

L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni*

Luca Nogler

1. Premessa: Luigi Mengoni nella scia della riabilitazione della filosofia pratica	57
2. La razionalità dell'agire pratico	61
3. Diritto e scienze pratiche: l' <i>auctoritas</i>	64
4. (Segue) I vincoli costituzionali al discorso giuridico	68
5. Diritto e scienze pratiche: la <i>veritas</i>	72
6. (Segue) Il neo-leibnizianesimo di Mengoni	77

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 47/2006

1. Premessa: Luigi Mengoni nella scia della riabilitazione della filosofia pratica

Che Luigi Mengoni costituisca uno dei vertici del pensiero metodologico italiano, e la dimostrazione di quanto lontano ed a fondo si possa andare se solo si varcano le (fragili) barriere tecniche della propria disciplina, è, ormai, una convinzione acquisita da non pochi giuristi positivi e storici del diritto contemporaneo. Svariate premesse, che noi ci figuriamo come definitivamente assodate quando ci immergiamo nelle analisi di diritto positivo, derivano dai suoi studi. Dinnanzi a tanta «profondità» e *Gründlichkeit* «nel cogliere le cose»²⁰¹, propria di uno studioso «autorevolissimo»²⁰² che, per molti versi, rappresenta «un modello troppo elevato»²⁰³, chi scrive non può evidentemente andare al di là della modesta pretesa di esporre, nel modo più ordinato e conciso possibile, gli assi portanti di ciò che M. stesso ha scritto intorno al binomio «valori e metodo giuridico». Soprattutto, mi riprometto di contestualizzare gli studi mengoniani richiamando il clima socio-culturale che caratterizzò il dibattito giuridico italiano del periodo in cui essi maturarono, ma anche, più in generale, almeno le linee di fondo del particolare orizzonte filosofico in cui essi si inseriscono.

Prendo, quindi, le mosse dalla constatazione che l'ispirazione metodologica di M. si perfezionò in coincidenza della rinascita, sviluppatasi originariamente nell'area culturale tedesca, dell'interesse filosofico per la sfera dell'agire pratico, per le azioni e le prassi che hanno il loro principio nella scelta, cioè nell'iniziativa dell'uomo²⁰⁴. E nell'*incipit* della sua *Prefazione a Ermeneutica e dogmatica giuridica* M. stesso connota subito il Novecento come «un secolo in cui tutto è stato rimesso in discussione, ma anche un secolo di ripensamenti, di rivalutazioni di forme di pensiero che sembravano dismesse».

In particolare, M. si confrontò, dal punto di vista delle loro ricadute in ambito giuridico²⁰⁵, con entrambe le «posizioni più autorevoli che hanno dato un'impronta determinante al dibattito sulla riabilitazione della filosofia pratica, cioè l'ermeneutica filosofica sostenuta da Gadamer e l'etica del discorso (*Diskursethik*) o della comunicazione (*Kommunikationsethik*) sostenuta dalla nuova scuola di Francoforte di Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas»²⁰⁶. È vero che il «neoaristotelismo»

²⁰¹ C. CASTRONOVO, *Luigi Mengoni, campione di aperture e umiltà*, in *Luigi Mengoni. La vita e le opere*, Fondo, 2004, p. 27.

²⁰² R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 428.

²⁰³ P. SCHLESINGER, *Le ragioni del diritto. I. Diritto civile*, in *Le ragioni del diritto. Teoria giuridica ed esperienze applicative*, Milano, 1997, p. 25.

²⁰⁴ Basti qui il richiamo alle chiare sintesi, rispettivamente, di F. VOLPI, *Tra Aristotele e Kant: orizzonti, prospettive e limiti del dibattito sulla «riabilitazione della filosofia pratica»*, in C. A. VIANO (a cura di), *Teorie etiche contemporanee*, Torino, Bollati Boringhieri, 1990, p. 128 ss. (d'ora in poi citato con la sigla AK); di G. FORNERO, *La riabilitazione della filosofia pratica in Germania e il dibattito fra «neoaristotelici» e «postkantiani»*, in N. Abbagnano, *Storia della filosofia, La filosofia contemporanea* di G. Fornero, F. Restaino, D. Antiseri, Torino, Utet, 1994, p. 195 ss.; per la prospettazione di un più ampio quadro d'insieme si rinvia, invece, a E. BERTI, *Le vie della ragione*, Bologna, Il Mulino, 1987 (d'ora in poi citato con la sigla VR). L'espressione «Riabilitazione della filosofia pratica» fu coniata da Karl-Heinz Ilting nel 1964 e fu ripresa nel titolo di una silloge in due volumi (1972-74) curata da M. RIEDEL, *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Freiburg i. Br., Rombach, 1972. L'espressione fa riferimento alla distinzione aristotelica fra scienze teoretiche, poietiche e pratiche, che fu mantenuta nella filosofia accademica tedesca fino a Wolff (l'espressione «filosofia pratica» fu usata fino alla fine del secolo XVIII per indicare l'insieme delle riflessioni sulla *praxis*, cioè l'etica, l'economica e la politica).

²⁰⁵ L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3 ss. poi in *Id.*, *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985 (d'ora in poi con la sigla AM) da cui cito (in questo saggio con la sigla PS) e quindi p. 48: «la rivalutazione della topica nel pensiero giuridico è un portato della scoperta della precomprensione nel processo ermeneutico».

²⁰⁶ F. VOLPI, *AK*, p. 134.

dell'ermeneutica e il «postkantismo» dell'etica della comunicazione²⁰⁷ si muovono nelle opposte direzioni, rispettivamente, dell'imprendibile condizionatezza storica, che secondo M. rischia di trascinare nell'antropologia esistenzialistica²⁰⁸, e delle potenzialità decontestualizzanti e universalizzanti dell'argomentazione linguistica, ma – osserva sempre Franco Volpi – esse colgono entrambi uno dei due poli opposti del costituirsi di una ragione pratica finita.

Ora, la rinascita dell'interesse filosofico per la ragion pratica originò, come noto, per la crescente insoddisfazione, nell'ambito delle cd. scienze umane, dell'atteggiamento di scientizzazione che aveva portato ad espungere il principio etico dal diritto e dalla politica, relegandolo nell'intimità individuale e, quindi, in una sfera extra-razionale giacché, non essendo i valori dotati di fatticità (*Faktizität*), essi non potevano neppure essere oggetto di un riscontro empirico.

Analogamente, il positivismo legislativo, che rappresentò il correlato giuridico del positivismo scienziato, identificava le norme dell'ordinamento, senz'altro caratterizzato dalla completezza, con le proposizioni che le enunciavano e riteneva che le parole del testo incorporassero un unico significato prestabilito una volta per tutte, che il giudice aveva il compito di scoprire e di applicare pedissequamente in via sussuntoria²⁰⁹. Quest'ultimo non aveva bisogno di svolgere valutazioni di razionalità pratica e cioè di compiere scelte di preferenza. La sua attività, oltre all'interpretazione della legge che si realizzava con la registrazione del suo significato, consisteva nell'affinare la razionalità (non dei fini ma dei mezzi) del sistema chiuso di concetti giuridici ordinatori; concetti, aventi, in quanto tali, una funzione meramente classificatoria-sussuntiva²¹⁰. Più che di «scienza» giuridica, visto che essa non dominava i suoi fini, sarebbe stato opportuno parlare di «tecnica» giuridica²¹¹, mentre le valutazioni d'ordine etico, politico ed economico non erano – come affermò lapidariamente Windscheid – «Sache des Juristen als solchen»²¹².

Effettivamente, in una società statica – che in Italia, a causa del ritardato sviluppo industriale, persisterà fino alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso – le regole di diritto positivo fini-

²⁰⁷ L'antologia del 1972-74, curata da Manfred Riedel (v. nt. 4), segna la ripresa della filosofia pratica, rispettivamente, aristotelica (Gadamer, Kuhn, Ritter, Bubner, Bien) e kantiana (Riedel, Vollrath, Ilting, Patzig, Pieper, Habermas): cfr. E. BERTI, *VR*, p. 60-61. Per quanto riguarda il primo indirizzo è diffusa la convinzione circa l'importante influsso, diretto e indiretto, dei corsi su Aristotele di Heidegger a Friburgo, 1919-1923, e Marburgo, 1923-1928. Per il riflesso giuridico di questo più ampio dibattito filosofico cfr. la dettagliata sintesi di G. KREUZBAUER, *Kleine Einführung in der Forschungsgeschichte der juristischen Argumentationstheorie*, in G. KREUZBAUER, S. AUGENEDER (Hrsg.), *Der Juristische Streit*, ARSP Beiheft Nr. 99, 2004, p. 9 ss. nonché, nella letteratura interna, gli studi di G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, Cedam, 1990; Id., *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, Giuffrè, 1984 spec. l'Introduzione al volume.

²⁰⁸ L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in *Quaderni fiorentini*, VII (1978), p. 125 ss. poi in Id., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, da cui cito e quindi p. 59 ss., pp. 75-76. Questa parte è omessa nella ripubblicazione del saggio con il diverso titolo *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1 ss. (d'ora in poi citato con la sigla TG). Per l'aspetto che qui più interessa cfr. anche A DA RE, *L'ermeneutica di Gadamer e la filosofia pratica*, Rimini, Maggioli, 1982.

²⁰⁹ L. MENGONI, *Note sul rapporto tra diritto e morale*, in *Iustitia*, 1998, p. 305 ss. ed ora anche in Id., *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, a cura di M. Napoli, Milano, Vita & Pensiero, 2004, dal quale cito (d'ora in poi con la sigla DM) e quindi p. 70.

²¹⁰ L. MENGONI, *AM*, p. 100.

²¹¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 163.

²¹² B. WINDSCHEID, *Gesammelte Reden und Abhandlungen* Hrsg. von Paul Ortmann, Leipzig, Duncker & Humblot, 1904, p. 112.

scono sostanzialmente per occultare il nesso valoriale ed ingenerano l'illusione della secolarizzazione del diritto²¹³, ovvero la distorta immagine weberiana della neutralità assiologica (avalutatività) del ragionamento giuridico²¹⁴. Uno spesso strato di armoniose regole tecniche smorza e ottunde la percezione dei principi e dei valori che ha sovrinteso alla loro elaborazione. Ma – afferma M. nel 1976 – la realtà pluralista moderna della società industriale (e successivamente dei servizi) «non è più disposta a concedere acriticamente la verità delle premesse da cui il giurista deduce le sue soluzioni rivestendole nella forma sillogistica»²¹⁵, sicché «il criptogiurismo naturalismo della dottrina positivista, che occultava il nucleo morale del diritto positivo dietro un sistema di concetti formali, non è più praticabile»²¹⁶. D'altronde, proprio il diritto privato tedesco aveva vissuto, fin nel corso degli anni Venti e Trenta, l'integrazione in senso solidaristico delle norme del BGB attraverso una serie di regole argomentate grazie al richiamo a principi morali. È vero che la giurisprudenza si richiamò formalmente alla regola reale (*königliche Regel*) secondo cui tutti i contratti sono sottoposti alla buona fede (§ 242 BGB)²¹⁷, ma nella sostanza ne mutò profondamente il significato e la funzione originari, che non legittimavano il potere del giudice di colmare le lacune legislative²¹⁸.

Ora, la fallacia dell'oscuramento della rilevanza dei fini nell'agire politico e giuridico fu definitivamente dimostrata dalla richiamata corrente della «riabilitazione» della *philosophia practica* con la nota opera di Gadamer, la cui prima edizione risale al 1960 e che fu inizialmente tradotta in italiano nel 1970²¹⁹. E in epigrafe al suo primo saggio metodologico – *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* del 1976²²⁰ – M. pone proprio un noto passo di *Wahrheit und Methode*. Passo in cui Gadamer afferma che «l'ordinamento della vita secondo le regole del diritto e del costume è qualcosa di incompleto, che ha bisogno di un'integrazione produttiva. Occorre il giudizio per valutare rettamente i casi concreti. Conosciamo questa funzione del giudizio soprattutto dalla giurisprudenza, dove il contributo dell' "ermeneutica" al completamento del diritto consiste precisamente nel produrre la concretezza del diritto».

Dell'impostazione gadameriana M. condivide, anzitutto, la premessa secondo la quale tra testo e

²¹³ L. MENGONI, C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, in *Cristianesimo secolarizzazione e diritto moderno*, a cura di L. Lombardi Vallari e G. Dilcher, t. II°, Baden Baden- Milano, Giuffrè, 1981, p. 1171 ss., dove si considera secolarizzato un sistema che si ritiene autosufficiente rispetto sia al reale che al regno dei valori.

²¹⁴ Per la critica a Weber, cfr. J. HABERMAS, *Recht und Moral (Tanner Lectures 1986)*, in ID., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 3ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993, p. 541 ss.; ovviamente Weber riconosceva l'importanza del giudizio di valore, ma lo relegava in una sfera totalmente soggettiva (cfr. R. MARRA, *Weber, Mommsen e il significato della avalutatività*, in *Materiali storia pens. giur. moderno*, 2000, p. 479 ss.).

²¹⁵ PS, p. 27. Nella realtà odierna il divieto di farsi giustizia da sé, il quale rappresenta una delle molteplici facce che assume la sovranità stessa, è comunque, non solo formalmente ma anche «efficacemente realizzabile solo allorché le parti ricevono determinate garanzie di ottenere una decisione corretta» (J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 290; l'A. si rifà a P. ARENS, *Zivilprozeßrecht*, 4ª ed., München, Beck, 1988, p. 346).

²¹⁶ L. MENGONI, *L'insegnamento del diritto nell'Università Cattolica*, in *Jus*, 1997, 1, p. 6.

²¹⁷ J. W. HEDEMANN, *Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht*, Berlin, Heymann, 1913, p. 9.

²¹⁸ L. MENGONI, PS, p. 18.

²¹⁹ H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 6ª ed., Tübingen, J.C.B.Mohr, 1990 (d'ora in poi citato con la sigla WM), pp. 298-299; la 3ª ed. (1972) è stata tradotta in ital. con il titolo *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 1983, (d'ora in poi citata con la sigla VM), p. 343.

²²⁰ Vd. *retro* nt. 5.

risultato applicativo vibra la corda delle valutazioni (e, quindi, delle emozioni) dell'uomo (*auctor iuris est homo*), storicamente condizionato e costitutivamente (linguisticamente) limitato, che nel migliore dei casi lotta tutta la vita («la propria maturazione interiore (...) non può dirsi mai compiuta»²²¹) per liberarsi dalle proprie precomprensioni. M. mostra così, in primo luogo, di rifiutare l'atteggiamento olistico²²², ancor oggi molto diffuso, che considera il «diritto» alla stregua di una realtà e non, invece, come il prodotto del giudizio dell'interprete²²³ che il positivismo giuridico occultava come «distributore automatico di diritto» (*Rechtsautomaten*)²²⁴, ovvero come mero «registratore» della verità precostituita della volontà del legislatore.

M. accoglie poi, in secondo luogo, la premessa di Gadamer – ma prima ancora del notissimo § 32 di *Sein und Zeit* – secondo cui il soggetto che svolge il giudizio interpretativo, la cui esistenza stessa si esprime nel comprendere (*Verstehen*), non si trova ad indagare neutralmente, cioè al di fuori di ogni coinvolgimento inter-soggettivo, il testo che gli sta di fronte. Lungi dal riprodurre naturalmente e scientemente il testo stesso (e, pertanto, dal procedere secondo i canoni metodologici delle scienze naturali), egli agisce sempre e necessariamente sulla base di una comprensione originaria, denominata «precomprensione», che ha per oggetto ciò in vista di cui è stato scritto il testo interpretato. Questa *Vorverständnis*, la quale in sé potrebbe anche non essere falsa, precede e, quindi, se non ne acquisiamo consapevolezza, contribuisce a determinare (quale vera e propria *Vorstruktur*) l'attività riflessiva della comprensione del testo interpretato.

Ne esce stravolto il postulato positivistico secondo cui il testo normativo può essere compreso in sé stesso, e cioè sulla sola base del suo enunciato linguistico, indipendentemente dall'acclaramento preventivo della questione cui il testo risponde. Chiarimento che, alla luce del descritto *Zirkel des Verstehens*, ha luogo grazie all'assunzione di coscienza della pre-comprensione che ha guidato l'individuazione delle finalità regolative del testo normativo; pre-comprensione che secondo Gadamer (sulla scorta del maestro Heidegger) scatta automaticamente dinnanzi al caso soggetto al giudizio, perché ciò fa parte della struttura

²²¹ Intervista a Luigi Mengoni a cura di P. Ichino, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, p. 113.

²²² Questa premessa non deve indurre affrettatamente ad inquadrare M. tra gli illustri studiosi liberisti, che furono fermi sostenitori dell'individualismo metodologico (il riferimento è a F.A. HAYEK, *Scientism and The Study of Society, Economica*, IX (1942), 35, 267 ss. trad. it. in F.A. HAYEK, *Conoscenza, mercato, pianificazione*, Bologna, Il Mulino, 1989, 97 ss., così come a K. POPPER, *The Poverty of Historicism*, London, Routledge, 1957, tra it. *Miseria dello storicismo*, 5 ed., Milano, Feltrinelli, 1997) e cioè del fatto che la società va trattata, non alla stregua di un fatto reale, ma come un'astrazione ascrivibile alle riflessioni degli individui che la compongono. Questa premessa smaschera opportunamente gli atteggiamenti olistici di occultamento dell'individuo, ma, ponendo l'accento unicamente su quest'ultimo, e non anche sui rapporti sociali che l'individuo stesso instaura, finisce per ricadere, a sua volta, in una posizione immanentistica e unilaterale di individualismo ontologico che astrae dalla realtà passando sopra la testa degli uomini, al quale – concependo «il futuro in funzione del presente» (L. MENGONI, *PS*, p. 14) – contrappone un ordine evolutivo naturale che si svolge secondo regole immanenti, poco propenso ad essere governato da prescrizioni esogene. E' un unilateralismo in cui il cattolico M. non cade, facendo egli costantemente riferimento alla *persona*, ovvero ad un concetto che riassume la necessaria relazionalità sociale dell'individuo. Sui riflessi di quest'impostazione nell'ambito del diritto del lavoro cfr. M. NAPOLI, *Ricordo di Luigi Mengoni, maestro di diritto e di umanità, culture di diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 151 ss.; più in generale nell'ambito del diritto privato cfr. A. Nicolussi, Luigi Mengoni e il diritto privato: valori e metodo, in L. NOGLER (a cura di), *Valori e metodo giuridico nel pensiero di Luigi Mengoni*, cit. nonché in *Iustitia*, 2006, p. 131 ss.

²²³ Cfr. P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, ed. orig., Bari, Laterza 1961 ed ora in nuova edizione a cura di F. Tessitore, Napoli, Liguori, 2000, da cui cito e quindi p. 111.

²²⁴ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehende Soziologie*, 5ª ed. Besorgt von J. Winckelmann, Tübingen, Mohr, 1980, p. 507.

ontologica della comprensione.

Non resta, dunque, che prendere atto che l'interpretazione del testo normativo, non consiste mai in una mera riproduzione (e, tanto meno, in una riformulazione meccanica) del significato del suo enunciato²²⁵. Essa dipende sempre dalla sua applicazione ad un caso concreto, rimanendo, quindi, costantemente in conchlussa, nel senso di aperta a nuovi sviluppi. Più che al sapere tecnico (*poiesis*), l'interpretazione-applicazione delle norme giuridiche è accostabile al sapere che guida l'azione morale, la *phronesis*, la quale non può mai essere pienamente determinata in modo indipendente dalla situazione in cui si deve operare giustamente. In conclusione, l'interpretazione rappresenta sempre anche un atto produttivo²²⁶. Una relevantissima conclusione, ed allo stesso tempo un punto di partenza per le riflessioni sulla metodologia giuridica, il cui merito M. attribuirà, in un momento successivo, a Giuseppe Capograssi, al quale si deve l'assunto che «la controversia è produttiva di diritto»²²⁷ ovvero «lo immerge nella storia»²²⁸.

2. La razionalità dell'agire pratico

Dimostrata la rilevanza della scelta dei fini dell'azione pratica, l'obiettivo programmatico dichiarato del nuovo orientamento filosofico è consistito, e consiste tutt'oggi, nell'elaborazione di una razionalità (autonoma da quella teoretica) orientatrice dell'azione nel campo delle scienze pratiche, che ricomponga la frattura tra fatti e valori, nonché tra mezzi e fini, alla quale hanno condotto l'impropria identificazione tra *scientia* e *theoria* e l'affermarsi dell'ideale unitario del metodo²²⁹. Insomma, una ridefinizione e restituzione del potere orientativo della razionalità che superino l'ideale weberiano della *Wertfreiheit*, il quale aveva giustificato la riduzione della politica e del diritto a mere tecniche dei mezzi, come tali indifferenti alla valutazione degli scopi che perseguono.

Nella parte finale di questa introduzione, mi soffermerò brevemente sul contributo, probabilmente più duraturo, di M. al dibattito filosofico generale sulla ripresa della filosofia pratica. Per ora, osserviamo che il monopolio scienista della prospettiva metodologica induceva Gadamer a proclamare *ad nauseam* - anche in una lettera indirizzata ad Emilio Betti - che

²²⁵ Eccentrico il modo di ragionare di G. U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 35 e 42, il quale critica l'ermeneutica giuridica come «troppo mistica e fumosa», ma riconosce la condivisibilità del circolo ermeneutico rivalutando l'adagio *in claris non fit interpretatio*, perché la comprensione del testo potrebbe essere immediata e, quindi, non richiedere la sua interpretazione. L'autore espunge evidentemente la comprensione dall'interpretazione, quando, in realtà, per dirla con Heidegger, l'interpretazione è uno sviluppo della comprensione: «in ihr eignet sich das Verstehen sein Verstandenes verstehend zu» (M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Halle an der Saale, Niemeyer, 1927, ma qui cito dalla 16ª ed., Tübingen, Niemeyer, 1986, p. 148; per quanto riguarda la traduzione italiana del testo si farà, invece, riferimento a quella di Pietro Chiodi, *Essere e tempo*, 9ª ed., Milano, Longanesi, 1976, p. 189).

²²⁶ H. G. GADAMER, *WM*, p. 298-299 (trad. it. p. 343); sul punto trattato nel testo cfr., comunque, anche P. RICOEUR, *Diritto, interpretazione, applicazione*, in *Ars interpretandi*, Padova, Cedam, 1996, p. 191.

²²⁷ G. CAPOGRASSI, *Prefazione* a F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* a cura di G. Astuti, Roma, Gismondi, 1950, p. 13, cit. in L. MENGONI, *Attualità di Giuseppe Capograssi*, in *Europa e diritto privato*, 2000/4, p. 1019. Su Capograssi cfr. da ultimo P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in *Rif. int. fil. dir.*, 2006, p. 13 ss.

²²⁸ P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 150; cfr., più in generale, anche le dense pagine di P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., pp. 110-111, che si rifà a sua volta al suo maestro Capograssi.

²²⁹ Cfr. E. BERTI, *VR*, p. 66-67 «la riabilitazione della filosofia pratica ha il merito di aver compreso e fatto comprendere, traendo tale conclusione dallo sviluppo delle stesse scienze umane, che la razionalità pratica è diversa da quella scientifica».

«fondamentalmente non propongo alcun “metodo”, ma descrivo “ciò che è”» chiarisco «le condizioni entro le quali il comprendere si verifica»²³⁰. Ma, da un lato, è assai plausibile che quando Gadamer parla di metodo intenda far principalmente riferimento all’orientamento scientifico. Dall’altro lato, egli concorda senz’altro con l’opinione di Heidegger secondo cui nel circolo ermeneutico si «nasconde una possibilità positiva del conoscere (...), possibilità che può essere afferrata in modo genuino solo se l’interpretazione ha compreso che il suo compito primo (...) è quello di non lasciarsi mai imporre pre-disponibilità, pre-veggenza e pre-cognizione dal caso e dalle opinioni comuni, ma di farle emergere dalle cose stesse, garantendosi così la scientificità del proprio tema»²³¹. Sicché - conclude M. - «il problema metodologico è allora quello di acquisire il controllo razionale della precomprensione» e non di assumerlo necessariamente a guida dell’interpretazione, cadendo così nel puro decisionismo²³².

«Controllo razionale della precomprensione» significa, in particolare, per M. evitare l’atteggiamento passivo che porta semplicemente a compimento le precomprensioni. Occorre farsene consapevoli. Se la precomprensione ha per oggetto, non il contenuto del testo, ma il fatto della vita in vista del quale esso è stato scritto, l’interpretazione deve muovere proprio dal fatto della vita (il caso o il problema, per il giurista) «sul quale il testo, che ha qualcosa da dire in proposito, viene interrogato. La comprensione si compie solo se l’interprete riesce a capire la domanda alla quale il testo risponde, e quindi a formularla adeguatamente antivedendo la risposta»²³³. Per capire la domanda «l’interprete deve inevitabilmente introdurre nell’orizzonte ermeneutico quelle valutazioni di politica del diritto in senso ampio, cioè valutazioni etiche, economiche, sociologiche ecc., che il metodo della giurisprudenza deduttiva vorrebbe escludere come pertinenti alla competenza esclusiva del legislatore; e tali valutazioni egli compie guidato da quella che nella teoria generale dell’ermeneutica è chiamata la “precomprensione”»²³⁴. Pertanto bisogna, con una coscienza ermeneuticamente educata, seguire, anzitutto, l’intransigente terapia metodologica - la quale a ben vedere, corrisponde al comando kantiano di essere liberi e cioè di esprimere la volontà prescindendo da tutto ciò che può influire su di noi - di «tenere sotto controllo le presupposizioni e le anticipazioni che si formano nella precomprensione dell’interprete». Per il resto, siccome la riflessione di Gadamer si sviluppa sul piano ontologico, non si presta apparentemente ad ulteriori «guadagni metodologici»²³⁵.

In positivo, gli altri autori che perseguono l’obiettivo del controllo della prassi hanno posto generalmente mano alla ricerca di criteri che sorreggano una teoria dell’agire pratico assecondando la comune premessa, particolarmente consona alla dottrina cattolica della persona, che il luogo

²³⁰ WM, p. 345.

²³¹ *Sein und Zeit*, cit., p. 153 (trad. it. p. 195).

²³² *La polemica di Betti con Gadamer*, cit., p. 71.

²³³ L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, cit., p. 71; «il diritto non si può più fare partendo dal diritto: occorre muovere dal reale» (C. CASTRONOVO, *Luigi Mengoni: dalla dogmatica alla coscienza del metodo*, in *Jus*, 2002, p. 77). Anche G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza*, cit., p. 44, 48 riconosce a M. il merito di aver sottolineato questo punto.

²³⁴ *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, cit., p. 350-351.

²³⁵ Queste due citazioni sono tratte da L. MENGONI, *Presentazione*, in R. ALEXI, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998, p. VIII-IX.

proprio dell'uomo è l'*ethos*, e cioè lo spazio abituale in cui egli vive. In particolare, l'esigenza interiore di dare un senso all'esistenza si realizza nella relazionalità sociale in cui l'uomo si trova investito a partire dallo stesso uso del linguaggio, il quale fa sì che egli sia «già sempre oltre la sua particolarità»²³⁶ (un essere «che ha il linguaggio conserva sempre una distanza di fronte a ciò che di volta in volta gli si presenta»²³⁷). E M., in una densa lettera a Natalino Irti, sottolinea che «originariamente al posto di *nomos* stava la parola *êthos* (con la eta)»²³⁸.

In conclusione, la morale coscienzialistica ed individualistica dei moderni viene spostata dal nuovo orientamento filosofico - esposto (mi rendo conto) in modo del tutto sommario e incompleto - aristotelisticamente in un *humus* storico-concreto. E questo mutamento di prospettiva consente di ancorare la razionalità dell'agire pratico ad un contesto *inter-soggettivo* (ed, in quanto tale, oggettivabile), così come di riproporre l'idea greca del *nomos* quale manifestazione di una razionalità pubblica ispirata da «valori» condivisi. E si noti come in tal modo la parola «valore», che così come *Wert*, *value* e *valeur* ha «iscritto sulla fronte la propria derivazione dall'ambito economico», concluda la propria «marcia trionfale», che aveva avviato a cavaliere tra diciannovesimo e ventesimo secolo, nella filosofia, dove prende il posto di quello che nel pensiero antico era il bene (*Agathon*)²³⁹, nelle sue varie dimensioni.

Sono passaggi noti: ma a ripeterli mi induce qui l'intento di ripercorrere l'itinerario metodologico di M., che fu tra i primi giuristi a confrontarsi con questo risveglio della filosofia pratica. Sul punto, il suo principale referente consistette, ancora una volta, a differenza di chi imboccò il vicolo cieco dell'esistenzialismo heideggeriano e sartriano²⁴⁰, nella teoria della pre-comprensione intersoggettiva di Gadamer, dal quale M. ricava la chiave del ritorno epistemologico dalla condizione esistenziale del circolo ermeneutico. Infatti, il filosofo di Marburgo fonda l'«oggettività scientifica» dell'interpretazione sull'assunto che dobbiamo assumere la consapevolezza che su di noi agisce la *Wirkungsgeschichte* e che, quindi, dinnanzi ad un testo non ci troviamo mai in una situazione

²³⁶ H. G. GADAMER, *WM*, p. 240 (trad. it., p. 280); cfr. sul punto anche E. BERTI, *VR*, p. 67 il quale riconosce alla riabilitazione della filosofia pratica il merito di aver individuato l'ambito della razionalità pratica nel linguaggio.

²³⁷ H. G. GADAMER, *Was ist Praxis? Die Bedingungen gesellschaftlicher Vernunft*, in *Universitas*, fasc. IX, 1974, p. 1143 ss. trad. it. *Che cos'è la prassi? Le condizioni di una ragione sociale*, in *Id.*, *La ragione nell'età della scienza*, Genova, Il Melangolo, 1984, p. 57; G. ZACCARIA, *L'apporto dell'ermeneutica alla teoria del diritto contemporanea*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 330, osserva giustamente che la «consapevolezza del carattere linguisticamente determinato della conoscenza avvicina la filosofia ermeneutica alla filosofia analitica». Sul punto cfr. M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 1994, oltre alla lucide pagine di E. BERTI, *VR*, p. 62-63.

²³⁸ In *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1156.

²³⁹ A. HÜGLI, voce *Wert*. I. *Einleitung*, in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. 12°, Basel, Schabe, 2004, p. 556; N. HARTMANN, *Zur Grundlegung der Ontologie*, cit., p. 20 che parla di *idea* del bene. Ancora fermi al vecchio significato appaiono M. Heidegger (*Holzwege*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1977, p. 242 ss. trad. it. di P. Chiodi, *Sentieri interrotti*, Firenze, La Nuova Italia, 1977, p. 208) e C. Schmitt nel fortunato scritto *Die Tyrannei der Werte*, in *Säkularisation und Utopie*. Erlacher Studien, Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, Kohlhammer, Stuttgart, 1967, p. 37 ss. Sebbene M. citi (ma solo occasionalmente) Carl Schmitt, ed, in particolare, questo scritto sulla tirannia dei valori (L. MENGONI, *AM*, p. 98, nt. 101), i suoi studi superano l'impostazione riduttiva, e semplificatrice, del costituzionalista tedesco, che riferì l'essere del valore alla sfera economica e concepì, quindi, inevitabilmente la tirannia al (solo) valore economico. In M. l'accento cade, piuttosto, ancora una volta, sull'intera sfera etico-sociale della persona.

²⁴⁰ Cfr. sul punto per una posizione analoga a quella di M. e, quindi critica nei confronti dell'identificazione dell'ermeneutica gadameriana con il pensiero nichilista, V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 309.

di vergine immediatezza²⁴¹. In realtà, agiamo sotto l'influsso della tradizione, ovvero di interpretazioni, giudizi e concetti già dati ed accumulatisi nel corso del tempo, che per il giurista, chiosa M., consistono nella «tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene» e nel «deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulate dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti»²⁴². Insomma, l'individuo non può imporre la propria illusione trascendentale dal momento che, come esprime benissimo il noto paradosso del marinaio di Otto Neurath²⁴³, non esistono moti primitivi, ci muoviamo sempre su qualcosa di già avviato e che ci viene dall'altro. E la corrente della riabilitazione della filosofia pratica trae proprio da questa premessa relativa alla relazionalità dell'essere umano - premessa che Foucault esaspera negando, addirittura, l'esistenza dell'«io» -, la possibilità di individuare parametri intersoggettivi alla cui stregua misurare la correttezza delle nostre azioni.

3. Diritto e scienze pratiche: l'*auctoritas*

Fissate queste premesse generali, ecco che son poste le condizioni per porci la domanda che interessa: si inserisce, e come si inserisce, il diritto in questo modo d'intendere le scienze pratiche? Proprio perché aveva preso le mosse dai capisaldi della nuova corrente filosofica tedesca, M. non ha - probabilmente per primo - eluso questo interrogativo, che è successivamente divenuto usuale²⁴⁴. La scienza giuridica, scrive nel 1976, non è «una scienza pratica nello stesso senso in cui lo sono la politica, l'economia o l'etica (quando non sia fondata su basi teleologiche). Essa fa riferimento a comportamenti umani, ma il suo compito non è di spiegare o elaborare criteri di agire corretto, bensì di comprendere il significato di testi normativi *autoritativamente* predisposti per dettare regola ai rapporti sociali»²⁴⁵. I «testi normativi autoritativamente predisposti» o, per dirla con l'espressione più usata, «il vincolo assoluto della legge», fa sì che «la struttura totale della giurisprudenza non può essere determinata solamente dal problema». Superamento del positivismo «non vuol dire superamento del principio di positività del diritto»²⁴⁶.

Questo richiamo alle irriducibili specificità dell'agire giuridico deve essere letto alla luce del fatto che il giuspositivismo, se risultava ancora saldamente radicato nei discorsi dei giuristi positivi, era decisamente in disarmo nell'ambito della filosofia del diritto per il *cul de sac* in cui conduceva il

²⁴¹ L. MENGONI, *TG*, p. 14; sul punto cfr. anche G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza*, cit., p. 50 ss.

²⁴² *TG*, p. 19; Id., voce *Dogmatica giuridica*, in *Enciclopedia Treccani*, XII (1988) ed in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., da cui cito (d'ora in poi come *Dogmatica*) e quindi p. 51. Questa tradizione «è tale solo nel permanente diventare altro. (...) L'essenziale è mediare tra le anticipazioni del desiderabile e le possibilità del fattibile, tra il puro desiderio e il volere reale, cioè tradurre le anticipazioni in termini di realtà» (H. G. GADAMER, *Replica*, in Aa. Vv., *Hermeneutik und Ideologiekritik*, Frankfurt an Main, Suhrkamp, 1971, trad. it. di G. Tron, Aa. Vv., *Ermeneutica e critica dell'ideologia*, Queriniana, Brescia, 1992², p. 305-306).

²⁴³ «Siamo come marinai che devono ristrutturare la loro nave in mare aperto e che non sono in grado perciò di ricominciare da capo (...). Essi non possono riportare la loro nave in bacino per ricostruirla integralmente. Durante il loro lavoro debbono sostenersi sulla vecchia struttura e lottare contro violente burrasche e onde tempestose» (queste le parole finali di *Foundations of The Social Sciences*, Chicago, Univ. of Chicago, 1944, p. 47).

²⁴⁴ Cfr. in particolare, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 163 ss.

²⁴⁵ *PS*, pp. 46-47. Il corsivo è mio. In L. MENGONI, *Attualità di Giuseppe Capograssi*, cit., p. 1019, M. afferma in modo lapidario che «se si toglie la norma dal suo oggetto, la scienza giuridica perde il senso della propria identità, non si sa più che cosa sia».

²⁴⁶ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 14.

rifiuto della trattazione scientifica delle scelte etico-politiche. Si erano, infatti, ormai consumate le note svolte di ScarPELLi e Bobbio²⁴⁷.

M. aveva, piuttosto, dinnanzi agli occhi il nuovo dato di una società italiana ormai sempre più strutturata in modo pluralistico e che, in quanto tale, esprimeva una molteplicità di valori nonché, proprio nel periodo in cui M. stesso si apre alla «coscienza del metodo»²⁴⁸, una proliferazione straordinaria di ideologie che pretendevano di imporre una desecolarizzazione totale del discorso giuridico, piegandolo al servizio di un unico «paradigma» valoriale, considerato il motore della storia economica e sociale²⁴⁹. È sullo sfondo di questa pressante evoluzione socio-culturale, che per molti versi riproduceva il «vitalismo sfrenato» vissuto da altre realtà nel passaggio alla società industriale²⁵⁰, che in Italia si affacciò in ambito giuridico, tra le altre, una nuova tendenza «d'avanguardia» che in un'occasione successiva M. apostrofò con l'ironico inciso di «*free riders* del diritto alternativo»: un orientamento che riduceva la giustificazione giuridica all'argomentazione politica²⁵¹. In questa, ampiamente teorizzata, coincidenza tra discorso generale sull'agire pratico e discorso giuridico, M. intravide, più specificatamente, il pericolo che la rivalutata razionalizzazione delle idee valoriali tracimasse nell'orientamento opposto al positivismo e cioè, da un lato, nell'anticoncettualismo («il pensiero giuridico che non sappia riprodurre le proprie sintesi valutative in un equilibrato sistema di concetti rigorosamente definiti, non attinge la comprensibilità propria di una visione teoretica unitaria e lascia i risultati della ricerca in una indeterminatezza concettuale simile al modo dell'oracolo, il quale "non dice e non nasconde, ma accenna"»²⁵²) e, sull'altro lato della stessa medaglia, nella tirannia dei valori («i valori sono in sé guide pericolose, che possono portare alla tirannia di una giustizia politicizzata, se l'uso

²⁴⁷ Cfr. M. JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 35 ss., ma ovviamente ancor meglio direttamente U. SCARPELLI, *La Filosofia. La filosofia dell'etica. La filosofia del diritto di indirizzo analitico in Italia*, in ID. (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976, p. 7 ss., e N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1984²; cfr. infine, anche C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, cit., pp. 9-10, che giustamente rammenta tra i fattori della caduta della rigida separazione tra diritto e morale anche la riabilitazione della filosofia pratica operata in Germania. Molti sono comunque, oltre al «secondo» Bobbio, gli autori ai quali andrebbe riconosciuto il merito di aver rivalutato il momento valutativo delle decisioni giurisdizionali e giuridiche in generale (cfr., per i necessari riferimenti, L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Bari, Laterza, 2ª ed., 1999, p. 63 ss.; per ragioni diverse, *Quaderno n. 1 del FI*, 1970, dedicato a «Formazione extra-legislativa del diritto nell'esperienza italiana» nonché L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1966).

²⁴⁸ Cfr. C. CASTRONOVO, *Luigi Mengoni: dalla dogmatica alla coscienza del metodo*, cit., p. 63 ss.

²⁴⁹ Cfr. M. BARCELLONA, *La scienza giuridica italiana e il marxismo (prima e dopo l'«uso alternativo del diritto»)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 715 ss. Se si prescinde dal saggio su *I pensieri di Montagne sul diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1973, p. 285 ss., che già contiene, comunque, l'idea dell'influsso bidirezionale tra pensiero, rispettivamente, problematico e sistematico (su questo scritto cfr. ora F. D'AGOSTINO, *Ricordo di Luigi Mengoni*, in *Jus*, 2002, p. 44 ss.), il primo saggio metodologico di M. è dedicato a *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, in *Iustitia*, 1974, p. 337 ss.

²⁵⁰ E. KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen, Mohr, 1921, trad. it. *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, in E. KAUFMANN, W. SAUER, G. HOHENAUER, *Neokantismo e diritto nella lotta per Weimar*, a cura di R. Miccù, Napoli ESI, 1992, da cui cito e, quindi, p. 77.

²⁵¹ L. MENGONI, *Ugo Natoli come giurista del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, I, 1993, p. 10; il riferimento più completo è in *AM*, p. 101; N. LIPARI, *Luigi Mengoni ovvero la dogmatica dei valori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, II, p. 1077, parla di posizione «piuttosto dura». Comunque sia, in L. MENGONI, *Dogmatica*, cit., p. 65, M. stesso chiude la polemica con la constatazione che è un orientamento appartenente ad un «passato ormai lontano». Sui limiti della teoria dell'uso alternativo del diritto, oggi decisamente in disarmo, cfr. P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, cit., p. 161 e G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, cit., p. 27, che parla di approccio metagiuridico.

²⁵² L. MENGONI, *Prefazione*, in ID., *Diritto e valori*, cit., p. 7; non a caso C. CASTRONOVO, *Luigi Mengoni: dalla dogmatica alla coscienza del metodo*, cit., p. 78, ha scelto di chiudere il suo ricordo sottolineando questo profilo.

corretto delle clausole generali che ad essi rinviano non sia garantito da una disciplina dogmatica cui il giudice possa attingere criteri razionali di soluzione» delle antinomie che insorgono dalla «tensione tra due modelli valutativi costituiti dallo Stato di diritto e dallo Stato sociale»²⁵³). Più in generale, si deve comunque osservare che nel clima radicalizzato dai due poli estremi – da un lato, del disarmo del giuspositivismo e, dall'altro, dell'esaltazione dell'uso alternativo del diritto – agli inizi degli anni settanta del secolo passato, gli studi di metodologia giuridica e, più astrattamente, l'autocomprensione della giurisprudenza come scienza ripartirono su basi nuove facendo riferimento a quelli che sono stati recentemente definiti i precursori delle teorie dell'argomentazione nel campo, rispettivamente, della logica giuridica, della topica e delle teorie generali della retorica e dell'argomentazione²⁵⁴. Persa la bussola scienziata, si trattava veramente di riformulare il nuovo statuto epistemologico della scienza giuridica e ciò, inevitabilmente, per il già rammentato paradosso del marinaio, ripartendo da elucubrazioni passate che sembravano ormai definitivamente accantonate.

Ora, la prima grande novità della *Methodenlehre* mengoniana²⁵⁵ è che, in piena aderenza al discorso generale, portato avanti dagli autori appartenenti alla riabilitazione della filosofia pratica, egli trae fino in fondo le conseguenze dell'analizzata premessa sulla rilevanza dei giudizi pratici incentrati su criteri extrasistematici di matrice economica, politica o etica. Ma ciò avviene mantenendo fermi, rispetto al discorso pratico generale²⁵⁶, i vincoli che la Costituzione autoritativamente fissa al discorso giuridico.

Da un lato, i vincoli della legge e procedurali²⁵⁷, e dall'altro lato, il principio kantiano di universalizzazione («l'esigenza di giustizia, che vuole trattamento uguale dei casi oggettivamente

²⁵³ L. MENGONI, *Recensione a Franz Wieacker, Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, cit., p. 318; ID., *Dogmatica*, p. 60. Il pericolo che nasce dal fatto che «ogni valore sta a sé con una propria logica, e tende a far valere un punto di vista dal quale nessun costo per la sua realizzazione appare troppo elevato» (AM, p. 101; cfr. nello stesso senso, E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1993², p. 275, che segnala il carattere ideologico che assumono i valori ogni volta che pretendono di assolutizzare il loro contenuto; molto incisivo, infine, P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., p. 98, che tratta del pericolo del ritorno a forme di universalismo etico-giuridico). La fonte di ispirazione è qui principalmente Hartmann e la sua constatazione che «nella vita vi è il rigorismo dei valori singoli, che può arrivare fino al fanatismo. Ogni valore – una volta che ha acquistato potere su di una persona – ha la tendenza di erigersi a tiranno esclusivo dell'intero *ethos* umano, ed invero alle spese di altri valori, anche di quelli che gli sono materialmente contrapposti» (*Ethik*, Berlin, De Gruyter, 1949³, trad. it. *Etica*, II, *Assiologia dei costumi*, Napoli, Guida, 1970, p. 408; ID., *Zur Grundlegung der Ontologie*, 4^a ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1965, p. 286; tra gli studiosi del pensiero di Hartmann, torna sul punto che qui interessa A. Da Re, *Tra antico e moderno*, Milano, Guerini e Scientifica, 1996, p. 283 ss.).

²⁵⁴ Cfr. G. Kreuzbauer, *Kleine Einführung in der Forschungsgeschichte der juristischen Argumentationstheorie*, cit., p. 11; il riferimento è, anzitutto, a T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München, Beck, 1^a ed., 1953; C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris. Presses Universitaires de France, 1958; S. Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge, England, Cambridge University Press, 1969. Il vero e proprio inizio della ricerca nell'ambito delle teorie giuridiche dell'argomentazione viene fatto convenzionalmente risalire al *Congresso mondiale di filosofia del diritto e sociale* svoltosi nel 1971 a Bruxelles.

²⁵⁵ Che va inquadrata interamente, non da scienziata nel contesto della metodologia come ricerca empirico-descrittiva (quale M. riteneva che fosse l'opera di T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München, Beck, 1953 (cfr. L. MENGONI, *Prefazione*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, cit., p. VIII; sul punto v. anche le considerazioni di A. FALZEA, *La scienza giuridica e la morale nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Jus*, 2002, p. 101), ma all'interno di quella che la scuola analitica italiana chiama la metodologia come precettistica (U. SCARPELLI, *La natura della metodologia giuridica*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1956, XXXIII, p. 247 ss. e, più recentemente, M. JORI, *Scarpelli e il metodo giuridico*, in *Politeia*, XX, 73, 2004, p. 90 ss.).

²⁵⁶ L. MENGONI, *Presentazione*, cit., p. IX.

²⁵⁷ Prescrizioni procedurali le quali nascono, per lo più, dalla necessaria limitatezza del sapere del terzo decidente, così come dalla scarsità del tempo disponibile dallo stesso per adottare la decisione. D'altronde, Alessandro Giuliani così ha descritto efficacemente la diversità tra morale e diritto: «la verità della esperienza giuridica *stricto sensu* è, nel confronto, meno elevata, in quanto corrisponde

uguali»), il quale impone che la soluzione valutativa ipotizzata passi al vaglio della *dimostrazione* della capacità, pur in presenza della regola considerata, di tenere insieme tutto il complesso sistematico²⁵⁸ di «principi, e di concetti corrispondenti, ricavati in via di astrazione generalizzatrice dall'analisi del contenuto teoretico delle norme positive»²⁵⁹. Senza tralasciare, ben inteso (e su questo avrò modo di tornare), quando le nuove informazioni immesse nel sistema dal pensiero problematico facciano valere nuove esigenze²⁶⁰, lo sforzo estremo – anche, come amava ripetere M., di fantasia – di «abbandonare moduli teorici già acquisiti per percorrere nuove vie di concettualizzazione»²⁶¹, in modo però sempre logicamente rigoroso, per rispettare il vincolo della totalità del discorso giuridico. Il diritto, come la vita, necessita delle forme, ma per rimanere vivo ha sempre anche bisogno di distruggere le forme stesse che ha creato²⁶². Solo passando attraverso questo continuo, ed ininterrotto, processo di sistemazione e risistemazione, il diritto può, inoltre, aspirare a generare un grado tollerabile di incertezza²⁶³ nella società, ovvero ripromettersi di stabilizzare le «aspettative sociali di comportamenti individuali e di gruppo»²⁶⁴ ed, infine, contribuire alla ricerca di nuovi modelli di decisione.

Prima di addentrarci in una sintesi un poco più particolareggiata della proposta metodologia di M., possiamo già chiarire che il suo tentativo di spiegare il modo in cui interagiscono il pensiero problematico e quello sistematico, in un certo senso di far coabitare il demone dell'esattezza e quello della sensibilità, lo espongono a giudizi unilaterali da parte di osservatori il cui angolo prospettico s'identifica con una sola delle due modalità del pensiero che ha congiunto. Così, ad esempio, i suoi più autorevoli coetanei, i quali conservano la memoria di quando dovevano convivere con l'ingabbiante reticolo sistematico del metodo tecnico-giuridico (se non addirittura pandettistico), gli affibbiano l'epiteto di «anti-dogmatico»²⁶⁵. All'opposto, chi opera in settori giuridici connotati da una «produzione naïf (...) in cui l'unica cosa che conta è il risultato finale», tende ad attribuirgli lo stile del «precettore»²⁶⁶.

al fine mondano di risolvere conflitti economici, e materiali tra consociati» (in A. GIULIANI, A. PALAZZO, I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 20). Tra gli accorgimenti volti a garantire il valore della certezza delle regole che devono presiedere all'azione umana v'è il fatto che il processo giudiziario è consegnato, oltre che sulla verità del giudicato e sul divieto di *non liquet*, in una forma che – come afferma M., citando ancora una volta Leibniz – conclude per forza della sua struttura (*Relazione introduttiva*, cit., p. 23). Pertanto, anche quando argomentativamente si giunge alla compresenza di una pluralità di soluzioni astratte razionalmente fondabili, esso arriva alla selezione coercitiva di una di esse. In tal senso possiamo dire che *potestas et veritas facit legem*.

²⁵⁸ M. rivaluta qui la nozione di pensiero sistematico come abbreviatura ai suoi profili definitori fondamentali di un problema, nozione corrente all'epoca di Leibniz e rivalutata da Nicolai Hartmann; cfr. L. MENGONI, *Dogmatica*, p. 33. Al principio di universalizzazione si collega l'accertamento della coerenza della giustificazione della decisione giuridica sulla quale cfr. G. ZACCARIA, *Dimensioni dell'ermeneutica e interpretazione giuridica*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1995, p. 380 ss.

²⁵⁹ L. MENGONI, *L'insegnamento del diritto nell'università cattolica*, cit., p. 4.

²⁶⁰ L. MENGONI, *Dogmatica*, pp. 52-54.

²⁶¹ L. MENGONI, *PS*, p. 57.

²⁶² E. KAUFMANN, *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, cit., p. 77.

²⁶³ L. MENGONI, *PS*, p. 53. In *Dogmatica*, p. 51 M. si sofferma sulla funzione regolativa della dogmatica che ingenera un onere di argomentazione a carico di chi avanza la pretesa di *overruling*.

²⁶⁴ *AM*, p. 96.

²⁶⁵ R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, cit., p. 421.

²⁶⁶ Il riferimento è al diritto del lavoro. Il termine utilizzato nel testo, se non erro, è stato coniato da L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro e il suo ambiente*, in *Scritti in onore di G. F. Mancini*, I, Milano, Giuffrè, 1998, p. 350 (a p. 344 il giudizio tagliente sulla «produzione naïf»; ma nello stesso ordine di idee v. ora S. CASSESE, *La cultura giuridica dagli anni sessanta ad oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 375).

Al contrario di quanto sono a volte indotti a ritenere lettori troppi affrettati di singoli frammenti del suo discorso metodologico, M. respinge la difensiva *Sekundaritätsthese*, incentrata sulla distinzione tra la fase iniziale degli argomenti pratici (*inventio*) e quella successiva degli argomenti giuridici o dogmatici (*demonstratio*)²⁶⁷. Infatti, distinguendo le due fasi, del pensiero problematico e del pensiero sistematico, l'una governata (anche) da argomenti pratici e l'altra (solo) da argomenti sistematici, ne viene weberianamente universalizzata la nozione pandettistica della dogmatica giuridica chiusa²⁶⁸ (magari nella versione nostrana del metodo tecnico-giuridico²⁶⁹). Ed assolutizzando un determinato apparato concettuale, che «non può morire perché è già morto»²⁷⁰, si antepongono i mezzi ai fini.

M. propone, invece, un'*Integrationsthese*²⁷¹, che ritroverà poi anche negli studi di Alexy. In ambito giuridico la «dogmatica» - e già il solo uso di questa parola segnava il solco netto ed incolmabile che lo separava da chi, al contrario, riteneva che proprio il riferimento ad essa presuppone che il diritto «è irriducibile a conoscenza scientifica»²⁷² - si serve di argomenti sia giuridici che pratici. In particolare, M. stesso apre il sistema dogmatico, grazie alla categoria dei «concetti assiologicamente orientati»²⁷³, i quali, pur non assumendo le valutazioni extrasistematiche – incentrate su quel «surrogato positivistic (o storicistico) del metafisico» che sono «i valori ai quali rinvia la Costituzione» - nel loro contenuto²⁷⁴, sono specificatamente ordinati, spesso grazie al ricorso a «parametri tipologici», alla loro realizzazione nel diritto positivo²⁷⁵.

4. (Segue) I vincoli costituzionali al discorso giuridico

Già risulta da queste citazioni che il ripensamento metodologico di M., costantemente vivificato

in uno scritto ricco di rilevanti spunti di riflessione critica; l'espressione viene poi ripresa da U. ROMAGNOLI, *Luigi Mengoni, precettore dialogante*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 397 ss. Con prosa più asettica, e questa volta in riferimento al diritto privato, G. ALPA, *Il metodo nel diritto civile*, cit., p. 365, afferma che a M. spetta il merito di aver «riproposto ai civilisti l'analisi del pensiero sistematico». Su M. cultore del diritto del lavoro cfr. comunque, soprattutto, M. NAPOLI, *Ricordo di Luigi Mengoni, maestro di diritto e di umanità, cultore di diritto del lavoro*, cit., p. 151 ss. nonché T. TREU, *Ricordo di Luigi Mengoni, giurista del lavoro*, in *Jus*, 2002, p. 32 ss.

²⁶⁷ *Presentazione*, cit., p. X. Per un esempio recente di riproposizione di questo fraintendimento e, quindi, della *Sekundaritätsthese*, cfr. lo scritto di M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 1 ss. nonché, ancor più decisamente, ID., *Ricordando Massimo D'Antona: ancora sulla questione del metodo del diritto del lavoro*, ivi, 2004, p. 917 ss.

²⁶⁸ Nella dottrina giuslavoristica si assiste, in effetti, da circa un ventennio ad una rivalutazione della (neo)dogmatica pandettista, come già evidenziato in L. NOGLER, *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, p. 117 ss.; un *trend* confermato dall'impostazione metodologica di Persiani considerata *retro* nt. 66.

²⁶⁹ Cfr. L. MENGONI, *PS*, p. 19.

²⁷⁰ E. KAUFMANN, *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, cit., p. 77.

²⁷¹ *PS*, p. 55-56: «i due metodi non si abbinano in un *ordo successivus*, ma si integrano in un rapporto di interdipendenza o interazione».

²⁷² N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, I, p. 347.

²⁷³ Cfr. sul punto comunque L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in L. NOGLER (a cura di), *Valori e metodo giuridico nel pensiero di Luigi Mengoni*, cit.

²⁷⁴ Sicché «il riferimento ai valori costituzionali per concretizzare una clausola generale non attribuisce ai diritti fondamentali un'efficacia normativa mediata sull'autonomia privata» (L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 1997, p. 7). Quando la norma sul diritto fondamentale pretende di essere applicata quale parametro oggettivo del comportamento di un soggetto privato non si può a rigore parlare di *Drittwirkung* dei diritti fondamentali nei confronti di soggetti privati: non siamo, infatti, in presenza del medesimo schema logico che giustifica la titolarità da parte del singolo di un diritto soggettivo nei confronti dello Stato (P. A. WINDEL, *Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts*, in *Der Staat*, 1998, p. 386).

²⁷⁵ L. MENGONI, *AM*, p. 100.

da esemplificazioni che lo stesso M. dà, ad ogni passo, non poteva non sfociare anche in una riformulazione dei riaffermati vincoli al discorso giuridico fissati dalla Costituzione. Anzitutto, il vincolo della legge stabilito, per il diritto giudiziale, dall'art. 101, 1° comma, Cost. Vincolo della legge il quale comporta, secondo il positivismo legislativo, da un lato, che l'argomentazione delle regole di giudizio debba muoversi nel contesto delle possibilità incluse nell'enunciato linguistico della proposizione legislativa (vincolo del testo normativo), e, dall'altro lato, che la decisione giudiziale debba essere «fondata in forma deduttiva»²⁷⁶. Il resto è rimosso dal contesto «di giustificazione» e trova posto in quello, impenetrabile, «di decisione», il quale include i punti di vista psicologici, ideologici e storico sociologici che hanno comportato la decisione²⁷⁷.

Ora, il primo profilo, se riferito alla legge, una volta che la relativa comprensione viene spiegata con il descritto circolo ermeneutico, rischia di dissolversi. Invero, «dopo Gadamer» nessuno può permettersi seriamente di costruire la teoria dell'interpretazione sul semplicistico assunto che il giurista *scopre* il significato insito nelle parole utilizzate dal legislatore. Si conviene, al contrario, come già visto, che «il significato di un testo normativo non si lascia cogliere compiutamente se non in relazione ad un caso da decidere, e quindi attraverso un processo che non è soltanto di esplicazione del linguaggio della norma, ma anche di trasformazione di essa in una regola concreta di decisione»²⁷⁸. Pertanto, «l'interpretazione deve integrarsi in un'ermeneutica che non si esaurisce all'interno della dimensione terminologica, ma si propone il compito ulteriore di elaborare criteri (...) che siano idonei a far riconoscere la regola del giusto nella realtà sociale»²⁷⁹.

Per tutte queste ragioni M. sostiene che – se si vuol tener ferma la finalità che ispira il vincolo della legge – l'affrancamento dai vari retaggi del positivismo, deve accompagnarsi ad un'interpretazione estensiva del termine «legge» utilizzato dall'art. 101, 1° co., Cost. come diritto vigente comprensivo del diritto di formazione extralegislativa²⁸⁰. In particolare, al vincolo derivante dalla costruzione linguistica del testo, egli propone di aggiungere, sulla scorta di Ascarelli, il più debole vincolo del diritto vivente che impone, a chi intende rompere la continuità giurisprudenziale, di argomentare in tal senso²⁸¹.

Mi par poi chiaro che, se la decisione giudiziale deve essere «fondata in forma deduttiva», essa debba scaturire da un sillogismo. Un vincolo sostanzialmente risibile che, in ultima analisi, si limita ad inibire la prospettazione di argomenti induttivi.

Vero è, invece, come conclude M., dopo dense pagine di «svelamento» sulle quali non è poi possibile indugiare, che «una deduzione logica è vincolante solo se le premesse sono vere, e la

²⁷⁶ L. MENGONI, *Quale disciplina per i lavori «atipici»?», in Dir. lav.*, 2000, I, p. 321.

²⁷⁷ Sulla distinzione cfr. U. SCARPELLI, *Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie*, in *Foro it.*, 1970, Suppl. al n. 1, *La formazione extralegislativa del diritto nell'esperienza italiana*, ora in ID., *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976, pp. 407-448; la distinzione mi pare omologa a quella stabilita da Josef Esser tra *Motivation* e *Argumentation*: cfr. J. ESSER, *Motivation und Begründung richterlicher Entscheidungen*, in C. PERELMAN, P. FORIERS (a cura di), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 137 ss.; la distinzione esseriana viene discussa tra gli altri in G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 192 ss.

²⁷⁸ L. MENGONI, ID, p. 479.

²⁷⁹ L. MENGONI, *La questione del «diritto giusto» nella società post-liberale*, in *Rel. ind.*, 1988, p. 19.

²⁸⁰ DM, p. 72.

²⁸¹ *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, cit., pp. 152-153.

logica non è in grado di controllare la verità delle premesse». La premessa minore così come quella maggiore non è materia di attività logica, bensì di un'unitaria attività valutativa²⁸².

Il vero problema della verifica del giudizio riguarda, invece, la razionalizzazione delle scelte contenutistiche operate dal soggetto decidente; scelte che non sono mai il frutto di operazioni logiche di stampo esclusivamente deduttivo²⁸³, ma ciò nonostante non sono necessariamente arbitrarie ed incontrollabili. In altre parole, postulato il vincolo della legge, la struttura sillogistica della giustificazione della sentenza giudiziale consegue quale logica *Denkgesetz*, poiché una decisione può dirsi fondata razionalmente solo allorché è possibile ricondurla ad una regola²⁸⁴. Ciò non significa, tuttavia, che il controllo della decisione giudiziale stessa, imposta dall'art. 111 Cost., non possa e debba estendersi ai profili valutativi²⁸⁵ che, per le ragioni già viste, interessano circolarmente sia la *maior* che la *minor*²⁸⁶. Ovvero: che non sia possibile razionalizzare il processo di adozione delle scelte contenutistiche operate dal soggetto decidente. Giungendo per tale via ad imporre che la trama argomentativa debba snodarsi attraverso passaggi di coerenza logica che, come dir si voglia, pongano in luce, liberino, «rendano pubbliche» le opzioni valoriali privilegiate dall'interprete, adottando poi, per il controllo delle scelte stesse, i procedimenti probatori della giustificazione e non certo quelli della dimostrazione.

Ad esempio, M. constata che, nell'ambito della relevantissima qualificazione dei rapporti di lavoro, il principio di identità viene a volte sostituito, secondo valutazioni di convenienza equitativa che M. stesso condivide ed auspica²⁸⁷, da un criterio di equivalenza funzionale²⁸⁸. Lungi

²⁸² PS, p. 26. p. 735; è significativo che M. BARCELLONA, *La scienza giuridica italiana e il marxismo (prima e dopo l'«uso alternativo del diritto»)*, cit., p. 735, rilevi che M. parta dalla critica al sillogismo giudiziale. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro italiano, 2ª ed., 1951, p. 368, esprime tutto ciò affermando, incisivamente, che il giudizio è il *prius* e il sillogismo il *posterius*. In tempi più ravvicinati cfr. per l'affermazione che il procedimento sussuntorio «non è mai quello seguito nel ragionamento decisorio, a meno che non si assuma a priori che le premesse del sillogismo decisionale siano note. Senza tale assunzione, il sillogismo, che si limita ad esplicitare nella conclusione ciò che è già presente nelle premesse, non è di alcuna utilità per il giudice», P. COMANDUCCI, *Su Taruffo*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1989, p. 352 ed ancora prima A. ROSS, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 95.

²⁸³ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro italiano, 2ª ed., 1951, p. 368 esprime ciò affermando incisivamente che il giudizio è il *prius* e il sillogismo il *posterius*. In tempi più ravvicinati cfr. per l'affermazione che il procedimento sussuntorio «non è mai quello seguito nel ragionamento decisorio, a meno che non si assuma a priori che le premesse del sillogismo decisionale siano note. Senza tale assunzione, il sillogismo, che si limita ad esplicitare nella conclusione ciò che è già presente nelle premesse, non è di alcuna utilità per il giudice» cfr. P. COMANDUCCI, *Su Taruffo*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1989, p. 352 ed ancora prima A. ROSS, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 95.

²⁸⁴ U. NEUMANN, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 335: «una giustificazione che non possa mettersi in forma sillogistica non è una giustificazione razionale, perlomeno nei sensi forte e fortissimo di questa espressione» (P. COMANDUCCI, *Su Taruffo*, cit., p. 353).

²⁸⁵ Che sono distinti da quelli dimostrativi che caratterizzano il metodo sillogistico. La teoria cognitiva, diversamente da quanto presuppone G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 89, non contempla, invece il sillogismo valutativo, che rappresenterebbe una contraddizione in termini.

²⁸⁶ È l'occasione per precisare che, contrariamente a quanto afferma G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, cit., p. 92 chi scrive non ha mai affermato che M. lasci questi elementi all'assoluta creatività o arbitrarietà dell'interprete.

²⁸⁷ L. MENGONI, *Introduzione*, in G. DEODATO, E. SINISALCHI (a cura di), *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 17 dove auspica appunto un procedimento di qualificazione più elastico e dinamico. Sulla nuova rilevanza dell'equità affrancata dal tradizionale fondamento giusnaturalistico, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 203 ss.

²⁸⁸ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 93.

dall'«occultare»²⁸⁹ questa pre-comprensione nell'inafferrabile coscienza individuale - e, quindi, sostanzialmente dal denunciarne l'estraneità rispetto alla tecnica decisionale del sillogismo decisionale -, egli ritiene che sia d'uopo razionalizzare la scelta decisionale stessa, che risulta chiaramente ispirata dal valore della tutela del lavoro. A ben vedere in questi casi, al posto del restrittivo principio d'identità, si assiste all'uso di un più elastico criterio d'equivalenza, il quale consente «varianti di senso adeguate ai vari contesti» del «nucleo comune a tutte le situazioni applicative» che caratterizza il significato letterale del testo normativo che esprime la fattispecie²⁹⁰. Ma proprio la raggiunta consapevolezza di questa premessa consente di garantire comunque il controllo dell'operazione e, quindi, un grado accettabile di certezza del diritto.

Va da sé però che a tal fine si deve utilizzare un procedimento, non dimostrativo, ma argomentativo e giustificativo²⁹¹. In breve, la motivazione deve confutare le opposizioni che, rispetto al singolo caso, possono essere sollevate, nei confronti delle prove argomentative addotte, ad opera d'un osservatore razionale, ed imparziale, il quale ragiona sulla base del criterio direttivo che le caratteristiche dei casi possono variare, ma, ciò nonostante, individuare sempre lo stesso schema, se insieme svolgono la medesima funzione²⁹² (cd. formazione metodica del consenso). Non risulta, invece, pertinente il rilievo che «il problema della qualificazione non è tanto quello della individuazione della “premessa minore” o del caso concreto, quanto quello dell'individuazione della “premessa maggiore”, ossia del tipo legale»²⁹³, perché ignora che il circolo ermeneutico, il quale è alla base della comprensione del testo, lega tra loro in un processo unitario le due fasi che il metodo analitico scientemente divide²⁹⁴.

²⁸⁹ L. MENGONI, *PS*, p. 16.

²⁹⁰ L. MENGONI, *Il contratto individuale di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, p. 193 ma cfr. il ben più argomentato *Id.*, *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 356-357.

²⁹¹ Quando G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, cit, p. 92 afferma che il giudizio di equivalenza è utilizzato esclusivamente al fine di verificare se la medesima funzione del tipo legale possa essere svolta, nel caso concreto, da elementi diversi da quelli contemplati nella disciplina legale e non per adottare la decisione qualificatoria, non si avvede che il profilo più delicato è proprio quello valutativo di giustificazione della premessa del sillogismo decisionale (o qualificazione). Se poi il problema consiste nell'individuare il metodo maggiormente idoneo a garantire la minor incertezza ovvero l'autorità del punto di vista giuridico, come pare dire Proia (p. 89), la sua affermazione appare tanto più sorprendente.

²⁹² Ciò avviene esprimendo la fattispecie, non scientemente con il metodo analitico, il quale presuppone che la realtà si presenti in *rerum natura* come già giuridicamente compiutamente definita (cfr. criticamente L. MENGONI, *TG*, p. 9), ma in modo relazionale come «parametro tipologico» (L. MENGONI, *AM*, p. 100; sulla stretta connessione tra ermeneutica e *Typus* cfr. G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, cit., pp. 64-65) o «tipo», secondo la locuzione tratta dalla filosofia aristotelica ed affinata nel corso della storia del pensiero (cfr. E. BERTI, *Le ragioni di Aristotele*, Bari, Laterza, 1989, p. 117 ss. e quindi soprattutto C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto*, Bologna, Patron, 1984). Per l'ambito della qualificazione dei rapporti di lavoro cfr. più ampiamente L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, I, p. 200 ss. M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, I, p. 79 ss.; nonché da ultimo E. GHERA, *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, in *Aa. Vv.*, *Du travail salarié au travail indépendant: permanences et mutations*, Bari Cacucci, 2003, p. 64.

²⁹³ G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, cit, p. 93.

²⁹⁴ La comprensione del significato del testo «nel momento della decisione è attinta dall'interpretazione argomentata dialetticamente in risposta alla questione pratica posta dal caso particolare» (L. MENGONI, *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, cit., p. 356). Dalla lettura del testo di Proia, citato nella nota precedente, si ricava più complessivamente l'impressione che l'autore non tenga nella dovuta considerazione il fatto che la configurazione esistenziale della comprensione fa sì che la comprensione stessa sia sempre produttiva del significato del testo soggetto ad interpretazione (v. *retro* § 2), sicché il vincolo della legge è destinato perennemente a mutare anche in considerazione della legge della *Wirkungsgeschichte*. Non a caso a questo suo indebolimento, per così dire, «esistenziale» si tenta di far fronte con il nuovo vincolo del diritto vivente.

5. Diritto e scienze pratiche: la *veritas*

Se negli scritti metodologici iniziali di M. l'accento si appuntava ancora sui «concetti assiologicamente orientati», rispetto ai quali i principi o i valori svolgevano sostanzialmente una funzione che possiamo definire «di guida» del processo di perfezionamento contenutistico sollecitato dal caso, in quelli successivi degli anni ottanta e novanta del secolo scorso, l'argomentazione teorica quasi sempre si rovescia e prende, quindi, direttamente le mosse dai valori. In parte, è mutato il contesto. Avanza lo scientismo tecnologico e si offusca l'unità culturale, pertanto emergono sempre più frequentemente problemi, come si suol dire, di «giuridificazione della coscienza». Il discorso giuridico deve così esplicitare le scelte etiche ad esso sottese, così come fu costretto a suo tempo a fare con quelle socio-economiche. E tutto ciò produce, inevitabilmente, «difficoltà e inconvenienti nell'attività di interpretazione delle leggi e di supplenza delle lacune legislative, attività che non è semplicemente cognitiva come un tempo si pensava, ma concorre alla formazione del diritto»²⁹⁵, ovvero alle regole che presiedono alla decisione dei singoli casi.

Ma, soprattutto, anche la dottrina italiana, sebbene in ritardo rispetto ad altre esperienze, ha nel frattempo scoperto appieno, e cioè in tutti i settori del diritto, i principi costituzionali. Se Norberto Bobbio, nel 1950, nel suo celebre «manifesto programmatico», scriveva che «tutto ciò che sta prima della regola (sia il fondamento o l'origine) non appartiene alla ricerca del giurista» e che l'importanza della teoria normativa consiste nel fatto di aver escluso dall'oggetto delle riflessioni del giurista l'«ispirazione etico-politica»²⁹⁶, nel 1992, la prospettiva – anche grazie alla già rammentata evoluzione del pensiero dello stesso Bobbio – appare ormai rovesciata. Infatti, Gustavo Zagrebelsky teorizza che «natura pratica del diritto significa anche che il diritto rispettoso della sua funzione si preoccupa della propria idoneità a disciplinare effettivamente la realtà conformemente al valore che i principi conferiscono a essa. Le conseguenze pratiche non sono dunque affatto un aspetto successivo, indipendente e influente sul diritto stesso, ma ne sono un elemento qualificativo»²⁹⁷. E il giudice costituzionale M. accompagna il suo nuovo ruolo con l'approfondimento scientifico²⁹⁸, rispettivamente, dell'ermeneutica costituzionale, caratterizzata dall'allentamento dei vincoli che specificano l'argomentazione giuridica nel genere del discorso pratico²⁹⁹, del bilanciamento tra principi concorrenti, del criterio di ragionevolezza, del concetto di diritto vivente e delle sue implicazioni sulla giustizia costituzionale³⁰⁰, di altri profili dell'argomentazione costituzionale³⁰¹.

Sullo sfondo di queste problematiche si ripresenta quasi sempre a M. il nodo tematico del rapporto tra diritto e morale. Sul punto, lo *starting point* delle riflessioni di M. è rappresentato dal

²⁹⁵ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 93.

²⁹⁶ *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, cit., p. 354.

²⁹⁷ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 166. Molto significativa la testimonianza dello stesso G. ZAGREBELSKY, *Luigi Mengoni, giudice costituzionale*, in *Jus*, 2002, p. 109, sull'importanza formativa di PS.

²⁹⁸ «Mengoni, mentre giudicava, studiava» (G. ZAGREBELSKY, *Luigi Mengoni, giudice costituzionale*, cit., p. 113).

²⁹⁹ L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. 120.

³⁰⁰ L. MENGONI, *Il «diritto vivente» come categoria ermeneutica*, in *Digesto IV*, vol. VI°, civile (1990), poi anche in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., da cui cito e quindi p. 141 ss.

³⁰¹ Cfr. sul punto E. CHELI, *L'ermeneutica costituzionale nel pensiero di Luigi Mengoni*, in L. NOGLER, *Valori e metodo giuridico nel pensiero di Luigi Mengoni*, cit. nonché in *Nomos*, 2005/1-2, p. 9 ss.

pensiero dell'altro grande esponente della *Rehabilitierung*: Jürgen Habermas, il quale, come noto, sostiene che la morale non si colloca più *sopra* ma *nel* diritto positivo, senza, tuttavia, annullarvisi³⁰². Ma Habermas persegue l'elaborazione di una morale procedurale dell'agire comunicativo (e non produttivo), mentre non entra nelle particolarità impresse al discorso giuridico dai rammentati vincoli autoritativi. Egli dà così fiato a critiche, invero spesso esagerate, perché sono incentrate su una (solo) presunta posizione implicita di traducibilità immediata del discorso pratico generale nella realtà giuridica. Così, ad esempio, Niklas Luhmann ha svolto una vera e propria parodia del suo principio del consenso, al quale il sociologo tedesco contrappone, infine, la necessità della ricerca di una soluzione convalidata empiricamente³⁰³. D'altronde, lo stesso M. ironizza sul profetico e fortunato inciso di Habermas secondo cui «l'interpretazione della costituzione prende sempre più l'aspetto di una filosofia del diritto»³⁰⁴.

Comunque sia, M. teorizza, invece, direttamente che il nucleo minimale di principi (valori) suscettibili di fondazione razionale, cioè di conoscenza oggettiva (si potrebbe parlare anche di diritto naturale minimo)³⁰⁵ è stato incorporato «nel diritto positivo, nella forma di enunciati normativi della Costituzione. Ed incorporati dalla Costituzione nella forma dei diritti fondamentali, oggettivamente intesi (non come *regole* ma) come *principi* elementari dell'ordinamento, i principi morali stessi «acquistano natura giuridica e, con essa, un nuovo modo di validità», ma - ecco il punto - «senza perdere il loro *status originario*»³⁰⁶.

Perché M. difende lo «statuto ontologico e logico originario» dei principi costituzionali³⁰⁷? Certamente non per la consonanza – storicamente contingente – «col pensiero cristiano del fondamento etico del diritto positivo nelle Costituzioni successive alla tragica esperienza delle due guerre mondiali»; fondamento consistente nel concetto di «dignità umana» che «è la traduzione secolarizzata dell'idea biblica che l'uomo è stato creato da Dio a sua immagine e somiglianza»³⁰⁸. Dignità umana propria dell'uomo, non come individuo isolato, ma in quanto persona «che è un

³⁰² Così J. HABERMAS, *Recht und Moral (Tanner Lectures 1986)*, cit., p. 568. La letteratura in materia è sterminata; cfr. a tal fine H. GEDDERT, *Recht und Moral. Zum Sinn eines alten Problems*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984.

³⁰³ N. LUHMANN, *Quod omnes tangit...Anmerkungen zur Rechtstheorie von Jürgen Habermas*, in *RJ*, 12 (1993), p. 36 ss. In questa prospettiva è stato, ad esempio, osservato, da parte di T. DROSDECK, *Die herrschende Meinung - Autorität als Rechtsquelle*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, p. 78, che una teoria dell'argomentazione basata su regole di razionalità ideale trascura il lato umano. Si dovrebbe infatti tener conto che il discorso non è sempre condotto razionalmente, ma con supposizioni, falsità e affermazioni strategiche. I discorsi non sono sempre condotti con l'obiettivo di esplicitare i presupposti «normativi» della discussione, bensì spesso di nascondere le proprie argomentazioni dietro le frasi. È per questi motivi che la teoria consensuale della verità non sarebbe utilizzabile nella pratica.

³⁰⁴ *DM*, p. 76, in cui afferma che in tal modo le parti avranno dal giurista una risposta degna di un filosofo e non la decisione del caso.

³⁰⁵ L. MENGONI, *DM*, p. 76. Sul punto è necessaria una precisazione, perché M. afferma che l'odierno ordinamento giuridico è «multiculturale» (L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 92). M. pare fare riferimento ad un multiculturalismo sincronico e non potrebbe, d'altronde, essere diversamente, considerata la sua premessa sulla storicità della comprensione dei valori, che vanno cercati e riconosciuti nelle loro oggettivazioni storiche. Inoltre, si tratta pur sempre di un multiculturalismo «inglobato in una apparente unità sistematica» (e cioè in un minimo etico comune) e quindi molto distante dalla connotazione contemporanea del termine che insiste piuttosto sulla divisione.

³⁰⁶ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 92.

³⁰⁷ Cfr. L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. 118, in cui il problema viene trattato con maggior ampiezza argomentativa.

³⁰⁸ L. MENGONI, *L'enciclica «Laborem exercens» e la cultura industriale*, cit., p. 53; A. AUER, *Der Mensch und das Recht*, in W. MAIHOFFER (a cura di), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1966², p. 466.

concetto di relazione, implica essenzialmente un rapporto col mondo, ossia con gli altri»³⁰⁹. Premessa che consente di evitare la tanto paventata tirannia del principio della dignità umana, incorporato nell'art. 2 cost. ed in altre norme della Costituzione repubblicana del 1947 (ad esempio, art. 41, 2° comma)³¹⁰. Infatti, essa comporta «l'impossibilità di stabilire *a priori*, una astratta gerarchia dei valori costituzionali»³¹¹. Pertanto, quando si giudicano rapporti di diritto privato, non è corretto rimuovere del tutto e aprioristicamente il diritto fondamentale di cui è portatore il soggetto che ha posto in essere il comportamento giudicato, ovvero di bilanciare – torna la *prudentia* aristotelica – i contrapposti diritti fondamentali entrambi propri di soggetti privati³¹². In una prospettiva più ampia si pone, infine, con forza il problema della dichiarazione dei doveri fondamentali³¹³, proposta nella seconda metà degli anni novanta dall'*Inter-Action Council* delle Nazioni Unite³¹⁴.

Il motivo è più profondo. Esso tocca quella che Zagrebelsky ha definito la parte «inespressa», ma

³⁰⁹ Cfr. ora S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Bologna, Feltrinelli, 2006, p. 26 il quale riconosce a M. il merito di aver prospettato la persona anche come una struttura di valore, un essere assiologico. Sulla «rigorosa laicità nelle analisi e nelle valutazioni» di M. cfr. T. TREU, *Ricordo di Luigi Mengoni, giurista del lavoro*, cit., p. 32.

³¹⁰ A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in EGT, XI, 1989, p. p. 10; L. MENGONI, *L'enciclica «Laborem exercens» e la cultura industriale*, cit., p. 53. Sulle problematiche sollevate dalla declamazione dei diritti umani cfr. da ultimo GARZIA MENDEZ E., *Diritti umani: origine, senso e futuro. Riflessioni per una nuova agenda*, in *Ragion pratica*, 26, 2006, p. 163 ss.

³¹¹ L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Dir. lav.*, 1992, I, p. 11. In quanto valori costituzionalmente riconosciuti e garantiti, i diritti fondamentali sono sempre intrinsecamente limitati, anche quelli enunciati nella carta costituzionale senza richiamo, nemmeno generico, di limiti» [L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, Vita e pensiero, 1998, p. 3 ss., ed anche in ID., *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, cit., p. 64]. Sul punto cfr. negli stessi termini G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 170 e J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 310. Osservo, pur non potendo sviluppare in questa sede tale profilo, che l'esposta teoria dei diritti fondamentali intrinsecamente limitati induce M. ad attribuire alla libertà d'iniziativa economica un ruolo, non subordinato, ma equi-ordinato rispetto ad altri diritti fondamentali, come avviene d'altronde nella *Grundgesetz* (cfr. L. MENGONI, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, in *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 48, laddove l'A. pone sullo stesso piano i diritti fondamentali previsti tra i principi fondamentali e quelli contemplati nel titolo III in tema di rapporti economici). Ciò era d'altronde implicito, ad esempio, nella sua teoria sulla natura giuridicamente infungibile delle prestazioni del datore di lavoro [L. MENGONI, *Intervento*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, Jovene, 1989, pp. 154-155] ormai comunemente accolta dalla giurisprudenza (cfr. Cass. 12 maggio 2004, n. 9031 (est. Vidiri), in *MGL*, 2005, p. 444, che non esita ad adagiarsi sull'art. 41 Cost.). Ho rammentato questa teoria in un recente convegno fiorentino, suscitando l'immediata reazione critica di A. PROTO PISANI, *Le ragioni di un distacco*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 146 ss.

³¹² P. A. WINDEL, *Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts*, cit., p. 386.

³¹³ Il punto è – afferma criticamente M. nell'intervista a Pietro Ichino – che i diritti naturali «sono valori che nascono e si definiscono nella sfera morale indipendentemente da un dovere complementare. Come tali fanno valere una pretesa di assolutezza, di realizzazione incondizionata, potenzialmente disgregatrice dell'ordinamento positivo» (il «paradosso dei diritti naturali o innati dell'individuo, che si definiscono indipendentemente dal concetto di dovere»). Per questo, il passaggio contenutistico dai principi morali riconosciuti ed istituzionalizzati nella legge fondamentale alle regole di collisione deve essere «controllato normativamente dal principio di ragionevolezza, la cui funzione primaria è quella di impedire l'infiltrazione nell'ordinamento positivo di fondamentalismi di qualsiasi specie, morali, politici o economici» (L. MENGONI, *Intervento*, in *Le ragioni del diritto*, cit., p. 46-47. Sul criterio di ragionevolezza cfr. da ultimo A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2002). È il concetto di *reasonable* che ha consentito, ad esempio, alla Corte suprema degli Stati Uniti di riconoscere la legittimità della legislazione sociale, svincolandosi dalla dittatura della libertà contrattuale.

³¹⁴ Si propone, più precisamente, l'adozione di una «dichiarazione universale delle responsabilità dell'uomo» composta di diciannove articoli. Le prime norme della dichiarazione obbligano qualsiasi persona a trattare i suoi simili in modo «umano», ad attivarsi per il rispetto della loro dignità e ad assumersi le proprie responsabilità nei loro confronti. Un'apposita norma è, quindi, dedicata al dovere sociale che è collegato al diritto di proprietà.

essenziale, delle ragioni del decidere³¹⁵. L'impulso a trattarne deriva alla «coscienza ermeneuticamente educata» di M., da due gruppi di problematiche che pongono entrambi in crisi il fatto che il criterio di legittimazione del diritto consista esclusivamente nel principio di maggioranza³¹⁶. Problematiche che vengono generalmente riprese dal noto testo di Robert Alexy intitolato *Begriff und Geltung des Rechts*³¹⁷: si tratta, da un lato, del problema dell'ingiustizia estrema, intollerabile da ogni punto di vista etico-razionale³¹⁸ e, dall'altro, della più frequente ipotesi della lacuna regolativa che sollecita il ricorso a criteri extrasistematici di decisione, tra i quali primeggiano i principi morali³¹⁹, perché sono generalmente il frutto di una considerazione più esaustiva e globale dei punti di vista concretamente in gioco. Comunque sia, su quest'ultimo punto si sottolinea sempre più frequentemente che le prescrizioni costituzionali sui diritti fondamentali, se vengono intese – come appare quasi sempre corretto – come «principi», rendono per definizione possibili più scelte regolative senza, tuttavia, indicare un criterio di preferenza o di temperamento rispetto ai diritti fondamentali delle altre parti coinvolte nella relazione giuridica³²⁰. Si apre così, per rifarci ancora una volta direttamente alle parole di M., «uno spazio di azione entro il quale» chi decide «deve scegliere tra più soluzioni senza essere ulteriormente determinato da norme giuridiche, da regole metodiche e da enunciati desumibili da sistemi giuridici»³²¹. Di qui l'importanza di riconoscere ai principi costituzionali anche la natura di norme morali, in modo tale che la ricerca della regola decisionale del caso – che, «se non necessariamente di natura morale», è comunque sempre «moralmente rilevante»³²² – possa procedere secondo le regole discorsive generali. Come si vede, ipotizzare la natura (anche) morale dei principi costituzionali non significa rendere applicabile un presunto diritto naturale esterno all'ambito normativo della Costituzione. Questo dualismo è stato ormai definitivamente superato a favore della *potestas* storicamente affermata dello Stato. Ma il principio di maggioranza non è sufficiente a legittimare tutte le scelte regolative e, quindi, è indispensabile ricondurre queste ultime alla forza morale dei valori dai quali peraltro, come si vedrà appresso, non viene tratto direttamente alcun contenuto concreto.

Analizzato il perché del conferimento della doppia natura – morale e giuridica – ai principi costituzionali, restano da considerare il fondamento e le modalità con le quali si sviluppa questa premessa. Il primo interrogativo conduce dritti al dato «inespresso» del fondamento ultimo del diritto. E M. senza esitazioni risponde a questo quesito che «la fonte ultima del diritto non è la collettività, ma la personalità spirituale dell'uomo, la sua dignità umana e la sua libertà»³²³.

³¹⁵ G. ZAGREBELSKY, *Luigi Mengoni, giudice costituzionale*, cit., p. 119.

³¹⁶ Sulla rinata esigenza di una legittimazione metalegislativa dell'ordinamento giuridico, cfr. L. MENGONI, *AM*, p. 97; *Id.*, *Dogmatica*, p. 40.

³¹⁷ Freiburg im Breisgau-München, Karl Albert, 1992 trad. it. *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997.

³¹⁸ *DM*, p. 75.

³¹⁹ L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. 118; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 157.

³²⁰ H. J. KOCH, *Zur Methodenlehre des Rechtspositivismus: Das Prinzipienargument – Eine methodische Widerlegung des Rechtspositivismus?*, in R. ALEXY, H. J. KOCH, L. KUHLER, H. RÜBMAN, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 438-439.

³²¹ L. MENGONI, *Introduzione*, cit., p. VIII.

³²² L. MENGONI, *Introduzione*, cit., p. VIII.

³²³ L. MENGONI, *L'enciclica «Laborem exercens» e la cultura industriale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1982, p. 595 ss. e poi anche in *Id.*, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, cit., da cui cito e quindi p. 50, riprende l'inciso da A. AUER, *Der Mensch und das Recht*, cit., p. 464. A chi collega il diritto alla sola volontà di potenza (N. IRTI, *Sugli interventi di Luigi Mengoni e Bruno Romano*, in N. IRTI, E. SEVERINO,

Personalità spirituale, dignità umana, libertà, persona, sono valori che sono riferiti all'uomo e M.³²⁴ concorda con l'assunto di Max Scheler secondo cui quest'ultimo è *Wertträger* (portatore del valore) e non *Wertsetzer* (costitutivo del valore): «die Werte sind nicht von Zwecken abhängig oder von Zwecken abstrahiert, sondern liegen bereits den Strebenszielen, erst recht also den Zwecken zugrunde»³²⁵. A questa premessa, che qui accenniamo in breve, si accompagna poi l'ulteriore corollario che occorre distinguere tra valori e fini (o scopi), intendendo i primi come condizione di possibilità dei secondi³²⁶. Mentre questi ultimi dipendono dai desideri soggettivi, e non possono in quanto tali, a differenza di quanto riteneva Kant³²⁷, fondare un'etica materiale, i valori sono oggetti o, come dirà meglio Hartmann, «entità dotate di un essere ideale» (*ideales Sein*). Essi non esistono cioè al mondo della fattività, nel senso che non possono trovare nell'esperienza alcun riscontro certo³²⁸. Tuttavia, questa esistenza ideale è in grado di garantire l'universalità e, quindi, l'autonomia del discorso etico. Già Habermas aveva notato che la Corte costituzionale tedesca intende la *Grundgesetz* come «konkrete Wertordnung», nel senso, quindi, dell'etica materiale dei valori di Scheler e Hartmann³²⁹.

Ciò non significa però per M. che i valori siano *absconditus* e cioè qualcosa di *ganz Anderes*, come affermano i più intransigenti teologi dialettici. Sul punto M. condivide (con qualche distinguo sul quale tornerò tra un attimo) la tesi di Piovanini – che ha avuto «la fortuna di frequentare»³³⁰ nel periodo triestino – secondo il quale la concezione moderna dell'individuo, il riconoscimento della sua autonomia nelle determinazioni morali, il fatto che debba essere sempre considerato un fine e mai come un mezzo, aveva definitivamente affrancato la validità dei valori dall'ordine

Dialogo su diritto e tecnica, Bari, La Terza, 2001, p. 106), questo orientamento risponde ancora oggi con la celebre frase di Kaufmann: «der Staat schafft nicht Recht, der Staat schafft Gesetze; und Staat und Gesetz stehen unter dem Recht» (E. KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3, W. de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1927, p. 20).

³²⁴ L. MENGONI, *DM*, p. 73.

³²⁵ M. SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 2000, Bonn, Bouvier, 7ª ed. a cura di M. S. Frings, 2000, rispettivamente, p. 506 (trad. it., p. 629) e p. 61. Nello stesso senso N. HARTMANN, *Zur Grundlegung der Ontologie*, cit., p. 19. Come noto, è merito di Gadamer e di Popper aver dimostrato che la tesi contraria, sostenuta dallo storicismo, de-storica il processo interpretativo e solo per questo assolutizza la coscienza storica.

³²⁶ N. HARTMANN, *Das Wertproblem in der Philosophie der Gegenwart*, in *Actes du huitième Congr. De Philos. à Prague*, 1936 e poi in *Id.*, *Kleinere Schriften*, III, Berlin, Walter de Gruyter, 1958, p. 327; premessa fatta propria da L. MENGONI, C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, cit., p. 1195.

³²⁷ L. MENGONI, C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, cit., p. 1192: la ragione soggettiva «è una istanza che, in quanto si risolve in un soggettivismo pratico, è socialmente incontrollabile»; per la critica del ricorso a Kant cfr. anche E. BERTI, *VR*, p. 67.

³²⁸ Premessa alla quale M. senz'altro aderisce in L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, in *Jus*, 1985, p. 475 ss., poi con il titolo *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., da cui cito (d'ora in poi con la sigla *ID*) e quindi p. 76, laddove parla di *postulato* dell'oggettività dei valori, che se viene negato costringe ad ipostatizzare la coscienza comune e cioè a far leva sul criterio del consenso della maggioranza. Sul punto cfr. M. GRANDI, *Lavoro e valori: note sulla prospettiva assiologica di Luigi Mengoni*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, pp. 700-701, che pone in luce la differenza con la posizione post-metafisica di Habermas, che rimuove sostanzialmente il problema dell'essere dei valori (di qui la severa critica di F. VOLPI, *AK*, p. 147); cfr., infine, per una posizione analoga a quella di M. H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5ª ed., Berlin-New York, deGruyter, 1993, p. 240 ss.

³²⁹ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., pp. 309-310. L'accento cade sull'aggettivo concreto, perchè l'ordine dei valori è ormai pacificamente ritenuto come impraticabile, cfr. L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1 ss. e poi in *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., da cui cito e quindi p. 110.

³³⁰ L. MENGONI, *Intervento*, in *Le ragioni del diritto. Teoria giuridica ed esperienze applicative*, cit., 43.

giusnaturalistico prestabilito e dalla morale «naturalmente» accomunante gli uomini in universalità³³¹. Da allora, la validità dei criteri valoriali non è più prospettabile con una concezione trascendentale che li configura come idee sovraordinate al mondo storico capaci *in re ipsa* di vincolare a sé le coscienze, ma si deve collocare nella storia. Pertanto, da quando la pluralità è diventata la cifra essenziale delle civiltà moderna, è divenuto chiaro che «l'essere naturale dei diritti naturali moderni è essere nella storia»³³² e, quindi, è oggi improponibile «un ritorno sulle posizioni del vecchio diritto naturale»³³³, che assegnava lo statuto dei valori alla filosofia teoretica.

6. (Segue) Il neo-leibnizianesimo di Mengoni

Accantonata questa via, lo sforzo costruttivo di M. produce quello che si può considerare il suo contributo più «originale»³³⁴, non più (solo) alla scienza giuridica, ma al dibattito filosofico più ampio, da cui ha preso le mosse il mio tentativo di ripercorrere gli scritti metodologici di M. Se il «ri-» che si antepone alla abilitazione della filosofia pratica si traduce generalmente in neo-artistotelismo e in post-kantismo, l'orientamento mengoniano potrebbe essere sintetizzato come neo-leibniziano. Esso si snoda nei seguenti passaggi.

Pur senza indulgere allo storicismo «che erige la storia a fonte costitutiva dei valori, occorre», secondo M., al contrario, «riconoscere la storicità del nostro modo di conoscerli e di valutarli, e quindi la relatività al contesto sociale, economico e politico dei loro modi di invernamento nel tempo»³³⁵. Riecheggia in questa efficace sintesi, la *Wertlehre* di Hartmann, secondo cui la validità (*Geltung*), ma non l'imperscrutabile essere dei valori, dipende dai *Wertträger* e, quindi, è necessariamente relativa. Essa dà luogo ad un *Wandel der Werte*, il quale presenta il pericolo che un unico valore si trasformi in tiranno della persona³³⁶. Ma ciò che conta è che la distinzione proposta riposiziona, ascrivendolo al problema superiore dell'essere, il momento in cui bisogna prendere atto del «sacrificio dell'intelletto» (*Opfer des Intellekts*)³³⁷. Sul piano inferiore della validità del valore o, come preferisce esprimersi M. sempre sulla scorta di Hartmann, delle «idee di valore»³³⁸ che si formano nello spirito umano (si pensi all'enorme dibattito che è in corso intorno all'idea della dignità umana soggetta a continui affinamenti e riformulazioni), l'uomo è in grado di conoscere e, quindi, di fondare razionalmente, sebbene solo indirettamente, una

³³¹ L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 118 nt. 9.

³³² P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., p. 85 e pp. 95-96. Sul punto v. L. MENGONI, *L'enciclica «Laborem exercens» e la cultura industriale*, cit., p. 53, nonché N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, cit., p. 345.

³³³ I valori del diritto naturale appartenevano al mondo metafisico, erano valori non solo metagiuridici, ma anche metastorici, organizzati in un sistema deduttivo fondato su un principio soprasensibile supremo, Dio nella scolastica medievale, la ragione del diritto naturale profano dei secoli XVII e XVIII» [tutti i passi citati nei testi sono in *AM*, p. 98, il quale continua affermando che «poiché nella società pluralistica, qualificata dal conflitto tra gruppi organizzati portatori di opposte ideologie, il consenso fondamentale è il risultato di un compromesso, i valori riconosciuti dalla costituzione formano un insieme non omogeneo, percorso da frequenti antinomie culminanti nella tensione costante tra il principio (o valore) dello Stato di diritto e il principio dello Stato sociale»].

³³⁴ Cfr. M. GRANDI, *Lavoro e valori: note sulla prospettiva assiologica di Luigi Mengoni*, cit., p. 703 ss.

³³⁵ Così, da ultimo, L. MENGONI, *Quale disciplina per i lavori «atipici»?*, cit., p. 321.

³³⁶ Cfr. la sintesi N. HARTMANN, *Das Wertproblem in der Philosophie der Gegenwart*, cit., *passim*.

³³⁷ M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, Duncker & Humblot, 1919, ora in *Id.*, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 7ª ed., 1988, p. 611, trad. it., *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1948, p. 40.

³³⁸ L. MENGONI, *Id.*, p. 78, idee che «si distinguono dai valori come la copia (sempre imperfetta) si distingue dall'archetipo».

Verbindung con i valori che sono alla base delle idee stesse³³⁹.

Ciò avviene perché la conoscenza, comunque solo indiretta, dei valori ha luogo, non in via di mera intuizione come ritenevano Scheler e Hartmann, ma, al contrario, per il fatto che si ritiene che i valori possono essere individuati «cercandoli e riconoscendoli nelle loro oggettivazioni storiche»³⁴⁰, ovvero nell'*ethos* in cui agisce la persona umana. A tal fine, M., premesso che il giurista non deve esprimere giudizi di dover essere, ma giudizi di fatto del tipo: «quale tra le possibili soluzioni del caso da decidere (...) si approssima maggiormente alla giustizia»³⁴¹, si rifà, come anticipato, a Leibniz e, più precisamente, alla sua conoscenza del vero-simile. Si badi bene, però, che non si tratta della conoscenza empirica propria dei giudizi di probabilità induttiva, i quali hanno a che fare con la configurazione mutevole dell'*oggetto*. Qui, infatti, si discute di una probabilità che scaturisce dall'incapacità del *soggetto* a cogliere la verità del valore. Ciò nonostante, a differenza di altri esponenti della riabilitazione della filosofia pratica, i quali sono dell'opinione, rifacendosi ad Aristotele, che la verosimiglianza sia incompatibile con una conoscenza oggettiva³⁴², Leibniz ritenne che la verosimiglianza possa essere dimostrata con argomenti «ricavati dalle cose mediante ragionamento»³⁴³. Pertanto, argomenta M., «come oggettività ideali, i valori sono suscettibili di una conoscenza mediata dalle idee di valore che si formano» negli spiriti umani che popolano la società civile «selezionate attraverso un confronto condotto dialetticamente in stretta aderenza alle circostanze del caso in questione: una conoscenza analogica, bisognosa dell'aiuto dell'esperienza, senza tuttavia che ciò la riduca a mera conoscenza empirica»³⁴⁴.

Questo tipo di verità, provvisoria perché sempre esposta alla possibilità di confutazione³⁴⁵, condivide con l'uomo «il destino della vita di poter morire»³⁴⁶. Però, di essa, essendo «oggettivamente garantita dall'intersoggettività, dobbiamo, come giuristi, accontentarci»³⁴⁷. Inoltre questa possibilità, di una verità (non necessaria ma almeno) *beyond a reasonable doubt*, è almeno sufficiente per garantire «una fondazione ultima di ordine morale»³⁴⁸ all'adozione delle regole di condotta da parte dell'individuo. Un percorso argomentativo, incentrato sul cognitivismo moderato,

³³⁹ M. diede così possente voce all'esigenza di evitare l'estremizzazione – la *Trennung* – che spezza la possibilità umana di conoscere i valori separandone l'essere dalla validità, i fatti dai valori e i mezzi dai fini.

³⁴⁰ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., pp. 90-91.

³⁴¹ L. MENGONI, *La questione del «diritto giusto» nella società post-liberale*, cit., p. 20; ID., ID., p. 80 nt. 30.

³⁴² Cfr. H. KUHN, *Aristoteles und die Methode der politischen Wissenschaft*, in M. RIEDEL (a cura di), *Rehabilitation der praktischen Philosophie*, Freiburg i. Br., Rombach, 1972, I, p. 261 ss. in polemica con W. HENNIS, *Politik und praktische Philosophie*, Nuewied am Rhein-Berlin, Lutcherhand, 1963.

³⁴³ G.W. LEIBNIZ, *Nuovi saggi sull'intelletto umano*, Torino, Utet, 2000, p. 445, cit. da L. MENGONI, ID, p. 79. Sulla possibilità di teorizzare, e quindi razionalizzare, l'argomentazione nel contesto dell'agire orientato all'intendere il punto di riferimento di M. è senz'altro J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handels*, I, Baden-Baden, Suhrkamp, 4ª ed., 1988, p. 48.

³⁴⁴ ID, p. 80.

³⁴⁵ AM, p. 88 ss.; sul punto cfr. comunque F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in ID., *Retorica processo verità*, Padova, Cedam, 2005, p. 2 ss.

³⁴⁶ E. KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, cit., p. 77.

³⁴⁷ DM, p. 77. Chi giudica sulla base di premesse scienziste (N. IRTI, *Sugli interventi di Luigi Mengoni e Bruno Romano*, cit., p. 107) o teologiche (F. VOLPI, AK, p. 145) non può che valutare l'assunto mengoniano come arbitrario o soggettivo. Chi condivide la premessa di M. deve convivere con la limitatezza delle conclusioni, una situazione ben rappresentata da V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile*, cit., p. 298.

³⁴⁸ L. MENGONI, *Intervento*, in *Le ragioni del diritto*, cit., p. 46.

che M. dichiarò, in un secondo momento, coincidere con le riflessioni di Capograssi.

Si riporta così il discorso, come già detto, alla teoria generale dell'azione pratica (v. *retro* § 2), ovvero alle idee sui valori che congiungono in una concordia di fondo, almeno intorno ad un nucleo minimo di principi morali, i componenti dell'*ethos*³⁴⁹. E quest'armonia rimanda alla musica. Alessandro Giuliani riteneva che le interferenze tra musica e diritto fossero «rilevate dalla stessa etimologia: nel periodo arcaico il termine *nomos* indicava», infatti, «una particolare forma di canto, e la memoria delle leggi era facilitata dal canto»³⁵⁰. Il fratello Flavio ha recentemente reso nota una lettera in cui M. giustificò l'abbandono del pianoforte con la considerazione che aveva «capito di comunicare dettagli, mentre la musica deve creare l'emozione»³⁵¹. Forse proprio in questa confessione ritroviamo la ragione più intima che fece scattare l'ispirazione metodologica di Luigi Mengoni la quale ha prodotto partiture che continueranno ancora a lungo a trasmetterci emozioni profonde.

³⁴⁹ L. MENGONI, *DM*, p. 76, il quale continua affermando che si potrebbe parlare anche di «diritto naturale minimo»; *Id.*, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. 118. Sulla ripresa del concetto aristotelico di *ethos* cfr. J. RITTER, *Metaphysic und Politik. Studien zu Aristoteles und Hegel*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1969, trad. it., *Metafisica e politica*, Genova, Marietti, 1983.

³⁵⁰ A. GIULIANI, *Osservazioni introduttive*, in *L'educazione giuridica*, V, *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, I, *Filosofia e scienza della legislazione*, Napoli, ESI, 1988, p. 12.

³⁵¹ Cfr. il volume L. NOGLER (a cura di), *Valori e metodo giuridico nel pensiero di Luigi Mengoni*, cit.