



I valori del sapere prudentiale nella formazione del giurista*



Filippo Nappi

SOMMARIO: 1. Scopo dell'indagine. – 2. L'esperienza applicativa come momento imprescindibile del procedimento di comprensione del dato normativo nell'ermeneutica gadameriana, e come tradizionale strumento pedagogico di facilitazione all'accesso ad un significato del dato normativo identificabile anche indipendentemente dall'esperienza applicativa. – 3. La positiva accoglienza dell'ermeneutica gadameriana nella civilistica italiana riflette un'antica sensibilità antipositivista di matrice crociana e vichiana. – 4. Sulla scia della tradizione dell'antipositivismo italiano Giuseppe Capograssi mette in luce le distorsioni sul piano formative dell'impianto educativo positivista. – 5. Recenti progressi del pensiero antipositivista e crisi del positivismo tradizionale nella civilistica italiana. – 6. Esigenza di trasferire sul piano della didattica gli esiti del progressivo allontanamento (anche) dei civilisti italiani dai postulati del positivismo. – 7. Una didattica che valorizza l'esperienza applicativa: tra modelli del passato e prospettive di sviluppo. – 8. Uno strumento formativo ancora utile per il contrasto alle pratiche discorsive vaghe e indeterminate. – 9. Anche ai testi giuridici, oltre che a quelli della "bella letteratura", è possibile attribuire un compito pedagogico che trascende il loro specifico ambito operativo: quello di fornire gli anticorpi contro le abitudini di pensiero e di linguaggio prive di concretezza e precisione.

1. Scopo dell'indagine

L'uso improprio di espressioni astratte e generiche, di formule linguistiche standardizzate, l'abuso, soprattutto nel linguaggio burocratico, di nominalizzazioni che contraggono in un nome (astratto) gli elementi di una proposizione – anche quando l'acquisto di

* Il presente testo è destinato agli studi in memoria di Ubaldo La Porta, in corso di pubblicazione.

concisione non compensa la perdita di comprensibilità¹ – hanno sempre maggiore diffusione nei correnti sistemi di comunicazione di massa e in alcuni linguaggi specialistici, a dispetto delle denunce, anche molto accorate, di letterati e linguisti. Il fenomeno è rilevato da lungo termine². Agli anni sessanta, per esempio, risale lo slogan di Italo Calvino secondo cui “Il nemico da abbattere è la tendenza degli italiani a usare espressioni astratte e generiche”³. Esso esprime, com'è noto, un'idea piuttosto ricorrente nella produzione saggistica dello scrittore, anzi si potrebbe dire che costituisca uno dei motivi di fondo della sua produzione saggistica esercitata nel segno di un forte impegno civile. Si ritrova infatti ancora quando, in una delle celebri “Lezioni americane”, quella sull’“Esattezza”, lamenta addirittura una peste del linguaggio “che si manifesta come perdita di forza conoscitiva e d'immediatezza, come automatismo che tende a livellare le espressioni sulle formule più generiche, anonime, astratte”⁴. E rivela qui, nel riferimento alla perdita di forza conoscitiva del linguaggio, il suo senso più profondo, che sta nel cogliere attraverso l'espressione linguistica una insufficienza propriamente cognitiva: il rilievo, da apparentemente limitato alla tecnica comunicativa, svela ora la sua natura di critica più grave e pervasiva che investe complessivamente un'abitudine di pensiero (quella che i tedeschi, opportunamente nominalizzando, denominano *Denkgewohnheit*) a restare su un piano astratto e superficiale di cui il profilo linguistico è solo il sintomo più appariscente⁵. È,

¹ MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, 2001, 173, azzarda che questa scorretta pratica linguistica caratterizzerebbe addirittura “gli atti processuali, gli atti amministrativi e gli atti giuridici privati, oltre che gli scritti dottrinali, piuttosto che i codici”, pur riconoscendo che questa così grave condanna del lessico giuridico derivi da un giudizio intuitivo, e costituisca quindi “un'ipotesi ancora tutta da verificare”. In ogni caso rimane evidente la persistenza di un pregiudizio molto negativo sulle forme espressive della professionalità legale.

² In realtà l'esigenza di una *renovatio* della lingua, che ne ripristini l'energia comunicativa, appartiene addirittura alla cultura dell'Umanesimo e si collega inestricabilmente ai temi del rinnovamento spirituale, politico-civile e religioso: “l'anelito alla rinascita dovrà ritenersi incarnato nel *verbum*” (CACCIARI, *La mente inquieta. Saggio sull'Umanesimo*, Torino, 2019, 15).

³ CALVINO, *Una pietra sopra. Discorsi di letteratura e società*, Torino, 1980, 122. Bisogna tuttavia rilevare che sul piano filosofico il pensiero italiano (il c.d. *Italian Thought*: cfr. ESPOSITO, *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, Torino, 2016, 157 ss.) si caratterizza proprio per l'opposta tendenza a restare a stretto contatto dei problemi concreti, soprattutto della politica, facendone un motore di sviluppo: non solo nel clima culturale degli anni sessanta, a cui appartiene lo slogan calviniano, ma per una tradizione di ben più lunga durata che da Machiavelli arriva a Gramsci, includendo le esperienze dell'illuminismo riformatore, dell'hegelismo napoletano, ecc. Cfr. ID, *op. cit.*, 159; DE GIOVANNI, *Per Antonio Labriola. Postfazione a A. Labriola. Tutti gli scritti filosofici e di teoria dell'educazione*, a cura di L. BASILE e L. STEARDO, Milano, 2014, 1860 s., il quale colloca il pensiero di Antonio Labriola nel solco segnato da Bruno, Spaventa, Croce e Gentile come rappresentanti di una “pratica” della filosofia che si aggiunge, dall'interno, agli approfondimenti metafisici».

⁴ CALVINO, *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Milano, 1988, 58.

⁵ Ed infatti inevitabilmente il rilievo trascende in un difetto strutturale del pensiero quando si afferma che “Nei discorsi approssimativi, nelle genericità, nelle imprecisioni di pensiero [...] possiamo riconoscere il diavolo come nemico della chiarezza” (CALVINO, *Note sul linguaggio politico*, in

per dir meglio, un'inclinazione del pensiero a tenersi a distanza dalla realtà dei fatti, che è patologica quando, non corrispondendo all'esigenza della logica concettuale di distanziamento dalla realtà contingente, si esprime in un linguaggio inutilmente complicato e verboso che spesso a mala pena dissimula l'intento, a volte animato da furori ideologici vissuti senza consapevolezza critica, di eludere analisi precise e pazienti imposte dal confronto con le concrete problematiche⁶. Insomma, il bersaglio della critica non è evidentemente l'astrattezza come espressione di un pensiero logicamente rigoroso, che costituisce invece un valore, anche estetico, particolarmente apprezzato⁷; ma l'astrattezza come ingiustificata mancanza di aderenza alla realtà concreta di un pensiero vago e indeterminato, il quale, a volte, per accreditarsi con il prestigio del sapere scientifico, arriva a simulare un grado alto di formalità e generalità che assolutamente non gli appartiene⁸.

Il fenomeno assume più spiccata evidenza nei discorsi della politica, nei quali ancora oggi, proprio negli stessi termini dell'accorata denuncia di Calvino e a dispetto di un'accresciuta sensibilità per le tecniche comunicative, balza agli occhi la tendenza a tenersi al riparo dell'impegnativo confronto con la realtà concreta, a sottrarsi alla verifica dei dati di fatto, per mantenere l'argomentazione sul piano superficiale del confronto ideologico. Ma può essere analizzato con riferimento a vari ambiti discorsivi, tra i quali anche quello giuridico. Anzi, secondo recenti indagini linguistiche, troverebbe nel lessico della professionalità legale un riscontro talmente ampio, da legittimare l'affermazione secondo cui "La scrittura giuridica è davvero il trionfo delle astrazioni"⁹. L'affermazione, intesa come si deve, nel senso del proliferare nella scrittura dei testi legali di un linguaggio elusivo di precisi ancoraggi alla realtà concreta, e quindi vago e indeterminato, suona davvero paradossale, se si pensa che un'antica tradizione iconografica riunisce giustizia e calcolo matematico nel simbolo della bilancia, che nel contempo simboleggia esattezza matematica e giustizia; e che quindi alla materiale concretezza e alla precisione un antico corso di pensiero sembra attribuire il ruolo di valori fondanti della giustizia¹⁰. In realtà, al

Una pietra sopra. Discorsi di letteratura e società, Milano, 2018, 373).

⁶ Sul tema, prendendo spunto dall'atteggiamento fortemente ideologizzato della critica letteraria, e riguardando il fenomeno dal punto di vista della perdita di contatto con il senso comune e con l'esercizio del pensiero critico, cfr., con analogo vigore polemico, LA CAPRIA, *La mosca nella bottiglia. Lo stile dell'anatra*, Milano, 2019, *passim* specie 39 ss.

⁷ Lo scrittore infatti, che tante volte predica la necessità di un linguaggio aderente alla realtà concreta fino al punto di riconoscere il sintomo di un "fondo psicolinguistico reazionario" nel rifiuto di esemplificare e "parabolizzare" (I. CALVINO, *I libri degli altri*, Milano, 2022, 391), si dichiara altre volte sostenitore di "una letteratura che tenda all'astrazione geometrica, alla composizione di meccanismi che si muovono da soli, il più possibile anonimi" (Id, *op. cit.*, 520).

⁸ MORTARA GARAVELLI, *op. cit.*, 171 ss., attribuisce in particolare alla scrittura giuridica questa tendenza a riprodurre il formalismo, proprio dei testi scientifici, in contesti discorsivi, di carattere del tutto diverso, in cui quella modalità espressiva, inutilmente astrante, costituisce piuttosto un ostacolo alla comunicazione.

⁹ MORTARA GARAVELLI, *op. cit.*, 171.

¹⁰ Proprio a quest'esigenza di una precisione concretamente misurabile, piuttosto che a quella

netto di certe evidenti esagerazioni, è incontestabile nelle pratiche linguistiche dei giuristi l'uso di uno stile fortemente incline alle astrazioni: non solo nel linguaggio del giurista accademico – per il quale a volte non è affatto agevole apprestare valide difese contro le insidie dell'astrazione –, ma finanche, e con crescente diffusione, in quello della Corte di Cassazione, soprattutto (ma non solo) quando, attraverso l'abuso di percorsi argomentativi staccati da ogni riferimento fattuale, e quindi svincolati anche dal caso oggetto della controversia, assume, essa, il ruolo tradizionalmente svolto dalla dottrina accademica, “si fa essa stessa dottrina”¹¹. Cioè quando esercita, nella sede impropria del provvedimento giudiziario, e con riferimento all'astratto dato normativo piuttosto che alla sua concretizzazione nel caso da decidere, quella che i filologi medievali denominavano *ars explicandi*¹², così cedendo all'ambigua fascinazione del pensiero astraente e confondendo il suo compito, di offrire modelli di un corretto giudizio, con quello, tradizionalmente assegnato alla competenza di un altro ceto professionale, della costruzione astratta dell'ordine concettuale dei dati normativi. Fermo restando tuttavia – ed è un rilievo di non trascurabile importanza nello sviluppo del ragionamento che intendiamo svolgere – che l'ispirazione del pensiero ai valori della concretezza e della precisione costituisce evidentemente un carattere peculiare della migliore tradizione forense, costantemente indotta a misurarsi con la realtà di concrete e specifiche problematiche, e della quale magistrati ed avvocati fanno, spesso a ragion veduta, giusto motivo di vanto. Anzi va rimarcato che le potenzialità conoscitive e comunicative della “narratività” (c.d. *storytelling*¹³), cioè di un sapere che si esprime nel racconto piuttosto che nella logica astratta, hanno, in ambito giuridico, proprio nelle pratiche discorsive di avvocati e magistrati, un campo privilegiato di esplicazione e di sviluppo al quale i teorici del diritto dovrebbero prestare maggiore attenzione. Mentre un certo tasso di astrattezza e indeterminatezza, insopprimibile entro certi limiti, è, con pari evidenza, connaturato al pensiero dottrinale, almeno nel suo impegno di definizione astratta del sistema normativo.

In ogni caso, per quanto riguarda le manifestazioni di questa *forma mentis* astraente in campo giuridico, è agevole individuarne almeno una ragione concorrente, e per certi

del pensiero astratto, sembra rispondere il valore dell'“esattezza” evocato da CALVINO, *lezioni*, cit., 57 ss. L'a. collega quest'esigenza di esattezza a quella espressa da Roland Barthes di una scienza dell'unico e dell'irripetibile: “Una *Mathesis singularis* e non più *universalis*” (Id, *op. cit.*, 64).

¹¹ In questi termini si esprime BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. «nascita malformata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, 1519 ss. Per una manifestazione ancora più evidente di questo atteggiamento “dottrinario” cfr. NAPPI, *Un tentativo non convincente di “definitivamente chiarire” la differenza tra fideiussione e Garantivertrag*, nota a Cass. sez. un. 18.2.2010 n. 3947, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2010, parte II, 425 ss.

¹² Sul tema, nell'ottica di una rivisitazione dello sviluppo storico dell'ermeneutica generale, GADAMER, *Verità e Metodo*, Milano, 2001, 358 ss.

¹³ Sul profilo dell'efficacia conoscitiva e comunicativa della “narratività” nel campo delle scienze sociali cfr. CZARNIAWSKA, *La narrazione nelle scienze sociali*, Napoli, 2018, *passim*, specie 250 ss. Cfr. anche *infra* §9.

versi paradossale ma nient'affatto secondaria, nella formazione del giurista italiano ancora profondamente radicata nel tradizionale impianto teorico del positivismo scientifico. Infatti, declinato nell'esperienza giuridica attraverso l'impianto formativo ereditato dalla pandettistica tedesca, il positivismo giuridico ha imposto una formazione del giurista tutta incentrata sull'idea che la concettualizzazione del dato normativo positivo, rendendolo maggiormente perspicuo, costituisca non solo il migliore metodo di conoscenza del diritto, conforme all'ideale conoscitivo delle scienze naturali, ma anche il migliore accesso del discente all'esperienza giuridica. Si è promosso così un apprendimento del diritto per astrazioni, mentre è rimasta ai margini del *training* formativo l'esperienza del giudizio, cioè l'attività rivolta a misurare l'astratto canone di giudizio con le concrete circostanze di fatto, rubricata alla stregua di pratica cui l'insegnamento accademico, dispensatore della scienza, intesa nel senso mitico dell'*epistème* – cioè, etimologicamente, come sapere che “sta irrefutabilmente” contro tutto ciò che vorrebbe smuoverlo¹⁴ –, può dedicare tutt'al più un impegno molto secondario. Così in Italia, ancor più che in altri paesi di *civil law*, la didattica del diritto, piuttosto che alimentare un'abitudine di pensiero a misurarsi con la concretezza e specificità della realtà fattuale, ha favorito una tendenza contraria del pensiero a restare in un ambito di pure concettualizzazioni, fortemente esposte al rischio della vaghezza e indeterminatezza della vuota astrazione. Travolti dalla fede positivista in una scienza dei testi normativi, più o meno autoreferenziale, si è sottovalutato, ma più spesso è stato del tutto ignorato, e qui veniamo ad uno snodo centrale del nostro ragionamento, l'addestramento a quella forma d'intelligenza pratica, tipica della tradizione del diritto romano, la prudenza, cui la teoria della conoscenza di ascendenza aristotelica dà particolare prestigio. La “prudenza”, nelle parole di Aristotele¹⁵, infatti “non ha di mira solo gli universali [...] perché essa concerne l'azione e l'azione riguarda le situazioni particolari”. È quindi virtù analitica che impone un'osservazione precisa e ravvicinata delle circostanze in cui occorre esercitare la deliberazione prudente. I giuristi romani la conobbero nell'antica veste greca della *phronesis*, e la utilizzarono, con la denominazione di prudenza, per dare autonoma dignità culturale al sapere giuridico, *iuris-prudentia*. Questo sapere, che non s'impone con la forza coercitiva della scienza, ma usa l'arte della persuasione (del “corteggiamento” dell'interlocutore per averne il consenso¹⁶), e che, sulla base di un'antica tradizione, è vanto della cultura forense, non riesce ancora a trovare l'accoglimento che meriterebbe nelle facoltà di giurisprudenza italiane (a dispetto della loro stessa denominazione).

Ci sembra invece che proprio questo tipo di cultura, concreta e specifica, promossa dal sapere prudenziale, andrebbe incentivata nella programmazione didattica, anche perché in grado di produrre gli anticorpi contro l'astrattezza che caratterizza le pratiche discorsive nell'ambito della professionalità legale, e (contribuire a) svolgere così quel

¹⁴ Sul punto SEVERINO, *Legge e caso*, Milano, 2020, 13.

¹⁵ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, a cura di MAZZARELLI, Milano, 2017, 241.

¹⁶ Così ARENDT, *Tra passato e futuro*, Milano, 2021, 385. Vedi anche infra §7

ruolo terapeutico che nella lezione calviniana è assegnato alla buona letteratura¹⁷, quella che, nelle parole di un altro autorevole linguista, ha proprio il compito di “correggere” la distanza tra la “grossolanità” della scienza e la “sottigliezza” della vita¹⁸.

Questo rinnovamento della didattica ha vari modelli cui ispirarsi, tra cui quello di un famoso giurista tedesco, che nei primi decenni del secolo scorso, essendo già immunizzato dai condizionamenti del positivismo scienziata¹⁹, affermava che l'insegnamento del diritto deve avere come obiettivo non tanto l'acquisizione di un “possesso mnemonico [in quella forma che i pedagogisti moderni denominano “proposizionale”], quanto piuttosto in prima linea una certa disciplina mentale, una disciplina che lo renda capace di vedere esattamente il reale”²⁰. Si esprimeva così nella didattica del diritto quella stessa esigenza di una conoscenza in grado di vincere l'astrattezza del saper concettuale per accedere all'esperienza della “sottigliezza” della realtà concreta – per riprendere l'espressione di Roland Barthes –, caldamente patrocinata da letterati e linguisti e di cui ancora

¹⁷ CALVINO, *o. e l. c.* Riabilitando così le pratiche discorsive dei giuristi, anche dal punto di vista letterario – di una letteratura che ha funzione conoscitiva ed è testimonianza d'impegno civile –, e rinverdendo un antico prestigio documentato, per esempio, dal giudizio formulato da Francesco De Sanctis sui pregi letterari della “Scienza della legislazione” di Gaetano Filangieri (DE SANCTIS, *Storia della letteratura italiana*, a cura di GALLO, Torino, 1958, 852).

¹⁸ Si fa riferimento a Roland Barthes che nella lezione inaugurale al Collège de France del 7 gennaio 1977 afferma: “La science è grossière, la vie è subtile, et c'est pour corriger cette distance que la littérature nous importe” (cfr. TABUCCHI, *Di tutto resta un poco. Letteratura e cinema*, Milano, 2020, 369. Il testo integrale della lezione di Roland Barthes non si trova nella pubblicazione dell'intero corso tenuto al Collège de France (1977-1978) contenuta nel volume BARTHES, *Il Neutro*, Milano 2022, con traduzione e introduzione di Augusto Ponzio; è reperibile tuttavia in commercio nella versione originaria: BARTHES, *Leçon*, Paris, 1978). Che la narrativa sia una forma di conoscenza è messo in evidenza anche da BRUNER, *La fabbrica delle storie. Diritto, Letteratura, Vita*, Bari, 2002, 31, avvertendo che “narrare deriva sia dal latino *narrare*, sia da *gnarus*, che è «chi sa in un particolare modo». Tuttavia l'a., mutando un suo precedente avviso, ritiene che non sia possibile mettere in relazione il “modo narrativo del pensiero [...] quello logico paradigmatico”, se non postulandone la reciproca autonomia: “Oggi ritengo che la mia entusiastica convinzione giovanile che esistessero due mondi mentali traducibili l'uno nell'altro, il paradigmatico e il narrativo, fosse profondamente sbagliata” (ID, *op. cit.*, 115 e 129, nota 19). Questa impostazione del rapporto tra conoscenza scientifica e letteratura, adottata come strumento di lettura della cultura forense, spiegherebbe la ragione per cui avvocati e giudici “non amano i complimenti sulla loro bravura narrativa” rivendicando la loro pretesa di attenersi ai “fatti logicamente evidenti”, benché “nella perorazione delle cause essi [...] creino] effetti drammatici, anzi talvolta se ne [...] lascino trasportare” (ID, *op. cit.*, 52). Naturalmente la problematica dei rapporti tra diritto, letteratura e scienza, che è oggetto del saggio di Jerome Bruner, non può essere nemmeno impostata in termini superficiali in questa sede, nella quale, per quanto riguarda il rapporto tra scienza e letteratura, si segue l'impostazione di Barthes e Calvino. Va solo detto che un forte impulso all'approfondimento della suddetta problematica può venire dall'idea di una formazione fondata sulle “narrazioni” forensi e sulla casistica “di scuola” proposta nei corsi universitari.

¹⁹ Si tratta di Ernst Zitelmann celebrato da BETTI, *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann*, in ID., *Diritto metodo Ermeneutica*, Milano, 1991, 11 ss.

²⁰ E. BETTI, *op. cit.*, 52 (il corsivo è nostro).

oggi la formazione giuridica, e più in generale la sensibilità culturale degli italiani, avverte un urgente bisogno.

Un progetto di terapia del linguaggio e del pensiero nelle pratiche discorsive giuridiche deve muovere quindi dall'esigenza di tacitare il (o almeno rendere il giurista italiano più consapevole del) pregiudizio positivista – che secondo lo storico del diritto sopravvive oggi nel giurista continentale come un “subconscio scienziato”²¹ – che ancora segna, in forme più o meno vistose, la struttura della didattica corrente (non solo in Italia), ed orientarla quindi nella direzione opposta: privilegiando il momento applicativo dell'esperienza giuridica, e quindi ripristinando il valore prudenziale del pensiero giuridico, sia nell'azione scientifica che, soprattutto, in quella didattica²².

Vedremo allora, nei prossimi paragrafi, i più rilevanti modelli della tradizione antipositivista che occorre rivitalizzare, anche per dare un più profondo fondamento al progressivo allontanamento dai postulati del positivismo giuridico ormai ad uno stadio di sviluppo abbastanza avanzato anche in Italia. E così, traendo spunto anche da esperienze formative risalenti addirittura alla fine del secolo decimonono, prospetteremo un rinnovamento della didattica ispirato ai valori della concretezza e precisione del sapere prudenziale.

2. L'esperienza applicativa come momento imprescindibile del procedimento di comprensione del dato normativo nell'ermeneutica gadameriana, e come tradizionale strumento pedagogico di facilitazione all'accesso ad un significato del dato normativo identificabile anche indipendentemente dall'esperienza applicativa

Va ascritto ad Hans Georg Gadamer il merito di avere riportato in auge nell'era moderna l'uso del termine prudenza nel significato assunto nella tradizione del diritto romano e pervenuto a noi nel sintagma giuris-prudenza.

L'illustre filologo tedesco ha infatti sostenuto che proprio l'ermeneutica giuridica, come forma di conoscenza che continuamente si conforma alle concrete contingenze, possa essere posta a modello dell'ermeneutica delle scienze dello spirito e costituire quindi la traccia su cui ridefinire il concetto di ermeneutica generale. Il sapere giuridico riguadagna così una centralità nell'indagine su un tipo di conoscenza che si oppone a

²¹ Così si esprime GROSSI (*Oltre le mitologie giuridiche della modernità, in Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 74) per rappresentare la pervicace inclinazione del giurista europeo continentale a trascurare il momento applicativo dell'esperienza giudica.

²² Sul tema in generale cfr. da ultimo NAPPI, *Dalla scienza delle norme alla prudenza del giudizio: per il superamento del modello positivista di formazione del giurista*, in Studi in onore di Paolo Zatti, in corso di pubblicazione.

quella della scienza cartesiana, contestandone, nel solco di una lunga tradizione che fa capo a Gianbattista Vico²³, la pretesa di esercitare il monopolio del sapere scientifico.

Ma il giurista continentale, formato, come si è detto, sulla base dei postulati del positivismo scientifico, vede così del tutto sconvolto il suo sistema di riferimento teoretico, e soprattutto si vede costretto a rinunciare all'idea di poter costruire un'astratta scienza dei testi normativi, che prescindendo cioè dall'esperienza dell'applicazione del testo ad un caso concreto. La quale applicazione invece, nel contesto del sapere prudenziale, diventa proprio essa il fulcro dell'esperienza conoscitiva del diritto. Ad una forma di conoscenza che esalta l'astrattezza del concetto e riduce i testi normativi entro un ferreo sistema di concetti, se ne oppone un'altra che – rivendicando il dominio delle scienze dello spirito – invece esalta la precaria vitalità della contingente esperienza applicativa (*Applikationsstruktur des Verstehen*), asservendo ad essa il sistema concettuale degradato a mero supporto pratico dell'esperienza applicativa.

Bisogna tuttavia subito chiarire che proprio nel significato pedagogico, che qui particolarmente interessa in quanto strumento di contrasto di un costume di pensiero astratto ed indeterminato, il termine ed il concetto di prudenza hanno conservato, anche nell'era dello strapotere della razionalità cartesiana, e quindi prima della riabilitazione gadameriana, una certa consuetudine d'uso. Essa emerge, nel suo lungo peregrinare attraverso il diritto romano fino alla precettistica dell'etica cristiana, lasciando forti tracce della pratica del termine e del concetto finanche nella sensibilità pedagogica di Giambattista Vico e di Immanuel Kant. Proprio in relazione a quest'ultimo vale la pena di osservare che nella sistematica kantiana, si recepisce e si conferma la vocazione della prudenza a costituire la base di una pratica didattica peculiare delle scienze dello spirito. Nella parte applicativa e pedagogica della "Critica della ragion pratica" infatti si propone di "procurare alle leggi della ragione pura pratica un adito allo spirito umano, un influsso alle massime di esso" – passando così attraverso la "porta" della scienza (*Wissenschaft*) alla pratica e all'insegnamento della saggezza (*Weisheitslehre*) –; e si definisce questo operare "soggettivo" della ragione pratica, come "ragione pratica prudenziale"²⁴ – opposta, come si è accennato, alla razionalità puramente teoretica, ma anche, si badi bene, distinta anche dalla contigua razionalità tecnica della tecnologia nel senso più corrente del termine – in grado, attraverso il contatto degli astratti principi della ragione pura pratica con l'esperienza concreta degli individui, cioè attraverso l'esperienza del giudizio, di "far entrare uno spirito ancora rozzo, oppure inselvaticchito, nella carreggiata del moralmente buono"²⁵. Ed in questo contesto Kant rimarca l'esigenza di tenere ben distinta la scienza, custodita dalla filosofia, dalla pratica applicativa destinata all'insegnamento nella forma di una *Weisheitslehre* (dottrina della saggezza²⁶). La teoria dell'agire morale in questa

²³ Sul tema è stato tradotto di recente in italiano un fondamentale saggio di Auerbach dal titolo "Vico alle prese con Cartesio" in AUERBACH, *Letteratura mondiale e metodo*, Milano, 2022, 101 ss.

²⁴ Cfr. LANDUCCI, *op. cit.*, XV.

²⁵ KANT, *Antropologia pragmatica*, Roma-Bari, 2009, 329.

²⁶ La saggezza viene definita come "l'idea dell'uso pratico della ragione perfettamente d'accor-

prospettiva tuttavia segue ancora “l’idea platonica del bene come vuota universalità”²⁷ e non si conforma all’insegnamento aristotelico, secondo cui “il bene si presenta all’uomo sempre nella concretezza particolare delle singole situazioni in cui viene a trovarsi [... per cui] un sapere generale che non sa applicarsi ad una situazione concreta rimane privo di senso e anzi rischia di oscurare le esigenze concrete che nella situazione si fanno sentire”²⁸. La prudenza insomma in questa versione kantiana, in conformità con la natura del formalismo etico kantiano di matrice fondamentale del positivismo giuridico, si limita a governare una pratica applicativa che, in coerenza appunto con i postulati del positivismo giuridico, rimanda all’astratta conoscenza concettuale dei testi normativi come esclusiva forma della loro conoscenza e semplicemente costituisce un mero ausilio pedagogico all’apprendimento.

Insomma l’esercizio dell’intelligenza prudenziale, piuttosto che come alternativo modulo conoscitivo, si presenta più umilmente come veicolo meramente pedagogico di accesso alla conoscenza per menti “rozze”, o “inselvaticchite”, cioè per menti non addestrate a recepire l’energia astratta dei concetti della scienza e, solo sotto questo profilo, cioè come strumento di accesso all’astrattezza concettuale, anche come antidoto alle perversioni dell’astrattezza. A questo ambito appartengono le indicazioni pedagogiche rinvenibili nell’esperienza didattica della pandettistica tedesca che in Italia ebbe l’entusiastica accoglienza di Emanuele Gianturco. Invece è del tutto diverso l’atteggiamento di chi nel secolo scorso, sulla scia dell’insegnamento di Gadamer, si è mostrato disponibile ad accogliere nella pienezza del suo valore conoscitivo questa riproposizione dell’intelligenza pratica, consegnata dalla tradizione del pensiero prudenziale, la quale del resto proprio dall’esperienza del giudizio giuridico ha tratto ispirazione.

Accade infatti che, pur senza esplicitamente seguire la traccia segnata dal concetto di prudenza giuridica, al paradigma del giudizio prudenziale si faccia inevitabilmente riferimento – e non già nella sua limitata funzione pedagogica (la quale anzi viene del tutto trascurata) – quando si propone d’innovare il pensiero giuridico tradizionale, educato dalla scuola pandettistica all’astrattezza del sapere concettuale del positivismo scientifico²⁹, proprio innervando nell’ermeneutica giuridica la concreta esperienza fattuale e le sue specifiche esigenze. Il testo normativo, afferma Mengoni, sulla scia di Josef Esser “non si lascia comprendere con i soli strumenti dell’analisi del linguaggio, ma solo quan-

do con la legge” KANT, *op. cit.*, 87. Analoga esigenza era stata avvertita in precedenza da Gianbattista Vico il quale si era ripromesso di aggiungere, nella seconda edizione della sua “Scienza nuova” – senza tuttavia realizzare questo programma –, una “pratica” al fine “di soccorrere alla prudenza umana”, cioè allo scopo di soddisfare quell’esigenza, tipica delle c.d. scienze attive - che così sono denominate perché “dipendono dall’umano arbitrio” – di fornire orientamenti per la pratica attuazione dei precetti della scienza: cfr. CROCE, *La filosofia di G.B. Vico*, Bari, 1965 105 da cui sono tratti i passi tra virgolette.

²⁷ GADAMER, *op. cit.*, 363.

²⁸ GADAMER, *op. cit.*, 364.

²⁹ MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 3.

do l'interprete in relazione ad un caso (reale o pensato) di applicazione pratica sia riuscito a capire la questione cui il testo risponde³⁰. E a conferma di quanto questo requisito di concretezza fattuale sia avvertito come un dato ontologico del pensiero giuridico – tanto da essere inconcepibile una “scienza” del diritto che ne possa prescindere –, proprio in epigrafe al saggio sul metodo giuridico, che introduce nella civilistica italiana i principi dell'ermeneutica gadameriana, è riportato un passo di “Verità e Metodo” in cui si esalta il ruolo dell'ermeneutica di “produrre la concretezza del diritto”³¹.

3. La positiva accoglienza dell'ermeneutica gadameriana nella civilistica italiana riflette un'antica sensibilità antipositivista di matrice crociana e vichiana

Le indicazioni dell'ermeneutica gadameriana collocano l'impostazione metodologica di Luigi Mengoni esplicitamente al di fuori del positivismo giuridico e costituiscono ancora oggi la più completa e avanzata traduzione del verbo gadameriano nella metodologia del diritto civile, benché realizzata, con riserve, anche notevoli, che tuttavia non ne inficiano i caratteri essenziali. Ma non si può dire che la cultura giuridica italiana, come del resto la tedesca, e la civilistica in particolare, non avessero già manifestato almeno segni di insofferenza verso la credenza positivista che il sapere giuridico possa essere racchiuso integralmente nel dato positivo e che lo studio di questo dato, trattato alla stessa stregua delle realtà naturali, possa costituire oggetto d'indagine con i medesimi criteri delle scienze naturali, mentre l'applicazione del dato normativo discenderebbe dalla scienza dei testi con il medesimo automatismo che segna il rapporto tra scienza e tecnica. Quest'impostazione, se non proprio del tutto congedata, è stata, anche in Italia, messa radicalmente in crisi, sulla scia della dottrina tedesca, che in vari movimenti di pensiero – da cui più direttamente trae spunto la posizione metodologica mengoniana – in vario modo hanno rivalutato l'attività applicativa: attribuendole un ruolo che trascende la mera esecuzione di un progetto di giudizio applicativo già tutto implicitamente contenuto nelle proposizioni normative. Ed anzi proprio da esse trae spunto la ricostruzione gadameriana che estende all'ermeneutica generale i risultati a suo avviso conseguiti dall'ermeneutica giuridica.

Non può quindi condividersi, almeno nella sua absolutezza, l'assunto³² che il movimento di revisione del dogma positivista del ruolo del testo normativo, il diritto positivo, come oggetto della conoscenza scientifica, sia stato anticipato in Italia dalla distinzione ascarelliana tra testo e norma, cioè dall'idea che la norma non esista nemmeno prima

³⁰ MENGONI, *Ermeneutica generale ed ermeneutica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 16. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, traduzione di ZACCARIA, PATTI; introduzione di RESCIGNO, Camerino, 2010, 134.

³¹ GADAMER, *op. cit.*, 63.

³² MENGONI, *Ermeneutica*, cit. 16 s.

della sua applicazione: «vive come “norma” solo nel momento in cui viene applicata»³³. Infatti la portata innovativa di queste affermazioni si ridimensiona alquanto se lette nel contesto di una sensibilità antipositivista che in Italia ha avuto il suo nucleo originario nell’insegnamento di Benedetto Croce.

È invece incontestabile che un antico e potente antidoto contro l’orgoglio “scienziasta” del giurista di *civil law*, e le conseguenze che ne derivano sul suo stile di pensiero, sia offerto proprio dalla concezione crociana del diritto e della sua “scienza”, nella quale si riflette, con piena evidenza, “un tratto costante della *forma mentis* crociana [costituito dall’...] avversione per le astrattezze”³⁴. Si è detto che “l’idealismo storicistico fu la via attraverso la quale si sviluppò in Italia la crisi del positivismo giuridico”³⁵; mentre in Francia Gény criticava i dogmi del positivismo giuridico richiamandosi a Bergson, in Italia analogo punto di riferimento fu trovato in Benedetto Croce³⁶. La critica del filosofo s’incentra proprio sulla sopravvalutazione dei testi normativi, ragguagliati dai giuristi, per effetto di un “idolo dell’immaginazione”, al rango delle leggi economiche e quindi dotati di una consistenza fenomenica, che invece tutta si esaurisce nella concreta ed individuale azione giuridica³⁷. Questa falsa visione della realtà normativa, integralmente racchiusa nei testi, spiega, con tutta evidenza, l’illusione – che sconcerta anche il giurista di

³³ ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 140.

³⁴ D’ANGELO, *Il problema Croce*, Macerata, 2015, 16. A proposito di Croce, discorre di un “culto della realtà e concretezza storiche” lievitato da “un energico rispetto della forza e del fatto, culturalmente stimolato dagli studi su Marx e dall’amicizia col Labriola”, CONTINI, *L’influenza culturale di Benedetto Croce*, Pisa, 2013, 73.

³⁵ BOBBIO, *Tullio Ascarelli*, cit., 225

³⁶ Così BOBBIO, *o. e l. c.* L’a. (*o. e l. c.*) rileva inoltre che l’influenza di Croce sul lavoro dei giuristi operò tra l’altro nell’affermarsi dell’idea che l’interpretazione giuridica non sia “riproduzione meccanica di un testo una volta per sempre posto e staccato dal contesto storico in cui era sorto, ma come creazione continua nel processo di adattamento del testo alla realtà storica in movimento”. Come si vedrà, questo rilievo dell’influenza crociana sui giuristi italiani – i quali furono “risvegliati per opera dell’idealismo dal sonno dogmatico” (*Id., op. cit.*, 226) – non è negli stessi termini riconosciuto almeno da una parte della più recente storiografia. Va anche notato che le suddette considerazioni di Bobbio sono occasionate dalla celebrazione della figura di Tullio Ascarelli, nei confronti del quale andrebbero rimarcati accanto alla benefica influenza di Croce (*Id., op. cit.*, 225 s.), anche il ruolo di precursore di vari profili dei più recenti orientamenti sullo statuto del sapere giuridico proposti da Perelman e Gadamer: non solo nella famosa distinzione ascarelliana tra testo e norma (come puntualmente rilevato da Mengoni, ma anche per esempio nella felice intuizione della riconduzione del sapere giuridico al paradigma conoscitivo della saggezza piuttosto che a quello della scienza (cfr. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 82). Per un’appassionata rappresentazione della geniale e multiforme personalità di Tullio Ascarelli cfr. di recente MAZZAMUTO, *Tullio Ascarelli e Piero Calamandrei. Contrappunto novecentesco*, in *Annali Univ. Suor Orsola Benincasa*, Napoli, 2020, 141 ss.

³⁷ CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell’economia*, Milano, 2016, 48. Sul tema è molto utile, per un primo approccio, la voce “Diritto” di NITSCH in PELUSO (a cura di), *Un breviario filosofico-politico per il futuro*, Napoli, 2016, 137 ss.

*common law*³⁸ – di rinvenire all'interno dei testi normativi una verità scientifica secondo modalità analoghe a quelle di chi indaga i fenomeni naturali. L'illustre filosofo chiarisce infatti che "Tanto l'elemento astratto è inessenziale al diritto, che questo non nasce davvero se non nel momento che l'astratto e il generale sono abbandonati e sostituiti dall'individuazione. [...] 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"³⁹.

In quest'ottica il testo normativo si nutre, nella sua evoluzione, del dato fattuale di riferimento: solo apparentemente l'elaborazione dei giuristi procede dalle astrazioni legislative verso la realtà fattuale, accade invece che "l'astratto, o la legge, a forza di essere immerso nell'azione individuale, nel risalire poi alla sua dignità di astrazione, vi torna sempre per qualche parte modificato: donde la continua mutazione della legge per opera dell'interpretazione [...]"⁴⁰.

Come si vede è completamente delegittimata l'idea che i testi normativi possano essere oggetto di un'autonoma scienza del diritto; tanto che poi si avverte l'esigenza di chiarire che non si vuole mettere in discussione l'utilità di un impianto normativo fondato sui testi legali e pretendere di sostituirlo con un altro fondato sulla "sentenza emessa caso per caso opera dell'ispirazione del giudice"⁴¹. Insomma, il filosofo non contesta il modo di operare del giurista (di *civil law*)⁴² – cioè il suo procedere da un'elaborazione razionale, per (pseudo)concetti ordinati sistematicamente, dei testi normativi, alla quale è riconosciuta un'utilità pratica – ma il modo del giurista di teorizzare il suo lavoro: trattando i testi normativi come oggetto di una ricerca scientifica che si esaurisce all'interno del testo, restando separata dal momento applicativo, cioè dalla prassi in cui si realizza l'essenza del diritto⁴³.

Non si può dire tuttavia che queste fini considerazioni crociane di stampo radicalmente antipositivista abbiano esercitato sulla cultura giuridica italiana tutta la loro energia dirompente. Alla riflessione crociana sul diritto i giuristi italiani, com'è noto, hanno opposto, sul piano filosofico, non poche riserve, e su quello della pratica scienti-

³⁸ MERRYMAN, *Lo "stile italiano": la dottrina*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1966, 1189.

³⁹ CROCE, *op. cit.*, 50, in assoluta sintonia con l'orientamento antipositivista che nello stesso toro di anni si diffonde nella dottrina giuridica tedesca: cfr. ad esempio SCHÖNFELD, *Il sogno del diritto positivo*, in *Archiv für die civilistische praxis*, 1931, *passim*, specie 42 ss. citato da LARENZ, *Storia del metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966, 158.

⁴⁰ CROCE, *o. e l. c.*

⁴¹ CROCE, *op. cit.*, 51

⁴² Il quale, tra l'altro, viene anche difeso contro l'accusa di trascurare il fondamento sociologico del testo normativo, perché appunto questa considerazione del substrato sociologico delle regole normative è proprio ciò che il giurista "persegue ed ha sempre perseguito con le sue interpretazioni" (B. CROCE, *o. e l. c.*).

⁴³ SCARPELLI, in AA. VV., *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980 nelle sue relazioni con altri campi del sapere*, Napoli, 1987, 213, riconosce alla concezione crociana della scienza del diritto il merito di aver dato un "notevole impulso" all'affermazione presso i giuristi del valore pragmatico della loro attività di elaborazione dei testi normativi.

fica un ossequio, quando c'è stato, più formale che sostanziale⁴⁴. Per esempio l'affermazione della natura di pseudoconcetti dei concetti giuridici è sovente rimasta un formale ossequio alla filosofia dominante privo di (evidenti) conseguenze pratiche; il rapporto tra elaborazione dei testi e applicazione, soprattutto nell'esperienza didattica sottoposta al dominio esclusivo del manuale, è rimasta definita nei termini tradizionali suggeriti dalla relazione scienza-tecnica nel campo delle scienze della natura⁴⁵. Mentre il pensiero crociano avrebbe imposto una valorizzazione del momento applicativo – quello in cui, nelle parole del filosofo abruzzese, molto prima che nelle formulazioni dell'ermeneutica gadameriana, il fenomeno giuridico si esprime nella sua reale portata – ed un ridimensionamento della dommatica, destituita del suo rango di scienza e valorizzata invece come tecnica ausiliare, secondo il programma formativo adottato, come subito vedremo, in Germania da un giurista aperto all'esperienza anglosassone⁴⁶.

È accaduto invece che l'influsso della cultura neoidealista sull'insegnamento del diritto in Italia, si sia riscontrato, al contrario, nella sua sottovalutazione dell'apprendimento pratico e delle sue potenzialità pedagogiche, avvertite in precedenza da Gianbattista Vico – che esprime il progetto di aggiungere, nella seconda edizione della sua “Scienza nuova”, un paragrafo dedicato alla “pratica” – e poi, come si è visto, teorizzate da Kant, e contestate invece da Croce con l'affermazione che “la contemplazione è la sola pratica che la Scienza nuova possa dare”⁴⁷.

Ma a proposito di quest'apertura alle ragioni della pedagogia da parte di Vico è il caso qui di rimarcare che essa esprime un motivo non trascurabile della sua avversione al modello matematico della scienza cartesiana, la quale acquisisce “la sicurezza del

⁴⁴ Resta fondamentale al riguardo il saggio di PUGLIATTI, *La giurisprudenza*, cit., 102 ss. Per l'influsso del pensiero crociano sulla dottrina italiana, che aprì un percorso tipicamente italiano contro il positivismo giuridico, cfr. BOBBIO, *Tullio Ascarelli*, cit., 225 ss.

⁴⁵ Cfr. ad esempio PUGLIATTI, *op. cit.*, 109 ss. in cui all'elaborazione dei testi normativi viene riconosciuto il valore di “scienza”, mentre l'uso della formula degli pseudoconcetti lascerebbe “dubitare che essa sia stata accettata nella sua reale portata” (cfr. PARESCHE, *Presentazione*, in PUGLIATTI, *op. cit.*, VI). Certamente la formula “scienza pratica”, che vuole esprimere la sintesi indissolubile tra attività teoretica (conoscere) e attività pratica (operare) sulla base della conoscenza (PUGLIATTI, *op. cit.*, 109), non trova piena rispondenza nell'intento di tenere ancora distinti, in prospettiva tipicamente positivista, il momento dell'approccio alla formulazione dei testi (scienza) da quello dell'applicazione al caso singolo (arte) (Id, *op. cit.*, 140). Più strettamente crociana appare la posizione di CICALA, *Concetto di divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1953, 172 nota 360, nel proteggere l'espressione “pseudoconcetti” da equivoci sul valore dei concetti giuridici. L'a. dichiara la sua adesione senza riserve di alcun genere alla posizione crociana sulla natura dei concetti giuridici, sottolineandone la natura di (pseudo)concetti empirici. (Sul punto con la consueta chiarezza CROCE, *Logica come scienza del concetto puro*, Bari, 1981, 22, secondo cui gli pseudoconcetti, come finzioni intellettuali, sono “razionali a [...loro] modo, praticamente”; fermo restando che anche in questa loro funzione pratica essi non incidono direttamente sulla percezione della realtà concreta, ma solo “in via indiretta e sussidiaria” per il tramite di un giudizio individuale”: Id, *op. cit.*, 150).

⁴⁶ Ci riferiamo a Ernst Zitelmann: cfr. *infra* in questo stesso paragrafo.

⁴⁷ CROCE, *La filosofia*, cit., 105.

suo procedere [...] a spese della realtà”⁴⁸. Si prepara così, secondo il filosofo napoletano, “una generazione vuota e presuntuosa, saccente e non sapiente, razionatrice e povera di verità”⁴⁹. Ed i riflessi di quest’impostazione sono evidenti poi nella polemica di Capograssi ai risultati pedagogici della scienza giuridica positivista fondata sul medesimo paradigma cartesiano: il produrre una conoscenza “esterna” e puramente “letteraria”⁵⁰.

4. Sulla scia della tradizione dell’antipositivismo italiano Giuseppe Capograssi mette in luce le distorsioni sul piano formative dell’impianto educativo positivista

Ma è proprio con Giuseppe Capograssi, nel contesto di una cultura europea in cui l’ideale positivista è ormai gravemente in crisi, che si fa strada nella *forma mentis* del giurista italiano, educato proprio a quell’ideale dalla pandettistica tedesca, l’esigenza della cultura umanistica di sottrarsi ai modelli astratti della scienza cartesiana, e ricercare forme conoscitive più aderenti alla concretezza di una realtà affatto differente da quello oggetto di studio da parte degli scienziati della natura. Si direbbe che l’esigenza di un pensiero concreto e aderente alla realtà che anima la poetica calviniana dalla quale ha preso le mosse il nostro discorso abbia in ambito giuridico una rispondenza precorritrice e approfondita nel pensiero di Giuseppe Capograssi.

Nutrito dell’insegnamento crociano, questo sedicente “filosofo ignorante”⁵¹ – nel senso, d’ispirazione voltairiana, di chi diffida dalle vuote speculazioni metafisiche per attenersi alla conoscenza empirica della realtà – rileva che il corrente positivismo giuridico, incentrando l’analisi del diritto sul dato astratto della norma isolato nella sua specificità, ne disperde irrimediabilmente la reale concretezza⁵². La quale si recupera solo risalendo dal prodotto alla sua origine, cioè all’attività umana “volta ad instaurare o a confermare il fenomeno giuridico”⁵³. Un ordinamento, da questo punto di vista, non si esaurisce in un complesso di norme, ma ricomprende tutta l’esperienza giuridica nella sua articolata complessità: un insieme di attività umane e di soggetti che non solo pongono leggi formalmente valide, ma stabiliscono in termini concreti la volontà obiettiva, risolvono l’incertezza a cui le controversie danno luogo, applicano le sanzioni, esercitano diritti, ecc.⁵⁴. Da questa prospettiva il sistema normativo staticamente inteso, lungi

⁴⁸ In questi termini Croce riferisce un’osservazione di Vico: B. CROCE, *op. ult. cit.*, 19.

⁴⁹ È questo il giudizio di Vico sugli effetti di una formazione ispirata ai principi della metodologia cartesiana nelle parole di B. CROCE, *op. ult. cit.*, 214.

⁵⁰ Cfr. *supra* in questo §.

⁵¹ È uno dei tanti modi in cui amava definirsi Giuseppe Capograssi: cfr. MERCADANTE, *Introduzione a CAPOGRASSI, La vita etica*, a cura di MERCADANTE, Milano, 2008, cit., X.

⁵² ZACCARIA, *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi*, Padova, 1976, 86.

⁵³ ZACCARIA, *o. e l. c.*

⁵⁴ PUNZI, *Dialettica Persuasione Verità. La pratica della ragione giuridica negli scritti postumi di*

dall'esaurire l'orizzonte dell'esperienza giuridica – secondo la prospettiva del positivismo legislativo –, non ha in essa nemmeno un ruolo dominante perché questo ruolo è assunto dal processo “attraverso cui transita il cammino del pensiero comune verso la verità”⁵⁵: ricercata, attraverso la narrazione del fatto, la produzione del documento, l'ascolto della testimonianza, la disposizione della perizia, la revisione del giudizio, da un lato; l'interpretazione delle disposizioni, il richiamo dei precedenti, il confronto con la dottrina, la ricerca dei principi, la previsione delle conseguenze pratiche della soluzione prospettata, dall'altro⁵⁶.

Per quanto ci riguarda, la riflessione capograssiana va soprattutto considerata per il suo affermare, nel solco della critica crociana, ma con passione di giurista e soprattutto con spirito costruttivo, l'inadeguatezza della scienza del diritto, riduttivamente intesa come sistema di concetti a base normativa, a cogliere la reale complessità dell'esperienza giuridica, e quindi, per quanto ci sembra di poter trarre dal punto di vista della didattica, a fungere da strumento di complessiva educazione del giurista. Rileva Capograssi che questo ridurre l'esperienza giuridica all'asettico dato normativo “fa apparire all'individuo passionale ed emozionale la esperienza giuridica come nemica della vita interiore del soggetto”, alimentando l'idea che l'astratto formalismo del comando normativo si presti ad essere ridotto a “mezzo per qualunque fine” al servizio delle “astuzie degli uomini interessati”, e generando così il disfavore “delle anime pure e degli uomini semplici”⁵⁷. Insomma, diremmo che l'angolatura di questa penetrante critica del corrente positivismo mostri con particolare evidenza l'idoneità, che tuttavia nel discorso dell'insigne giurista rimane piuttosto implicita, della corrente scienza del diritto a farsi da fondamento della didattica e svolgere correttamente la sua funzione. Al contrario, una didattica fondata su una scienza del diritto di questo genere, e cioè la didattica ancora attualmente impartita nell'università, può formare quelli che Capograssi definisce “addottrinati”, quando vivacemente denuncia “il diaframma invalicabile che divide l'astrattezza dell'esperienza analizzata, ma non vissuta, dell'addottrinato, alla concretezza dell'esperienza individuale”⁵⁸. Insomma l'addottrinato ha dei reali problemi giuridici, purtroppo proprio come ancora accade al nostro studente, una «conoscenza esterna e puramente “letteraria”»⁵⁹, quell'apprendimento che potrebbe conseguire un'intelligenza artificiale nutrita di dati testuali: non riesce cioè, nel suo processo di apprendimento a beneficiare del contributo dell'esperienza emotiva, affinando, attraverso la soluzione di concrete problematiche, la sensibilità ai valori e ai conflitti d'interessi di cui la norma, nella sua gelida astrattezza, conserva solo una vaga e generica traccia.

Giuseppe Capograssi, in CAPOGRASSI, *op. cit.*, 842.

⁵⁵ PUNZI, *op. cit.*, 845.

⁵⁶ PUNZI, *op. cit.*, 849 s.

⁵⁷ Le parole tra virgolette sono di CAPOGRASSI, L'esperienza giuridica, in Id., *La vita etica*, cit., 868.

⁵⁸ ZACCARIA, *op. cit.*, 41.

⁵⁹ Le parole tra virgolette sono di ZACCARIA, *o.e l. c.*

5. Recenti progressi del pensiero antipositivista e crisi del positivismo tradizionale nella civilistica italiana

Il discorso, lungi dall'esaurirsi in queste brevi notazioni, potrebbe essere molto ampliato ed approfondito, ma in questa sede, di considerazioni sull'esigenza di pratiche didattiche funzionali all'eliminazione di abitudini di pensiero diffuse nel costume linguistico degli italiani in generale e dei giuristi in particolare, non occorre una trattazione esauriente del tema; vale la pena soltanto aggiungere, alle considerazioni finora svolte sulle risalenti origini del suddetto orientamento di pensiero, che di recente esso, proprio tra i civilisti, si è approfondito e nutrito della pratica delle tecniche dell'analisi del linguaggio. Si è così ribadita e radicalizzata la critica all'idea che i testi normativi, come fatto prodotto dal legislatore, possano essere considerati depositari di una oggettiva realtà giuridica da accertare secondo i moduli della conoscenza scientifica⁶⁰. E restaurata la convinzione delle "epoche prepositivistiche, in cui soltanto i fatti erano fatti e il diritto era solo il discorso che il legislatore divino, o la retta ragione, o il principe, o gli usi, o il giudice, o l'interprete, o le parti, conducevano sui fatti"⁶¹. L'esistenza di una realtà giuridica oggettiva ragguagliabile all'oggetto di studio delle scienze della natura, imprescindibile presupposto del positivismo giuridico, è ormai per il civilista italiano, immerso nel clima culturale della c.d. svolta linguistica, "una fantasiosa fola"⁶². Egli non crede più in un sistema di soluzione dei problemi contenuto integralmente nel testo, ma che nel testo sia solo contenuto "un criterio razionale oggettivo e controllabile per pervenire [attraverso argomentazioni che s'ispirano a questo criterio generale] alla regola del caso"⁶³. E ritiene che ciò assicuri "non soltanto il massimo di giustizia consentito nell'ordinamento dato, ma anche la possibilità di attendibile predizione di ciò che un giudice saggio [diremmo prudente] stabilirà, e quindi di efficiente orientamento dei comportamenti"⁶⁴. Tutto ciò reso in una formula, si traduce nell'affermazione che non è "più possibile continuare a pensare che il diritto sia nel fatto [del legislatore] discusso e non nel discorso che ne discute"⁶⁵. La gerarchia, che assegna il rango della scientificità alle descrizioni dei dati normativi ed un ruolo subordinato alla pratica applicativa, viene evidentemente rovesciata: salgono agli onori della scienza anche le strategie difensive degli avvocati, benché si avverta che "Scienza sembra essere un lessema indissolubilmente legato al sapere, piuttosto che al decidere"⁶⁶. Varrebbe la pena di aggiungere, ci sembra, che il decidere appartiene, secondo un'antica tradizione, al dominio della prudenza e che quindi la prassi forense, a maggior titolo della "scienza" degli accademici positivisti appartiene

⁶⁰ GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, *passim*, specie 79 ss.

⁶¹ GENTILI, *op. cit.*, 89.

⁶² GENTILI, *o. e l. c.*

⁶³ GENTILI, *op. cit.*, 351.

⁶⁴ GENTILI, *o. e l. c.*

⁶⁵ GENTILI, *op. cit.*, 90 s.

⁶⁶ GENTILI, *op. cit.*, 168.

alla tradizione del sapere giuridico, ne esprime l'originaria e genuina identità, forzata invece entro gli schemi delle scienze della natura dalla pandettistica tedesca allo scopo di fornire al sapere giuridico una scientificità che non gli appartiene.

D'altra parte bisogna anche mettere nel conto che nella civilistica italiana⁶⁷ il positivismo giuridico, nutrito dell'analisi del linguaggio e quindi proficuamente corroborato dal pragmatismo anglosassone, ed intonato ai più recenti svolgimenti della filosofia della conoscenza – tendenti a rimarcare maggiormente le analogie piuttosto che le differenze di metodo tra scienze della natura e scienze dello spirito⁶⁸ – si mostra incline ad abbandonare il suo orgoglioso atteggiamento scienziista nell'assumere la colorazione del "nichilismo o relativismo storicistico" e quindi nel problematizzare la tematica della "soggettività interpretante": si riconosce che l'interprete, inteso come "operaio addetto al passaggio dalle proposizioni primarie alle proposizioni derivate, è uno spettro irreali fuori dal tempo e dallo spazio"; e che in sostanza il prezzo ineludibile dell'orgoglio scienziista sia la condanna del sapere giuridico "a una sorta di algebrica frigidità"⁶⁹. Può darsi che, così revisionato, il positivismo giuridico non muoia, come ci avverte l'illustre civilista cui si deve questa rinnovata versione della scienza del dato positivo⁷⁰, ma certamente perde l'orgoglio cartesiano su cui è fondata la sua antica tradizione, e nella didattica si rende ancora meno credibile la sua resistenza in forme in cui il suo tradizionale impianto subisce solo qualche lieve correttivo.

Trova conferma insomma anche nei più recenti sviluppi della riflessione dei civilisti italiani quella rivalutazione della pratica applicativa che segna il movimento di pensiero antipositivista e che in Italia ha avuto in Gadamer, un sostenitore particolarmente ascoltato dai giuristi, anche per aver tratto proprio dall'ermeneutica giuridica, e dal paradigma conoscitivo della prudenza, che nella più antica tradizione pre-scienziista caratterizza il sapere giuridico, lo spunto per generalizzare a ogni esperienza ermeneutica l'idea della struttura applicativa della comprensione (*Applicationsstruktur der Verstehen*), ridando alla pratica dei giuristi un prestigio culturale che vanamente aveva ricercato nel trattare i dati normativi alla stessa stregua della realtà naturale e nella pretesa di una conoscenza prodotta con lo stesso metodo della scienza della natura. E proprio dall'impostazione gadameriana – ed in sintonia con la concezione crociana di un sistema tutt'altro che chiuso e definito, ma aperto alle contingenze della storia e disposto a ridefinirsi in funzione della soluzione dei problemi concreti che il processo storico evidenzia di volta in volta⁷¹ - la civilistica italiana ha tratto la più articolata traduzione in termini di

⁶⁷ IRTI, *La filosofia di una generazione*, in Id., *Diritto senza verità*, Bari, 2011, 89 ss.

⁶⁸ Cfr., per una chiara e sintetica esposizione dei filoni di ricerca che conducono ad una teoria unificata del metodo scientifico, FRANCO, *Per la storia della convergenza tra l'epistemologia di Popper e l'ermeneutica di Gadamer. Postfazione a* ANTISERI, *Epistemologia ed ermeneutica, Il metodo della scienza dopo Popper e Gadamer*, Brescia, 2017, 101 ss.

⁶⁹ IRTI, *op. cit.*, 93 s.

⁷⁰ IRTI, *op. cit.*, 103.

⁷¹ GRAMSCI, *Il materialismo storico e la filosofia di Benedetto Croce*, Roma, 1996, 207 s. sottolinea

metodologia del diritto civile del pensiero antipositivista. L'impostazione di fondo della proposta mengoniana, e cioè che "il testo normativo non si lascia comprendere con i soli strumenti dell'analisi del linguaggio, ma solo quando l'interprete, in relazione ad un caso (reale o pensato) di applicazione pratica, sia riuscito a capire la questione cui il testo risponde e a formularla adeguatamente"⁷², smuovendo un dogma della concezione positivista di fondamentale importanza – rappresentato dall'idea che alla conoscenza del diritto si perviene attraverso l'astratta conoscenza dei testi normativi conseguita secondo il metodo scientifico delle scienze naturali cui segue l'applicazione secondo lo schema scienza-tecnica –, risponde insomma ad una sensibilità abbastanza radicata nella cultura italiana e ad un disagio profondamente avvertito, prodotto da un modo di teorizzare l'esperienza giuridica che la sospinge entro un orizzonte culturale che le è estraneo, quello delle scienze naturali, espungendone quel carattere di praticità che ne costituisce una delle sue incontestabili peculiarità.

6. Esigenza di trasferire sul piano della didattica gli esiti del progressivo allontanamento (anche) dei civilisti italiani dai postulati del positivismo

Occorre allora chiedersi come mai la forza dirompente di questo deciso allontanamento dal sistema di pensiero positivista, supportato, per quanto riguarda l'ermeneutica giuridica, dalla tradizione del pensiero prudenziale, non si sia sprigionata con tutta la sua energia e non abbia modificato un costume di pensiero, (anche) del giurista italiano, troppo incline all'astrazione e quindi troppo disinvoltamente esposto ai rischi di pratiche discorsive vaghe ed approssimative; in ogni caso poco propenso a mettere alla prova delle concrete circostanze di fatto le precomprensioni in vario modo condizionanti. Ci pare evidente che un grosso ostacolo all'affermazione di un'abitudine di pensiero ispirata ai valori della concretezza e precisione, tipici della razionalità prudenziale per sua natura impegnata a misurarsi con le concrete situazioni di fatto, sia costituito da un impianto della didattica giuridica ancora, nella sua struttura di fondo, segnato dalla tradizione positivista della pandettistica tedesca ispirata ai canoni propri della conoscenza scientifica della realtà naturale, e quindi indotta a "spiegare" il diritto identificandone l'oggetto nella realtà normativa, indagata secondo gli stessi moduli del pensiero astrante adottati nell'indagine sulla realtà naturale.

quest'impostazione pragmatica della filosofia di Benedetto Croce che lo ha reso particolarmente popolare nei paesi anglosassoni. Una testimonianza dell'interesse della cultura anglosassone per il pensiero di Benedetto Croce, e in generale per la filosofia italiana, è costituita dal volume, recentemente tradotto in Italiano, di COPENHAVER, COPENHAVER, *Filosofia in Italia. Uno sguardo dall'esterno*, Firenze, 2023.

⁷² MENGONI, *Ermeneutica*, cit., 16.

Ma una volta svelata la funzione ideologica del positivismo giuridico, identificata nel disegno d'imporre il rispetto della legalità statale, "proscrivendo la razionalità critica e legittimando solo quella descrittiva della legge"⁷³, e verificata la sua inidoneità a proporre un reale fondamento del sapere giuridico, ci sembra, che al giurista, come docente, non rimanga che trarne le dovute conseguenze nella pratica dell'insegnamento. Infatti se è vero che la pratica professionale funziona anche su questo fondamento supposto del sapere giuridico – e probabilmente è vero anche che proprio per questa ragione i civilisti sono restii a ripudiare la tradizione positivista⁷⁴ – invece, sul piano formativo, è molto alto il prezzo che si paga a questa visione radicalmente distorta dell'esperienza giuridica: un insegnamento fondato sulla scienza dei dati normativi, in cui il ceto forense non ha mai creduto fino in fondo, e la corrispondente negligenza delle tecniche argomentative idonee a giustificare la regola del caso concreto. Fondare la didattica sul diverso paradigma della prudenza, cioè sul giudizio del caso concreto, significa proprio porre rimedio a questo effetto distorsivo del positivismo giuridico sulla formazione del giurista. Ciò non vuol dire che l'elaborazione astratta delle proposizioni normative debba essere trascurata dall'insegnante, ma che ne debba essere ripensata la funzione: non già di approdo ad una conoscenza scientifica del diritto, ma di momento imprescindibile di un percorso conoscitivo che ha, per la sua struttura applicativa (prudenza giuridica), nel giudizio concreto il suo approdo finale. Al termine di questo itinerario conoscitivo il discente avrà compiuto un esercizio di traduzione dell'astrattezza e indeterminazione dei dati normativi nella regola concreta e determinata del caso oggetto del giudizio. L'utilità di questo esercizio, secondo lo stesso insegnamento dei pandettisti tedeschi, ammirato ed importato in Italia da Emanuele Gianturco, potrebbe anche ritenersi limitata al risultato di rendere più agevole l'accesso del discente alle difficoltà prodotte dall'astrattezza del concetto. Ma, secondo l'ermeneutica gadameriana, anticipata e seguita per quanto riguarda l'ermeneutica giuridica, da un vasto e articolato movimento di pensiero antipositivista, la suddetta utilità si amplifica notevolmente nella funzione di consentire, essa sola, al discente una reale conoscenza del fenomeno giuridico. In ogni caso, qualunque sia l'opzione metodologica che si voglia seguire, sul piano della didattica il discente, educato alla fondamentale ed imprescindibile importanza del giudizio applicativo, avrà sperimentato una pratica di pensiero concettualmente ordinato e preciso che diverrà una vera e propria abitudine di pensiero (*Denkgewohnheit*) e quindi uno dei fondamentali caratteri della sua *forma mentis*, un imprescindibile viatico lungo il percorso della sua attività professionale. Nella quale, soprattutto se svolgerà la professione di avvocato, non tarderà a riscontrare nella sostanza delle correnti pratiche discorsive, se non anche nella forma, proprio l'esercizio della logica prudenziale, cioè dell'argomentazione pratica, imposta-

⁷³ Così GENTILI, *op. cit.*, 351.

⁷⁴ GENTILI, *op. cit.*, 87 s.

ta sul principio della persuasione (del “corteggiamento” dell’interlocutore per averne il consenso⁷⁵) piuttosto che sull’astratto rigore della logica cartesiana.

7. Una didattica che valorizza l’esperienza applicativa: tra modelli del passato e prospettive di sviluppo

Occorre allora vedere come sia concretamente attuabile un progetto didattico che valorizzi l’esercizio del pensiero prudenziale: sia che, marcando un netto distacco dalla tradizione positivista, ad esso si voglia attribuire il rango di una forma di conoscenza impostata sul carattere applicativo della conoscenza dei testi giuridici (c.d. *Applicationsstruktur der Verstehen*); sia che, rimanendo nell’orizzonte culturale del positivismo giuridico, gli si voglia attribuire il ruolo più modesto, ma anch’esso di rilevante portata formativa, d’imprescindibile modalità di accesso al pensiero astratto prodotto dal positivismo scientifico della tradizione pandettistica tedesca.

Possiamo trovare nella letteratura sulla didattica del diritto civile alcuni modelli che riflettono l’uso prudenziale della razionalità nelle due versioni sopra indicate.

Dobbiamo a Emilio Betti, cioè ad uno studioso di vastissima cultura, non esclusivamente giuridica⁷⁶, ed anch’egli di formazione crociana⁷⁷, il merito di avere, sia pure in forma indiretta, tradotto la sua aggiornata sensibilità ermeneutica – nutrita dei più recenti sviluppi delle scienze umane, alle quali ha dato il fondamentale contributo della sua “Teoria generale dell’interpretazione”⁷⁸ – in indirizzi didattici non del tutto generici

⁷⁵ ARENDT, *o e l. c.*, valorizza la formula kantiana del “corteggiare” l’interlocutore per rappresentare una tipica modalità di pensiero e di linguaggio dei rapporti in cui si esercita l’arte della prudenza, e che quindi sono sottoposti al regime della persuasione: “la quale esclude la violenza fisica, ma anche quella forma di coercizione non violenta che è la coercizione della verità”.

⁷⁶ Com’è noto Betti è stato studioso eminente del diritto civile e del diritto romano, ma la sua figura assume rilievo anche in ambito filosofico e storiografico. Si potrebbe dire filosofo nel senso più pregnante del termine stando all’accezione che ne dà JASPERS, *Psicologia delle visioni del mondo*, Roma, 1950, 12, secondo cui “forse il filosofo migliore è uno scienziato che tiene per così dire i piedi in un settore della scienza, e in pratica indaga, senza mai perdere di vista il concreto, tutti i dati del rapporto con la conoscenza in generale [...] e potrebbe darsi che [...] meriti più che ogni altro il nome di filosofo un economista, un filologo, uno storico, un matematico”. Non sempre tuttavia Betti, che soprattutto in età giovanile si rivolge all’indiscussa autorità di pensiero di Croce per ottenerne il consenso, soddisfa le pretese del filosofo abruzzese: cfr. per esempio NITSCH, *Dogmatica, poetica e storia. Ancora sul rapporto tra Betti e Croce*, in AA.VV., *Dall’esegesi giuridica alla teoria dell’interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma, 2020, 193 ss.

⁷⁷ NITSCH, *Dogmatica*, cit., 193, rileva che il rapporto tra Betti e Croce fu “asimmetrico, discontinuo, problematico”. Si riconosce tuttavia che la celebre prolusione di Betti “Diritto romano e dogmatica odierna” sia di “chiara derivazione crociana”: cfr. DE GENNARO, *Emilio Betti: dallo storicismo idealistico all’ermeneutica*, in *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, in *Quaderni fiorentini VII*, 1978, 79.

⁷⁸ ZACCARIA, *Emilio Betti*, cit., 112, definisce la “teoria generale” di Betti, un’opera per certi aspetti

e superficiali, accreditando presso i docenti italiani, con il suo autorevole ed entusiastico apprezzamento, le proposte (ermeneutiche e) didattiche di Ernst Zitelmann definito “un insegnante geniale”⁷⁹.

Zitelmann, nel ricordo di Betti⁸⁰, si forma alla scuola pandettistica tedesca, essendo stato allievo di Windscheid e Jhering; ma, come il nostro Emanuele Gianturco, subisce soprattutto il fascino delle esercitazioni pratiche di Jhering⁸¹, nel corso delle quali, secondo una consuetudine didattica – introdotta da Puchta e rielaborata da Jhering, e molto apprezzata anche in Italia – venivano discussi casi concreti soprattutto allo scopo di porre rimedio alle difficoltà di apprendimento prodotte dalle astrazioni della metodologia dei pandettisti a testimonianza di una sensibilità pedagogica molto diffusa nella cultura tedesca⁸². Zitelmann tuttavia apporta a questa pratica didattica radicali innovazioni prodotte da una visione del sapere giuridico in netta discontinuità rispetto al modello del c.d. positivismo legislativo. Egli infatti, a compimento di un articolato corso di studi metodologici⁸³, approda alla convinzione, interna al filone di pensiero antipositivista, anticipatore in ambito giuridico dell’ermeneutica di Gadamer⁸⁴, che il testo normativo non sia un terminale della conoscenza del diritto ma contenga solo delle direttive (*Anleitungen*) che indirizzano l’interprete verso il diritto “vivo e vero”, cioè la regola del caso concreto. In quest’ottica, rileva Betti, la dogmatica non ha semplicemente “l’unico ufficio di conoscere e, dirò così, di registrare una realtà data, già bell’è compiuta prima di essere conosciuta”, ma quello di “creare e configurare [...] un diritto idoneo a servire per la viva applicazione ai rapporti della vita”⁸⁵. La vocazione pratica del sapere giuridico è di tutta evidenza in questo modo d’intendere l’ufficio della dogmatica, e di conseguenza è incontestabile l’inadeguatezza del modello scienziato – con la sua rigida ripartizione tra scienza, tutta racchiusa nei testi, e tecnica, destinata al solo compito di accogliere nel singolo caso le regole scientifiche – a sostenere questa prospettiva metodologica. Ma ciò che in questa sede è più importante rilevare è che quest’idea del sapere giuridico, su cui presumibilmente hanno esercitato una notevole influenza le fascinose lezioni jhe-

pionieristica, lungimirante e coraggiosa per ambizione e respiro, tanto da proporsi come la più articolata metodologia generale delle scienze dello spirito del Novecento”.

⁷⁹ BETTI, *Metodica e didattica*, cit., 46.

⁸⁰ BETTI, *op. cit.*, 11 ss.

⁸¹ LOSANO, *Introduzione a von JHERING, Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, XXXI ss. sottolinea il costante bisogno di Jhering di confrontare i risultati sistematici con la realtà fattuale che già nella prima fase dei suoi studi preannuncia la successiva svolta sociologica.

⁸² D’altra parte nelle università tedesche l’istituto dello *Spruchcollegium* o *Spruchfacultät*, che prevedeva la possibilità da parte di un privato di chiedere il parere della facoltà su un problema concreto, costituiva un mezzo per mantenere le facoltà giuridiche a contatto con le questioni pratiche: cfr. LOSANO, *Introduzione*, cit., VII.

⁸³ Riferimenti bibliografici in BETTI, *op. cit.*, 18.

⁸⁴ Sul tema del ruolo svolto dall’ermeneutica giuridica d’ispirazione dell’ermeneutica gadameriana cfr. GADAMER, *Verità*, cit., 376 ss.

⁸⁵ BETTI, *op. cit.*, 16 s.

ringhiane, rifluisce poi, al termine dell'apprendistato scientifico, nell'insegnamento: si fa cioè effettiva pratica didattica. Nella quale ci sembra di poter dire che prevalga, sulla trasmissione della nozione orientata ad un apprendimento puramente ricettivo, diremmo "contemplativo", un insegnamento invece esplicitamente finalizzato all'uso dei suoi prodotti, siano essi di carattere strettamente applicativo, ma anche dogmatico. Prevale quindi sulla lezione lo strumento didattico dell'esercitazione in cui acquisizione della nozione ed uso della stessa si interconnettono indissolubilmente. È convinzione di Zitelmann, condivisa entusiasticamente da Betti, che la tradizionale gerarchia didattica che pone l'esercitazione su un piano subordinato alla lezione debba essere rovesciata, e così anche abbandonata la "credenza volgare che le esercitazioni pratiche non abbiano il valore d'un insegnamento scientifico e che qualunque giurisperito di media coltura sia in grado di tenere tali esercitazioni"⁸⁶; di conseguenza si conclude che "al progressivo sviluppo delle esercitazioni di ogni specie con correlativa contrazione delle lezioni teoriche appartiene l'avvenire dell'insegnamento giuridico". Un avvenire, giova ribadirlo, segnato da uno sviluppo dell'esercizio casistico portato al rango di momento prioritario di formazione del giurista. Ma ciò a cui qui soprattutto occorre dare rilievo è la conclusione del discorso commemorativo, in cui il giurista italiano fa esplicitamente proprio il pensiero di Zitelmann affermando quanto segue. «Possa ad ognuno di noi docenti star sempre innanzi agli occhi come criterio direttivo la destinazione basilare dell'insegnamento universitario: [...] educare [...nei giovani] il criterio che sa discendere dai principi ai casi singoli e l'occhio clinico che sa risalire dai casi ai principi: insegnar loro, insomma, a pensare da giuristi. "Not information, but formation of mind"»⁸⁷. Non è agevole dire in che cosa esattamente consista questo "pensare da giuristi", ed in che misura l'antipositivismo di Zitelmann, evidenziato dalla sua didattica, realmente coincida con quello di Betti. Ma ci sembra evidente che l'impegno didattico si trasferisca, anche nella formula bettiana, dall'astratta acquisizione di una teorizzazione di dati normativi ad un campo d'indagine che trascende la mera considerazione dei testi e comprende la pratica applicativa: in altri termini si tratta di trasferire nella didattica l'esercizio di quel pensiero prudente da cui trae spunto l'ermeneutica gadameriana⁸⁸. In ogni caso non è meccanica applicazione di regole, come nel caso dell'artigiano, mero esecutore di un progetto predefinito evocato

⁸⁶ BETTI, *Metodica*, cit., 47.

⁸⁷ BETTI, *op. cit.*, 57.

⁸⁸ Cfr. §§1 e 4.

da Gadamer⁸⁹; piuttosto pare trattarsi di quella “questione di tatto (*Eine Sache der Takts*)” di cui discorre Freud per la diagnostica psicanalitica⁹⁰.

In ogni caso, il contenuto ed il tono delle parole bettiane, di vero e proprio incitamento alla rivolta contro il positivismo scienziata – che fatalmente degenera nella didattica in astratto e sterile nozionismo –, lasciano bene intendere che la valorizzazione di una didattica del giudizio applicativo non necessariamente debba seguire il percorso gadameriano. Esso si può agevolmente basare anche su un’ermeneutica più tradizionale, di stampo diltheyano, che valorizzi il ruolo della pratica applicativa pur tenendo ancora ben distinte, secondo la più risalente tradizione ermeneutica, la *facultas applicandi* dalla *facultas intelligendi ed explicandi*⁹¹. Ed in cui lo scrupolo di oggettività scientifica dell’interpretazione faccia ancora valere le sue ragioni contro il paventato scadere nella soggettività e nell’arbitrio dell’ermeneutica gadameriana⁹².

Ma l’uso didattico del pensiero prudenziale può, come si è detto, seguire un percorso che non metta in discussione l’impianto positivista della didattica e solo risponda a quella funzione del pensiero prudenziale, rimarcata da Kant, di facilitare l’accesso alle astrazioni della scienza. Il prototipo di questo tipo di utilizzo dell’esperienza applicativa può essere individuato, nella sua forma più compiuta, nella didattica teorizzata e praticata da Jhering, nella prima fase della sua esperienza di studi. Anche la dottrina didattica di Jhering, come poi è accaduto per Zitelmann, ha ricevuto in Italia un’entusiastica accoglienza, ma in questo caso all’ammirazione e alla divulgazione ha fatto seguito, da parte di Emanuele Gianturco, l’ulteriore svolgimento della teoria ed una concreta sperimentazione documentata nella celebre “Crestomazia di casi giuridici in uso accademico”⁹³. Si tratta di un testo che conserva ancora un grande interesse soprattutto nelle pagine della “Prefazione”, dense di rilievi sulla teoria della formazione giuridica, su cui ancora oggi si

⁸⁹ GADAMER, *Verità*, cit., 369 chiarisce che “Ciò che è giusto [...] non è pienamente determinabile in modo indipendente dalla situazione in cui io devo operare giustamente, mentre invece l’*eidos* di ciò che l’artigiano vuole produrre è già perfettamente determinato”. Per questa ragione, malgrado la superficiale apparenza, la forma giudiziaria della *phronesis*, la giurisprudenza, non è una tecnica: essa esige sempre un’attività deliberativa, non è meccanica applicazione di regole, che possa essere preventivamente appresa (Id, *op. cit.*, 369 ss.).

⁹⁰ In questi termini DE CERTEAU, *L’invenzione del quotidiano*, Roma, 2001, 119.

I riferimenti al pensiero kantiano sono tratti da PHILONENKO, *Theorie et praxis dans la pensée morale e politique de Kant e de Fichte en 1793*, Paris, 1968, 19 ss. È anche molto utile la distinzione di KANT, *Antropologia*, cit., 88, tra giudizio, facoltà di trovare il particolare con riferimento all’universale (*cognitio exacta*), che è qualità del pensiero apprezzabile specialmente per la precisione, e l’ingegno, facoltà di concepire l’universale in rapporto al particolare, e quindi di osservare l’identità nel molteplice, che è qualità del pensiero ammirevole per ricchezza della mente.

⁹¹ Sul tema GADAMER, *Verità*, cit., 358.

⁹² Sul tema BIANCO, *Oggettività dell’interpretazione e dimensioni del comprendere. Un’analisi critica dell’ermeneutica di Emilio Betti*, in *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, cit., 13 ss.

⁹³ Il testo è ora disponibile nella nuova edizione curata da GATT e CAGGIANO, *La Crestomazia di Emanuele Gianturco. La rilettura sistematica di Filippo Nappi per una nuova didattica del diritto privato*, Napoli, 2020.

può molto utilmente riflettere. Chi scrive ha esaminato a fondo l'opera in altra sede⁹⁴, qui preme soltanto segnalare la cura dei pandettisti tedeschi e dei loro seguaci italiani di evitare che le asprezze dell'astrazione concettuale, inaccessibili a giovani ancora bisognosi di uno specifico addestramento, suggerissero al discente la scorciatoia dell'acquisizione mnemonica della pura astrazione. Si sarebbe evitato così quanto poi è invece avvenuto per la negligenza di una formazione casistica: attivare un'abitudine al pensiero generico e indeterminato, considerare l'astrazione concettuale un comodo riparo dall'impegnativo confronto con la realtà dei fatti. Naturalmente, in prospettiva futura, non si tratta di riprodurre pedissequamente l'esperienza gianturchiana, ma certamente di svolgerne molte utili indicazioni. Si pensi per esempio, alla contrarietà all'anticipazione della pratica professionale manifestata da Gianturco – benché appassionato sostenitore dell'efficacia formativa della pratica applicativa – nel timore che essa potesse addirittura insterilire l'ingegno dei giovani “nel meccanico esercizio di atti e formule pratiche”⁹⁵, e quindi determinare l'esito controproducente di indurli a trascurare l'esercizio di quel pensiero “attivo”, richiesto dall'addestramento applicativo. Le ragioni della suddetta contrarietà sono rafforzate oggi dalla moderna consapevolezza della complessità dei procedimenti applicativi, e quindi dalla più profonda esigenza di sottoporre i futuri gestori delle pratiche applicative ad un rigoroso *training* metodologico, che ponga rimedio all'attuale mancanza di una coscienza ermeneutica educata; giacché proprio questa mancanza certamente contribuisce al consolidamento di abitudini di pensiero prive di concretezza e precisione.

8. Uno strumento formativo ancora utile per il contrasto alle pratiche discorsive vaghe e indeterminate

Ma, poiché il pensiero giuridico, secondo un autorevole insegnamento, non è metodologicamente omogeneo ma si svolge sia nei modi del pensiero problematico che in quelli del pensiero sistematico, per cui è sì ermeneutico ma anche dogmatico⁹⁶, il patrocinio di un'ermeneutica applicativa, nella sua funzione conoscitiva (*Applikationsstruktur des Verstehen*), non vuol dire certo rinuncia a un'applicazione del diritto controllata da concetti sistematici⁹⁷; perché anzi l'uso corretto della dogmatica è tanto essenziale al

⁹⁴ NAPPI, *Sul valore formativo dell'esercizio casistico. Invito alla rilettura della Crestomazia di Emanuele Gianturco*, in GATT e CAGGIANO, *op. cit.*, 49 ss.

⁹⁵ GATT e CAGGIANO, *op. cit.*, 18.

⁹⁶ MENGONI, *Dogmatica*, cit., 61.

⁹⁷ MENGONI, *op. cit.*, 44. Benché i dogmi giuridici non siano verità assolute con il valore dell'*épistémè* aristotelica, ma schemi aventi una valenza conoscitiva pratica, secondo l'insegnamento crociano. Tutto ciò è conforme all'ermeneutica giuridica di Gadmer, il quale (GADAMER, *Verità*, cit., 383) chiarisce che “tra ermeneutica giuridica e dogmatica giuridica esiste un rapporto costitutivo (*Wesensbeziehung*) nel quale l'ermeneutica ha [solo] funzione preminente”.

giudizio prudenziale che l'indebolimento del pensiero dogmatico espone il processo di "concretizzazione" del diritto al rischio di indebolirne il controllo di razionalità e che si formi "un residuo irrazionale prodotto da elementi non cognitivi prodotti dalla precomprensione del giudice"⁹⁸.

Una strategia didattica di contrasto alla formazione di scorrette abitudini di pensiero deve allora avere come obiettivo anche la corretta gestione dell'astrazione concettuale, e realizzarlo conducendo il discente, anche alle prime armi, all'interno della costruzione concettuale, proprio per insegnargli a fare dei concetti giuridici un uso corretto, quello corrispondente alla loro natura di (pseudo)concetti empirici⁹⁹, cioè di strumenti della tecnica applicativa. Si evita così, nell'esercizio della pratica applicativa, l'inadeguato apprezzamento ed uso dei concetti, e quindi inevitabilmente quella deriva di pratiche discorsive vaghe e indeterminate contro cui occorre spiegare tutti gli strumenti di contrasto.

A questo fine, per esempio, può essere ancora proficuamente utilizzato il volume dei "Saggi" di Raffaele Cicala¹⁰⁰ che, nella sua originaria edizione – quella destinata agli studenti di istituzioni di diritto privato –, recava la significativa dicitura "Raccolti per le esercitazioni di diritto privato". Si tratta di testi estrapolati dalla produzione scientifica dell'autore e quindi riproposti, non già come "parte speciale" o come testo monografico, in linea con la tradizione dei programmi di diritto civile, ma invece come testo per esercitazioni. Qui l'esercizio consiste nell'applicazione di concetti generali (causa del negozio, oggetto, ecc.) a specifiche ipotesi normative (cessione del credito, cessione del contratto). Ed anche in questo caso l'obiettivo non è tanto l'acquisizione di nozioni – compito riservato al manuale – quanto un addestramento ottenuto appunto con la tecnica dell'esercitazione, secondo una pratica didattica in uso in Germania già all'inizio del secolo scorso e coltivata anche da Zitelmann. Lo studente di istituzioni di diritto privato – quindi l'assoluto principiante degli studi giuridici – entra in un laboratorio di costruzioni dogmatiche, dove si esercita a riconoscere all'interno di specifiche tematiche, e così prolungando la trama del sistema acquisita dal manuale, quelle categorie concettuali rese in forma di risultati acquisiti, e quindi in termini assertivi, nel manuale. Il pensiero dogmatico si mostra quindi nel suo farsi, ed esibisce così la sua natura di prodotto di pensiero esposto al giudizio di falsificazione, quello stesso che l'autore esprime nella critica delle opinioni altrui, svelando quel che le nozioni dogmatiche effettivamente sono: opinioni – come risulta dall'originario significato di "dogma"¹⁰¹ – che esigono, come l'autore talvolta dice, non già un atto di fede ma un'adesione razionalmente fondata.

⁹⁸ MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Ermeneutica*, cit., 89.

⁹⁹ Questa è la formula crociana, esattamente e compiutamente resa, richiamata da CICALA, *Concetto*, cit., 172, nota 360, per rendere in termini non equivoci, in un frangente temporale in cui sono ancora vivi gli echi della famosa "polemica sui concetti", la sua piena adesione alla concezione crociana del valore dei concetti giuridici.

¹⁰⁰ CICALA, *Saggi. Raccolti per le esercitazioni di diritto privato*, Napoli, 1969.

¹⁰¹ MENGONI, *Dogmatica giuridica*, cit., 25.

È quanto accade quando si guida il discente sulla questione se l'accollo sia contratto a favore del terzo, mostrandogli gli argomenti portati a favore e contro questa tesi ed indicandogli, all'esito di un serrato confronto dialettico, quale sia la tesi ragionevolmente preferibile. Qui lo studente assiste ad un consolidamento della costruzione, dominante in dottrina e unanimemente seguita in giurisprudenza, dell'accollo come contratto a favore del terzo, realizzato mediante la contestazione degli argomenti portati in senso contrario. Infatti allo sguardo del docente, avvezzo all'analisi puntuale e concreta dei concetti, la costruzione dell'accollo come contratto a favore del terzo presenta, benché largamente accolta in dottrina, "larghe zone d'ombra" e "contorni troppo indefiniti"¹⁰² che esigono appunto un'opera di precisazione e chiarificazione. È evidente che qui il messaggio didattico ha forma del tutto diversa da quella manualistica: assumendo quel carattere "procedurale", di addestramento alla tecnica costruttiva, che, come si è detto, spiega il titolo di "esercitazioni" imposto ai testi raccolti nei "Saggi". Analogamente si procede quando si tratta di descrivere la fattispecie e gli effetti della cessione del contratto, ed in particolare d'individuare l'oggetto. Qui tuttavia non occorre consolidare un'opinione dominante, ma affermare l'idoneità del tradizionale sistema concettuale del trasferimento dei crediti e dei debiti a comprendere anche il nuovo fenomeno della c.d. cessione del contratto, resistendo alla tentazione d'introdurre nel sistema nuovi ed inutili schemi concettuali. Qui il messaggio formativo è molto forte ed attuale. Si tratta infatti di educare il discente a resistere alla tentazione, ancora oggi molto diffusa nei più disparati ambiti discorsivi, di coniare nuovi concetti e formule verbali per intendere fenomeni che agevolmente possono essere ricondotti al sistema conoscitivo e linguistico acquisito, attribuendo a queste nuove forme della realtà empirica un inesistente carattere di novità anche sul piano concettuale, compromettendone così una corretta conoscenza. Nel caso di specie si tratta in particolare di evitare che formule linguistiche di comodo, accettabili nell'economia espressiva del linguaggio comune, come per esempio la formula "cessione del contratto", siano poi condizionanti nel procedimento d'individuazione di una conoscenza sistematicamente fondata del fenomeno dell'oggetto della cessione del contratto, descrivendolo "tecnicamente nella sua realtà giuridica"¹⁰³. Del linguaggio tecnico, che spesso viene percepito dal neofita come espressione di un'inutile pedanteria, viene qui sperimentata tutta la sua potente forza chiarificatrice e con essa la necessità di una disciplina d'uso rigorosa, nell'esercizio del pensiero dogmatico ma anche nella pratica applicativa. E si noti incidentalmente che il docente, accusato a volte di un esasperato concettualismo, si guarda bene dal considerare le sue raffinate costruzioni concettuali come prodotti "scientifici", scorrendo piuttosto di descrizioni "tecniche". E proprio la potenza tecnica del concetto viene esibita con particolare evidenza nel saggio sul concetto di divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione, controllandone l'efficienza di pseudoconcetto con riferimento ai vari tipi di obbligazione e la corretta formulazione del giudizio "determinante

¹⁰² CICALA, *Saggi*, cit., 86.

¹⁰³ CICALA, *op. cit.*, 190.

in relazione alle varie specie di obbligazione”¹⁰⁴. Ne deriva per il discente, che muove i suoi primi passi nel mondo del diritto, un addestramento della mente al valore della “precisione”, la c. d. *cognitio exacta*, evocata da Kant nella sua “Antropologia pragmatica”¹⁰⁵, che costituisce uno dei valori fondamentali della professionalità giuridica in tutte le sue varie articolazioni¹⁰⁶; e con esso un’attitudine guardinga verso le vuote astrazioni, quelle sintesi meramente verbali di cui a volte la dottrina fa uso nella ricerca di nuovi inquadramenti dogmatici (si pensi alla nozione di qualità di parte come oggetto della cessione del contratto), e che, anche al di fuori del recinto della cultura giuridica, sempre più imperversano nello stile di pensiero e nel costume linguistico imperante nei sistemi di comunicazione di massa. Ed è a prima vista paradossale che proprio in un testo, che è esplicita e orgogliosa espressione del pensiero dogmatico, si eviti ed anzi si combatta quel pensare astrattamente, nel senso della perdita di contatto con la realtà anche normativa, che è deriva frequente della formazione impostata sui postulati della tradizione dogmatica. Ciò dipende evidentemente dal fatto che qui il pensiero, piuttosto che lasciarsi contaminare dal carattere del suo oggetto, l’astrattezza della disposizione normativa, vi si oppone con la forza dell’analisi critica, nutrita di cultura forense e, anche per questo contributo, fortemente animata dai valori della precisione¹⁰⁷ e della concretezza ed in generale del sapere prudenziale.

Ma il fondamentale compito didattico assolto dai testi raccolti da Cicala per le esercitazioni di diritto privato, che ne spiega l’opportunità che essi siano proposti agli studenti già al primo anno del corso di giurisprudenza, è quello di scongiurare il rischio che la categoria dogmatica sia accomunata al dato normativo nella considerazione del suo carattere non apofantico – come invece il flusso discorsivo del manuale inevitabilmente lascia intendere – piuttosto che considerata come uno strumento di conoscenza sottoposta al giudizio critico. Questa educazione al pensiero dogmatico risulterà estremamente utile allorché, nel diverso contesto della tecnica applicativa, il professionista debba fare del sistema dei concetti, non già occasione di sfoggio di erudizione – come purtroppo ancora frequentemente accade in stili discorsivi solo esteriormente emendati dai vizi di una tradizione di ricercatezza manieristica e di vuota astrattezza –, ma un uso consapevolmente strumentale alle specifiche esigenze problematiche poste dalla realtà fattuale.

Lo stile espositivo dei “Saggi” può fornire agli studenti di diritto potenti anticorpi contro quella peste del linguaggio lamentata da Calvino e documentata, per quanto

¹⁰⁴ CICALA, *op. cit.*, 20 ss.

¹⁰⁵ KANT, *Antropologia pragmatica*, cit., 88. Cfr. pure *infra* §4.

¹⁰⁶ La precisione è valore peculiare della cultura professionale. Cfr. anche *supra* §3. Più in generale sull’efficacia didattica dei “Saggi” di Raffaele Cicala cfr. NAPPI, *Valori formativi dell’insegnamento*, cit., 151 ss.

¹⁰⁷ Sul valore della precisione nello sviluppo storico delle culture professionali è interessante il volumetto di KOYRÉ, *Dal mondo del pressappoco all’universo della precisione*, tradotto e introdotto da ZAMBELLI, Torino, 1967, *passim*.

riguarda la scrittura giuridica, anche da autorevoli linguisti.¹⁰⁸ Esso non è certamente quello che in generale, ed anche negli ambienti della cultura forense, tende ad essere raccomandato oggi¹⁰⁹ (come reazione ai vuoti esercizi retorici ancora qualche volta praticati): fatto di periodi, a volte anche brevissimi, innestati in una struttura sintattica a carattere prevalentemente paratattico. Uno stile nel quale tuttavia – a dispetto del (o a volte fraintendendo il) lodevole intento di praticare una tecnica argomentativa senza i vecchi fronzoli, puntuale e concreta – a volte sembra invece affiorare il riflesso di un pensiero di carattere puntiforme, incurante della continuità, della coerenza di un'esposizione più vasta, portatore di una nuova e più insidiosa retorica tendente a sollecitare mere suggestioni disarticolate in luogo di un razionale e controllabile svolgimento argomentativo. Proprio la continuità argomentativa asservita ad una logica serrata, ma non esibita, caratterizza invece lo stile di pensiero riflesso nel linguaggio dei “Saggi”. È lo stile tipico di un'antica tradizione letteraria e retorica¹¹⁰, che traspare da parole che fedelmente riproducono i ritmi del pensiero dando l'impressione che la scrittura lo accompagni e quasi lo produca; esso si espone al discente senza (falsa) ingenuità ma anche senza trucchi retorici costituendo una palestra di formazione di grande rilievo per chi intenda affrontare una professione legale.

Ciò non toglie che il volume dei Saggi, nascendo all'interno della tradizionale didattica d'impianto positivista e subendone inevitabilmente l'influenza, debba essere maneggiato con estrema cura da un docente che invece intenda rimarcare il carattere prudenziale del sapere giuridico e del suo insegnamento: per evitare il rischio di trasmettere al discente l'idea fondante del positivismo legislativo secondo cui la dogmatica sarebbe lo strumento esaustivo della conoscenza e dell'apprendimento del diritto, e che quindi l'insegnamento praticato nell'università abbia di mira la formazione di scienziati delle disposizioni normative, in grado in quanto tali di padroneggiare qualsiasi pratica professionale. Piuttosto, in una prospettiva ispirata all'ermeneutica gadameriana, occorrerà cogliere dal testo di Cicala gli spunti idonei a mostrare della dogmatica la funzione ausiliaria di sistemazione di conoscenze acquisite attraverso l'esperienza applicativa, da sottoporre poi al collaudo del sistema dei concetti. Insomma l'esercizio del pensiero dogmatico promosso dall'uso dei “Saggi”, per conseguire il risultato dell'accesso ad una conoscenza (e ad un insegnamento) ispirato ai valori del pensiero prudenziale – che pure sotterraneamente animano il tessuto espositivo del testo di Cicala –, deve essere sottratto all'attrazione del concettualismo, che nella didattica produce un insegnamento che si svolge integralmente sul piano astratto dei testi normativi, ed inserito all'interno di un insegnamento che, muovendo invece dal piano normativo alla realtà fattuale e viceversa,

¹⁰⁸ Cfr. *supra* § 1.

¹⁰⁹ Cfr., per esempio, GIANARIA, MITTONE, *L'avvocato nel futuro*, Torino, 2022, 14 ss.

¹¹⁰ Ne fa cenno COLLI, *Dopo Nietzsche*, Milano, 1974, 133 s. a proposito dello stile del primo Nietzsche.

e curando la correttezza metodologica di questo percorso, conduca ad una conoscenza concreta e precisa conforme allo spirito del testo.

E allora, passando a qualche considerazione di sintesi, si può dire che i “Saggi” – che subiscono nell’impostazione di fondo l’evidente influenza dell’impianto positivista, ma non degli eccessi dello scientismo – si propongono di attivare una forma di pensiero critico, scoraggiata invece dallo stile espositivo manualistico, e non altrimenti acquisibile se non con l’esercitazione, che assurge così a forma d’insegnamento teoretico di livello pari se non superiore alla lezione. Più in particolare si può rilevare che l’efficacia formativa dei “Saggi” dipenda anche dalla capacità dell’autore di esibire, nell’ambito di una rigorosa etica intellettuale per nulla frequente nella scienza e nell’insegnamento del diritto, ed in genere nel nostro costume accademico, un particolare modello del “pensare da giuristi”: saldamente radicato nella tradizione della cultura forense e solo innestato, in termini tuttavia rigorosi, nelle forme della dogmatica accademica. Di una dogmatica che, proprio per operare in questo contesto culturale di matrice forense (ma nutrito anche della fondamentale lezione pugliattiana e dell’influenza crociana), riesce a restare immune da certe sofisticazioni scientiste. È infatti ancora viva nell’autore dei “Saggi” – e cioè nella formazione ricevuta – una genetica impronta pratica, quella prudenza giuridica, riesumata e riabilitata dall’ermeneutica gadameriana, della cultura dei giuristi romani. Ed è in fondo questa sotterranea fusione di raffinata cultura forense e scienza accademica – che tuttavia a volte, come per esempio nel saggio sulla differenza tra delegazione ed espromissione, presenta momenti di chiara emersione – il marchio di pensiero di Raffaele Cicala. Esso si trasmette al discente soprattutto, come si è detto, come stile di pensiero, cioè in una forma “procedurale” piuttosto che “proposizionale”, producendo quel risultato a lunga distanza che i pedagogisti denominano deuterio-apprendimento¹¹¹; a patto naturalmente che il neofita sia aiutato a raccogliere questo frutto prezioso.

9. Anche ai testi giuridici, oltre che a quelli della “bella letteratura”, è possibile attribuire un compito pedagogico che trascende il loro specifico ambito operativo: quello di fornire gli anticorpi contro le abitudini di pensiero e di linguaggio prive di concretezza e precisione

Dai suddetti modelli di didattica si può trarre ispirazione per una strategia di contrasto, anche nell’ambito della cultura civilistica, di abitudini di pensiero, di varia natura ed ispirazione, tutte caratterizzate da una riluttanza a sottoporsi ad un rigido controllo di concretezza e precisione. Naturalmente occorre corroborare ed aggiornare le pratiche didattiche illustrate utilizzando tutti gli strumenti offerti dagli sviluppi delle riflessioni

¹¹¹ Si tratta, come si è già accennato, di quel processo sotterraneo quasi mai percepito consciamente dai suoi partecipanti e meno che mai monitorato, e solo vagamente collegato all’argomento apparente dell’istruzione: cfr. BAUMAN, *La società individualizzata*, Milano, 2002, 157 s.

epistemologiche e della teoria pedagogica e differenziando le modalità dell'approccio casistico in riferimento ai vari livelli dell'insegnamento¹¹².

In particolare ci sembra necessario dare seguito nella didattica a quel processo di "allontanamento"¹¹³ dai postulati del positivismo giuridico che, avviato in Germania già alla fine dell'Ottocento, ha preso forma in Italia solo dalla metà del secolo scorso, con il graduale abbandono – in verità non ancora del tutto portato a termine soprattutto nella prassi giurisprudenziale – della giurisprudenza dei concetti che ne costituisce il *pendant* sul piano metodologico¹¹⁴. A quei postulati – e soprattutto all'esaltazione dell'astratto dato normativo come oggetto esclusivo della conoscenza scientifica del diritto, nella forma della dogmatica, cui si deve in larga misura la frattura tra dottrina accademica e professionalità legali – la cultura forense riserva tutt'al più un ossequio alquanto ipocrita, valorizzando piuttosto, nelle pratiche difensive degli avvocati e nell'intimo convincimento dei giudici, il ruolo determinante, nella formazione della regola del caso concreto, della riflessione ermeneutica, e quindi delle specifiche circostanze di fatto e degli interessi in esse specificamente coinvolti. E occorre quindi che anche l'insegnamento finalmente lasci che al giudizio sui fatti reali, piuttosto che a quello astratto del testo normativo, sia attribuito un rilievo primario: nell'organizzazione del messaggio didattico e nella valutazione dei risultati conseguiti. Ciò non vuol dire che, in una visione ancora fortemente segnata dal valore della conoscenza scientifica dei testi normativi, la (parallela) valorizzazione della pratica applicativa non possa ancora oggi fondarsi su considerazioni di esclusivo carattere pedagogico¹¹⁵, come nella originaria lezione jheringhiana, portata in Italia

¹¹² In questa direzione si muove la sperimentazione didattica realizzata da chi scrive e documentata in volumi monografici e scritti minori: cfr. soprattutto NAPPI *I ragionamenti applicativi nella didattica del diritto privato. Per una riforma della didattica e del ruolo del giurista accademico nel sistema delle professioni legali*, Torino, 2011; ID., *Didattica del diritto civile 2.0*. Torino, 2016; ID., *Esercizi di prudenza giuridica*, Torino, 2019; ID., *Sul valore formativo dell'esercizio casistico*, cit.

¹¹³ Di "allontanamento dal positivismo" della filosofia del diritto nella prima metà del XX secolo discorre LARENZ, *op. cit.*, 117.

¹¹⁴ In questi termini si esprime MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, in *Ermeneutica*, cit., 38 s. Per un caso di argomentazione ancora ispirata al metodo della giurisprudenza dei concetti, cfr. NAPPI, *Sull'uso della dogmatica nei giudizi applicativi: a proposito della revoca ex art. 2901 c.c. degli atti del condebitore solidale*, commento a Cass. 22.3.2011, n. 6486, in ID., *Didattica del diritto civile 2.0*, cit., 133 ss.

¹¹⁵ Benché in questo caso, evidentemente, la prudenza tenda a degradare ad abilità tecnica (il *poiein* aristotelico), conformemente alla configurazione che essa assume nel modello cartesiano delle scienze della natura: conservando sì una preziosa funzione pedagogica, ma, da un punto di vista gadameriano, snaturandosi, per la tendenziale assimilazione alla tecnica dell'artigiano (GADAMER, *Verità*, cit., 369); e così lasciando in secondo piano, se non proprio disperdendo, quella più profonda funzione formativa che l'addestramento applicativo acquisisce quando, svincolandosi dall'automatismo della "pura" tecnica e configurandosi così come tecnica dello spirito (il *prattein* aristotelico), divenga esercizio di una diversa forma di conoscenza, che si nutre dell'esperienza concreta e assume una forte valenza formativa. Dal punto di vista didattico l'impostazione gadameriana comporta l'assoluta necessità dell'esperienza applicativa per l'accesso ad una reale

da Emanuele Gianturco: ciò che infatti nella prospettiva qui adottata appare decisivo è l'educazione del pensiero a misurarsi sui fatti concreti, a prescindere da una più ampia valutazione sull'opzione di metodologia del diritto che sta a monte della strategia formativa adottata.

Possiamo allora concludere che, nell'ottica di un insegnamento destinato a formare una "disciplina mentale", l'esigenza di educare il pensiero alla concretezza e alla precisione è, a nostro avviso, un momento fondamentale dell'insegnamento "a pensare da giuristi"¹¹⁶. Infatti per il produttore di testi giuridici, in forma più cogente che per il produttore di testi letterari, si presenta l'esigenza di condurre il discorso secondo i canoni della concretezza e della precisione¹¹⁷, trattandosi, nel caso dei giuristi, non soltanto di una questione di gusto letterario e, indirettamente, d'impegno civile, ma di un'esigenza più radicalmente e inconfutabilmente connessa alla natura stessa del sapere giuridico, cioè alla sua forma di sapere prudenziale. E quindi, pure a pratiche discorsive giuridiche, anche didattiche – si pensi all'affascinante compito di redigere questionari casistici non più relegati all'umile funzione di mero ausilio didattico, ma destinati ad assumere un ruolo formativo primario imposto dalla consapevolezza della natura fattuale della conoscenza giuridica –, ispirate a questi valori, si può legittimamente attribuire (oltre al compito di perseguire una peculiare forma di conoscenza, anche) il compito pedagogico, assegnato da Calvino alla "Bella Letteratura"¹¹⁸, quella preferita anche da Roland

conoscenza del diritto. Ma il valore dell'esperienza applicativa può reggersi anche su ragioni puramente pedagogiche, e reggersi sulla convinzione che la conoscenza/apprendimento del diritto sia solo agevolata dall'esperienza applicativa che nulla aggiunge ad una conoscenza conseguibile già in base all'analisi dei testi normativi. Su questa diversa impostazione si fonda la pratica formativa tedesca che, benché fedele ai dogmi del positivismo scientifico, valorizza – fedele ad un'antica tradizione – l'esercizio applicativo come importante fattore di facilitazione dell'apprendimento del diritto: F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, Milano, 1980., 133 s. Per un'importazione nella didattica italiana del tradizionale metodo casistico tedesco impostato sull'osservazione della concreta situazione soggettiva tutelata (*Anspruchsmethode*) cfr. CHRISTANDL, GALLMETZER, *Diritto civile. Casi e soluzioni con guida metodologica*, Milano, 2015; Id., *Diritto civile. Nuovi casi e soluzioni con guida metodologica*, Milano, 2017. Più in generale, sulla possibilità che un messaggio didattico fondato sulle narrazioni di casi possa agevolmente conseguire quell'effetto tipico dello *storytelling* di rendere gli astratti concetti scientifici più "vividi e comprensibili", accentuandone l'efficacia comunicativa e operando una "educazione emotiva", cfr. da ultimo incidentalmente DEMETRIO, *All'an-tica. Una maniera di esistere*, Milano, 2020, 108 ss.

¹¹⁶ Le espressioni virgolettate sono di BETTI, *Metodica*, cit., 57; cfr. anche *supra* §7.

¹¹⁷ L'impegno a realizzare quest'esigenza spiega l'apprezzamento che in ambito letterario gode talvolta la prosa forense proprio per il suo carattere di concretezza e precisione che "non è il girovagare prolisso dello pseudo-scrittore, che pare l'onda lunga di cert'uggia oceanica, uggia dello infinito, dell'informe" (GADDA, *Saggi giornali favole e altri scritti*, I, Milano, 2008, 481). Purtroppo esistono anche esempi di segno opposto. Ed allora i linguisti, con l'ausilio degli stessi giuristi (cfr. GALGANO, *Il dissenso occulto in Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 1997, 3, 890 ss.), opportunamente segnalano l'esigenza di evitare nella prosa forense inutili complicazioni sintattiche e oscurità semantiche, rubricate sotto l'etichetta di "complicazioni indiscrete" (MORTARA GARAVELLI, *Le parole*, cit., 180 ss.).

¹¹⁸ L'espressione è usata da BOLLATI, *L'invenzione dell'Italia moderna*, Torino, 2004, 155, nel con-

Barthes¹¹⁹, di fornire gli anticorpi contro usi linguistici segnati da un vuoto formalismo, forma esteriore di una fondamentale assenza di onestà intellettuale. Si tratta di pratiche discorsive che in vario modo dissimulano un'abitudine di pensiero che si suole dire prodotta da un eccesso di formazione umanistica rispetto a quella scientifica; e che invece rappresenta una patologia del pensiero di cui sono corresponsabili tecniche formative, che in tutti i campi, e soprattutto nell'ambito delle c. d. scienze umane, esigono di essere approfondite ed aggiornate. Così, all'esito di un radicale rinnovamento della didattica giuridica, che la trasformi da sede di celebrazione della forza esplicativa della dogmatica, e, più in generale, del valore formativo della riflessione su astratti dati normativi (o su dati giurisprudenziali ridotti alla forma dei dati normativi), in palestra di esercizio del giudizio applicativo¹²⁰, e quindi di un pensiero ispirato ai valori della concretezza e precisione, la cultura giuridica ed il lessico che la esprime potrà riscattarsi dalla cattiva fama di essere addirittura "il trionfo delle [vuote] astrazioni"¹²¹, e assurgere al ruolo opposto di modello di una cultura ispirata sostanzialmente ad un sano pragmatismo, espressione di abitudini di pensiero e di linguaggio finalmente liberate dalla tentazione dell'abuso delle strategie retoriche, ed inclini invece a testimoniare il fondamentale valore dell'onestà intellettuale. Così il sapere prudenziale applicato alla formazione del giurista esibisce la sua natura non esclusivamente tecnica¹²², ma più ampiamente incidente sullo sviluppo complessivo della persona nel senso che la tradizione pedagogica tedesca attribuisce al termine "*Bildung*"¹²³. Anche da questo punto di vista si ripropone l'affinità tra sapere pru-

testo di una critica a quella "sorta di scisma che divide in due rami l'attività dello scrivere, isolando [...] la bella letteratura dalla letteratura adibita ai vari specialismi, ai diversi saperi, considerata priva di dignità estetica e spirituale".

¹¹⁹ Cfr. *supra* §1.

¹²⁰ Sul valore formativo della *Urteilkraft* – fondamentale dote dello spirito –, *iudicu*) secondo la tradizione romana, cfr. GADAMER, *Verità*, cit., 54: "Uno sciocco si distingue da una persona giudiziosa perché non possiede la facoltà di giudizio, cioè non è in grado di [...] applicare correttamente alle situazioni concrete ciò che ha imparato e sa".

¹²¹ Così si esprime, come si è visto (*supra* § 1), MORTARA GARAVELLI, *op. cit.*, 171.

¹²² Non è possibile in questa sede soffermarsi sul concetto di prudenza nel suo trascorrere dalla definizione aristotelica fino alla riemersione nell'ermeneutica gadameriana. Va tuttavia rilevato che proprio Gadamer ne sottolinea la vocazione spirituale, cioè il suo rappresentare non già una mera attitudine tecnica, ma quella che potrebbe definirsi "una particolare finezza di spirito (*subtilitas* applicandi)": cfr. GADAMER, *Verità*, cit., 358 ss. In conformità al suo carattere di forma di conoscenza tipica delle c.d. scienze dello spirito, cioè di quel comprendere che ha di mira, non già la mera conoscenza delle cose nell'ambito di un astratto rapporto soggetto-oggetto, ma "il nostro comportamento pratico nel mondo" (così, definisce – con formulazione perfettamente adattabile al significato del termine "prudenza" – la "comprensione" nelle c.d. scienze dello spirito, FERRARIS, *L'ermeneutica*, Bari, 1998, 26).

¹²³ Sul peculiare significato del termine *Bildung*, che tra l'altro comprende, in un rapporto di reciproco coinvolgimento tra docente e discente, l'autoformazione oltre che la formazione, cfr. GENNARI, *Bildung e Erziehung nel pensiero pedagogico di Hans Georg Gadamer*, in *Postfazione a* GADAMER, *Educare è educarsi*, Genova, 2014, 37 ss. SENNET, *l'uomo artigiano*, Milano, 2012, 93, sulla

denziale del diritto e la forma di conoscenza cui tende la (buona) letteratura, accomunati dall'essere – seguendo la traccia della formula di Roland Barthes – forme di conoscenza in grado di “correggere” la distanza tra la “grossolana” astrattezza della scienza e la concreta “sottigliezza” della vita¹²⁴: cioè forme del sapere prudenziale dotate di una potente efficacia formativa.

ABSTRACT

L'a. sostiene che la mancanza di precisione e concretezza delle pratiche discorsive degli italiani, rilevata da letterati e linguisti soprattutto, ma non solo, nel linguaggio della burocrazia e delle professioni legali, dipenda, per quanto riguarda i giuristi, da una formazione accademica ancora basata sulla convinzione del positivismo giuridico che le astrazioni della scienza, applicate ai dati normativi, possano svolgere una funzione esplicativa del fenomeno giuridico spendibile, in via prioritaria se non esclusiva, anche nella didattica. Gli esiti degenerativi di questa concezione pedagogica – screditata già dai pandettisti tedeschi –, tra cui la rilevata inclinazione ad un pensiero astratto e indeterminato, ne dimostrano l'inefficienza pedagogica, e quindi la necessità di un suo radicale superamento: fondato su una rivalutazione – sul piano teoretico o almeno su quello del mero supporto all'apprendimento – dello schema prudenziale di approccio all'esperienza giuridica, praticato da magistrati e avvocati e ispirato alla c.d. logica del concreto.

The author claims that the lack of accuracy and concreteness regarding the “Italian way” of articulating a bureaucratic or legal discourse – that has been found, amongst others, by writers and linguists –, should be attributed – for what concerns the jurists – on a type of academic training that is still rooted on the juridical positivism's belief that the abstractions provided by science, if applied to the normative framework, can perform an explanatory function of the legal phenomenon that can also be expendable – as a matter of priority if not exclusively – for educational purposes.

The degenerative effects of this pedagogical standpoint – already discredited by the Pandectists – such as the tendency of engaging in abstract and indefinite thinking, prove its pedagogical inefficiency, along with the necessity of a radical change: a change based on the reevaluation – on a theoretical level or, at least, simply on a pedagogical level – of the Aristotle's concept of phronesis applied to the juridical experience, traditionally practiced by judges and attorneys and inspired by “the logic of concreteness”.

formula di Mendelsshon: *Bildung*= *Kultur* + *Aufklärung*, ove *Aufklärung* è la libera ragione kantiana, mentre *Kultur* è l'abilità pratica; nel riflettere su di esse l'uomo migliora se stesso. Da ultimo LABASTIDA, *La formazione (Bildung) nel pensiero di H.G. Gadamer. Tra esperienza e tradizione*, in ACERBI, LABASTIDA, LUISI, *La filosofia come paideia*, Roma, 2016, 141 ss

¹²⁴ Le parole tra virgolette di Roland Barthes sono riportate da TABUCCHI, *Di tutto resta un poco*, cit., 369. Cfr. anche *supra* §1.

