest'ultima, nel suo significato più rigoroso, a ciò che l'umana consapevolezza rileva, di volta in volta, quale base di partenza del proprio agire. Il risultato, a cui tale ragionamento perviene, può sintetizzarsi nei termini per cui, « come nel fatto giuridico non c'è mai *actum* senza *agendum*, perché esso non è appunto che un *agendum* divenuto *actum*, così nella norma giuridica non c'è mai *agendum* senza *actum*, perché nessun *agendum* potrebbe essere prescritto senza che fosse insieme chiarito il presupposto

(55) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 120 s.

actum, cioè la situazione di realtà già realizzata in occasione della quale debba esser tradotto in atto quel comando » (56).

Così elaborato il senso dell'opposizione tra fatto e diritto, Calogero giunge alla conclusione che la stessa norma giuridica non sarebbe, in definitiva, che un fatto, tale da intendersi secondo una duplice connotazione semantica: come la « raffigurazione di un modo d'agire, colto nei suoi più generali presupposti ed intenti, ed elevato a tipo e paradigma d'azione », nonché come il « *factum* del legislatore che la statui, compiendo con ciò un atto non meno individuale, storico ed effettivo di qualsiasi altro » (57). Ciò gli consente di ripensare la distinzione tra cognizione di fatto e cognizione di diritto in termini di conoscenza, la prima, di un'azione voluta e agita in un determinato modo, la seconda, di un'azione voluta e agita affinché si volesse e agisse in un determinato modo. Dalla struttura complessa di questa « duplice volizione-azione » consegue la risoluzione della *cognitio de iure* in un « duplice giudizio di fatto », intesa la norma, nella sua articolata determinazione, come il « fatto-esempio », o programma d'azione, prescritto alle volontà per il tramite del « fatto del legislatore ».

« E solo, in realtà, quando si dimentica questo secondo aspetto della cosa, e si vede perciò nella norma giuridica un mero "voluto", una "volizione di classe" che non è azione effettiva, si può — com'è accaduto agli stessi due massimi rappresentanti della filosofia italiana contemporanea — cadere nell'agnosticismo giuridico, e, per reazione alle astrattezze contemplative del giusnaturalismo tradizionale, anteporre pericolosamente la forza al diritto (senza avvertire che il vero *discrimen* non è tra la forza e il diritto, ma tra il diritto della forza e la forza del diritto: non tra la volontà senza legge e la legge senza volontà, ma tra la volontà che vuole sé come legge e la volontà che vuole la legge) » (58).

7.1. *La volontà e la legge.*

La circostanza dell'aver trascurato, nell'interpretazione della norma giuridica come mero « voluto » o « volizione di classe », l'agire concreto del legislatore che tale norma avrebbe statuito,

(56) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 127.

(57) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 127 s.

(58) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 139.

quindi di aver reagito all'atteggiamento contemplativo di una certa tradizione del pensiero giusnaturalistico, antepoendo la forza al diritto, non lascia molti dubbi quanto all'identificazione dei « due massimi rappresentanti della filosofia italiana contemporanea » (59).

La critica nei confronti di queste posizioni (60), riproposta e

(59) Per quanto concerne la posizione di Benedetto Croce, è qui sufficiente rinviare alle indicazioni fornite *supra*, nel § 2 del Prologo. Di Giovanni Gentile si vedano almeno le pagine dedicate alla forza quale principio del diritto, quindi alla legge giuridica, nello specifico rapporto con la dialettica del volere, inteso come unità di volere e voluto, in G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto* (Pisa, Mariotti, 1916) [estratto dagli « Ann. Univ. Toscane » XXXV (1916)] 51 ss., 57 ss.; seconda ed. « riveduta », *I fondamenti della filosofia del diritto ed altri scritti* (Roma, De Alberti, 1923) 69 ss., 77 ss. (in *Appendice* la ristampa di due contributi gentiliani: I. *Chiarimenti* [1920]; II. *Il principio della morale e Antonio Rosmini* [1914, 1921²]). I *Fondamenti* sono quindi ripubblicati quale vol. IX delle Opere complete di Giovanni Gentile (Firenze, Sansoni, 1937; rist. 1955) [« con aggiunti due studi sulla filosofia di Marx », rist. di *La filosofia di Marx. Studi critici* (Pisa, Spoeeri, 1899)], ove il riferimento è 80 ss., 87 ss., come terza ed. « riveduta e accresciuta » di due nuovi capitoli, dei quali particolare attenzione merita, nella prospettiva della presente indagine, l'ottavo e conclusivo, dedicato a *La politica* (121 ss.), precedentemente apparso, con il titolo *Diritto e politica*, in « Arch. st. corp. » I (1930) 17-26 (degli scritti collocati in *Appendice* nella precedente ed., quello sul pensiero rosminiano [v., *supra*, nel Capitolo III, nt. 161] è qui posto in apertura, come *Introduzione allo studio della filosofia pratica o della vita morale*). L'opera è infine riproposta come vol. IV delle Opere complete (Firenze, Sansoni, 1961; rist. Le Lettere, 1987, 2003). In merito alla genesi, per un primo orientamento, si v. A. VOLPICELLI, *La genesi dei Fondamenti della filosofia del diritto di Giovanni Gentile*, in *Giovanni Gentile. La vita e il pensiero* I (Firenze, Sansoni, 1948) 363-379; V. FROSINI, *Giovanni Gentile, giurista pisano*, in « Prassi e teoria » (1975) 333-340 [= in *Il pensiero di Giovanni Gentile* I, a cura di S. BETTI e F. ROVIGATTI in collaborazione con G.E. VIOLA (Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1977) 395-398]; G. MARINI, *Aspetti sistematici della « Filosofia del diritto » di Gentile*, in « Giorn. crit. fil. it. » LXXIII/2-3 (1994) 462-483, spec. 473 ss. Ancora utile, quanto al rapporto tra le distinte edizioni, A. PIGLIARU, *Esercizio primo sulle varianti di « La filosofia del diritto »*, in *Giovanni Gentile*, a cura di V. VETTORI (Firenze, La Fenice, 1954) 115-143. Per una rassegna critica dell'influenza gentiliana nella tradizione degli studi di filosofia del diritto in Italia si rinvia a A. NEGRI, *Giovanni Gentile 2. Sviluppi e incidenza dell'attualismo* (Firenze, La Nuova Italia, 1975) 99 ss., quindi all'*Appendice bibliografica* contenuta in G. CAPOZZI, *Giovanni Gentile. Il filosofo oltre l'uomo* (Napoli, Satura, 2004²) 145 ss.

(60) Critica che, secondo SASSO, *Calogero: il diritto fra logica e etica*, cit., 365, « non era tuttavia persuasiva. Non coglieva il punto essenziale della questione ». Detto punto, a suo giudizio, andrebbe riferito alla problematica distinzione tra i due aspetti del volere, che, « per quanto eseguita con sottigliezza », non risulterebbe tuttavia convincente,

precisata nelle pagine de *La scuola dell'uomo* (61), troverà nel secondo volume delle *Lezioni di filosofia* (62), di pochi anni successivo, il suo più compiuto svolgimento. Individuato il carattere originario dell'atto legislativo nel suo essere, innanzitutto, « una *dichiarazione di volontà*, un'enunciazione verbale d'una richiesta rivolta ad altri » (63), Calogero pone in evidenza la natura volontaristica della legge e determina l'ambito del suo intervento con riferimento all'altrui libertà, così rivendicando il significato morale del diritto quale forma concreta dell'esperienza etico-pedagogica.

Alla definizione della legge come « volizione di classe », egli contrappone, dunque, quella di « *volizione di un'altrui classe di volizioni* », entro la quale assume essere autentica espressione del volere la dichiarazione di volontà che altri vogliano in un determinato modo, e momento imprescindibile di ogni coercizione tale presupposta alterità di coscienza; distingue, quindi, l'intrinseca tipicità della figura dei destinatari (una classe di uomini), « astrattamente ipotizzati in certe tipiche caratteristiche », da quella del comportamento agli stessi prescritto (una classe di volizioni), « designato

dimostrando piuttosto « che le difficoltà che gli idealisti incontravano nella delineazione del diritto erano presenti anche in Calogero, che pure così acutamente le dibatteva in questo suo libro. Seppure in forme diverse, e attraverso altre vie, egli si coinvolgeva nella difficoltà che si proponeva di evitare, e che era non dissimile da quella che si sorprende nella teorizzazione di Croce. Il quale, come si sa, per un verso definiva come volontà la volontà dell'astratto, ma per altro dichiarava che, la volontà dell'astratto implicando un "astrattamente volere", e questo perciò un non volere, quella non era volontà » (*ibid.* 368 s.; cfr. *Id.*, *Pratica*, cit., 160 ss.).

(61) G. CALOGERO, *La scuola dell'uomo* (Firenze, Sansoni, 1939) (con il titolo *La libertà e il diritto*, il capitolo IV era già apparso in « RIFD. » XIX/1-2 [gennaio-aprile 1939] 45-67) [rist. a cura di P. BAGNOLI, con una *Testimonianza* di A. VISALBERGHI (Reggio Emilia, Diabasis, 2003)]; una « nuova edizione accresciuta di altri saggi e di una postilla critica » è pubblicata, presso lo stesso editore, nel 1956. Le successive citazioni sono tratte dalla prima edizione dell'opera e dalla sua ristampa.

(62) G. CALOGERO, *Etica Giuridica Politica. Lezioni di filosofia II* (Torino, Einaudi, 1946).

(63) CALOGERO, *Etica Giuridica Politica*, cit., 264. Detta enunciazione, come questi viene a precisare, « contiene, in primo luogo, la descrizione del comportamento che si vuole assunto dall'altrui volontà; in secondo luogo, il chiarimento dell'azione a cui si passerebbe, qualora essa, invece, si comportasse in modo diverso. La legge è con ciò, per un primo aspetto, una *parenese*, che non si distingue essenzialmente da quella della persuasione; ma nel suo secondo aspetto essa comporta una minaccia, che mette in luce, in quell'esortazione, l'imperatività del comando » (*ibid.*).

soltanto in alcuni aspetti che importano » (64). Dalla « volizione di un astratto », in definitiva, quando si intenda così descrivere, « con la punta di deplorazione implicita in questo termine » (65), quella tipicità indispensabile all'enunciazione del comportamento preteso, non conseguirebbe in alcun modo il carattere astratto del volere — tale per cui Croce aveva potuto dire la legge una pretesa volizione, un atto volitivo non reale (66) —, e la statuizione di una norma sarebbe, allora, un atto pienamente concreto, « seppure per altro aspetto che la sua specificazione giurisdizionale » (67).

« Anche il legiferare è un agire, un influire sugli altri, prima ancora di qualsiasi uso ulteriore della sua sanzione. Ecco dunque quella *unità della morale e del diritto*, che si scorge quando l'una e l'altro son veduti nella concretezza di quel presente volere che li fa essere entrambi: e che non significa, s'intende, che ogni diritto sia morale, bensì che *ogni diritto deve*

(64) CALOGERO, *Etica Giuridica Politica*, cit., 267 s.

(65) CALOGERO, *Etica Giuridica Politica*, cit., 272, 278.

(66) Cfr. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 337. Possono considerarsi come un punto d'arrivo, nel confronto con la concezione crociana del diritto e della scienza giuridica, le pagine di G. CALOGERO, *Croce e la scienza giuridica*, in « RISG. » LXXXIX (1952-1953) 1-13 [= in « Rev. internat. Philos. » 26/4 (1953) 327-341; quindi in Id., *La conclusione della filosofia del conoscere*, « nuova edizione accresciuta » (Firenze, Sansoni, 1960) 76-92], sulle quali si sofferma SASSO, *Calogero: il diritto fra logica e etica*, cit., 313 ss.

(67) CALOGERO, *Etica Giuridica Politica*, cit., 271 s. Cfr., inoltre, ID., *Estetica Semantica Istorica. Lezioni di filosofia III* (Torino, Einaudi, 1947) 248 s. Atteso che, per l'effettiva attuazione della legge, occorre stabilire, mediante la così detta « specificazione » o « sussunzione », se una certa situazione di fatto possa essere compresa nel quadro ipotetico prospettato da una determinata prescrizione normativa, è interessante osservare come la tensione dialettica dell'astratto e del concreto, che caratterizza l'enunciazione legislativa del precetto, investa anche il processo della sua applicazione giurisdizionale: « per quanto si scenda alla concretezza del caso singolo — scrive Calogero —, la già veduta esigenza della parità del diritto conduce a procurare che le stesse specificazioni obbediscano il più possibile ad un principio di *conformità*: donde il peso dei *precedenti*, e la costituzione delle *massime*, le quali, pur non avendo la forza cogente della legge, esercitano tuttavia un'influenza normativa in rapporto a questo bisogno di *unità giurisdizionale* ». Riaffiora, al riguardo, l'esperienza dello studioso della Cassazione, nella constatazione per cui, « in ogni evoluto sistema giudiziario, c'è una corte suprema che non ha soltanto la funzione d'amministrare la legge come tribunale d'ultima istanza, — a garanzia del giudicando contro gli errori o gli arbitrii in cui possano essere incorsi i giudici di grado inferiore, — ma altresì quello di favorire l'uguaglianza della giurisdizione, custodendo con le sue massime l'unità della legge » (*ibid.* 278).

essere morale, che l'esperienza in cui si fa ricorso alla coercizione del diritto deve anch'essa servire all'ideale della moralità » (68).

Detta unità, secondo Calogero, spiegherebbe l'esigenza di giustizia che attraversa l'esperienza giuridica, allora che essa sia intesa come « un complesso di atti di intervento nella libertà altrui » (69), e il problema del rapporto tra la morale e il diritto, liberato dalla sterile logica delle gerarchie, sia affrontato sul piano dell'opportunità pratica di adottare o meno, al fine etico-pedagogico, oltre al metodo « oratorio » della persuasione, anche quello « più che oratorio » della coercizione (70). L'idea, secondo la quale anche il ricorso alla coercizione possa e debba servire all'ideale della moralità, conduce, per un verso, a respingere ogni ipotesi di riduzione del giuridico all'economico, al mero perseguimento di un interesse particolare (71); e circoscrive, per altro verso, l'ambito entro il quale sarebbe da riconoscere il merito autentico del giusnaturalismo, « immortale non come teoria di una astratta verità, ma come sforzo d'instaurazione di un miglior ordine civile » (72). Ironizzando sulla fede disarmata dei teorici del diritto naturale, e ponendo in primo piano la forza, creatrice della storia e di ogni storica manifestazione del diritto positivo, la critica dell'idealismo storicistico avrebbe finito pericolosamente col dimenticare « che, se il diritto non sussiste senza forza, l'unica forza che abbia poi ragione di sussistere è la

(68) CALOGERO, *Etica Giuridica Politica*, cit., 272. Sul significato da attribuire alla pretesa unità della morale e del diritto, nel pensiero di Calogero, cfr. SASSO, *Calogero: il diritto fra logica e etica*, cit., 277, 306 ss., 337 ss.

(69) CALOGERO, *La scuola dell'uomo*, cit., 80 [= rist. 54]; un complesso, prosegue l'autore, « costituito tanto dall'enunciazione del dovere, che a tale libertà incombe, di limitarsi in un certo modo, quanto dall'avvertimento di ciò che contro di essa dovrà o potrà esser compiuto se essa non obbedirà a tale obbligo di limitazione, quanto, infine, dall'eventuale messa in atto di queste ultime minacce d'intervento. L'esperienza giuridica è, con ciò, un intervento oratorio nella libertà altrui, accompagnato dalla minaccia, ed occorrendo dalla realtà, di un ulteriore intervento più che oratorio » (*ibid.*).

(70) CALOGERO, *La scuola dell'uomo*, cit., 83 [= rist. 55]. Così tradotto il problema, la sua soluzione sarebbe vincolata al « principio che alla coercizione si ricorre solo quando non basta la persuasione; e che quindi non è già la coercizione che deve decidere l'intervento della persuasione, ma è la persuasione che deve decidere l'intervento della coercizione » (*ibid.* 92 [= 62]).

(71) CALOGERO, *Etica Giuridica Politica*, cit., 272.

(72) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 121.

stessa forza del diritto, e che, se la storia è fatta dalle forze politiche e non dagli articoli di legge, le sole azioni verso cui si richiami pedagogicamente lo sguardo designandoli come fatti storici son poi quelle che promuovono la civiltà, cioè un migliore impero della legge » (73).

8. *L'accertamento storico nel giudizio 'de facto'.*

La riflessione circa il rapporto tra fatto e diritto ha preparato il terreno per l'esame specifico delle indagini che, in sede giurisdizionale, l'uno e l'altro avrebbero per oggetto. Venendo quindi a considerare la posizione assunta dal giudice nell'accertamento del fatto, questa si presenterebbe immediatamente analoga a quella dello storico, per quel che concerne, tanto la definizione specifica del contenuto di tale conoscenza, quanto la determinazione, gnoseologica ed ermeneutica, del relativo processo di cognizione.

Comune a entrambi sarebbe, innanzitutto, l'interesse esclusivo per l'azione dell'uomo, in relazione alla quale, eventualmente, anche l'accadere naturale viene ad assumere un significato. Da questo punto di vista, il giudice può farsi maestro dello storico, e insegnargli a non ipostatizzare in realtà esistenti e agenti le più generiche espressioni con le quali si è soliti designare, in sintesi, vasti complessi dell'esperienza umana, « come fa — esemplifica Calogero — quando considera come vero soggetto della storia l'agostiniano Iddio, o la vichiana Provvidenza, o lo hegeliano *Weltgeist*, o la Vita, o il Progresso, o la Razza, o la Nazione, o la Classe, e via enumerando ». Rappresentazioni, quelle appena annotate, che rilevarebbero esclusivamente in quanto capaci di condizionare l'agire dell'individuo, il quale resta, in definitiva, l'unico reale centro di imputazione. In tal senso, il giudice potrebbe dunque suggerire allo storico, quale criterio che ne orienti l'opera, di non prendere in considerazione, come soggetto della sua indagine, chi non avesse, al tempo stesso, « capacità d'essere soggetto passivo di un'azione penale » (74).

(73) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 121.

(74) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 128 s. « Che sarebbe — aggiunge Calogero — una maniera opportuna, e quasi ironica, di precisare rispetto agl'individui,

Identico risulterebbe, in secondo luogo, l'approccio del giudice e dello storico al fatto, che non si manifesta al loro cospetto come una realtà esistente e immediatamente intelligibile, ma come il risultato di un'attività, più o meno difficoltosa, di ricostruzione. Nell'ambito della quale, ambedue riconoscono, come dato di una diretta esperienza sensibile, solo un complesso di prove, documenti e testimonianze, raccogliendo le quali, vagliandone l'attendibilità, quindi combinandole tra loro e interpretandone il significato, essi pervengono alla comprensione del fatto verso cui è orientato il loro interesse. Con gli strumenti dell'euristica e della critica ermeneutica, ma soprattutto con la preziosa esperienza « del modo in cui solitamente vanno le cose naturali ed umane », e la prudente capacità di « intuirne secondo verosimiglianza il corso quando ne siano noti solo alcuni elementi »: esplicito, in proposito, il riferimento alle « armi comuni » dello storico e del giudice, impiegate nel « processo parallelo » delle rispettive intelligenze. In merito al quale, dunque, spetterebbe questa volta allo storico l'onere di istruire il giudice, mostrandogli come non sia in alcun modo possibile risolvere la conoscenza dell'accaduto nelle schematizzazioni astratte della deduzione sillogistica (75).

D'altra parte, la sostanziale identità dell'accertamento giudiziale del fatto rispetto alla sua ricostruzione storiografica sembrerebbe contraddetta da due non trascurabili rilievi. Il primo concerne i vincoli procedurali che condizionano l'operato del giudice, diversamente da quanto accade per lo storico, il quale, non dovendo né potendo accontentarsi di « verità legali », indirizzerebbe la propria ricerca alla « verità *sic et simpliciter* ». Invero, osserva Calogero, è agevole riconoscere come questa indiscutibile differenza non dipenda in alcun modo dalla « generale natura della giurisdizione », ma solo da una sua « manifestazione specifica », non da « astratte e immutabili verità giuridiche », bensì da meri « imperativi di oppor-

e capovolgere rispetto all'universale, il famoso criterio hegeliano per cui il *Weltgericht*, il giudizio giurisdizionale sul mondo, è dato dalla stessa storia del mondo » (*ibid.* 129).

(75) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 129 s. Sul significato e il valore dell'analogia tra il giudice e lo storico, nella prospettiva del diritto processuale civile, cfr. M. TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in « Riv. dir. proc. » XXII (1967) 438-465, quindi ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 310 ss.

tunità », direttamente riconducibili allo stato di avanzamento del progresso civile. Condizioni e termini processuali, che pur influenzano in misura significativa l'esito dell'indagine probatoria, non modificherebbero, dunque, la consistenza intrinseca dell'agire del giudice nell'accertamento del vero, dal momento che, non rappresentando altro che « un limite, un ordine d'interruzione, un segno di confine », restano necessariamente estranei allo stesso, sospendendone dall'esterno ogni ulteriore esercizio. D'altronde, nota Calogero, anche lo storico, giunto a un certo punto della ricerca, mette da parte le proprie indecisioni e propende per l'una o l'altra opinione di verità: « come, allora, il procedimento della ricostruzione del fatto dal documento non è intrinsecamente diverso nello storico incline alla diffidenza e in quello proclive alla congettura, così è identico nel giudice libero di decidere nel foro della coscienza quando in lui l'incertezza debba cedere il luogo alla certezza, e in quello che per ordine della legge fa tacere in sé certe determinate sorgenti di dubbio » (76).

Un secondo rilievo riguarda la circostanza per cui, mentre la storiografia tenderebbe a cogliere tutto quanto è avvenuto, « con assoluta adeguazione », cercando di non trascurare alcun aspetto di ciò che si sarebbe verificato nella realtà, l'accertamento processuale si limiterebbe necessariamente a quanto dell'accaduto stesso presenti una specifica « rilevanza giuridica ». Nella misura in cui tale criterio di selezione evidenzia, come già avvertito, l'implicita presupposizione, quale principio euristico del giudizio di fatto, del giudizio di diritto che dovrà seguire, risulterebbe compromessa l'esatta distribuzione dei due giudizi entro le premesse del sillogismo, con la conseguente moltiplicazione degli stadi intermedi e dei condizionamenti reciproci tra un giudizio e l'altro. Invero, sottolinea Calogero, l'idea della ricostruzione storiografica quale « attingimento pieno e concretissimo del reale » non sarebbe che un'illegittima reminiscenza dell'antico gnoseologismo, che pretendeva di riferire l'ideale costitutivo della conoscenza storica alla totalità delle determinazioni individuali pertinenti al caso. Anche lo storico, dunque, indirizza la propria attenzione verso quelli che, a suo giudizio, e

(76) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 131. Cfr., in proposito, ID., *Estetica Semantica Istorica*, cit., 369.

presumibilmente a giudizio di chiunque non sia da lui culturalmente troppo distante, sarebbero gli aspetti rilevanti dell'accaduto: se le sue scelte non risultano condizionate, come accade al giudice, dalla diretta riconducibilità di tali aspetti a tipi fissi d'azione, previsti e disciplinati in un codice, è pur sempre il « codice dell'umano interesse » che orienta la sua ricerca e struttura la sua comprensione dei fatti (77).

In definitiva, secondo Calogero, i rilievi in esame non sarebbero affatto decisivi, non evidenziando alcuna differenza essenziale nella ricostruzione compiuta in sede storiografica e giurisdizionale. D'altra parte, e ben al di là delle affinità riscontrate, tanto sul piano gnoseologico quanto su quello metodologico, egli rintraccia — « con un passaggio per la verità molto audace » (78) — la radice profonda dell'identità dell'agire concreto del giudice e dello storico nell'unità del progetto etico-pedagogico sotteso, che vede l'uno e l'altro impegnati in una ricerca nell'esperienza del passato di un orientamento per il futuro.

« La storia si scrive perché c'è un futuro, così come la legge “non

(77) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 133; quindi, in senso analogo, ID., *La scuola dell'uomo*, cit., 104 [= rist. 69]; ID., *Etica Giuridica Politica*, cit., 221 ss.; ID., *Estetica Semantica Istorica*, cit., 369 ss. Esposta la tesi circa la sussistenza di un canone selettivo nella ricostruzione storiografica dell'accaduto, culturalmente informato dall'umano interesse dello storico e dei suoi interlocutori prossimi, Calogero prende in considerazione l'eventuale obiezione, secondo la quale, se la totalità delle determinazioni individuali del caso non costituirebbe l'ideale della conoscenza storica, fin tanto che la si consideri quale insieme delle determinazioni oggettive percepite come esistenti *in re*, le cose cambierebbero una volta intesa la stessa quale complesso di determinazioni soggettive storicamente presenti a una particolare coscienza operante, tale per cui lo storico comprenderebbe appieno un'azione compiuta solo intendendola nella totalità dei suoi moventi, rivivendo cioè l'intero cosmo della consapevolezza del soggetto agente. Questa concezione, avverte Calogero, nel presupposto che la conoscenza della piena realtà e verità storica sia subordinata all'onere dell'« assoluta adeguazione soggettiva », conserverebbe una residuale traccia di « gnoseologia realistica »: la così detta realtà storica non sarebbe oggetto di constatazione, ma di ricostruzione, e ciò che storiograficamente si ricostruisce non sarebbe la realtà storica « quale fu nella sua sentita e operata presenza » (atteso che il passato non è più, in senso ontologico, proprio in quanto tale), bensì « quale si può riviverla nella commossa memoria, cioè nella raffigurazione mentale » (ID., *La logica del giudice*, cit., 133 s.).

(78) COSÌ SASSO, *Calogero: il diritto fra logica e etica*, cit., 362.

dispone che per l'avvenire": ma, insieme, va scritta senza far torto al passato, e così la giurisdizione deve educare considerando quanto realmente fu. Come, insomma, la ricostruzione adesiva e il giudizio pedagogico non sono, nella storiografia, momenti astrattamente successivi, ma attività compresenti e interferenti, così nel processo giurisdizionale la ricostruzione del fatto non è indipendente dalla sua sussunzione sotto il diritto, perché la possibilità di tale sussunzione ne costituisce la mèta » (79).

In questa prospettiva, quello che in un primo momento era venuto in considerazione come un carattere distintivo dell'accertamento processuale, la presupposizione del giudizio sussuntivo nell'opera di ricostruzione, canone della rilevanza del fatto e criterio della sua intelligenza, rappresenta invece la ragione di fondo dell'analogia con la ricerca storica, nel cui dominio l'esigenza cognitiva sempre si accompagnerebbe, « in una opposizione — scrive Calogero — che pur non è contraddizione » (80), con un'istanza educativa (81). Di conseguenza, la reale differenza tra l'indagine storiografica e il processo giurisdizionale andrebbe individuata nel modo in cui, selezionate le circostanze rilevanti dell'accaduto e ricostruita secondo modalità condivise una certa azione del passato, si svolgono rispetto a essa le ulteriori attività etico-pedagogiche dello storico e del giudice. Tale differenza discenderebbe, dunque, dalla specifica connotazione del così detto giudizio di diritto, nei confronti del quale Calogero volge l'attenzione.

9. « Storia e più che storia » nel giudizio 'de iure'.

Anche la risposta alla *quaestio iuris* non sarebbe, in prima istanza, che il risultato di un accertamento storico, sulla base dei documenti disponibili, della sussistenza di una data volontà di legge e del suo particolare contenuto.

(79) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 136 s.

(80) CALOGERO, *Estetica Semantica Istorica*, cit., 361.

(81) È nelle pagine di CALOGERO, *La scuola dell'uomo*, cit., 100 ss. [= rist. 67 ss.] che questa specifica interferenza risulta tematizzata, nel senso della connotazione morale del lavoro dello storico, in termini di necessaria e reciproca implicazione: come la serietà del suo interesse per il passato andrebbe valutata sulla base dell'interesse da lui rivolto, in funzione pedagogica, al futuro, così l'efficacia educativa della sua opera risulterebbe strettamente dipendente dalla scrupolosa e imparziale obiettività della ricostruzione dell'accaduto.

È agevole avvertire, d'altra parte, come l'indagine propedeutica al giudizio di diritto, inteso quest'ultimo quale duplice giudizio di fatto ⁽⁸²⁾, risulti significativamente più complessa, dal momento che essa necessita della ricostruzione, tanto del « fatto del legislatore », rispetto al quale verificare l'attuale vigenza della norma, quanto del « fatto-esempio », da interpretare nella sua presumibile comprensione. Di conseguenza, proprio quando il giudice interroga idealmente il legislatore, al fine di accertare ciò che quest'ultimo avrebbe inteso stabilire, il suo agire oltrepasserebbe i confini della ricerca storiografica:

« molto spesso non si tratta soltanto di rivivere storicamente che cosa il legislatore volle che fosse voluto, cioè quali concrete azioni prospettò con gli occhi della mente riassumendone il tipo nelle parole della norma: ma anche d'immaginare che cosa coerentemente avrebbe potuto volere che fosse voluto, cioè quali altre concrete azioni avrebbe verosimilmente ritenute comprese nello stesso generale tipo di comportamento designato da quello schema semantico, qualora esse avessero avuto la possibilità d'appartenere al suo mondo mentale » ⁽⁸³⁾.

È questo uno dei luoghi più controversi della riflessione di Calogero, sul quale bisognerà, tra breve, tornare a ragionare. Mi limito, per il momento, a proporre un'osservazione, utile a illuminare una possibile fonte di ispirazione del suo discorso, forse non rilevata, finora, in letteratura. Nella considerazione di questo particolare ufficio del giudice, chiamato, dinanzi a un caso non compreso nel testo della legge, a vestire i panni del legislatore, egli aveva certo presente — e vi faceva esplicito riferimento — la nota formulazione dell'art. 1, co. 2, del codice civile svizzero, laddove dispone che, nei casi non previsti dalla legge e nell'impossibilità di derivare dalla consuetudine la soluzione adeguata, il giudice decida « secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore »; e conosceva altresì l'acceso dibattito, circa i poteri attribuiti al giudice, suscitato in Italia, quanto al significato da riferire ai « principii generali del diritto », dall'interpretazione del capoverso dell'art. 3 delle « Dispo-

⁽⁸²⁾ Cfr., *supra*, § 7.

⁽⁸³⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 141; cfr., inoltre, *ibid.* 83, 144, 146 s. Puntuale, a questo riguardo, la riflessione di SASSO, *Calogero: il diritto fra logica e etica*, cit., 371 s., 377 s.

sizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale ». Ciò premesso, ritengo che un più perspicuo — seppure implicito — riferimento agisse nella mente di Calogero, radicato nella profonda conoscenza che egli aveva dell'opera aristotelica. Si tratta di un passaggio del libro quinto dell'*Etica Nicomachea*, nella parte in cui, ragionando della relazione aporetica tra l'equo (*epieikés*) e il giusto legale (*nomimos díkaios*), il filosofo di Stagira considera, nell'eventualità che, rispetto alla formulazione generale della legge, sopraggiunga un caso da essa non contemplato, l'opportunità di una sua correzione: « correzione che lo stesso legislatore avrebbe proposto, se fosse stato presente, e avrebbe formulato nella legge, se avesse saputo »⁽⁸⁴⁾.

Calogero prospetta, quale ineludibile conseguenza di tale apertura nei confronti dell'immaginazione, l'individuazione del limite ove si arresterebbe l'analogia tra il giudice e lo storico, in relazione al quale distingue, nelle sue fasi essenziali, la struttura del processo di cognizione: alla ricostruzione « storiografica » di quanto « effettivamente » voluto dalla volontà dell'autore del fatto e del legislatore, si aggiungerebbe la determinazione « ultrastoriografica » di ciò che lo stesso legislatore avrebbe « verosimilmente » potuto volere⁽⁸⁵⁾. Accanto all'accertamento di un reale, vi è dunque la posizione di un verosimile, che altro non sarebbe che un opportuno etico, politico e giuridico, « nel cui riconoscimento la saggezza del giudice presuppone di convenire con la saggezza del legislatore ». Colto nell'antitesi dell'« opportuno » al « reale » un riflesso della contrapposizione del diritto al fatto, egli perviene alla conclusione, direttamente funzionale alla precisazione del limite della *revisio in iure* previsto per il controllo del giudizio in Cassazione, che il modo più preciso di distinguere l'attività del giudice, nel rispondere alla *quaestio facti*, piuttosto che alla *quaestio iuris*, consisterebbe nello stabilire « quando, nel processo di cognizione, egli fa soltanto storia, e quando fa, insieme, storia e più che storia »⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁴⁾ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea* V.14, 1137b; la traduzione italiana è quella di C. NATALI, nell'edizione Laterza (Roma-Bari 1999) 215.

⁽⁸⁵⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 146 s.; in termini analoghi anche *ibid.* 149, 161.

⁽⁸⁶⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 147.

10. *Storiografia, ultrastoriografia, sussunzione.*

Le pagine fin qui esaminate, di certo tra le più note e discusse del libro su *La logica del giudice*, sollevano non poche difficoltà, sulle quali occorre a questo punto fermare l'attenzione.

Per condurre a fondo l'analisi, e favorire il confronto con la posizione di Betti, attesa la natura del rapporto, per entrambi gli studiosi problematico, con il pensiero crociano, è necessario prendere in considerazione il complesso dei risultati conseguiti, e valutare le condizioni di possibilità di una loro coerente composizione. Bisogna dunque tener conto, per un verso, della critica della rappresentazione paradigmatica del ragionamento giudiziale, con la sostituzione, al modello del sillogismo deduttivo, di uno schema caratterizzato dalla logica combinazione di conoscenza noetica e dianoetica, appercezione intellettuale e giudizio sussuntivo. Quindi vagliare, per altro verso, i termini in cui è stata rielaborata la tradizionale distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, con la scansione delle diverse fasi in cui si articolerebbe, nel processo di cognizione, l'attività storiografica e ultrastoriografica del giudice.

10.1. *'Quaestio facti'*.

Il primo aspetto su cui riflettere concerne la particolare consistenza della risposta alla *quaestio facti*. Si è già detto, in proposito, del significato che la riconduzione del giudizio di fatto a giudizio storico avrebbe assunto per Betti, e della differenza rispetto alla concezione di Croce, pur esplicitamente richiamata a sostegno della sua tesi ⁽⁸⁷⁾.

Quanto a Calogero, accolto favorevolmente l'impiego, da parte del giurista camerte, degli strumenti concettuali della logica crociana, egli avverte l'esigenza, nei confronti della prospettata equiparazione del giudizio di fatto a giudizio storico, di qualche ulteriore chiarimento. La connotazione storiografica dell'opera del giudice, in questa fase della sua complessa attività d'indagine, presenta per lui, a prescindere dall'uso linguistico della medesima espressione, un significato profondamente diverso. Quello che anch'egli a più ripre-

⁽⁸⁷⁾ V., *supra*, nel Capitolo III, *passim*.

se denomina giudizio di fatto, e riconduce a giudizio storico, non sarebbe, propriamente, « giudizio », ovvero il prodotto mediato di una sintesi predicativa, di natura dianoetica, bensì intuizione immediata del reale, conseguita noeticamente. In quest'ottica, dunque, non vi sarebbe, nell'opera intellettuale che conduce all'accertamento probatorio del fatto, alla sua comprensione storica, alcuno sdoppiamento nel soggetto e nel predicato di un giudizio, ma unitaria appercezione concettuale di quanto accaduto⁽⁸⁸⁾. Esplicitamente, al riguardo, Calogero identifica le premesse filosofiche di questo modo di intendere la storia con gli stessi presupposti che sarebbero alla base dello storicismo proprio del pensiero idealistico italiano a lui contemporaneo, nei confronti del quale assume però, criticamente, « che la teoria del cosiddetto giudizio storico debba ancora essere purgata di tutto il suo tradizionale armamentario logico-dialettico, in cui sopravvive mascherato l'antico motivo realistico del "giudicare", e risolta in una semplice teoria della comprensione-ricostruzione semantica dell'altrui esperienza spirituale »⁽⁸⁹⁾.

Avvertita la distanza che separa, nel merito, la posizione di Calogero da quelle, pur tra loro differenti, di Croce e Betti, può essere interessante integrare questa prospettiva di confronto, spostando l'attenzione, dal piano della consistenza logica della comprensione storica, a quello dell'oggetto specifico di tale conoscenza. La tesi circa l'interesse esclusivo dello storico per l'azione dell'uomo, conforme all'esigenza di non considerare, come reale soggetto della storia, altri che il singolo individuo, lascerebbe intravedere una qualche affinità con l'impostazione del giurista camerte, nei limiti entro cui questi espressamente rivendicava la legittimità storiografica di un giudizio, come quello giuridico, che valutasse i fatti dal punto di vista dell'attività individuale, almeno come « primo e provvisorio tentativo » di intendere un avvenimento storico⁽⁹⁰⁾. D'altro canto,

⁽⁸⁸⁾ Cfr. CALOGERO, *I fondamenti della logica aristotelica*, cit., 19 ss. [= rist. 15 ss.], quindi ID., *Logica Gnoseologia Ontologia*, cit., 134 ss.

⁽⁸⁹⁾ CALOGERO, *La scuola dell'uomo*, cit., 104 s. [= rist. 70]. Essenziali, nella prospettiva di un confronto con Croce su questi temi, le pagine di ID., *Estetica Semantica Istorica*, cit., 174 ss., 360 ss. Puntuali notazioni, al riguardo, da parte di SASSO, *Calogero: il diritto fra logica e etica*, cit., 264 s., 388 s.

⁽⁹⁰⁾ V., *supra*, nel Capitolo III, § 4.1.

intesa nel suo più profondo significato (sostanzialmente estraneo all'orizzonte dell'argomentazione bettiana), la tesi di Calogero si radica nel vivo della sua riflessione filosofica sull'esperienza etico-pedagogica, e si articola in una concezione morale della storia, come storia degli uomini, che pone in primo piano la libertà e la responsabilità degli individui, elaborata e difesa, nel corso degli anni, in aperta polemica nei confronti di alcuni esiti del pensiero crociano, al fine « di evitare accuratamente quello che potrebbe dirsi il *pericolo indifferenteristico*, e di conseguenza *quietistico*, dello storicismo stesso »⁽⁹¹⁾.

Così chiarito il senso in cui Calogero concepisce il carattere storiografico della conoscenza processuale del fatto, è necessario rilevare come la sua connotazione noetica non risulti, a una più attenta considerazione, immune da problemi⁽⁹²⁾.

Egli non manca di sottolineare che il fatto, verso il quale è orientato l'interesse del giudice, non si lascerebbe attingere come realtà esistente, immediatamente intelligibile, richiedendo invece un'operazione, anche complessa, di ricostruzione. Se la circostanza per cui il risultato di tale operazione appare come l'esito di un percorso, talvolta estremamente accidentato, di progressiva e sempre imperfetta adeguazione (diversamente dall'ideale dell'appercezione noetica, che escluderebbe ogni possibilità di errore), può essere di volta in volta ascritta alle contingenze specifiche del singolo caso, piuttosto che alla natura propria della conoscenza esperita, la peculiare consistenza ermeneutica del processo di ricostruzione pone maggiori difficoltà.

Questo processo, infatti, mentre per un verso impegna il senso comune che il giudice ha del modo in cui andrebbero abitualmente le cose, per altro verso inevitabilmente coinvolge, nella raccolta delle prove, nel loro vaglio critico, nell'interpretazione del loro significato,

⁽⁹¹⁾ CALOGERO, *La scuola dell'uomo*, cit., 105, 107 s., 111 ss. [= rist. 70, 72, 74 ss.]. È sufficiente qui rinviare a ID., *Intorno al saggio del Croce "Giudizio storico e azione morale"*, in « Arch. filos. » XI/2 (1941) 219-234, spec. 226 ss. [= in *Saggi di etica e di teoria del diritto*, cit., 23-47, spec. 34 ss.], quindi a ID., *Estetica Semantica Istorica*, cit., 369 ss. Ampiamente, in proposito, SASSO, *Calogero: il diritto fra logica e etica*, cit., 355 ss.

⁽⁹²⁾ Particolarmente utili, anche in questo caso, le osservazioni di SASSO, *Calogero: il diritto fra logica e etica*, cit., 374 ss.

la sua professionale conoscenza delle norme giuridiche che disciplinano determinati rapporti sociali. Come Calogero avverte, la selezione degli aspetti rilevanti dell'accaduto, operata dal giudice, risulta condizionata dalla diretta riconducibilità di tali aspetti « a tipi fissi d'azione, quali sono quelli previsti in un codice »⁽⁹³⁾. Di conseguenza, intesa la ricostruzione del fatto alla stregua di un « puro giudizio d'esistenza »⁽⁹⁴⁾, mediante il quale di qualcosa si dice che « è », nel senso che « è realmente accaduto », occorre riconoscere come tale affermazione circa l'accadimento storico di un fatto, anche a voler considerare illusoria la sua configurazione dianoetica, con lo sdoppiamento di soggetto e predicato che in essa sembrerebbe sussistere⁽⁹⁵⁾, non possa che avere per oggetto il particolare modo d'essere delle specifiche circostanze del caso, che il giudice ha compreso a partire dalla propria intelligenza del diritto che regola i rapporti in questione. È nota, al riguardo, la diffidenza espressa da Calogero nei confronti di una peculiare « virtù del concetto », come di tutte quelle costruzioni scientifiche che pretendano di offrire « elaborazioni concettuali dell'esperienza »⁽⁹⁶⁾; è evidente, del resto, come questo particolare modo d'essere del fatto ricostruito sia inteso dal giudice mercé l'impiego di quei concetti giuridici che gli hanno reso possibile conferire un certo significato alla formulazione linguistica della legge e ritenere contemplato all'interno di tale determinazione semantica un certo accadimento⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹³⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 133.

⁽⁹⁴⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 148.

⁽⁹⁵⁾ CALOGERO, *I fondamenti della logica aristotelica*, cit., 32 s., 249 s. [= rist. 27 s., 226].

⁽⁹⁶⁾ CALOGERO, *Logica Gnoseologia Ontologia*, cit., 145 ss., spec. 150.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. G. CALOGERO, *La polemica sui concetti giuridici* (1941), in « Riv. dir. comm. » XLIII (1945) I, 112-129 [= *La natura dei concetti giuridici*, in *Saggi di etica e di teoria del diritto*, cit., 181-209; quindi in IRTI (cur.), *La polemica sui concetti giuridici*, cit., 73-99]. « I "concetti giuridici" — così nel primo volume delle *Lezioni di filosofia* — sono le stesse parole della legge, i termini coi quali la volontà legiferante ha designato i comportamenti da essa comunque previsti: e giacché si tratta di capirli nel più adeguato dei modi, cioè principalmente di sapere se questa o quella situazione, tra le infinite che di volta in volta mette innanzi la vita, vada o non vada compresa in quella prospettata dalla legge nei lineamenti più generali della sua fisionomia, così il giurista è chiamato a dar risposta a tale domanda dal punto di vista di un'organica considerazione del diritto, cioè dell'intero complesso storico delle norme in vigore, per evitare che la più stretta aderenza al caso singolo conduca giudici ed avvocati a un'interpretazione meno unifor-

In definitiva, nella misura in cui l'opera di qualificazione giuridica appare già coinvolta nell'esercizio dell'accertamento processuale — posto che la possibilità stessa della sua sussunzione sotto il diritto costituisce lo scopo della ricostruzione del fatto ⁽⁹⁸⁾ —, risulta problematico distinguere tra l'immediata appercezione intellettuale e il momento predicativo del giudizio. Si è già detto, d'altronde, come, proprio nella strutturale interferenza tra la comprensione dell'accaduto e le esigenze etico-pedagogiche e giurisdizionali del giudizio, Calogero riconosca la più autentica ragione, nonché il limite insuperabile, della prospettata analogia tra il giudice e lo storico. Nell'unità dell'esperienza morale, il dovere di veridicità e imparziale obiettività dell'adeguazione ermeneutica, piuttosto che entrare in contrasto con il carattere suggestivo di ogni insegnamento, viene a costituire lo stesso presupposto della sua efficacia educativa, così nella proposizione, mediante esemplificazioni storiche, di modelli positivi dell'agire, come nell'applicazione, in sede giurisdizionale, delle norme giuridiche ⁽⁹⁹⁾.

A questo punto, d'altra parte, ulteriori e importanti difficoltà, che trascendono i confini della risposta alla *quaestio facti*, vengono in evidenza. Per un verso, l'urgenza della comunicazione semantica, rispondente all'esigenza della partecipazione ad altri dei risultati conseguiti, pone in questione il diverso modo in cui il fatto sarebbe presente al pensiero nella « ricostruzione storica » e nella « esposizione storiografica » ⁽¹⁰⁰⁾. Per altro verso, che qui immediatamente rileva, il condizionamento prodotto dall'esercizio della qualificazione giuridica, nell'accertamento processuale del fatto, chiama in causa la specifica consistenza del giudizio di diritto.

10.2. 'Quaestio iuris'.

Volgendo dunque l'attenzione alla connotazione storica e più

me della legge » (Id., *Logica Gnoseologia Ontologia*, cit., 184 s.; in senso analogo Id., *Etica Giuridica Politica*, cit., 281 ss.).

⁽⁹⁸⁾ V. il testo citato, *supra*, su nt. 79.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. CALOGERO, *La scuola dell'uomo*, cit., 100 ss. [= rist. 67 ss.]; Id., *Logica Gnoseologia Ontologia*, cit., 141 ss.; Id., *Etica Giuridica Politica*, cit., 219 ss.; Id., *Estetica Semantica Istorica*, cit., 360 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Il tema sarà oggetto di specifica considerazione, *infra*, nel § 11.

che storica della risposta alla *quaestio iuris*, non è necessario ripetere quanto già detto in merito alla riconduzione a giudizio storico di quello che risulterebbe, in questo caso, un duplice giudizio di fatto: l'accertamento del « fatto del legislatore » e, almeno in prima istanza, del « fatto-esempio », non sarebbe l'esito della sintesi di un soggetto e un predicato, ma dell'adeguazione noetica alla realtà, mediante la quale il giudice, vagliando i documenti necessari, ricostruisce il contenuto di una certa disposizione normativa e ne verifica la forza di legge. Decisamente più complessa, nella riflessione di Calogero, la specifica natura della fase, che si vorrebbe ulteriore ed eventuale, dell'interpretazione ultrastoriografica del contenuto della norma. Se appare fuori dubbio, nello svolgimento generale del discorso, la consapevolezza dell'estraneità dell'ultrastoriografia all'ambito della comprensione storica dell'accaduto, più di un equivoco ha suscitato la sua definizione come « storiografia del presumibile e del conveniente »⁽¹⁰¹⁾. Ritengo che con questa formula, non priva, forse, di una certa ambiguità⁽¹⁰²⁾, egli abbia inteso ricondurre detta interpretazione a un'opera di integrazione del significato della volontà della legge da parte del giudice (in tal senso, l'uso del prefisso « ultra » esprimerebbe l'eccedenza rispetto al dominio della storiografia), la cui discrezionalità sarebbe stata temperata dalla valutazione, affidata alla sua prudenza, di ciò che, secondo verosimiglianza e opportunità, il legislatore avrebbe potuto volere che fosse voluto (così, l'impiego nel composto del sostantivo « storiografia », oltre a indicare immediatamente quanto risulti superato, starebbe a connotare in senso mimetico l'esito stesso di questo superamento, tale per cui l'immaginazione del giudice si disporrebbe a imitare la sua comprensione storica).

Ciò premesso, se non occorre indugiare sul carattere storiografico dell'accertamento del « fatto del legislatore », la cui determinazione noetica solleva problemi non diversi da quelli già considerati a proposito della ricostruzione di quanto voluto, in concreto, dall'autore del fatto, maggiori difficoltà presenta invece l'accertamento,

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 148, 161.

⁽¹⁰²⁾ Rilevata, tra gli altri, da CROCE, *Rec.* di CALOGERO, cit., 376 [= in *Conversazioni critiche* V, cit., 280 s.] (è il testo citato, *infra*, su nt. 147), e BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., 84 nt. 3 [= rist. 112 nt. 3] (v., *infra*, nt. 169).

secondo la descritta combinazione di attività storiografiche e ultra-storiografiche, del « fatto-esempio ».

In primo luogo, è appena il caso di rilevare, al di là dell'immediata evidenza di taluni casi di scuola (abituamente riferiti a particolari evenienze sconosciute al legislatore per ragioni storiche ⁽¹⁰³⁾), quanto labile sia, nella pratica, il confine tra l'intelligenza di ciò che egli avrebbe realmente voluto (che fosse voluto) e l'immaginazione di ciò che invece avrebbe coerentemente potuto volere (che fosse voluto), tra l'individuazione delle concrete azioni da lui prospettate « con gli occhi della mente », e riassunte nella formulazione linguistica della norma, e la determinazione di quelle ulteriori e diverse azioni che, pur non avendo avuto modo di appartenere al suo « mondo mentale », e dunque di trovare posto nel testo della legge, sarebbero da intendersi verosimilmente comprese nel medesimo schema semantico.

Lo stesso Calogero, del resto, se a più riprese ribadisce la differenza tra le distinte attitudini del giudice, che per un verso accerterebbe la comprensione della *voluntas legis* (interpretazione « storicamente ricostruttiva »), e per altro ne determinerebbe il contenuto secondo convenienza (interpretazione « finalisticamente integrativa ») ⁽¹⁰⁴⁾, non manca poi di avvertire come solo i « platonici del diritto » potrebbero arrivare a credere « che nell'universale della norma sia stata effettivamente consaputa e prevista, dalla volontà legislatrice, ogni sua possibile specificazione particolare, sia pure interna all'ambito di quelle che storicamente potevano essergli note » ⁽¹⁰⁵⁾. Significativa, al riguardo, anche una pagina del terzo volume delle *Lezioni di filosofia*, ove l'interpretazione giurisprudenziale è presa in considerazione quale caso tipico di ricostruzione dell'intento significativo dell'enunciante, che, tenuto conto della necessaria astrattezza del linguaggio della legge, « desume la sua peculiare fisionomia dal fatto d'essere piuttosto una determinazione d'ipotetica plausibilità che una ricostruzione di realtà storica effettiva (piuttosto una individuazione del modo in cui l'ideale legislatore avrebbe voluto che s'intendesse la sua norma, se avesse potuto

⁽¹⁰³⁾ In tal senso anche CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 141 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 144 ss., 161.

⁽¹⁰⁵⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 142.

prospettare quel caso particolare, che un accertamento di quanto il legislatore storico poté davvero avere in mente in proposito) » (106).

Tale notazione conduce a rilevare, in secondo luogo, come invero, per rispondere alla *quaestio iuris*, il giudice non sia chiamato a ricostruire quali azioni il legislatore avrebbe realmente compreso nella norma, o a immaginare quali altre avrebbe verosimilmente inteso comprendervi, qualora fosse stato per lui possibile, ma piuttosto a stabilire se una determinata e concreta azione, accertata in sede di indagine probatoria, debba ritenersi (plausibilmente) in essa compresa. Nel momento in cui il giudice si interroga circa la possibilità che il tipo di azione particolare, opportunamente qualificato, possa ricondursi nell'ambito del tipo generale, previsto dalla disposizione normativa, il ragionamento sussuntivo trascende inevitabilmente il limite della ricostruzione storica.

Di ciò lo stesso Calogero si mostra ben consapevole, laddove, per esempio, nella descrizione del procedimento mentale del giudice, distingue il « puro giudizio d'esistenza » dal « giudizio di predicazione o sussunzione » (107), ovvero si serve della contrapposizione di « *probatio* » e « *jurisdictio* » (108), esplicitamente affermando, quindi, che « conoscenza del diritto significa in concreto sussunzione sotto il diritto » (109). D'altro canto, così risolta la conoscenza del diritto nel procedimento di riconduzione del fatto entro la sua comprensione, la costruzione del predicato, ancor più chiaramente che quella del soggetto, appare dominata dal motivo della sussunzione, ovvero della pertinenza logica dell'uno all'altro. Di conseguenza, nella misura in cui, sia la ricostruzione storica di ciò che avrebbe voluto l'autore del fatto, che la determinazione storica e più che storica di ciò che avrebbe voluto, o potuto volere, l'autore della legge sembrano assorbite nel momento sintetico del giudizio, entrano inevitabilmente in crisi, tanto l'astratta partizione del processo di

(106) CALOGERO, *Estetica Semantica Istorica*, cit., 249.

(107) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 148.

(108) Cfr. CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 149, 154, 180.

(109) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 180. Sembrerebbe essere questo, per altro, il senso del rimprovero mosso a Betti, circa la sopravvivenza di vetusti schematismi logici nella distinzione tra « qualifica giuridica della situazione di fatto » e « interpretazione e individuazione della norma giuridica » (*ibid.* 109 nt. 1).

cognizione, come prospettata da Calogero, quanto il rapporto logico, da lui istituito, tra la forma noetica e quella dianoetica del pensiero ⁽¹¹⁰⁾.

11. *Poteri di controllo della Corte di cassazione: massime di esperienza, vizio logico e difetto di motivazione.*

Condotta a termine tale riflessione critica, è possibile completare l'analisi del discorso di Calogero, con riguardo alle pagine in cui, portando nuovamente l'attenzione sull'istituto della cassazione e sulla competenza dell'organo che lo governa nell'ordinamento giuridico italiano, egli perfeziona la propria decostruzione del paradigma tradizionale.

In primo luogo, secondo la sua interpretazione, alcune tesi della più accreditata dottrina processualistica avrebbero trovato un prezioso conforto nel modello del ragionamento del giudice elaborato nella prima parte del lavoro: è il caso, innanzitutto, della specifica finalità dell'istituto, individuata, nella ben nota lezione di Calamandrei ⁽¹¹¹⁾, nell'unificazione giurisprudenziale; quindi della piena sindacabilità da parte della Corte di ogni operazione riconducibile alla sussunzione e qualificazione giuridica del fatto, rispetto alla quale, pur nella diversa articolazione entro lo schema sillogistico, Carnelutti concordava con il collega fiorentino ⁽¹¹²⁾; infine della consolidata distinzione tra *errores in iudicando* e *in procedendo*, pur considerata « assai empirica ed approssimativa » ⁽¹¹³⁾, nella determinazione dei motivi di cassazione sanciti dall'art. 517 del codice di rito al tempo vigente.

Particolare interesse, in proposito, suscita la controversa questione relativa al controllo dell'uso fatto dal giudice di merito delle così dette massime di esperienza. Calogero ritiene che tale concetto

⁽¹¹⁰⁾ Importanti osservazioni, a questo riguardo, di SASSO, *Calogero: il diritto fra logica e etica*, cit., 263 ss.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 48 ss. [= in *Opere* VII, cit., 57 ss.].

⁽¹¹²⁾ Cfr. CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 804 s. [= in *Studi* I, cit., 376 s.].

⁽¹¹³⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 168.

non avrebbe nessuna reale utilità per la scienza giuridica, non configurando in alcun modo un *tertium genus* logico accanto alle nozioni di diritto e di fatto ⁽¹¹⁴⁾, ma solo l'indebita ipostatizzazione dell'esperienza del giudice nella premessa maggiore di un sillogismo, scaturita dalla perniciosa combinazione di una rigida interpretazione del principio dispositivo con la rappresentazione deduttiva del ragionamento giurisdizionale. Detta critica, a suo giudizio, fornirebbe più solide basi alla posizione di quegli studiosi che, escludendo la possibilità di sindacare le massime che reggono l'accertamento del fatto, limiterebbero la competenza della Suprema Corte solo a quelle presupposte nel giudizio *de iure* ⁽¹¹⁵⁾. Su questa linea, come si ricorderà, sia Calamandrei che Carnelutti ⁽¹¹⁶⁾, distanti nel merito dall'impostazione di Chiovenda ⁽¹¹⁷⁾, ripresa invece da Betti ⁽¹¹⁸⁾, le cui argomentazioni, secondo Calogero, « non fanno in realtà che presupporre la tipica idea del controllo della logicità, per cui si dovrebbe poter collaudare la congruenza razionale del giudizio di fatto senza “riesaminare il fatto” » ⁽¹¹⁹⁾.

In secondo luogo, la messa in discussione della concezione deduttiva della giurisdizione, tesa a chiarire la reale consistenza dell'attività del giudice, consentirebbe di affrontare in modo più consapevole il problema relativo alla pretesa censurabilità, da parte

⁽¹¹⁴⁾ Esplicito il riferimento a P. CALAMANDREI, *Massime di esperienza in Cassazione. Rigetto del ricorso a favore del ricorrente*, in « Riv. dir. proc. civ. » IV (1927) II, 126-134 [= in *Opere* VIII, cit., 405-410], ove le massime di esperienza sono qualificate come un « prezioso *tertium genus* logico che costituisce nella motivazione della sentenza il tessuto connettivo tra i fatti e le norme giuridiche » (*ibid.* 128 [= 406]).

⁽¹¹⁵⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 105 ss., 166 ss.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile* II, cit., 291 ss. [= in *Opere* VII, cit., 277 ss.], e CARNELUTTI, *Lezioni* III, cit., 10 ss.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. CHIOVENDA, *Principii*³, cit., 1024, 1027 ss.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. BETTI, *Sulla prova degli atti interruttivi o estintivi della perenzione*, cit., 257, quindi ID., *Diritto processuale civile*², cit., 696.

⁽¹¹⁹⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 167 nt. 1. « E in quanto provano — prosegue Calogero — la necessità giuridica del sindacato stesso osservando che il cattivo accertamento di un fatto si risolve *re ipsa* nell'applicazione della legge a un fatto al quale essa non doveva essere applicato, e dunque in “falsa applicazione” della legge censurabile in Cassazione giusta l'art. 517 n. 3 c. pr. c., esse interpretano [...] la “falsa applicazione” in un senso che, se fosse accolto in pieno, toglierebbe ogni limite alla competenza della Suprema Corte nei riguardi del *de facto* » (*ibid.* 168).

della Cassazione, dei giudizi di fatto che risultino viziati da errori di logica. Nei confronti di tale orientamento giurisprudenziale, abitualmente sostenuto sulla base di una discutibile estensione della portata del difetto di motivazione all'inadeguatezza del suo contenuto, nel senso dell'incompletezza o incoerenza del ragionamento ivi illustrato, valutando la contraddittorietà dei motivi alla stregua della loro mancanza, Calogero condivide la posizione critica di Calamandrei, in netto contrasto, sul punto, con la tesi proposta da Carnelutti⁽¹²⁰⁾. L'interpretazione delle norme processuali in materia, tale per cui si configurerebbe un difetto di motivazione della sentenza quando il giudice manchi di esprimere come si sia svolto il suo ragionamento, indipendentemente dalla sostanziale correttezza di questo, concorderebbe con l'idea, più volte espressa nelle pagine del libro, secondo la quale gli schemi della sillogistica aristotelico-scolastica altro non sarebbero che forme del linguaggio, meri strumenti semantici, utili a significare quei contenuti di verità eventualmente attinti dalla concreta esperienza, e funzionali dunque a convincere l'uditorio a cui l'argomentazione giurisdizionale si rivolge.

Stesso discorso, secondo Calogero, per quel che concerne la prospettata analogia tra l'atteggiamento del giudice e dello storico, il cui ulteriore approfondimento fornirebbe un contributo decisivo alla corretta intelligenza della funzione giurisdizionale, con specifico riguardo per il diverso approccio del giudice al fatto nella risposta alla *quaestio facti* e alla *quaestio iuris*.

A tal fine, egli rileva l'opportunità di non trascurare, diversamente da quanto avrebbe fatto la più moderna filosofia e metodologia della storia, la distinzione tra la « ricostruzione storica » vera e propria e l'« esposizione storiografica » dei suoi risultati, quindi tra il momento in cui, condotta a termine ogni osservazione e valutazione, lo storico ha presente una determinata situazione, con la persuasione che essa si sia realizzata effettivamente in un certo modo, e il momento, successivo e solo eventuale, in cui questi, interessato a partecipare ad altri il frutto della sua indagine, ne faccia oggetto di una comunicazione semantica, così passando « dalla

⁽¹²⁰⁾ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile II*, cit., 371 ss. [= in *Opere VII*, cit., 350 ss.], con riguardo a CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 808 s. [= in *Studi I*, cit., 381 ss.].

visione al racconto »⁽¹²¹⁾. Questa distinzione, che rielabora sul piano della conoscenza storica quanto acquisito in merito al rapporto tra pensiero noetico e dianoetico fin dallo studio del 1927 sulla logica aristotelica, consolida un ulteriore e decisivo fronte polemico nei riguardi della concezione crociana della storia e, in particolare, del giudizio storico, in relazione con la più generale assunzione, propria dell'idealismo italiano, circa l'universale presenza del linguaggio nell'attività conoscitiva dello spirito⁽¹²²⁾.

In ogni caso, avverte Calogero, quand'anche la distinzione tra esperienza storica e narrazione storiografica fosse ancora da qualcuno respinta, non sarebbe invece contestabile l'ulteriore e ben più evidente differenza — che principalmente rileva, nella prospettiva del discorso — tra la posizione dello storico, esperiente e narrante, e quella di un potenziale suo lettore o ascoltatore⁽¹²³⁾. È questo il risultato che egli intende trasferire e applicare nel contesto di studio della funzione giurisdizionale, laddove, giudicata insostenibile la tradizionale disgiunzione gnoseologica tra conoscenza del fatto e conoscenza del diritto, il criterio in base al quale distinguere la risposta alla *quaestio facti* da quella alla *quaestio iuris* è riferito al modo in cui il fatto stesso sarebbe presente al pensiero del giudice⁽¹²⁴⁾, così che

⁽¹²¹⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 178 s.

⁽¹²²⁾ Cfr., *infra*, nt. 144. La questione è ampiamente approfondita nelle pagine di CALOGERO, *Estetica Semantica Istorica*, cit., 164 ss., 174 ss., 240 ss., 360 ss. Com'è noto, esplicita sarà la manifestazione di dissenso nei confronti di questo libro da parte di B. CROCE, *Nuovo metodo di fare filosofia originale*, in « Quaderni della "Critica" » 14 (luglio 1949) 124 [= in *Terze pagine sparse II* (Bari, Laterza, 1955) 157 s.]. Cfr., in proposito, SASSO, *Calogero: il diritto fra logica e etica*, cit., 393 ss.

⁽¹²³⁾ « Il primo attinge la fede nella realtà storica della sua ricostruzione non dalle parole stesse del suo narrare, ma dal lungo sforzo accertativo ed ermeneutico che a quella ricostruzione l'ha condotto [...]. L'altro, invece, attinge la sua fede nella realtà storica di quella stessa ricostruzione alle parole del narrante, congiunte, naturalmente, alla fiducia che ha in lui. Per l'uno la narrazione è un punto d'arrivo, anzi a rigore un punto che è oltre quello d'arrivo, perché potrebbe mancare pur sussistendo la corrispondente esperienza storica. Per l'altro è un punto di partenza, anzi l'unico punto di partenza, quando egli non si preoccupi di controllare la veridicità della narrazione indagandone i presupposti » (CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 180).

⁽¹²⁴⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 180 s.: « giacché — come egli spiega — mentre quando si tratta di rispondere alla *quaestio facti* tale presenza è il punto d'arrivo,

« chi risponde alla *quaestio facti* sta al fatto come lo scrittore di storia, che deve accertarne l'esistenza per giustificarlo nella rappresentazione, mentre chi risponde alla *quaestio juris* sta al fatto come il lettore di storia, per cui è punto di partenza la sua conoscenza della rappresentazione »⁽¹²⁵⁾.

Un canone siffatto, conclude Calogero, confermerebbe la possibilità di discernere in concreto, come d'altronde accade nella prassi giurisprudenziale quotidiana, le rispettive competenze del giudice di merito e del giudice di legittimità⁽¹²⁶⁾: mentre il primo conoscerebbe il fatto *e gestis*, ovvero « accertando e ricostruendo » quanto realmente accaduto attraverso un'indagine probatoria, il secondo si limiterebbe invece a conoscerlo *ex actis*, « ascoltando e presupponendo » la documentazione processuale dall'altro raccolta⁽¹²⁷⁾.

Ciò premesso, Calogero torna, nella seconda parte del volume, sulla questione dalla quale l'intera riflessione aveva tratto l'avvio, riprendendo l'esame della concreta applicazione, nella giurisprudenza civile della Cassazione, della massima secondo la quale essa sarebbe autorizzata a sindacare anche il giudizio di fatto, laddove consideri il ragionamento del giudice di merito inficiato da un difetto logico. L'analisi della prassi giurisprudenziale consentirebbe di concludere che la Corte, pur non potendosi conformare alla più consueta interpretazione del dettato della massima, attesa l'impossibilità di controllare la sola struttura logica del giudizio di fatto, a

a cui il giudice deve giungere attraverso tutto il processo probatorio, quando si tratta di rispondere alla *quaestio juris* quella presenza medesima è invece il punto di partenza, da cui si muove per la sussunzione giuridica » (*ibid.* 181).

⁽¹²⁵⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 181.

⁽¹²⁶⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 181 s.

⁽¹²⁷⁾ Può essere interessante segnalare, in proposito, per quanto attiene all'interpretazione delle norme di diritto positivo che regolano i poteri della Corte di cassazione, il dissenso manifestato nei confronti della tesi di BETTI, *Diritto processuale civile*², cit., 704 s., espressamente derivata da Chioyenda, circa la legittimità, « nel silenzio del codice e nonostante l'opposta tradizione giurisprudenziale », dell'assunzione di nuove prove in Cassazione. L'esplicito riconoscimento, *ex art.* 490 c.p.c., della possibilità di dedurre nuove prove nel giudizio d'appello, di contro all'improponibilità in quella sede di nuove domande, e attesa la piena competenza di tale giudizio nell'ambito della *quaestio facti*, consentirebbe di inferire, in mancanza di un'analoga statuizione (a maggior ragione necessaria, considerata la più ristretta sfera di competenza del giudice di legittimità), l'esclusione della medesima possibilità dinanzi alla Suprema Corte (CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 182 s. nt. 1).

prescindere dal suo contenuto, così infrangendo ogni limite prescritto alla sua competenza, vi obbedirebbe, in concreto, implicitamente confermando le tesi teoriche fin qui argomentate.

In primo luogo, non solo l'intervento sul giudizio di fatto che si ritenga logicamente viziato comporterebbe sempre un controllo del giudizio nel suo complesso, e dunque la piena conoscenza del fatto, bensì soltanto attraverso un tale controllo sarebbe possibile riscontrare la presenza di un vizio siffatto: « [l]a constatazione del vizio logico è dunque tanto poco una condizione per la legittimità del riesame in fatto, che ne è piuttosto un risultato »⁽¹²⁸⁾. In secondo luogo, sebbene tale intervento investa inevitabilmente il giudizio nel suo complesso, la Cassazione si limiterebbe a conoscere il fatto *ex actis*, secondo l'esposizione proposta nella motivazione della sentenza; in tal senso, dunque, il controllo per vizio logico verrebbe sostanzialmente a risolversi in quello per difetto di motivazione, « sia perché è la mancanza dei motivi l'errore specificamente previsto dal codice processuale italiano come mezzo di ricorso per Cassazione, in nome del quale si può considerarlo come tale anche la mancanza di logicità, sia perché il giudizio di fatto effettivamente conosciuto e controllato dal giudice revisore non è tanto, per le ragioni già ricordate, quello compiuto nella sua realtà storica dal giudice di merito, quanto quello da esso storiograficamente esposto nella motivazione della sua sentenza »⁽¹²⁹⁾.

12. *Dialettica corrispondenza.*

Il libro su *La logica del giudice* apparve, come anticipato, nella primavera del 1937. Il 30 giugno Calogero scriveva a Benedetto Croce, inviandogliene copia, e richiamando la sua attenzione sulla prima parte del lavoro, presentata come « un tentativo di liberare certe parti del diritto probatorio (e in particolare della tecnica della revisione cassazionale del giudizio di fatto) dagli schemi del logicismo tradizionale; e di far vedere come i problemi che ivi s'incontrano possano più opportunamente risolversi quando si presuppon-

⁽¹²⁸⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 189.

⁽¹²⁹⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 190.

gano non le posizioni della vecchia logica, ma quelle della moderna filosofia della storiografia » (130).

Il riferimento, in primo piano, al diritto probatorio, quindi alle condizioni di possibilità di un sindacato in Cassazione del giudizio di fatto, è volto a orientare l'interesse dell'autorevole lettore nei riguardi della specifica questione relativa alla connotazione storica dell'accertamento del fatto in sede giurisdizionale. Non v'è dubbio, in proposito, che rispetto alla « vecchia logica », al « logicismo tradizionale », la « moderna filosofia della storiografia » dovesse intendersi in primo luogo crociana: in questi termini, nota Gennaro Sasso, « Calogero offriva a Croce l'occasione di riflettere su una convergenza che, al di là delle diverse procedure, pur si era realizzata nella concretezza dei risultati » (131). Un'occasione, come si proverà a mostrare, che questi non sembrava affatto disposto a cogliere.

Con una cartolina del 24 luglio, ringraziato Calogero per il volume inviatogli, Croce gli comunicava, non solo di averlo già letto, ma di averne anche scritto una breve recensione (132). Venendo

(130) *Guido Calogero a Benedetto Croce*, S. Domenico di Fiesole (Firenze), 30 giugno 1937, in *Carteggio Croce-Calogero*, a cura di C. FARNETTI, con *Introduzione* di G. SASSO (Bologna, il Mulino, 2004) 54. Può essere interessante confrontare la formula di presentazione qui adoperata da Calogero con quella, in larga misura coincidente, contenuta nella sua lettera ad Alessandro Raselli dell'ottobre 1936 (v., *supra*, nt. 17).

(131) SASSO, *Introduzione*, cit., xxxvi.

(132) *Benedetto Croce a Guido Calogero*, Meana, 24 luglio 1937, in *Carteggio Croce-Calogero*, cit., 55. Dalle pagine di B. CROCE, *Taccuini di lavoro IV. 1937-1943* (Napoli, Arte tipografica, 1987; la data che compare sul frontespizio corrisponde a quella della consegna in tipografia del dattiloscritto, mentre l'edizione è in effetti apparsa — conclusa la stampa di tutti i volumi — nel febbraio 1992) 28 s., apprendiamo che la lettura del libro, ricevuto a Napoli in un giorno non precisato (« prima della mia partenza per la Puglia », si legge nella lettera a Calogero del 24 luglio), risalirebbe al 6 luglio, e che durante la stessa il filosofo napoletano avrebbe preso alcuni appunti per una recensione, che sarebbe poi stata scritta il 9 luglio. Un'ulteriore indicazione al riguardo è contenuta in una lettera ad Adolfo Omodeo, anch'essa datata 24 luglio, nella quale la « stroncatura » del volume in questione è da Croce ricondotta all'« ultimo giorno che passai a Napoli »: *Benedetto Croce a Adolfo Omodeo*, Meana, 24 luglio 1937, in *Carteggio Croce-Omodeo*, a cura e con *Introduzione* di M. GIGANTE (Napoli, Istituto Italiano per gli Studi Storici, 1978) 116. Sono giorni, quelli dell'estate del 1937, durante i quali ha luogo questo confronto epistolare e viene elaborata la recensione in questione, in cui, come si può leggere ancora nei *Taccuini* crociani (IV, cit., 15 ss.), la faticosa preparazione de *La*

quindi a commentare, stringatamente, quella che gli appariva come la tesi centrale del lavoro in questione, egli riprendeva, quasi alla lettera, l'*incipit* dell'annunciata recensione: « non mi pare che si possa sostenere che la Cassazione o altro tribunale faccia giudizi storici »; e proseguiva, rappresentando con ironia la possibilità che gli storici sarebbero stati altrimenti « terribili rivali » dei magistrati. Preavvertiva, infine, senza fornire ulteriori indicazioni al riguardo, l'individuazione del « *punctum* » non considerato dall'autore. Tale *punctum* — come sarà chiaro esaminando la recensione crociana ⁽¹³³⁾ — non può che riferirsi all'idea per cui il proprio della sentenza, la sussunzione, non sarebbe un atto teoretico, teso a conseguire una conoscenza, bensì un atto pratico, finalizzato alla pronuncia di un comando imperativo: l'agire del giudice, pur fondato su una ricostruzione storica del fatto e della legge, si risolverebbe in un atto di volontà, in una decisione idonea a regolare un caso concreto ⁽¹³⁴⁾.

Nella lunga replica del 6 agosto, Calogero si diceva molto lieto per l'attenzione ricevuta dal libro e per l'onore di una recensione nella *Critica*, rispetto alla quale manifestava, accanto al vivo interesse, una particolare « ansietà », e « della quale — la notazione è ancora di Sasso —, come se già l'avesse letta, si poneva a esaminare gli argomenti » ⁽¹³⁵⁾. Invero, proprio l'esame dei presunti argomenti mette in evidenza come questi, non solo non avesse potuto ancora leggere le pagine in questione, ma, soprattutto, avesse decisamente frainteso il nocciolo del dissenso crociano.

Fin dal primo riferimento al « punto centrale » del libro, indi-

storia come pensiero e come azione (Bari, Laterza, 1938), ormai prossima alla conclusione, conosce una lunga pausa (nell'Edizione nazionale delle opere di Croce il volume è apparso nel 2002 [riproduzione della quinta ed. riveduta, Bari, Laterza, 1952], a cura di M. CONFORTI, con una *Nota al testo* di G. SASSO, l'*Apparato critico* e gli *Indici*: da qui sono tratte le citazioni che seguono).

⁽¹³³⁾ V., *infra*, § 13.

⁽¹³⁴⁾ Notazione che riporta alla mente la pagina di CROCE, *Gli sviati della scuola cattolico-liberale*, cit., 246 [= in *Storia della storiografia italiana* I, cit., 179], sulla quale Betti fermava l'attenzione nella sua lettera del dicembre 1916 (v., *supra*, nel Capitolo III, § 5).

⁽¹³⁵⁾ *Guido Calogero a Benedetto Croce*, Cortina d'Ampezzo, 6 agosto 1937, in *Carteggio Croce-Calogero*, cit., 56 ss., su cui SASSO, *Introduzione*, cit., xxxvi.

viduato da Calogero, travisando l'indicazione di Croce, nel « ravvicinamento della ricostruzione giurisdizionale dei fatti a ricostruzione storica ». Così interpretando, egli spostava decisamente il fuoco della discussione, dalla pronuncia della sentenza all'accertamento del fatto, per confermare la propria tesi circa l'essenziale carattere storiografico dell'opera del giudice in sede di indagine probatoria. Ribadita, quindi, l'intenzione di liberare la mentalità dei cultori del diritto processuale « da certi vietati schemi logicistici », per avvicinarla invece « a più moderne concezioni del pensare e del fare », egli sentiva di concordare con quanto più volte osservato da Croce, anche di recente ⁽¹³⁶⁾, in merito alla scarsa propensione dei giuristi, rintanati nello specialismo tecnico e riparati dietro lo schermo dell'alterità delle discipline, all'approfondimento di quei concetti filosofici, « di cui pure debbono far uso », alla luce dei risultati raggiunti dalla più avveduta riflessione contemporanea. « Nel campo che ho studiato — scrive Calogero —, i processualisti operano ancora con la logichetta sillogistica delle scuole. Non sarà stato in ogni caso meglio averli avvertiti che la più adatta logica, per ricostruire e interpretare l'accaduto, non è quella di Aristotele, ma quella di Vico e di Croce? » ⁽¹³⁷⁾.

⁽¹³⁶⁾ L'esplicito rinvio alla « recensione allo scritto del Biondi » si riferisce certamente alla severa nota crociana su P. BIONDI, *Metodo e scienza del diritto* (Roma, Anonima romana editoriale, 1935), laddove il filosofo rileva come « i più dei professori e cultori del diritto guardano dall'alto tavolato delle loro astrazioni la sottostante acqua del mare, ma non vogliono gettarvisi dentro per aver da fare con le onde » (B. CROCE, *Rec. di BIONDI*, cit., in « La Critica » XXXIV/2 [1936] 145).

⁽¹³⁷⁾ *Carteggio Croce-Calogero*, cit., 56. A questo proposito, in una nota posta a margine della lettera in esame, egli richiamava l'attenzione di Croce sul fatto che, nel *Progetto preliminare* del nuovo codice di rito, apparso contemporaneamente al suo libro (cfr. Commissione Reale per la riforma dei codici — Sottocommissione per il codice di procedura civile, *Codice di procedura civile. Progetto preliminare e relazione* [Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1937]), sarebbe stato sottratto alla competenza della Cassazione « quel controllo circa il “difetto dei motivi”, che faceva sorgere le teorie circa la “logica della sentenza” » (*ibid.* 59). Essenziali indicazioni al riguardo ho proposto in NITSCH, « *Il giudice e lo storico* », cit., 651 s. nt. 80; in questa sede mi limito a segnalare come, appena due settimane prima, con una divertente lettera del 23 luglio (riprodotta, in Appendice, come Documento n. 9), fosse stato Calamandrei a sollecitare la lettura da parte di Calogero del *Progetto preliminare*, inviandogliene copia. Al riguardo, v. anche

12.1. *Sul giudizio storico.*

Circa l'opportunità di avvertire i giuristi dei limiti della tradizionale logica sillogistica, segnalando loro la migliore rispondenza, nell'accertamento processuale dell'accaduto, degli strumenti concettuali messi a disposizione dalla moderna teoria storiografica, Calogero si diceva confortato da quanto lo stesso Croce aveva scritto, nell'ultimo fascicolo della *Critica*, « a proposito dell'analogia tra critica storica e critica giudiziale (per così dire) della falsità dei documenti »⁽¹³⁸⁾.

Si tratta di un riferimento sul quale occorre fermare l'attenzione. Nella pagina indicata da Calogero si evidenzia l'affinità tra l'indagine filologica e quella giudiziale, quanto al comune intento di scoprire e smascherare le falsificazioni di documenti e testimonianze, e si sottolinea come lo sviluppo degli strumenti esegetici nella critica delle fonti, il raffinamento delle metodologie d'indagine e dei canoni ermeneutici, la produzione di una speciale trattatistica in proposito abbiano avuto luogo tanto nell'ambiente forense quanto nelle scuole dell'erudizione e della filologia. « Né pone differenza — avverte Croce —, nel riguardo teorico, la qualità della conclusione, che nei tribunali è la sentenza esecutiva e che passa in giudicato con conseguenze praticamente non riparabili o solo parzialmente, laddove nella filologia le dimostrazioni di falsità sono sempre rivedibili e da questa illimitata possibilità di revisione prendono forza e autorità »⁽¹³⁹⁾.

Articolando il proprio ragionamento su un piano (almeno in parte) diverso da quello sul quale Croce aveva inteso svolgere — con un cenno nella lettera, più ampiamente nella recensione — la sua censura, Calogero considera la prospettata analogia tra le indagini del filologo e del giudice come un argomento a favore della possibilità di riconoscere la natura storiografica della ricostruzione giu-

M. TARUFFO, *Calamandrei e le riforme del processo civile*, in *Ventidue saggi*, cit., 129-189, spec. 158 ss.

⁽¹³⁸⁾ *Carteggio Croce-Calogero*, cit., 56 s., con riferimento a B. CROCE, *Studi sulla storiografia. La certezza storica*, in « *La Critica* » XXXV/4 (20 luglio 1937) 256-272 [= in *La storia come pensiero e come azione*, cit., 109-130].

⁽¹³⁹⁾ CROCE, *La certezza storica*, cit., 257 [= in *La storia come pensiero e come azione*, cit., 110].

risdizionale dei fatti ⁽¹⁴⁰⁾. Questo risultato sottintende alcune operazioni ermeneutiche, che conviene rendere esplicite, per meglio apprezzare la prospettiva, e dunque il senso, della lettura da lui condotta. In primo luogo, la differenza espressamente riferita alla qualità della conclusione in tanto non rileva, in quanto l'equiparazione a giudizio storico si intenda riferita — secondo la sua interpretazione della critica crociana — all'accertamento del fatto, e non invece all'applicazione del diritto, da cui la sentenza scaturisce. In secondo luogo, l'analogia tra filologo e giudice appare direttamente funzionale al discorso di Calogero, a condizione che la conoscenza storica — nel senso di noetica adeguazione al reale — sia risolta nella mera ricostruzione dell'accaduto.

Egli, d'altra parte, assumendo di comprendere le ragioni del suo interlocutore in merito all'impossibilità di sostenere che la Cassazione o altro tribunale faccia giudizi storici, si mostra ben consapevole della diversa e più complessa consistenza di tali giudizi nell'ambito del pensiero crociano, e avverte dunque la necessità di una precisazione, carica di implicazioni nel confronto tra i due filosofi, quanto al modo di intendere la conoscenza storica:

« certamente — direi — non ne fa, se per “giudizio storico” intendiamo non solo la ricostruzione dell'accaduto, ma la sua categorizzazione-distinzione quale opera d'arte, opera di pensiero, opera della volontà economica ecc. Ma se ci restringiamo a quel solo campo delle azioni pratiche (o, se vuole, pratico-economiche) la cui ricostruzione interessa il giudizio giurisdizionale, non vedo in che la ricostruzione e interpretazione *in facto* del giudice si distingua essenzialmente da quella dello storico, che egualmente si proponga, in ordine a quel fatto, la domanda *wie es eigentlich gewesen* (e dico ricostruzione *in facto*, perché, per quel che concerne l'interpretazione *de jure* della volontà di legge, ho tentato altrimenti di determinare, come avrà visto, la natura insieme storiografica e più che storiografica) » ⁽¹⁴¹⁾.

L'argomentazione riproduce e conferma lo scarto tra i due piani

⁽¹⁴⁰⁾ « Ora — aggiunge Calogero —, se Le capitasse tra mano la recente *Teoria del falso* del Carnelutti, Ella vedrebbe facilmente quanto a questo intelligente ma unilaterale processualista avrebbe giovato una miglior conoscenza delle moderne concezioni del procedere storiografico » (*Carteggio Croce-Calogero*, cit., 57). Il riferimento è a F. CARNELUTTI, *Teoria del falso* (Padova, Cedam, 1935).

⁽¹⁴¹⁾ *Carteggio Croce-Calogero*, cit., 57.

della discussione. Una distanza analoga si ripropone allora che, rispondendo alla provocazione crociana, riferita all'inverosimile « rivalità » di storici e magistrati, Calogero veniva a difendere la possibilità di una loro reciproca concorrenza, spostando ancora una volta l'attenzione dalla natura della sentenza a quella della ricostruzione e comprensione del fatto. Se tale rivalità non ha di solito luogo, rispondeva, è solo perché non si realizza normalmente la coincidenza delle attitudini ricostruttive, dal momento che, mentre al giudice interessa solo l'accertamento delle vicende private dei soggetti in qualche modo coinvolti nel processo, e solo di quelle vicende che gli appaiono giuridicamente significative, l'angolo di osservazione dello storico evidenzia abitualmente una prospettiva più ampia, tesa a riconoscere le implicazioni politiche e morali degli eventi considerati. Così che, quand'anche entrambi orientino l'attenzione alla comprensione dell'agire di un singolo individuo in un determinato momento della sua vita, « il giudice se ne interessa in funzione di ciò che quell'atto significò per il suo particolare, e lo storico solo per ciò che esso valse a servizio dell'universale » (142).

(142) *Carteggio Croce-Calogero*, cit., 57 s. Nulla avrebbe impedito, d'altra parte, che la coincidenza di tali attitudini si realizzasse: la particolarità del caso che Calogero si accingeva a illustrare, per suffragare con un esempio la propria convinzione, merita ancora una breve digressione. Questi raccontava (*ibid.* 58) di aver letto una comparsa conclusionale redatta nel 1932 da un avvocato di sua conoscenza, in difesa di un impiegato della Repubblica di San Marino, licenziato in tronco per aver abbandonato il posto di lavoro. Agendo in giudizio contro la Repubblica, l'impiegato sosteneva di non aver potuto, al termine di un congedo, riprendere il proprio lavoro, dal momento che la situazione politica tra il 1921 e il 1922 non lo avrebbe permesso. L'avvocato dell'impiegato, così come quello della controparte, si era trovato dunque a elaborare un'esposizione storica della situazione sammarinese di quegli anni, ricostruendo i disordini e gli scontri violenti seguiti alla vittoria dei Popolari nelle elezioni del Consiglio della Repubblica del novembre 1920. La causa, per altro, non fu mai discussa, dal momento che, morto il giudice, la Repubblica riuscì a respingere l'azione come inammissibile. Se invece si fosse regolarmente svolta, anche il giudice si sarebbe dovuto cimentare in una ricostruzione storica dei fatti rappresentati dalle parti e, così facendo, avrebbe senza dubbio rivaleggiato con quello storico che avesse deciso di occuparsi delle vicende in esame. Singolare circostanza, in un caso prescelto come esemplificativo dell'analogia tra il giudice e lo storico, che il magistrato in questione altri non fosse che Vittorio Scialoja.

13. *Una severa recensione crociana.*

L'attesa recensione appariva, puntuale, nel quinto fascicolo dell'annata della *Critica*, pubblicato il 20 settembre del 1937⁽¹⁴³⁾, e non è difficile intendere come la stessa sia risultata a Calogero assai più dura di quanto egli avesse potuto immaginare.

Come prevedibile, l'attenzione di Croce si concentrava prevalentemente sulla prima parte del volume. « Il Calogero — si legge in apertura — vuol dimostrare che il giudizio del magistrato è sostanzialmente giudizio storico; ma della storia mi pare abbia un'idea ancora inadeguata ». L'inadeguatezza consisterebbe, in primo luogo, nella pretesa distinzione tra lo scrittore e il lettore di storia, che induce a ritenere che l'autore abbia in mente non già la storia vera e propria, interiore e filosofica, entro la quale il lettore si unirebbe con il narratore in un unico processo di pensiero, e in tanto si connoterebbe come lettore in quanto « anch'esso ricostruttore e narratore », ma la *historia inferior*, edificata sulle estrinseche testimonianze con il concorso dell'immaginazione, nel cui ambito l'uno e l'altro, facendo esclusivo affidamento su asserzioni altrui, sarebbero in una posizione meramente ricettiva⁽¹⁴⁴⁾.

In ogni caso, ed è l'annunciato *punctum*, fuoco della censura crociana, qualunque idea si abbia della storia, essa « non basta a generare il giudizio del magistrato ». È vero che la conoscenza posta alla base di tale giudizio, come ogni reale e concreta conoscenza, è da ritenersi storica, anche con riguardo alle disposizioni delle leggi;

⁽¹⁴³⁾ L'erronea indicazione del titolo dell'opera, « La logica del giudizio (*sic*) e il suo controllo in Cassazione », è replicata tanto negli indici, del fascicolo e dell'annata della *Critica*, quanto nel volume delle *Conversazioni critiche* V, cit., 279 nt. 1, ove la recensione è successivamente riprodotta: diversamente da BASILE, *Intorno alla logica del giudice di Guido Calogero*, cit., 227 nt. 19, non credo si tratti di altro che di un mero errore materiale.

⁽¹⁴⁴⁾ Esplicito, in proposito, il riferimento alle pagine già discusse di CROCE, *La certezza storica*, cit. Un'ulteriore prova della denunciata inadeguatezza è rintracciata nella pretesa di distinguere la ricostruzione storica dall'esposizione storiografica dei risultati conseguiti: « mi astengo — scrive Croce — dal dimostrare al Calogero che non regge la distinzione tra pensiero ed esposizione storica (pp. 179-80), quasi che un pensiero storico sia possibile senza una corrispondente espressione; perché mi pare che esso stesso, dopo averla tentata, non v'insista e l'abbandoni » (ID., *Rec. di CALOGERO*, cit., 376 [= in *Conversazioni critiche* V, cit., 281]).

ma il proprio della sentenza del giudice consiste nella sussunzione, nella riconduzione del fatto, storicamente accertato, alla norma di legge, ricostruita storicamente anch'essa: « "sussunzione", che non è un atto teorico ma pratico, un atto volitivo, un *imperium*, che individualizza, ossia crea la legge, e pronuncia un comando » (145).

Lo specifico dell'attività giurisdizionale, dunque, non consisterebbe in un'attitudine teoretica, tesa alla conoscenza del « vero », ma in una condotta dell'agire pratico, orientata al conseguimento dell'« utile ». Il giudice, in definitiva, non farebbe storiografia, ma pronuncerebbe un comando imperativo, individualizzando nel caso singolo la volontà della legge, ovvero di volta in volta creandola in concreto — atteso il carattere irrealistico della volizione che abbia per contenuto una serie o classe di azioni —, ossia in una situazione determinata e con una sintesi volitiva a essa corrispondente (146).

« Al Calogero non isfugge (e come potrebbe sfuggire?) questo che egli chiama "ultimo momento" dell'atto del giudice, e che è poi il caratteristico ed unico, e, non riuscendogli di ridurlo al pensiero storico, si consola col chiamarlo "ultrastoriografico, in quanto in esso alla storiografia dell'accaduto si somma una storiografia del presumibile e del conveniente" (p. 161). *Una storiografia del presumibile e del conveniente?* E che è mai questo traghelafo? Una storiografia non può essere se non dell'accaduto. Quale mai soddisfazione prova il Calogero ad eseguire a parole la sua riduzione del giudizio del giudice a giudizio storico col metaforizzarlo come storiografia-non-storiografica? » (147).

È forte il disappunto suscitato dall'ambigua denominazione del momento conclusivo del processo di cognizione, quello dell'interpretazione più che storica della volontà di legge (che sarebbe, a suo dire, « il caratteristico ed unico »), come « ultrastoriografico »: a tal punto incoerente gli appare l'idea di una « storiografia del presumi-

(145) CROCE, *Rec. di CALOGERO*, cit., 376 [= in *Conversazioni critiche* V, cit., 280].

(146) « Tanto si ha qui una creazione pratica — aggiunge Croce —, che, dove la parola della norma appare troppo lacunosa o addirittura manca, si escogita un supplemento, cioè espressamente si pone una nuova norma, non potendosi non sentenziare, ossia non provvedere e comandare » (CROCE, *Rec. di CALOGERO*, cit., 376 [= in *Conversazioni critiche* V, cit., 280]).

(147) CROCE, *Rec. di CALOGERO*, cit., 376 [= in *Conversazioni critiche* V, cit., 280 s.]. Sull'uso, anche crociano, della metafora del « traghelafo », v. G. SILLITTI, *Tragelaphos. Storia di una metafora e di un problema* (Napoli, Bibliopolis, 1980).

bile e del conveniente », che Croce, ritenendo che tale opera del giudice fosse stata intesa da Calogero entro il dominio della ricerca storica, non esita a precipitarla nell'assoluta contraddizione di una « storiografia-non-storiografica » (148). Quanto alla censura di agnosticismo giuridico, mossa a suo carico, con l'accusa di aver confuso la forza con il diritto, egli risponde di aver semplicemente messo in risalto il carattere pratico e imperativo della sentenza, « che essa sia prodotto di una forza amorale o immorale, come nei giudici partigiani e disonesti, — nel qual caso il loro atto serba efficacia di *res iudicata*, — o che sia dettata dalla forza della coscienza morale, come nei giudici probi » (149).

Posta in discussione, quindi, la controversa determinazione della competenza della Corte di cassazione in merito al controllo della correttezza logica delle decisioni giudiziali, l'interpretazione di questo snodo centrale del libro evidenzia un carattere piuttosto problematico. « Movendo dalla mia teoria — scrive Croce — che non si dà un giudizio logico che non sia insieme un giudizio di fatto », Calogero avrebbe sostenuto che anche la Cassazione giudichi del fatto, ma solo *ex actis*. D'altra parte, la questione circa l'opportunità di riferire la coerenza dell'esposizione dei fatti nella sentenza a una pretesa « logicità » di questa sarebbe, ad avviso del recensore, « di lana caprina »: « affatto innocua » risulterebbe infatti l'« ovvia metafora » (che di questo si tratti, egli non sembra avere dubbi), perfettamente comprensibile alla stregua delle molte altre a essa analoghe, e giudicata quindi « ammissibilissima nella sfera dei tribunali, nei quali non si disputa di filosofia, ma ci s'intende alla buona sulle cose da fare » (150).

Il convincimento, in linea di principio condiviso, per cui la conoscenza sarebbe sempre conoscenza di realtà, consegue risultati tra loro profondamente diversi nella configurazione di ciò che sia, per i due filosofi, giudizio di fatto (151). La percezione si identifica,

(148) In tal senso anche SASSO, *Calogero: il diritto fra logica e etica*, cit., 373, 392 s.

(149) CROCE, *Rec. di CALOGERO*, cit., 376 [= in *Conversazioni critiche V*, cit., 281]; cfr., in proposito, ID., *Riduzione*, cit., 33 ss. [= rist. 39 ss.], quindi ID., *Filosofia della pratica*, cit., 355 ss.

(150) CROCE, *Rec. di CALOGERO*, cit., 377 [= in *Conversazioni critiche V*, cit., 281].

(151) Cfr., sul punto, SASSO, *Calogero: il diritto fra logica e etica*, cit., 373 nt. 232.

nella teoria crociana del giudizio, con la rappresentazione penetrata dal pensiero, trasfigurata dall'universalità del concetto, di modo che si possa riconoscere, nel giudizio individuale, l'unico momento della conoscenza in cui sarebbe autentica la distinzione tra soggetto e predicato. La conoscenza del fatto non consisterebbe invece, secondo Calogero, nell'unione o divisione di noemi attraverso la sintesi predicativa del giudizio, quanto piuttosto nella comprensione unitaria dell'accaduto, quale noetica adeguazione al reale. Per quel che concerne, quindi, l'esposizione dei fatti nella sentenza, il problema essenziale non riguarda tanto l'opportunità linguistica di definire come logica la sua coerenza — sulla quale Calogero non avrebbe particolari difficoltà a convenire —, quanto piuttosto l'esigenza gnoseologica — che Croce, invece, non sembra affatto disposto a riconoscere — di distinguere il modo in cui il fatto sarebbe presente al pensiero dello storico, esperiente e narrante, dal modo in cui esso sarebbe presente al pensiero del suo ipotetico lettore o ascoltatore. Una distinzione funzionale, sul piano della ripartizione delle competenze giurisdizionali, a qualificare la posizione del giudice di merito, che, accertando e ricostruendo, conoscerebbe il fatto *e gestis*, rispetto a quella del giudice di legittimità, che, limitandosi a studiare il fascicolo processuale, avrebbe accesso alla medesima conoscenza solo *ex actis* ⁽¹⁵²⁾.

Si perviene così allo svolgimento conclusivo della recensione crociana, ove la specifica valutazione del volume lascia spazio a una più generale reprimenda filosofica. Denunciando l'autentico « furore » del quale, « anche in questo libro » ⁽¹⁵³⁾, Calogero sarebbe preda, contro la logica tradizionale di matrice aristotelico-scolastica,

⁽¹⁵²⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 181 s.

⁽¹⁵³⁾ Si v., in proposito, le recensioni crociane di alcuni precedenti studi di Calogero, in « La Critica » XXXIII (1935) 221 s. [= in *Conversazioni critiche* V, cit., 263-266], e la pronta replica alle censure di una pretesa « soluzione misologica », di G. CALOGERO, *Misologia?*, in « Giorn. crit. fil. it. » XVI/3 (1935) 260-269 [= in *La conclusione della filosofia del conoscere*, Studi filosofici diretti da G. GENTILE, Seconda Serie, vol. XVI (Firenze, Le Monnier, 1938) 126-141 (nuova ed., cit., 141-156)]. Cfr., su tutto ciò, ID., *Benedetto Croce*, cit., 150 ss.

che, « nonostante il suo vizio formalistico-verbalistico », avrebbe di fatto educato al ragionamento l'intera Europa occidentale ⁽¹⁵⁴⁾, Croce affonda gli strali della sua critica al cuore stesso dell'attualismo gentiliano ⁽¹⁵⁵⁾:

« il peggio è che, di là dalla polemica contro la Logica antica e medievale, c'è, nell'autore, una sorta di avversione contro la Logica stessa, contro ogni sorta di Logica, a beneficio di non si sa quale volontarismo o prammatismo o eticismo, che poi, nonostante che si atteggi al contrario, fa tutt'uno con lo sciagurato "idealismo attuale", del quale l'autore crede di essersi tratto fuori, e di cui, invece, egli esibisce lo sfacelo ultimo, il discoperto irrazionalismo decadentistico » ⁽¹⁵⁶⁾.

⁽¹⁵⁴⁾ CROCE, *Rec. di CALOGERO*, cit., 377 [= in *Conversazioni critiche* V, cit., 282]; « l'errore di quella Logica — spiega Croce — consisteva nella indistinzione tra logicità e forma grammaticale, tra pensiero e linguaggio (dove il pericolo, che la minacciava, del sofisma, che è sempre equivoco verbale, *quaternion terminorum*) » (*ibid.*).

⁽¹⁵⁵⁾ In questa prospettiva dev'essere letta anche la severa critica della divisione delle scuole economiche, giudicata « affatto errata », tra quanti considerano l'economia come « scienza di leggi naturalistiche » e quanti, invece, come « constatazione-proposizione di leggi giuridiche » (il riferimento è a CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 154 s.): la seconda di queste scuole, commenta Croce, avrebbe « finora un solo ma grande rappresentante in Italia in un attualista comunisteggiante », « un ingenuo personaggio, digiuno affatto di studi economici, che non si è neppure accorto che le leggi poste dagli economisti non sono "naturalistiche", non si ottengono per induzione, ma sono astrazioni deduttive e matematiche sopra pure forme spirituali » (CROCE, *Rec. di CALOGERO*, cit., 377 [= in *Conversazioni critiche* V, cit., 282 s.]). Appare condivisibile, al riguardo, la valutazione di BASILE, *Intorno alla logica del giudice di Guido Calogero*, cit., 226 s., secondo il quale il « rilievo spropositato » attribuito da Croce a quello che, nel lavoro di Calogero, non è che « un cenno fugace » alla questione, sarebbe funzionale a ricercare nelle sue parole « pretesti polemici, anche per muovere all'attacco di terzi estranei » (in questo caso, mai nominato nella recensione, si tratta di Ugo Spirito); il che spiega, per altro, il senso della connessione discorsiva (non colto da BASILE, *ivi* in nt. 10: « l'iniziale "A questo proposito" non connette in alcun modo il nuovo discorso al precedente »): la posizione di Spirito rappresenterebbe infatti, per Croce, un'ulteriore dimostrazione delle rovinose conseguenze dell'attualismo gentiliano.

⁽¹⁵⁶⁾ CROCE, *Rec. di CALOGERO*, cit., 377 [= in *Conversazioni critiche* V, cit., 282]. Di lì a breve, Calogero risponderà esplicitamente a Croce su questo punto, ricordando, nell'*Avvertenza* alla prima edizione de *La conclusione della filosofia del conoscere*, l'« accusa di un maestro » che avrebbe imputato al suo pensiero l'esibizione di un « discoperto decadentismo »: « "decadente" o no, sta il fatto che io condivido senza riserve la preoccupazione e l'intenzione morale che determinano quella condanna dell'"attivismo". Solo, non credo al rimedio prescritto: la logica e la gnoseologia! » (CALOGERO, *La conclusione della filosofia del conoscere*, cit., XII [nuova ed., cit., x]).

14. *Ulteriori reazioni critiche.*

Come anticipato, la pubblicazione de *La logica del giudice* ha suscitato, a stretto giro, ulteriori reazioni critiche meritevoli di qualche considerazione ⁽¹⁵⁷⁾. Per un verso, le pagine di Carlo Antoni, filosofo educato alla scuola di Croce, offrono puntuali osservazioni in merito al rapporto tra storiografia e giurisdizione, utili non solo a confermare il carattere problematico di alcune tesi sostenute nel libro, ma anche a ponderare meglio le valutazioni espresse al riguardo nella recensione crociana. Per altro verso, gli interventi di Francesco Carnelutti e Norberto Bobbio, prevalentemente incentrati sulla messa in discussione, da parte di Calogero, della rappresentazione sillogistica della sentenza civile, costituiscono una spia molto significativa — la reazione di un giurista tra i più attenti e sensibili alla riflessione teorica e quella di un filosofo del diritto profondamente coinvolto nei problemi della logica — della reale apertura della cultura giuridica italiana di quegli anni nei confronti di una critica così radicale e sofisticata del paradigma consolidato.

Della recensione di Antoni, apparsa nella primavera del 1938 nel *Giornale critico della filosofia italiana*, Calogero, che aveva espressamente sollecitato, al riguardo, l'attenzione di Giovanni Gentile ⁽¹⁵⁸⁾, era da tempo preavvertito ⁽¹⁵⁹⁾. Pur considerando la

⁽¹⁵⁷⁾ V., *supra*, nt. 4.

⁽¹⁵⁸⁾ Il 19 giugno 1937 egli scriveva a Gentile per informarsi in merito all'avvenuto recapito, da parte della Cedam, di una copia del suo libro presso la direzione del *Giornale*: « Mi sarebbe infatti assai caro se esso fosse esaminato e discusso anche da filosofi » (GENTILE-CALOGERO, *Carteggio (1926-1942)* [= G. GENTILE, *Epistolario XIII*], a cura di C. FARNETTI [Firenze, Le Lettere, 1998] 181).

⁽¹⁵⁹⁾ Il 1 agosto 1937 Antoni gli scriveva: « Mio caro Calogero, / Reduce da due settimane di campo d'armi ad Ovindoli, trovo la tua cartolina e trovo pure la tua "Logica del giudice", che Gentile mi ha inviato affinché la recensissi: sicché aspettati di essere ghigliottinato una seconda volta » (*Carlo Antoni a Guido Calogero*, Roma, 1 agosto 1937 [lett. ms.]). Quindi, dieci giorni dopo: « Mio caro Calogero, / Non ho fatto come Croce, cioè non ho divorato in un giorno il tuo volume, ma gli ho dato una scorsa: ho potuto così notare che tutto mi interessa, non soltanto il capitolo IV. Me ne occuperò però soltanto a settembre, al mio ritorno da un giretto sul Reno. Parto domani » (*Carlo Antoni a Guido Calogero*, Roma, 11 agosto [1937] [cart. post. ms.; indirizzata: Chiar. / Prof. Guido Calogero / Casa Leon 58 / Cortina d'Ampezzo]). Infine, in calce a una lettera del

posizione dell'autore come « una curiosa contaminazione di attualismo gentiliano e di teoria crociana dei distinti »⁽¹⁶⁰⁾, Antoni condivide, nella sostanza, la denuncia del carattere meramente illusorio, contrariamente a quanto affermato da certi « teorici della procedura », dell'adozione dello schema sillogistico nel ragionamento giurisdizionale, come nello specifico del procedimento probatorio, e riconosce alla base di tale opzione critica « una rivendicazione della responsabilità ed umanità del giudice »⁽¹⁶¹⁾.

Egli ritiene, invece, di dover prendere le distanze da Calogero, quanto alla presunta affinità tra l'accertamento processuale del fatto e l'indagine storica, con riferimento alla quale questi avrebbe mancato di rilevare la profonda differenza tra il soggetto della storia e il soggetto giuridico⁽¹⁶²⁾, quindi, per ciò che attiene al lavoro di ricostruzione degli avvenimenti, tra la condotta del giudice e quella dello storico⁽¹⁶³⁾. L'analogia con la storiografia svolgerebbe, d'altra parte, una funzione ulteriore, concorrendo a definire la portata del

27 novembre: « P.S. A giorni terminerò la recensione del tuo volume » (*Carlo Antoni a Guido Calogero*, Roma, 27 novembre [1937] [lett. ms.; su carta intestata: Istituto italiano / di studi germanici / Roma / Villa Sciarra Wurts / sul Gianicolo]). Le lettere di Antoni a Calogero sono conservate in ACS., Fondo Calogero, Busta 55.

⁽¹⁶⁰⁾ ANTONI, *Rec. di CALOGERO*, cit., 160.

⁽¹⁶¹⁾ ANTONI, *Rec. di CALOGERO*, cit., 159 s. « Comunque sia — chiude Antoni sul punto —, l'indagine condotta dall'A. per mostrare che il procedimento sillogistico non interviene affatto nella giurisdizione, è penetrante e felice, tale da non lasciar dubbî di sorta » (*ibid.* 160).

⁽¹⁶²⁾ « Il soggetto della storia è senza dubbio la coscienza umana, ma per lo storico, che è volto all'universale, al moto e divenire "storico", tale coscienza culmina soltanto in certi istanti nei suoi eroi, laddove quella contemplata dal giudice deve declinare le sue generalità, è cioè giuridicamente individuata. L'indagine del giudice, diretta a determinare la responsabilità del singolo, è prammatica, atomistica, isola l'individuo e astrae la sua azione. Il soggetto giuridico è più "oggettivo" ed astratto di quello storico. E ciò forse spiega l'invasione d'un formalismo astratto nella procedura, invasione che non si è mai verificata nella storiografia » (ANTONI, *Rec. di CALOGERO*, cit., 161).

⁽¹⁶³⁾ « È vero bensì che tanto il giudice quanto lo storico raccolgono, vagliano e interpretano documenti e testimonianze. Ma mentre il giudice effettivamente ricostruisce il "fatto", astraendolo dal punto di vista giuridico, lo storico non ricostruisce il "fatto" per la semplice ragione che il cosiddetto fatto storico è a sua volta un'ipostasi, un'astrazione » (ANTONI, *Rec. di CALOGERO*, cit., 161). « Del resto — si legge poco oltre — il giudizio del giudice è sussunzione sotto un tipo: sussunzione schematica che nella storiografia si riscontra solo in certi indirizzi sociologici ed è un errore » (*ibid.*).

controllo logico in sede giurisdizionale: andrebbe letta in questi termini la distinzione tra scrittore e lettore di storia, « che non si può accogliere senza riserve per quanto riguarda la storiografia, ma che nei riguardi delle opportunità procedurali della Cassazione è plausibile ». Esclusa la possibilità del controllo formale di un procedimento di deduzione sillogistica, sarebbe ammesso « un controllo della logicità che interviene nel merito », non dal punto di vista dello scrittore di storia, il giudice inferiore che ricostruisce il fatto raccogliendo ed esaminando le prove, ma del semplice lettore (*rectius*: « del recensore o del critico »), il giudice di legittimità, che, accettando la ricostruzione del fatto, si limiti a verificarne la coerente esposizione: « Ed ecco salva — conclude Antoni — la logica della Cassazione » (164).

In merito a queste notazioni, è possibile rilevare come, sebbene nella sua recensione Croce non si fosse particolarmente soffermato sulla questione, risulti evidente l'influenza del suo pensiero sulle osservazioni rivolte a Calogero circa il modo in cui il giudice e lo storico prenderebbero in considerazione la coscienza umana quale soggetto delle azioni al centro del loro interesse. Su due ulteriori aspetti, invece, la critica di Antoni si discosta significativamente da quella crociana. Questi mostra di apprezzare, in primo luogo, l'opportunità, oltre che il tenore, delle obiezioni mosse contro la rappresentazione sillogistica della sentenza, e l'importanza delle riflessioni circa la consistenza logica del giudizio sussuntivo. Egli appare inoltre disposto a riconoscere la ragionevolezza, nell'ottica di una migliore comprensione dei limiti del controllo operato dalla Cassazione, della distinzione prospettata da Calogero — pur non condivisa, con Croce, sul piano della teoria storiografica —, tra la posizione dello storico narrante e quella del suo (critico) lettore.

La nota di Carnelutti, molto breve secondo lo stile dell'« Indice bibliografico » della *Rivista di diritto processuale civile*, anticipa alcuni tratti essenziali della più ampia riflessione di Bobbio, che occupa l'intero settimo capitolo del suo libro sull'analogia. L'indagine di Calogero avrebbe prodotto una pregiata diagnosi dell'attività spirituale del giudice, impiegando, a tal fine, uno strumentario

(164) ANTONI, *Rec. di CALOGERO*, cit., 162.

concettuale decisamente più raffinato di quello che i giuristi sarebbero soliti adoperare. Tanto premesso, nulla di realmente nuovo sarebbe emerso dai suoi risultati; in primo luogo, nel riferimento proposto dal giurista friulano, circa il carattere « anche e forse principalmente » storiografico dell'attività del giudice, che non consisterebbe tanto nel collegare tra loro le premesse, secondo logica, quanto piuttosto nel trovarle: « una verità, della quale, in fondo, nessuno ha mai dubitato » (165). Per di più, l'elegante dimostrazione che la struttura logica della sentenza non sarebbe quella del sillogismo ma quella della sussunzione avrebbe potuto forse procurare un certo disorientamento nei giuristi, « a evitare il quale — conclude Carnelutti — serviva meglio la antica e onorata povertà; tanto più se fosse vero che la nuova ricchezza è, come avviene spesso per la filosofia, soprattutto nelle parole ... » (166).

Anche Bobbio ferma l'attenzione sulla tesi per cui la reale difficoltà affrontata dal giudice non starebbe nel ricavare meccanicamente la conclusione, bensì nel fissare le necessarie premesse (167), svolgendo però, in modo più articolato, la propria critica. Innanzitutto, tale osservazione sarebbe « psicologista », l'esito di una pericolosa confusione, a suo dire ricorrente nel ragionamento di Calogero, tra argomenti logici e psicologici, che lo avrebbe indotto a combattere il sillogismo per quello che esso non è e non può essere, « uno strumento necessario e sufficiente per raggiungere la verità », e a non cogliere quello che esso effettivamente è, « uno schema logico, entro cui trova la sua necessaria configurazione il ragionamento deduttivo » (168).

(165) Cfr., *infra*, nt. 167.

(166) CARNELUTTI, *Rec. di CALOGERO*, cit., 370.

(167) Mi limito a segnalare, a questo riguardo, come tale tesi, ripetuta da P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice. Lezioni Universitarie*, Parte prima. *Premesse storiche e sistematiche* (Padova, Cedam, 1941) 60 nt. 1, sarà presa esplicitamente in considerazione anche da H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen* (Wien, Manz, 1979) 354 nt. 173 [= *Teoria generale delle norme*, a cura di M.G. LOSANO, trad. it. di M. TORRE (Torino, Einaudi, 1985) 449 nt. 3], che pone CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 51, in connessione con quanto sostenuto da J. DEWEY, *Logical Method and Law*, in « Cornell L. Q. » 10 (1924) 17-27.

(168) BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., 82 [= rist. 110]. Nel corso di tutto il libro, inoltre, non sarebbe chiaro se l'autore consideri « come erroneo », ovvero

L'osservazione, per altro, sarebbe « incontrovertibile e addirittura ovvia », fermo restando, del resto, che, qualunque sia la difficoltà incontrata, la determinazione di due premesse risulterebbe indispensabile affinché si possa trarre una conclusione: « osservazione dunque — conclude Bobbio — che proprio per questo in definitiva riconosce al lavoro del giudice, astrazione fatta dalla laboriosità della sua ricerca, di cui la Cassazione si disinteressa, la raffigurabilità in uno schema sillogistico di ragionamento »⁽¹⁶⁹⁾.

Così escluso, a suo giudizio, che le tesi in esame abbiano un effettivo « valore pratico », egli si domanda se le stesse possano avere un qualche « valore teoretico », ponendo in discussione la pretesa di configurare il ragionamento del giudice come sussunzione piuttosto che come sillogismo. Laddove Carnelutti si era prudentemente limitato a ipotizzare che la novità potesse avere una consistenza meramente verbale, Bobbio esplicita il proprio dissenso nella retorica formulazione degli interrogativi che seguono: « che altro è questa sussunzione se non l'essenza stessa del ragionamento sillogistico? che cosa vuol dire sillogismo se non sussunzione di una premessa minore in una premessa maggiore? forse che il Calogero sostituendo il concetto di sussunzione a quello di sillogismo ritiene davvero di aver rivoluzionato la logica del diritto? »⁽¹⁷⁰⁾.

« soltanto come antiquato », il riferimento allo schema sillogistico nella descrizione della struttura logica della decisione giudiziale; d'altro canto, aggiunge Bobbio, « nel campo specifico della scienza processualistica, in cui si muove il Calogero, non pare che la configurazione della sentenza a sillogismo abbia prodotto mai seri inconvenienti per trasgressione dei propri limiti, ma è apparsa se mai soltanto come una forma di innocente e perdonabile civetteria di giuristi » (*ibid.* 81 s. [= 109 ss.]).

⁽¹⁶⁹⁾ BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., 83 [= rist. 111]; quanto al lavoro della Suprema Corte, essa si limiterebbe, dal canto suo, a controllare la coerenza logica del rapporto tra le premesse e la conclusione: « che in tal modo — si domanda lo studioso torinese —, la Cassazione sarebbe costretta ad uscir fuori dalla sua competenza, cioè a ricostruire il fatto, posto che il Calogero ritiene che non si dia sindacabilità della logica di un giudizio che non implichi nello stesso tempo la sindacabilità del fatto? ». Sull'analisi del giudizio di diritto, e la sua connotazione come « ultrastorico », Bobbio richiama le pagine della recensione crociana, limitandosi a sottolineare come Calogero, distinguendo tra una volontà effettiva e una volontà presunta, si sarebbe attenuto ancora a una concezione volontaristica della norma, « che nella scienza giuridica è antica per lo meno quanto la logica aristotelica nella storia della logica » (*ibid.* 84 nt. 3 [= 112 nt. 3]).

⁽¹⁷⁰⁾ BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., 85 [= rist. 113]. Un generale apprezzamento nei confronti dell'analisi di Bobbio, al quale sarebbe però « sfuggito il

Rispetto alle critiche mosse da Carnelutti e Bobbio, occorre in primo luogo osservare come l'affermazione, più volte ricordata, secondo la quale l'opera del giudice consisterebbe nella formulazione delle premesse piuttosto che nella derivazione della conclusione, così esaurendosi, « considerata dall'angolo visuale di quella rigorosa logicità sillogistica », in un ambito essenzialmente « prelogico » o « estralogico »⁽¹⁷¹⁾, sia funzionale, nel discorso di Calogero, a sostenere invece l'esistenza di un autentico fondamento logico del procedimento giurisdizionale, diverso dalla meccanica fatalità deduttiva, e coincidente con la concreta razionalità della sussunzione, dell'enunciazione di un giudizio idoneo a riferire uno specifico predicato a un determinato soggetto⁽¹⁷²⁾. Quanto all'ipotesi avanzata da Bobbio, in merito a un implicito riconoscimento della possibilità di configurare in uno schema sillogistico il ragionamento del giudice (configurazione, per altro, considerata dallo studioso torinese come nulla più che una « innocente e perdonabile civetteria di giuristi »⁽¹⁷³⁾), essa andrebbe meglio precisata con riferimento alla distinzione, della quale Calogero mostra — come già avvertito — una qualche consapevolezza, tra la struttura logica del giudizio e quella della motivazione⁽¹⁷⁴⁾.

punto centrale della questione, quanto al problema della situazione della logica nella filosofia dello spirito », si legge in una lettera di Calogero allo studioso torinese del 26 marzo 1939, riprodotta, in Appendice, come Documento n. 10. La traccia di una rivisitazione delle critiche espresse sul lavoro di Calogero, « forse — riconsiderandole oggi — anche sbagliate », è contenuta in una testimonianza di N. BOBBIO, *Il più giovane dei miei maestri*, raccolta nel febbraio 2001, e pubblicata in G. CALOGERO, *Le regole della democrazia e le ragioni del socialismo* (1968), nuova ed. a cura di TH. CASADEI (Reggio Emilia, Diabasis, 2001) 135-141, p. 138.

⁽¹⁷¹⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 51.

⁽¹⁷²⁾ In tal senso, non mi sembra che la critica svolta da G. CARCATERA, *La logica e le prove*, in *Studi in onore di Carmine Punzi V* (Torino, Giappichelli, 2008) 467-487, p. 470 s., colga la reale prospettiva dell'argomentazione di Calogero.

⁽¹⁷³⁾ BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., 82.

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr., *supra*, nt. 31. Forse proprio la possibilità, contemplata da Calogero, che tale schema conservi una propria utilità nell'ambito della motivazione della decisione giudiziale, come strumento di descrizione e giustificazione del ragionamento sottostante, potrebbe spiegare l'incertezza, rilevata da Bobbio, quanto alla connotazione alternativa dell'uso — « erroneo », o soltanto « antiquato » — della tradizionale raffigurazione della sentenza come un sillogismo (v. anche, *infra*, nell'Epilogo, nt. 71).

Per ciò che riguarda, infine, l'ipotesi che la sostituzione del modello sillogistico con quello del giudizio sussuntivo altro non comporti che un cambiamento di parole, non sembra corretto, comunque si valuti la prospettiva di Calogero, derivare, dalla possibilità che differenti procedimenti logici conseguano il medesimo risultato, l'identità degli stessi ⁽¹⁷⁵⁾. Detta differenza, per altro, risulta ancor più rilevante quando si torni a considerare la distanza che separa, dalla più consueta configurazione del sillogismo giudiziale, tale per cui sia l'enunciazione della norma che quella del fatto integrerebbero autonomi giudizi, ciascuno dei quali articolato in soggetto e predicato (la fattispecie astratta e la sua conseguenza giuridica, nella premessa maggiore; il fatto concreto e la fattispecie astratta, nella minore), la ricostruzione proposta da Calogero, secondo la quale, distinguendo tra conoscenza noetica e dianoetica, appercezione intellettuale e sintesi predicativa, l'enunciazione del fatto e quella della norma costituirebbero, rispettivamente, il soggetto e il predicato di un unico giudizio, mediante il quale il giudice andrebbe a sussumere l'azione che si è concretamente realizzata nell'astratta previsione della volontà di legge, così riconducendo un concetto meno esteso e più comprensivo nell'ambito di un concetto più esteso e meno comprensivo.

⁽¹⁷⁵⁾ In tal senso anche SASSO, *Calogero: il diritto fra logica e etica*, cit., 244 nt. 58, 255 s.

EPILOGO

1. « Tra la bilancia e il gladio ». — 2. Ancora una recensione crociana. — 3. Un Croce « parziale », ma « vivo ». — 4. Il giudice e la legge.

1. « Tra la bilancia e il gladio ».

Di certo la più nota tra le reazioni, nei confronti del libro di Calogero e delle polemiche dallo stesso suscitate, resta quella di Piero Calamandrei, consegnata alle pagine de *Il giudice e lo storico* (1).

Ancora uno stralcio del carteggio tra i due studiosi, divenuti intanto buoni amici, restituisce un interessante retroscena della preparazione di questo saggio. In una lettera del 9 giugno 1938, richiamata l'attenzione sulla recensione di Antoni, da poco apparsa, Calogero manifestava a Calamandrei la propria intenzione di tornare sul problema, e discutere le diverse critiche raccolte; « intanto — aggiungeva —, attendo il tuo articolo, perché quanto me ne anticipasti [...] m'è rimasto nella memoria e mi fa sempre più desiderare di leggerlo per intero » (2). L'articolo in questione, come conferma la pronta risposta di Calamandrei (3), è proprio quello sul giudice e lo storico, che questi non aveva ancora cominciato a scrivere, ma in relazione al quale la conversazione rievocata da Calogero gli avrebbe chiarito le idee. Nei mesi successivi il dialogo epistolare tornava a più riprese sulla laboriosa stesura (4), finché, il 5 gennaio del nuovo anno, Calamandrei informava l'amico della sua conclusione, invian-

(1) V., *supra*, nel Prologo, nt. 88.

(2) La lettera è riprodotta, in Appendice, come Documento n. 11.

(3) Trascritta, in Appendice, come Documento n. 12.

(4) Indicazioni al riguardo in NITSCH, *Prime note sul carteggio Calamandrei-Calogero*, cit., 154 nt. 35.

dogliene copia prima che fosse stampato, di modo che questi potesse farne una lettura critica: « Se c'è, come ci sarà di certo, qualche ingenuità o improprietà di stile, ti sarò grato se me lo farai rilevare: ed anche se mi dirai se sugli argomenti da me sfiorati ci sia da vedere qualche filosofo nostro contemporaneo (per es. Gentile), che anche un giurista non possa non conoscere (e che io, ahimè, non conosco!) » (5).

Non ho potuto rintracciare, nella documentazione d'archivio esaminata, la bozza trasmessa da Calamandrei, né ho trovato traccia, nella successiva corrispondenza, di una qualche notazione critica da parte di Calogero. La lettera, in ogni caso, mostra con chiarezza il progressivo consolidamento di una proficua consuetudine di lavoro, che impegnava il giurista e il filosofo nella reciproca disponibilità delle rispettive competenze.

Nell'articolo, apparso nella primavera del 1939, Calamandrei riassume i termini della discussione filosofica tra Calogero e Croce, nel cui ambito « il procedurista non potrebbe, senza peccar di indiscreta presunzione, assidersi terzo »; propone, quindi, alcune puntuali osservazioni sul metodo attraverso il quale si lavora, in sede processuale, alla ricostruzione della verità giudiziaria, con la speranza che ciò possa contribuire a chiarire le somiglianze e le differenze tra l'attività del giudice e quella dello storico (6).

Egli contrappone, in primo luogo, l'« irrequieta curiosità » dello storico, che sceglierebbe in completa autonomia l'oggetto della propria indagine, elaborando da sé i contorni del problema al quale la stessa dovrà procurare una soluzione, alla « passiva attesa » del giudice, posto dinanzi a una domanda da altri formulata, nei limiti della quale, necessariamente, dovrà contenere la propria risposta. Quanto poi all'accertamento del fatto e del diritto, se nella conoscenza delle norme vigenti il giudice disporrebbe della stessa libertà d'indagine dello storico, diversamente andrebbero le cose per quanto concerne la ricognizione dei fatti, in relazione alla quale la sua autonomia risulterebbe normalmente circoscritta sotto diversi aspetti. Compete alle parti, infatti, non solo la posizione dei termini della

(5) È il Documento n. 13, riprodotto in Appendice.

(6) CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 357; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 109 [= in *Studi V*, cit., 31; quindi in *Opere I*, cit., 396 s.; rist. 66].

questione, ma anche l'indicazione dei fatti giuridicamente rilevanti per la risoluzione della stessa; la legge, inoltre, stabilisce precise regole concernenti l'ammissibilità dei mezzi probatori e l'efficacia degli stessi, sottraendo, altresì, al vaglio critico del giudice, la valutazione delle così dette prove legali (7).

È interessante rilevare come, alla luce di queste prime notazioni circa le specifiche attitudini cognitive, l'oggetto e i limiti delle rispettive indagini, Calamandrei interpreti sistematicamente a favore del giudice quegli argomenti che sembrerebbero invece accreditare una maggiore attendibilità del giudizio dello storico. Così, la sua inerzia viene rappresentata quale suprema garanzia di « imparzialità », laddove, già nella scelta del tema, lo storico confesserebbe l'orientamento delle proprie preferenze e anticiperebbe, seppur implicitamente, il criterio della propria soluzione. Quanto alla manifesta « relatività », che le molteplici restrizioni processuali conferirebbero all'accertamento dei fatti compiuto in sede giudiziaria, condizionando il valore della *res iudicata* alla peculiarità delle premesse poste, e riferendone dunque la validità esclusivamente alle parti in causa e non oltre i confini della singola controversia, il medesimo carattere connoterebbe anche l'indagine storiografica, sebbene ciò non risulti confessato, almeno non con altrettanta sincerità, nelle conclusioni dello storico, il cui giudizio, del resto, « non è mai senz'appello ». Atteso, infine, che il giudice deve necessariamente emettere un giudizio, non potendo, « anche in quei casi in cui lo storico rimarrebbe incerto », pronunciare un *non liquet*, condizioni e termini disposti dalla legge — il « formalismo astratto » che, a detta di Antoni, avrebbe invaso la procedura (8) — non renderebbero meno penetrante ed esauriente la sua ricerca della verità, rappresentando piuttosto un complesso di efficaci espedienti, una sorta di « metodologia legale », attraverso la quale lo Stato si propone di liberare il magistrato dal pericolo dell'errore e di trasformare la sua comprensibile « perplessità psicologica » in una

(7) CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 357 ss.; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 109 ss. [= in *Studi V*, cit., 31 ss.; quindi in *Opere I*, cit., 397 ss.; rist. 66 ss.].

(8) ANTONI, *Rec. di CALOGERO*, cit., 161.

necessaria « certezza giuridica »⁽⁹⁾. In definitiva, conclude sul punto Calamandrei, finché si resta nell'ambito dell'accertamento dei fatti della causa, o della verifica della positiva vigenza delle norme di legge, la riduzione dell'attività giudiziaria a storiografia sarebbe « fondamentalmente legittima »⁽¹⁰⁾.

L'accostamento tra le figure del giudice e dello storico comincerebbe ad apparire, invece, « dubitabile e disputabile », quando si tratti di considerare il « momento essenziale della giurisdizione », la sussunzione del fatto sotto la norma, mediante la quale sarebbe possibile trasformare la disposizione astratta nel comando concreto, e formulare la *lex specialis* per il caso singolo. Chi, per risolvere il problema, si fosse rivolto alla letteratura processualistica, avrebbe potuto essere indotto a qualificare anche l'applicazione del diritto al fatto come un'opera storiografica: largamente diffusa in dottrina sarebbe stata, infatti, la rappresentazione dell'individuazione della legge astratta nel comando concreto come un fatto avvenuto « prima e fuori del processo, senza alcun concorso del giudice », il quale si limiterebbe, proprio come uno storico, a registrarlo e « dichiararlo », senza interferire con la propria volontà nel corso degli eventi. L'idea che la pronuncia giudiziale non faccia che accertare il diritto, che dunque la giurisdizione, nella fase di cognizione, abbia un'efficacia essenzialmente dichiarativa, « deriva — nelle parole di Calamandrei — dal considerare la funzione giurisdizionale come un complemento necessario della funzione legislativa, e quindi dal considerare la sentenza del giudice nient'altro che come una specificazione e una individuazione di quella volontà del legislatore che già si trova depositata, in forma generale ed astratta, nella leg-

⁽⁹⁾ CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 361 ss.; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 113 ss. [= in *Studi V*, cit., 35 ss.; quindi in *Opere I*, cit., 400 ss.; rist. 69 ss.]. Non reggerebbe, secondo il giurista fiorentino, la differenza, da alcuni prospettata, tra l'indagine storiografica, volta a ricercare la verità reale, e l'istruttoria giudiziaria, tesa a fissare, secondo precise regole probatorie, una verità meramente formale, « che in sostanza sarebbe una illusoria finzione »: anche il processo civile, con il suo proprio metodo d'indagine, avrebbe quale unico scopo « la ricerca della verità, della verità semplice ed una, senza aggiunte e senza qualificazioni » (*ibid.* 362 s.; 114 s. [= 37; 401 s.; 71]). Cfr., a questo riguardo, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 1 ss., 143 ss.

⁽¹⁰⁾ CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 364; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 116 [= in *Studi V*, cit., 39; quindi in *Opere I*, cit., 403; rist. 72].

ge » (11). La « concreta volontà di legge », secondo la consolidata denominazione chiovendiana (12), nascerebbe dunque dall'incontro del fatto con la norma giuridica, allorquando si produca in concreto, nella realtà, una fattispecie avente gli stessi caratteri previsti in astratto dalla norma, così che un precetto ipotetico, « rivolto a tutti e a nessuno », si individui in un comando categorico, « rivolto a una persona determinata » (13).

Tale ricostruzione presenta più di un motivo di interesse, sul quale conviene fermare l'attenzione. Per un verso, essa configura, per quanto concerne l'accostamento dell'attività del giudice a quella dello storico, una prospettiva diversa e ulteriore rispetto a quella di Calogero, che appare addirittura più radicale. Se quest'ultimo, infatti, capace di considerare il problema « con occhio di filosofo e insieme con occhio di giurista » (14), aveva qualificato come storiografica l'attività del giudice nella risposta alla *quaestio facti*, problematicamente assumendo che, nel rispondere alla *quaestio iuris*, questi avrebbe fatto, invece, « storia e più che storia » (15), la considerazione del processo di individuazione della volontà della legge alla stregua di un fenomeno naturale, che avrebbe luogo nel mondo sensibile senza alcun intervento del giudice, renderebbe piuttosto agevole la connotazione, come attività storiografica, anche dell'applicazione del diritto al fatto. Per altro verso, a muovere da questi riferimenti alla funzione giurisdizionale, quindi alla natura della sentenza, Calamandrei mette a fuoco le principali coordinate di quella che gli appare come una concezione largamente diffusa nel dominio degli studi sul processo civile (16), e ripercorre la traiettoria

(11) CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 364 s.; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 116 s. [= in *Studi* V, cit., 39; quindi in *Opere* I, cit., 403 s.; rist. 72 s.].

(12) A più riprese adottata, come già rilevato (v., *supra*, nel Capitolo II, nt. 156), dallo stesso Calamandrei.

(13) CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 365; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 117 [= in *Studi* V, cit., 40; quindi in *Opere* I, cit., 404; rist. 73].

(14) CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 355; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 107 [= in *Studi* V, cit., 29; quindi in *Opere* I, cit., 395; rist. 65].

(15) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 147.

(16) Non senza conseguenze pratiche, come il giurista fiorentino non manca di sottolineare: « proprio sul carattere *dichiarativo* delle sentenze si appoggia il principio secondo il quale gli effetti sostanziali della sentenza risalgono, di regola, alla domanda »

di pensiero lungo la quale essa si sarebbe imposta nella cultura giuridica italiana. Una traiettoria tutt'altro che rettilinea, non per questo meno significativa, che va da Vittorio Scialoja ad Alfredo Rocco, fino a Emilio Betti⁽¹⁷⁾, la quale, accreditando la prevalenza, nell'attività giurisdizionale, del momento conoscitivo su quello volitivo, quindi ricollegando la forza vincolante della sentenza alla volontà della legge, piuttosto che a quella del giudice, conduce a una conclusione già nota:

« il giudice è chiamato a fare opera non di volontà, ma di intelletto; deve limitarsi ad apprendere, e a riprodurre fedelmente nella sua sentenza, la volontà della legge già individuata e concreta fuori di lui; deve insomma essere lo storico di una volontà altrui, che preesiste alla sua dichiarazione e che egli deve considerare come un evento già accaduto nella realtà »⁽¹⁸⁾.

D'altro canto, avverte l'autore, basterebbe uscire « da questo mondo giuridico », per accorgersi subito come tale modo di ragionare sia fondato, in larga misura, su « mere finzioni ». Piuttosto che nascere, automaticamente, dall'incontro tra la norma e il fatto, la così detta « concreta volontà di legge » si produrrebbe solo nella mente delle parti e del giudice, i quali, ricostruendo e confrontando tra loro la fattispecie astratta e le circostanze del caso, giungerebbero, rispettivamente, a pretendere e a comandare l'osservanza in concreto del precetto normativo. È forte, a questo riguardo, la suggestione prodotta, nella pagina di Calamandrei, dalla riflessione crociana: qualora manchi nel cittadino la « volontà attuale » di osservarla, o nel giudice la « volontà attuale » di farla osservare, la legge resterebbe in sé « una ipotesi inerte ed astratta, superata dalla

(CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 366; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 118 [= in *Studi* V, cit., 40; quindi in *Opere* I, cit., 405; rist. 74]).

⁽¹⁷⁾ Di assoluto interesse la selezione dei riferimenti bibliografici: SCIALOJA, *Sulla funzione della IV Sezione*, cit., 61 ss. [= in *Studi* V, cit., 209 ss.; rist. 419 ss.]; ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 32 ss. [= rist. 28 ss.] (non ancora presente nella versione apparsa negli *Studi Besta* II, cit.); BETTI, s.v. « Cosa giudicata (Processo civile) », cit., 562 ss., quindi *Id.*, *Diritto processuale civile*², cit., 589.

⁽¹⁸⁾ CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 366; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 118 [= in *Studi* V, cit., 41; quindi in *Opere* I, cit., 405; rist. 74].

realtà che va innanzi per conto suo, ribelle a tutti gli schemi e sprezzante di tutti i prognostici » (19).

« La sentenza del giudice, dunque, in quanto formula questo comando concreto che non è nella legge e che dalla legge non può scaturire per virtù magica, non è un atto teorico, ma un atto pratico, con cui il magistrato, anziché limitarsi a prender atto di una realtà già accaduta, mira a inserirsi nella realtà, a farvi la sua parte attiva che è poi quella di comandare e di infliggere sanzioni, concorrendo così, coll'agire proprio, a determinare in un certo senso l'azione futura degli altri » (20).

L'analogia con la ricerca storiografica, senz'altro suggestiva e fino a un certo punto sostanzialmente plausibile, sarebbe quindi del tutto insufficiente a connotare la specifica natura della funzione giurisdizionale. Il discorso sembrerebbe concluso, e la posizione di Calamandrei chiara e perentoria, quando si mette in moto quel « gioco di adesioni e distacchi » (21), che così peculiarmente caratterizza l'impianto argomentativo de *Il giudice e lo storico*, in rapporto con la distinzione programmatica tra pensiero filosofico e pratica giuridica (22). Se, infatti, una simile conclusione, « può esser perfettamente giusta sotto l'aspetto filosofico, come può esser giusta sotto questo aspetto la dimostrazione della irrealtà e della inattualità delle

(19) CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 366 s.; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 118 s. [= in *Studi V*, cit., 41; quindi in *Opere I*, cit., 405 s.; rist. 74]: esplicito il rinvio alle pagine di CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 317 ss.

(20) CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 367; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 119 [= in *Studi V*, cit., 41 s.; quindi in *Opere I*, cit., 406; rist. 74 s.]. « Non dunque attività meramente conoscitiva — prosegue Calamandrei — è, nella sua fase finale, la giurisdizione, ma attività essenzialmente volitiva: se con una certa approssimazione il giudice si può paragonare allo storico fino a che si limita ad accertare fatti, nel formulare il precetto giuridico appropriato a questi fatti accertati egli cessa di essere uno storico e diventa un politico » (*ibid.* 367; 119 [= 42; 406; 75]).

(21) L'espressione è di MASTROGREGORI, *Il giuoco di lusso*, cit., 54.

(22) In tal senso anche BASILE, *Intorno alla logica del giudice di Guido Calogero*, cit., 228 s., il quale riconduce l'incertezza del discorso di Calamandrei, oltre che al « ragionato senso d'opportunità » con cui questi si sarebbe destreggiato tra le opposte tesi di Calogero e Croce, all'equivoco in forza del quale il giurista fiorentino « usava le stesse parole del Croce e credeva, per questo solo, di muoversi nello stesso ambito d'idee ». Certo è che non poca confusione le pagine di Calamandrei hanno suscitato, come dimostrano le interpretazioni divergenti di Croce e Calogero, a cui ho fatto riferimento in NITSCH, « *Il giudice e lo storico* », cit., 603 s.

leggi », essa produce disagio e turbamento nel pratico del diritto, assolutamente ignaro di filosofia, nella cui mente risveglia l'idea del « giudice politicante » (23). Idea comprensibilmente « non gradevole », per quanti riconoscano nell'indipendenza della giustizia dalla politica un principio fondamentale di tutti quegli ordinamenti in cui il diritto, formulato in leggi generali e astratte, preesista al processo. In un sistema siffatto (24), il giudice dovrebbe limitarsi ad accertare « storicamente » la legge e il fatto, quindi a confrontarli tra loro « con disinteressata pacatezza di studioso », ricercando, « senza nulla aggiungerci del proprio », il punto di coincidenza tra l'ipotesi descritta nella norma e la realtà ricostruita in sede probatoria (25).

D'altra parte, avverte Calamandrei, non mancherebbero, anche negli ordinamenti in cui la produzione del diritto sia di matrice legislativa, casi eccezionali nei quali il giudice, autorizzato in tal senso dalla stessa legge, sia chiamato a fare opera di « creazione politica », decidendo una controversia in modo equitativo o discre-

(23) CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 367 s.; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 119 [= in *Studi V*, cit., 42; quindi in *Opere I*, cit., 406; rist. 75]. « Se si deve dar retta alle nozioni empiriche correnti tra i pratici (tra i quali si sente ripetere che la giustizia deve essere indipendente dalla politica, ed enunciar l'opinione che proprio a difesa di questo principio sia stata istituita la garanzia della inamovibilità dei giudici) sembrerebbe che alla figura del giudice quale tradizionalmente viene concepita e desiderata dai giudicabili, meglio si addicesse la qualifica tranquillante di storico, che si crede voglia dire serenità e imparzialità, anziché quella di politico, che si pensa voglia dire partigianeria e passione » (*ibid.* 368; 119 s. [= 42; 406; 75]).

(24) Diversamente andrebbero le cose, spiega CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 369; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 121 [= in *Studi V*, cit., 43 s.; quindi in *Opere I*, cit., 407 s.; rist. 76], in quegli ordinamenti, « primitivi o modernissimi », in cui la formulazione del diritto sia rimessa direttamente al giudice, chiamato a valutare caso per caso, senza avere altra guida che la propria coscienza, e a formulare di volta in volta la soluzione che meglio corrisponda alla « politica generale del governo », come nella Russia sovietica (*ex art. 4 c.p.c.*, nella redazione del 1936), ovvero al « sano sentimento del popolo », come nella Germania nazista (*ex § 2 St.G.B.*, secondo la novella del 28 giugno 1935). « La teoria del "diritto libero", che trova in questi ordinamenti il suo trionfo pratico, porta necessariamente all'abolizione di ogni barriera tra giustizia e politica, tra giurisdizione e amministrazione, tra magistratura e polizia: la inamovibilità dei giudici perde, in questi ordinamenti, ogni ragion d'essere; imparzialità e indipendenza dei giudici diventano qui frasi vuote di senso » (*ibid.* 369; 121 [= 44; 408; 76]).

(25) CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 371; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 123 [= in *Studi V*, cit., 45; quindi in *Opere I*, cit., 409; rist. 77 s.].

zionale, ovvero estendendo la portata di una norma precostituita oltre il limite della sua formulazione letterale. In proposito, se non desta sorpresa il rimando, in certa misura canonico, alla « celebre formula » del codice civile svizzero, particolare interesse suscita la lettura, penetrante — e a mio avviso corretta —, delle pagine di Calamandrei dedicate alla formazione del così detto giudizio di diritto, con specifico riguardo per la fase in cui l'attività del giudice oltrepasserebbe i confini dell'indagine storiografica. Rilevato come, anche nei casi eccezionali di cui si è detto, « la politica del caso singolo non può essere che continuazione di quelle tendenze politiche di cui è espressione il sistema legislativo », Calamandrei interpreta il significato dell'« ultrastoriografia » — quale determinazione di un verosimile e di un opportuno, nel cui riconoscimento la prudenza del giudice presume di convenire con quella del legislatore — con riferimento all'esigenza che il giudice « per prima cosa conosca le leggi di *quel legislatore* nel cui seggio egli momentaneamente prende posto, e cerchi nella conoscenza di queste leggi le direttive non valicabili del potere di comando momentaneamente affidatogli »⁽²⁶⁾.

Altrettanto interessante, nella prospettiva di questa ricerca, sebbene assai meno convincente, il richiamo, nella pagina che immediatamente segue, a Betti, laddove Calamandrei riconduce la delicata operazione di raffronto, mediante la quale il giudice, selezionati i caratteri rilevanti del fatto, provvederebbe a qualificarlo sulla base della classificazione proposta dalla legge, alla pronuncia di un « giudizio di verità », così interpretando — in modo piuttosto problematico — il riferimento bettiano al giudizio classificatorio di Croce⁽²⁷⁾. La ragione di tale discutibile lettura credo si possa rinvenire nel condizionamento prodotto da un particolare svolgimento della riflessione crociana, estrapolato da un noto contributo, apparso nella *Critica* del 1908, a ridosso delle prime polemiche suscitate dalla *Riduzione*, mentre la *Filosofia della pratica* era ancora

⁽²⁶⁾ CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 370; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 122 [= in *Studi* V, cit., 44 s.; quindi in *Opere* I, cit., 408; rist. 77]: puntuale il rinvio a CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 137 ss.

⁽²⁷⁾ CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 371; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 123 [= in *Studi* V, cit., 45 s.; quindi in *Opere* I, cit., 409; rist. 78]: esplicita la citazione di BETTI, *Diritto processuale civile*², cit., 309 s.

« in preparazione » (28). Ripetendo l'« insegnamento autorevolissimo », il giurista fiorentino assume essere il ragionamento logico del giudice, nella qualificazione giuridica del fatto « in cui assai spesso si esaurisce la sentenza », non diverso da quello che normalmente guiderebbe il giudizio dello storico dell'arte che voglia attribuire a una determinata scuola l'opera di un autore ignoto, ovvero del critico letterario che esprima una certa valutazione estetica di un romanzo o di una poesia. Quanto alla peculiare efficacia imperativa, che evidentemente distingue la pronuncia giurisdizionale dai giudizi a cui s'è fatto cenno, essa non verrebbe « dal di dentro », non discendendo « da una volontà imperativa che il giudice vi abbia trasfuso nel crearla », bensì « dal di fuori », e cioè « dallo Stato che trasforma il giudizio del magistrato in comando di autorità, e che mette al servizio di questo comando la propria forza » (29).

Impegnato a qualificare giuridicamente « un fatto *accaduto* », secondo i criteri individuati « nelle leggi *esistenti* », il giudice agirebbe allora piuttosto come uno storico che come un politico: « anche se questa conclusione dovesse considerarsi, sotto l'aspetto filosofico, una eresia — scrive Calamandrei —, mi domando se sotto l'aspetto pratico questa eresia non sarebbe assai meno pericolosa di quanto potrebbe forse rivelarsi, abbandonata in mano agli ignari di filosofia, la contraria verità » (30). Il contatto quotidiano con l'espe-

(28) « L'attività del commentatore del codice, quando è di mero commento, è semplicemente teoretica. Egualmente quella del giudice che pronunzia sentenze; il quale non è diverso da un qualsiasi altro critico (di arte, di scienza, di morale, ecc.), e cioè non fa se non ricercare e pronunziare una verità o quel che gli piace di affermare come verità: la forza poi, che fa eseguire la sentenza, da lui pronunziata, è sempre la volizione e potenzialità economica di chi lo ha delegato giudice »: si tratta di CROCE, *Obiezioni alla mia tesi sulla natura del diritto*, cit., 153 [= in *Pagine sparse* I, cit., 455], ripreso da CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 354, 371; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 106, 123 [= in *Studi* V, cit., 29, 46; quindi in *Opere* I, cit., 394, 409; rist. 64, 78], dalla citata ristampa della *Riduzione* (invero senza esplicitamente distinguerlo da questa) curata da ATTISANI nel 1926, p. 74 (v., *supra*, nel Prologo, nt. 5).

(29) CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 371; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 123 [= in *Studi* V, cit., 46; quindi in *Opere* I, cit., 409 s.; rist. 78].

(30) CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 372; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 124 [= in *Studi* V, cit., 47; quindi in *Opere* I, cit., 410; rist. 79]. In senso analogo: ID., *Fede nel diritto*, a cura di S. CALAMANDREI, con saggi di G. ALPA, P. RESCIGNO, G. ZAGREBELSKY (Roma-Bari, Laterza, 2008) 63-107, spec. 66 ss.; ID., *Il nuovo processo civile*

rienza giuridica avrebbe dimostrato, infatti, quali terribili conseguenze possano derivare dalle « forze irrazionali » che si sprigionano ogni volta che le tesi propugnate da un particolare insegnamento filosofico, « nate per vivere nel sereno empireo di un sistema », siano dai profani erroneamente interpretate quali regole dell'agire, e quindi, una volta trasferite dal piano della speculazione teoretica a quello dell'azione pratica, pericolosamente tradotte in un programma di riforma politica ⁽³¹⁾. Di fronte all'aberrazione del « diritto libero », per rappresentare solo una tra le più note esperienze dell'uso improprio di certi orientamenti filosofici, a cui qualcuno, nel panorama della scienza giuridica italiana, sarebbe tornato « a guardare con simpatia » ⁽³²⁾, egli non ha dubbi che debba considerarsi

e la scienza giuridica, in « Riv. dir. proc. civ. » XVIII/1 (gennaio-marzo 1941) I, 53-75, spec. 60 ss. [= in *Studi V*, cit., 67-90, spec. 75 ss.; quindi in *Opere I*, cit., 456-476, spec. 462 ss.]; ID., *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in « Riv. dir. comm. » XL (1942) I, 341-357, spec. 342 [= in *Studi V*, cit., 91-111, spec. 92 s.; quindi in *Opere I*, cit., 504-522, spec. 505; poi in aggiunta alla ristampa del volume di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, a cura di G. ASTUTI (Milano, Giuffrè, 1968) 169-190, spec. 170 s.].

⁽³¹⁾ « Come, dalla premessa filosofica della “irrealità” delle leggi, sarebbe aberrante (eppur non è mancato chi è caduto in tale aberrazione) voler trarre la conclusione politica che tutte le leggi siano praticamente inutili e che quindi debbano essere tutte abolite, così dall'affermare in sede filosofica che la sentenza del giudice vale essenzialmente come atto di volontà sarebbe aberrante trarre la conclusione che sia augurabile in sede di riforma giudiziaria l'affrancamento del magistrato da ogni ossequio alla legge e la riduzione di ogni diritto all'arbitrio del giudicante » (CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 372; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 124 s. [= in *Studi V*, cit., 47; quindi in *Opere I*, cit., 410 s.; rist. 79]). Se viene puntualmente annotato il riferimento a CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 337, è invece solo implicito il richiamo, per altro già proposto con ampia citazione testuale, ivi, a p. 356; 108 s. [= 30; 396; 66], a ID., *Rec. di CALOGERO*, cit., 376 [= in *Conversazioni critiche V*, cit., 280]: è singolare, in ogni caso, che Calamandrei non presti alcuna attenzione alla differenza, non trascurabile, che passa tra la connotazione « semplicemente teoretica », alla quale Croce riferiva l'attività « del giudice che pronunzia sentenze », che in altro non sarebbe consistita che nel « ricercare e pronunziare una verità o quel che gli piace di affermare come verità », nelle citate *Obiezioni* del 1908, e la « creazione pratica » alla quale egli riduce — in questa recensione di quasi trent'anni successiva — la sussunzione, ovvero « il proprio della sentenza del giudice », che non sarebbe « un atto teorico, ma pratico, un atto volitivo, un *imperium*, che individualizza, ossia crea la legge, e pronuncia un comando ».

⁽³²⁾ Qui CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 373; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 125 [= in *Studi V*, cit., 47 s.; quindi in *Opere I*, cit., 411; rist. 79], fa esplicito

« giudice ottimo » quel magistrato che non si intenda affatto di filosofia, « il quale, continuando a crederci null'altro che un modesto e fedele storiografo della legge e ad agir come tale, commetterà, sia pure, un errore filosofico, ma un errore praticamente innocuo, che lascerà indisturbata la giustizia »⁽³³⁾.

Che il pericolo avvertito fosse concreto lo avrebbe dimostrato la circostanza per cui, « quasi inconsapevolmente obbedendo ad una generale tendenza filosofica del tempo », la dottrina processualistica avrebbe operato nell'ultimo secolo una profonda rivisitazione degli istituti giudiziari, la cui ispirazione essenziale sarebbe consistita nella « *rivalutazione della volontà a detrimento della intelligenza* »⁽³⁴⁾.

È noto come, nella concezione così detta « illuministica » della giurisdizione come mera attività logica, della quale la riflessione di Montesquieu avrebbe offerto forse la più eloquente espressione, l'attività del giudicare consisteva essenzialmente nel « conoscere », e alla funzione giurisdizionale, che si considerava esaurita nella fase di cognizione, risultava estranea l'esecuzione forzata, riconducibile piuttosto all'ambito dell'amministrazione: « il momento tipico della giurisdizione, quello che dava dignità ed eccellenza all'ufficio del giudice, era posto sopra tutto nel sillogizzare; e si credeva che per arrivare a pronunciare una sentenza giusta il giudice altro non dovesse fare che scoprire, con l'acume della limpida e misurata ragione, una *verità* che stava tutta fuori di lui »⁽³⁵⁾.

riferimento a F. CARNELUTTI, *L'equità nel diritto penale*, in « Riv. dir. proc. civ. » XII (1935) I, 105-121, il quale, di fronte al pericolo prospettato, si premurava di avvertire: « Non vorrei essere frainteso. La mia formula è che la legge non sia sufficiente ma non già che non sia necessaria alla formazione del diritto penale. Io non penso neanche per un attimo a una specie di diritto penale libero » (*ibid.* 115).

⁽³³⁾ CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 373; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 125 [= in *Studi* V, cit., 48; quindi in *Opere* I, cit., 411; rist. 79 s.].

⁽³⁴⁾ CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 373; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 125 [= in *Studi* V, cit., 48; quindi in *Opere* I, cit., 411; rist. 80].

⁽³⁵⁾ CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 374; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 126 [= in *Studi* V, cit., 49; quindi in *Opere* I, cit., 412; rist. 80]. Questa mentalità, che individuava la funzione essenziale del giudice nel ragionare, piuttosto che nel comandare, avrebbe avuto importanti conseguenze pratiche sul piano dell'ordinamento giuridico positivo: « l'obbligo fatto al giudice di motivare le sue decisioni a pena di nullità, le garanzie escogitate per porre al riparo da ogni influsso perturbatore la indipendenza del magistrato, furono altrettanti mezzi svolti a sviluppare in esso le virtù

Rompendo con questa tradizione, la dogmatica processuale più recente avrebbe rivolto l'attenzione, e indirizzato i propri sforzi di elaborazione concettuale, in una direzione affatto contraria. L'individuazione degli elementi di discontinuità e la ricostruzione delle principali linee di sviluppo di tale orientamento dottrinale consentono a Calamandrei di inquadrare un'ulteriore traiettoria di pensiero, in certo modo parallela a quella di cui si è già detto, che avrebbe contribuito a informare e strutturare la scienza italiana del diritto processuale civile. In questa prospettiva, piuttosto che le proiezioni ermeneutiche della critica del dogma della completezza dell'ordinamento, e le ipotesi, tra loro variamente articolate, di finalizzazione dell'ufficio del giudice alla creazione del diritto ⁽³⁶⁾, interessa la rinnovata configurazione della destinazione del processo — anch'essa consolidata in una ben nota formulazione chiovendiana — dalla « dichiarazione » del diritto alla sua « attuazione » ⁽³⁷⁾. In questo modo, infatti, l'esigenza di integrare nella giurisdizione l'esecuzione forzata, e ridefinirne la funzione sulla base di un carattere che anche in questa risultasse manifesto, avrebbe indotto a porre in primo piano il momento imperativo rispetto a quello logico: la sentenza, di conseguenza, non sarebbe stata più concepita come « la conclusione logicamente rigorosa di un giudizio storico », ma piuttosto come « un comando destinato a valere indipendentemente dal valore logico e storiografico delle sue premesse »; il suo passaggio in giudicato non avrebbe più certificato « il consolidarsi di una presunzione di verità », bensì « una specie di purificazione della volontà dal peso delle premesse logiche che avevano servito a crearla » ⁽³⁸⁾.

Lungo questa strada, progressivamente, l'interesse degli studiosi

del puro logico, e a sottrarlo ai pericoli della politica. E nello sfondo del quadro campeggiava il dogma della completezza della legge, esasperato in certi momenti fino a generare l'assurdo divieto d'ogni interpretazione giudiziaria, attraverso la quale si temeva che i giudici potessero usurpare le funzioni del legislatore e trasformarsi in politici » (*ibid.* 374; 126 [= 49; 412; 80 s.]; opportuno, al riguardo, il riferimento alle pagine di Id., *La Cassazione civile* I, cit., 438 ss. [= in *Opere* VI, cit., 403 ss.]).

⁽³⁶⁾ Una rassegna della dottrina in proposito, alla quale rinvia lo stesso Calamandrei, si trova in CHIOVENDA, *Principi*², cit., 68 ss.

⁽³⁷⁾ V., *supra*, nel Prologo, nt. 70.

⁽³⁸⁾ CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 375; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 127 [= in *Studi* V, cit., 50; quindi in *Opere* I, cit., 413; rist. 81].

si sarebbe spostato dal problema della cognizione a quello dell'esecuzione; i diversi tentativi, « talora genialissimi », di determinazione dei principi basilari di una teoria generale, capace di accogliere al suo interno anche il processo esecutivo, avrebbero lasciato intravedere gli esiti di « una fondamentale confusione tra il pensiero e l'azione, tra il conoscere *in iudicando* e l'operare *in procedendo*, tra il giudizio sull'operare altrui e la volontà determinante dell'operare proprio » (39). Di questo complessivo rinnovamento di idee avrebbe risentito, comprensibilmente, anche l'impostazione dei progetti di riforma processuale, nei quali l'affievolita importanza della motivazione si sarebbe accompagnata con l'ampliamento dei poteri discrezionali del giudice e il restringimento del sistema delle impugnative: « non si ammette più che il giudice, come uomo che è, possa sbagliare: il comando ha in sé la propria giustificazione, senza bisogno di risalire alle sue premesse logiche: ogni errore delle premesse è purificato dalla volontà » (40).

« Tutto questo — conclude Calamandrei — lascia disorientato il pratico del diritto, uomo dabbene ma troppo modesto per innalzarsi alle ardue sintesi speculative: egli, abituato a guardare da vicino come funzionano nella realtà di tutti i giorni le istituzioni giudiziarie, si domanda se il tradizionale equilibrio tra la bilancia e il gladio, simboleggiato nelle raffigurazioni romane della Giustizia, non sia per esser rotto: e sta in pensiero, umilmente, per la bilancia » (41).

(39) Confusione che rifletterebbe la radicale trasformazione nella fisionomia di alcuni concetti essenziali del diritto processuale: così la prova, « sforzata a comprendere anche il titolo esecutivo », secondo la visione di F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile I. Funzione e composizione del processo* (Padova, Cedam, 1936) 821 ss., cesserebbe d'essere « uno strumento per accertare la verità dei fatti altrui »; analogamente, la cosa giudicata, una volta « estesa anche ai provvedimenti esecutivi », come proposto da E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza* (Milano, Giuffrè, 1935) 46 ss., non significherebbe più « l'irrevocabilità di un giudizio sull'altrui condotta » (CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 375 s.; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 127 s. [= in *Studi V*, cit., 50; quindi in *Opere I*, cit., 413; rist. 81 s.]).

(40) CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 376; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 128 [= in *Studi V*, cit., 51; quindi in *Opere I*, cit., 413 s.; rist. 82].

(41) CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 376; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 128 [= in *Studi V*, cit., 51; quindi in *Opere I*, cit., 414; rist. 82].

2. Ancora una recensione crociana.

Il giudice e lo storico era dunque pubblicato, nel marzo del 1939, nel secondo volume degli *Studi di storia e diritto* raccolti per il quarantesimo anno dell'insegnamento di Enrico Besta ⁽⁴²⁾. Insieme con *La relatività del concetto d'azione*, il contributo apparso, negli stessi giorni, nel primo fascicolo dell'annata della *Rivista di diritto processuale civile* ⁽⁴³⁾, Calamandrei ne inviava prontamente l'estratto a Benedetto Croce ⁽⁴⁴⁾.

Questi gli rispondeva ⁽⁴⁵⁾, il 23 aprile, comunicandogli di aver letto i due opuscoli, e manifestando particolare interesse per la « dimostrazione della ricerca storica che è propria del giudice e dei limiti in cui è chiusa ». Lo informava, altresì, di aver citato il suo lavoro in nota a una raccolta di recensioni in corso di stampa: si tratta della serie quinta delle *Conversazioni critiche*, ove in effetti compare, nelle pagine dedicate al libro di Calogero, il riferimento in questione ⁽⁴⁶⁾. Alcune settimane dopo, il filosofo inviava a Calamandrei una copia del volume, nuovamente segnalando, nella cartolina che lo accompagnava ⁽⁴⁷⁾, l'integrazione della nota, quindi aggiungendo d'essere tornato a riflettere sull'interpretazione da lui proposta nel saggio sul giudice e lo storico (di cui gli sarebbe apparsa « sempre maggiore la giustezza non solo, ma l'importanza ») in uno scritto di « paralipomeni al libro sulla Storia »: « Ella si è dimostrato — concludeva Croce — ottimo filosofo, a suo modo, perché ha ben penetrato la realtà di un processo mentale ».

⁽⁴²⁾ V., *supra*, nel Prologo, nt. 88, e cfr. la *Nota bibliografica* redatta da MASTROGREGORI, *Il giuoco di lusso*, cit., 62.

⁽⁴³⁾ P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto d'azione*, in « Riv. dir. proc. civ. » XVI/1 (gennaio-marzo 1939) I, 22-46, già destinato agli *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, ove apparirà nel vol. IV (Padova, Cedam, 1940) 79-101 [= in *Studi* V, cit., 1-26; quindi in *Opere* I, cit., 427-449].

⁽⁴⁴⁾ Da un controllo effettuato presso la « Biblioteca B. Croce » di Napoli, risulterebbero essere questi i primi estratti inviati al filosofo da Calamandrei (ai quali seguiranno, nel corso degli anni, numerosi altri).

⁽⁴⁵⁾ La cartolina postale è trascritta, in Appendice, come Documento n. 14.

⁽⁴⁶⁾ Il rinvio si legge in CROCE, *Conversazioni critiche* V, cit., 280 nt. 1.

⁽⁴⁷⁾ Si tratta del Documento n. 15, riprodotto in Appendice.

Le pagine dei *Paralipomeni del libro sulla «Storia»* ⁽⁴⁸⁾ qui richiamate sono quelle in cui, messe a confronto le indagini svolte nel tribunale metaforico della coscienza con quelle che si eseguono nelle aule giudiziarie, l'autore vi riscontra una condotta « simile in parte e in parte diversa » ⁽⁴⁹⁾. Diversa, dal momento che in ogni esame di coscienza inevitabile sarebbe l'intervento delle tendenze e dei bisogni personali, con le immaginazioni che questi suscitano, tali da rendere i ricordi « vivi ma non veri, vivi di pratica vita e non di luce teoretica »; mentre le indagini giudiziarie, che pur non sono « propriamente storiche », « non sono per altro immaginazioni e simboli di processi reali, sì invece appartengono a quella storia inferiore o pseudostoria che si fonda sulle testimonianze » ⁽⁵⁰⁾. Simile, nella misura in cui l'esame di coscienza non sarebbe articolato e risolto in un'« indagine teorica », tesa al raggiungimento di una verità, quale conoscenza storica del passato, bensì in un'« azione pratica », che raccoglie e indirizza le forze in un atto di vita morale, con valore pedagogico nel presente; così le indagini giudiziarie « sono condotte unicamente al fine di stabilire le premesse per l'applicazione della legge, cioè il loro vero fine è di mantenere la continuità della legge, utile al governo delle società umane: premesse che perciò possono essere non già fatti che si stimino realmente avvenuti, ma presunzioni ». Quella del giudice, conclude Croce, non sarebbe « mente di storico », né la sua azione avrebbe, di per sé, « carattere morale »: ma ciò, in definitiva, nulla toglierebbe « alla

⁽⁴⁸⁾ Alla composizione dei *Paralipomeni del libro sulla «Storia»* Croce lavora a partire dalla metà di aprile del 1939 (cfr. CROCE, *Taccuini di lavoro* IV, cit., 142 ss.), e la loro prima pubblicazione (comprendente le pagine che qui rilevano, ancora prive del rinvio alle « ottime dilucidazioni » di Calamandrei), avviene in « La Critica » XXXVIII/1 (20 gennaio 1940) 12-35. L'anno seguente i *Paralipomeni* confluiscono ne *Il carattere della filosofia moderna* (Bari, Laterza, 1941) 125-260 (ove invece compare, a p. 137 nt. 1, la citazione de *Il giudice e lo storico*); nell'Edizione nazionale delle opere crociane il volume è apparso nel 1991 (riproduzione corretta della seconda ed., Bari, Laterza, 1945), a cura di M. MASTROGREGORI, corredato da *Nota, Apparato critico e Indici* (da cui sono tratte le citazioni che seguono): ivi il riferimento in questione è a p. 134 nt. 7.

⁽⁴⁹⁾ CROCE, *Il carattere della filosofia moderna*, cit., 133.

⁽⁵⁰⁾ CROCE, *Il carattere della filosofia moderna*, cit., 131 s., 133. Cfr. ID., *Rec. di CALOGERO*, cit., 375 s. [= in *Conversazioni critiche* V, cit., 279].

realtà e alla necessità dei procedimenti che si usano nei tribunali » (51).

Ricevuto il volume delle *Conversazioni critiche*, con la cartolina contenente il lusinghiero giudizio, Calamandrei rispondeva manifestando la propria comprensibile soddisfazione per l'attenzione prestata al suo « scrittarello »: « Se Le dicessi che io considero quella cartolina come una specie di “premio”, che mi invoglia ad altri lavori su quel tema, Ella forse sorriderebbe; ma in verità il Suo giudizio è oggi, in Italia, l'unico premio serio a cui possa aspirare uno studioso! » (52).

Quando scriveva queste righe, egli non poteva ancora sapere che il « premio » sarebbe stato, di lì a breve, ben più significativo: appena il giorno precedente, infatti, Croce aveva redatto una recensione dei suoi lavori (53), molto positiva, di cui gli avrebbe inviato copia con largo anticipo sulla stampa. Ricevuta la « preziosa primizia », il giurista si rivolgeva nuovamente al filosofo per esternare tutta la propria gratitudine: « Quei miei due saggi non aspiravano a tanto onore: quando li scrissi (specialmente quello sul giudice e lo storico) ebbi una gran paura d'essere uscito dal seminato; e di sentirmelo dire da Lei! » (54).

Nella recensione (55), più agile rispetto a quella dedicata al volume di Calogero, non è difficile riconoscere, fin dalle prime battute, l'atteggiamento favorevole di Croce e il generale apprezzamento nei confronti delle pagine discusse. Il filosofo giudica convincenti le notazioni relative alle circostanze che distinguerebbero, nella conoscenza dei fatti, l'indagine del giudice da quella degli storici in genere, essenzialmente ricondotte alla « diversità delle materie » oggetto di considerazione, posto che, in sede giurisdizio-

(51) CROCE, *Il carattere della filosofia moderna*, cit., 134.

(52) La lettera è trascritta, in Appendice, come Documento n. 16.

(53) La notizia è contenuta in una stringata nota del 21 giugno, da Croce affidata ai suoi *Taccuini di lavoro* IV, cit., 154: « Scritta recensione di due opuscoli del Calamandrei ».

(54) Anche questa lettera è riprodotta, come Documento n. 17, in Appendice.

(55) B. CROCE, *Rec. di P. CALAMANDREI, Il giudice e lo storico — La relatività del concetto d'azione*, in « La Critica » XXXVII/6 (20 novembre 1939) 445-446 [= in *Pagine sparse* III (Bari, Laterza, 1960²) 447-450].

nale, rileverebbero solo quei fatti « coi quali l'opera dei singoli s'ingrana nel meccanismo delle leggi » (56).

Egli mostra, altresì, di approvare quella che interpreta come un'adesione di Calamandrei alla tesi, secondo cui la così detta applicazione della norma al fatto non sarebbe « un processo meramente conoscitivo », bensì « un atto pratico », attraverso il quale il giudice « crea la legge nel caso singolo ». Quanto al timore, circa l'eventualità che l'accoglimento di tale dottrina filosofica nella realtà dell'esperienza giuridica comprometta il rapporto fondamentale tra la formulazione legislativa delle norme e la risoluzione giudiziale delle controversie, concorrendo a stimolare « un certo pericoloso avviamento, che già dà segni di sé nella società moderna, verso l'arbitrio del giudice, sciolto dai vincoli della legge », Croce replica con fermezza che detta teoria offrirebbe una qualche sollecitazione in tal senso solo quando risultasse completamente travisata. E aggiunge:

« La libertà del giudice è governata nel modo più severo dalla sua coscienza morale, la quale, pur comandandogli di non “applicare” meccanicamente (cosa, del resto, impossibile) la legge, e di adoperarla nel suo pronunziato con razionale ossequio, e così di concorrere, secondo gli è consentito nella sua propria sfera, allo svolgimento, alla modificazione e al progresso del diritto, gli vieta, tra le altre cose, di usurpare l'ufficio specifico che è del legislatore e di scompigliare e confondere gli ordini che la società si è data » (57).

Infine, a proposito di quanto affermato da Calamandrei in merito alla relatività dei risultati conseguiti dal giudice come dallo storico, e alla comune destinazione dell'indagine giudiziaria e di quella storiografica alla ricerca della verità, Croce avverte la necessità di svolgere alcune precisazioni. Per segnalare, innanzitutto, come il giudizio pronunciato dallo storico, non solo ammetta la possibilità

(56) CROCE, *Rec.* di CALAMANDREI, cit., 445 [= in *Pagine sparse* III, cit., 447 s.].

(57) CROCE, *Rec.* di CALAMANDREI, cit., 445 s. [= in *Pagine sparse* III, cit., 448].
 « Deve egli essere — prosegue Croce — [...] un uomo serio e non già un ragazzo stordito ossia un attivista rompicollo e fracassatore degli oggetti circostanti. Forse il trascurare o facilmente perdere di vista la regola e il freno che è della coscienza morale, fondamento e presupposto necessario di ogni vita umana, è il vero pericolo o il vero cattivo avviamento dei nostri tempi » (*ibid.* 446 [= 448]).

dell'appello, ma, diversamente dalla sentenza giurisdizionale, la ammetta senza alcun limite ⁽⁵⁸⁾. Quindi per sottolineare che lo storico non rappresenterebbe mai come « vero » l'esito della propria indagine, ma soltanto come « formalmente corretto (*richtig*) »: dal momento che tutte le attestazioni, prese in esame nell'esercizio storiografico della critica delle testimonianze, sarebbero sempre estrinseche, e dunque necessariamente « *unwahr* », questi cercherebbe altrove la propria verità. D'altra parte, conclude Croce, « con quel ritenere per vero, che pare che il giudice sia costretto a fare, anche di ciò che non si può pensare con pienezza di verità, già s'inizia, e anzi già si è dentro allo stadio pratico dell'opera sua » ⁽⁵⁹⁾.

3. *Un Croce « parziale », ma « vivo ».*

Non è possibile, in questa sede, dar conto delle tante suggestioni prodotte dal discorso crociano. Su un singolo aspetto, tra quelli emersi nella recensione del saggio di Calamandrei, interessa qui fermare l'attenzione. Soddisfatto nel vedere condiviso il proprio modo d'intendere l'applicazione giurisdizionale del diritto come un atto pratico, imperativo, ridicibile alla volontà del magistrato che di volta in volta crei la norma per il caso in questione, Croce non manca di raccogliere l'inquietudine del giurista fiorentino — forse non

⁽⁵⁸⁾ Cfr., in senso analogo, CROCE, *La certezza storica*, cit., 257 [= in *La storia come pensiero e come azione*, cit., 110].

⁽⁵⁹⁾ CROCE, *Rec. di CALAMANDREI*, cit., 446 [= in *Pagine sparse III*, cit., 449]. È qui sufficiente rilevare il vivo apprezzamento manifestato anche nei confronti del secondo opuscolo, *La relatività del concetto d'azione*, di cui si sottolinea l'importanza e si consiglia la lettura (con rinvio a A. PEKELIS, s.v. « *Azione* », in *NDI. II* [Torino, UTET, 1937] 91-108, quindi alla recensione crociana della voce, in « *La Critica* » XXXVI/6 [20 novembre 1938] 457-458 [= in *Conversazioni critiche V*, cit., 283-286]). « Vero è — scrive Croce — che il Calamandrei tiene a dichiarare di essere un semplice specialista e non un filosofo; ma, poiché egli ragiona bene, andando al fondo delle cose, ragiona da filosofo. Uno dei fini che io ho perseguito, nella ormai lunga mia vita di studioso, è stato appunto di trarre i filosofi a diventare specialisti e gli specialisti a diventare filosofi. Coi primi non ho avuto in ciò troppa fortuna, perché essi sono molto pigri e anche di solito molto ignoranti e indifferenti circa le cose tra le quali gli uomini si muovono e che agli uomini premono e li appassionano; ma qualche fortuna ho avuto coi secondi, ricchi di conoscenze particolari e desiderosi di sistamarle e intenderne le relazioni e i limiti » (Id., *Rec. di CALAMANDREI*, cit., 446 [= in *Pagine sparse III*, cit., 449 s.]).

troppo diversa dalla sua, nel « cattivo avviamento » dei tempi —, circa le pericolose conseguenze che da una tesi siffatta, « abbandonata in mano agli ignari di filosofia », quindi « trasferita dal piano speculativo in quello pratico della riforma giudiziaria », sarebbero potute derivare sul terreno dell'esperienza giuridica concreta, a sostegno di un affrancamento del giudice dai vincoli della legge ⁽⁶⁰⁾.

La sua risposta, per cui ciò avrebbe significato fraintendere tale insegnamento, trasformandolo in « un grossolano prodotto passionale in servizio dell'arbitrio » ⁽⁶¹⁾, può essere letta come una sostanziale approvazione dell'impostazione di fondo del discorso di Calamandrei, quanto alla necessità di evitare indebite contaminazioni tra la riflessione teoretica e la prassi giuridica, e tenere prudentemente separata la verità del filosofo da quella del giurista. Eloquentemente, al riguardo, l'immagine di quel giudice ottimo e modesto, digiuno di filosofia, il quale, considerandosi un fedele storiografo della legge, come tale si sarebbe comportato in giudizio, commettendo così un errore filosofico, del tutto innocuo nei confronti della giustizia ⁽⁶²⁾.

Da questo punto di vista, detta opzione appare un ritorno al passato. Alle soluzioni di quegli studiosi, sollecitati anch'essi, agli inizi del secolo, dalle istanze del diritto libero, i quali, posti di fronte agli stessi temi — la natura della legge, il problema della sua interpretazione e possibile applicazione in giudizio —, avevano affermato l'esigenza di una rigorosa distinzione tra l'indagine filosofica e quella dogmatico-giuridica, pena la sterilità dei risultati altrimenti conseguiti, offrendo in questi termini le prime prove concrete di un'influenza dell'idealismo storicistico sulla cultura dei giuristi italiani ⁽⁶³⁾.

Un ritorno che, nella prospettiva della ricerca condotta in queste pagine, risulta particolarmente significativo. Proprio la profonda

⁽⁶⁰⁾ CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 372 s.; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 124 s. [= in *Studi V*, cit., 47 s.; quindi in *Opere I*, cit., 410 s.; rist. 79 s.].

⁽⁶¹⁾ CROCE, *Rec. di CALAMANDREI*, cit., 445 [= in *Pagine sparse III*, cit., 448].

⁽⁶²⁾ CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 373; poi in « Riv. dir. proc. civ. » (1939) 125 [= in *Studi V*, cit., 48; quindi in *Opere I*, cit., 411; rist. 79 s.].

⁽⁶³⁾ V., *supra*, nel Prologo, nt. 28. In questo senso COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., 462, descrive l'atteggiamento di Calamandrei, il quale sarebbe uscito « per così dire allo scoperto introducendo anch'egli a suo modo una sorta di teoria della 'doppia verità' ».

discontinuità rispetto a questo indirizzo di pensiero, quanto ai rapporti tra filosofia e scienza del diritto, ha rappresentato infatti un tratto distintivo della riflessione di Betti e Calogero sulla logica del processo civile. Tutt'altro che indifferenti alle preoccupazioni, che saranno espresse anche da Calamandrei, nei confronti dell'orientamento della più recente dottrina processualistica, nel senso di una rivalutazione della volontà del giudice rispetto alla sua intelligenza, le loro reazioni hanno seguito però una direzione diversa. Piuttosto che cercare riparo dietro lo schermo di una « doppia verità », essi hanno affrontato apertamente la questione della natura della decisione giudiziale, utilizzando a tal fine, direttamente sul piano dell'analisi giuridica, categorie concettuali elaborate dalla filosofia contemporanea. Intenzionati a difendere il valore conoscitivo dell'opera del giudice, configurando, dunque, in termini essenzialmente dichiarativi la funzione della sentenza, Betti e Calogero hanno sottoposto a una severa critica il paradigma dominante, con lo scopo di ricostruire e porre in evidenza l'autentica consistenza razionale della pronuncia giurisdizionale. Nell'ambito di questo laborioso esercizio, condotto con metodi d'indagine differenti tra loro, e risultati in larga parte non conciliabili, entrambi hanno rivolto una particolare attenzione alla lezione di Croce.

Nel sistema di pensiero crociano essi hanno rinvenuto, in primo luogo, un solido e ineludibile polo dialettico, laddove, quale diretta conseguenza della specifica connotazione della legge giuridica, astratta volizione di un astratto, risulta tematizzata, nell'ambito di un discorso filosofico ben più articolato e consapevole rispetto alle proiezioni teoriche della critica proposta dalla *Freirechts-Bewegung*, la natura intrinsecamente creativa della decisione giudiziale, e per questa via affermato il carattere pratico dell'attività del giudice. D'altra parte, sollecitazioni non meno importanti essi hanno saputo trarre, nella predisposizione di uno strumentario analitico adeguato allo studio dei problemi in esame, dall'imponente patrimonio concettuale della logica e della dottrina storiografica di Croce, a muovere dalle acquisizioni in merito alla natura della conoscenza e alle sue forme, alla teoria del giudizio, alle distinte determinazioni allo stesso riferibili.

Distanti dalla cieca ortodossia degli adoratori, come dalla veemenza della polemica attualistica, Betti e Calogero hanno condotto

un confronto serio e serrato con la filosofia crociana, i cui esiti sono riferibili, per un verso, alla recezione critica di alcune essenziali categorie di pensiero, e, per altro, alla presa di distanze, ferma e puntualmente argomentata, da determinate conclusioni in materia di diritto, venendo così ad assumere una posizione singolare, di indubbia rilevanza, nella storia dei rapporti, in Italia, tra crocianesimo e cultura giuridica. Credo si possa affermare, estendendo anche a Betti una notazione riferita da Gennaro Sasso all'itinerario intellettuale di Calogero, che il loro sia stato forse « un Croce parziale », non immune da equivoci e forzature interpretative, ma certamente — ed è quel che più interessa — « un Croce vivo » (64).

4. *Il giudice e la legge.*

Nella prospettiva che ha orientato questo studio, lo svolgimento complessivo della ricerca lascia inevaso un interrogativo che, pur valicando i suoi più ristretti confini, merita alcune considerazioni. Ricostruita una certa traiettoria di pensiero nella cultura giuridica italiana del primo Novecento, e descritta la sua evoluzione, con particolare riguardo per la scienza del diritto processuale civile, in termini di consolidamento e crisi di un paradigma, resta da chiedersi se la messa in discussione della più diffusa rappresentazione della genesi logica della sentenza abbia condotto all'abbandono del modello tradizionale, ed eventualmente alla sua sostituzione con uno schema diverso e alternativo. Altrimenti formulata, la questione investe la possibilità che i risultati conseguiti da Betti e Calogero abbiano prodotto una tale modificazione dell'apparato categoriale in uso tra i giuristi, da provocare quel tipo di frattura nello sviluppo delle conoscenze di una determinata comunità di studiosi che individuerebbe, nell'ottica di Kuhn, una « rivoluzione scientifica » (65).

Non sono mancate, nella migliore letteratura processualistica,

(64) SASSO, *Introduzione*, cit., XLIII. Alla luce delle riflessioni condotte in queste pagine, non mi sembra affatto condivisibile l'affermazione di SCHIAVONE, « *Il Nome* » e « *la Cosa* », cit., 297, secondo la quale Croce non sarebbe mai stato, « nonostante il rispetto di maniera », tra gli « autori » di Betti.

(65) V., *supra*, nel Prologo, nt. 76.

delle esplicite prese di posizione al riguardo, prevalentemente concentrate sulla componente logica del paradigma, di tenore sostanzialmente negativo. È il caso di Corrado Vocino, tra i primi a inquadrare il problema da questa specifica angolazione, il quale, ricondotto il carattere di novità delle riflessioni di Betti e Calogero a « un'impronta prevalente di teorizzazione filosofica », ha ritenuto che il loro contributo non avesse avuto la capacità « di scuotere tanto intensamente la fiducia nella consistenza del c. d. sillogismo giudiziale », e che in fondo essi stessi non avrebbero considerato « sotto questo profilo la loro critica veramente perentoria » (66). Per certi versi analoga la valutazione espressa da Michele Taruffo. Considerato l'approccio di Betti, « più che una critica alla teoria del sillogismo giudiziale », come « un sintetico tentativo di delineare la struttura del giudizio utilizzando le categorie logiche della filosofia crociana », questi ha rilevato come, nel prendere le distanze dal modello sillogistico, il giurista camerte « riconosca ad esso valore descrittivo, sia pure limitato alla relazione tra norma e fattispecie concreta » (67). Quanto a Calogero, a cui andrebbe senz'altro riconosciuto il merito di aver tracciato « una precisa delimitazione della funzione rappresentativa del modello sillogistico » (68), Taruffo ha

(66) VOCINO, *Sulla c. d. « attuazione della legge »*, cit., 592, 594. « Il Betti, per es., all'argomentare sillogistico del giudice fa alquanto concessioni con il discernere i "giudizi d'interpretazione" da quelli "d'individuazione" e col dare agli uni la "precedenza logica" sugli altri, facendola mediare dall'intervento di "giudizi di classificazione". E lo stesso Calogero, al quale per tale attaccamento all'"antico logicismo" che ancora tradirebbe, il tentativo cennato è sembrato insufficiente, concede ai proceduristi di coltivare tuttavia la considerazione della sentenza sotto la specie del ragionamento sillogistico, se questo è più conforme al loro abito e alla loro cultura: tanto, alla base d'ogni deduzione deve esservi l'induzione, e quindi la diretta esperienza delle cose resta tale nonostante la forma logica che le riveste. Questa, in definitiva, rimane in confronto alla prima indifferente » (*ibid.* 594 s.).

(67) TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 152 s. nt. 8.

(68) TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 153. Particolare attenzione all'incidenza della critica di Calogero, nei confronti dell'adozione degli schemi sillogistici nell'ambito specifico del procedimento probatorio, ha dedicato V. ANDRIOLI, s.v. « *Prova (Diritto processuale civile)* », in *NNDI. XIV* (Torino, UTET, 1967) 260-300, rilevando come « il progresso o, se vuoi, il superamento che il CALOGERO rappresentava rispetto alla dottrina dominante, consisteva in ciò che la insufficienza del sillogismo a spiegare la attività logica finale del giudice veniva predicata anche a proposito dei cosiddetti sillogismi strumentali » (*ivi*, p. 264).

giudicato « curioso » lo svolgimento della sua critica, dal momento che essa non avrebbe condotto « ad un ampliamento, integrazione o sostituzione dello schema di cui dimostrava i limiti, bensì, al contrario, ad una sua ulteriore riduzione » (69).

Le letture a cui si è fatto riferimento individuano alcuni nodi problematici essenziali, sui quali bisognerà, di qui a breve, riportare l'attenzione. Per quel che concerne, invece, la risposta fornita all'interrogativo circa la reale consistenza delle critiche di Betti e Calogero, e la loro capacità di minare la fiducia nel paradigma consolidato, ritengo che la questione, considerata sotto una differente luce, consenta una diversa interpretazione.

Riconoscendo al sillogismo un valore « puramente verbale », Betti assume in effetti che esso abbia una certa attitudine descrittiva, adeguata, del resto, non a spiegare come le parti e il giudice ragionino « in realtà », ma piuttosto a rappresentare schematicamente quali siano i termini essenziali di tale ragionamento. L'utilità di questo schema, come egli non manca di avvertire, andrebbe riferita alla sua capacità di tenere distinti i giudizi d'interpretazione della norma nella sua astrattezza e generalità dai giudizi d'individuazione della stessa nel caso concreto, e di porre in evidenza la « precedenza logica » degli uni sugli altri. Il suo principale limite, invece, andrebbe ricondotto alla specifica articolazione di una pretesa razionalità deduttiva nella transizione dall'interpretazione della norma quale precetto ipotetico alla sua applicazione quale precetto concreto, rispetto alla quale Betti rivendica l'essenziale funzione logica dei

(69) TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 153. La tesi, per cui la specifica natura del giudizio sarebbe espressa nella sussunzione, equivarrebbe a una « mera riduzione », in quanto, secondo Taruffo, detta categoria logica non sarebbe necessariamente « qualcosa di diverso » rispetto al sillogismo, ma potrebbe anche essere soltanto « qualcosa di meno complesso »: « Non è dubbio, infatti, che la sussunzione possa rientrare nel sillogismo come parte della premessa minore [...], ed allora il modello sussuntivo è una mera riduzione del modello sillogistico, né CALOGERO dimostra il contrario. Ne segue che alla sua tesi può essere rivolta la stessa obiezione che egli rivolge al modello sillogistico, poiché anche la sussunzione esprime un modo di configurazione del giudizio, ma non indica come il giudice vi pervenga e come compia le scelte che la sussunzione presuppone » (*ibid.* 153 s. nt. 10).

giudizi di classificazione ⁽⁷⁰⁾. In questo senso, dunque, il tentativo di riconfigurare la struttura del ragionamento del giudice, servendosi delle categorie concettuali crociane, comporta senz'altro, a prescindere dalla bontà dei risultati conseguiti, una presa di distanze dalla concezione tradizionale, secondo la quale lo schema sillogistico avrebbe consentito di ricostruire l'effettivo processo di formazione della decisione giudiziale.

Dal canto suo, convinto che la « logicità reale » di una sentenza non dipenda affatto dalla possibilità della sua espressione attraverso uno schema sillogistico, anche Calogero si mostra disponibile a riconoscere a questo schema una qualche utilità, concedendo ai processualisti di « continuare a configurare verbalmente le sentenze in tali forme », laddove una certa consuetudine linguistica faccia apparire ciò « opportuno ». Non sembrano esservi dubbi, d'altra parte, che detta opportunità nulla abbia a che fare con la corretta intelligenza del procedimento logico mediante il quale il giudice pervenga alla decisione, quanto piuttosto con l'esposizione chiara e congruente del suo contenuto, e l'argomentazione efficace e convincente delle ragioni a sostegno della stessa ⁽⁷¹⁾.

Nella prospettiva di una generale riconsiderazione del problema relativo agli esiti della crisi del paradigma dominante, tali notazioni inducono a valutare più attentamente il contributo offerto da Betti e Calogero alla decostruzione dell'immagine tradizionale della sentenza civile. Se, infatti, non sembra potersi negare che la rappresentazione sillogistica opponga una tenace resistenza alle critiche prese in esame, riuscendo a conservare una certa diffusione nel campo degli studi dedicati alla logica del processo, non è difficile riconoscere come intervenga, nell'analisi delle attività in cui si esplichereb-

⁽⁷⁰⁾ BETTI, *Diritto processuale civile*¹, cit., 414 nt. 1 [= *Diritto processuale civile*², cit., 310 nt. 12]; v., *supra*, nel Capitolo III, § 9.1.

⁽⁷¹⁾ CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 55 s. (v., *supra*, nel Capitolo IV, nt. 31). Alla base di tale atteggiamento, SASSO, *Calogero: il diritto fra logica e etica*, cit., 242 ss., 269 ss., individua il limite principale della critica di Calogero al sillogismo, con riguardo alla circostanza per cui, pur escludendo che questo « esprimesse la verità e ne costituisse la garanzia », egli non avrebbe posto seriamente in discussione il suo svolgimento deduttivo, la consequenzialità logica interna allo stesso: si spiegherebbe così la disponibilità a riconoscere, con la peculiare razionalità che informerebbe la struttura formale di tale schema di ragionamento, la sua specifica legittimità argomentativa.

be la funzione giurisdizionale, una significativa modificazione del contesto discorsivo nel cui ambito il riferimento al sillogismo risulta articolato. Negli anni che seguono le vicende indagate, si assiste a una progressiva perdita di fiducia, da parte della scienza giuridica più avveduta, circa l'effettiva idoneità della teoria del sillogismo giudiziale a ricostruire e descrivere il processo di formazione della decisione del giudice. Si accredita, contestualmente, l'ipotesi secondo la quale l'impianto sillogistico costituirebbe una semplice schematizzazione del ragionamento giudiziale, e, in particolare, un valido strumento per formulare in modo ordinato e persuasivo la motivazione della sentenza. Questa versione, rinnovata e indebolita, della teoria sillogistica ⁽⁷²⁾ non sostiene più, dunque, che il giudice conduca realmente il proprio ragionamento in tal modo, ma piuttosto che esso « possa raffigurarsi, e comunque debba giustificarsi, *come se* si trattasse di un sillogismo, o meglio di una catena di sillogismi: in particolare distinguendo fra giustificazione esterna, o delle premesse, e giustificazione interna, o della conclusione » ⁽⁷³⁾.

Nei termini di una presa di distanze dalla concezione « conoscitiva » del sillogismo giudiziale, e della riduzione del suo potenziale euristico a un mero « modello teorico » del ragionamento del giudice, in specie dell'argomentazione espressa nella motivazione, è possibile parlare, dunque, di un superamento del paradigma consolidato.

Non occorre, in questa sede, indugiare sugli esiti della traslazione dello schema sillogistico dal piano del giudizio a quello della motivazione. È sufficiente avvertire come, nell'immediato, sia risultata scarsa la consapevolezza della diversa natura dei problemi che investono l'attività decisoria e il discorso giustificativo, quindi delle specifiche distorsioni logico-semantiche che sarebbero potute deri-

⁽⁷²⁾ Un esempio, particolarmente significativo, è offerto dalle riflessioni dedicate al « Giudizio giuridico », quindi alla sua « Verificazione », da CARNELUTTI, *Teoria generale*³, cit., 364 ss., 368 s. Sulla validità della figura del sillogismo « come schema logico » e sulla sua utilità « come struttura della motivazione giudiziale », si v. PUNZI, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, cit., 85 ss., spec. 95 s., 144 ss., nei confronti del quale CARCATERRA, *La logica e le prove*, cit., 469.

⁽⁷³⁾ BARBERIS, *Filosofia del diritto*, cit., 232. Sulla distinzione tra giustificazione interna ed esterna, da ultimo, con indicazioni bibliografiche essenziali, GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 257 ss.

vare dall'impiego di tale schema nell'argomentazione delle ragioni a sostegno della decisione assunta ⁽⁷⁴⁾.

La questione che qui interessa, in effetti, è un'altra, ed è giunto il momento di affrontarla nella sua radicale consistenza. Nelle pagine dedicate al confronto tra Calamandrei e Carnelutti sul processo di formazione della sentenza civile, come particolarmente rappresentativo della prassi di ricerca della scienza normale, è venuta in primo piano l'importanza del lavoro svolto, nella definizione del paradigma giurisdizionale, intorno a un problema essenziale, concernente la struttura logica della decisione giudiziale, che la più ingenua rappresentazione sillogistica, piuttosto che risolvere, rendeva manifesto. L'articolazione di un ragionamento deduttivo, entro il quale l'enunciazione di una disposizione generale e astratta avrebbe costituito, come giudizio di diritto, la premessa maggiore, e l'accertamento di un comportamento particolare e concreto, come giudizio di fatto, quella minore, non sarebbe riuscita a dar conto, a ben vedere, del modo in cui si sarebbe perfezionata l'applicazione del diritto in un caso determinato, ovvero la riconduzione del singolo fatto accertato nell'alveo della previsione normativa che avrebbe dovuto accoglierlo.

Denunciando il carattere semplicistico della riduzione della genesi logica della sentenza a un unico sillogismo, i due autorevoli processualisti si sono impegnati sul terreno comune di una più accurata scansione dell'attività mentale del giudice, e della sua rinnovata configurazione attraverso una serie di operazioni deduttive tra loro concatenate o coordinate. Particolarmente significativa, al riguardo, la riflessione di Calamandrei sulla « costruzione e qualifica giuridica della fattispecie concreta », considerata — apertamente contrastato, sul punto, da Carnelutti — alla stregua di un'operazione logica intermedia, nel processo di elaborazione della decisione giudiziale, che avrebbe reso possibile, tradotti i rapporti della vita reale nel linguaggio tecnico delle norme positive, la transizione dall'accertamento del fatto all'applicazione del diritto ⁽⁷⁵⁾. In questa

⁽⁷⁴⁾ Una riflessione approfondita, al riguardo, è condotta da TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 149 ss., 159 ss.

⁽⁷⁵⁾ CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 226 [= in *Studi I*, cit., 18; quindi in *Opere I*, cit., 26], nei confronti del quale CARNELUTTI, *Limiti del rilievo*

prospettiva, come si ricorderà, il giurista fiorentino aveva inteso ridefinire il contenuto specifico della premessa minore del sillogismo decisorio, « un giudizio singolare sui *caratteri giuridici* di un fatto, ossia un giudizio di diritto » (76), così da ricondurvi, secondo un'articolazione interna allo stesso, tanto la qualificazione giuridica della fattispecie concreta, quanto la sussunzione di questa nella corrispondente fattispecie legale.

A più riprese, nel corso della ricerca, si è voluto sottolineare come, in tal modo, la dottrina dominante ritenesse di poter superare le difficoltà in questione, senza per questo porre in dubbio le linee generali del modello sillogistico, lavorando piuttosto all'interno del quadro categoriale determinato dal paradigma, e contribuendo così al suo consolidamento. Si è messo in evidenza, del resto, il carattere di rottura che avrebbe connotato, al riguardo, l'approccio di Betti e Calogero, e si è discusso delle principali differenze tra le soluzioni da essi prospettate. Allargando l'angolo di osservazione, fino a comprendere, in conclusione, il complesso delle posizioni prese in esame, è possibile individuare, nel proposito di configurare in termini razionali l'applicazione della legge astratta al caso concreto, un elemento di profonda continuità tra le stesse. Lo sforzo, in larga misura condiviso, di definire la natura logica della qualificazione giuridica del fatto e della sussunzione di esso sotto la norma, mostra come l'attenzione degli studiosi sia venuta progressivamente concentrandosi nel punto in cui l'ineludibile distanza tra l'individualità dell'agire reale e la generalità di ogni previsione normativa sembrerebbe lasciar sussistere un margine, non altrimenti riducibile, di irrazionalità.

Si è avuto modo così di intendere come Betti considerasse l'operazione di « qualifica giuridica » della situazione di fatto, ricostruita attraverso « giudizi storici », il momento centrale del ragionamento giudiziale, quindi come egli individuasse nei « giudizi classificatori » l'autentico « nocciolo logico » della sentenza. Proprio attraverso tali giudizi, infatti, e « non già [...] mercé un sillogi-

dell'error in iudicando, cit., 804 s. [= in *Studi I*, cit., 376 s.]; v., *supra*, nel Capitolo II, § 2.1, quindi il testo citato, ivi, su nt. 68.

(76) CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, cit., 258 [= in *Studi I*, cit., 49; quindi in *Opere I*, cit., 53].

smo », il giudice avrebbe riconosciuto concretati nel caso specifico gli effetti giuridici che il precetto della legge avrebbe ricollegato a una determinata fattispecie (77). Ben si comprende, in tal senso, la preoccupazione, resa esplicita già nella lettera a Croce del 1916, di accreditare, in ambito giuridico, il potenziale conoscitivo del giudizio di classificazione, rivendicando — in aperto contrasto con la riduzione di esso ad atto pratico — il suo peculiare statuto teorico (78). Egli ha elaborato, intorno a questo centro, una complessa architettura logica, distinguendo e ordinando analiticamente le ulteriori operazioni del giudice: la determinazione del significato della norma come precetto astratto, la sua applicazione alla situazione di fatto come precetto concreto. Il risultato, la cui razionalità sarebbe stata tutt'altra rispetto all'inferenza deduttiva di una conclusione da due premesse, avrebbe fatto salvo, però, dello schema sillogistico, l'essenziale contenuto di verità: la differenziazione dei giudizi d'interpretazione dai giudizi d'individuazione e la precedenza logica degli uni sugli altri (79).

Proprio nella distinzione tra le operazioni logiche che avrebbero integrato la ricostruzione storica del fatto, come si ricorderà, Calogero ha ritenuto di scorgere la persistenza, nel discorso di Betti, di « motivi dell'antico logicismo » (80). Riconosciuta la centralità del processo sussuntivo del fatto sotto la norma, tale per cui, « abbandonata l'idea che la necessità razionale della sentenza consista nella sua deduttività sillogistica », si sarebbe finalmente intesa, di essa, la « più radicale logicità » (81), egli ha proceduto quindi in una direzione diversa da quella seguita dal giurista camerte. Piuttosto che sezionare le distinte fasi del processo di cognizione, Calogero ha inteso risolvere l'opera del giudice — al di là della stessa differenza, così importante nell'economia del suo discorso, tra la ricostruzione « storiografica » del fatto e la determinazione anche « ultrastorio-

(77) BETTI, *Ragione e azione*, cit., 213 nt. 1 [= in *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., 165 nt. 30]; ID., *Diritto processuale civile*¹, cit., 411 ss. [= *Diritto processuale civile*², cit., 309 ss.].

(78) V., *supra*, nel Capitolo III, § 5.1.

(79) BETTI, *Diritto processuale civile*², cit., 310 nt. 12.

(80) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 109 nt. 1.

(81) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 56 s.

grafica » della norma — in un atto di intellesione indivisa dell'unitaria natura del reale. Solo la deformazione indotta dal formalismo logico tradizionale, a suo giudizio, avrebbe fatto apparire detta realtà — l'azione che concretamente si realizza e la volontà di legge che astrattamente la prevede — scissa tra soggetto e predicato. Superando questa « illusione prospettica », invece, si sarebbe finalmente compreso come l'effettiva possibilità di sussumere un certo soggetto sotto un determinato predicato non dipenda dall'astratta razionalità dello schema logico del giudizio, bensì dalla circostanza, affatto concreta, per cui quanto designato dall'uno rientri nell'ambito di quanto designato dall'altro: « La verità logica di tale inerenza — come egli scriveva — non è con ciò assolutamente nient'altro che la medesima realtà delle cose, la cui pertinenza reciproca rende plausibile quella predicazione verbale » (82).

Il modo in cui, postulando il primato dell'effettiva pertinenza di norma e fatto sulla predicazione verbale dell'inerenza dell'una all'altro, Calogero ha ritenuto di poter negare alla sussunzione ogni autonomia rispetto alla realtà delle cose stesse, appare, invero, decisamente problematico. A questo riguardo, Sasso rileva come, coerentemente con la riflessione condotta fin dal libro del 1927 sulla logica aristotelica, anche la sussunzione avrebbe dovuto essere da lui compresa tra le forme logiche che, imponendosi dall'alto sulla realtà, l'avrebbero costretta nei loro schemi, e come tale disapprovata, con la medesima fermezza e gli stessi argomenti adoperati contro il sillogismo (83).

Non è difficile riconoscere, al fondo di tale condivisibile notazione critica, l'individuazione di qualcosa di non troppo diverso da quel residuo di « antico logicismo » che proprio Calogero aveva rimproverato a Betti: una sottile aderenza, non completamente recisa, nei confronti di quegli stessi modelli di razionalità formale, dai quali tanto l'uno quanto l'altro avevano preso espressamente le distanze. La ragione di questa comune, inconsapevole resa alla pervasività di certi schematismi, a questo punto, non può sfuggire. Essa attiene alla volontà di conservare in capo alla legge il potere di regolare, in termini generali e astratti, la vita dei consociati, e in capo

(82) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 68 s.

(83) SASSO, *Calogero: il diritto fra logica e etica*, cit., 380 ss.

al giudice il dovere di applicarla ai casi, pur inesorabilmente imprevedibili, che questa di volta in volta presenti. Un proposito, condiviso dai due studiosi, e perseguito anche al costo di insinuare un elemento di contraddizione nei ragionamenti da loro posti in essere.

Del resto, non aveva lo stesso Croce, dinanzi al medesimo problema, accettato di correre questo rischio? Dichiarata l'impossibilità di applicare la legge nelle circostanze, inattese e sempre diverse, proprie della realtà dei rapporti umani, e giudicata al tempo stesso aberrante l'ipotesi di un giudice che, libero da ogni vincolo, creasse caso per caso il diritto, questi si era visto costretto a riconoscere alla legge una specifica funzione « preparatoria » nei confronti dell'azione individuale, come senz'altro deve intendersi la decisione giudiziale, riconfigurando a tal fine l'irreale volizione astratta quale necessario « aiuto » alla volizione, reale e concreta, dell'atto giurisdizionale ⁽⁸⁴⁾.

Nelle pagine della *Filosofia della pratica*, egli aveva ritenuto di poter trarre, da tale conclusione, una conferma circa l'esatta consistenza dell'analogia, da lui postulata, tra la costituzione dello spirito pratico e quella dello spirito teoretico. Come in quest'ultimo si sarebbero date formazioni che autenticamente teoretiche non sono, finti concetti che avrebbero sottinteso il concetto puro e contraffatto il suo carattere, schemi la cui funzione, essenzialmente pratica, sarebbe stata quella di sorreggere la memoria e agevolare il pensiero a orientarsi di fronte alla realtà multiforme ⁽⁸⁵⁾, così quei « medesimi pseudoconcetti, fatti oggetto di volizione e mutati da schemi in leggi, adempiono analogo ufficio nello spirito pratico, rendendo possibile alla volontà di volere in un certo indirizzo, dove poi s'incontrerà l'azione utile, che è sempre individuata » ⁽⁸⁶⁾.

L'analogia avrebbe evidenziato, in proposito, un ulteriore e non meno importante aspetto. La possibilità di tali pseudoconcetti,

⁽⁸⁴⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 342 s.

⁽⁸⁵⁾ « Non li pensiamo — scrive Croce —, ma ci aiutano a pensare; non li immaginiamo, ma ci aiutano a immaginare. Così il filosofo ferma di solito la mente sugli pseudoconcetti, per attendere di là agli universali; e l'artista anch'esso vi rivolge l'attenzione, per ritrovare sotto di quelli l'individuale e l'intuizione ingenua e viva, ch'egli cerca » (CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 343).

⁽⁸⁶⁾ CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 343.

nell'ambito teoretico, sarebbe stata determinata dalla circostanza per cui la realtà avrebbe offerto, accanto al dissimile, il simile, « il quale non è l'universale e necessario, ma il generale, un contingente (per così dire) meno contingente di altri, un variabile relativamente costante ». Il loro carattere arbitrario, dunque, non sarebbe derivato dalla posizione del « simile », ma piuttosto dalla sua indebita mutazione nell'« identico », attraverso l'irrigidimento di quella costanza da relativa in assoluta. In modo speculare, costruendo la realtà, lo spirito pratico avrebbe avuto la necessità di creare il simile accanto al dissimile, la specie accanto all'individuo, ciò che persiste nel tempo accanto a ciò che dura un attimo, e così le azioni che si ripetono, « simili benché non identiche », accanto a quelle che invece non si ripropongono: sarebbe questo l'ufficio a cui avrebbero adempiuto le leggi nella costituzione dell'« ordine sociale », dell'« ordine cosmico », per altro inevitabilmente relativo, dal momento che sempre avrebbe accolto in sé l'instabilità. « Perciò — aveva concluso Croce — è necessario fuggire le leggi, ed è insieme necessario violarle, pur osservandole come si può, nell'esecuzione » (87).

Il riconoscimento di quest'ambigua necessità, dell'ufficio della legge ausiliare e propedeutico rispetto alla volizione reale, avrebbe indotto infine a ripensare il concetto di « modello » o « tipo » di azione proposto all'agire dell'individuo, criticato con riferimento all'atto volitivo in generale, in quanto erroneamente adoperato nelle forme, economica ed etica, dello spirito pratico (88). Quel concetto, secondo il filosofo, non avrebbe potuto affatto essere pensato, né essere impiegato nel modo erroneo di cui si è detto, se non avesse avuto un suo legittimo significato in qualche altro ordine di fatti; e tale significato sarebbe stato da ritrovare proprio nelle leggi, le quali,

(87) CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 343 s.

(88) « L'uomo — scrive Croce illustrando la relazione dell'attività pratica con la teoretica — opera caso per caso e d'istante in istante, attuando la sua volontà di ogni istante e non già quel concetto astratto, che si dice *disegno*. Da ciò anche la conferma, che non è possibile fornire modelli o *tipi fissi* di azioni: colui che cerca e aspetta codesti modelli e tipi è un individuo che non sa volere, privo di quell'iniziativa, di quella creatività, di quella *genialità*, che non è meno indispensabile all'attività pratica di quanto sia all'arte o alla filosofia » (CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 51).

per l'appunto, « sono i *piani* o *disegni*, che si attuano, o piuttosto che non si attuano, dall'individuo operante » (89).

Un rischio, quello di cui si diceva, quanto mai concreto. Posta dinanzi alla legge, infatti, la teoria rigorosa e formale della volontà è sembrata entrare in crisi. Così l'idea che la volizione dell'atto singolo, l'azione individuale, possa trarre un qualche giovamento dal previo riferirsi alla classe generica delle volizioni e azioni, di cui tale atto costituirebbe un caso specifico, ha generato un'indebita contaminazione di piani, l'ibridazione impropria dell'astratto e del concreto. Analogamente, e in linea con la costituzione, voluta come speculare, dello spirito pratico e teoretico, l'idea del simile e del dissimile, che la realtà in quanto tale offrirebbe, e che lo spirito pratico, che quella stessa realtà pone in essere, avrebbe l'esigenza di creare, ha finito per accreditare in modo inatteso il prodotto di una falsificazione pseudoconcettuale.

(89) CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 343 s.

APPENDICE

Documento n. 1.

Emilio Betti a Benedetto Croce

[1]

Roma (Via XX settembre 44
p. no 5°), 23 novembre 1916.

Maestro,

Da lungo tempo io nuttivo il proposito di scriverle. Avrei voluto farle conoscere un periodo della mia storia spirituale, del quale Ella — ossia il Suo pensiero — fu l'eccitatore e parte integrante: un periodo ormai lontano nel tempo eppure presente, del quale non è restata traccia esteriore, ma una interiore, profonda, nel mio spirito stesso. Dico che *avrei* voluto: non mi sono saputo decidere ad attuare il mio proposito neppure ora. Poiché quale interesse può avere per Lei la mia storia interiore? non potrebbe anzi ^[2] la mia confessione (anche suppostane la veridicità) riuscirle importuna, causarle una perdita di tempo prezioso? Ed è quella confessione proprio necessaria a giustificare la mia dichiarazione di profonda gratitudine per lo κτήμα εἰς αἰεὶ che ho tratto dal Suo pensiero? A me non sembra. E perciò mi son limitato a manifestarle la mia gratitudine e la mia venerazione di alunno col puro e semplice invio di taluni lavori storico-giuridici che ho pubblicati ⁽¹⁾.

A proposito del quale invio (che Le feci qualche giorno fa da Camerino a Roma) è però necessaria un'avvertenza. I lavori che Le ho inviato non ^[3] rappresentano tutto me stesso e, forse, neppure il meglio di me stesso. Questa è per ora una pura asserzione; ma spero di poterla dimostrare con altri lavori in avvenire. Quelli che ho pubblicati non hanno alcuna pretesa; sono tentativi. Essi sono derivati da un contrasto e da un compromesso tra la mia intima vocazione per la filosofia e per la storia e le esigenze dello

(*) Lett. ms.; 1 foglio piegato a metà; Napoli, Fondazione « Biblioteca Benedetto Croce », Archivio di B. Croce, serie *Carteggio*, per anno e corrispondente, 1916. Desidero ringraziare la Dr. Marta Herling e il Prof. Natalino Irti per la generosa disponibilità nei miei confronti, quindi la Dr. Teresa Leo e la Sig.ra Susy Sebastianelli per avermi agevolato nella consultazione dei documenti.

(1) V., *supra*, nel Capitolo III, nt. 23.

studio giuridico quale studio dogmatico, tecnico, o (come Ella direbbe) “empirico„. Il contrasto e il compromesso è evidente per esempio nel § 1 del lavoro “La restaurazione Sullana e il suo esito„ (2), ove il contrasto tra storia politica e storia giuridica si complica, inoltre, con l’altro tra storia e filologia. Lo studio giuridico è stato per me [4] soprattutto un mezzo di *disciplina* che ho adoperato a reprimere e a regolare la tendenza metafisica e a-pratica del mio ingegno: mezzo di cui forse ho abusato soffocandone o ritardandone lo slancio genuino.

Vorrei parlarle di studi che ho in mente per l’avvenire (la sentenza quale individuazione della norma di legge, in specie la sua genesi logica attraverso un giudizio *storico* e un giudizio *classificatorio* e il suo valore normativo; il diritto quale potere) e di altre cose ancora. Ma temo di riuscirle importuno. E mi affretto perciò a pregarla di volermi perdonare del disturbo che Le ho arrecato con l’invio degli opuscoli e con questa lettera.

Con venerazione mi dichiaro Suo devotissimo

Emilio Betti

(2) *Ibid.*

Documento n. 2.

Emilio Betti a Benedetto Croce

[1]

Camerino (Marche),
30 dicembre 1916

Maestro,

Anzitutto La ringrazio proprio di cuore, e per le parole di lode — forse immeritate — che Ella volle rivolgermi a proposito degli opuscoli che Le inviai ⁽¹⁾, e per l'invio così gentile e per me altamente onorevole di sei scritti Suoi ⁽²⁾. Ella mi scuserà se non ho adempiuto prima d'ora il dovere di ringraziarla. Non volevo scriverle prima di aver preso cognizione degli scritti inviati e di averli letti e meditati: il che mi è stato possibile soltanto qualche settimana fa, tornato da Roma. Conoscevo già dalla Critica lo schizzo, assai interessante, di Storia della Storiografia ⁽³⁾; non conosco gli altri. Dei quali ho letto con particolare, vivissimo interesse la memoria sulla "Genesi e dissoluzione ideale della Filosofia della Storia," ⁽⁴⁾ e la memoria "Questioni storiografiche," ⁽⁵⁾. La ^[2] lettura di quest'ultima mi ha poi messo in grado di ricostruire a un dipresso il pensiero svolto nell'altra interessante memoria che non ho: "Storia, cronaca e false storie," ⁽⁶⁾. La lettura delle due memorie ha suscitato in me pieno consenso. Questo almeno credo di potere affermare: perché, anche colà dove qualche dubbio mi è sorto, pensandoci su sono arrivato alla conclusione che il dissenso era puramente apparente. Toccherò qui un solo punto. Ella dice (Questioni p. 7) false tutte quelle storie che narrano la *morte* — non la vita — *degli Stati e delle istituzioni* etc. Mettendo in connessione questo Suo pensiero con

(*) Lett. ms.; 3 fogli piegati a metà; Napoli, Fondazione «Biblioteca Benedetto Croce», Archivio di B. Croce, serie *Carteggio*, per anno e corrispondente, 1916.

(1) V., *supra*, nel Capitolo III, il testo citato su nt. 27.

(2) V., *supra*, nel Capitolo III, nt. 33.

(3) *Ibid.*

(4) V., *supra*, nel Capitolo III, nt. 34.

(5) V., *supra*, nel Capitolo III, nt. 35.

(6) *Ibid.*

uno espresso poco prima (ivi p. 4 a mezzo) e altrove (Critica 1916, p. 248 intelligenza storica la quale si volge a quel che di *nuovo* e *positivo* si viene elaborando anche nei periodi di decadenza (7)), si vede che Ella giudica false quelle storie non per ciò ^[3] solo che esse trattino quell'*argomento* sì pel modo come lo trattano: false le storie che narrano la morte (il decadimento, la crisi) *come niente altro che morte di quelle* determinate istituzioni (Stati, costituzioni), non — per contro — le storie che quella *morte* narrino *come, insieme, genesi di altre*, nuove, istituzioni, meglio rispondenti al mutato spirito dei tempi, alla diversa situazione storica. Non è compito della trattazione storica narrare la morte quale pura mancanza, negazione di vita; ma è bene compito di storiografo narrare la morte considerandola nel suo aspetto positivo, quale nascita — che attraverso di essa si opera — di una nuova vita. La morte, in sé, dunque è possibile argomento, *materia*, di storia; e, come la morte, tutti i *giudizi di disvalore* che esprimono morte o ^[4] in generale mancanza e che, per sé presi, si presentano come puramente negativi, possono anch'essi entrare a far parte della narrazione storica. Ma, s'intende, ad una condizione: alla condizione che essi costituiscano soltanto *materia di narrazione*, che non si chieda loro più di quello che essi possano dare, *che non li si eriga a giudizi storici definitivi* ossia esaurienti. Mi spiego con un esempio, in cui assumo come giudizio di disvalore un giudizio giuridico o politico-giuridico. Poniamo ad es. un giudizio con cui dal punto di vista dell'ordinamento giuridico o politico in cui s'inquadra si qualifichi un *avvenimento* (accadimento) storico come *atto* rivoluzionario o illegale (p. es. violazione di neutralità, di costituzione). È evidente che tale qualifica non basta, di per sé a dare di quell'avvenimento un giudizio *storico* esauriente. Lo storiografo che, limitandosi a quella qualifica, ^[5] pretendesse di avere con essa non puramente fornito un elemento pel giudizio storico, ma a dirittura liquidato l'avvenimento anche dal punto di vista storico — pretendesse cioè di *far passare* il suo giudizio giuridico *come* ⁽⁸⁾ *il giudizio storico definitivo* — cadrebbe in errore. Ma ciò non significa che il giudizio di disvalore (che nell'esempio fatto è un giudizio giuridico) sia senz'altro illegittimo sulla bocca dello storiografo e che lo storiografo debba a dirittura astenersi nella sua narrazione da ogni giudizio di disvalore. Significa soltanto che lo storiografo non deve fermarsi lì, deve andare più in là e più in fondo. Non deve attribuire al giudizio di disvalore (e in genere al giudizio che valuta i fatti dal punto di vista dell'attività individuale) una funzione più importante e più ^[6] decisiva di quella che comporti il complesso della narrazione storica. Quando ad esso si attribuisca tale funzione più ristretta e si riconosca un posto subordinato, il giudizio di disvalore — non fosse altro come primo e

(7) CROCE, *Gli sviati della scuola cattolico-liberale*, cit., 248 [= in *Storia della storiografia italiana* I, cit., 181].

(8) Doppia sottolineatura.

provvisorio tentativo di illuminare, di elaborare e di intendere il fatto storico — può contribuire efficacemente alla formazione del giudizio storico. Il quale — esso — è (come già, sulle tracce di Hegel, Ella disse [Pratica p. 66-67, 178 ⁽⁹⁾]) giudizio di realtà razionale, di razionalità (necessità) reale: non giudizio che valuti dal punto di vista dell'*attività* individuale, bensì giudizio che spiega dal punto di vista del *mondo* superindividuale, quale totalità delle situazioni preesistenti da cui i nuovi atti sorgono e a cui affluiscono: giudizio che assegna all'avvenimento il posto (significato) che ad esso spetta nella ^[7] continuità dello svolgimento storico.

Ella mi perdonerà questa digressione, considerando che essa mi è stata ispirata da un profondo interesse per le questioni storiografiche da Lei trattate. Può immaginare con quale ansia io attenda la pubblicazione del IV volume della Filosofia dello spirito (Teoria della storiografia), da Lei annunciata (in Critica 1916 p. 308 ⁽¹⁰⁾ e poi p. 455 ⁽¹¹⁾).

Delle altre parti del Sistema quelle che mi interessano più direttamente sono (com'è naturale, per l'ordine di studi che io seguo) la Pratica e la Logica. Alle quali vado debitore in particolare di idee precise intorno a ciò che è giudizio storico (individuale) e giudizio classificatorio, volizione e situazione di fatto, attività economica e leggi. Vivo consenso hanno poi suscitato in me — studioso del processo civile — le "postille," ch'Ella è andata scrivendo in questi ultimi tempi intorno alla ^[8] relazione logica tra diritto (Stato), forza, guerra e tra vita e lotta ⁽¹²⁾.

Qui mi limiterò a rilevare un singolo punto di dissenso: un punto però dove il dissenso è reale, quantunque limitato. Si tratta del giudizio giuridico. Ella dice (Critica 1916, p. 246 ⁽¹³⁾) che il giudizio pronunciato *sub lege*, in nome di leggi stabilite, è un *atto pratico*, un atto d'imperio onde il giudice procura di mantenere immutata una legge: atto pratico e non giudizio di verità. Che non sia giudizio di verità è, a rigore, esatto: perché non è né giudizio definitorio, né giudizio individuale puro (verità = filosofia e storia). Osservo però che, in questo senso, neppure *il giudizio di classificazione* è un giudizio di verità: e tuttavia esso non è, come tale, un atto pratico, bensì è anch'esso un *giudizio*, una sintesi di individuale ^[9] e generale (= pseudouniversale), sia pure presupponente e riprodotto un atto di arbitrio, che è la costruzione della classe, del concetto rappresentativo in esso individuato. Orbene il giudizio giuridico — fatta astrazione

⁽⁹⁾ V., *supra*, nel Capitolo III, nt. 46.

⁽¹⁰⁾ B. GROCE, *Filosofia e metodologia* [Varietà], in « La Critica » XIV/4 (20 luglio 1916) 308-315, p. 308 [= in *Teoria e storia della storiografia*, cit., 128-139].

⁽¹¹⁾ B. GROCE, *Rec.* di A. GALLETI, *Il romanticismo germanico e la storiografia letteraria in Italia* (in « Nuova Antologia » [16 luglio 1916] 135-153), in « La Critica » XIV/6 (20 novembre 1916) 455-456, p. 455.

⁽¹²⁾ V., *supra*, nel Capitolo III, nt. 62 e 68.

⁽¹³⁾ V., *supra*, nel Capitolo III, il testo citato su nt. 91.

dalla *persona* che lo pronuncia, giudice o privato, giureconsulto o profano — non è forse un giudizio derivante appunto da un giudizio di *classificazione*? Per poter pronunciare che « Tizio è — secondo la legge — obbligato a prestare la cosa venduta o il prezzo » devo prima aver qualificato (= classificato) come « vendita » o come « compera » l'atto compiuto da Tizio. Per sé considerato, il giudizio giur.^{co} non è ⁽¹⁴⁾ un giudizio di classificazione: ma è forse atto pratico nel senso di *atto di volontà di colui che giudica*? Dice forse, il giudicante, di volere, *lui*, che Tizio presti, o dice soltanto che Tizio è *obbligato* a prestare *secondo* ^[10] *la legge*, ossia che *la legge* (non lui, il giudicante) *vuole* che Tizio presti? Io, questo, non lo chiamerei comando, atto d'imperio; perché la volontà che viene dichiarata non è la *volontà propria del dichiarante* (come sarebbe necessario per un atto individuale di comando): è la volontà di un altro, la volontà della legge. Ora è vero che la volontà della legge è una volontà *astratta* perché presuppone non una situazione storicamente determinata bensì una *classe di situazioni* (nel nostro esempio, la compera o la vendita) e vuole non un atto storicamente determinato bensì — con disposizione generica — una classe di effetti (effetti giuridici: nel nostro es. il pagamento del prezzo o la prestaz. della cosa). Ma significa forse ciò che per innestarsi sul caso individuale, sulla ^[11] situazione storicamente determinata la disposizione di legge abbia bisogno di un ulteriore atto di volontà, di una volizione concreta? A me non pare. A me pare che ad applicare la norma di legge al caso, ossia a *individuarela*, a convertirla da norma generale in norma individuale bastino due giudizi. Un giudizio classificatorio che ne individui la previsione; e un *giudizio normativo* che ne individui la disposizione. Giudizio normativo e non atto d'imperio chiamerei appunto la sentenza: giudizio normativo *individuale* a differenza del giudizio normativo *generale* che viene formulato nella norma legge. La volizione, l'imperativo, che sostiene entrambi i giudizi è sempre quella della legge. Nella Pratica Ella non parla di giud. normativi, ma parla di “*formole* ^[12] *di regole*„ (p. 84), e di “*programmi*„ che sono poi la stessa cosa, in quanto si prescinda dall'elemento volitivo, imperativo (il che è possibile: Pratica p. 76-77, cfr. p. 238-239) ⁽¹⁵⁾. Detto ciò, è necessario avvertire subito che la sentenza che pronuncia *il giudice in nome dello Stato* è un atto pratico nel senso che è una dichiarazione autoritativa, la quale è fatta con intento pratico (si rivolge alla *volontà*, non all'intelligenza, delle parti) ed ha, per gli effetti che spiega, *rilevanza pratica*. Atto di volontà individuale il contenuto di una dichiarazione non è se non nel senso in cui è tale ogni giudizio, quale affermazione o negazione di una questione (Non ricordo più il punto dove Ella sostenne ciò; e Le sarei grato se, ricordandolo, volesse indicarmelo).

(14) Doppia sottolineatura.

(15) V., *supra*, nel Capitolo III, § 5.2.2.

Ella vorrà scusarmi, Maestro, di quest'altra lunga digressione che mi sono permesso e in genere del disturbo che Le arredo con questa mia. Colgo l'occasione per augurarle col maggior fervore buon anno e per assicurarla della mia profonda ammirazione e stima.

Mi confermo Suo dev.^{mo}

Emilio Betti

Documento n. 3.

Da E. BETTI, *La "vindicatio" romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo*: estratto da « Il Filangieri » XL/3 (maggio-giugno 1915) 3-50, p. 5 dell'estratto [= 321-368, p. 323] nt. 1 da p. 4 [= da p. 322].

« Nella scala dei valori dello spirito pratico, la forza — il valore economico {-generale} — segna il grado inferiore {più ampio}, il diritto obiettivo {(di Stato)} — il valore ~~etico~~ (1) {economico-convenzionale (statuale)} — segna il grado superiore {più ristretto} (v. per es. {analogia} CROCE, *Filosofia della pratica*, 245, 249), o con altra immagine la forza e il diritto possono raffigurarsi come due cerchi concentrici di cui quella è il più ampio, questo il più ristretto. La forza non si può quindi dire che sia *come tale* qualcosa di "antigiuridico"; piuttosto essa è qualcosa di "pregiuridico" (=pre-statuale): al diritto essa può essere bensì contraria, ma può essergli anche conforme {cioè identica}: tanto vero che il diritto per *farsi valere* deve assumere anch'esso la forma di forza (forza giuridica) ossia di *coazione*: il processo e la polizia nel diritto interno, la guerra nel diritto internazionale (ANZILOTTI, *Lezioni di dir. pubblico internazionale*, 25 {30} e segg.) ne sono esempi (cfr. anche G. SOREL, *Réflexions sur la violence*) » (2).

(*) Estratto raccolto in *Miscellanea di storia antica*; Napoli, Fondazione « Biblioteca Benedetto Croce », Biblioteca, coll. XXII 2* 2 (9).

(1) Reso illeggibile nell'estratto.

(2) V., *supra*, nel Capitolo III, nt. 83.

Documento n. 4.

Emilio Betti a Benedetto Croce

[1]

Parma, via D'Azeglio 144
31 dicembre '29

Illustre Maestro,

Nel porgerle auguri reverenti e cordiali per il nuovo anno, mi permetto di chiederle se Ella non creda meritevole di un cenno nella Sua "Critica" la mia prolusione "*Diritto romano e dogmatica odierna*" (1), che a suo tempo inviai tanto a Lei quanto all'amico De Ruggero (2). Il problema metodico in essa discusso presenta, credo, un alto interesse anche dal punto di vista filosofico e non è estraneo all'ordine di problemi da Lei trattati nella "Critica", p. es. a proposito della odierna storiografia italiana. Esso ha anche una portata assai vasta: così, a proposito della storia della letteratura greca, il collega Rostagni (3) si è proposto un problema strettamente affine. È un problema di cui, viceversa, i romanisti di mestiere non avvertono tutta l'importanza; i filosofi del diritto, sì (esce ora una recensione di A. Levi nella Riv. internaz. fil. dir. (4))

Ma naturalmente lascio Lei arbitro di giudicare della opportunità di una recensione! E La prego di voler accettare, con rinnovati auguri, l'espressione della mia devozione profonda

Suo Betti

(*) Lett. datt., ultimo rigo ms.; 1 foglio piegato a metà; su carta intestata: R. Università di Milano; Napoli, Fondazione « Biblioteca Benedetto Croce », Archivio di B. Croce, serie *Carteggio*, per anno e corrispondente, 1929.

(1) V., *supra*, nel Prologo, nt. 29.

(2) Ritengo si tratti di un errore nella resa dattiloscritta per De Ruggiero; potrebbe in tal caso riferirsi a Guido (1888-1948) o a Roberto (1875-1934), cugini, entrambi legati a Croce e in rapporti di amicizia con Betti.

(3) Augusto Rostagni (1892-1961).

(4) A. LEVI, *Pandettistica, dogmatica odierna e filosofia del diritto*, in « RIFD. » X/2 (marzo-aprile 1930) 261-275.

Documento n. 5.

Emilio Betti a Benedetto Croce

[1]

Parma, D'Azeglio 144, 18 luglio '30

Illustre Maestro,

L'interesse che Ella mostrò per il contenuto della mia prolusione milanese "Diritto romano e dogmatica odierna" (1), sia scrivendomene direttamente, sia parlandone all'amico De Ruggero (2), mi fa supporre che potrò, forse, farle cosa gradita segnalandole, dopo la recensione di Alessandro Levi (3), quella di Leopold Wenger nella *Zeitschr. d. Sav. St.* (4). Gliela invio a parte insieme a un'altra copia della prolusione stessa (De Ruggero mi scrisse che Ella gli aveva richiesto la sua, avendo smarrito la propria). Temo, del resto, che il Wenger sia in equivoco, quando crede di condividere il mio punto di vista. La distinzione che egli fa tra la questione "wie es war" e la questione "was sagt uns die Vergangenheit" parte da premesse platonizzanti che io non accetto. Alla nota 5 a pag. 5 avrei dovuto richiamare un filosofo col quale, invece, credo d'esser d'accordo: Nietzsche (*Menschliches Allzumenschliches*, II § 126).

Se Ella stimasse utile, per una più esatta [2] comprensione del mio modo di vedere, conoscere nella applicazione concreta che ne faccio, i criteri metodici propugnati nella prolusione, Le farei volentieri inviare in omaggio dall'editore Milani di Padova tanto la "parte generale" del mio Corso d'istituzioni (5), quanto le "esercitazioni romanistiche" tenute que-

(*) Lett. datt., ultimo rigo ms.; 1 foglio piegato a metà; su carta intestata: R. Università di Milano, con timbro personale: Prof. Emilio Betti; Napoli, Fondazione «Biblioteca Benedetto Croce», Archivio di B. Croce, serie *Carteggio*, per anno e corrispondente, 1930.

(1) V., *supra*, Documento n. 4, nt. 1.

(2) V., *supra*, Documento n. 4, nt. 2.

(3) V., *supra*, Documento n. 4, nt. 4.

(4) L. WENGER, in «ZSS.» L (1930) 707-708.

(5) E. BETTI, *Corso di Istituzioni di diritto romano I. Parte generale (escluso il processo)*, anno accademico 1927-28 (Padova, Cedam, 1928).

st'anno e pubblicate or ora ⁽⁶⁾. Superfluo dire che mi terrei onorato di una Sua accettazione di questo omaggio.

Purtroppo i romanisti odierni non sentono affatto la esigenza da me avvertita né si rendono conto dell'importanza del problema metodico che essa propone. Quanto ai filosofi del diritto, essi inclinano ad ammettere accanto alla dogmatica una scienza dell'“universale giuridico” (filosofia) intendendola in un modo (scienza del rapporto giur.) che dimostra la loro poca chiarezza d'idee (v. recens. Levi, p. 15).

È assai melanconico veder trascurati o fraintesi dai giuristi certi problemi essenziali!

Voglia, illustre Maestro, perdonare la libertà di questa mia e gradire i sensi della mia devozione profonda. Mi abbia Suo dev.^{mo}

Emilio Betti

⁽⁶⁾ E. BETTI, *Esercitazioni romanistiche su casi pratici I. Anormalità del negozio giuridico* (Padova, Cedam, 1930).

Documento n. 6.

Emilio Betti a Benedetto Croce

[1]

Cavalese, Albergo Aurora
(Trento), 30 luglio '30

Illustre Maestro,

Nel recente fascicolo della "Critica" ho letto con vivo interesse e con piacere la recensione che Ella ha avuto la bontà di dedicare alla mia prolusione milanese (1).

Sono in tutto d'accordo con Lei. Il problema andava impostato in termini più comprensivi e tali da comprendere la dogmatica non solo giuridica, ma anche letteraria e religiosa. Anche la dogmatica religiosa, infatti, dà luogo a questioni analoghe a [2] quelle da me discusse (v. per es. Troeltsch, Was heisst "Wesen des Christentums"?, in *Gesammelte Schriften*, II, 433 sgg.).

Quanto alla dogmatica letteraria, osserverei soltanto che essa, pure avendo come le altre la funzione di apprestare strumenti d'orientamento all'indagine storica, non ha tuttavia la importanza essenziale che hanno la dogmatica giuridica o quella religiosa. Mentre infatti non è logicamente possibile intendere a dovere un rapporto [3] giuridico o un elemento di fede religiosa senza "dogmatizzarlo", si può invece intendere benissimo un dramma o una lirica senza ricorrere alle categorie della Poetica. Intendere: cioè ricreare in sé stessi come attualità viva e nuova, o come stato di coscienza riflessa nella nostra coscienza.

Voglia, intanto, illustre Maestro, gradire l'espressione della mia riconoscenza vivissima e avermi cordialmente Suo devotissimo

Emilio Betti

(*) Lett. ms.; 1 foglio piegato a metà; Napoli, Fondazione « Biblioteca Benedetto Croce », Archivio di B. Croce, serie *Carteggio*, per anno e corrispondente, 1930.

(1) V., *supra*, nel Prologo, nt. 29.

Documento n. 7.

Piero Calamandrei a Guido Calogero

[1]

Firenze
8.II.36

Caro Calogero,
grazie del tuo giudizio così cordiale (ci possiamo dare del tu, non è vero?) sul mio « Elogio » (1). Mi fa piacere sentirlo a sua volta elogiato da un lettore autorevole come sei tu, ma anche apprendere che un filosofo, abituato a discorrere con Platone (spero che l'amico Russo (2) ti abbia portato i miei ringraziamenti per il dono della magnifica « voce » (3)), non disdegna i problemi della tecnica processuale e sente che sotto le nostre fredde dialettiche c'è, più spesso che i profani non pensino, il caldo della vita.

Se proprio ti interessa parlar di cose giudiziarie, sarò lieto di mettere a tua disposizione la mia giornaliera esperienza. Bisogna trovare il modo di vederci! Guarderò di provocar l'occasione.

Saluti cordialissimi dal
tuo

Piero Calamandrei

(*) Lett. man.; 1 foglio; su carta intestata: Prof. Avv. Piero Calamandrei / ord. nella R. Università di / Firenze / Firenze (104) - Borgo Albizi 14 - tel. int. 21-404 / Roma - Via dell'Umiltà 43 - tel. int. 61-442; indirizzata: Prof. Guido Calogero / L'Arcoiaio / San Domenico di Fiesole; Roma, ACS., Fondo Calogero, Busta 58. La lettera è trascritta già interamente in NITSCH, *Prime note sul carteggio Calamandrei-Calogero*, cit., 146. Desidero ringraziare la Sig.ra Laura e il Prof. Francesco Calogero per la generosa disponibilità nei miei confronti, quindi la Dr. Luisa Montevocchi per avermi agevolato nella consultazione dei documenti.

(1) P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (Firenze, Le Monnier, 1935); per indicazioni sulle successive edizioni si v. la *Bibliografia* degli scritti di Calamandrei (cit., *supra*, nel Prologo, nt. 83), p. 629, n. 194.

(2) Luigi Russo (1892-1961).

(3) Dovrebbe trattarsi di G. CALOGERO, s.v. « Platone », in *El.* XXVII (Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1935) 510-521.

Documento n. 8.

Piero Calamandrei a Guido Calogero

[1]

Firenze
2.VII.36

Caro Calogero,
in plico a parte ti ho mandato l'opuscolo di Zanzucchi (1); puoi tenerlo anche tre o quattro giorni, perché, in questo increscioso lavoro sulla Cassazione (2) che devo terminare entro il luglio in condizioni di stanchezza, di clima e di urgenza che mal si addicono ai nostri studi, solo tra una diecina di giorni arriverò a scrivere della violazione del giudicato.

Conto mandarti fra qualche giorno qualche esempio di sentenze denunciate e annullate per vizî che a me paiono meramente logici.

Sono molto lieto (senza complimenti) di aiutarti colla mia pratica [2] a raccogliere dati per quel tuo libro che riuscirà veramente interessante e nuovo e che sarà per me grande onore pubblicare nella mia collezione (3).

Per tutto luglio puoi scrivermi qui in Studio (Borgo Albizi, 14), di dove, anche in mia assenza, la posta mi viene giornalmente respinta: e mi auguro ci rivedremo (vero?) a S. Vigilio.

(*) Lett. ms.; 1 foglio; su carta intestata: Prof. Avv. Piero Calamandrei / ord. nella R. Università di / Firenze / Firenze (104) - Borgo Albizi 14 - tel. int. 21-404 / Roma - Via dell'Umiltà 43 - tel. int. 61-442; indirizzata: Prof. Guido Calogero / della R. Univ. di Pisa / Villa Italia / S. Mauro a Mare / (Forlì); Roma, ACS., Fondo Calogero, Busta 58. Parte della lettera è trascritta già in NITSCH, *Prime note sul carteggio Calamandrei-Calogero*, cit., 147 s.

(1) Potrebbe riferirsi a M.T. ZANZUCCHI, *Contrarietà di giudicati e poteri della Corte di Cassazione*, in « Temi emiliana » v (1928) I, 115-122.

(2) Dovrebbe trattarsi di P. CALAMANDREI, s.v. « Cassazione civile », in NDI. II (Torino, UTET, 1937) 981-1034.

(3) V., *supra*, nel Capitolo IV, § 3.

Ossequi alla tua gentile Signora ⁽⁴⁾ anche da mia moglie ⁽⁵⁾.
Buon mare e una stretta di mano dal
tuo

Calamandrei

⁽⁴⁾ Maria Comandini in Calogero (1903-1993).

⁽⁵⁾ Ada Cocci in Calamandrei (1890-1970).

Documento n. 9.

Piero Calamandrei a Guido Calogero

[1]

Firenze
23-VII-37

Carissimo,
di passaggio da Firenze, di dove stasera tornerò al Forte dei Marmi (Pensione America), ti spedisco in fretta una copia del Progetto preliminare (1), sicuro di farti piacere e di contribuire così a rendere più amabili e briose le tue vacanze.

Quando l'avrai letto, potrai scrivere un bel volume su "La logica del legislatore". Te la caverai con poca fatica, come quel professore di anatomia comparata che un giorno salì in cattedra annunciando: "oggi parleremo dello sterno dei pesci". Meditò un istante, si schiarì la voce, e poi disse: "i pesci non hanno sterno". E se ne andò.

Abbiamo speranza di venirvi a fare una visitina nella seconda metà di agosto: fino al 15 staremo al mare.

Ossequi alla tua gentile Signora (2) e a te una affettuosa stretta di mano dal
tuo

Piero Calamandrei

(*) Lett. datt., ultimo rigo ms.; 1 foglio; su carta intestata: Studio Legale / del Prof. Avv. Piero Calamandrei / ord. nella R. Università di Firenze / Firenze - Borgo Albizi, 14 - telef. 21-404 / Roma - Via della Vite, 13 - telef. 61-442; indirizzata: Prof. Guido Calogero / Casa Leon / Cortina d'Ampezzo; Roma, ACS., Fondo Calogero, Busta 58. Parte della lettera è trascritta già in NITSCH, *Prime note sul carteggio Calamandrei-Calogero*, cit., 151 nt. 22.

(1) V., *supra*, nel Capitolo IV, nt. 137.

(2) V., *supra*, nel Documento n. 8, nt. 4.

Documento n. 10.

Guido Calogero a Norberto Bobbio

[1]

Roma, 26.3.'39

Mio caro Bobbio,

se non fossi diventato tuo amico e tuo ammiratore per la lunga conversazione di quel bel pomeriggio passato in comune, lo sarei divenuto per la tua lettera e per il capitolo che m'hai dedicato nel tuo libro ⁽¹⁾. A proposito del quale ti dirò che esso è certo la migliore analisi ^[2] critica che il mio libro abbia subito dal punto di vista del problema della logica; e che basterebbe essa a provare quale sia il tuo acume. E io sono d'accordo con te nei tre quarti almeno di quel che dici: ma appunto perciò ho il sospetto che ti sia sfuggito il punto centrale della questione, quanto al problema della situazione della logica nella filosofia dello spirito. Comunque, ti sarei ben grato se volessi ^[3] compiere la stessa analisi critica (magari soltanto orale, per quando ci rivedremo) sul mio libro *La conclusione della filosofia del conoscere* (Le Monnier 1938), che non so se tu abbia visto. Se non l'hai, vedrò di fartelo mandare dall'editore.

Ma non era tanto di me che volevo parlarti, quanto del libro tuo. Già dalla rapida scorsa che gli ho dato ho veduto quanto m'interessi: e mi riprometto ^[4] quindi di leggerlo con la più grande attenzione. E chi sa che non m'induca a scriverti qualcosa su ...

Spero che ci rivedremo presto, qui a Roma o altrove: intanto, grazie ancora e i più affettuosi auguri di Buona Pasqua dal Tuo

G. Calogero

(*) Lett. ms.; 2 fogli; su carta intestata: R. Università di Pisa; Torino, Centro studi Piero Gobetti, Archivio Norberto Bobbio, Unità archivistica 1902. Desidero ringraziare il Prof. Andrea Bobbio per la generosa disponibilità nei miei confronti, quindi il Dr. Pietro Polito per avermi agevolato nella consultazione di questo documento.

(1) V., *supra*, nel Capitolo IV, nt. 4.

Documento n. 11.

Guido Calogero a Piero Calamandrei

[1]

Marina di Pisa, 9 giugno 1938
Via Vecchioni 8

Mio caro Calamandrei,
è veramente incredibile che io mi decida a scriverti solo dopo più d'un mese dalla nostra partenza da Firenze, e quando tu, nel frattempo, mi hai mandato un duplice saluto da Perugia! Tu sei, oltre che un carissimo amico ed un uomo che tutti ammiriamo (ma su questo non è il caso che insista, perché tu mi ridurresti al silenzio), anche una delle persone alle quali io più debbo esser grato: e con tutto questo mi sto comportando nei tuoi riguardi colla peggiore scortesia!

Non per giustificarmi (ché ci sarebbe "difetto di motivi,") ma per informarti ti dirò che, appena giunti quaggiù, il greve clima pisano, sommato alla solitudine di Marina, che nel maggio era per giunta anche piovosa, mi ha bensì guarito dall'insonnia, ma mi ha in compenso fatto diventare così inerte e sonnolento, che già il lavoro necessario per terminare i due corsi di lezioni ^[2] a Pisa m'impegnava per intero. Ora mi vado risvegliando, anche ai doveri dell'amicizia e della corrispondenza; e ho ripreso a lavorare, mentre, d'altro lato, il bel tempo ci permette (e soprattutto permette ai bambini) di stare sulla spiaggia.

Non so se tu abbia visto, nell'ultimo fascicolo del *Giornale critico della filosofia italiana* (p. 159 sgg.) la recensione di Carlo Antoni sul mio libro ⁽¹⁾.

(*) Lett. ms.; 1 foglio; Montepulciano, Biblioteca Archivio Piero Calamandrei, Archivio della famiglia Calamandrei, Busta 15, Fascicolo V. Parte della lettera (ritrovata, e tuttora conservata, in una cartellina intitolata « Appunti per il saggio *Fede nel diritto* »: cfr., in proposito, S. CALAMANDREI, *Tra Socrate e Antigone*, in CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, cit., 111-129, p. 125 ss.) è trascritta già in NITSCH, *Prime note sul carteggio Calamandrei-Calogero*, cit., 153 s. Desidero ringraziare la Dr. Silvia Calamandrei per la generosa disponibilità nei miei confronti, quindi la Dr. Francesca Cenni per avermi agevolato nella consultazione dei documenti.

(1) V., *supra*, nel Capitolo IV, nt. 4.

Anch'egli contesta l'equazione storiografia-giurisdizione, mentre approva la critica della costruzione logico-sillogistica della giurisdizione stessa: senza, d'altronde, toccare le questioni più propriamente giuridiche. Io penso sempre di tornare sul problema, esaminando le varie critiche che mi son state mosse: ma, intanto, attendo il tuo articolo, perché quanto me ne anticipasti nella nostra passeggiata al Viale dei Colli m'è rimasto nella memoria e mi fa sempre più desiderare di leggerlo per intero.

Ci si vedrà quest'estate in montagna? Se veniste a Cortina, sarebbe veramente una bella cosa! Noi contiamo di esserci nella prima settimana di luglio. Ma, anche nel peggiore dei casi, non andate troppo lontani da Cortina! — Se poi tu avessi tempo, e non vi dispiacesse una giornata al mare, ricordatevi che ci fareste un grandissimo piacere venendo qui. Possiamo sperarlo?

Mia moglie ⁽²⁾ desidera di essere ricordata alla tua Signora ⁽³⁾: anche lei non dimenticherà mai le vostre cortesie. Salutateci Franco ⁽⁴⁾, che ormai sarà certo rimesso del tutto.

Tante care cose dal tuo

Guido Calogero

(2) V., *supra*, nel Documento n. 8, nt. 4.

(3) V., *supra*, nel Documento n. 8, nt. 5.

(4) Franco Calamandrei (1917-1982).

Documento n. 12.

Piero Calamandrei a Guido Calogero

[1]

Firenze
14 giugno '38

Carissimo,
grazie della tua affettuosa lettera ⁽¹⁾, che ricambio con pari animo. Ti dirò che non solo non ti consideravo mio debitore epistolare, ma che al contrario avevo l'impressione di essere io debitore verso di te; perché la tua partenza da Firenze mi aveva lasciato una certa malinconia, non soltanto per l'allontanarsi di un amico che è sempre penoso specialmente in questi tempi, ma anche per le condizioni di spirito e di stanchezza in cui t'avevo visto partire, sicché non passava giorno che non pensassi di scriverti per chiederti notizie del vostro nuovo soggiorno. Poi seppi da Russo ⁽²⁾ che il mare t'aveva restituito il sonno; e ogni ragione di inquietudine mi parve superata. Ora la tua lettera rasserenata me ne dà la conferma: e te ne esprimo di cuore il nostro compiacimento.

Non ho visto l'articolo che mi segnali ⁽³⁾, né ho avuto più un momento libero per cominciare ^[2] a scrivere quell'articolo *Giudice e storico* sul quale al Vial dei Colli mi chiaristi le idee (ho l'impressione che le coppie sedute sulle panchine, a sentir quei nostri discorsi, ci guardassero con aria di compassione). Ma conto di mettermici in questo mese. Ho avuto nell'ultima quindicina di maggio e in questa prima di giugno un lavoro estenuante: sono le settimane di passione degli avvocati. Ma ora comincio a respirare:

(*) Lett. ms.; 1 foglio; su carta intestata: Studio Legale / del Prof. Avv. Piero Calamandrei / ord. nella R. Università di Firenze / Firenze - Borgo Albizi, 14 - telef. 21-404 / Roma - Via della Vite, 13 - telef. 61-442; indirizzata: Prof. Guido Calogero / della R. Univ. di Pisa / Via Vecchioni 8 / Marina di Pisa; Roma, ACS., Fondo Calogero, Busta 58. Parte della lettera è trascritta già in NITSCH, *Prime note sul carteggio Calamandrei-Calogero*, cit., 154.

⁽¹⁾ V., *supra*, Documento n. 11.

⁽²⁾ V., *supra*, nel Documento n. 7, nt. 2.

⁽³⁾ V., *supra*, nel Documento n. 11, nt. 1.

non mi restano che cause di cassazione da discutere, e me la caverò con qualche viaggio a Roma, l'ultimo il 21 luglio. La convalescenza di Franco ⁽⁴⁾ si svolge con soddisfacente regolarità: è a Viareggio, dove starà fino a metà luglio. Poi andrà a Cortina con Ada ⁽⁵⁾, dove io li raggiungerò alla fine di luglio. Abbiamo fissato definitivamente le camere all'Albergo Faloria. Così staremo insieme con voi: è questo uno degli elementi confortanti del soggiorno montano di quest'anno, che sotto altri aspetti non rappresenta proprio il mio ideale.

Ada vuol esser ricordata con molta cordialità alla tua Signora ⁽⁶⁾: anch'ella pensa con gioia che a Cortina, in mezzo a tutta quella gente che almeno durante le vacanze si vorrebbe lasciar lontana, troveremo due amici, coi quali intenderci ed appartarci.

Un'affettuosa stretta di mano dal
tuo

Piero Calamandrei

⁽⁴⁾ V., *supra*, nel Documento n. 11, nt. 4.

⁽⁵⁾ V., *supra*, nel Documento n. 8, nt. 5.

⁽⁶⁾ V., *supra*, nel Documento n. 8, nt. 4.

Documento n. 13.

Piero Calamandrei a Guido Calogero

[1]

Firenze
5.I.39

Carissimo,
ti ho mandato in plico a parte una copia dell'articolo « Il giudice e lo storico » che ho finito stamani. Prima che sia stampato (al che occorrerà qualche settimana) ti pregherei di farmene francamente la critica, allo scopo pratico e utilitario di riuscire eventualmente a riacchiappare qualche sfarfallone che mi fosse volato via, in questi bei prati della filosofia nei quali io mi sono aggirato col timore di pestar qualche aiuola e di imbattermi nel vigile che mi colga in contravvenzione. Se c'è, come ci sarà di certo, qualche ingenuità o improprietà di stile, ti sarò grato se me le farai rilevare: ed anche se mi dirai se sugli argomenti da me sfiorati ci sia da vedere qualche filosofo nostro contemporaneo (per es. Gentile), che anche un giurista non possa non conoscere (e che io, ahimè, non conosco!).

Del tuo articolo sull'obbligo di verità ^[2] non ho avuto ancora le bozze: andrà sul 1° numero di quest'anno ⁽¹⁾.

Lunedì forse sarò a Roma nel pomeriggio per subito ripartirne: ho scritto a Comandini ⁽²⁾ che gentilmente mi aveva invitato per la sera di lunedì, che per questa volta non mi è possibile accettare l'invito. Ma per altra prossima occasione, volentierissimo.

(*) Lett. ms.; 1 foglio; su carta con grafica personalizzata; Roma, ACS., Fondo Calogero, Busta 58. Parte della lettera è trascritta già in NITSCH, *Prime note sul carteggio Calamandrei-Calogero*, cit., 154 s.

(1) Si tratta di G. CALOGERO, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in « Riv. dir. proc. civ. » XVI/2 (aprile-giugno 1939) I, 129-153 [= in *Saggi di etica e di teoria del diritto*, cit., 224-256].

(2) Federico Comandini (1893-1967).

Ossequi alla Signora ⁽³⁾, affettuosi saluti
dal
tuo

Piero Calamandrei

⁽³⁾ V., *supra*, nel Documento n. 8, nt. 4.

Documento n. 14.

Benedetto Croce a Pietro ⁽¹⁾ *Calamandrei*

23.IV.39.

Gentilissimo Amico,

Grazie dei due opuscoli ⁽²⁾, che ho trovato qui, tornando da un viaggio a Torino e a Milano. Li ho letti presto, e con speciale interesse la sua dimostrazione della ricerca storica che è propria del giudice e dei limiti in cui è chiusa. L'ho citata anzi in nota a una mia raccolta di recensioni, della quale è in corso la stampa ⁽³⁾. Questa volta non mi sono potuto fermare a Firenze, come avrei desiderato. Ma gli avvenimenti che ci premono intorno sono tali che ci tolgono ogni agilità di moto e di vita.

Presenti i miei ossequi alla sua Signora ⁽⁴⁾ e mi abbia cordialmente
Suo

B. Croce

(*) Cart. post. ms.; intestata: *La Critica / Rivista di letteratura, storia e filosofia* / Direzione: / *Trinità Maggiore, 12* - Napoli / Amministrazione: / Gius. Laterza & Figli - Bari; indirizzata: Chiar. / prof. avv. Pietro Calamandrei / Borgo Albizi 14 / Firenze; Montepulciano, Biblioteca Archivio Piero Calamandrei, Archivio della famiglia Calamandrei, in corso di inventariazione (cfr., *infra*, nel Documento n. 15, nt. 2). La cartolina è trascritta già interamente in NITSCH, *Prime note sul carteggio Calamandrei-Calogero*, cit., 157 s.

⁽¹⁾ *Sic.*

⁽²⁾ V., *supra*, nell'Epilogo, § 2.

⁽³⁾ V., *supra*, nell'Epilogo, nt. 46.

⁽⁴⁾ V., *supra*, nel Documento n. 8, nt. 5.

Documento n. 15.

Benedetto Croce a Pietro ⁽¹⁾ Calamandrei

15.VI.39

Gentilissimo Amico,

Le mando il 5° vol. delle mie *Conv. critiche*, non ancora pubblicato ⁽²⁾. Vedrà che, sulle bozze che avevo tra mano, aggiungo una nota per rimandare al suo saggio ⁽³⁾. Ma di esso, ripensandoci poi, mi apparve sempre maggiore la giustezza non solo, ma l'importanza; tanto che son tornato sopra quella sua interpretazione in un mio scritto di parlipomeni al libro sulla Storia ⁽⁴⁾. Ella si è dimostrato ottimo filosofo, a suo modo, perché ha ben penetrato la realtà di un processo mentale. Saluti cordiali dal
Suo

B. Croce

(*) Cart. post. ms.; intestata: *La Critica / Rivista di letteratura, storia e filosofia* / Direzione: / *Trinità Maggiore, 12* - Napoli / Amministrazione: / Gius. Laterza & Figli - Bari; indirizzata: Al Chiar.mo / Sig. Prof. Pietro Calamandrei / della R. Università / Via della Robbia, 33 / (0/367) / Firenze; Montepulciano, Biblioteca Archivio Piero Calamandrei, Archivio della famiglia Calamandrei, in corso di inventariazione (cfr., *infra*, nt. 2). Anche questa cartolina è trascritta già interamente in NITSCH, *Prime note sul carteggio Calamandrei-Calogero*, cit., 158.

⁽¹⁾ *Sic.*

⁽²⁾ Il volume crociano delle *Conversazioni critiche* V, cit., che si trova nella biblioteca della famiglia Calamandrei, a Montepulciano, e al cui interno sono state ritrovate questa cartolina e la precedente (cit., *supra*, come Documento n. 14), reca sul frontespizio una dedica autografa: « All'amico P. Calamandrei / B. Croce ».

⁽³⁾ V., *supra*, nel Documento n. 14, nt. 3.

⁽⁴⁾ V., *supra*, nell'Epilogo, nt. 48.

Documento n. 16.

Piero Calamandrei a Benedetto Croce

[1]

Firenze
22.VI.39

Illustre e caro Senatore,
sono dolentissimo di non poter essere stasera a salutarLa e a ringraziarLa di cuore per l'invio del Volume e per le parole veramente affettuose colle quali ha voluto accompagnarLo. Non L'ho subito ringraziata del dono, perché sapevo che Ella doveva ripassare da Firenze e speravo di aver così l'occasione di trascorrere con Lei qualche ora: invece so del Suo arrivo proprio quando debbo partire per Roma, ove domani ho una discussione in Cassazione.

Accolga dunque per iscritto la espressione della mia gratitudine.

^[2] Ella non immagina neanche con quanta emozione abbia letto sul frontespizio del Suo volume le parole di amicizia a me indirizzate ⁽¹⁾, e la Sua cartolina ⁽²⁾ che così amabilmente mi conferma l'attenzione da Lei prestata a quel mio scrittarello sul giudice e lo storico.

Se Le dicessi che io considero quella cartolina come una specie di « premio », che mi invoglia ad altri lavori su quel tema, Ella forse sorrirebbe; ma in verità il Suo giudizio è oggi, in Italia, l'unico premio serio a cui possa aspirare uno studioso!

Mi conservi la Sua benevolenza e creda alla devozione del
Suo

Piero Calamandrei

(*) Lett. ms.; 1 foglio piegato a metà; su carta intestata: Studio Legale / del Prof. Avv. Piero Calamandrei / ord. nella R. Università di Firenze / Firenze - Borgo Albizi, 14 - telef. 21-404 / Roma - Via della Vite, 13 - telef. 61-442; Napoli, Fondazione "Biblioteca Benedetto Croce", Archivio di B. Croce, serie *Carteggio*, per anno e corrispondente, 1939. La lettera è trascritta già interamente in NITSCH, *Prime note sul carteggio Calamandrei-Calogero*, cit., 159 s.

(1) V., *supra*, nel Documento n. 15, nt. 2.

(2) Riprodotta, *supra*, come Documento n. 15.

Documento n. 17.

Piero Calamandrei a Benedetto Croce

[1]

Montepulciano
25.IX.39

Illustre e caro Senatore,

Grazie della gentile premura con cui ha voluto inviarmi la preziosa primizia ⁽¹⁾. Quei miei due saggi non aspiravano a tanto onore: quando li scrissi (specialmente quello sul giudice e lo storico) ebbi una gran paura d'essere uscito dal seminato; e di sentirmelo dire da Lei! Ora la Sua approvazione mi dà coraggio per continuare: e spero mandarLe presto un altro articolo che sto scrivendo sulla stessa direttiva ⁽²⁾.

Grazie di nuovo, vivissime: e affettuosi ossequi dal
Suo devoto

Piero Calamandrei

(*) Lett. ms.; 1 foglio; Napoli, Fondazione "Biblioteca Benedetto Croce", Archivio di B. Croce, serie *Carteggio*, per anno e corrispondente, 1939. La lettera è trascritta già interamente in NITSCH, *Prime note sul carteggio Calamandrei-Calogero*, cit., 160.

(1) Si tratta della recensione crociana cit., *supra*, nell'Epilogo, nt. 55, di cui Calamandrei riceve copia con circa due mesi di anticipo rispetto alla pubblicazione.

(2) È ragionevole identificare l'articolo in questione con *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, cit., di cui effettivamente Calamandrei invierà un estratto a Croce, nella primavera del 1941, accompagnandolo con una lettera, trascritta anch'essa, *infra*, come Documento n. 18.

Documento n. 18.

Piero Calamandrei a Benedetto Croce

[1]

Firenze, 8.V.41
Borgo Albizi, 14

Carissimo Senatore,
avrei voluto darLe e commentarLe personalmente questo mio articolo (1); ma la sera che ebbi il piacere di vederLa non ne avevo ancora ricevuto gli estratti.

I « filosofi » (?) coi quali polemizzo al n. 6 sono specialmente due: il prof. Pompeo Biondi, che sotto lo pseudonimo di *Jus* (... lucus a non lucendo) ha scritto su « Critica fascista » una nota (2) piena di male parole contro i giuristi; e il prof. Giuseppe Maggiore che sulla « Riv. it. di diritto penale » del 1939 ha pubblicato un saggio intitolato *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario* (3), nel quale si ammoniscono i giuristi a farsi una mentalità politica (Non li ho nominati nell'articolo, per non dar loro troppa importanza!)

Le mando questo mio scritto con [2] qualche trepidazione; ma il modo in cui Ella ha trattato altra volta i miei scritti di analfabeta della filosofia mi fa sperare che, anche se in questo troverà qualche sproposito, non mi toglierà per questo la Sua benevolenza; che è uno dei pochi conforti di questo tempo angoscioso.

Accolga la affettuosa devozione del
Suo

Piero Calamandrei

(*) Lett. ms.; 1 foglio; su carta intestata: *Collezione di Studi di diritto processuale* / Diretta da Piero Calamandrei / Il Direttore; Napoli, Fondazione "Biblioteca Benedetto Croce", Archivio di B. Croce, serie *Carteggio*, per anno e corrispondente, 1941. La parte conclusiva della lettera è trascritta già in NITSCH, *Prime note sul carteggio Calamandrei-Calogero*, cit., 160 nt. 61.

(1) V., *supra*, nel Documento n. 17, nt. 2.

(2) JUS (P. BIONDI), *Il mito della tecnica giuridica*, in « Critica fascista » XVII/15 (1° giugno 1939) 239-242.

(3) G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in « Riv. it. dir. pen. » XI/2 (marzo-aprile 1939) 140-161.

INDICE DEI NOMI

- ALCHOURRÓN, Carlos E.: 82
ALLORIO, Enrico: 23-24
ALPA, Guido: 21, 278
ANDRIOLI, Virgilio: 32, 291
ANGUIZZOLA, Carlo: 61
ANTONI, Carlo: 204-205, 261-263, 269, 271, 322
ANZILOTTI, Dionisio: 103, 157-158, 312
ARISTOTELE: 146, 205, 235, 252
ASCARELLI, Tullio: 4-8, 10-12
ASCOLI, Max: 6, 8-11, 22
ASTUTI, Guido: 279
ATTISANI, Adelchi: 2-3, 16, 149, 278
AUGENTI, Giacomo Primo: 92
- BADIAN, Ernst: 144
BAGNOLI, Paolo: 206, 226
BARATTA, Alessandro: 6
BARBAGALLO, Giuseppe: 39
BARBERIS, Mauro: 4, 294
BARILE, Paolo: 23
BASILE, Silvio: 204, 256, 260, 275
BAVIERA, Giovanni: 134
BENSA, Paolo Emilio: 5
BERNATZIK, Edmund: 42
BERTANI, Corrado: 14-15
BESSO MARCHEIS, Chiara: 97
BESTA, Enrico: 283
BETTI, Emilio: 12, 34-36, 67, 131-202, 203, 205, 220, 222, 236-237, 243, 245, 248, 251, 274, 277, 289-293, 296-298, 305-316
BETTI, Simonetta: 225
BIGIAMI, Walter: 35
BIONDI, Pompeo: 221, 252, 332
BOBBIO, Andrea: 321
- BOBBIO, Norberto: 4-5, 12, 204-205, 241, 261, 263-266, 321
BONFANTE, Pietro: 21, 135, 142
BORSI, Umberto: 104
BRIEGLEB, Hans Karl: 137
BRONDI, Vittorio: 104
BRUGI, Biagio: 134
BRUNETTI, Giovanni: 5-6
BRUTTI, Massimo: 12, 68, 132, 189
BÜLOW, Oskar: 52, 68, 137, 183-184, 192
BULYGIN, Eugenio: 82
- CACCIATORE, Giuseppe: 14
CAIANI, Luigi: 3, 20
CALAMANDREI, Franco: 323, 325
CALAMANDREI, Piero: 22, 24, 32-35, 43, 74-91, 93-95, 98, 100, 102, 107, 109-127, 135, 137-138, 172-175, 177-181, 184-185, 187, 190, 195-196, 198, 205, 207-210, 216, 219-220, 244-246, 252, 264, 269-289, 295-296, 317-320, 322-332
CALAMANDREI, Silvia: 278, 322
CALOGERO, Francesco: 317
CALOGERO, Guido: 13, 34-36, 132, 181, 202, 203-267, 269-271, 273, 275, 277, 279, 283-285, 289-293, 296-298, 317-327
CALOGERO, Laura: 317
CAMMARATA, Angelo Ermanno: 20-21
CAMMEO, Federico: 42, 78, 90
CAMPOLUNGI, Maria: 68
CANNADA-BARTOLI, Eugenio: 42
CAPOGRASSI, Giuseppe: 31
CAPOZZI, Gino (Luigi): 16, 225
CAPPELLETTI, Mauro: 24-25, 33, 76, 110
CARCATERRA, Gaetano: 266, 294

- CARDINALI, Giuseppe: 144
 CARNACINI, Tito: 35
 CARNELUTTI, Francesco: 20, 22, 32-33, 35, 40, 74, 80, 86, 90-115, 117-121, 123, 125-126, 128, 175-176, 178, 180, 182-185, 190-193, 204-205, 216-217, 219-220, 244-246, 254, 261, 263-266, 280, 282, 294-295
 CARRATA, Nunzia: 42
 CARRATA, Antonio: 41, 43, 45
 CARRINO, Agostino: 188
 CARTESIO, Renato: 185-186
 CARUGO, Adriano: 28
 CASA, Federico: 13
 CASADEI, Thomas: 266
 CASCIONE, Cosimo: 13, 142
 CASTELLARI, Antonio: 184
 CASTIGNONE, Silvana: 26
 CENNI, Francesca: 208, 322
 CESA, Claudio: 192, 204
 CESARE, Caio (Giulio): 146
 CESARINI SFORZA, Widar: 3, 6-11, 13
 CHIASSONI, Pierluigi: 4
 CHIOVENDA, Giuseppe: 22, 32, 40, 51-58, 60, 62, 65, 67-72, 74-75, 78, 81, 84, 86, 88, 90, 94, 100-101, 103-104, 118, 122-123, 126, 135-138, 142, 175, 178-181, 183-184, 196, 198, 245, 248, 281
 CIANFEROTTI, Giulio: 204, 207-209
 CIPRIANI, Franco: 23-25, 32, 42, 46, 51, 53, 68, 70, 74-75, 184
 COCCI, Ada: 319, 323, 325, 328
 COFRANCESCO, Dino: 206
 COMANDINI, Federico: 207, 326
 COMANDINI, Maria: 319-320, 323, 325, 327
 COMANUCCI, Paolo: 64
 CONFORTI, Maria: 251
 CONSO, Giovanni: 5
 CONTE, Amedeo G.: 6
 CORDIÉ, Carlo: 33
 CORRADINI, Domenico: 17
 COSTA, Pietro: 1, 4, 12, 28, 43, 165, 213, 288
 COTRONEO, Girolamo: 14
 CRIFÒ, Giuliano: 12, 34, 36, 132, 134-135, 139, 141-142, 144-148, 154, 163
 CRISTOFOLINI, Giovanni: 22
 CROCE, Benedetto: 1-3, 8-10, 12-20, 27, 35, 139-144, 148-155, 157-172, 174, 177-180, 185, 187, 192-194, 198-199, 204-206, 225-227, 236-237, 241, 247, 249-261, 263, 270, 275, 277-279, 283-290, 297, 299-301, 305-316, 328-332
 D'AGOSTINI, Gabriella: 39
 DANTE: 16
 DANZ, Erich: 81
 DE FRANCISCI, Pietro: 5
 DEGENKOLB, Heinrich: 52, 135
 DE GENNARO, Antonio: 3-4, 6, 12-13, 16-17, 20, 205
 DEL VECCHIO, Giorgio: 5
 DE MARINI, Carlo Maria: 34
 DE MARTINO, Francesco: 43
 DE MEULENAERE, Octave: 80
 DENTI, Vittorio: 23-24, 26, 66, 68, 92
 DENTICE D'ACCADIA, Cecilia: 186
 DE PALO, Michele: 52-53, 70
 DE RUGGIERO, Guido: 313
 DE RUGGIERO, Roberto: 313
 DESCARTES, René: v. CARTESIO, Renato
 DEWEY, John: 264
 DI CARLO, Eugenio: 3
 DI LALLA, Manlio: 206
 DI LUCIA, Paolo: 205
 DONATI, Donato: 5, 104
 ERCOLE, Francesco: 61
 FADDA, Carlo: 5, 61
 FANIZZA, Lucia: 132, 136
 FARALLI, Carla: 4
 FARNETTI, Cristina: 2, 34, 250, 261
 FASSÒ, Guido: 4-5
 FAZZALARI, Elio: 23, 25, 68
 FEDOZZI, Prospero: 104
 FERRAJOLI, Luigi: 1, 21, 205
 FERRO, Maria: 57, 66
 FROSINI, Vittorio: 4, 188, 204, 225

- FUSCO, Sandro-Angelo: 21, 144
- GABBA, Carlo Francesco: 5
- GABBA, Emilio: 139, 145
- GALASSO, Giuseppe: 155
- GALLETTI, Alfredo: 309
- GANGI, Calogero: 5
- GENTILE, Giovanni: 7, 9, 142, 186, 204, 206, 225, 259, 261, 270, 326
- GÉNY, François: 68
- GERMINO, Emilio: 13
- GIANNANTONI, Gabriele: 204
- GIANNINI, Amedeo: 24, 42
- GIANNINI, Massimo Severo: 23
- GIANTURCO, Emanuele: 46
- GIGANTE, Marcello: 250
- GIORDANO, Giuseppe: 14, 17, 19
- GNAEUS FLAVIUS: v. KANTOROWICZ, Hermann U.
- GRACCO, Caio (Sempronio): 146
- GRACCO, Tiberio (Sempronio): 144, 146
- GRASSO, Eduardo: 23
- GROSSI, Paolo: 21, 23-24, 40, 42
- GUASTINI, Riccardo: 4, 23, 40, 64, 82, 294
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: 148, 309
- HELLWIG, Konrad: 78, 137
- HERLING, Marta: 305
- HÖLDER, Eduard: 81, 89, 113
- INNAMORATI, Francesco: 134
- IRTI, Natalino: 13, 23, 239, 305
- ISNARDI PARENTE, Margherita: 206
- JAPIOT, René: 179
- JEMOLO, Arturo Carlo: 13
- JESTAEDT, Matthias: 188
- VON JHERING, Rudolf: 80
- JÖRS, Paul: 134
- JUS: v. BIONDI, Pompeo
- KANTOROWICZ, Hermann U.: 7, 9, 19
- KELSEN, Hans: 64, 188, 264
- KISCH, Wilhelm: 58, 64, 102
- KLECATSKY, Hans: 64
- KLEIN, Franz: 137
- KRÜGER, Hugo: 157
- KUHN, Thomas S.: 28-30, 131, 290
- LABAND, Paul: 57, 78
- LABRUNA, Luigi: 142, 157
- LA LUMIA, Isidoro: 134
- LANZA, Carlo: 68, 134-135
- LENEL, Otto: 134
- LEO, Teresa: 305
- LEONCINI, Alessandro: 208
- LESSONA, Carlo: 75, 90
- LEVI, Alessandro: 21, 313-315
- LIEBMAN, Enrico Tullio: 23, 26, 282
- LOMBARDI, Luigi: 21, 27
- LONGO, Carlo: 5
- LOPEZ DE OÑATE, Flavio: 279
- LOSANO, Mario G.: 4-5, 264
- LUPORINI, Cesare: 206
- LUZZATTO, Ruggero: 5
- MACHIAVELLI, Niccolò: 152
- MAGGIORE, Giuseppe: 3, 7, 10, 332
- MAJETTI, Raffaele: 7
- MALEBRANCHE, Nicolas: 186
- MANTELO, Antonio: 68
- MAPEI, Camillo: 42
- MARCIĆ, René: 64
- MARINI, Gaetano: 6
- MARINI, Giuliano: 225
- MARINO, Giovanni: 14, 22, 32
- MASI DORIA, Carla: 13, 68
- MASSIMILLA, Edoardo: 143
- MASTROGREGORI, Massimo: 35, 275, 283-284
- MATTEOTTI, Giacomo: 206
- MATTIROLO, Luigi: 94
- MAYER, Otto: 42
- MAZZACANE, Aldo: 21
- MAZZARESE, Tecla: 4, 64
- MELIS, Guido: 39, 41
- MENESTRINA, Francesco: 56-62, 64-65, 69, 72, 76, 81, 83, 120, 122
- MERCADANTE, Francesco: 32

- MERKL, Adolf Julius: 64
 MERONI, Massimo: 11
 MESSINA, Giuseppe: 90
 MICELI, Vincenzo: 3, 6, 21
 MOMMSEN, Theodor: 135, 156-157
 MONDOLFO, Anita: 33
 MONTESANO, Luigi: 23
 MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat: 201, 280
 MONTEVECCHI, Luisa: 317
 MORTARA, Lodovico: 42, 52-53, 65, 70, 182
 MUSCHELER, Karlheinz: 142

 NANNINI, Ernesto: 42
 NARDOZZA, Massimo: 12
 NATALI, Carlo: 235
 NATOLI, Giuseppe: 3
 NEGRI, Antimo: 225
 NIEBUHR, Barthold Georg: 146
 NIETZSCHE, Friedrich: 145-146, 314
 NITSCH, Carlo: 13, 31, 35, 208-209, 252, 269, 275, 317-318, 320, 322, 324, 326, 328-332
 NOCERA, Guglielmo: 145

 OMODEO, Adolfo: 250
 OPOCHER, Enrico: 20, 32
 ORECCHIA, Rinaldo: 4
 ORESTANO, Riccardo: 12-13, 68
 ORLANDO, Vittorio Emanuele: 41, 46, 118

 PARESCE, Enrico: 13
 PARTSCH, Joseph: 134
 PASTORE, Baldassare: 4, 84
 PEDRALI NOY, Piero Leone: 5
 PEKELIS, Alessandro: 287
 PERAZZOLI, Giovanni: 14, 17
 PEROZZI, Silvio: 135
 PESCATORE, Matteo: 97, 112, 211
 PICCINI, Daniele: 12, 165
 PIGLIARU, Antonio: 225
 PIGNATO, Luca: 186
 PIOVANI, Pietro: 31
 PLANCK, Julius Wilhelm: 58
 PLATONE: 205, 317

 POLITO, Pietro: 321
 POLLAK, Rudolf: 137, 163-164, 170
 PROTO PISANI, Andrea: 24, 26, 51, 68
 PUGLIATTI, Salvatore: 13
 PUGLIESE, Giovanni: 68, 86, 89
 PUNZI, Carmine: 25, 294

 RASELLI, Alessandro: 207-209, 219, 250
 RAVÀ, Adolfo: 3, 21
 REBUFFA, Giorgio: 23
 REDENTI, Enrico: 184
 RENSI, Giuseppe: 3
 RESCIGNO, Pietro: 278
 RICCI, Edoardo F.: 75
 RICCObONO, Francesco: 6, 27, 35, 132, 188, 204
 RIDOLA, Paolo: 13, 35, 204
 ROCCO, Alfredo: 22, 56, 61-67, 70, 76, 79, 83-84, 90, 101-104, 211-215, 219, 274
 ROCCO, Ugo: 115
 ROMANO, Santi: 6
 ROSATI, Michele: 61
 ROSMINI, Antonio: 185-186
 ROSTAGNI, Augusto: 313
 ROTHACKER, Erich: 186
 ROTONDI, Giovanni: 5
 ROVIGATTI, Franca: 225
 RÜMELIN, Gustav: 186
 RUSSO, Luigi: 317, 324

 SALVI, Cesare: 21
 SARTORI, Giovanni: 14
 SASSO, Gennaro: 2, 14, 17, 20, 34, 36, 149-150, 204, 206-207, 225, 227-228, 232, 234, 237-238, 244, 247, 250-251, 258, 267, 290, 293, 298
 SATTA, Salvatore: 23, 31-32, 40, 51
 VON SAVIGNY, Friedrich Carl: 60, 69
 SAVORELLI, Alessandro: 192
 SCARPELLI, Uberto: 4
 SCERBO, Alberto: 23, 42, 68
 SCHAMBECK, Herbert: 64
 SCHANZER, Carlo: 41-42, 45
 SCHELER, Max: 170
 SCHIAVONE, Aldo: 1, 12, 21, 290

- SCHIAVONE, Michele: 206
 SCHMIDT, Richard: 52, 58, 80, 85, 137, 179
 SCIALOJA, Vittorio: 22, 32, 40-47, 49, 53,
 55, 57, 59-60, 62, 67, 70-72, 78, 134-
 136, 138, 184, 201, 255, 274
 SEBASTIANELLI, Susy: 305
 SEGNI, Antonio: 35, 137, 184
 SEGRÈ, Gino: 134, 136
 SESTO EMPIRICO: 185-186
 SILLA, Lucio (Cornelio): 146
 SILLIOTTI, Giovanna: 204, 257
 SIMONCELLI, Vincenzo: 46-51, 53, 55-56,
 60, 64, 71
 SOCRATE: 146
 SOLAZZI, Siro: 139
 SOLMI, Arrigo: 5
 SORDI, Bernardo: 39, 41, 45
 SOREL, Georges: 158, 312
 SPIRITO, Ugo: 16, 260
 STAHL: 87
 STEIN, Friedrich: 60, 77, 81, 84, 97, 114,
 179
 STEINWENTER, Artur: 43
 STELLA, Giuliana: 188

 TAGLIAFERRI, Teodoro: 143
 TARANTINO, Maurizio: 2
 TARELLO, Giovanni: 1, 23, 25-27, 33, 47,
 51, 55-56, 61-62, 66, 68, 70, 74, 182
 TARUFFO, Michele: 4, 23-25, 27, 32, 35, 68,
 70, 72, 96, 98, 115, 213, 230, 253, 272,
 291-292, 295
 TESORIERE, Giovanni: 23
 TESSITORE, Fulvio: 143
 TILGHER, Adriano: 3, 10
 TORRE, Mirella: 264

 TORRINI, Maurizio: 14
 TRABUCCHI, Antonio: 105
 TREVES, Renato: 4, 6
 TROELTSCH, Ernst: 316
 TRONCARELLI, Barbara: 14, 16

 ULPIANO: 69
 UNGARI, Paolo: 57

 VACCA, Letizia: 68
 VADACCHINO, Mario: 28
 VERDROSS, Alfred: 64
 VETTORI, Vittorio: 225
 VICO, Giambattista: 252
 VIOLA, Francesco: 4
 VIOLA, Gianni Eugenio: 225
 VISALBERGHI, Aldo: 226
 VITI CAVALIERE, Renata: 14
 VOCINO, Corrado: 35, 291
 VOLPICELLI, Arnaldo: 16, 225
 VOLPICELLI, Luigi: 16

 WACH, Adolf: 42, 52, 65, 68, 87, 103, 200
 WEHLI, Albert: 190
 WEISMANN, Jakob: 137
 WELLMANN, Eduard: 186
 WENGER, Leopold: 314
 WIEACKER, Franz: 21
 WINDELBAND, Wilhelm: 186
 WINDSCHEID, Bernhard: 5
 WLASSAK, Moriz: 134, 156

 ZACCARIA, Giuseppe: 4, 32
 ZAGREBELSKY, Gustavo: 278
 ZANOBINI, Guido: 118-120, 123, 125
 ZANZUCCHI, Marco Tullio: 35, 61, 318
 ZELLER, Eduard: 186

INDICE-SOMMARIO

<i>Prefazione</i>	V
<i>Abbreviazioni</i>	VII
<i>Nota diacritica</i>	IX

PROLOGO

1. Il campo della ricerca	1
2. L'ufficio della legge e l'opera del giudice nella riflessione di Benedetto Croce	13
3. Logiche e ideologie del processo civile	20
4. Consolidamento e crisi di un paradigma	27
5. Articolazione del lavoro	32

Parte prima

IL CONSOLIDAMENTO DI UN PARADIGMA

CAPITOLO PRIMO

« DALLA PROCEDURA AL DIRITTO PROCESSUALE »: LOGICA E VOLONTÀ NELLA GENESI DELLA DECISIONE GIUDIZIALE

1. Introduzione	39
2. Vittorio Scialoja: « ... quasi la favilla di un grande incendio »	40
3. Vincenzo Simoncelli sull'essenza della giurisdizione	46
4. « Le geniali e tutte nostre discussioni »: Giuseppe Chiovenda	51
5. Un'immagine della sentenza civile	55
6. Francesco Menestrina e le « preferenze capricciose » di una giovine scienza	57
7. La controversa natura della sentenza civile: Alfredo Rocco	61
8. Un paradigma giuridico	67

CAPITOLO SECONDO

STRUTTURA E PROCESSO DI FORMAZIONE DELLA SENTENZA CIVILE:
IL CAMPO DELLA SCIENZA NORMALE

1.	Introduzione	73
2.	Piero Calamandrei e la genesi logica della sentenza civile.	75
2.1.	Il processo di formazione della decisione giudiziale.	78
2.2.	Sulla prevalenza dell'elemento imperativo	81
2.3.	Classificazione logica dei giudizi	84
2.4.	Classificazione degli errori di giudizio	86
3.	Francesco Carnelutti sui limiti del sindacato del giudizio di merito in Cassazione	90
3.1.	Ancora in tema di qualificazione giuridica del fatto.	96
3.2.	Sul controllo in Cassazione del sillogismo probatorio.	98
3.3.	Due « ingredienti » per una sentenza.	101
3.4.	Prolegomeni a una teoria generale del comando giuridico	105
4.	Calamandrei sulla Cassazione civile.	109
4.1.	Ancora sulla classificazione degli errori di giudizio	110
4.2.	Sul controllo in Cassazione della motivazione della sentenza	115
4.3.	La « complessità » della decisione giudiziale.	118
5.	Il campo della scienza normale	126

Parte seconda**L'ESPERIENZA DELLA CRISI**

CAPITOLO TERZO

GENESI LOGICA E FUNZIONE NORMATIVA DELLA SENTENZA:
EMILIO BETTI

1.	Introduzione	131
2.	« La sentenza come individuazione autoritativa della norma di legge »	133
3.	Un « breve carteggio » con Benedetto Croce	138
4.	« Pieno consenso », « dissenso ... apparente »	142
4.1.	Giudizi di valore e conoscenza storica	143
4.2.	Il diritto e la forza	151
5.	« Un singolo punto di dissenso »	159
5.1.	Sul giudizio classificatorio	161
5.1.1.	Ancora sul giudizio storico	162
5.1.2.	La « individuazione » della previsione normativa.	164
5.2.	Sul giudizio normativo.	166
5.2.1.	La « conversione » della norma	167
5.2.2.	« Formole di regole » e « programmi »	168

6.	Un primo bilancio	171
6.1.	« Da una radicale revisione critica delle idee del Calamandrei »	172
7.	Prime prove di « critica della giurisprudenza »	175
7.1.	Poteri di controllo della Corte di cassazione: giudizi storici, classificatori e normativi.	176
7.2.	Poteri di controllo della Corte di cassazione: giudizi di fatto individuali e generali.	179
8.	La decisione giudiziale e il « famigerato dogma » della volontà	181
9.	Le parti e il giudice nella genesi logica della sentenza.	189
9.1.	« Per un vieto e tenace pregiudizio ancora corrente ... »	196

CAPITOLO QUARTO

CRITICA DEL SILLOGISMO E LOGICA DELLA SUSSUNZIONE:
GUIDO CALOGERO

1.	Introduzione	203
2.	Dalla « logica aristotelica » alla « logica del giudice »	205
3.	Calamandrei e gli « Studi di diritto processuale »	207
4.	Critica del sillogismo giudiziale	210
5.	Critica del sillogismo probatorio	217
6.	Della pretesa sopravvivenza di « motivi dell'antico logicismo » nella riflessione di Betti	219
7.	Fatto e diritto	221
7.1.	La volontà e la legge.	224
8.	L'accertamento storico nel giudizio 'de facto'	229
9.	« Storia e più che storia » nel giudizio 'de iure'	233
10.	Storiografia, ultrastoriografia, sussunzione	236
10.1.	'Quaestio facti'	236
10.2.	'Quaestio iuris'.	240
11.	Poteri di controllo della Corte di cassazione: massime di esperienza, vizio logico e difetto di motivazione	244
12.	Dialettica corrispondenza	249
12.1.	Sul giudizio storico	253
13.	Una severa recensione crociana	256
14.	Ulteriori reazioni critiche	261

EPILOGO

1.	« Tra la bilancia e il gladio »	269
2.	Ancora una recensione crociana	283
3.	Un Croce « parziale », ma « vivo »	287
4.	Il giudice e la legge	290

APPENDICE

Documenti	
1.	Emilio Betti a Benedetto Croce, 23 novembre 1916. 305
2.	Emilio Betti a Benedetto Croce, 30 dicembre 1916 307
3.	Da E. BETTI, La “vindicatio” romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo (1915) 312
4.	Emilio Betti a Benedetto Croce, 31 dicembre 1929 313
5.	Emilio Betti a Benedetto Croce, 18 luglio 1930 314
6.	Emilio Betti a Benedetto Croce, 30 luglio 1930 316
7.	Piero Calamandrei a Guido Calogero, 8 febbraio 1936 317
8.	Piero Calamandrei a Guido Calogero, 2 luglio 1936 318
9.	Piero Calamandrei a Guido Calogero, 23 luglio 1937 320
10.	Guido Calogero a Norberto Bobbio, 26 marzo 1939 321
11.	Guido Calogero a Piero Calamandrei, 9 giugno 1938 322
12.	Piero Calamandrei a Guido Calogero, 14 giugno 1938 324
13.	Piero Calamandrei a Guido Calogero, 5 gennaio 1939 326
14.	Benedetto Croce a Pietro Calamandrei, 23 aprile 1939 328
15.	Benedetto Croce a Pietro Calamandrei, 15 giugno 1939 329
16.	Piero Calamandrei a Benedetto Croce, 22 giugno 1939 330
17.	Piero Calamandrei a Benedetto Croce, 25 settembre 1939 331
18.	Piero Calamandrei a Benedetto Croce, 8 maggio 1941 332
	<i>Indice dei nomi</i> 333

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTO-CENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124

- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144

- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO
TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603

- 45 Luca Mannori, **IL SOVRANO TUTORE**
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, **UNE ET INDIVISIBLE**
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, **TOMÁS Y VALIENTE**
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, **L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO**
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, **LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE**
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 **GIURISTI E LEGISLATORI**
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, **SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE**
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, **ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO**
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, **PRÆSUMITUR SEDUCTA**
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, **POTENZA E RAGIONE**
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, **LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO**
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, **LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO**
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, **IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO**
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502

- 61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, IURISDICTION
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, NEL SEGNO DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, GENERALIA DELICTORUM
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA
(SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI PATRES
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO
BRITANNICO (1690-1832)
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284

- 76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES
Cultura jurídica y constitucion política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, LA RAGIONE DEL DIRITTO
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252
- 84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federico Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisoni fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE
(2010), 8°, p. X-576

- 91 Marco Sabbioneti, **DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO**
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, **DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI**
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 **DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, **CENSORI E GIURISTI**
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 **ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA**
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, **IL GIUDICE E LA LEGGE**
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo
Novecento
(2012), 8°, p. X-342

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

€ 35,00
3477-20

ISBN 88-14-17500-4



9 788814 175008