

**Tesi di Dottorato in Filosofia del Diritto XXI Ciclo.
“Arte e Tecnica della Giurisprudenza.
Ermeneutica dei Diritti Umani”.
Dipartimento di Diritto Romano e
Storia della Scienza Romanistica “F. De Martino”.
Università di Napoli “Federico II”.**

Romina Amicolo

**LA CRISI DEL FORMALISMO,
LA RIVOLTA DELL'ANTIFORMALISMO E
LA RICERCA DELL'EQUILIBRIO.**

Introduzione

La crisi del formalismo, la rivolta dell'antiformalismo e la ricerca dell'equilibrio, è frutto dell'attività di ricerca svolta nella Biblioteca dell'*Institut für Römisches Recht* dell'Universität zu Köln.

Si tratta di un lavoro che susciterà reazioni e che è duplicemente interessante per i giuristi, storici e teorici del diritto.

Innanzitutto per la impostazione metodologica. Il lavoro si basa su un felice connubio di Filosofia del diritto e Diritto Romano, che si completano l'un l'altro: la prima trova nel secondo un campo di “verifica” di quanto sostenuto a livello teorico, essendo l'esperienza giuridica Romana ricca di spunti di riflessione e sorprendentemente viva nella ricchezza delle sue implicazioni filosofiche; il secondo si completa nella prima, ricevendo conferma, non soltanto della sua “utilità” nel campo del diritto, ma anche e soprattutto della sua natura giuridica e non soltanto storica, per effetto appunto, della scelta teorica di ampliare la nozione di diritto fino a comprendervi l'intera esperienza giuridica, incluso, naturalmente, il suo profilo storico.

In secondo luogo, non può essere taciuta l'originalità con cui è affrontato il tema del formalismo giuridico: senza perdersi nei distinguo che caratterizzano la tradizionale impostazione, si isola -facendo uso della letteratura, non solo Europea, ed in particolare delle *Opere* di Giuseppe Capograssi, ma anche Anglo-Americana, ed in particolare di *Form and Function in a Legal System. A General Study* di Robert S. Summers- una nozione positiva di forma, che, ben lungi dall'essere in contrasto o, anche solo in contraddizione con i contenuti del diritto, o le altre componenti non formali, si integra con esse, in una composizione unitaria e tendenzialmente equilibrata.

Accanto all'alternarsi di formalismo e antiformalismo, quali tendenze ciclicamente prevalenti nella Storia, anche Romana, del pensiero giuridico, questo lavoro evidenzia come sia possibile isolare una tendenza, nella Filosofia del diritto contemporanea, a perseguire un equilibrio tra formalità e sostanzialità del diritto.

Lo scopo del lavoro infatti, non è tracciare o esplicitare il formalismo e l'antiformalismo, nelle diverse connotazioni storiche e/o filosofiche, ma dimostrare come entrambe siano dei riduzionismi giuridici: il primo perchè riduce il diritto ad una “carricola vuota”, che può essere riempita di qualunque contenuto, ed è quindi “insensibile” rispetto alla realtà, che con la sua immediatezza, dà origine al diritto; il secondo per il suo scetticismo nei confronti della forma, che alla fine finisce per annullare l'autonomia del diritto, riducendolo alla politica.

La struttura della tesi si articola in un crescendo, complesso, ma che non difetta di unitarietà: non manca il collegamento tra i capitoli, che tuttavia sono, ognuno, compiutamente sviluppati e singolarmente fruibili.

L'incipit è il significato di “crisi del diritto”, espressione ricorrente nella letteratura giusfilosofica Europea degli anni Venti del XX secolo, del Secondo Dopoguerra e degli inizi del Terzo Millennio, in cui, come in passato, si rimprovera al diritto una superfetazione legislativa ed una strutturale carenza valoriale.

Quale interprete della “crisi del diritto” degli inizi del XX secolo si è scelto Lopez De Onate, non soltanto per la sua capacità di sintetizzare lo stato del diritto e degli animi del suo tempo, ma anche per la sua intuizione che la crisi del diritto è un aspetto di quel poliedro che è la crisi dell'individuo. È un filone di pensiero che ha già quale interprete il giovane Giuseppe Capograssi del *Saggio sullo Stato*, in cui la crisi dell'autorità è intesa quale profilo della crisi dell'individuo e del diritto. Interessante è la lettura che si fa nel primo capitolo della “crisi del diritto”, quale argomento che chiude il cerchio della produzione di Giuseppe Capograssi, dal momento che evidenzia non solo come tale tema sia un filo rosso che attraversa le opere Capograssiane, ma anche come, in realtà, se la letteratura tende ad isolare la crisi del diritto del Secondo Dopoguerra, ricostruendola come diversa ed in nessun modo ricollegabile alla crisi del diritto degli anni Venti, in realtà un legame c'è. Emerge l'idea che la storia del pensiero giuridico sia segnata dall'alternarsi di formalismo ed antoformalismo, di cui Bobbio, non è soltanto interprete nel suo *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, ma diretto testimone, essendosi affacciato agli studi giuridici proprio negli anni Venti – Trenta ed avendo assistito ad un ripetersi della stessa crisi del diritto anche negli anni Cinquanta.

È a questo punto che si delinea la nozione di formalismo giuridico che è utilizzata nel lavoro: la crisi del formalismo giuridico è il vero volto della crisi del diritto. Quando nel testo si parla di formalismo giuridico non ci si intende riferire ad una nozione concettuale, ma ad un fenomeno storico, il cui verificarsi ha un carattere ricorrente, se non ciclico.

La delineata nozione di formalismo giuridico comporta la necessità di chiarire quale sia il rapporto tra le nozioni di formalismo giuridico e di forma giuridica. Emerge in questo modo il carattere peggiorativo con cui è inteso il formalismo: la sua versione positiva è la forma.

Partendo dalla ambivalenza della forma in Platone e passando attraverso la doppia connotazione, positiva e negativa del formalismo giuridico nella forma Aristotelica, il lavoro approda al Giusnaturalismo Romano ed al modo di intendere il rapporto tra *ius* e *natura* in Cicerone, al fine di proporre una nuova chiave interpretativa del formalismo Romano dell'età Arcaica. La lettura tradizionale del Diritto Romano Arcaico quale esempio di un diritto che, per effetto dell'astrazione dai suoi contenuti, è ridotto a mera forma, è decisamente antistorica, non tenendo conto del modo in cui, nel pensiero giuridico Romano, era intesa la *natura*, il *ius* e soprattutto il rapporto di queste due nozioni, sia tra loro, sia con l'uomo.

Gli argomenti utilizzati per la confutazione della tradizionale interpretazione del formalismo

Romano Arcaico si ritrovano anche nella critica del formalismo Kantiano, seguendo le tracce dell'evoluzione che gli studi su Kant hanno avuto soprattutto negli Stati Uniti d'America, e nella critica Capograssiana del formalismo Kelseniano. Si condivide con Capograssi e con la letteratura su Capograssi, che il formalismo giuridico è un fallace riduzionismo del diritto alla sua componente formale, dal momento che elemento costitutivo del diritto non è soltanto la forma, ma anche il suo contenuto.

Anche se è generalmente condivisa la inaccettabilità della *Teoria pura del diritto*, con la sua pretesa di prescindere dalla componente valoriale del diritto, il dibattito formalismo *versus* antiformalismo è ancora aperto ed acceso nella Filosofia del diritto contemporanea. Il lavoro ne offre un esempio con specifico riguardo alla posizione assunta da Natalino Irti nel suo ultimo lavoro *Il salvagente della forma* ed alla risposta che al nichilismo ed all'indifferenza contenutistica del diritto offre Bruno Romano, con l'idea centrale ed innovativa di *formatività della giustizia* nell'opera d'arte dell'ermeneutica.

Il lavoro si sviluppa attraverso la serrata critica della negazione nichilistica della possibilità di una fondazione meta-positiva del diritto, dimostrando come lo Stato Costituzionale di diritto, non è la radicalizzazione di un dato contenuto di norme, assunto come fermo e statico, ma segna nuovi percorsi di speculazione filosofico- giuridica, oltre il positivismo giuridico.

Inaccettabile è pure la tesi nichilistica della morte del Diritto Romano per effetto della dissoluzione del rapporto tra diritto e tradizione: il ruolo del Diritto Romano, nel pensiero giuridico contemporaneo, non è infatti legato alla nozione di tradizione, ma a quella di esperienza giuridica.

Il diritto non può non avere un profilo storico, come affermato da Riccardo Orestano, sulla scia dell'insegnamento di Giuseppe Capograssi. È questo il momento, nel percorso di ricerca seguito, in cui maggiore è la sintesi tra Filosofia del diritto e Diritto Romano, forse perchè il loro legame è evidenziato dal richiamo che il Romanista fa del Filosofo del Diritto.

D'altra parte, a sconfessare il ruolo di mera digressione dei contenuti di Diritto Romano presenti nel lavoro, è sufficiente l'impostazione che agli studi Romanistici dà Okko Behrends, la cui ricostruzione dell'evoluzione del rapporto tra le fonti del diritto nel Diritto Romano Classico non solo fornisce un illuminante esempio di equilibrio tra regole formali ed esigenze di giustizia sostanziale, contribuendo, per altro verso, a dimostrare la inconsistenza di ogni pretesa separazione "scientifica" della Filosofia del Diritto dalle altre branche del diritto, siano esse storiche o positive, ma illumina, sotto una luce nuova, il dibattito che si consuma nelle grandi aree che segnano il campo della Filosofia del diritto contemporanea: da un lato, la filosofia razionalista, analitica e positivista, specie nella sua versione anglo-americana, che, pur conservando intatta la razionalità logica, quale fondamento del diritto, si apre alle implicazioni di scopo, e, dall'altro, la filosofia che,

rivendicando la ricerca di una autonoma ed indipendente razionalità del diritto, trova un emblematico ed ancora attuale esempio di conciliazione tra formalità e sostanzialità, legalità e giustizia, certezza ed equità, nella nozione di esperienza giuridica di Giuseppe Capograssi, quale emerge da due sue opere decisive: *Analisi dell'esperienza comune* e *Studi sull'esperienza giuridica*. Altro esempio di come, sul piano metodologico, non vi siano invalicabili steccati tra la Filosofia del diritto ed il Diritto Romano è offerto dalla Teoria generale della forma di Robert S. Summers, il quale utilizza, a fondamento della sua costruzione filosofica, il pensiero Jheringhiano, realizzando un duplice obiettivo: sul piano della teoria del diritto, la enucleazione di una nozione nuova di forma; sul piano degli studi romanistici, una interpretazione della produzione di Jhering, che supera la contrapposizione tra la componente sistematica e l'approccio teoleologico al diritto, attraverso la dimostrazione di come la loro equilibrata composizione sia il più efficace antidoto contro gli unilateralismi ed i riduzionismi giuridici.

Il lavoro arriva così alle conclusioni, e, conservando, fino alla fine, lo spirito che ha informato tutta l'opera, non poteva mancare, anche nell'affrontare il problema della Scienza del diritto, la combinazione di Filosofia del diritto e Diritto Romano.

Il Problema della Scienza del Diritto di Giuseppe Capograssi offre un valido ed impagabile ausilio alla soluzione del dualismo presente tra teoria e pratica del diritto e tra costruzione sistematica di concetti ed esegesi pragmatica di fatti. La problematicità, quale carattere costitutivo della scienza del diritto, riceve una conferma dall'esperienza giuridica Romana, essendo il metodo casistico dei *Pithanà* di Labeone la dimostrazione di come affrontare le questioni giuridiche in termini problematici, non implichi la negazione della certezza del diritto, ma sia la maggiore attestazione della sua scientificità.

Questo lavoro merita attenzione, al di là delle imperfezioni, non soltanto per il modo nuovo e comunque originale di affrontare i temi del formalismo e dell'antiformalismo, ma anche perchè ricorda quale è il compito principale della ricerca scientifica: non risolvere in via definitiva ed incontrovertibile i problemi, ma più modestamente, porli.

Indice

Introduzione

Capitolo I

**La «crisi del diritto»
quale «crisi del formalismo giuridico».**

- § 1. L'interpretazione della «crisi del diritto» di Lopez de Onãte.
- § 2. Giuseppe Capograssi interprete della «crisi del diritto» nel *Saggio sullo Stato*.
- § 3. La crisi dell'autorità profilo della crisi del diritto e dell'individuo.
- § 4. La «crisi del diritto» quale argomento che chiude il cerchio della produzione di Giuseppe Capograssi.
- § 5. La « crisi del formalismo giuridico» quale vero volto della «crisi del diritto».

Capitolo II

**Dalla «forma» al «formalismo giuridico»:
dal diritto antico alla modernità.**

- §1. L'ambivalenza dell' «εἶδος» in Platone.
- §2. L'origine della doppia connotazione, positiva e negativa, del formalismo giuridico nella «forma» aristotelica.
- §3. *Natura e forma* nella Filosofia del Diritto Romano.
- §4. Il formalismo romano arcaico. Una chiave interpretativa.
- §5. La confutazione del formalismo Kantiano.
- §6. Il formalismo Kelseniano e la critica Capograssiana.

Capitolo III

**Formalismo *versus* Anti-Formalismo e la ricerca dell' equilibrio
tra formalità e sostanzialità del diritto.**

- §1. Formalismo *versus* antiformalismo: i termini di un dibattito aperto ed acceso nella filosofia del diritto contemporanea.
- §2. La forma delle norme e la formatività della giustizia nell'opera d'arte dell'ermeneutica.

§3. Oltre il positivismo giuridico: dallo Stato di Diritto allo Stato Costituzionale di Diritto.

§4. Dalla tradizione all'esperienza: il ruolo del Diritto Romano nel pensiero giuridico contemporaneo.

§5. Il compromesso tra formalità e sostanzialità nell'esperienza giuridica Romana.

Capitolo IV

Forma e funzione nel sistema giuridico:

la teoria generale della forma nella *Jurisprudence* nordamericana.

§1. La composizione degli unilateralismi nella equilibrata integrazione di componenti formali e sostanziali del diritto quale attuale tendenza della *Jurisprudence* Nordamericana.

§ 2. L'approccio orientato alla forma quale alternativa ai riduzionismi giuridici.

§ 3. L'articolazione della teoria generale della forma giuridica.

§ 4. Le reazioni alla Teoria generale della forma nella *Jurisprudence* Statunitense ed i «commenti ai commenti» di Summers.

§ 5. Il carattere unitario del pensiero Jheringhiano: dalla insanabile rottura alla necessaria complementarità delle due fasi della produzione Jheringhiana, quale ausilio per il superamento degli unilateralismi giuridici.

Capitolo V

La problematicità della Scienza del diritto quale requisito essenziale per una equilibrata integrazione di formalità e sostanzialità giuridica: le conclusioni.

Bibliografia

Indice degli autori

Indice delle fonti

Capitolo I

La «crisi del diritto» quale «crisi del formalismo giuridico».

§1. L'interpretazione della «crisi del diritto» di Lopez de Onãte. § 2. Giuseppe Capograssi interprete della «crisi del diritto» nel *Saggio sullo Stato*. § 3. La crisi dell'autorità profilo della crisi del diritto e dell'individuo. § 4. La «crisi del diritto» quale argomento che chiude il cerchio della produzione di Giuseppe Capograssi. § 5. La « crisi del formalismo giuridico» quale vero volto della «crisi del diritto».

§1. L'interpretazione della «crisi del diritto» di Lopez de Onãte.

«Nel periodo più drammatico della Seconda Guerra Mondiale, quando la crisi del diritto assumeva proporzioni paurose e sembrava segnare la fine della civiltà occidentale»¹, Flavio Lopez de Onãte, un giovane studioso quasi sconosciuto, pubblicava un libro dal titolo *La certezza del diritto*, la cui prima edizione dell'estate 1942, fu rapidamente esaurita, con un successo immediato e una risonanza vastissima, che ormai da molti anni non si vedevano più nel mondo della cultura. Si trattava, secondo Giuseppe Capograssi, di «una delle più sicure e patetiche interpretazioni della crisi, e se la crisi, *quod absit*, dovesse continuare ed andare sino in fondo, rimarrà un grido, uno degli ultimi inni, alla libertà, al diritto, alla legge, all'individuo che siano risuonati in questo Occidente che è in pericolo mortale di calare a poco a poco nella notte della massa e dell'orda. Se questa notte si stenderà sulla storia, questo libretto rimarrà per lo storico dell'avvenire come una della più limpide voci di allarme che siano risuonate nel nostro tempo»².

La crisi del diritto è sentita da Lopez de Onãte come il punto forse più doloroso, certo più carico di storia, della crisi contemporanea, che si risolve in una terribile incertezza, che ha colpito il diritto, la vita del mondo sociale e la vita dell'individuo, al punto che la certezza del diritto diviene il punto di prospettiva da cui mettersi per riuscire a vedere e comprendere la crisi del mondo contemporaneo. Se l'affermazione che «il mondo contemporaneo nel quale viviamo si trova da vari decenni in *crisi*»³ è unanimemente condivisa, fino a divenire di uso comune, la definizione della natura, della portata, in una parola della «essenza della crisi»⁴, desta invece, un divario di opinioni, che coinvolgono la stessa nozione di “crisi”: ogni epoca, acquisita consapevolezza della sua storicità, ha l'impressione di essere epoca di transizione e quindi di crisi, essendo la storia stessa «“crisi continua”, attraverso la quale, faticosamente, dal presente e di sul presente nasce l'avvenire»⁵. Tuttavia, se è indubitabile che ogni epoca, divenuta consapevole di sè, «identifica la propria transitorietà nel qualificarsi in crisi»⁶, è altrettanto incontestabile che i contrasti presenti nel XX secolo, «tra meccanizzazione e spiritualità, tra collettivismo e solitudine interiore, tra godimento banale e intima miseria, tra le soddisfazioni offerte dal possesso della tecnica e le delusioni che la tecnica, con le sue contraddizioni, offre, tra la volontà esteriore di conquistare il piacere e la continua amarezza e melanconia, tra l'indifferenza al vero e la preoccupazione, tra l'anelito il più delle volte vago ed indeterminato verso il trascendente e l'attaccamento al mondo terreno, in cui l'uomo contemporaneo mostra di sentire sempre più profondamente affondate le radici della sua

¹ ASTUTI G., *Avvertenza* in LOPEZ DE ONÃTE F., *La certezza del diritto*, Milano, 1968, VII.

² CAPOGRASSI G., *FLAVIO LOPEZ DE ONÃTE*, in *La certezza del diritto*, Milano, 1968, 10.

³ LOPEZ DE ONÃTE F., *La certezza del diritto*, Milano, 1968, 25.

⁴ LOPEZ DE ONÃTE F., *lc. cit.*

⁵ LOPEZ DE ONÃTE F., *lc. cit.*

⁶ LOPEZ DE ONÃTE F., *lc. cit.*

vita, tra la consapevolezza storicistica e dialetticistica, che nel secolo XIX restava sul piano della filosofia nel senso più rigoroso ed ora è invece coscienza diffusa, e il sentimento geloso ed irriducibile dell'individualità»⁷, non sono solo tali e tanti da giustificare la definizione del XX secolo quale epoca di crisi, dati i caratteri di particolare macroscopica evidenza che essa presenta, ma, dando luogo ad una serie di antinomie presenti nell'animo dell'uomo contemporaneo e formanti in esso un insanabile travaglio, connotano la crisi come “spirituale”.

La crisi dell'epoca contemporanea non è soltanto il risultato di turbamenti esteriori, addensati intorno all'uomo da forze estranee a lui, ma colpisce lo spirito «al cuore della propria interiorità e da se stesso»⁸. L'individuo, realizzando il desiderio secolare di rendersi indipendente da «ogni valore di trascendenza e quindi da ogni valore che fosse inizialmente e tendenzialmente spirituale»⁹ si accorge di aver tradito se stesso e di essersi trovato solo, in preda all'angoscia ed alla disperazione, anelando disperatamente ad una certezza, senza pervenire a conseguirla, per la sua incapacità di sentire «l'anelito verso l'infinito»¹⁰.

Se la crisi dell'età contemporanea è un «poliedro»¹¹, dalle molteplici sfaccettature, la “crisi del diritto” è la «faccia»¹² in grado di fornire «la più precisa e palese manifestazione»¹³ del problema della crisi considerata nella sua complessità.

Secondo le considerazioni di Giuseppe Capograssi, «indispensabili»¹⁴, a giudizio di Lopez de Onãte, per comprendere la crisi del diritto, «la profonda ripugnanza che caratterizza lo spirito moderno per ogni legame e costrizione esteriore, l'ansia, che così può chiamarsi - talmente è intenso quel desiderio- per l'interiorità e la libertà sono, in modo sordo ed inconsapevole, la profonda radice di una intima svalutazione della legge, di una intima (e certo non consapevole o inconsapevole sotto aspetti diversissimi) ripugnanza alla legge, la quale è certezza fissità obbligo e insomma necessità a cui la volontà deve piegarsi»¹⁵.

La crisi del diritto è quindi crisi della legge, in quanto mutamento di pensiero e di atteggiamento circa concetti giuridici fondamentali e soprattutto il concetto che solo la norma emanata e applicata dallo Stato è norma giuridica, caposaldo della scienza giuridica Ottocentesca ed espressione di un «semplicismo»¹⁶, che se da un lato «riduceva il diritto a diritto dello Stato»¹⁷, dall'altro «forniva

⁷ LOPEZ DE ONÃTE F., op. cit., 26.

⁸ LOPEZ DE ONÃTE F., op. cit., 27.

⁹ LOPEZ DE ONÃTE F., lc. cit.

¹⁰ LOPEZ DE ONÃTE F., lc. cit.

¹¹ LOPEZ DE ONÃTE F., op. cit., 38.

¹² LOPEZ DE ONÃTE F., lc. cit.

¹³ LOPEZ DE ONÃTE F., lc. cit.

¹⁴ LOPEZ DE ONÃTE F., op. cit., 41.

¹⁵ CAPOGRASSI G., *Studi sull'esperienza giuridica* (1932), in *Opere* II, Milano, 1959, 216.

¹⁶ CAPOGRASSI G., op. cit., 213.

¹⁷ CAPOGRASSI G., lc. cit.

pronto e netto l'oggetto di ogni speculazione del diritto»: «bastava mettersi dal punto di prospettiva dello Stato e tener di mira il tribunale dello Stato, ed ogni incertezza era rimossa»¹⁸.

Le critiche vivaci, vibranti ed inesauribili che il pensiero moderno rivolge verso la legge, astratta e generale, trovano espressione evidente ed inequivocabile nella formula elaborata dalla dottrina tedesca della «*Rechtmässigkeit*»¹⁹, *aderenza al diritto*, «in sostituzione della *Gesetzässigkeit*»²⁰, legalità: «di fronte alla legge che gli appariva onnipotente e terribile, indifferente alla sua precisa particolare individualità, rigida ed astratta nella severità del suo comando»²¹, il singolo è andato errando in cerca di rifugio, «barricandosi dietro il diritto, il diritto che ciascuno porta con sé, che la realtà, che i fatti, che la vita portano con sé»²². Tale diritto “fattuale” si è rivelato tuttavia esistere solo nella fantasia, al punto che l'individuo si è ritrovato privo della protezione che la legge gli forniva «come volontà uguale e costante, cioè certa»²³, solo e disperato «di fronte ad una volontà continuamente rinnovantesi ed imprevedibile, che si qualificava come diritto»²⁴.

La scienza del diritto libero, «movimento che è manifestazione ricorrente dell'eterna lotta fra lo spirito soggettivo individuale, sinonimo di libertà, e l'oggettivismo, l'esteriorità, l'autorità»²⁵, aspirando ad elidere il vincolo della legge, in quanto l'applicazione della legge tassativamente intesa, si risolve in decisioni contrastanti con un'esigenza naturale di giustizia, e affidando al giudice la creazione della legge, per assicurarne l'adeguazione alla fattispecie, non solo nel caso in cui sia lacunosa, ma anche contro le sue disposizioni, quando si trovino in contrasto con il principio di giustizia, cade in una illusione grossolana ed ingenua, misconoscendo la natura del mondo giuridico. Il presupposto speculativo erroneo della dottrina del diritto libero è la «dissociazione dei due termini società e Stato, per negare il termine Stato, conseguenza della negazione del valore costante della norma, il cui centro di riferimento non ha più alcuna ragione di sussistere. La giustizia diviene esigenza e pretensione *immediata* del singolo, il quale, sciolto dallo Stato in quanto si scioglie (o vorrebbe sciogliersi) dal vincolo della norma, resta isolato nella società»²⁶, perde così «il valore sociale»²⁷ e con il dover rinunciare allo Stato, finisce con il rinunciare, senza volerlo e senza accorgersene, anche alla società e a se stesso.

La crisi del diritto risulta allora essere, nella sua essenza, «la crisi dell'individuo contemporaneo»²⁸

¹⁸ CAPOGRASSI G., *lc.cit.*

¹⁹ LOPEZ DE ONATE F., *op. cit.*, 35

²⁰ LOPEZ DE ONATE F., *lc. cit.*

²¹ LOPEZ DE ONATE F., *op. cit.*, 36

²² LOPEZ DE ONATE F., *lc. cit.*

²³ LOPEZ DE ONATE F., *lc. cit.*

²⁴ LOPEZ DE ONATE F., *lc. cit.*

²⁵ LOPEZ DE ONATE F., *op. cit.*, 82.

²⁶ LOPEZ DE ONATE F., *op. cit.*, 85.

²⁷ LOPEZ DE ONATE F., *lc. cit.*

²⁸ LOPEZ DE ONATE F., *lc. cit.*

che, disconoscendo lo Stato e la legge, «ha smarrito se stesso»²⁹.

²⁹ LOPEZ DE ONATE F., *loc. cit.*.

§2. Giuseppe Capograssi interprete della «crisi del diritto» nel *Saggio sullo Stato*.

A partire dall'inizio del XX secolo, «l'edificio costruito dalla scienza giuridica ottocentesca»³⁰ sopra i due caposaldi dello «statualismo»³¹, monopolio statale del diritto, «secondo la formula: non vi è altro diritto che il diritto statale»³², e del «legalismo»³³, risoluzione del diritto nella legge, «secondo l'altra formula: non vi è altro diritto nello stato che il diritto legislativo»³⁴, crolla sotto i duri colpi inflitti dai molteplici atteggiamenti antilegalistici ed antistatualistici. È l'*incipit* di quella «crisi del diritto», che descritta mirabilmente da Lopez de Onãte, assume i toni di una voce unanime nella letteratura giuridica italiana del Secondo Dopoguerra, nota appunto, come «letteratura della crisi»³⁵. L'orientamento antilegalistico, iniziato con la dissoluzione della scuola esegetica in Francia ed il dischiudersi della «pandettistica dommatica e sistematica, o giurisprudenza concettuale»³⁶ all'interpretazione storico-evolutiva e al diritto libero, trae linfa vitale dalla battaglia contro l'impotenza delle leggi, dalla rivolta dei fatti contro il codice, dalla giurisprudenza degli interessi e dall'interpretazione teleologica, riuscendo a spezzare il cerchio chiuso della dommatica legalistica e a portare alla superficie della storia altre fonti di produzione giuridica, diverse dalla legge, tra cui in primo luogo l'opera del giudice, e quindi il diritto giudiziario.

L'orientamento antistatualistico, «preparato, se pur alla lunga, dalle teorie socialistiche, dissolventrici dell'idea dello stato moderno, come stato di classe, dalla sociologia positivista, indagatrice della storia delle società primitive, vale a dire delle forme prestatuali di convivenza, dalla sociologia morfologica, che s'avvia a considerare lo stato come una tra le tante forme di associazione umana»³⁷, lascia, solo ed abbandonato, tra le macerie della compatta e coerente dommatica ottocentesca, lo Stato moderno, «povero gigante scoronato, che porta nella sua bisaccia logora e preziosa, l'impero del mondo e lo scettro di avorio»³⁸. Ad osservarlo è il giovane Capograssi, che, con il suo *Saggio sullo Stato*, pubblicato nel 1918, medita, non sullo Stato che la scienza vede con i suoi concetti, ma sullo Stato che la scienza sottintende, trasformando così, il «problema della sua natura»³⁹ da un problema di cultura ad un problema di «realtà»⁴⁰, che mescolandosi con la pratica, è divenuto pratica vissuta, sofferta, combattuta. Le critiche, che, fin dai primi anni del 1900, hanno gareggiato nel negare in sé e per sé ogni valore allo Stato, perché privo di ogni umana ragione di

³⁰ BOBBIO N., *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942, 1.

³¹ BOBBIO N., *lc. cit.*

³² BOBBIO N., *lc. cit.*

³³ BOBBIO N., *lc. cit.*

³⁴ BOBBIO N., *lc. cit.*

³⁵ BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*³, Milano, 1977, 19.

³⁶ BOBBIO N., *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942, 5.

³⁷ BOBBIO N., *La consuetudine cit.*, 6.

³⁸ CAPOGRASSI G., *Saggio sullo Stato* (1918), in *Opere I*, Milano, 1959, 5.

³⁹ CAPOGRASSI G., *Saggio cit.*, 9.

⁴⁰ CAPOGRASSI G., *Saggio cit.*, 10.

vita e di ogni profondo contenuto morale, sono insoddisfacenti: se lo Stato è un elemento della esperienza pratica, ogni critica che lo attacca, attacca tutta quanta questa esperienza e la riduce, come lo Stato, a giuoco ed illusione.

Di qui l'impegno a riconsacrare lo Stato in quanto «forma di esperienza»⁴¹, giustificandolo non nel suo concetto, ma nella sua vita, ritrovando la ragione, la moralità, che lo fa attività umana, attraverso la comprensione di tutta intera la sua esperienza storica. Si tratta di porre in maniera nuova il problema dello Stato: mentre la filosofia degli addottrinati si ostina a rimanere chiusa dentro la «spettrale repubblica senza movimento e senza storia che la scuola del diritto naturale ha costruito per il torbido popolo di fantasmi dei suoi individui»⁴², e restando immobile con le sue categorie, pretende di determinare la realtà, fluente e varia, il giovane Capograssi, consapevole che l'essenziale sta proprio nel variare del concreto, si sforza di vedere e comprendere lo Stato della realtà e della storia degli uomini, determinazione vivente e produttiva della personalità umana, considerata nella sua concretezza. Ispiratore del modo nuovo di porre il problema dello Stato, quale ricerca della «necessità»⁴³ e della «ragione di quello che è il fatto ed il dato del mondo umano»⁴⁴, è Rousseau, con la sua intuizione della «semplice e grande verità»⁴⁵: lo Stato è «un passaggio da una volontà all'altra»⁴⁶, dal regno dell' «istinto» al regno della «giustizia»⁴⁷, per cui «la trasformazione dell'«appetito» in «diritto», costituisce la realtà dello stato e per conseguenza la sua giustificazione»⁴⁸. Alla contraddizione logica di intendere tale tragitto, non quale «intimo e reale determinarsi della volontà in se stessa»⁴⁹, ma come determinata dall'esterno, sotto il pesante involucro dell'idea giuridica del contratto, fanno eco le contraddizioni reali che coinvolgono non solo lo Stato, insieme «necessaria e profonda formazione del volere, e insieme arbitraria coincidenza di volontà subiettive»⁵⁰, ma anche l'individuo, ad un tempo, «solo, in mezzo ad una moltitudine di uomini soli»⁵¹, e «capace, nella volontà profondamente trasformata, di tutte le unioni e di tutte le formazioni sociali»⁵², ed in ultimo, lo stesso mondo sociale, contemporaneamente, «scheletro morto ed anima viva»⁵³. Il seme che Rousseau pianta nel campo della riflessione sullo Stato e che germoglierà nel XIX secolo, ad opera del pensiero tedesco, è la scoperta dello «spirito» «sotto la

⁴¹ CAPOGRASSI G., *Saggio* cit., 8.

⁴² CAPOGRASSI G., *Saggio* cit., 10.

⁴³ CAPOGRASSI G., *Saggio* cit., 11.

⁴⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁴⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁴⁶ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁴⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁴⁸ CAPOGRASSI G., *Saggio* cit., 12.

⁴⁹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁰ CAPOGRASSI G., *Saggio* cit., 13.

⁵¹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵² CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵³ CAPOGRASSI G., *Saggio* cit., 14.

specie del volere dell'individuo»⁵⁴: «l'individuo diventa spirito, accoglie tutta l'ampiezza del reale, e il reale divenuto volere accoglie ed assume tutta la vita e la ragione dell'individuo»⁵⁵. La trasformazione dello Stato in spirito, per cui lo Stato diventa effettivamente e realmente realtà in quanto spirito, è compiuta da Hegel, il quale erroneamente pietrifica i meri prodotti storici in categorie dello spirito ed assolutizza lo Stato moderno, massimo prodotto storico, nella conclusione della storia: «tutti gli elementi del reale contemporaneo che spariranno e che vanno sparendo, il pensiero hegeliano li assorbe nel suo sforzo gigantesco di dedurre e giustificare tutto il concreto, frugato perfino nelle attualità più minute»⁵⁶. La «lotta»⁵⁷, essenza dello Stato, con Hegel chiusa dentro il principio dello Stato stesso, nella cerchia del dominio e nel recinto del politico, con Capograssi si eleva al di sopra del «principio dello Stato»⁵⁸ e «crea una realtà più alta, che è più alta perchè in essa le particolarità delle genti spariscono e, sull'anarchia selvaggia degli stati in armi, si disegna una *civitas magna*, di cui Vico, con l'occhio che era più limpido e profondo di quello di Hegel, intravede il lontano profilo e la totale giustizia»⁵⁹.

Il giovane Filosofo, partito dallo Stato della coscienza comune, «assetto ideale di diritto»⁶⁰, «forza che dovrebbe tutti i rapporti e le situazioni della vita ordinare, secondo il criterio severo della giustizia»⁶¹, supera la immediatezza ingenua della coscienza empirica e l'involucro astratto della coscienza scientifica, per scoprire, ad opera della coscienza filosofica, il reale restituito alla pura e nuda verità di se stesso, liberato da ingenuità, da coloriti, da astrattezze e da dubbi. Liberato l'uomo dalla falsa idea della sua naturale socievolezza, occorre accompagnarlo «attraverso la sua vita etica, fintanto che non entri nello Stato e non crei il fenomeno politico»⁶², arrivando ad essere lo Stato. Ma un interrogativo tormenta i pensieri di Capograssi: come dalla inconsistente e furiosa anarchia di uomini, eternamente peregrinanti e privi della consapevolezza di sé e degli altri, può nascere l'ordine del mondo e la legge dello Stato, tappa decisiva e avanzata nel percorso di realizzazione dell'ordine interiore ed essenziale dello spirito? La spiegazione del passaggio dalla dispersione infinita alle relazioni etiche, il giovane Filosofo la trova compiendo un lavoro pratico, sempre più raffinato, che si riduce ad un ritrovamento sempre più profondo di sé stesso, in un graduale, ma totale distacco del volere da tutto l'intrinseco dei bisogni e degli istinti. Se «primo stadio e primo

⁵⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁵ CAPOGRASSI G., *Saggio cit.*, 15.

⁵⁶ CAPOGRASSI G., *Saggio cit.*, 16.

⁵⁷ CAPOGRASSI G., *Saggio cit.*, 17.

⁵⁸ CAPOGRASSI *lc. cit.*

⁵⁹ CAPOGRASSI *lc. cit.*

⁶⁰ CAPOGRASSI G., *Saggio cit.*, 28.

⁶¹ CAPOGRASSI G., *Saggio cit.*

⁶² CAPOGRASSI G., *Saggio cit.*, 49.

sforzo»⁶³ della «elevazione»⁶⁴ del volere verso la dimensione etica è «la famiglia», in cui la volontà ha potuto «cogliersi come parte, accanto agli altri, di un tutto e come tutto vedersi uno cogli altri e diverso dagli altri»⁶⁵, il porsi dell'uomo di fronte all'altro uomo con la sua sostanza di umanità, richiede che la volontà esca da questo stato naturale e si ponga come personalità, in grado di conoscere in sé la sua natura razionale, ad opera dell'attività giuridica. La prospettazione Capograssiana di un «volere che ha raggiunto la razionalità della coscienza di sé, che ha preso possesso di tutta la realtà, che tale sua realtà ha unificato e fatta sua, ma che è ancora particolarità perchè tende ancora al bene individuale, al bene di sé come individuo»⁶⁶, è una condivisione della soluzione vichiana, secondo la quale «la volontà dell'uomo»⁶⁷ «che solleva la sensibilità naturale a diritto è la *vis veri*, la energia diretta a sollevare la nostra vita relazionale, come la *vis corporis* è diretta a tutelare la nostra vita organica, forza del vero, che è il massimo principio della vita morale, poichè come virtù combatte la cupidità e quindi origina tutta la vita etica, come giustizia eguaglia le utilità, e quindi eguaglia tutta la vita giuridica»⁶⁸. La *vis* che costituisce la causa formatrice e specifica del diritto è «un principio morale»⁶⁹, che Vico fa nascere con il «pudore»⁷⁰, «l'unica favilla di umanità»⁷¹, che consente all'uomo, «traverso i mille sviluppi della sua attività»⁷², di ricostruire «la sua vita pratica ed etica, il suo *vere vivere*, il suo *vivere ex vero et ratione*»⁷³.

Posta la volontà come personalità, in mezzo all'infinita illimitatezza del volere sensibile ed utilitario, per cui l'attività umana si sente limitata ed in qualche misura impedita, nella sua libertà di svolgersi, dal diritto, che pone ordine, componendo in sistema una massa slegata ed incoerente, un nuovo quesito affolla i pensieri del giovane Capograssi: «in quale modo può la volontà giuridica limitare ed essere limitata?»⁷⁴ La soluzione alla questione, apparentemente tecnica, della limitazione giuridica del volere, non può essere risolta nel senso di un limite esteriore rispetto alla volontà, quale minaccia di un danno, alla maniera di Spinoza, o di una promessa di un maggiore utile, secondo la concezione utilitaristica, per la sostanziale impotenza di queste spiegazioni a comprendere e giustificare la storia, ridotta ad un coacervo mostruoso e confuso di materiali, alla cui costruzione l'uomo sarebbe per una oscura e fatale pena condannato. Lo sviluppo del pensiero

⁶³ CAPOGRASSI G., *Saggio* cit., 58.

⁶⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁶⁵ CAPOGRASSI G., *Saggio* cit., 59.

⁶⁶ CAPOGRASSI G., *Saggio* cit., 64.

⁶⁷ CAPOGRASSI G., *Saggio* cit., 66.

⁶⁸ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁶⁹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁷⁰ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁷¹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁷² CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁷³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁷⁴ CAPOGRASSI G., *Saggio* cit., 69.

che la «personalità»⁷⁵, quale «scopo superiore»⁷⁶ rispetto ai «fini utilitari»⁷⁷, «non è una aggiunta esteriore e meccanica, che li faccia rimanere inalterati, ma è una *nuova posizione di essi, una trasformazione profonda*»⁷⁸, che avviene nell'atto col quale il volere, levatosi sopra la mobile massa delle utilità, si sottrae al loro imperio disordinato, e le comprime e le unifica tutte col criterio dei suoi interessi obiettivi, cioè del suo essere obiettivo e concreto, sotto il cui comando il limite alla selvaggia energia delle utilità come tali, si presenta come comando della volontà ormai libera, delinea una concezione volontaristica dell'individuo e dello Stato, in cui l'elevazione della volontà del singolo a personalità, attraverso l'opera sistematrice della legge, crea lo Stato. Strumento di trasformazione delle utilità in utilità approfondite ed avverate nel loro intrinseco valore ai fini della personalità, è la legge, che radunando ed ordinando tutta l'esperienza, la razionalizza, esprimendo e dichiarando, in ogni momento, ciò che vi è di obiettivo e di personale nella confusa mescolanza della realtà concreta: «la realtà giuridica non è che l'avveramento e la sistemazione e l'obiettivazione delle utilità, prima vaghe nella dispersione dello stato naturale, ad opera della volontà, che, come persona, nella forma della legge, opera un tale ordinamento nel mondo caotico delle utilità e crea tutte le forme concrete e viventi che la realtà giuridica assume nella esperienza storica, quali le consuetudini, le leggi, le forze dello Stato e gli Stati nel concreto, che, quali prodotti del volere, sono il volere stesso, nel suo concreto sussistere come attività»⁷⁹.

Capograssi, avendo posto il principio che presiede all'unità e all'ordine nella personalità, quale volontà che non è esterna alla realtà, ma è la realtà stessa, che, ponendosi, pone la realtà, rifiuta l'idea che l'essenza dello Stato e del diritto possa essere ricercata in una nozione o in una idea o anche in una forma esterna al reale: è illusorio, sia individuare l'essenza dello Stato nell'idea, che, in quanto fuori dell'azione e del mondo pratico e quindi totalmente diversa e separata dalla realtà, è impotente a spiegare la realtà, la quale rimane senza lume, senza razionalità, affidata alla forza del caso, sia porre la «essenza»⁸⁰ dello Stato «in una forma, alla maniera kantiana», «perchè il concreto è sempre tale e sta sempre fuori dell'attività dello spirito, la quale gira e rigira su se stessa, rimanendo immobile, mentre si trova limitata e condizionata dalla materia della realtà, che essa non ha posto e non pone, e che perciò è informe e cieca»⁸¹.

Anche qui il pensiero Capograssiano è foriero di geniali intuizioni: per evitare la condanna a negare il reale, o ad ignorarlo nel suo valore obiettivo, è necessario che «il principio dello Stato»⁸² sia

⁷⁵ CAPOGRASSI G., *Saggio* cit., 74.

⁷⁶ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁷⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁷⁸ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁷⁹ CAPOGRASSI G., *Saggio* cit., 76.

⁸⁰ CAPOGRASSI G., *Saggio* cit., 79.

⁸¹ CAPOGRASSI G., *Saggio* cit., 79.

⁸² CAPOGRASSI G., *Saggio* cit., 83.

ricercato «nella realtà dello Stato», mediante un processo cognitivo, che in realtà è produttivo perchè fa nascere tale principio «dal concreto dell'attività umana»⁸³, e lo spiega rintracciando «in esso l'ordine dello spirito e l'opera della ragione»⁸⁴ e trovando l'idea che sia capace di far muovere all'opera gli uomini e di creare le creazioni degli uomini. Capograssi, preso atto che ogni problema morale è un problema delle origini ideali, per cui scrivere il libro della storia dello Stato significa scrivere il libro della sua genesi, «afferma la formidabile esigenza, la cui formulazione fu il dramma del pensiero vichiano e la cui soluzione fu la sua profonda originalità, di rifare il passaggio dal principio al fatto, di fondere l'uno nell'altro»⁸⁵.

La soluzione di Vico, condivisa da Capograssi, al problema fondamentale di «come adattare i paradigmi ideali della società del vero e dell'equo buono, propri della filosofia tradizionale, con le società storiche, e come dal vero tutto puro del diritto naturale, scendere alle asprezze, le iniquità, le finzioni del diritto, che si trova consegnato nelle leggi e conservato nella storia»⁸⁶, è che occorre «accertare la ragione con l'autorità, avverare l'autorità con la ragione, in altri termini ricercando l'una nell'altra, il contenuto nella forma, la forma nel contenuto, ristabilire l'unità creativa ed originaria dello spirito»⁸⁷.

Alla filosofia Vichiana si rifà Capograssi anche nella individuazione della strada per superare la crisi dello Stato moderno, nel raggiungimento della Città di Dio, attraverso la carità, secondo l'insegnamento di San Paolo, «*veritatem facere in charitate*»⁸⁸, che ha segnato la rivoluzione cristiana: la verità non si può conoscere e comprendere esteriormente e logicamente, ma si conosce facendola e ponendola in atto, da parte di un uomo che, muovendosi dalla prigionia e dalla vanità del senso e conformando la sua vita all'attuazione della verità, fa, con la propria volontà, la volontà di Dio, aderendo a Dio e, divenendo, con Dio, un solo spirito.

Causa della crisi dello Stato moderno, colpito da una immensa diminuzione di fronte ad una realtà, creata dall'uomo nuovo, il borghese, che è più sapiente della sua legge, e più forte della sua forza, è proprio la perdita, da parte dell'individuo, della sua profonda moralità e della organicità spirituale del suo essere, che fa perdere al concreto, similmente, ogni moralità ed ogni organicità. Lo Stato, per effetto della «lotta»⁸⁹ alla sua «conquista»⁹⁰, intrapresa dalla borghesia e dal capitalismo, «in nome della libertà e della nazione, contro la morta sovranità del passato»⁹¹, ha subito un processo di

⁸³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁸⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁸⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁸⁶ CAPOGRASSI G., *Saggio cit.*, 84.

⁸⁷ CAPOGRASSI G., *Saggio cit.*, 92.

⁸⁸ CAPOGRASSI G., *Saggio cit.*, 122.

⁸⁹ CAPOGRASSI G., *Saggio cit.*, 135

⁹⁰ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁹¹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

mitizzazione, «per cui ogni uomo nello Stato non ha visto più lo Stato, ma se stesso e si è verificato nella realtà una situazione che è precisamente il rovescio di quella che è la sua apparenza: mentre pare che lo Stato abbia catturato ed imprigionato nella sua massa tutti gli individui, viceversa è proprio l'individuo che ha imprigionato lo Stato ed ha trasfuso nella grossa compagine di questo la sua piccola anima, la sua breve ragione, il suo egoismo ed il suo materialismo»⁹².

Il binomio Stato-individuo diviene il centro dei pensieri Capograssiani sulla crisi dello Stato, che già nel 1918, è intesa quale crisi dell'individuo, uomo dimezzato, che assolto e risolto nella materialità della vita quotidiana, privato della sua profonda moralità e della organicità spirituale del suo essere, fa perdere al concreto, similmente, ogni moralità e ogni organicità: «lo spaventevole della crisi consiste veramente nell'aver posto come ideale dello Stato la più supina e dormiente indifferenza rispetto ai più alti interessi ed alle più alte esigenze dello spirito»⁹³, con la conseguente perdita della sua «unità morale»⁹⁴.

⁹² CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁹³ CAPOGRASSI G., *Saggio cit.*, 138.

⁹⁴ CAPOGRASSI *lc. cit.*

§3. La «crisi dell'autorità» quale profilo della crisi del diritto e dell'individuo.

Anche la crisi dell'autorità, quale «mancanza di autorità»⁹⁵, ovvero mancanza, nelle grandi formazioni permanenti, prima fra tutte lo Stato, ridotto ad un accidentale e quasi materiale «accozzamento di forze di rapporti di funzioni»⁹⁶, dell'«altissima funzione che è propria dell'autorità»⁹⁷, di direzione del mondo sociale, è «crisi della coscienza»⁹⁸, quale mancanza di un «centro»⁹⁹ per la coscienza stessa, causata dall'uomo, libero, nell'«atto fondamentale dello spirito, che forma la sua esperienza, e rimane libero o di sollevarla ai suoi fini umani o di farsi perdere ed inghiottire da essa»¹⁰⁰. La coscienza umana, sottomettendosi ai fini empirici, abbandonando il terreno delle obiettività morali, della legge morale, ed immergendosi nella sfera della sensibilità immediata, in una crisi contrassegnata dalla trasformazione del principio della ragione da movimento, volontà, a norma esteriore, prescrizione, precetto di legge, invece di trasformare secondo la sua natura gli interessi empirici ed orientarli verso i fini superiori della ragione, si porta violentemente verso di essi, esce al di fuori di se stessa, e si riduce a passività, ponendosi come forza, con la conseguente sparizione dell'autorità, quale guida razionale. Tale dominio del fatto sull'idea, a cui si riduce la crisi dell'età moderna, condiziona lo stesso modo di indagarla, che comincia dal fatto: è proprio osservando la vita empirica che emergono l'economizzazione sociale, per cui assumono funzione e carattere economico, anche quelle sfere che sono superiori alla sfera economica, di cui è un aspetto la lotta di classe, e la definitiva rottura della unità sociale, ad un tempo, fatto stesso del totale economizzazione della società e sostanza stessa della società moderna, quale negazione della spiritualità della natura umana. Partendo dall'analisi del dato empirico che contraddistingue la società moderna, ovvero, la produzione in proporzioni vastissime e superiori a tutte le altre società storiche della ricchezza, considerata sia come criterio universale di giudizio, sia come obiettivo finale della vita e sia come motivo legittimo di lotta, la causa della crisi dell'autorità, va rinvenuta nel cedimento dell'individuo e della società di fronte al fatto: «dinanzi all'accamparsi del mondo esteriore ed immediato ricco di beni sensibili e di promesse, perse nell'attività pratica che l'immensa produzione di beni richiede, le volontà contemporanee non hanno avuto più forza di affermare la propria originalità e le proprie fondamentali esigenze al di sopra di questa mischia di interessi, e si sono fatte una natura non più creativa, ma fissa, stabile, passiva, si sono acconciate a divenire fatto economico»¹⁰¹. Nel processo di economizzazione della

⁹⁵ CAPOGRASSI G., *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi*, (1921), in *Opere I*, Milano, 1959, 299.

⁹⁶ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

⁹⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

⁹⁸ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

⁹⁹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁰⁰ CAPOGRASSI G., *Riflessioni cit.*, 302.

¹⁰¹ CAPOGRASSI G., *Riflessioni cit.*, 312.

società lo stesso individuo è divenuto puramente e semplicemente natura economica ed individualità sensibile, perdendo la forza originaria del suo spirito ed oscurando in sé tutti i valori per i quali si inserisce nell'ordine dell'assoluto. Il problema della società contemporanea è allora, secondo il giovane Capograssi, riformare la individualità e ridare obiettività alla società, attraverso non la liberazione dallo Stato, come sostiene il liberismo, «ma la liberazione di quella che è la sostanza stessa del gruppo e dell'individuo, da quell'ambiente di sensibilità e da quella immediatezza, che è falsamente mediata e che, posta come mediata, è la vera, profonda, totale causa, della servitù dell'individuo»¹⁰².

Aspetto più generale della crisi dell'individuo e della società è la crisi dello Stato, che si è anche esso economizzato, ponendosi come «il vero legislatore di questa etica sensistica e materiale sulla quale la società economica tenta di assettarsi»¹⁰³, raccogliendo «il fatto della società economica»¹⁰⁴ ed elevandolo a «principio»¹⁰⁵: «a guardare dall'esterno e nelle sue proporzioni esteriori, lo Stato è un organismo immenso che a poco a poco ha invaso tutta la sfera del vivere sociale ed individuale, ma se si esamina a fondo, nei suoi titoli e nelle sue azioni, si vede con meraviglia che quella sua è una attività immediatamente sociale, immediatamente economica, e si scopre che quel grande organismo dice non che lo Stato è vivente di attività e di valore, ma che la società economica si è estesa sino a non lasciare spazio alcuno alla originaria libertà dello spirito e della vita relazionale»¹⁰⁶. La riduzione dello Stato a fatto e la conseguente trasformazione a puro atto di forza di una sovranità, che, «scesa dal cielo alla terra»¹⁰⁷, ha tagliato ogni nesso, non solo «con il cielo e con l'assoluto»¹⁰⁸, ma anche «con la ragione e le sue leggi»¹⁰⁹, è stata causata da una degenerazione o involuzione della volontà, considerata, non nell'individuo dirigente, nel quale si riduce ad un episodio accidentale, ma considerata in sé, come degenerazione della volontà e della coscienza individuale di un dato tempo e di una data società, che si riempie di sé e deprime tutta la propria esperienza e quindi anche lo Stato contemporaneo, la cui sostanza è lo spinoziano «*nulla lege teneri*»¹¹⁰, la negazione di ogni legge, ma non in quanto esso nell'azione esteriore si affranca da ogni legge, ma in quanto, nella interiore volontà, è la negazione di ogni obiettività. In tale nuova tirannia, il potenziamento dello Stato diviene così vasto che da mezzo che era diviene fine e da fine diviene mezzo, in un gioco di azione e reazione tra individuo e Stato per cui ora lo Stato si riduce alla

¹⁰² CAPOGRASSI G., *Riflessioni*, cit., 315.

¹⁰³ CAPOGRASSI G., *Riflessioni* cit., 316.

¹⁰⁴ CAPOGRASSI G., *Riflessioni* cit., 319.

¹⁰⁵ CAPOGRASSI G., *Riflessioni* cit., 317.

¹⁰⁶ CAPOGRASSI G., *Riflessioni* cit., 321.

¹⁰⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁰⁸ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁰⁹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹⁰ CAPOGRASSI G., *op. cit.*, 328.

misura dell'individuo, che estende il dominio della sua esistenza immediata e dei suoi bisogni a tutta la realtà, che a poco a poco si riduce alla misura della sua esperienza individuale, ora «l'individuo si sopprime nella astrazione dello Stato, per cui tutto l'ordine sociale perisce e con esso è la pace sociale che è resa impossibile»¹¹¹.

Il giovane Capograssi collega la crisi dell'autorità a tutta la crisi della verità nella storia più intima del pensiero moderno, che, nato per soddisfare l'esigenza di ricollegare la realtà al pensiero e la vita alla ragione, è alimentato dalle alternative soluzioni Vichiane e Cartesiane: «mentre Vico concepì il titanico disegno di ritrovare la mente umana nella pienezza della sua natura dentro la vita storica, parimenti concepita nella pienezza delle sue vitali determinazioni, Cartesio e gli altri vollero ritrovare la verità in quella esangue realtà che è la nuda essenza del soggetto pensante»¹¹².

Capograssi ascrive a Vico il merito sia di avere trovata la soluzione vera al problema del rapporto tra realtà e pensiero nella configurazione del pensiero, quale coscienza dell'ordine universale, e della realtà, quale ordine divenuto vivente e veramente determinato, sia di avere formulato per primo nel pensiero Europeo, il principio fondamentale che l'autorità è la verità che, unitasi alla vita e realizzatasi come vita, è divenuta vita e forza della realtà: poiché, secondo la intuizione Vichiana la ragione è sempre «spinta dal vero *et semper a vero regitur*»¹¹³ e la funzione dell'autorità è di accostare la realtà all'ordine fondato sulla verità delle cose, ne consegue che l'autorità è personalità, cioè mentalità guidata dal lume dell'assoluto, e dire che l'autorità deve essere la mente dello Stato vuol dire che la personalità morale e la virtù devono essere la forza direttiva della società.

La posizione di Vico, si distingue nettamente da quella Cartesiana e degli altri filosofi moderni, poiché «mentre Vico aveva visto il certo e cercato di giustificarlo con il vero, il nuovo pensiero parte dal certo ed al certo si ferma e non ha bisogno di giustificare il certo poiché il certo con la sua esistenza stesso è giustificato»¹¹⁴.

Cartesio con il suo *cogito*, che si rifugia in sé stesso, nella sua nuda esistenza individuale, nel nudo fatto del suo pensare e da questo fatto si leva alla concezione di tutta la realtà, opera, secondo Capograssi, un tale mutamento di concezione del mondo e della realtà, che ne esce sovvertita tutta la vita dalle sue basi e rovesciati i concetti fondamentali della civiltà e della verità e l'idea di Dio entra in una crisi morale: «a poco a poco verità e mente si confondono, poiché quello che la mente opera è realtà, il movimento del reale è il movimento della mente, la sola verità che si fa è la realtà e la realtà è solo quello che la mente pone»¹¹⁵, in un «acosmismo perchè il mondo sfuma nel valore

¹¹¹ CAPOGRASSI G., *Riflessioni* cit., 331.

¹¹² CAPOGRASSI G., *Riflessioni* cit., 332.

¹¹³ CAPOGRASSI G., *Riflessioni* cit., 334.

¹¹⁴ CAPOGRASSI G., *Riflessioni* cit., 337.

¹¹⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

della sostanza»¹¹⁶, che è anche «un panteismo poichè la sostanza non è staccata dal reale, ma è anzi il solo reale»¹¹⁷. Alla medesima conclusione di Cartesio, della perdita di ogni autonomia, valore e fine trascendente della volontà umana, giungono anche Spinoza e Hobbes, i quali, sia pure per strade differenti, proclamano la finitezza del tutto e bandiscono la nozione dell'infinito dal pensiero. Posto il centro della vita umana nella tendenza a conservarsi nell'essere, e ricondotta la vita dell'individuo a conati, cioè a tendenze immediate, come per tutto l'universo, anche per il sociale, il pensiero di Spinoza è un acosmismo: il mondo sociale non c'è, è sparito dietro la rovina e la sparizione della coscienza concreta ed obiettiva degli individui, meri accidenti ed ombre effimere nel seno dello Stato, essere nuovo, che traendo a sé potenza e diritto di ciascuno, spoglia di ogni valore il singolo individuo, cioè priva di ogni valore e di ogni vita autonoma il mondo sociale stesso. Alla medesima proclamazione della finitezza del tutto, bandendo assolutamente la nozione dell'infinito dal pensiero, giunge Hobbes, il quale dice in modo esplicito ciò che nel pensiero Spinoziano è solo implicito: «solo lo Stato è la vera volontà e la vera mente del mondo storico e perciò lo Stato può definire il vero di Dio, del mondo, della natura e dell'uomo»¹¹⁸. Nella crisi della verità, nella storia più intima del pensiero moderno, è scolpito tutto l'essenziale della concezione e soprattutto della pratica dello Stato moderno e vi sono espresse senza ambagi e senza ipocrisie morali e dottrinali, tutte le categorie fondamentali sulle quali posa l'idea e l'atto dello Stato moderno. Abolita la coscienza dell'individuo come testimonianza ed atto delle leggi morali e di tutto quanto il suo intero complesso contenuto etico e soppresso il principio della responsabilità morale di fronte a sé stesso e di fronte a Dio, che il cristianesimo aveva introdotto nella vita e sul quale si fondavano la volontà e l'ordine umano, tutto si risolve in convenzioni e dichiarazioni esteriori all'individuo, in un processo di abolizione di ogni mediazione tra la mente e la verità, che raggiunge l'apice con la Riforma Luterana: l'affermazione della necessità che la verità sia interpretata non è altro che il riconoscimento che la verità in sé e per sé non esiste se non è elaborata dalla mente. Capograssi, nell'analisi del pensiero moderno, rinviene uno scarto tra l'idea di Stato, affermata dai teorici del diritto moderni, primi fra tutti Spinoza ed Hobbes, e lo Stato della vita, ovvero lo Stato così come si è concretamente realizzato nella realtà: mentre il pensiero moderno afferma la statalità del divino nella vita, poichè in ogni atto della vita, e quindi dello Stato il divino è immanente, in realtà, lo Stato moderno, non solo non ha assunta la nuova spiritualità, ma ha perso anche la vecchia, con la conseguenza che tutte le affermazioni di verità si sono realizzate e si realizzano nella vita moderna, fuori e contro lo Stato.

La constatazione che il pensiero moderno, che doveva portare alla infinità dello Stato, ha invece

¹¹⁶ CAPOGRASSI G., *Riflessioni cit.*, 338.

¹¹⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹⁸ CAPOGRASSI G., *Riflessioni cit.*, 347.

portato alla negazione dello Stato, imponendo una netta distinzione tra Stato ed autorità, inducono gli spiriti pensosi come Capograssi, che avvertono la fondamentale medesimezza della vita e del pensiero e sentono la Verità, l'Assoluto, Dio, in tutte le cose, a porsi un interrogativo: se il relativo contiene in sé l'Assoluto, tutto l'Assoluto, come e perché questa idea dell'Assoluto sparisce sempre più dalla vita pratica dello spirito umano? Come è possibile la riduzione di Dio allo spirito?

Capograssi, nel cercare la risposta a tali domande, parte dalla critica dell'etica e del pensiero filosofico moderni perché riducono Dio allo spirito ed in tal modo annullano l'idea dell'Infinito e dell'Assoluto, ovvero lo stesso individuo e la realtà stessa. La prima vitale intuizione del pensiero moderno, che lo spirito in quanto spirito è conoscenza e deve essere conoscenza dell'assoluto e conoscenza assoluta, nel prodigioso sforzo, tentato da Hegel, di disegnare la rivelazione dell'immanenza, è la trasposizione dal futuro al presente dell'immenso piano cristiano della creazione, nella fede che il soggetto e l'oggetto devono unirsi e che il risultato finale della vita deve essere unità, che il finito deve sbocciare nell'infinito, che l'uomo deve essere Dio e che anche l'esteriorità della natura deve divenire una esteriorità interiore. Tuttavia, mentre l'etica moderna corona l'individuo per scoronarlo e lo esalta per umiliarlo, anzi per annientarlo, il Cristianesimo, non sopprime l'individuo, che, al contrario «rimane unito con Dio e, nella visione di Dio, diventa una sola cosa con Dio, con quella unione che Rosmini profondamente chiamava il “sentimento intellettuale”»¹¹⁹, in una elevazione della individualità in quanto tale alla Infinità viva, attraverso l'amore, che è carità.

Secondo Capograssi ha ragione il pensiero moderno che in tutte le cose sente Dio, che senza Dio niente è possibile concepire, per cui la vera gloria della filosofia moderna è la comprensione che non si vive senza Dio e la sua vera missione è la dimostrazione che o si parta da Dio o si parta dallo spirito, per vivere occorre vivere nell'assoluto. Ma poste tali premesse, per vincere la impotenza a pervenire alle vere conclusioni, è necessario che lo spirito ritorni alla vera coscienza della sua verità, facendo veramente atto di umiltà, riconoscendosi finito e soprattutto riconoscendo che il finito non può contenere né comprendere l'infinito. Entrambe le filosofie poste dal pensiero moderno, sia le filosofie degli addottrinati, che precipitano di negazione in negazione, di rivoluzione in rivoluzione, di disinganno in disinganno, nel tentativo di restaurare e riformare la città ideale della verità e della carità, sia le filosofie della vita, che riducono l'autorità a forza e danno allo Stato la direzione della storia e dello spirito, cadono nello stesso errore fondamentale che apre la storia moderna, di rinchiudere tutto il reale nel fatto. È a questo errore, secondo Capograssi, che la società contemporanea intende sottrarsi, nel guidare la ribellione della vita contro il pensiero: quando tutte le etiche e tutte le leggi proclamano l'assorbimento dell'individuo

¹¹⁹ CAPOGRASSI G., *Riflessioni cit.*, 373

nello Stato e nella società, la vita umana e la coscienza umana proclamano che la vita deve essere unità, e soprattutto che ogni attività contiene tutta intera la vita.

La coscienza contemporanea appare così come una confusa, quasi notturna aspettazione di carità, che, dal fondo della propria vita insanguinata, vede la carità, non solo come mezzo per fare vera la vita, ma come principio e fine del recupero della dimensione dell'infinito. Osservando i due principi emergenti dal confuso intrecciarsi delle correnti della vita contemporanea, «il principio dell'assoluta autonomia dello spirito, nel pensiero moderno, ed il principio della assoluta autonomia dell'individuo nella vita moderna»¹²⁰, Capograssi pensa che questi «due grandi tentativi di rendere libero e di sottrarre ad ogni autorità, pensiero ed azione»¹²¹, in una meravigliosa unità, in cui la vita moderna dà alla volontà la stessa libertà che il pensiero dà allo spirito, sono incapaci di sbocciare nella vita perchè non riescono ad entrare come motivo dell'azione dell'individuo, che, dichiarato libero, scambia la sua libertà per il suo contrario, per la sua indipendenza, e nel suo inganno, si assoggetta perennemente alle sue passioni e all'oceanico movimento dei fatti.

La unità sostanziale ed originaria di tutta la vita pratica, per cui l'attività pratica dell'individuo deve proporzionarsi a quella che è stata riconosciuta come la verità, pone l'esigenza che la verità negata alla cima del pensiero, rinasca alla base della vita: di qui la centralità del tema della democrazia, a cui Capograssi dedica, nel 1922, un breve saggio dal titolo *La nuova democrazia diretta*.

Capograssi, riflettendo sull'autorità, definisce la crisi dell'età moderna quale crisi della democrazia, in una epoca in cui, come segnalato da Rosmini, «l'oblio della sostanza della relazione sociale è più intero»¹²²: la democrazia si fonda sul concetto centrale che funzione augusta dell'individuo è di esprimere il suo giudizio sulla vita, ma il problema della democrazia è proprio questo di rendere capace l'individuo di pensiero e di parola, ricostruendo in lui la vera personalità umana, che è intelligenza e volontà della verità. La ricostruzione della società, tentando di riannodare fra uomo ed uomo quella elementare relazione sociale, senza la quale il mondo sociale non è che una inerte ed opaca consistenza, passa attraverso la restaurazione dell'idea di dovere: essendo padrone di sé stesso, l'individuo diviene sovrano, non più sopraffatto da quel sensismo fatale, a cui corrisponde l'attuale stato e l'intima struttura della democrazia, ma guidato dalla realtà, che dimostra, rendendo vane le cose, la vanità di tutte le cose della vita. Se gli uomini non vogliono più capire il valore delle cose presenti e negano l'infinito e la spiritualità, sono le cose stesse a dimostrarlo, con il loro sparire e crollare, nella progressiva, ma inarrestabile avanzata della esperienza giuridica: «al periodo in cui tutto il pensiero giuridico si orientava verso la considerazione astratta e logica degli istituti così come risultavano dalla elaborazione legislativa e scientifica del sistema del diritto positivo

¹²⁰ CAPOGRASSI G., *Riflessioni cit.*, 387.

¹²¹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹²² CAPOGRASSI G., *lc. cit.*, 395.

vigente, va subentrando un periodo in cui acquistano cittadinanza giuridica, accanto ai dati della legislazione positiva, i dati della vissuta esperienza giuridica, cioè accanto alle norme legali, le norme che risultano dagli istituti che spontaneamente si formano a rivestire di garanzie giuridiche gli interessi concreti della realtà e gli indirizzi che promanano dalle mutate condizioni sociali e dalle mutate esigenze dello spirito pubblico del determinato momento storico»¹²³.

Il pensiero centrale di Capograssi è che vi è tutta una serie di principi giuridici nuovi, i quali, nati «*usu exigente et humanis necessitationibus*»¹²⁴, contribuiscono alla formazione di un ordinamento giuridico che non scende dall'alto, ma viene dal basso, cioè pullula dal seno stesso del mondo sociale: nella convinzione che qualunque ricerca che si proponga il fine di cogliere il diritto nello stato dinamico deve partire dalla società, il giovane Filosofo rintraccia i movimenti, gli atteggiamenti ed i fenomeni del mondo sociale, tra i quali spiccano quei tentativi sociali ed elettorali, che tendono a ridare al complesso delle forze e degli organismi sociali quel generale dominio dei propri interessi e dei propri destini che il diritto costituzionale dello Stato liberale aveva effettivamente e giuridicamente trasferito nell'autorità parlamentare. La acquisita coscienza che le forze sociali hanno assunto, della pubblicità e giuridicità della loro funzione e la conseguente necessità che lo Stato ha di mettersi in relazione con queste forze, per provvedere al conseguimento di alcuni dei suoi scopi più essenziali, come quello della pace, e per provvedere alla formazione della legge, la quale deve essere il portato ed il riflesso della vera e concreta esperienza degli interessi e delle realtà per le quali deve essere fatta, segna la distanza tra la vecchia forma di democrazia diretta, in cui l'individuo era considerato nella astrattezza e nella solitudine dei suoi interessi, e la nuova , in cui l'individuo è esaminato nella vera e vivente realtà dei gruppi e degli interessi collettivi nei quali vive. Ed è proprio la evoluzione della scienza del diritto l'aspetto più interessante dello studio di diritto costituzionale di Giuseppe Capograssi: bocciata la configurazione lineare della scienza giuridica Ottocentesca, mirabilmente logica e sistematica, nel cui indirizzo, basato sul dualismo Stato-individuo, il diritto deriva esclusivamente dallo Stato, e, partendo dalla osservazione di fatti, quali lo sviluppo economico prodigioso della società e l'assunzione da parte dello Stato di servizi di natura tecnica ed amministrativa, il giovane Filosofo prospetta un ampliamento della nozione di diritto, ad opera della vita dell'esperienza giuridica contemporanea, quale conseguenza del predominio sia del rapporto giuridico liberamente formatosi, accanto alla legislazione propriamente detta, e sia delle libere autorità delle forze sociali, giuridicamente rilevanti accanto all'autorità puramente legale degli organi costituzionali.

¹²³ CAPOGRASSI G., *La nuova democrazia diretta* (1922), in *Opere* II, Milano, 1959, 407.

¹²⁴ CAPOGRASSI G., *La nuova democrazia* cit., 413

§4. La «crisi del diritto» quale argomento che chiude il cerchio della produzione di Giuseppe Capograssi.

La «sentenza di condanna dello stato moderno che è cresciuto a scapito delle cosiddette società intermedie»¹²⁵, pronunciata dal giovane studioso, è ribadita, con la stessa decisione e convinzione, dal filosofo maturo: dalla lettura dei primi lavori - *Il Saggio sullo Stato, Riflessioni sull'autorità e la sua crisi, La nuova democrazia diretta* - e degli ultimi saggi - *Il diritto dopo la catastrofe, Incertezze sull'individuo, L'ambiguità del diritto contemporaneo, Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo* - traspare come la crisi del diritto, che si concreta, negli anni Venti come negli anni Cinquanta, in una «rivolta contro lo statalismo, contro l'accentramento dei poteri e contro l'accentramento delle funzioni dello stato»¹²⁶, sia il tema che, dominando e accomunando la prima e l'ultima produzione scientifica di Giuseppe Capograssi, chiude il cerchio del suo percorso, non solo filosofico ed intellettuale, ma esistenziale ed umano.

Nei primi anni dopo la Seconda Guerra Mondiale, la crisi del diritto diventò un tema dominante ed obbligato: non vi era «discorso generale intorno al diritto che non cominciasse, ritualmente, dalla crisi e dall'angoscia di fronte alla crisi»¹²⁷. La letteratura giuridica fu piena di esami di coscienza al punto che alla «crisi del diritto» fu dedicato, nel 1951, un ciclo di conferenze promosso dalla Facoltà giuridica dell'Università di Padova, poi raccolte nel volume *La crisi del diritto*. Parlare di crisi del diritto era di moda negli anni Cinquanta ed «uno degli aspetti più sconcertanti e perciò più significativi dell'attuale crisi del diritto consiste proprio nella tentazione di considerarla fatalisticamente come una specie di incomodo presupposto da segnalare ai filosofi, quasi che il giurista potesse compiere il proprio lavoro senza impegnarsi direttamente e che questo impegno non costituisca una condizione necessaria per il suo superamento»¹²⁸.

«Chi diede la voce più drammatica e intensa a questo stato d'animo di turbamento, quasi di smarrimento, dinnanzi all'enormità degli eventi, fu Giuseppe Capograssi, le cui pagine appassionate, tormentate, di una lucidità quasi esasperata, ebbero tra i giuristi una risonanza che nessun filosofo aveva sino ad allora avuto. In saggi come *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), *Inceterezze sull'individuo* (1953), *L'ambiguità del diritto contemporaneo* (1953), *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo* (1955), espose le linee di una fenomenologia dello stato totalitario e dei suoi effetti, analizzò lo stato di indigenza dell'individuo dopo i grandi rivolgimenti politici e

¹²⁵ BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*³, Milano, 1977, 25.

¹²⁶ BOBBIO N., *Giusnaturalismo* cit., 25.

¹²⁷ BOBBIO N., *Giusnaturalismo* cit., 19.

¹²⁸ CHECCHINI A. - OPOCHER E., *Prefazione*, in BALLADORE PALLIERI G. - CALAMANDREI P. - CAPOGRASSI G. - CARNELUTTI F. - DELITALIA G. - JEMOLO A.C. - RAVA' A. - RIPERT G., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, V-VI.

morali, cercò di far emergere dal disordine alcune prospettive per l'avvenire»¹²⁹.

Capograssi, nel 1950, raccogliendo i materiali e contabilizzando «i danni i dati le constatazioni e le rovine dirette e indirette»¹³⁰ che avevano caratterizzato la catastrofe, giunge alla conclusione che «alle radici di tutta la crisi c'è un'idea arrivata nell'animo di molti a grado di persuasione e di certezza, una falsa ma centrale idea dell'umanità e della vita»¹³¹, secondo la quale l'individuo, privato della sua identità di «essere intelligente e morale che ha una legge e una sua verità»¹³² è ridotto ad «un astratto paradigma di forze, un'astratta capacità di obbedienza, una forza puramente passiva»¹³³, «pura passività»¹³⁴, in quanto fatto di una umanità «senza propria natura e propria verità, puramente vuota puramente informe»¹³⁵, alla quale «si imprime da fuori la direzione la forma il fine che si vuole». Il tremendo della crisi è che «questa falsa idea»¹³⁶ di una umanità, che è «pura potenzialità, pura passività a qualunque esperienza e qualunque direzione»¹³⁷, «ha tolto dall'animo di molti nostri contemporanei»¹³⁸ «l'idea dell'uomo»¹³⁹ e la «verità cristiana»¹⁴⁰, «riconosciuta come verità»¹⁴¹, «che ogni uomo è uomo»¹⁴², per cui l'umanità è l'identità che rimane nonostante tutte le differenze. L'uomo, privato del «valore per sé»¹⁴³, acquista valore solo in quanto funzionale al perseguimento dello scopo imposto dal gruppo dominante «come imperativo e regolativo di una data società»¹⁴⁴, che determina l'essenza di uomo e la prossimità con gli altri uomini: «chi non partecipa è altra cosa, non ha valore di uomo, non vale come uomo»¹⁴⁵. Il nuovo individuo, poiché «non conosce più il rapporto umano con l'altra persona, bensì il rapporto con uno scopo, un valore, un totem che si chiama coi nomi più diversi, ma insomma non è l'uomo né gli altri uomini (i quali sono invece sacrificati, sia per automatismo fanatico sia per violenza al totem)»¹⁴⁶, è «personalizzato in tutti i sensi»¹⁴⁷, in un «mondo della vita concreta»¹⁴⁸ in cui, «caduta l'idea

¹²⁹ BOBBIO N., *Giusnaturalismo* cit., 20.

¹³⁰ CAPOGRASSI G., *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in *Opere*, V, Milano, 1959, 154.

¹³¹ CAPOGRASSI G., *Il diritto dopo* cit., 156.

¹³² CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹³³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹³⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹³⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹³⁶ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹³⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹³⁸ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹³⁹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁴⁰ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁴¹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁴² CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁴³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁴⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁴⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁴⁶ CAPOGRASSI G., *op. cit.*, 158.

¹⁴⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁴⁸ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

dell'uomo»¹⁴⁹, il «punto centrale della crisi»¹⁵⁰ è la «carezza»¹⁵¹ della vita, che, «fondata sul vuoto»¹⁵², è naufragata nell'animo di molti nostri contemporanei, facendo colare a picco, «con tutto il mondo dell'essere»¹⁵³, «Dio che lo creava e lo ordinava gli dava la legge e il destino e lo garantiva. Col crollo dell'idea di Dio e la manifestazione del vero e consapevole ateismo»¹⁵⁴, per cui «“se Dio non esiste tutto è permesso”»¹⁵⁵, non solo l'uomo «ha perduto le garanzie e le sicurezze della sua vita, e si trova allo sbaraglio e alla mercè delle fantasie dei gruppi che pro tempore sono più forti»¹⁵⁶, ma, nelle «mani di questi uomini la storia è diventata veramente creazione cioè arbitrio»¹⁵⁷, dimostrando, attraverso la distruzione della vita, con i mezzi fornitele dalla scienza, e l'attuazione della libertà, intesa, negativamente come liberazione da ogni legge o legame, «di non essere legata a nessuna verità»¹⁵⁸.

Nietzsche, «profeta della catastrofe di questo secolo»¹⁵⁹, ha riportato «il fatto centrale»¹⁶⁰ della crisi alla «rivolta dell'istinto, dell'incoscienza, dell'oscuro, dell'immaturo, del violento contro tutte le cose opposte a queste, si può dire contro la ragione il pensiero lo spirito la moralità. Entrato l'uomo nella sfera dell'istinto, dell'oscuro tendere, del torbido aspirare, tutto quello che è pensiero idea fede nell'invisibile, destino e valori fondamentali della vita e quindi Dio, sono caduti. E al loro posto sono subentrate forze naturali o pseudo-forze naturali assolute o deificate. Sono diventati valori direttivi della vita quelli che l'uomo ridotto a complesso di tendenze istintive e di oscuri impulsi poteva afferrare, gli unici cioè riducibili, e trasformabili in motivi e stimoli che l'uomo istintivo poteva sentire. I valori direttivi posti alla vita sono stati necessariamente adeguati alle tendenze istintive e infantili dell'uomo visto in questa sua natura di puro e torbido impulso vitale»¹⁶¹.

Come nella “crisi” analizzata da Capograssi negli anni Venti, anche nella “catastrofe”, tema delle riflessioni Capograssiane degli anni Cinquanta, l'annientamento dell'uomo in quanto individuo spersonalizzato, la riduzione della storia ad arbitrio e la perdita di ogni verità, quale conseguenza della negazione di Dio, sono la fenomenologia del processo di mitizzazione dello Stato che, «nell'epoca moderna»¹⁶², ponendosi di fronte alla società in una posizione di assoluta «superiorità di

¹⁴⁹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁵⁰ CAPOGRASSI G., *op. cit.*, 165.

¹⁵¹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁵² CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁵³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁵⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁵⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁵⁶ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁵⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁵⁸ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁵⁹ CAPOGRASSI G., *Il diritto dopo cit.*, 166.

¹⁶⁰ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁶¹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

¹⁶² CAPOGRASSI G., *Il diritto dopo cit.*, 168.

valore e di comando, capacità e pretesa di segnare i fini i valori le rotte dell'attività sociale»¹⁶³, ha annullato ogni consistenza della società e dell'individuo, riducendo il mondo storico ad un «puro insieme di potenze puramente passive»¹⁶⁴ e generando l'equivoco di un diritto, che, essendo contraddittoriamente sia volontà dello Stato sia baluardo della libertà individuali e sociali, preparava «gli elementi per la crisi presente»¹⁶⁵. E la catastrofe si è manifestata attraverso la riduzione della legge alla sanzione e della «sanzione alla forza»¹⁶⁶, fatto che, esprimendo la volontà dello Stato, nega l'essenza del diritto e la concreta natura di principio della libertà, quale «modo essenziale della vita individuale dell'individuo e delle spontaneità sociali, da cui nascono le concrete forme della vita e dell'esperienza»¹⁶⁷ e «da cui si origina tutto il mondo umano della storia»¹⁶⁸. Individuata la lacuna fondamentale del liberismo moderno nel «non aver visto i rapporti profondi tra libertà e diritto»¹⁶⁹, «il tentativo di ridurre il diritto a pura forma tecnica, a pura ed arbitraria volontà dello Stato, tutti i tentativi di negargli una sua propria e precisa essenza un suo proprio valore»¹⁷⁰ e la «lunga svalutazione moderna del diritto naturale ... arrivata talvolta fino allo schernimento che nell'animo di coloro che la compivano nascesse almeno il sospetto delle profonde esigenze che erano nascoste nella singolare ostinazione con la quale questa idea perennemente si ripresenta»¹⁷¹ sono il segno che «la vera crisi è che la vita stessa è senza ordinamento giuridico e l'ordinamento giuridico è senza vita»¹⁷²: «altro che crisi della legalità!»¹⁷³.

La crisi non solo è venuta a dimostrare «la mancanza di fondamento e di principio degli ordinamenti giuridici contemporanei, la loro singolare e caratteristica vacuità, che si prestava a qualunque attentato, e poteva riempirsi delle correnti più negative, e servire agli scopi più negativi della umanità della vita»¹⁷⁴ e contro le quali il diritto «non ha avuto nulla da dire»¹⁷⁵, limitandosi a canonizzarle e solennizzarle «nella veste augusta della legge»¹⁷⁶, e arrivando perfino ad identificarsi «con la negazione dell'individuo e delle spontaneità sociali, cioè della vita umana nella sua plenaria e libera natura»¹⁷⁷, ma «ha messo in condizione l'uomo di capire, che cosa è che difende ed assicura

¹⁶³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁶⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁶⁵ CAPOGRASSI G., *Il diritto dopo cit.*, 175.

¹⁶⁶ CAPOGRASSI G., *Il diritto dopo cit.*, 178.

¹⁶⁷ CAPOGRASSI G., *Il diritto dopo cit.* 180.

¹⁶⁸ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁶⁹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁷⁰ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁷¹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁷² CAPOGRASSI G., *Il diritto dopo cit.*, 181.

¹⁷³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁷⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁷⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁷⁶ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁷⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

la vita dalla morte e dall'incubo»¹⁷⁸: «lasciare che la vita viva e si svolga secondo le profonde leggi che fanno la sua verità»¹⁷⁹ e secondo «la grande idea»¹⁸⁰ di Rosmini che il «diritto è la persona umana»¹⁸¹.

La condizione dell'individuo è l'incertezza, dal momento che «le forme stesse della odierna organizzazione sociale in tutti i sensi impongono all'individuo»¹⁸² di reprimere e respingere la propria individualità, «quella per cui ogni individuo si distingue dagli altri»¹⁸³, avvalendosi anche dell'azione disindividualizzante degli ordinamenti giuridici che hanno la «costante tendenza a togliere valore alla sua volontà, alla sua autonomia, a sottoporlo a schemi e discipline, in cui egli è come un elemento di formazioni e di interessi che lo trascendono, e che perciò contribuiscono anch'essi ad abituarlo se non altro a fare a meno della sua individualità, a farlo entrare o rientrare nel tipo generale che vede sente e vuole e pensa come è suggerito dalla rete di suggestioni di imposizioni o di organizzazioni nella quale è preso»¹⁸⁴. La crisi moderna è «la crisi dell'individuo senza individualità»¹⁸⁵, in cui da una parte «i regimi politici fondati sulla creazione di immensi e formidabili dinamismi emozionali, che sollevano interi popoli»¹⁸⁶, e «dall'altra grandi guerre e grandi rivoluzioni»¹⁸⁷, «hanno più che mai gettato l'individuo fuori di ogni sua individualità»¹⁸⁸, per cui «non tiene più a se stesso e ... non tiene ad altro che a se stesso», in una banalizzazione della morte e attenuazione, fino alla sparizione, «del sentimento religioso»¹⁸⁹, che gli consente allo stesso tempo e contraddittoriamente di porsi «come se fosse l'unico»¹⁹⁰ e «viceversa continuamente disponibile per tutti gli ammassamenti, pur restando, dentro questi ammassamenti paradossalmente solo»¹⁹¹.

Ad alimentare l'incertezza dell'individuo contribuisce «l'ambiguità caratteristica dell'esperienza giuridica contemporanea: Stato, contratto, proprietà e soggetto, diventano altra cosa da se stessi e rimangono se stessi»¹⁹², in una oscillazione continua in cui, «ci sembra che manchi il terreno fermo, su cui fondare le nostre vite sempre più effimere»¹⁹³, mentre la scienza giuridica «o si tiene

¹⁷⁸ CAPOGRASSI G., *Il diritto dopo* cit., 153.

¹⁷⁹ CAPOGRASSI G., *Il diritto dopo* cit., 183.

¹⁸⁰ CAPOGRASSI G., *Il diritto dopo* cit., 185.

¹⁸¹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁸² CAPOGRASSI G., *Incertezze sull'individuo* (1953), in *Opere*, V, Milano, 1959, 443.

¹⁸³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁸⁴ CAPOGRASSI G., *Incertezze* cit., 444.

¹⁸⁵ CAPOGRASSI G., *Incertezze* cit., 450.

¹⁸⁶ CAPOGRASSI G., *Incertezze* cit., 445.

¹⁸⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁸⁸ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁸⁹ CAPOGRASSI G., *Incertezze* cit., 454.

¹⁹⁰ CAPOGRASSI G., *Incertezze* cit., 456.

¹⁹¹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁹² CAPOGRASSI G., *L'ambiguità del diritto contemporaneo* (1953), in *Opere* V, Milano, 1959, 417.

¹⁹³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

prudentemente a una cauta esegesi delle norme e degli istituti nuovi, timorosa di correre il rischio della sintesi; o, ostinandosi ad adoperare vecchie formule più che mai incapienti, cerca invano di versare il vino nuovo nella vecchia otre; o si dispera nella sua impotenza ad adeguare la realtà, che sente nuova, ed assalita da scetticismi sui suoi metodi e sui suoi concetti, si tormenta in problemi speculativi sul valore dei suoi metodi; o addirittura come extrema ratio, cerca di trasformare se stessa, rinchiudersi nel nudo formalismo logico, di fingere o illudersi, che alla fine comprendere la inafferrabile realtà non è nei suoi compiti (anche perchè è dubbio che questa realtà esista)»¹⁹⁴.

«La follia o la stoltezza di essere persuasi che ciascuno di noi può e perciò deve salvare il mondo»¹⁹⁵ «se riuscirà a realizzare l'umanità in sé, a vincere veramente il male, a credere veramente in Dio, può salvare la storia; salverà la storia»¹⁹⁶, posta da Capograssi, nella chiusura del suo intervento alla conferenza di Padova del 1951, quale strumento per vincere la crisi nella storia, trovò eco nella «totale palingenesi morale e sociale»¹⁹⁷, nella quale Adolfo Ravà, individuò, nello stesso corso di conferenze, «un avviamento alla risoluzione della crisi, anche giuridica, in mezzo alla quale viviamo, non da ieri, ma ormai da mezzo secolo, da quando ad un tempo l'acuirsi della questione sociale all'interno dei vari stati e l'aumento della tensione internazionale specialmente in oriente costituirono i prodromi delle due grandi guerre mondiali»¹⁹⁸.

Scoperta la irreparabilità della sua condizione di essere finito «che per suo conto non può fare più nulla»¹⁹⁹ ed essendosi accorto di aver toccato «il limite della sua realtà e del suo sforzo»²⁰⁰, l'individuo, compiendo il fondamentale atto di non accettazione delle condizioni esistenti ed attuali, intravedendo la relatività del relativo ed in tal modo invocando l'assoluto, si accorge che «l'assoluto che va inconsapevolmente cercando, traverso i tentativi di ordinare la vita e portarla alla sua pienezza»²⁰¹ è «la capacità di stare in rapporto con Dio»²⁰² e perciò «di sperare nella liberazione finale»²⁰³. Il bisogno della speranza, insieme al bisogno dell'uguaglianza ed al bisogno dell'amicizia, è il terzo dei «bisogni costitutivi dell'individuo contemporaneo»²⁰⁴, il cui appagamento consente

¹⁹⁴ CAPOGRASSI G., *L'ambiguità* cit., 418.

¹⁹⁵ CAPOGRASSI G., *L'ambiguità* cit., 426. Il saggio *L'ambiguità del diritto contemporaneo* fu il testo dell'intervento di Giuseppe Capograssi al corso di conferenze sulla «Crisi del diritto» promosso dalla Facoltà giuridica dell'Università di Padova nel 1951. Fu pertanto pubblicato nel volume BALLADORE PALLIERI G. - CALAMANDREI P. - CAPOGRASSI G. - CARNELUTTI F. - DELITALIA G. - JEMOLO A.C. - RAVA' A. - RIPERT G., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, 13-47.

¹⁹⁶ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁹⁷ RAVA' A., *Crisi del diritto e crisi mondiale*, in BALLADORE PALLIERI G. - CALAMANDREI P. - CAPOGRASSI G. - CARNELUTTI F. - DELITALIA G. - JEMOLO A.C. - RAVA' A. - RIPERT G., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, 76.

¹⁹⁸ RAVA' A., *op. cit.*, 66.

¹⁹⁹ CAPOGRASSI G., *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo* (1955), in *Opere*, V, Milano, 1959, 529.

²⁰⁰ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

²⁰¹ CAPOGRASSI G., *Su alcuni bisogni* cit., 531.

²⁰² CAPOGRASSI G., *Su alcuni bisogni* cit., 532.

²⁰³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

²⁰⁴ CAPOGRASSI G., *Su alcuni bisogni* cit., 535.

all'individuo di essere «veramente libero»²⁰⁵, in quanto fautore e protagonista di un mondo giusto, in cui il superamento della doppia antinomia dello Stato di essere «costruttore della società ... e insieme mantenere la sua superiorità ed il suo distacco dalla società»²⁰⁶ da una parte, e di realizzare «l'interesse obiettivo della maggiore efficienza dell'impresa .. e l'interesse subiettivo del maggiore e migliore benessere dei singoli individui che provvedono al lavoro necessario al funzionamento dell'impresa»²⁰⁷, dall'altra, consente allo Stato di «creare sé stesso»²⁰⁸.

²⁰⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

²⁰⁶ CAPOGRASSI G., *Su alcuni bisogni cit.*, 500.

²⁰⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

²⁰⁸ CAPOGRASSI G., *Su alcuni bisogni cit.*, 501.

§5. La « crisi del formalismo giuridico» quale vero volto della «crisi del diritto»

Dalla constatazione che «la rassegnata adorazione della legge positiva»²⁰⁹, la «esasperazione del tecnicismo che aveva impedito la visione dei fondamenti e dello scopo ultimo del diritto»²¹⁰, «l'eccessiva fiducia nella costruzione del sistema»²¹¹, sono i segni di una “crisi del diritto” che, analizzata da Giuseppe Capograssi negli anni Venti e negli anni Cinquanta, è risultata essere caratterizzata nel Primo e nel Secondo Dopoguerra dalle medesime cause ed effetti, è possibile trarre due decisive conclusioni. La prima considerazione, di carattere storico e storiografico, è che la letteratura della crisi, tradizionalmente collocata nel Secondo Dopoguerra, non fu soltanto un esame di coscienza sulla desolazione della guerra e la responsabilità dei giuristi, ma fu espressione di quella continua tensione tra formalismo ed antiformalismo, «posizioni estreme, e sempre ricorrenti, tra cui oscilla il pendolo della giurisprudenza»²¹², i cui segni sono già tangibili ed inequivocabili nel Primo Dopoguerra.

La seconda riflessione, decisiva per il prosieguo della ricerca, è che se la crisi si articola, come è risultato essere dalla lettura di Capograssi, nei quattro atteggiamenti fondamentali di critica del positivismo, dello statualismo, del legalismo e del concettualismo giuridico, allora ciò che finora abbiamo individuato come “crisi del diritto”, dovrà, più propriamente, essere designato come “crisi del formalismo giuridico”. Una conferma che la crisi del diritto fu crisi del formalismo giuridico, è la testimonianza di Bobbio sull'«alterna vicenda degli studi giuridici»²¹³: quando la sua «generazione si affacciò agli studi»²¹⁴, negli anni Trenta, «il tecnicismo giuridico - così come si chiamava la nuova incarnazione del formalismo - stava celebrando il suo trionfo sulle tendenze sociologiche, sulla scuola del diritto libero, sulla libera ricerca scientifica: una vera e propria rivolta contro l'antiformalismo»²¹⁵. «La rivolta contro la rivolta»²¹⁶, a cui Bobbio assiste negli anni Cinquanta, «non è che un momento normale: coloro che abbracciando a cagione dell'età il corso di due generazioni, hanno vissuto sia i giorni fasti sia i giorni nefasti del tecnicismo non se ne meravigliano; anzi, alzandosi a contemplare il processo storico nel suo vario e complesso moto, hanno appreso a guardarsi dagli ardori troppo iconoclasti, dalle impazienze troppo frementi, dalle attese troppo fiduciose»²¹⁷. La crisi del formalismo, negli anni Venti, come negli anni Cinquanta, coinvolgeva «alcuni tra i problemi classici della filosofia del diritto: il problema della

²⁰⁹ BOBBIO N., *Giusnaturalismo* cit., 20.

²¹⁰ BOBBIO N., *lc. cit.*

²¹¹ BOBBIO N., *lc. cit.*

²¹² BOBBIO N., *Giusnaturalismo* cit., 79.

²¹³ BOBBIO N., *Giusnaturalismo* cit., 79.

²¹⁴ BOBBIO N., *lc. cit.*

²¹⁵ BOBBIO N., *lc. cit.*

²¹⁶ BOBBIO N., *lc. cit.*

²¹⁷ BOBBIO N., *lc. cit.*

giustificazione etica del diritto, il problema del rapporto tra diritto e stato, quello delle fonti del diritto, e infine quello della scienza giuridica, della sua funzione e dei suoi metodi. Nella discussione di tutte e quattro i problemi, fu messo l'accento su ciò che della concezione fino ad allora dominante era divenuto irreparabilmente logoro e all'antico formalismo fu contrapposto, in ognuno dei campi in discussione, un orientamento più aperto allo studio dei presupposti etici e dei fini sociali del diritto»²¹⁸.

La crisi del formalismo giuridico fu un atto di accusa contro il positivismo giuridico, che non riconoscendo altro diritto che quello posto dallo stato, escludeva la stessa proponibilità della domanda se il cittadino dovesse o meno obbedire alle leggi ingiuste, perchè il criterio formale permetteva di distinguere le leggi valide da quelle non valide, non già le leggi giuste da quelle ingiuste, distinzione che, al contrario, richiedeva un criterio materiale di valutazione, in base al quale le leggi fossero giudicate anche rispetto al loro contenuto, che la risoluzione del diritto a legge formalmente valida non era in grado di fornire.

Alla dottrina del formalismo giuridico, secondo cui ciò che caratterizza una norma giuridica non è l'aver posto questo o quel contenuto, il quale soltanto è valutabile secondo il criterio del giusto e dell'ingiusto, ma l'aver una certa forma, per esempio di norma imposta dagli organi del supremo potere, si contrappone la concezione del diritto naturale, secondo la quale le regole sono valide non già a causa dell'autorità che le ha poste, ma in base alla loro corrispondenza ad alcuni valori supremi, accolti come degni di essere perseguiti, ed i cui criteri di valutazione sono in grado di distinguere non solo la validità/invalidità, ma anche la giustizia/ingiustizia del diritto. «Il problema non era meramente teorico: riconosciuta l'esistenza del diritto naturale, ne seguiva che una legge positiva, per essere obbligatoria non bastava che fosse valida formalmente, ma era necessario che lo fosse anche materialmente, in altre parole non bastava che fosse legittimamente posta, era necessario che fosse corrispondente al diritto naturale, cioè giusta. E quindi poiché solo una legge valida è obbligatoria, e solo una legge obbligatoria deve essere ubbidita, la legge ingiusta, anche se formalmente valida, non era obbligatoria e non doveva essere ubbidita»²¹⁹.

La definizione della crisi del diritto quale crisi del formalismo giuridico se apparentemente sembra chiarificatrice del panorama filosofico italiano del Primo e del Secondo dopoguerra, in realtà arricchisce ulteriormente la complessità della ricostruzione filosofico - giuridica, ove, seguendo le orme della riflessione sulla certezza del diritto successiva alla pubblicazione del libro di Lopez de Onãte, si osservi che la crisi del formalismo giuridico non fu crisi del «metodo giuridico positivo», che continuò ad essere considerato «condizione essenziale per il buon funzionamento dello stato

²¹⁸ BOBBIO N., *Giusnaturalismo* cit., 21.

²¹⁹ BOBBIO N., *Giusnaturalismo* cit., 22.

liberale e democratico, in cui la condanna e l'eliminazione della legge ingiusta non è affidata alla resistenza individuale, ma ad istituzioni disciplinate dal diritto positivo»²²⁰, ma del suo aspetto deteriore, lo statalismo.

Nella *Prefazione a «La certezza del diritto» di F. LOPEZ DE ONÁTE*²²¹, Giuseppe Capograssi definisce «la certezza del diritto, il diritto come certezza»²²², quale «centro al quale si raccolgono tutte le file dei fenomeni, dei fatti e delle idee, che rendono così problematica l'esperienza giuridica contemporanea, e come punto di prospettiva dal quale mettersi per vedere l'unità di questa esperienza»²²³.

L'intuizione Capograssiana del duplice profilo del rapporto diritto - certezza, il diritto come certezza e la certezza del diritto, può essere utile per evitare di ridurre la crisi del formalismo ad un mero atto di accusa contro il metodo giuridico positivo, e quindi il positivismo giuridico, riducendo erroneamente e semplicisticamente, l'alternativa formalismo/antiformalismo ad espressione dell'antitesi giuspositivismo/giusnaturalismo.

L'ideale di un diritto certo, conoscibile e prevedibile, garantito da leggi generali ed astratte è il motivo centrale del pensiero giuridico del Settecento e del pensiero giusnaturalistico moderno, che si propone di garantire gli individui, tutti uguali e liberi, in forza della legge di natura, da qualsiasi possibilità di arbitrio, attraverso la realizzazione del fine della certezza del diritto, in funzione del quale, per usare le parole di Locke «gli uomini rimettono tutto il loro potere naturale alla società in cui entrano e la comunità pone il potere legislativo nelle mani che giudica opportune, con la fiducia che sarà governata da leggi dichiarate, altrimenti la pace, la tranquillità e la proprietà rimarranno sempre nella stessa incertezza in cui si trovano nello stato di natura»²²⁴.

Nell'Ottocento strumenti per realizzare la certezza del diritto sono le codificazioni, che se, secondo le intenzioni ed i propositi dei giusnaturalisti, dovevano essere la traduzione in norme positive dei principi ideali di diritto naturale, in realtà si risolsero in una “sistemazione” del diritto preesistente, consuetudinario e romano, che fosse il più completa possibile, in modo da lasciare all'interprete la minore libertà ermeneutica²²⁵, attraverso la costruzione di una gerarchia delle fonti in cui al livello più alto si trova la legge, espressione della volontà sovrana, ed in posizione subordinata,

²²⁰ BOBBIO N., *Giusnaturalismo* cit., 32.

²²¹ È questo il titolo attribuito alle pagine con cui Giuseppe Capograssi ricorda l'amico Flavio Lopez de Onáte nelle sue *Opere*. CAPOGRASSI G., *Prefazione a «La certezza del diritto» di F. LOPEZ DE ONÁTE*, in *Opere*, V, 77.

²²² CAPOGRASSI G., *FLAVIO LOPEZ DE ONÁTE*, in LOPEZ DE ONÁTE F., *La certezza del diritto*, a cura di Astuti G., Milano, 1968, 9.

²²³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

²²⁴ LOCKE J., *Due trattati sul governo*, II. *Trattato*, XI. *Dell'estensione del potere legislativo*, § 136. *Deve governare in base a leggi fisse, dichiarate e note*, Utet, 1982, Torino, 331.

²²⁵ Sulla teoria della codificazione TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976; FASSO' G., *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, a cura di Faralli Carla e Zanetti Gianfrancesco, Bologna, 1994.

l'interpretazione dei giudici, ridotti a «la bocca che pronuncia le parole della legge, esseri inanimati che della legge non possono moderare nè la forza nè il rigore»²²⁶. Tuttavia il successo delle codificazioni Ottocentesche, nell'assicurare la certezza del diritto, era dovuto, come affermato da Lopez de Onãte, nell'analisi che egli compie della crisi del diritto, non già dalla idoneità di norme generali ed astratte ad assicurare la imparzialità dello Stato, l'uguaglianza giuridica di fronte allo Stato e la prevedibilità della valutazione giuridica dei comportamenti, ma dalla stabilità economica e politica dello Stato Ottocentesco, che minata, a partire dalla fine dell'Ottocento, dalle profonde trasformazioni sociali ed economiche, conseguenti alle diverse fasi della rivoluzione industriale, dal progressivo venire meno della egemonia della classe borghese, in una società caratterizzata da rapide trasformazioni, da una grandissima mobilità e da una continua diversificazione di gruppi e strati sociali, produce in campo giuridico la conseguenza della “crisi del diritto”. E la crisi del diritto è innanzi tutto «crisi della legge»²²⁷, come osservava Francesco Carnelutti, già nel 1937²²⁸, ravvisando l'aspetto più macroscopico della crisi nel fenomeno che egli chiama della «*inflazione legislativa*, con tutti i caratteri e le conseguenze dell'inflazione: *moltiplicazione della quantità e scadimento della qualità*»²²⁹.

Ma per Capograssi, come per Lopez de Onãte la certezza, ben lungi dall'essere pura e mera legalità, nel senso in cui era intesa nel Settecento e nell'Ottocento, è garanzia certa ed inequivocabile dell'azione: la legge nella sua astratta formulazione legislativa, non è astratta se non in quanto le è necessario per mantenere la struttura dell'azione, cioè per rendere concreta, oggettivamente e storicamente concreta l'azione. La pretesa astrattezza resta nella formulazione della legge, ma non è contenuto della legge. La norma deve essere preordinata, fissa, certa, costantemente valida, contro tutte le degenerazioni teoriche e pratiche, proprio perchè in esse si realizza una specifica eticità, in cui la moralità dell'azione come moralità del soggetto deve compiersi. La norma certa è la norma che trascende la società e che, proprio per questo suo carattere e per questa realizzazione della sua natura, adempie il compito che le è affidato e che solo è suo, di rendere possibile, mantenere e salvare la società. La certezza così intesa nasce dalla legge: la legge fa sapere a ciascuno ciò che egli può volere; la legge come volontà coerente e costante, ragione senza passione che, in questo modo, trascende la società. La legge si organizza e diventa sistema della legalità e di istituzioni che vi corrispondono, mondo del diritto.

²²⁶ MONTESQUIEU C., *Lo spirito delle leggi*, Libro XI, *Delle leggi che formano la libertà politica, nel suo rapporto con la costituzione*, Capo VI, *Della costituzione d'Inghilterra*, 1973, Torino.

²²⁷ CARNELUTTI F., *La certezza del diritto*, in LOPEZ DE ONATE F., *La certezza* cit., 194. Pubblicato originariamente nella *Rivista di diritto civile*, XX, 1943, 81 e ripubblicato in *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, 1953.

²²⁸ CARNELUTTI F., *La crisi della legge*, in CARNELUTTI F., *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1937, 167.

²²⁹ CARNELUTTI F., *La certezza del diritto* cit., 194.

Se la certezza è l'esigenza più viva di difesa dell'individuo, ovvero del soggetto nella sua individualità precisa, singola ed irriducibile, quella reale e concreta nella quale si fonda e deve fondersi lo Stato, il quale non si compone di individui astratti, la certezza diventa la più ineliminabile esigenza etica. La certezza, per il tramite della legalità, è il valore fondamentale che il diritto garantisce: la relazione per la quale l'individuo si pone come continua decisione nel confronto degli altri e quindi come continua individualità, può realizzarsi in quanto si fonda e si poggia su una struttura permanente ed oggettiva, che rende possibile il vario svolgersi delle individualità, mantenute precisamente come individualità.

La certezza diventa in tal modo obiettività, nella quale la coscienza etica si estrinseca e si realizza. Ne consegue una nuova nozione del diritto come tecnica interna dell'azione, per cui l'azione diventa consapevole di sé stessa. Normalmente la tecnicità del diritto è intesa quale sinonimo di neutralità, assenza di valori, indifferenza all'etica. Diritto quale tecnica dell'azione, sta a significare che il diritto porta l'azione nel mondo sociale, perché rivela l'azione per quello che è al mondo sociale ed a sé stessa. Mentre la coscienza comune, che concepisce il diritto come valore, sistema di norme tese a realizzare un ideale giusto, è tormentata dalla insanabile antinomia tra giustizia e certezza, tra validità assoluta della legge scritta, identica ed immutabile, e la necessità dell'equità variabile ed adeguata al singolo caso, la coscienza critica consente di comprendere la erroneità del presupposto fondamentale che la legge, che si estrinseca in una formulazione astratta, sia e rimanga di per sé un astratto. È erronea, in altri termini la convinzione che astratta sia non soltanto la formulazione della norma, ma anche tutta l'esperienza giuridica, che arbitrariamente viene identificata con la norma e con la sua formulazione esteriore. La certezza come obiettività è il principio al quale obbedisce ed intorno al quale si organizza tutto il mondo del diritto, per cui, riportandosi alle correnti che hanno preso l'azione nella sua interna sostanza e struttura, come centro dell'esperienza giuridica, la giustizia prende la forma della certezza, ma non nel senso di un assorbimento della giustizia nella certezza, cioè in una esteriore e indifferente legalità, che sarebbe veramente soppressione della giustizia, ma nel senso che la certezza dell'azione, la quale si realizza e si organizza in tutto il mondo del diritto, è l'obiettivazione della giustizia, la giustizia diventata mondo dell'esperienza giuridica, il mondo proprio del diritto. L'insidenza della verità nella realtà non significa una brutale identificazione del reale con il razionale o viceversa dell'idea con il fatto, ma significa proprio l'opposto, cioè che la realtà, il concreto, il fatto sono retti organizzati, costruiti, e giustificati da un principio, dal principio che dà vita, sostiene e giustifica il mondo concreto e reale che ne nasce. Il quale principio produttivo e giustificativo di quella realtà, che si organizza e si realizza come mondo del diritto, può chiamarsi, se si vuole, diritto naturale, nell'unica maniera in cui può intendersi il diritto naturale, come principio che dà vita al mondo del diritto e sostiene

l'esperienza giuridica, come ragione obiettiva che arriva a porsi nel concreto come mondo concreto, come esperienza concreta del diritto. La conclusione di Capograssi è che difendere il diritto come certezza non significa negare il diritto naturale, ma affermarlo, a condizione che il diritto naturale sia inteso quale principio che dà vita al mondo del diritto e lo sostiene come esperienza giuridica, e che soprattutto la certezza non sia intesa nella sua accezione formale, o meglio formalistica, ma nel suo contenuto sostanziale di obiettività, quale principio intorno al quale si organizza il mondo del diritto. Se la certezza è la obiettivazione della giustizia, l'intuizione che nella certezza del diritto è la sua equità, in cui si riassume l'unità di giustizia e certezza, è esplicitata ponendo l'uguaglianza quale contenuto specifico dell'idea di giustizia. L'uguaglianza, in altri termini, è il ponte tra la certezza e la giustizia, la quale consente di scorgere un rapporto di complementarità e non di opposizione tra la giustizia certa e la giustizia equa. Se l'uguaglianza è il contenuto della giustizia, per cui essere giusti significa riservare lo stesso trattamento a soggetti che si trovano nelle medesime situazioni, è soltanto la certezza e quindi la legalità, quale corretta ed uniforme interpretazione ed applicazione della legge, ad assicurare la giustizia.

La identità di giustizia e certezza, affermata da Lopez de Onãte è criticata da Carnelutti, il quale sostiene che questa identità è fondata sulla illusione idealistica della «identificazione della realtà con la verità»²³⁰, ed in quanto tale non risponde alla realtà dell'esperienza giuridica ed in particolare al «processo»²³¹, la cui quotidiana esperienza conduce ad «una irriducibile antitesi»²³².

Nella «prevalenza della pratica sulla grammatica»²³³ del diritto che opponevano in tribunale, giudici ed avvocati, e nella reazione della Giurisprudenza dei Concetti contro la Giurisprudenza degli Interessi, risuonante nella dottrina, Carnelutti ravvisa, al fondo, niente altro che una ribellione contro la certezza del diritto. E di fatto, osserva sempre Carnelutti, «dalla giurisprudenza degli interessi al diritto libero non vi è che un piano inclinato»²³⁴.

Capograssi²³⁵ non nega ciò che Carnelutti afferma, ovvero che «in gran parte dell'esperienza giuridica»²³⁶ avviene questo fatto centrale della scissione della certezza dalla giustizia. In una società ideale certezza e giustizia dovrebbero coincidere, ma nella società reale questa coincidenza non si verifica, non nel senso che la certezza non sia giustizia, ma nel senso che la certezza, il conseguimento della certezza è essa stessa parte della giustizia. Ma, malgrado questo crescere della giustizia in certezza, resta sempre ineliminabile il costo della certezza in termini di mancata

²³⁰ CARNELUTTI F., *La certezza* cit., 204.

²³¹ CARNELUTTI F., *La certezza* cit., 197.

²³² CARNELUTTI F., *La certezza* cit., 204.

²³³ CARNELUTTI F., *La certezza* cit., 196.

²³⁴ CARNELUTTI F., *loc. cit.*

²³⁵ CAPOGRASSI G., *Considerazioni conclusive*, in LOPEZ DE ONÃTE F., *La certezza* cit.; 239. Ripubblicato in *Opere*, V, Milano, 1959, 119.

²³⁶ CAPOGRASSI G., *Considerazioni conclusive*, in LOPEZ DE ONÃTE F., *La certezza* cit., 246.

giustizia. La riduzione del costo della certezza in termini di mancata giustizia è opera dell'arte del diritto, di questo svolgere ed individuare nel singolo caso singoli principi, che stanno al fondo dell'esperienza, per cui l'esperienza giuridica ha valore, cioè si trasforma da atto in esperienza avente significato spirituale. Lo scienziato del diritto è proprio colui che si ribella alla identificazione della verità con la realtà, della certezza con la giustizia. Ed in questo Capograssi concorda con Carnelutti, ma al contrario di Carnelutti, nel definire il giurista un artista, pone la creatività della scienza del diritto, non tanto nella critica della legge, ma nella applicazione del diritto.

Lo scienziato del diritto è colui che si ribella alla identificazione di certezza e giustizia, ma senza ribellarsi. Questa è veramente l'arte meravigliosa del pensiero. Non si ribella perché accetta la legge ingiusta, si piega alla legge ingiusta, con quel segreto ed angoscioso senso di necessità, che Piero Calamandrei ha definito, il «santo martirio del giurista»²³⁷. Ed accetta, perché la legalità ha in sé, nella sua inesorabilità, nella sua certezza, una profonda garanzia di giustizia, come dimostrano le esperienze degli stati totalitari che hanno voluto e vogliono disfarsene, tanto che sentono come vincolo arbitrario; è la giustizia, perché anche nei regimi totalitari costituisce un vincolo all'arbitrio. E tuttavia si ribella perché il giurista interpretando, riguardando, come dice Carnelutti, il modello del diritto, cioè l'etica, cerca attraverso il complicato e misterioso magistero dell'interpretazione, di riportare la legge ai principi da cui nasce tutto l'ordine delle leggi, a quei principi al quale si ispira tutto l'ordinamento e nel quale sorge come episodio particolare la legge ingiusta.

La Scienza Giuridica deve servire a rendere più agevole l'applicazione della norma al caso pratico, ad aumentare con le sue sistemazioni razionali il grado di certezza del diritto, cioè a rendere sempre più intellegibile la portata delle regole prestabilite dal legislatore all'agire umano ed a mettere il singolo in condizione di calcolare in anticipo, con previsioni sempre più sicure, le conseguenze giuridiche delle proprie azioni. Di qui anche la responsabilità della dottrina: l'ufficio del giurista consiste non «nel tirare fuori le leggi dall'ambiente storico in cui sono nate, per rilustrarle e collocarle in bella mostra, in un sistema armonico, che dia agli occhi l'illusione tranquillante della perfetta simmetria e addormenti le coscienze col fare credere che il diritto viva per conto suo, inattaccabile, in un empireo teorico, in cui le coscienze umane non possono giungere a turbarlo; ma nel dare agli uomini la tormentosa, ma stimolante consapevolezza che *il diritto è perpetuamente in pericolo*, e che solo dalla loro volontà di prenderlo sul serio e di difenderlo a tutti i costi dipende la loro sorte terrena, ed anche la sorte della civiltà»²³⁸.

²³⁷ CALAMANDREI P., *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in LOPEZ DE ONATE F., *La certezza cit.*, 167. Pubblicato originariamente nella *Rivista di diritto commerciale*, 1942, I, 341 e ripubblicato in *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947

²³⁸ CALAMANDREI P., *La certezza cit.*, 190.

Nel definire il nuovo senso della moralità del giurista, Capograssi fa suo il pensiero di Calamandrei: nel trattare le leggi è richiesto «un impegno morale, una consapevolezza quasi religiosa della serietà sociale ed umana di questo strumento di pace che è il diritto, vale a dire riportare la singola legge a quella ragione obiettiva che dà vita a questo strumento di pace»²³⁹. La singola legge entra a far parte della esperienza giuridica e coesiste nell'esperienza giuridica, attraverso l'interpretazione.

Dalla ricostruzione del dibattito sulla certezza del diritto, che vide come protagonisti, oltre a Lopez de Onãte giuristi come Capograssi, Calamandrei e Carnelutti, è possibile concludere che la crisi del diritto se fu crisi del formalismo, non fu crisi del metodo giuridico del diritto e della certezza, nel senso di sfiducia nella legalità e nella funzione di garanzia della legge. Di conseguenza il formalismo giuridico non può semplicisticamente ridursi a strumento del positivismo giuridico ed ad acerrimo nemico del giusnaturalismo.

Definita allora, la crisi del diritto quale crisi del formalismo giuridico, rimane aperto il problema del formalismo giuridico, della individuazione dei suoi significati e del ruolo che è chiamato ancora a giocare nel mondo del diritto.

²³⁹ CAPOGRASSI G., *Considerazioni conclusive*, cit., 252.

Capitolo II

Dalla «forma» al «formalismo giuridico»: dal diritto antico alla modernità.

§1. L'ambivalenza dell' εἶδος in Platone. §2. L'origine della doppia connotazione, positiva e negativa, del formalismo giuridico nella «forma» Aristotelica. §3. *Natura e forma* nella Filosofia del Diritto Romano. §4. Il formalismo Romano Arcaico. Una chiave interpretativa. §5. La confutazione del formalismo Kantiano. §6. Il formalismo Kelseniano e la critica Capograssiana.

§1. L'ambivalenza dell'*εἶδος* in Platone.

La polisemia dell'espressione «formalismo giuridico» trova la sua radice più profonda nella ambivalenza che il termine greco *εἶδος*, equivalente del latino *forma*, presenta nella filosofia Platonica: l'*εἶδος* designa l'idea che «è sia il “che cosa è” dell'ente sensibile, sia il “che cosa è” di se stessa»²⁴⁰.

Platone, quale pensatore politico che studia la polis, si domanda «in che modo, a partire da elementi plurali ed eterogenei quali i diversi uomini, si creerà una comunità che formerà una unità?»²⁴¹. È il problema dell'unità del molteplice, che la filosofia presocratica aveva risolto identificando l'elemento unificatore del molteplice, quale unità che è presente in tutte le cose, con l'acqua, con l'aria, con il fuoco, di volta in volta assunte come le “forme” più universali del molteplice, senza tuttavia, la consapevolezza della differenza tra la sensazione e il pensiero, al pari dei sofisti, che riflettendo esplicitamente sulla conoscenza umana ed essendo incapaci di individuare, sul piano epistemologico, la verità necessaria, finivano per doversi accontentare di una opinione individuale ed antinomica, che non superava mai il livello della mera sensazione. Assunta, grazie alla lezione Socratica, l'intellegibilità quale componente ineliminabile del principio unificatore del molteplice, per cui la verità delle cose è data non dal loro aspetto sensibile, ma dalla forma universale che il pensiero coglie in ogni cosa, Platone deve affrontare il problema di stabilire in che rapporto il contenuto della *forma* o *idea* si trova con le cose particolari e sensibili, contenuto della conoscenza non concettuale. A tale fine, del tutto inadeguata è la soluzione Parmenidea della negazione del molteplice in base alla considerazione che l'affermazione di tale esistenza equivarrebbe a violare il supremo principio della ragione, per cui l'essere è ed il non essere non è. Empedocle, Anassagora e Democrito si erano già avveduti della inadeguatezza della negazione dell'esistenza del molteplice, causa di una insanabile rottura tra la ragione e l'esperienza, nella quale il molteplice non solo è presente, manifesto e dato e quindi non può essere negato, ma, per divenire oggetto di conoscenza e quindi di scienza, deve essere definito attraverso la sua riconduzione ad una forma universale, che è l'idea.

Così, nella democrazia ateniese, in cui il giusto è isonomia, vale a dire la piena uguaglianza di fronte alla legge, l'unità si fonda sulla uguaglianza, non aritmetica, che attribuisce a tutti lo stesso, ma geometrica, sinonimo di «giustizia politica», quale «disposizione che porta a dare a ciascuno quanto merita». Tuttavia, *definito* il giusto politico tramite l'uguaglianza geometrica o la giustizia distributiva, Platone deve risolvere un altro quesito: quale è «lo statuto epistemico della definizione

²⁴⁰ SEVERINO E., *La filosofia antica*, Milano, 1994, 98.

²⁴¹ NESCHKE-HENTSCHKE A., *Il diritto naturale nell'antica Grecia. Platone e gli stoici*, in *Testi e problemi del Giusnaturalismo romano*, a cura di Mantovani Dario e Schiavone Aldo, Pavia, 2007, 33.

e lo statuto ontico del suo contenuto?»²⁴².

Il rapporto tra l'intelligibile universale della *idea* e l'esperienza del molteplice particolare e sensibile è innanzitutto un rapporto di *differenza*, dal momento che «*mentre gli enti particolari sono divenienti e mutevoli, l'idea è immutabile ed eterna*, e quindi è l'essere per eccellenza. Il termine “idea” non sta dunque ad indicare una valenza puramente “mentale”, “psichica” del contenuto del concetto (quasi che tale contenuto esistesse solamente nella mente umana), ma intende esprimere l'*intelligibilità dell'essere*, la trasparenza dell'essere al pensiero. Le parole greche ἰδέα, ed εἶδος, usate da Platone indicano propriamente l'*aspetto* o la *forma* che le cose presentano allo sguardo. Ma nel linguaggio di Platone lo sguardo non è quello degli occhi, ma quello della conoscenza concettuale; e l'aspetto e la forma non sono quelli delle cose sensibili, ma sono il *significato* dell'essere che, invisibile agli occhi del corpo, appare nello sguardo concettuale»²⁴³. Il rapporto tra la ragione e l'esperienza non è solo un rapporto di differenza, tra l'universale ed il particolare, ma anche un rapporto di convergenza, reso possibile dalla φύσις, che, nel suo senso originario di apparenza dell'essere, è l' *éidos*, in quanto essenza delle cose.

Sul duplice rapporto di convergenza e differenza di εἶδος, o forma, e φύσις, o natura, si fonda l'ambivalenza di significato della forma. Nella nuova prospettiva della intelligibilità, con l'obiettivo di mostrare come, oltre all'idea del puro essere, l'essere Parmenideo, sia possibile l'esistenza delle altre idee e di tutti gli enti sensibili, Platone «distingue, nel Sofista, due significati del non-essere: 1°Il “non essere” come *opposto* o *contrario* dell'essere (“non-essere” *assoluto*); 2°Il “non-essere” come *diverso* dall'essere (“non essere” *relativo*)»²⁴⁴. Se il non-essere assoluto è il niente assoluto Parmenideo, una forma per la quale è impossibile non solo che il molteplice, in quanto non-essere, sia, ma persino pensarlo, il non-essere come diverso dall'essere mostra che la ragione non resta negata affermando che ogni determinazione, cioè ogni diverso dal puro essere, è.

La forma o idea è la soluzione Platonica al problema, che nasce insieme alla filosofia, di stabilire che cosa è ciò che è identico nella totalità delle cose molteplici, che non solo provengono dall'idea, nel senso che ne sono l'immagine, ma corrompendosi, ritornano all'idea, «nel senso che con il corrompersi dell'immagine rimane immutabile l'idea, in quanto modello incorruttibile dell'immagine ed in quanto contiene e conserva tutto l'essere che è presente nell'immagine»²⁴⁵.

Per Platone l'*idea* è il fattore unificante, che permette di unificare il molteplice secondo un tratto unico, secondo la loro *forma*, per esempio tutti gli uomini esistenti nella *forma* o *idea* di animale intelligente. «L'idea è sempre la stessa e identica e a sé, giacché la definizione di uomo rimane

²⁴² NESCHKE-HENTSCHKE A., *Il diritto naturale* cit., 35.

²⁴³ SEVERINO E., *La filosofia antica*, Milano, 1994, 85.

²⁴⁴ SEVERINO E., *La filosofia antica* cit., 94.

²⁴⁵ SEVERINO E., *La filosofia antica* cit., 98.

sempre la stessa; perciò essa possiede una modalità di esistenza più stabile rispetto alle cose concrete: è ciò che essa è (αὐτό ὄ ἐστιν), sempre la stessa (ὡσαύτως ἔχον) e sempre negli stessi rapporti con le stesse cose (κατά ταῦτα ὡσαύτως ἔχον). Per esempio l'idea del Giusto è sempre differente dall'idea del Bello e sempre opposta all'idea dell'Ingiusto. Dunque Platone dota le idee di una specifica modalità di esistenza: non sottomessa al tempo, allo spazio ed al cambiamento, ma eterna ed immutabile. Di fronte alle cose molteplici, ogni idea fornisce dunque un modello stabile, un paradigma (παράδειγμα)²⁴⁶ che permette a colui che lo conosce di conformarvi le proprie azioni. Di conseguenza, la conoscenza dell'idea del giusto/della giustizia ci permette di agire rettamente»²⁴⁷. Tuttavia, il rapporto tra la forma e l'ente sensibile è duplice, dal momento che la forma è sia “il che cosa è di se stessa”, che non tiene conto di ciò che è estraneo a se stessa e quindi indifferente rispetto all'ente sensibile, sia il che cosa dell'ente sensibile, ed in quanto tale essenza dell'ente sensibile stesso.

Platone risolve il problema dell'unità del molteplice con la forma non solo perché mostra come l'affermazione di Eraclito che «ogni cosa è se stessa perché è negazione di tutte le altre»²⁴⁸ non è una violazione della ragione, come affermato da Parmenide, ma anche perché rivela l'ambivalenza dell'idea o forma che è sia «in sé e per sé, cioè come ente immutabile»²⁴⁹, sia «partecipata dall'ente sensibile»²⁵⁰.

²⁴⁶ PLATO, *Rep.* 5.472c4-d5.

²⁴⁷ NESCHKE-HENTSCHKE A., op. cit., 35.

²⁴⁸ SEVERINO E., op. cit., 99.

²⁴⁹ SEVERINO E., *lc. cit.*

²⁵⁰ SEVERINO E., *lc. cit.*

§2. La «forma» Aristotelica quale origine della doppia connotazione, positiva e negativa, del formalismo giuridico.

Aristotele, come Platone, usa *εἶδος* in endiadi con *μορφή* per indicare l'essenza necessaria, la causa essendi, che consente di acquisire conoscenza delle cose. Si domanda infatti Aristotele nel libro terzo della *Metafisica*: «Se non c'è niente fuori dei singoli esseri e questi sono infiniti, come mai si può acquistarne scienza? Di fatto intanto conosciamo una cosa in quanto c'è qualcosa di unico e di identico, in quanto c'è qualche cosa di universale. Che se non ci fosse niente fuori dei singoli, niente sarebbe intellegibile, ma sarebbe meramente sensibile e non ci sarebbe scienza di nulla»²⁵¹.

Posta l'identità di forma e sostanza²⁵², la *forma* o *specie* è intesa come quel *quid*, che, essendo oltre il tutto, fisso ed eterno, consente la conoscenza delle cose sensibili, sempre in movimento, e perciò soggette a corruzione. Tuttavia, nell'uso Aristotelico del termine “forma” è presente una polisemia, o, più esattamente, una «ambivalenza»²⁵³: se la forma è l'essenza necessaria delle cose che hanno materia, difficile è determinare esattamente «...di quali cose ci sia (*l'εἶδος*) e di quali no, ... di alcune cose, per esempio di una casa, è chiaro che la specie non può esistere separatamente»²⁵⁴. Alla contrapposizione tra cose naturali e cose artificiali sembra corrispondere la duplicità del significato di *μορφή*, che se da un lato indica l'*εἶδος* delle cose naturali, ciò che meglio appare come indice della *specie*, in assenza della quale le cose perdono la propria individualità, finendo per essere composte tutte della stessa materia, o contenuto, dall'altro, è il mero aspetto esteriore delle opere artificiali, oggetto di attività creatrice ed inventiva, la cui forma non solo non può essere distinta dal contenuto, ma è nell'animo dell'*artifex*.

In Aristotele la causa formale o “forma” è, insieme alla causa materiale o “materia”, «una delle cause e dei principi»²⁵⁵ che, essendo «eterne»²⁵⁶, rendono eterno il mondo che contiene tutte le forme e le materie delle cose. Tuttavia, sebbene ad Aristotele sia tradizionalmente attribuita la concezione della dipendenza della realtà intera da due principi opposti, la forma prima o Dio, o l'uno o l'essere, e la materia prima, o il molteplice, o il non-essere, egli è «l'avversario più irriducibile»²⁵⁷ delle dottrine accademiche che riducono le cose ai due principi opposti della forma e della materia, che sarebbero le stesse per tutte le cose, cioè una forma alla quale si possono ridurre tutte le forme, ed una materia alla quale si possono ridurre tutte le materie. Aristotele, proponendosi di determinare «che cosa sia la sostanza»²⁵⁸, ed, esaminando, a tal fine, la possibilità che essa sia il

²⁵¹ ARISTOTELES, *Metaphysica*, III, 4, 999 b.

²⁵² LLOYD A. C., *Form and universal in Aristotle*, Liverpool, 1981, 30.

²⁵³ LAZZARO G., *Sul diritto come forma*, in *RFD*, 1962, 638.

²⁵⁴ ARISTOTELES, *Metaphysica*, XI, 2, 1060 b 28-31.

²⁵⁵ ARISTOTELES, *Metaphysica*, I, 2, 983 a 5-6.

²⁵⁶ ARISTOTELES, *Metaphysica*, VI, 3, 1027 b 18.

²⁵⁷ BERTI E., *Studi aristotelici*, L'Aquila, 1975, 237.

²⁵⁸ BERTI E., *lc. cit.*

sostrato, allude ad una materia completamente indeterminata, «ἡ ὕλη ἢ καὶ αὐτήν»²⁵⁹, con il solo proposito di escludere che essa sia una realtà esistente in sé, anteriore ed indipendente rispetto alle cose di cui dovrebbe essere il principio. Confutata la tesi, attribuita a Platone, secondo cui l'essere e l'uomo sarebbero delle sostanze che fungono da funzioni di principi formali di ogni cosa, Aristotele esclude ugualmente l'esistenza di «una forma unica di tutte le cose, cioè una forma prima, alla quale tutte le cose possano essere ridotte»²⁶⁰.

La «forma» per Aristotele non esiste anteriormente a tutte le cose, ma è la funzione identica e comune, adempiuta di volta in volta da realtà concrete completamente diverse le une dalle altre, e sempre intrinseca alle cose in rapporto alle quali esercita la sua funzione di forma.

La forma se, da un punto di vista concreto e materiale, è diversa per le diverse cose, dal momento che ogni cosa ha la sua forma, da un punto di vista universale, «καὶ ὅλου»²⁶¹, cioè per analogia, «κατὰ ἀναλογίαν»²⁶², è la stessa. Ciò che è identico non è la forma nella sua realtà concreta, ma la funzione o il rapporto, che essa ha con le cose ed alla quale i greci danno il nome di analogia: il bianco, forma del colore, e la luce, forma del giorno, sono cose diverse individualmente, specificamente ed anche genericamente, ma sono identiche nel rapporto di forma che presentano, rispettivamente, con il colore ed il giorno.

Il sostanzarsi della “forma” in una mera identità di funzione ha indotto qualche interprete²⁶³ a ritenere che la forma Aristotelica sia non un principio reale, ma solo un punto di vista formale, un luogo vuoto da riempire con cose diverse, sinonimo di assenza di sostanza. Tuttavia, tale interpretazione risulta del tutto inadeguata ove si consideri che per Aristotele «la φύσις è materia, ma non come τό πρώτον... ἀρρύθμιστον, bensì come πρώτη ... ὑποκειμένη ὕλη, ossia come sostrato che non ha sussistenza propria e indipendente da ἡ μορφή και τό εἶδος τό κατά τὸν λόγον, cioè dalla determinazione sostanziale della cosa soggetta a movimento»²⁶⁴. *Μορφή*, sinonimo di *εἶδος*, è quella «*externa figura et forma*»²⁶⁵, che non si riferisce solo alla sua apparenza esteriore, ma anche alla sua «condizione costante»²⁶⁶, consentendo che la natura sia «materia e forma»²⁶⁷. Se la natura non è la «“fonte” originaria del divenire»²⁶⁸, quale entità indipendente da cui il movimento procede, ma è causa del movimento, quale capacità o tendenza al movimento sotto certe condizioni, e se la forma,

²⁵⁹ ARISTOTELES, *Metaphysica*, VII, 3, 1029 a 16-26.

²⁶⁰ BERTI E., op. cit., 238.

²⁶¹ ARISTOTELES, *Metaphysica*, V, 5, 1015 a 12-14.

²⁶² ARISTOTELE, *Metafisica*, V, 5, 1015 a 12-14.

²⁶³ PATZIG, *Thologie und Ontologie in der “Metaphysik” des Aristoteles*, «Kant-Studien», 52, 1960-61, 204-205; WEILAND, *Die aristotelische Physic*, Göttingen, 1962, 52-59, 69-84, 173-187, 202-230; DÜRING, *Aristoteles*, Heidelberg, 1966, 297.

²⁶⁴ CAPECCI A., *Struttura e fine: la logica della teologia aristotelica*, L'Aquila, 1978, 85.

²⁶⁵ CAPECCI A., lc. cit.

²⁶⁶ CAPECCI A., lc. cit.

²⁶⁷ CAPECCI A., lc. cit.

²⁶⁸ CAPECCI A., lc. cit.

al pari della materia, è la condizione più generale del movimento, allora, come avverte S. Tommaso²⁶⁹, la natura è materia e forma, non in quanto la sostanza è sinolo di materia e forma, ma «perchè qualcosa per essere, ossia per essere divenuta, deve acquisire una forma che la determina in atto, mentre la materia senza forma è pura possibilità indeterminata»²⁷⁰. La essenzialità della forma, quale condizione costante, risulta ancora più evidente ove la φύσις quale «plesso ὕλη-εἶδος»²⁷¹, sia intesa non in senso statico, ma dinamico: la generazione della «φύσις-ουσία»²⁷² avviene attraverso il movimento, il quale necessita non solo del «“soggetto”, che è condizione del movimento,(l'ὕλη), ma anche (di) ciò che possa “dirigere” e “determinare”»: e questo non può essere che l'εἶδος, immanente allo stesso processo fisico»²⁷³.

Non solo il rapporto tra la materia e la forma è un «rapporto del mezzo al fine»²⁷⁴, per cui la conoscenza della materia è indissociabile dalla conoscenza della forma, ma la «forma»²⁷⁵ è ambivalente, determinando «il divenire degli esseri naturali in un duplice senso»²⁷⁶: «in quanto costituisce l'ente naturale, cioè quell'ente che ha in sé “il principio del movimento”, e in quanto costituisce l'ente “divenuto”, il “fine” del movimento, cioè in quanto interviene come variabile costante nel divenire degli enti particolari»²⁷⁷. La forma è quindi in Aristotele una variabile che tuttavia, non funge da principio di divisione formale, quale strumento meramente ausiliario, «Hilfsmittel»²⁷⁸, indifferente all'essenza delle cose, ma è piuttosto «costitutiva delle cose soggette al processo del divenire e come tale dovendosi indagare»²⁷⁹: «poiché la natura è in due sensi, cioè è sia la forma sia la materia, bisogna studiarla come se indagassimo attorno al camuso, su cosa esso sia»²⁸⁰. Il «“camuso”»²⁸¹ è il «paradigma delle forme che non possono esistere nè essere pensate senza una materia: camuso o camosità non esprime soltanto una forma, (il concavo), ma una forma (concava) di un naso (materia), e quindi, una forma tale che non può essere nè pensarsi senza la corrispettiva materia».²⁸² Non ci si può limitare a considerare esclusivamente la dimensione materiale delle cose, in una indagine avente ad oggetto la sola struttura “materiale”, dal momento che senza “forma” non si dà “struttura”.

²⁶⁹ THOMAE AQUINATIS, *In octo libros Physicorum expositio*, Torino – Roma, 1954, lec.II, 1543.

²⁷⁰ CAPECCI A., *lc. cit.*

²⁷¹ CAPECCI A., *op. cit.* 88.

²⁷² CAPECCI A., *lc. cit.*

²⁷³ CAPECCI A., *lc. cit.*

²⁷⁴ CAPECCI A., *lc. cit.*

²⁷⁵ CAPECCI A., *lc. cit.*

²⁷⁶ CAPECCI A., *lc. cit.*

²⁷⁷ CAPECCI A., *lc. cit.*

²⁷⁸ CAPECCI A., *lc. cit.*

²⁷⁹ CAPECCI A., *lc. cit.*

²⁸⁰ ARISTOTELES, *Physica*, I, 1, 184 a1.

²⁸¹ REALE G., *Commento. ad ARISTOTELE, La Metafisica*, traduzione, introduzione e commento di Reale Giovanni Napoli, 1968, 502.

²⁸² REALE G., *lc. cit.*

La ricostruzione del movimento a partire «dalla determinazione ultima che essa ha generato (lo εἰς ὅ), nella quale si manifesta una forma che appare come elemento trascendentale costante, tale cioè da permettere di connettere l'esito del divenire al suo inizio»²⁸³, per cui ad esempio nasce un uomo quando si dia una forma, (l'uomo che è padre), che genera un ente della stessa forma (l'uomo che è generato), consente di cogliere la forma, quale si attua nel divenire, nella sua dimensione dinamica, ossia come τέλος, come risultato e come culmine di ogni processo naturale, che dirige e determina il divenire stesso, secondo la «felice»²⁸⁴ «formula del Theiler: il “τέλος è in generale espressione dello Eigenwert di ogni εἶδος”»²⁸⁵. La forma è allora, la «determinazione in sé intellegibile»²⁸⁶ che consente la intellegibilità del divenire, non attraverso la «“permeabilità” razionale del reale»²⁸⁷, in quanto «esterno»²⁸⁸ al movimento, come in Platone, ma attraverso la «formazione»²⁸⁹ e lo sviluppo in un ente completo, quale «culmine»²⁹⁰ del movimento stesso.

L'εἶδος è la condizione dell'essere e del divenire della φύσις-ουσία, che, conferendo significato e direzione nell'ordine del movimento, si attua come τέλος del processo che è condizione del divenire. Se il τέλος «non è solo il “risultato”, la forma che il risultato consegue nel divenire, ma il risultato connesso all'inizio, ossia quell'esito che conferisce significato all'intero processo»²⁹¹, e se l'εἶδος è il τέλος, quale esito cui tende il processo, allora il divenire ha significato in virtù dell'εἶδος, nel duplice significato di «forma che determina, e perciò pone in atto la potenzialità»²⁹², e di «costante del processo naturale»²⁹³. L'εἶδος (ο μορφή) è sia la fonte, sia l'esito del processo naturale e quindi autenticamente costante, in quanto permette di riconoscere lo sviluppo che si è realizzato: il movimento del divenire si attua in una forma, che non solo costituisce l'ente formato, ma conferisce significato a tutto il movimento.

Tale ambivalenza del termine aristotelico εἶδος è «definitivamente confermata»²⁹⁴ dalla distinzione, operata nella tradizione aristotelico-scolastica, tra la «forma formante», elemento essenziale, che si imprime alle cose particolari ed è «forma immanente nella materia»²⁹⁵ e «principio di quel movimento che è la generazione; ... perciò le cose che sono e si generano per natura diciamo che

²⁸³ CAPECCI A., op. cit., 91.

²⁸⁴ CAPECCI A., lc. cit.

²⁸⁵ CAPECCI A., lc. cit.

²⁸⁶ CAPECCI A., lc. cit.

²⁸⁷ CAPECCI A., lc. cit.

²⁸⁸ CAPECCI A., lc. cit.

²⁸⁹ CAPECCI A., lc. cit.

²⁹⁰ CAPECCI A., lc. cit.

²⁹¹ CAPECCI A., op. cit., 89.

²⁹² CAPECCI A., lc. cit.

²⁹³ CAPECCI A., lc. cit.

²⁹⁴ LAZZARO G., *Sul diritto come forma*, in RIFD, 1962, 639.

²⁹⁵ ARISTOTELE, *Alessandro*, 360, II.

ancora non hanno la loro natura finchè non raggiungono la specie o *forma*»²⁹⁶, e la «*forma formata*»²⁹⁷, semplice aspetto esteriore delle cose, risultato dell'operare dell'essenza delle cose sulla materia.

Nella logica classificatoria, in cui la deduzione logica ha una contropartita nel mondo degli oggetti reali, muniti di contrassegni essenziali, determinati e fissi, che li ricongiunge a forme prestabilite, la ambivalenza Aristotelica del termine “forma” ha marcatamente segnato il nesso con cui la forma stessa è stata indissolubilmente legata all'idea di una classificazione preesistente, che si riconnette agli oggetti, in virtù di un processo logico-deduttivo. Il rapporto della “forma” con la “classificazione” è stato inteso in un duplice modo, a seconda che la forma sia quel *quid* che, costituendo la caratteristica essenziale di un oggetto ovvero di un concetto, non richiama o suggerisce «nulla di ciò che è estraneo alla classificazione»²⁹⁸, ovvero quel *quid* che, prescindendo dal contenuto, «richiama l'idea di ciò di cui la classificazione *non* tiene conto»²⁹⁹.

Di qui la doppia connotazione, apprezzativa e dispregiativa, del termine “formalismo giuridico”: l'indifferenza della forma rispetto al contenuto si risolve nella irrilevanza giuridica della particolarità della fattispecie concreta rispetto alla fissità formale della fattispecie astratta, determinando una accezione negativa del formalismo giuridico; l'essenzialità della forma si traduce, in termini giuridici, nella idoneità della fattispecie astratta a fungere da categoria in grado di enucleare i “contenuti” della fattispecie concreta giuridicamente apprezzabili, con conseguente valutazione positiva del formalismo giuridico.

§3. *Natura e forma nella Filosofia del Diritto Romano.*

Il duplice significato del termine *μορφή* trova compiuta espressione nella lingua latina per la ragione

²⁹⁶ ARISTOTELE, *Alessandro*, 360, II.

²⁹⁷ LAZZARO G., *lc. cit.*

²⁹⁸ TARELLO G., *Formalismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, 573.

²⁹⁹ TARELLO G., *lc. cit.*

linguistica, ricordata da Cicerone³⁰⁰, che il latino *forma* fornì il genitivo ed il dativo plurale che mancavano a *species* per cui si preferì nel linguaggio filosofico tradurre l'aristotelico εἶδος appunto come *forma*.

La comprensione del significato che il termine *forma* ha assunto nel Diritto Romano presuppone la sua contestualizzazione nella teoria del diritto naturale romano, in modo da evidenziare la connessione esistente tra i due caposaldi del sistema giuridico romano: la *natura* e la *forma*.

Nella giurisprudenza romana il diritto naturale, appartenente al presente ed intrecciato con le istituzioni³⁰¹, adeguava alla forza intrinseca della realtà delle cose la forma degli atti, osservata in quanto discendente dall'originario regno della natura, quale «principio regolativo ed ordine governante il mondo»³⁰², che «fondeva in una sintesi la forza creativa del negozio con la dipendenza da un ordinamento superiore»³⁰³.

L'espressione *natura* evoca il fatto primordiale di una forza originaria, la nascita, la permanenza, la *virtus* generativa, come risulta dalla stessa radice latina *gna* che significa generare, da cui *nasci*, e cioè venire ad esistere in quanto generati, parallelamente alla corrispondente parola greca φύσις, derivante dalla radice φύο, genero. Contemporaneamente *natura* evoca un'idea universale di coordinamento e di legge regolatrice, in modo costante, dell'universo fisico e della società umana, che, sviluppatasi dall'originaria identificazione panteistica della divinità regolatrice del mondo con il mondo stesso, con conseguente trasposizione del concetto di legge dal dominio umano al dominio naturale, traspare in modo inequivocabile dal binomio φύσις - νόμος, in cui il concetto di legge, che in origine ebbe il significato di norma «fu riferito alla natura in quanto gli eventi di questa erano veduti come soggetti al volere di una divinità legislatrice, sicché la regolarità di essi era attribuita appunto alla costante obbedienza a una norma: trasposizione di carattere antropomorfo, nel mondo delle forze della natura, dell'esperienza della modificazione della realtà per opera della volontà umana»³⁰⁴.

L'affermazione del *ius*, fin dalle origini, in costante riferimento con un ordine cosmico preesistente, consente di comprendere la sua interpretazione sul duplice sfondo, fisico-naturale e contemporaneamente etico-politico, come confermato dalla distinzione, operata dai Sofisti, tra i quali Protagora, Gorgia ed Isocrate, tra il V e IV secolo a.C., tra il diritto nel senso di

³⁰⁰ CICERO, *Topiche*, VII.

³⁰¹ MAINE H. S., *Diritto antico*, Milano, 120. Sebbene la discussione sul “diritto naturale” romano fosse più complessa di quanto pensasse Maine, a questi va senz'altro ascritto il merito di avere compreso il carattere distintivo del diritto naturale romano rispetto al giusnaturalismo moderno: l'essere parte integrante del diritto vigente, e non una costruzione ideale, o, addirittura, utopica.

³⁰² ZYL D.H. VAN, *Cicero's legal philosophy*, Roodeport, 1986, 38, «*the regulating principle or governing order of the world*».

³⁰³ GROSSO G., *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, 1948, Milano, 120.

³⁰⁴ FASSÓ G., *Società, legge e ragione*, Milano, 1974, 233.

promulgazione statutaria che doveva essere approvata dal popolo e che poteva variare da stato a stato e da località a località, e la natura, *φύσις*, eterna ed immutabile, espressione dell'idea di un diritto derivante da fenomeni naturali, le cui prime origini sono rintracciabili nella cosmologia pre-socratica del VI sec. a. C.. Come nell' *Antigone* Sofocle parla di legge non scritta del bene, *ἀγραπτα* ... *ἰεων νόμιμα*, così Aristotele distingue, nell'*Etica Nicomachea* tra il diritto scritto, *νομικόν*³⁰⁵ *δίκαιον* e il diritto di natura, *φυσικόν*³⁰⁶ *δίκαιον*: il secondo ha la stessa validità dovunque ed è indifferente al tempo.

La distinzione Ciceroniana tra *ius civile* e *ius naturale* è un riflesso di quella Aristotelica tra diritto positivo, scritto, *γεγραμμένον*, e peculiare ad un particolare stato o località, *ίδιον*, ed il diritto naturale, non scritto, *ἀγραφον*, e comune a tutti i popoli³⁰⁷.

Attraverso l'espansione dell'Impero Romano la giurisprudenza recepì i due termini *φύσις* e *νόμος* «nella distinzione “*ius naturale*” - “*lex naturae*” che, con diverse sfumature di significato, crearono i fondamenti storici e concettuali delle istituzioni politiche, sociali e religiose del mondo medievale. Paradigma o modello della concezione greco - romana del diritto naturale è la *recta ratio*, espressione proteiforme che racchiude l'intero precipitato storico della legge universale, recepita dall'uomo e mediata dalla sua razionalità, ancorata al destino della sua natura irriducibile. Prima ancora che in Gaio, in Ulpiano e nel giusnaturalismo di Grozio, questa nozione appare nel pensiero stoico, dove, attraverso la riflessione di Seneca e di Cicerone, essa diviene la concordanza e l'adeguatezza della *facultas agendi*, propria dell'arbitrio umano, all'*ordo* naturale, la retta ragione come *naturae congruens*. La definizione ciceroniana nel *De Legibus* I, 6.18-19 della «legge» come la «ragione suprema insita nella natura», riflettendo la concezione greca stoica della legge di natura, chiarisce l'oggettivismo dell'etica antica, secondo cui «la fonte della legge naturale - che è poi la legge morale - è la ragione umana, è l'uomo; tanto che se questi le disobbedisce, disobbedisce a se stesso»³⁰⁸.

Sebbene la storiografia contemporanea tenda a risolvere il problema della razionalità intrinseca della natura con l'affermazione che l'idea della natura quale ordine razionale era un punto di convergenza degli «indirizzi fondamentali della filosofia antica: dal naturalismo ionico, interpretato in termini numerici dalla scuola pitagorica, a quello di Empedocle, attraverso la cosmologia eleatica, dalla riflessione platonica e peripatetica a quella epicurea e stoica»³⁰⁹, alla fine della Repubblica il campo era ancora tenuto, nel mondo culturale romano, dalle discussioni allora di

³⁰⁵ ARISTOTELES, *Ethica Nic.*, V,7,1134b 19.

³⁰⁶ ARISTOTELES, *Ethica Nic.*, V,7,1134b 18.

³⁰⁷ ZYL D.H. VAN, op. cit., 42.

³⁰⁸ FASSÒ G., *La legge della ragione*, Bologna, 1964, 17.

³⁰⁹ BRETONE M., *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma - Bari 1998, 115.

moda, su due tendenze, la stoica e l'epicurea»³¹⁰. Lo conferma la distinzione Ciceroniana, tra il 45 e il 44 a.C., «tra quanti vedevano la natura come una forza irrazionale suscitante movimenti necessari nei corpi e quanti invece come una forza razionale e ordinata che procedeva su binari precisi ed indicava causa ed effetti»³¹¹.

Il carattere vincente del modello stoico in cui l'ordine conduceva a giustificare l'esistenza del diritto naturale e, quindi, la vincolatività per gli uomini delle relative norme universali, consente di evidenziare il differente significato che il principio della normatività della natura ed il formalismo giuridico presentano nel Diritto Romano e Greco. Sebbene la relazione stringente tra naturalità e prescrittività fosse stata inventata dai Greci, nel corso di una riflessione assai lunga ed esclusivamente retorica e filosofica, non avendo trovato di fronte a sé né incrociato successivamente «nessun tipo giuridico»³¹², è solo a Roma che le idee di *nomos e physis* si misurarono con una cultura propriamente e tecnicamente giuridica, avanzando su un terreno «non invaso dalla retorica e dalla filosofia, bensì da una tecnicità giuridica del tutto sconosciuta al mondo greco ed ellenistico, e che proprio in quel volgere di anni stava conoscendo la rivoluzione concettuale del formalismo»³¹³. L'intreccio della «tecnicità positiva del diritto romano - che la rivoluzione del formalismo stava affidando ad una scienza rigorosa e potente -»³¹⁴ con «il modello naturalistico-universale della giustizia»³¹⁵, è il nucleo fondamentale del giusnaturalismo romano, al punto che si è arrivati ad affermare che «per l'assenza di una cultura propriamente e tecnicamente giuridica»³¹⁶ se «non si può propriamente parlare di un giusnaturalismo greco, ma solo di una concezione giusnaturalistica in tema di giustizia ... possiamo cominciare a farlo ... per la società romana»³¹⁷. Nel *De Legibus* Cicerone, opera, fra il 55 e il 44 a.C., la legittimazione del potere Imperiale Romano, utilizzando il giusnaturalismo, ma avendo «alle sue spalle l'invenzione del formalismo compiuta sin dagli anni di Quinto Mucio»³¹⁸, ed utilizzando entrambe per trasformare il diritto «da atto di volontà in atto di conoscenza, capace di instaurare un nuovo nesso fra sapere e dominio, che chiudeva l'ordine giuridico nello spazio di una ragione regolata da un complesso di proporzioni e di equilibri - un autentico calcolo di concetti - fino a guidarne completamente il percorso raggelando in una rete di

³¹⁰ MANTELLO A., *Natura e diritto da Servio a Labeone*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano. Atti del Terzo Collegio di Diritto Romano*, (Cedant Pavia, genn. 2005), Pavia, 2007, 209.

³¹¹ MANTELLO A., *lc. cit.*

³¹² SCHIAVONE A., *Per una storia del giusnaturalismo romano*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano. Atti del Terzo Collegio di Diritto Romano*, (Cedant Pavia, genn. 2005), Pavia, 2007, 5.

³¹³ SCHIAVONE A., *lc. cit.*

³¹⁴ SCHIAVONE A., *lc. cit.*

³¹⁵ SCHIAVONE A., *lc. cit.*

³¹⁶ SCHIAVONE A., *lc. cit.*

³¹⁷ SCHIAVONE A., *lc. cit.*

³¹⁸ SCHIAVONE A., *op. cit.*, 6. La tesi di Schiavone differisce dalla opinione più comune che il formalismo è connesso con il più antico "ritualismo" del periodo arcaico.

compatibilità astratte e prestabilite»³¹⁹.

Mentre nella cultura greca e nella tradizione stoica, cui Cicerone si rifaceva, il binomio *physis–nomos* era stato sempre inteso, anche in assenza di una elaborazione giuridica specialistica, quale «alternativa ideale alle leggi positive (scritte)»³²⁰ e «critica all'ordine costituito»³²¹, in un rapporto antinomico tra norma naturale e comando giuridico, Cicerone, e come lui i giuristi tardo repubblicani che lavorarono nella sua scia, da Servio a Labeone, non soltanto si tenevano lontani da qualsiasi uso anche lontanamente critico del paradigma giusnaturalistico, ma, al contrario, lo utilizzavano quale strumento di «transustanziazione del diritto positivo romano, elevato, attraverso l'esaltazione della sua base proprietaria (dare a ciascuno il suo: un vero *leit motiv* ciceroniano), a principio universale di giustizia»³²².

Nel mondo greco la esigenza di giustizia, di matrice giusnaturalistica e di carattere eversivo rispetto al comando giuridico, fu il fattore scatenante della «dissoluzione del formalismo giuridico»³²³ operata dalle comunità greche più avanzate, che liberandosi con «sorprendente facilità di forme procedurali ingombranti e di inutili formalismi»³²⁴ e privando di qualsiasi valore le «rigide norme e prescrizioni»³²⁵ generarono «una fortissima tendenza a confondere il diritto con il fatto»³²⁶, conseguente all'incapacità dell'intelletto greco, «con tutta la sua nobiltà ed elasticità»³²⁷, di «applicare ed elaborare il diritto, come tale, al prezzo di costanti fallimenti della giustizia astratta, senza al tempo stesso smarrire la speranza o il diseredio che la legge possa conformarsi ad un ideale più alto»³²⁸. Le corti popolari di Atene, se non esitarono mai ad allentare le norme della legge scritta ogni qual volta esse ostacolassero il cammino verso una decisione idealmente perfetta sui fatti di casi particolari, ed ad abbandonare il formalismo giuridico, in nome di esigenze giusnaturalistiche di giustizia, si ritrovarono, alla fine, privi di una giurisprudenza su cui poter innestare le concezioni più avanzate delle età seguenti, assediati da idee, casualmente prevalenti in quel momento, di giusto e di sbagliato.

Dal «pericolo di maturità precoce e di prematura dissoluzione»³²⁹, conseguente all'abbandono del formalismo giuridico, quale rispetto delle formule della legge, i Romani furono tenuti indenni ad opera della loro teoria del diritto naturale, chiaramente concepito dai giureconsulti come un sistema

³¹⁹ SCHIAVONE A., *lc. cit.*

³²⁰ SCHIAVONE A., *op. cit.* 7.

³²¹ SCHIAVONE A., *lc. cit.*

³²² SCHIAVONE A., *op. cit.*, 8.

³²³ MAINE H.S., *op. cit.*, 62.

³²⁴ MAINE H.S., *lc. cit.*

³²⁵ MAINE H.S., *lc. cit.*

³²⁶ MAINE H.S., *op. cit.*, 63.

³²⁷ MAINE H.S., *lc. cit.*

³²⁸ MAINE H.S., *lc. cit.*

³²⁹ MAINE H.S., *lc. cit.*

inteso ad assorbire gradualmente le leggi civili senza soppiarle fintanto che rimanevano vigenti. Il formalismo romano è ritenuto³³⁰ espressione di una teoria del diritto naturale, che nel disegnare il modello del diritto perfetto, al quale avrebbe dovuto ispirarsi il giurista, nella speranza di un indefinito approssimarvisi, senza al tempo stesso mai rinnegare l'obbligo derivante da leggi esistenti non ancora adattate alla teoria, evita alla giurisprudenza di incorrere in quel processo di dissoluzione e di corruzione che è rappresentato dalla confusione del fatto con il diritto, ogni qual volta si rinnega la forma del diritto per soddisfare una esigenza di giustizia, per mezzo della flessibilità del diritto e della particolare attenzione ai contenuti del caso concreto.

Tuttavia, è importante sottolineare, con Maine, la diversità della teoria del diritto naturale romana rispetto a quella moderna: i Romani, pur nella pluralità e diversità delle loro visioni e concezioni circa il *ius*, erano soliti escludere che la forma, quale modello ed essenza del diritto, in grado di assicurarne la stabilità e la continuità, fosse fondata su principi inverificati, ravvisando, al contrario, nella forma la base del diritto vigente, che doveva essere ricercata attraverso di essa.

Se l'«abbozzo di un paradigma giusnaturalistico»³³¹, fra l'età di Servio e di Ulpiano, quale «puntuale riferimento ad un ordine naturale che si supponeva avesse inscritto dentro di sé una regolarità ed una misura in grado di guidare, in determinate circostanze, la condotta morale degli uomini»³³², funge da incunabulo antico del giusnaturalismo moderno, consentendo di spiegare «perché la regola del mondo - di un mondo unificato nell'impero - poteva ben essere una regola romana, non più mero *logos* della repubblica, ma ragione naturale del genere umano»³³³, non si può tacere come nella modernità, non vi è una teoria del diritto naturale, nella quale la forma del diritto ne è la sostanza, da ricercare nel presente, ma, al contrario, vi è una teoria dello stato di natura, fondata sulla rottura tra il presente ed il passato, in posizione antagonista con il metodo storico, soggetta «all'influenza di un pregiudizio o di condizionamenti scorretti attribuibili ad una fede conscia od inconscia in una condizione non storica, ma naturale, della società o dell'individuo»³³⁴. La distinzione tra il formalismo romano, basato sulla teoria del diritto naturale romana, ed il formalismo moderno, fondato sulla teoria dello stato di natura, traspare dalle riflessioni di Rousseau, in cui il principale oggetto di attenzione è lo stato di natura, dimensione immaginaria ed ideale, ma degna di essere perseguita ad ogni costo, fino al punto di rovesciare la teoria dei giuristi romani: mentre il giusnaturalismo moderno condannava il presente «amaramente e largamente»³³⁵ «per la sua

³³⁰ MAINE H.S., op. cit., 64.

³³¹ SCHIAVONE A., op. cit., 5.

³³² SCHIAVONE A., loc. cit.

³³³ SCHIAVONE A., op. cit., 8.

³³⁴ MAINE H.S., op. cit., 74.

³³⁵ MAINE H.S., op. cit., 72.

diversità rispetto al passato ideale»³³⁶, e con esso il formalismo giuridico, «che ha incatenato la razza umana a quelle idee di vita e di condotta che le ereano state proprie nel momento in cui le sue usanze iniziarono a consolidarsi in forma sistematica»³³⁷, i Romani individuavano nel formalismo giuridico «le vestigia di quel regno di natura»³³⁸ la cui realtà essi affermavano, osservavano ed attuavano nelle istituzioni presenti, attraverso il rispetto della *forma*.

Già nel Medioevo il formalismo era non più, come nel mondo giuridico romano, l'attuazione, nelle istituzioni presenti, come in quelle passate, del diritto naturale, ma, in un clima di «grande entusiasmo per le generalizzazioni ed una ammirazione curiosa per tutte le proposizioni generali»³³⁹, l'espressione di una involontaria venerazione per ogni formula generale che sembrasse abbracciare e riassumere un certo numero delle regole isolate che erano praticate consuetudinariamente presso le varie comunità. I giuristi, il cui potere si fondava proprio sul formalismo, quale strumento di generalizzazione dei precetti giuridici utilizzati dai Capetingi, in Francia, luogo di sviluppo della scienza giuridica europea, nella loro lotta contro i feudatari, non ebbero difficoltà a rinvenire nel *Corpus Iuris* e nelle *Glosse* siffatte formule generali nella quantità desiderata»³⁴⁰: la perentoria epigrafe «*ita scripta est*» divenne sufficiente a mettere a tacere tutte le obiezioni.

Banco di prova della differenza tra la teoria del diritto naturale romano e la teoria del diritto naturale moderno e quindi della diversità di significato del formalismo giuridico nel diritto antico e moderno, è l'assioma «*omnes homines natura aequales sunt*», che, affermata dai giureconsulti romani dell'età di Antonino, ha risuonato nelle primissime righe della Dichiarazione di Indipendenza Americana, finendo per essere, fra i «Principi del 1789»³⁴¹, il meno strenuamente attaccato ed il più profondamente influente sul pensiero moderno, in grado di modificare anche la struttura della società e la politica degli stati. I giureconsulti romani intesero attribuire al principio di uguaglianza un significato strettamente giuridico, volendo «affermare che sotto l'impero dell'ipotetica legge di natura e fintanto che ad essa si approssima il diritto positivo, le distinzioni arbitrarie che il diritto civile romano manteneva vive tra le classi di persone, cessavano di avere una esistenza giuridica»; non censurarono mai gli ordinamenti sociali a fronte dei quali il diritto civile si allontanò dal suo modello ideale né credettero che il mondo avrebbe mai visto la società umana completamente assimilata all'economia di natura. Nella modernità, al contrario, l'uguaglianza degli uomini assume una connotazione politica, gli uomini devono essere uguali: la mancata realizzazione di questo dogma politico è una condizione profondamente imperfetta sofferta dal genere umano. È

³³⁶ MAINE H.S., *lc. cit.*

³³⁷ MAINE H.S., *op.cit.*, 64.

³³⁸ MAINE H.S., *op. cit.* 72.

³³⁹ MAINE H. S., *op. cit.*, 66.

³⁴⁰ MAINE H. S., *op. cit.*, 66.

³⁴¹ MAINE H. S , *op. cit.*, 77.

il significato del formalismo giuridico romano ad essere stato travisato, essendo divenuto incomprensibile nel diritto moderno come la forma degli atti possa consentire al diritto naturale non solo di coesistere con quello civile, ma di assorbirlo gradualmente.

§4. Il formalismo romano arcaico. Una chiave interpretativa.

Nel quadro dell' incomprendimento moderna della teoria del diritto naturale romano si inserisce il significato dispregiativo attribuito al formalismo romano arcaico, e con esso al formalismo giuridico, in quanto espressione di indifferenza rispetto al contenuto del diritto, e quindi ai fattori psicologici ed intenzionali che sono alla base di atti compiuti e parole pronunciate. Eco di questa valutazione negativa del formalismo giuridico è la distinzione tra il formalismo «cd. «interno»»³⁴², nel quale non solo gli effetti giuridici si producono automaticamente, al realizzarsi della forma e senza necessità «di accertare che gli effetti corrispondano a ciò che si è voluto, ma pure tale indagine è preclusa»³⁴³, ed il «formalismo esterno», appartenente, secondo l'opinione comune, a «fasi più evolute»³⁴⁴, in cui la forma rimane il mezzo necessario di espressione della volontà, ma la «funzione dell'atto formale tende a ridursi a mera documentazione, sicchè esso, ove non risponda all'intenzione, nei limiti della divergenza, è nullo. Talvolta questa prevalenza della volontà sulla forma finisce per portare alla dissoluzione del formalismo».³⁴⁵

La definizione dell'ordinamento giuridico come «formalistico» connota, secondo l'opinione pressochè unanime degli studiosi, il diritto romano arcaico quale «ordinamento primitivo»³⁴⁶, nel quale «la produzione di effetti giuridici viene collegata al compimento di pratiche o di riti in maniera esattamente conforme ad un modello, alla esatta pronuncia di determinate parole, in tempi e luoghi, ed alla presenza di persone pure esattamente prestabilite, e senza che riferimento alcuno si faccia sia ad elementi psicologici od intenzionali (*animus*) sia a valutazioni di situazioni obiettive diverse dal susseguirsi delle pratiche rituali stesse»³⁴⁷. Per diritto romano arcaico si intende il «*ius Quiritum* dell'antica *civitas* (Sato-città), fondato sulle consuetudini gentilizie (preciviche e cittadine), confermate in parte dalla legge delle XII tavole (a. 451-50 a. C. secondo la tradizione) ed elaborato dalla giurisprudenza pontificia»³⁴⁸. È il diritto di una società contadina, nella quale non solo le cose di prevalente importanza sono gli elementi e gli strumenti dell'agricoltura, ma il centro della vita associata è la *familia proprio iure dicta*, organismo sociale saldamente unitario, fondato sul vincolo di subordinazione alla potestà di un capo, il *pater familias*, che riflette ancora l'unità politica del gruppo agnatzio, *familia communi iure dicta*, dal cui disgregarsi storicamente deriva, e del quale conserva l'esclusivo fondamento nell'istituto della successione ereditaria.

Il diritto romano arcaico è senza dubbio formalistico dato che molti, se non tutti, i *negotia* in esso

³⁴² ORESTANO R., *Formalismo giuridico* in *Enciclopedia Italiana*, III Appendice, t. 1, 1961, 658.

³⁴³ ORESTANO R., *lc. cit.*

³⁴⁴ ORESTANO R., *lc. cit.*

³⁴⁵ ORESTANO R., *lc. cit.*

³⁴⁶ TARELLO G., *Formalismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1961, 573.

³⁴⁷ TARELLO G., *lc. cit.*

³⁴⁸ BETTI E., *Diritto Romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, 17.

richiedevano l'adempimento di atti rituali o la pronuncia di parole rituali, «*certa et sollemnia verba*»³⁴⁹.

«L'autonomia privata»³⁵⁰ è sottoposta nelle sue manifestazioni all'osservanza di forme necessarie, solenni e quasi esclusivamente verbali (parole e gesti), per guisa che un negozio non compiuto nella forma prescritta è privo di qualsiasi efficacia, e viceversa l'osservanza esteriore della forma è operativa di tutti i suoi effetti ancorchè manchi una volontà interiore corrispondente. Parimenti i processi privati sono legati a forme solenni, fisse ed immutabili (*leges actiones*), inaccessibili così a pretese che non si richiamino al *ius Quiritium* come a chi non sia cittadino. Gli stranieri - ad eccezione dei Latini - non sono ammessi, in massima, alla comunione giuridica con i romani»³⁵¹.

La forma scritta è la formalità nella quale l'arsenale romano di forme è deficiente³⁵², evidenziando il rifiuto, nel diritto arcaico, di riconoscere lo scritto come formalità legale: importanti atti giuridici erano invero registrati nella forma scritta al più presto possibile nel VI sec. a.C., ma lo scritto rimase semplicemente il documento di un atto già compiutamente realizzato anche dopo che esso era divenuto parte dell'educazione ordinaria, e quando gli illetterati avrebbero potuto far ricorso agli scriba professionisti. Il rifiuto della forma scritta non può essere attribuito a mero conservatorismo, ma, al contrario, rivela una deliberata e ragionata politica delle professioni legali: la solennità orale di un atto assicurava che le parti fossero presenti alla conclusione, e la loro presenza era richiesta dai giuristi nell'interesse della chiarezza e per evitare fraintendimenti, che invece sarebbero sorti nel caso di solennità *inter absentes*³⁵³.

Il problema che rimane aperto è il significato da attribuire al formalismo giuridico romano arcaico, inteso, di volta in volta, o come «meramente descrittivo», in quanto in esso la produzione di effetti giuridici avviene mediante atti, in senso lato, identificabili ed identificati dalla loro “forma”, o addirittura come dispregiativo, «nel senso in cui un ordinamento formalistico viene ritenuto “inferiore” ad uno in cui si tiene conto di fattori psicologici ed intenzionali»³⁵⁴.

Sulla valutazione dispregiativa del diritto romano arcaico, formalistico, nel senso in cui un ordinamento formalistico viene ritenuto “inferiore” ad uno in cui si tenesse conto di fattori psicologici ed intenzionali, hanno influito «diverse e pesanti ipoteche culturali»³⁵⁵. In questo processo di svalutazione, il formalismo giuridico, «atteggiamento»³⁵⁶, in cui la forma è la costante, separata dal contenuto, variabile, diviene sinonimo di legalismo, per significare un procedimento di

³⁴⁹ BUCKLAND W. W., *Ritual Acts and Words in Roman Law*, in *Festschrift Paul Koschaker*, Weimar, 1939, 16.

³⁵⁰ BETTI E., op. cit., 18.

³⁵¹ BETTI E., lc. cit.

³⁵² SCHULZ F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, 24.

³⁵³ SCHULZ F., op. cit., 26.

³⁵⁴ TARELLO G., op. cit. 574.

³⁵⁵ TARELLO G., lc. cit.

³⁵⁶ FROSINI V., *Formalismo e morfologia nella logica e nel diritto*, in *RIFD*, 1962, 395.

duplicazione della «realtà delle leggi che regolano l'universo del discorso» rispetto al mondo dei fatti, che, pur investito dalle leggi, «è reale a sua volta e per suo conto»³⁵⁷.

Fattore che ha contribuito alla definizione del formalismo giuridico quale presa di posizione del pensiero che contrappone la forma costante al contenuto variabile, e ha finito per dare una lettura distorta e storicamente inadeguata del formalismo romano arcaico, espressione, non della indifferenza della sostanza rispetto alla forma, come generalmente ritenuto, ma, come risultante dall'analisi della concezione normativistica della natura in diritto romano, di una forma, che in tanto è, in quanto esprime ed è essa stessa contenuto, è «la concezione evoluzionistica della storia del diritto romano»³⁵⁸, in cui il formalismo giuridico, secondo la tesi che Schulz riprende da Kaser³⁵⁹ passa attraverso tre fasi di sviluppo: nella prima, in cui i giuristi consideravano le forme per ciò che esse erano nei fatti, vale a dire come creazioni della loro propria scienza, le forme erano plastiche, adattabili e capaci di essere aggiunte; nella seconda, i giuristi sentivano che le forme non avrebbero potuto essere alterate, aveva luogo un processo di pietrificazione, in cui i canoni divenivano progressivamente sempre più chiusi; nel terzo stadio le forme erano o semplicemente disusate o osservate come delle formule ancestrali che dovevano essere borbottate con un sorriso. Se i primi due stadi rientrano nel periodo arcaico, il terzo segna la fine dello sviluppo delle forme antiche, per cui se in alcuni casi nuove forme furono ideate, in altre, più frequenti, il formalismo fu abbandonato.

La giurisprudenza classica si connota per la sua reazione al «rigido formalismo»³⁶⁰ romano arcaico, che trova la sua più compiuta espressione nella crescente rilevanza attribuita all'«elemento soggettivo del negozio»³⁶¹. L'«insopprimibile conflitto»³⁶² fra «l'esigenza della certezza, che importa rigidità della norma o dell'istituto, e l'esigenza della giustizia nel caso singolo, che ne richiede invece la flessibilità»³⁶³, è risolto a favore della seconda mediante una attività interpretativa che si prefigge di trovare la soluzione pratica più idonea a comporre i contrastanti interessi.

Ultimo stadio di quel processo di progressiva liberazione dal formalismo giuridico arcaico, cui è ridotta la storia del diritto romano, è «l'età postclassica e giustiniana»³⁶⁴, in cui cade «sia il processo formulare con la rigorosa distinzione fra tipi di *actiones*»³⁶⁵ sia «il formalismo verbale degli atti»³⁶⁶, soppiantato da una documentazione con valore costitutivo, sia la «rigorosa tipicità dei

³⁵⁷ FROSINI V., *lc. cit.*

³⁵⁸ TARELLO G., *op. cit.*, 574.

³⁵⁹ SCHULZ F., *op. cit.*, 27.

³⁶⁰ BETTI E., *op. cit.*, 18.

³⁶¹ BETTI E., *lc. cit.*

³⁶² BETTI E., *lc. cit.*

³⁶³ BETTI E., *lc. cit.*

³⁶⁴ BETTI E., *op. cit.*, 20.

³⁶⁵ BETTI E., *lc. cit.*

³⁶⁶ BETTI E., *lc. cit.*

negozi giuridici»,³⁶⁷ sostituita da schemi modificati dalle parti in funzione degli effetti da raggiungere. Presupposto il rapporto antinomico tra forma e sostanza del diritto, che si riflette nella contrapposizione della certezza con la giustizia, l'età post-classica e giustineanea è quel «regime parternalistico di autocrazia illuminata»³⁶⁸, nel quale, realizzata la massima flessibilità del diritto per la migliore rispondenza agli interessi del caso concreto, nell'ottica della protezione dei deboli e della rimozione degli squilibri patrimoniali, moralmente ingiustificati, secondo le predominanti «tendenze di pietà umanitaria ed ugualitaria»³⁶⁹, «l'esigenza della certezza e del credito appare subordinata e sacrificata alle esigenze dell'equità, intesa quale giustizia del caso singolo»³⁷⁰, al punto che si arriva a ricercare l'intenzione delle parti, anche ove inespressa, attraverso l'esame delle circostanze particolari del caso specifico. Centro della storia del diritto romano, quale progressiva liberazione dal formalismo giuridico, è il contratto, al punto che le concezioni evoluzionistiche «presentano l'evoluzione giuridica come muoventesi verso il contratto»³⁷¹, in consonanza con le tendenze di certa pandettistica che si è preoccupata «di mettere in rilievo gli elementi utilizzabili delle locuzioni post-classiche in cui appariva il termine *animus*»³⁷². Pur nella consapevolezza che «lo sviluppo storico dal diritto classico a quello postclassico e giustineaneo presenta una complessità di flussi e riflussi, che condannano il tentativo di ridurlo alla semplicistica formula di una corrente lineare in un dato senso»³⁷³, la impostazione seguita nello studio del formalismo giuridico arcaico è stata sempre finalizzata a cogliere la «continuità storica dello sviluppo del negozio nel diverso prevalere di dati aspetti ed elementi». Ed è proprio in questa ottica che il formalismo giuridico ha giocato un ruolo decisivo nel contrastare la definizione corrente del negozio giuridico come “manifestazione di volontà”, a favore della tesi, affermata da Betti, che coglie l'essenza del negozio giuridico nell'atto di autonomia privata, la sola in grado di inquadrarsi perfettamente con «il rilievo che i primitivi mettevano l'accento sulla forma, mentre progressivamente si approfondisce l'indagine sull'elemento psicologico corrispondente, cioè sulla coscienza e la volontà»³⁷⁴. Il «ritenere che ogni ruota e ogni bullone della moderna macchina sociale abbiano il loro corrispondente in società più rudimentali»³⁷⁵ ha qui generato l'errore di attribuire allo stadio intellettuale di una società non sviluppata, quale il diritto romano arcaico, la facoltà, appartenente ad uno stadio avanzato dello sviluppo intellettuale, di distinguere dal punto di vista

³⁶⁷ BETTI E., *lc. cit.*

³⁶⁸ BETTI E., *op. cit.*, 21.

³⁶⁹ BETTI E., *lc. cit.*, 21.

³⁷⁰ BETTI E., *lc. cit.*

³⁷¹ TARELLO G., *op. cit.*, 574.

³⁷² TARELLO G., *lc. cit.*

³⁷³ GROSSO G., *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, 1948, Milano, 113.

³⁷⁴ GROSSO G., *op. cit.*, 124.

³⁷⁵ MAINE H.S., *op. cit.*, 235.

teorico dei concetti che si confondono dal punto di vista pratico, quali la forma e la volontà, da una parte, e le cessioni e i contratti dall'altra: «abbiamo indicazioni non fraindendibili di uno stadio degli affari sociali in cui le cessioni ed i contratti erano praticamente confusi, e la discrepanza tra i due concetti cominciò ad essere percepibile solo una volta che gli uomini ebbero iniziato ad adottare una pratica distinta per contrattare e per trasferire»³⁷⁶.

La tesi che il formalismo romano arcaico fosse l'archetipo degli ordinamenti giuridici primitivi, in quanto impregato «di un rigido formalismo, spesso connesso ad elementi religiosi, talvolta addirittura magici, nel senso che la puntuale osservanza del rituale avrebbe conferito all'atto virtù creative di ordine trascendentale»³⁷⁷ è destinata a cadere ove si considerino le caratteristiche del sistema romano arcaico e che, se non sono peculiari di esso, sono sicuramente estranee ad altri ordinamenti pure ad esso accomunati, in quanto ugualmente primitivi, quali il diritto attico e germanico. La caratteristica del diritto romano arcaico che è in grado sia di porre in crisi, l'approccio descrittivo e la valutazione negativa del suo formalismo, sia di delinearne un significato positivo e storicamente adeguato, è il fatto che gli atti e le espressioni rituali provenivano sempre dalla parte che sta per trarre profitto, che sta acquistando un diritto o sta ottenendo la liberazione da una obbligazione o, che, nel processo, sta esercitando l'azione. Se è vero che nel diritto romano arcaico le espressioni e gli atti solenni provenivano sempre dal beneficiario del diritto e dall'attore in giudizio, ne consegue la confutazione del luogo comune, che il diritto romano aveva «un sistema di dialoghi rituali»³⁷⁸, con la conseguente necessità di ridefinire, in modo storicamente adeguato, lo stesso formalismo.

Il dato di fatto da cui partire, secondo Buckland, per comprendere il significato del formalismo giuridico nel diritto romano arcaico è la provenienza, nel diritto privato laico, con l'esclusione del diritto pubblico sacrale, degli atti e delle parole rituali sempre e soltanto da chi sta traendo profitto o sta rivendicando, con la conseguente esclusione dei dialoghi rituali.

Una prima conferma di un formalismo che si sostanzia di monologhi sempre provenienti dal beneficiario o dall'attore in giudizio, proviene da Valerius Probus, dalle cui *Notae Iuris*³⁷⁹, si ricava che nella *legis actio* nessuna delle espressioni rituali è pronunciata dal convenuto, come confermato anche da Gaius, il quale, nel suo resoconto del rituale nel *sacramentum in rem*(Gai 4.16), racconta di atti e parole rituali provenienti da entrambe le parti, ma solo in quanto in quella procedura entrambe le parti stanno rivendicando. Il mito dei dialoghi rituali costruito sul fatto che nel *sacramentum in rem* ciascuna parte dice qualcosa, non tiene conto della circostanza che non si tratta

³⁷⁶ MAINE H.S., op. cit., 238.

³⁷⁷ ORSTANO R., op.cit., 658.

³⁷⁸ BUCKLAND W. W.,op. cit., 16.

³⁷⁹ BUCKLAND W. W., lc. cit.

di un dialogo tra un querelante ed un convenuto, ma di due monologhi di due rivendicanti: il «*quando tu iniura vindicavisti*»³⁸⁰ della seconda fase è una espressione rituale che proviene non da chi subisce la rivendicazione, ma da chi, a sua volta, sta rivendicando. Ugualmente, come nel «*sacramentum in personam*»³⁸¹, ogni domanda è un «*sacramentum*», di cui parte integrante è la formula «*quando negas*», mentre nessun rituale accompagna la sua dazione, così nella «*manus iniectio*» ci sono parole rituali che asseriscono il diritto ad afferrare, ma non ci sono parole con cui il convenuto o il suo *vindex* nega quel diritto. Non fanno eccezione alla regola della provenienza delle espressioni rituali solo e soltanto dall'attore la *iudicis postulatio*, nella quale il convenuto nega, ma in modo non rituale, la *condictio* ed in fine la *pignoris capio* (Gai, 4.29), in cui «*certis verbis pignus capiebatur*»³⁸².

Un caso difficile è la *manumissio per vindictam*, nella quale, ove il gesto del padrone che tocca la mano con una *festuca* fosse inteso quale atto rituale di rinuncia, sarebbe confutata la regola fondamentale del formalismo arcaico della provenienza di atti ed espressioni rituali solo e soltanto dal rivendicante. Tuttavia, l'atto rituale del padrone è l'atto formale di affermazione ed esercizio della sua sovranità e del suo diritto su un uomo, che egli non mette in libertà, semplicemente rinunciando al suo diritto, ma trattiene come liberto. Secondo Buckland non può essere accolta la tesi di Karlowa della rinuncia simbolica del padrone al suo diritto sullo schiavo, basato su ciò che Festus dice a proposito della *manumissio sacrorum causa*, trattandosi di una istituzione sacra, ed in quanto tale non conforme ai principi del diritto privato laico, e di origine forestiera, modellata sulla prima fase della *manumissio* greca per la vendita al tempio, che riflette una concezione della proprietà diversa da quella del mondo romano arcaico. Ad escludere il carattere di eccezione al principio del formalismo arcaico della pronuncia delle parole unicamente dal celebrante, concorre sia la affermazione di Mommsen, che la *manumissio sacrorum causa*, era non una *manumissio*, ma solo una vendita al tempio, sia la circostanza, riportata da Festus che, il padrone mentre parla tiene la testa dello schiavo ed, in questo modo, afferma il suo controllo su di lui³⁸³.

La circostanza che nel formalismo romano arcaico gli atti e le parole rituali provengono solo e soltanto dall'attore o da chi sta per acquistare il diritto, era stata osservata da Jhering con riguardo alla *mancipatio*, nella quale la circostanza che è il solo acquirente a pronunciare parole rituali sarebbe espressione del fatto che il modo più legittimo di acquisto nell'età arcaica, come dice Gaius (4.16), è l' apprensione, la presa materiale dell'oggetto del diritto. Buckland esclude che questa tesi sia adeguata e parte dalla confutazione dell'affermazione di Jhering³⁸⁴ che si trattava di un modo di

³⁸⁰ BUCKLAND W. W., op. cit., 17.

³⁸¹ BUCKLAND W. W., richiama VALERIUS PROBUS, *Notae Iuris*, lc. cit.

³⁸² BUCKLAND W. W., lc. cit.

³⁸³ BUCKLAND W. W., op. cit., 18.

³⁸⁴ JHERING R., *Lo spirito del diritto romano, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner*

acquisto tipicamente romano, osservando che, sebbene non ci sia niente del genere nel diritto Attico o nel Diritto Inglese arcaico, lo stesso sistema appare altrove. Né l'atto o le parole rituali sono necessarie per l'acquisto del diritto mediante apprensione materiale: lo stesso effetto si conseguirebbe ugualmente, sebbene meno direttamente, se fosse il cedente a pronunciare parole di sottomissione, quale ad esempio «*hunc ego hominem tuum esse ex iure Quiritium confiteor*»³⁸⁵.

La chiave di volta per la comprensione del principio generale posto a base del diritto romano arcaico è la considerazione che le parole rituali pronunciate e gli atti rituali compiuti da colui che sta per compiere l'atto o per esercitare l'azione, non sono soltanto mere dichiarazioni, ma solo atti di esercizio del diritto. La formalità non è un richiamare o semplicemente rappresentare il diritto, ma è un atto di esercizio dello stesso, in una sostanziale coincidenza di forma e sostanza. Lo scopo che si intendeva perseguire attraverso un atto o una espressione formale dell'attore o acquirente del diritto, che concretasse l'esercizio del diritto, era la pubblicità. E quale mezzo migliore per ottenere la pubblicità nell'esercizio del diritto che esercitarlo pubblicamente?

Nel formalismo romano arcaico la forma è l'essenza della situazione giuridica rappresentata, che coincide con il suo contenuto, dal momento che la pubblica dichiarazione del diritto è il suo esercizio, una sorta di immissione in godimento. Un formalismo giuridico, in cui la forma è l'essenza, che ben lungi dall'essere indifferente al contenuto o non richiamare il contenuto, è il contenuto stesso, in quanto atto di godimento e di esercizio del diritto, è stato ritenuto da Buckland la base stessa del sistema romano³⁸⁶, abbandonato nella fase post-classica e giustiniana, in cui la *mancipatio* divenne un documento scritto, non più ricognitivo di un precedente atto cerimoniale, come nel diritto classico, ma dichiarativo della volontà del cedente di procedere alla *mancipatio*.

La tesi che il formalismo giuridico è espressione del principio dell'unità di forma e sostanza, per cui dichiarare un diritto equivale ad esercitarlo, trova l'esempio più sorprendente, a giudizio di Buckland, nella *manumissio censu*, nella quale la iscrizione dello schiavo nella lista dei *cives*, avviene su domanda formale dello stesso³⁸⁷, in qualità di persona che trae vantaggio dal compimento dell'atto e dalla pronuncia delle parole rituali, mentre se è vero che ciò avviene *iussu domini*, la volontà del *dominus*³⁸⁸ non è parte del cerimoniale.

La osservanza della regola che atti e parole rituali nel diritto romano arcaico provengono sempre dalla persona che trae beneficio dalla situazione giuridica, anche oltre l'ambito della *mancipatio* e della procedura, è la prova evidente che la «forma» era considerata qualcosa di più che una dichiarazione di diritto, essendo piuttosto una immissione nel godimento del diritto.

Entwicklung, 3 voll., 4 t., 1852, 1858, 1865, Lipsia, Teil I, sect. 10.

³⁸⁵ BUCKLAND W. W., op. cit., 19.

³⁸⁶ BUCKLAND, W. W., op. cit., 20.

³⁸⁷ Ulp., *Liber Singularis Regularum* 1, 8.

³⁸⁸ Cicerone parla del cerimoniale come «*voluntate domini*». Cic, *de orat.*, 1. 40. 183

La tesi che il formalismo giuridico arcaico è qualcosa di più e di diverso da un sistema di dichiarazioni formali, indifferenti rispetto alla volontà del dichiarante, trae alimento dalla considerazione di Buckland che il diritto romano arcaico non deve essere visto con gli occhi degli uomini moderni: sebbene Jhering, e con lui il giurista moderno, potrebbe dire che la dichiarazione della presa del possesso non è una mera affermazione del diritto, ma una immissione ugualmente, la concezione del formalismo giuridico arcaico, quale espressione di una forma che è al tempo stesso anche sostanza, e trova nella formalità l'unico modo di realizzazione della stessa, esprime una diversa concezione del formalismo giuridico.

Il diritto romano arcaico era un mondo culturale, prima ancora che giuridico, in cui ciò che era esteriore, *nomen*, era in realtà sostanza, ed i mutamenti dei rapporti giuridici erano mutamenti di fatti. Non era sentita la differenza tra un fatto ed il nome che gli veniva dato, per cui «per mutare un fatto era sufficiente cambiargli il nome»³⁸⁹.

³⁸⁹ TARELLO G., op. cit., 574.

§5. La confutazione del formalismo Kantiano.

Le «teorie del “diritto come forma”»³⁹⁰, ricollegate, «in modo remoto»³⁹¹, alla distinzione aristotelico-scolastica tra forma e materia del diritto, per cui già nel XVI e XVII sec. si diceva da alcuni «*ius est forma civitatis*»³⁹², «acquistano importanza dopo Kant»³⁹³. È soprattutto «alla distinzione kantiana fra materia e forma della conoscenza»³⁹⁴ ed alla conseguente idea che il diritto «fosse determinabile soltanto a priori, formalmente, risolvendosi nell'esistenza esterna della libertà, quale forma della relazione tra gli arbitri degli individui»³⁹⁵ che si deve «il dilagare dell'applicazione del concetto di forma al diritto, prima in sede filosofica, poi anche scientifica»³⁹⁶.

Il carattere “formale” della teoria del diritto Kantiana viene desunto non soltanto dalla citazione molto nota, per cui il giurista è in grado di stabilire *quid sit iuris* ma non *quid sit ius*, essendo la definizione del diritto ricavabile unicamente da principi *a priori*, ma anche e soprattutto dai tre elementi costitutivi del concetto di diritto³⁹⁷, che è una relazione non solo “esterna” di una persona verso l'altra, in quanto le loro azioni sono fatti che, immediatamente o mediatamente, hanno influenza le une sulle altre, e “reciproca”, in quanto intercorrente tra due o più arbitri, ma anche e soprattutto “formale”, dal momento che il diritto non prende affatto in considerazione la materia dell'arbitrio, cioè lo scopo che uno si propone con l'oggetto che egli vuole, ma considera soltanto la forma della relazione tra i due arbitri, e cerca unicamente se l'azione di uno dei due possa accordarsi con la libertà dell'altro, secondo una legge universale. La concezione Kantiana del diritto come forma non solo significa irrilevanza del contenuto dell'arbitrio, e quindi del diritto in quanto relazione tra arbitri, ma connessa ad una concezione liberale della libertà, quale assenza da vincoli, si atteggia «in senso giusnaturalistico», sussumendo surrettiziamente sotto la nozione di libertà gli istituti giuridici, ormai mere determinazioni necessarie della forma, ed in tal modo, soprattutto ad opera dei movimenti neo-kantiani, si riduce ad una «posizione»³⁹⁸ non storica, ma «logica»³⁹⁹, «rispetto alla quale il carattere della positività è un accidente»⁴⁰⁰.

L'opinione diffusa circa il valore mediocre della dottrina kantiana del diritto, che trova significativa ed autorevole conferma nelle accuse di oscurità e di incoerenza rivolte da Fichte ed Hegel,

³⁹⁰ TARELLO G., *Formalismo* cit., 575.

³⁹¹ ORESTANO R., *Formalismo giuridico*, cit., 659.

³⁹² ORESTANO R., *lc.cit.*

³⁹³ TARELLO G., *lc.cit.*

³⁹⁴ ORESTANO R., *lc.cit.*

³⁹⁵ ORESTANO R., *lc.cit.*

³⁹⁶ ORESTANO R., *lc.cit.*

³⁹⁷ KANT I., *La metafisica dei costumi. Introduzione alla dottrina del diritto*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto di Immanuel Kant*, tradotti da Giole Solari e Giovanni Vidari, ed. Postuma a cura di N. Bobbio e V. Mathieu, Torino, 1956.

³⁹⁸ TARELLO G., *op.cit.*, 576.

³⁹⁹ TARELLO G., *lc.cit.*

⁴⁰⁰ TARELLO G., *lc.cit.*

assertori di una valutazione aprioristicamente negativa di questa parte del pensiero di Kant, deve ritenersi superata a seguito della confutazione della interpretazione formalista della filosofia Kantiana, ad opera dei recenti studi in Inghilterra ed America, che, «al di là della tradizione idealistica come del neokantismo»⁴⁰¹, hanno dimostrato l'esigenza di una lettura più fedele ed efficace del pensiero politico di Kant, attraverso «un recupero epistemologico, e quindi un ripensamento integrale dell'intero sistema del filosofo di Königsberg»⁴⁰².

Il «carattere formale»⁴⁰³ del diritto in Kant è una diretta conseguenza del suo essere parte della «metafisica della ragione»⁴⁰⁴: se la Scienza Kantiana risolve «la *quaestio facti* dell'esperienza nella *quaestio iuris* delle leggi universali della ragione, che unifica il molteplice nella sintesi *a priori*»⁴⁰⁵, la legge giuridica, in quanto parte di essa, si costituisce a partire dagli stessi presupposti trascendentali, e la genesi del diritto, quale forma esteriore di regolamento dell'azione umana, è ricondotta a quei principi universali e necessari, che presiedono alla costruzione della matematica. L'interpretazione formalistica della dottrina del diritto di Kant sottolinea l'identità funzionale tra il diritto e le categorie dell'intelletto, consistente nella determinazione delle «condizioni *a priori*, e perciò trascendentali, costitutive del mondo sociale»: il diritto, l'«insieme delle condizioni, per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio dell'altro, secondo una legge universale di libertà», è una realtà posta al di là del divenire fenomenico e la cui scaturigine ultima risiede non nel processo storico, nella realtà sensibile, ma nella realtà intellegibile, nella ragione legislatrice. Hegel, interpretando formalisticamente la nozione Kantiana di diritto quale forma astratta, priva di contenuti, e puro principio speculativo della ragione teorica, vi contrappose il concetto di ordine giuridico come espressione dell'unità sintetica della conoscenza che unifica nell'io assoluto le diverse diramazioni dello Spirito soggettivo ed oggettivo.

Tuttavia, l'interpretazione formalistica del pensiero Kantiano, considerato «come riflessione sulla scienza, come giustificazione in fondo di una matematica ed una fisica pura»⁴⁰⁶, «si lascia sfuggire il proprio della filosofia Kantiana»⁴⁰⁷, il suo punto nodale, consistente nel «collegamento della “nozione formale” di legge giuridica, quale condizione di libertà, rispetto a quella superiore esigenza politica, in cui confluiscono sia l'ordine morale sia l'ordine giuridico»⁴⁰⁸. Da una lettura attenta ed analitica dell'opera Kantiana, nella sua unità, emerge come Kant, non abbia inteso limitare il diritto ad un sistema di generalizzazioni astratte e di ipotesi, di comandi o di norme, prive

⁴⁰¹ DE LUCA A., *Giustizia e legalità nella filosofia politica di Kant*, 1984, Napoli, 17-18.

⁴⁰² DE LUCA A., *lc. cit.*

⁴⁰³ DE LUCA A., *op. cit.*, 20.

⁴⁰⁴ DE LUCA A., *lc. cit.*

⁴⁰⁵ DE LUCA A., *lc. cit.*

⁴⁰⁶ SALVUCCI P., *L'uomo di Kant*, Urbino, 1963, 454.

⁴⁰⁷ SALVUCCI P., *lc. cit.*

⁴⁰⁸ DE LUCA A., *op. cit.*, 21.

di rapporto con l'esperienza, come accadrebbe se, seguendo l'interpretazione formalistica, si riducesse la nozione Kantiana di diritto ad un concetto logico, generato dalla pura ragione, né abbia fatto esaurire nel carattere formale della legge la sua complessa natura e funzione di unificazione dei voleri soggettivi. Kant, edificando l'ordine giuridico su una coercizione reciproca, necessaria ed universale, per cui la capacità imperativa delle norme trova riscontro immediato nei comportamenti empirici e nella natura contingente del soggetto, la cui volontà deve adeguarsi ai precetti *a priori* della ragione, intende «unificare il diritto soggettivo con il diritto oggettivo»⁴⁰⁹, e quindi collegare la nozione formale del diritto, quale condizione astratta di libertà, con l'esigenza concreta di ordine morale e giuridico.

La contraddittorietà della nozione Kantiana di «libertà», che nel passaggio da *La Critica della Ragione Pura* a *La Critica della Ragione Pratica*, da «universale logico della categoria dell'intelletto»⁴¹⁰ diviene «postulato supremo della ragione pratica, fondamento della legge morale dell'uomo»⁴¹¹, rivela sia l'apparente contraddittorietà di diritto empirico e diritto razionale, sia la dualità tipica dell'uomo Kantiano, che si muove, ad un tempo, nella «dimensione empirica e sociale dell'essere fenomenico»⁴¹², realizzantesi «nella società politica, nel diritto e nello stato», e nella «dimensione ideale e noumenica del Regno dei fini»⁴¹³. Il problema centrale nella dottrina del diritto Kantiano è il dualismo tra l'elemento logico, che dovrebbe indagare l'essenza del diritto, il suo elemento costitutivo, e l'elemento etico, forse meglio etico-teleologico, quello della libertà, che ne indaga lo scopo e che è solo uno dei tanti principi regolativi dell'esperienza giuridica⁴¹⁴: «come conciliare la logica dei giudizi *a priori* con l'esperienza»?⁴¹⁵ «In che maniera, in relazione all'esperienza giuridica, si possono costituire le forme dei giudizi per il diritto»?⁴¹⁶

L'apparente contraddittorietà del pensiero Kantiano, esasperata, nella interpretazione formalistica, fino al punto di ridurre la costruzione giuridica di Kant ad una categoria della ragione teoretica ed il diritto ad una forma vuota, priva di qualsiasi collegamento con l'esperienza, deve considerarsi definitivamente superata alla luce delle nuove ricerche storiche ed epistemologiche, le quali hanno rivelato come il diritto in Kant «non è solamente forma esteriore dei rapporti umani»⁴¹⁷. L'essenza della nozione Kantiana del diritto è nella «Rivoluzione Copernicana»⁴¹⁸, che non si è limitata a sovvertire l'idea di natura, compito della coscienza trascendentale, quale unità formale originaria,

⁴⁰⁹ DE LUCA A., op. cit., 23.

⁴¹⁰ DE LUCA A., op. cit., 25.

⁴¹¹ DE LUCA A., lc.cit.

⁴¹² DE LUCA A., op. cit., 35.

⁴¹³ DE LUCA A., lc.cit.

⁴¹⁴ PASINI D., *Diritto, Società e Stato in Kant*, Milano, 1957.

⁴¹⁵ DE LUCA A., op. cit., 51.

⁴¹⁶ DE LUCA A., lc.cit.

⁴¹⁷ DE LUCA A., op. cit., 36.

⁴¹⁸ DE LUCA A., lc. cit.

come sostenuto dalla tradizione idealistica, al fine di esasperare, il dualismo di ragione ed esperienza, ma ha «consentito a Kant di superare il contrasto tra razionalismo ed empirismo»⁴¹⁹. Principale strumento di attuazione della Rivoluzione Copernicana in filosofia, intesa quale superamento del «gap»⁴²⁰, del vuoto, apparentemente non collegabile, tra la ragione pratica e teoretica, è, non la *Critica della ragione Pura*, come sostenuto nell'interpretazione formalistica di Kant, ma la *Critica del Giudizio*⁴²¹, come osservato da Michel Foucault⁴²², riferendosi all'idea del giudizio riflessivo sviluppata nella Terza Critica.

Nel pensiero Kantiano c'è un vuoto tra le categorie ed i concetti puri della *Critica della Ragione Pura*, da un parte, che concernono la conoscenza e la comprensione, quale sussunzione del particolare sotto l'universale dei concetti *a priori*, a mezzo di un giudizio determinato, perché sempre il particolare è sussumibile nell'universale, e la ragione pratica, dall'altra, che pure classifica i fenomeni, ma con giudizi indeterminati, dal momento che la ragione applica le regole, ma non può crearle: se si riconoscesse alla ragione la facoltà di creare regole, allora bisognerebbe anche riconoscere una nuova facoltà di giudizio, per valutare se il caso particolare rientra o meno in quella regola. Capovolto il rapporto soggetto-oggetto e divenuti consapevoli che noi costitutivamente contribuiamo agli oggetti dell'esperienza, Kant si domanda: come è che «le condizioni subietive del pensare dovrebbero avere validità oggettiva?»⁴²³. È questa la principale aporia e l'importantissima rottura tra la comprensione e la ragione, a cui Kant pone rimedio con la Critica del Giudizio: se il giudizio teoretico della prima Critica, la *Critica della Ragione Pura*, è pienamente determinato, in quanto presuppone la riconducibilità dei fenomeni sotto i concetti o le regole della comprensione, e se il giudizio della seconda Critica, la *Critica della ragione pratica*, è completamente indeterminato, in quanto giudica se le azioni siano morali o meno, secondo le idee indeterminate e non strutturate della ragione, il giudizio della terza Critica, la *Critica del Giudizio*, è parzialmente determinato, in quanto, pur non giudicando le asserzioni logiche, a differenza dei giudizi pienamente determinati, assicura tuttavia, la sussunzione dei significati esistenziali, inconoscibili dai giudizi pienamente indeterminati, sussumendoli attraverso non i concetti, propri della logica, ma i sentimenti. La terza Critica, superando la contrapposizione tra l'identico ed il diverso, l'esterno e l'interno, la necessità e la libertà, la presenza e l'assenza, su cui era fondata la contrapposizione tra la prima Critica cognitiva e la seconda Critica pratico-morale, costruisce un ponte tra l'identico ed il diverso, che è uno spazio della differenza, costitutivo sia della presenza che dell'assenza, quale

⁴¹⁹ DE LUCA A., *lc. cit.*

⁴²⁰ LASH S., *Another Modernity A different Rationality*, Oxford, 1999, 200.

⁴²¹ LASH S., *op. cit.*, 204.

⁴²² FOUCAULT M., "What is enlightenment?" in FOUCAULT M – RABINOW P., *The Foucault Reader*, New York, 1984.

⁴²³ KUKLA R., *Aesthetics and Cognition in Kant's Critical Philosophy*, Cambridge U.S., 2006, 7.

confine aporetico ed incapace di decisione, che si stende attraverso la divisione tra la ristretta economia della ragione teoretica da un lato, e l'economia generale della ragione pratico- morale, dall'altro⁴²⁴.

Venuta meno la marginalizzazione della teoria estetica Kantiana, compiuta per la maggior parte del XX secolo, e considerata seriamente la significativa fondamentale unità del progetto critico Kantiano, la terza Critica ha acquistato crescente importanza nel mondo Anglo-Americano⁴²⁵, in cui si è osservato che se all'inizio della prima Critica la dimensione estetica dell'esperienza è ciò che appartiene alla sensibilità recettiva, quale facoltà che non forma attivamente l'intuizione, ma solo la riceve in una certa forma⁴²⁶, il ruolo dell'estetica nella cognizione e nel giudizio è destinato ad assumere una complessità crescente, a seguito dell'abbandono, abbastanza immediato, del modello dualistico, fondato sul rapporto antinomico tra la facoltà della comprensione, che si fonda sulla deduzione del particolare sotto i concetti generali, e la facoltà della sensazione, che in quanto meramente recettiva non necessita della deduzione. A seguito della scoperta che l'applicazione di regole concettuali agli oggetti non può essere governata da regole generali discorsive senza introdurre un regresso senza speranza, l'applicazione dei concetti al particolare non è più governata da regole concettuali, ma è guidata dall'immaginazione che, attraverso la sintesi figurativa, rende chiaro un tipo di ordine che la comprensione può articolare.

La schematizzazione, processo attraverso il quale l'immaginazione raggruppa le intuizioni e produce gli *schemata*, che in qualche modo mostrano come le presentazioni della sensibilità possono essere categorizzate e comprese sotto concetti generali, è una attività estetica, e quindi artistica, piuttosto che discorsiva, per la sua funzione, che è quella di rendere possibile l'applicazione delle regole. Se la comprensione è analizzabile e sintetizzabile in una esperienza coerente solo a condizione che l'immaginazione possa trovare ordine nel molteplice sensibile,

⁴²⁴ LASH S., op. cit., 8.

⁴²⁵ L'importanza della Terza Critica nel mondo Anglo-Americano, come il suo interesse oltre la filosofia dell'arte, ha avuto un decisivo incremento negli anni Settanta, con la pubblicazione di lavori importanti, quali la *Kant's Aesthetic Theory* (1974) di Donald Crawford e *The Notion of Form in Kant's Aesthetic Judgment* (1971), *Studies in Kant's Aesthetics* (1979), e la prima edizione di *Kant and the Claims of Taste* (1979, seconda edizione rivista 1997). L'anno 1990 ha visto la pubblicazione della dissertazione di dottorato di Ginsborg, *The Role of Taste in Kant's Theory of Cognition* e *Imagination and Interpretation in Kant: The hermeneutical Import of Kant's Critique of Judgment* di Rudolf Makkreel. Entrambi i lavori, ponendosi al di là della controproducente contrapposizione tra la filosofia analitica e continentale, sono specificatamente volti ad evidenziare la connessione sistematica tra la teoria estetica di Kant e la sua epistemologia e teoria della cognizione. Dal 1990 l'attenzione filosofica si è mossa rapidamente e vigorosamente verso questa connessione sistematica, e la teoria estetica di Kant è divenuta un argomento di interesse diretto per molti epistemologi. È seguito il fiorire di un interesse filosofico per la Terza Critica, con particolare attenzione alle sue dimensioni epistemologiche e cognitive, nella piena consapevolezza del contributo che essa è in grado di dare alla ideazione di un progetto critico come un intero, attraverso la valorizzazione del ruolo assegnato alle funzioni estetiche della sensibilità e della immaginazione nella cognizione empirica. Parecchi contributi classici a questa esplorazione sono già emersi, come *Kant's Theory of Taste* (2001) e *Kant and the Capacity to Judge* (1998) di Beatrice Longuenesse.

⁴²⁶ KUKLA R., op. cit., 9.

attraverso il giudizio riflessivo, l'immaginazione, nella Critica del Giudizio non solo si è liberata dalla sua iniziale servitù dalla comprensione, conseguente al suo carattere meramente recettivo, ma ha il lusso di impegnarsi in un gioco libero con la comprensione, slegato da ogni concetto determinato, che restringerebbe la sua attività, in accordo con una particolare regola discorsiva.

Preso atto che l'attività e l'autonomia della facoltà estetica della sensibilità si diffonde e si rafforza nel corso delle opere critiche di Kant, per cui se nella prima Critica le intuizioni sono cieche e le apparenze possono essere date nella intuizione, ma senza la funzione della comprensione, a partire dalla metà della terza Critica la intuizione è del tutto sparita, lasciando il posto alla facoltà della sensibilità, elaboratamente intrecciata e fusa con le facoltà dei concetti, diviene impraticabile l'approccio formalista alla filosofia Kantiana, che comprendendo «la forma quale fenomeno superficiale delle cose»⁴²⁷, e composizione delle loro parti in un intero, ignorando che Kant concepì la terza Critica come un ponte tra la ragione pratica e teoretica, la causalità e la libertà, la natura e la moralità, nelle prime due Critiche tenute separate da un abisso, «non riesce a vedere che nella prospettiva trascendentale dell'indagine di Kant, la forma è legata alla formazione di una rappresentazione degli oggetti della natura che non sono spiegabili cognitivamente»⁴²⁸.

Alla improponibilità della lettura della *Critica del Giudizio* quale implacabile sforzo di separare la forma della bellezza da ogni altra cosa sensibile o morale, ed alla conseguente confutazione della tesi formalista della «forma della bellezza»⁴²⁹ nell'estetica Kantiana quale «formale ed armonica composizione delle parti in un tutto»⁴³⁰, che non avendo altro fine che il piacere che provoca nell'osservatore e non perseguendo altro obiettivo che essere soggettivamente piacevole, è percepita come autonoma, ed è celebrata per se stessa, derivando il piacere che essa procura dal semplice gioco dei suoi elementi, e non avendo relazione con nessun altro fine, segue la inadeguatezza della interpretazione della concezione della forma nella filosofia Kantiana quale rottura «con la tradizione Aristotelica e Scolastica, secondo la quale la forma è sempre la forma di una qualche sostanza e quindi è compresa nella sua differenza da, che è, nella sua relazione con, qualche cosa di altro»⁴³¹. Nonostante l'affermazione di Kant che la mera forma degli oggetti deve essere tenuta separata da tutta la sostanza, continua ad essere vero che la forma è sempre la forma di qualche cosa ed in principio non può essere compresa a prescindere da essa. Sebbene la nozione di forma nell'idealismo trascendentale di Kant non concerne più la costituzione delle cose stesse e, come la *Critica della Ragione Pura* argomenta, la preoccupazione esclusiva della forma è la costituzione degli oggetti dell'esperienza, per la quale essa fornisce i principi *a priori*, la forma riguarda non solo

⁴²⁷ GASCHÉ R., *The idea of form. Rethinking Kant's Aesthetics*, Stanford, 2003, 6.

⁴²⁸ GASCHÉ R., *lc. cit.*

⁴²⁹ GASCHÉ R., *op. cit.*, 8

⁴³⁰ GASCHÉ R., *lc. cit.*

⁴³¹ GASCHÉ R., *lc. cit.*

la sintesi fondamentale senza la quale non sarebbe possibile né l'intuizione né la cognizione, ma continua ad avere un correlato materiale, che è la vera sostanza dell'esperienza.

Il concetto della pura forma incontrato nella Terza Critica, ben lungi dall'essere una forma liberamente fluttuante, assicurando una rappresentazione degli oggetti selvaggi della natura, consente una esperienza di tali oggetti "selvaggi", per i quali non ci sono concetti determinati della comprensione che siano ancora disponibili. La mera forma nella Terza Critica, tutt'altro che una sistemazione vuota e senza contenuto, è «un concetto para-epistemico»⁴³², in quanto «forma che i poteri cognitivi realizzano di fronte agli oggetti selvaggi la cui rappresentazione suggerisce la intenzionalità, nonostante l'assenza di determinati concetti»⁴³³.

L'evoluzione, nel corso del programma critico Kantiano, della nozione di forma, per cui si passa dalle «forme pure a priori degli oggetti dell'esperienza»⁴³⁴, lo spazio ed il tempo della Critica della ragione Pura, alla «mera forma»⁴³⁵ della Critica del Giudizio «condizione pre-obiettiva e pre-predicativa, sotto la quale il molteplice empirico dell'intuizione può essere raccolto in figure dell'oggettività, in assenza di concetti determinati»⁴³⁶ non solo conferma la già nota incostanza di Kant nell'uso dei termini, ma consente di confutare l'interpretazione formalista della nozione Kantiana del diritto, tradizionalmente posta a fondamento del formalismo giuridico moderno.

Il carattere unitario delle tre Critiche ed il serio cambiamento che l'estetica venne a porre «al progetto critico»⁴³⁷, per cui, abbandonata la chiara dicotomia iniziale tra la comprensione spontanea e la intuizione recettiva, Kant dovette ripensare il «nucleo fondamentale»⁴³⁸ della sua filosofia, non solo frantuma alcuni dei fondamentali dogmi Kantiani, quali la necessità *a priori* e la sicurezza delle categorie, ma rende giustizia della trasformazione che la nozione di forma subisce nel corso dell'evoluzione del suo pensiero: da principio speculativo «puro ed a priori»⁴³⁹ a condizione «pre-obiettiva»⁴⁴⁰ e «pre-predicativa»⁴⁴¹.

⁴³² GASCHÉ R., op. cit., 8.

⁴³³ GASCHÉ R., lc. cit.

⁴³⁴ GASCHÉ R., op. cit., 61.

⁴³⁵ GASCHÉ R., op. cit., 87.

⁴³⁶ GASCHÉ R., lc. cit.

⁴³⁷ KUKLA R., op. cit., 15.

⁴³⁸ KUKLA R., lc. cit.

⁴³⁹ GASCHÉ R., op. cit., 61.

⁴⁴⁰ GASCHÉ R., op. cit., 87.

⁴⁴¹ GASCHÉ R., lc. cit.

§6. Il formalismo Kelseniano e la critica Capograssiana.

Di «ispirazione kantiana»⁴⁴² è tradizionalmente ritenuto anche il formalismo Kelseniano, «punto in cui confluiscono»⁴⁴³, secondo l'opinione comune degli studiosi, «da un lato le correnti formalistiche del diritto pubblico che, attraverso il Gerber ed il Laband, sono giunte col Jellinek a sviluppare e distinguere in modo del tutto autonomo la teoria giuridica dalla teoria sociale dello Stato e dall'altro le correnti anche esse formalistiche della filosofia giuridica neo-kantiana, che, sotto l'influsso dello Stammler, hanno cercato di svolgere una teoria del concetto puro distinto tanto dalla fenomenologia quanto dalla deontologia giuridica»⁴⁴⁴. Tuttavia, la dottrina Kelseniana del diritto come forma, fondando la «possibilità di un discorso giuridico su di una forma categoriale»⁴⁴⁵ che, non solo «prescinde dai contenuti»⁴⁴⁶ e si riferisce alla natura di ogni possibile ordinamento giuridico, ma, esulando dal problema della norma fondamentale, «stabilisce criteri formali per la determinazione dell'esistenza giuridica di una norma»⁴⁴⁷, si spinge al di là della confluenza tra le correnti analitiche e neo-positivistiche, riuscendo «a depurare meglio di esse e nel modo più radicale e completo, la struttura formale del diritto dal suo contenuto di carattere storico-sociologico ed etico-politico»⁴⁴⁸. L'interpretazione della dottrina pura del diritto, quale espressione di un formalismo estremo, si fonda sia sulla dichiarazione di Kelsen, nel 1925, del suo proposito di inquadrare filosoficamente il suo pensiero, mettendo in contatto «il lontano campo della scienza con quel fertile centro di conoscenza che è la filosofia»⁴⁴⁹, sia sulla lettura di una sua «opera prima»⁴⁵⁰, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pubblicata nel 1911, che, concentrando l'attenzione sulla statica giuridica, analisi del diritto nella sua struttura logico-formale, e prescindendo, o quasi, dalla dinamica, studio del processo di produzione ed applicazione del diritto nei suoi rapporti con la realtà concreta, «fa apparire il pensiero di Kelsen come l'espressione del formalismo più rigoroso»⁴⁵¹, che ben lungi dall'investire la sola scienza del diritto, finisce per travolgere la realtà giuridica, riducendola, nel suo complesso, ad una vuota forma. La conclusione che il formalismo Kelseniano sia una concezione formale non solo della scienza giuridica, ma anche della realtà giuridica, consegue inevitabilmente quando si rinventa il fondamento filosofico del Kelsenismo nella filosofia neo-kantiana ed in specie nella scuola di Cohen «che cerca di ridurre a logica tutta la filosofia, compresa l'etica e la filosofia

⁴⁴² TARELLO G., op. cit., 576.

⁴⁴³ TREVES R., *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, in *RIFD*, 1952, 178.

⁴⁴⁴ TREVES R., *lc. cit.*

⁴⁴⁵ TARELLO G., *lc. cit.*

⁴⁴⁶ TARELLO G., *lc. cit.*

⁴⁴⁷ TARELLO G., *lc. cit.*

⁴⁴⁸ TREVES R., *lc. cit.*

⁴⁴⁹ KELSEN H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1920, IV.

⁴⁵⁰ KELSEN H., *Formalismo giuridico e dottrina pura*, in KELSEN-TREVES *Formalismo giuridico e realtà sociale*, scritti di Kelsen Hans, Treves Renato, a cura di Stanley L. Paulson, Napoli, 45.

⁴⁵¹ TREVES R., op. cit., 180.

del diritto, così attribuendo alle forme pure dell'intelletto, non già il semplice carattere di universale logico e di condizione formale *a priori* della conoscenza, ma quello di principio ontologico, di categoria produttrice della realtà»⁴⁵².

La teoria Kelseniana della norma giuridica, quale giudizio ipotetico, depurato di ogni contenuto psicologico e volutaristico, che non solo delimita il diritto come “dover essere” dal comportamento effettivo, appartenente alla sfera dell'essere, degli uomini, ridotti da “persone” a «centri di imputazione di norme»⁴⁵³, ma svuota i concetti della scienza giuridica di ogni contenuto ideologico e valutativo, conobbe un immediato successo all'indomani della pubblicazione, nel 1911, degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, per la sua rispondenza alle esigenze di giuristi, che, uscendo da un lungo periodo di pace, si interessavano esclusivamente della struttura logica e formale del diritto, regnando un tacito accordo in ordine sia ai fini etici e politici sia ai contenuti economici e sociologici, sottesi a quella struttura. A conferma che la crisi del diritto fu crisi del formalismo giuridico, nel Primo Dopoguerra, quando per i grandi sconvolgimenti politici e sociali, l'attenzione dei giuristi si spostò «dalle forme vuote del diritto»⁴⁵⁴ alle «forze concrete che incessantemente producono, trasformano e distruggono queste forme»⁴⁵⁵, il generalizzato atteggiamento di condivisione ed entusiasmo per il formalismo Kantiano, fu sostituito da un clima di accesa ed accanita polemica, come risulta dalla citazione che Santi Romano fa, «nella prima pagina e nella prima nota»⁴⁵⁶ della sua opera più famosa, *L'ordinamento giuridico*, degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* di Kelsen, «con una chiara e precisa intonazione polemica»⁴⁵⁷, definendo «(e sono queste le prime parole della nota) il normativismo kelseniano»⁴⁵⁸ «l'espressione di “un punto di vista esasperato sino alle estreme conseguenze”»⁴⁵⁹. Il tono della polemica diventa ancora più aspro in una nota successiva, in cui Santi Romano, nel rimproverare a Kelsen di rimettere «in corso una vecchia teoria»⁴⁶⁰, che «confonde ciò che lo Stato è, con ciò che lo Stato fa»⁴⁶¹, pronuncia «la formula critica fulminante»⁴⁶², in grado di misurare la distanza che separa il normativismo dall'istuzionalismo: «per Kelsen ciò che importa è quello che lo Stato (e il diritto in esso e con esso) logicamente “è”; mentre per Romano ciò che conta è quello che lo Stato praticamente, realisticamente “fa”»⁴⁶³.

⁴⁵² TREVES G., op. cit. 181.

⁴⁵³ TREVES G., lc. cit.

⁴⁵⁴ TREVES G., op. cit., 182.

⁴⁵⁵ TREVES G., lc. cit.

⁴⁵⁶ FROSINI V., *Saggi su Kelsen e Capogrossi. Due interpretazioni del diritto*, Milano, 1988, 46.

⁴⁵⁷ FROSINI V., lc. cit.

⁴⁵⁸ FROSINI V., lc. cit.

⁴⁵⁹ FROSINI V., lc. cit.

⁴⁶⁰ ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, 68.

⁴⁶¹ ROMANO S., lc. cit.

⁴⁶² FROSINI V., op. cit., 47.

⁴⁶³ FROSINI V., lc. cit.

Alla concezione Kelseniana della legge quale «*trascendenza della parola sulla azione*»⁴⁶⁴, della regola sulla storia, della forma sul fatto, del dover essere sulla mobilità, instabilità ed insicurezza della realtà contraddittoria e conflittuale dell'essere, per cui l'attuazione della legge segna la vittoria dell'ordine sul disordine, Santi Romano contrappone la «*immanenza della legge nella prassi, nella conversione continua del vero con il fatto*»⁴⁶⁵, guidato dalla «*esigenza costante*»⁴⁶⁶ di ricongiungere la norma al fatto e di riconoscere la struttura del diritto nella stessa morfologia della prassi o azione sociale. Sottesa tuttavia, sia alla idea Kelseniana della norma scritta quale «*espressione definita e definitiva dello jus voluntarium*»⁴⁶⁷, sia alla prevalenza del *jus involontarium* sul *jus voluntarium*, presente nella concezione di Romano della rivoluzione quale «*disordine strutturale metastabile e generativo*»⁴⁶⁸, è lo «*schema concettuale di fondo dell'ordinamento giuridico*»⁴⁶⁹, che sostiene la struttura mentale dell'insieme, per Kelsen in senso normativo, per Romano in senso istituzionale.

Se, nel quadro complessivo del pensiero giuridico italiano, la configurazione generale del pensiero di Romano funge da grande alternativa al pensiero Kelseniano, la critica di Romano alla dottrina pura del diritto, storicamente, può essere inquadrata nel clima, che caratterizzava in Europa il Primo Dopoguerra, di insoddisfazione per i metodi e le teorie giuridiche dominanti, che, incapaci di appagare le nuove esigenze spirituali, gettavano la dottrina del diritto in «una crisi grave e profonda»⁴⁷⁰. La responsabilità della «*crisi del diritto*» viene configurata in capo a «due scuole», che, sebbene diverse per metodi e principi filosofici, sono bollate «con il medesimo marchio di “positivistiche”»⁴⁷¹: nella prima, che ha quale maggiore rappresentante il Laband, la Scienza del diritto «*tende verso l'ideale di un formalismo astratto, privo di ogni elemento storico-valutativo, in cui i concetti giuridici vengono costruiti a mezzo di sussunzioni, di astrazioni generalizzatrici, di analisi e di sintesi logico-formali*»⁴⁷²; nella seconda, «*viennese, di Kelsen*»⁴⁷³, constatato che la dottrina del Laband non è riuscita ad escludere dalla trattazione giuridica gli elementi sociologici, etici e politici ad essa estranei, e proponendo di eliminarli totalmente, «*valendosi delle premesse e dei metodi propri della filosofia neo-kantiana di Marburg*», riduce la dottrina del diritto ad una semplice «*Geometrie der Rechtserscheinung*»⁴⁷⁴.

Nel Primo Dopoguerra alla dottrina pura del diritto è contestato il capo di imputazione del

⁴⁶⁴ FROSINI V., op. cit., 53.

⁴⁶⁵ FROSINI V., lc. cit.

⁴⁶⁶ FROSINI V., lc. cit.

⁴⁶⁷ FROSINI V., lc. cit., 47.

⁴⁶⁸ FROSINI V., op. cit., 56.

⁴⁶⁹ FROSINI V., lc. cit.

⁴⁷⁰ TREVES R., *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, in RIFD, 1933, 545.

⁴⁷¹ TREVES R., *Il metodo teleologico* cit., 546.

⁴⁷² TREVES R., lc. cit.

⁴⁷³ TREVES R., lc. cit.

⁴⁷⁴ TREVES R., lc. cit.

formalismo, il cui carattere radicale ed estremo, invece di essere smorzato dall'infuriare delle polemiche nello scenario filosofico-giuridico Europeo, ne è accentuato, sia ad opera degli avversari, che in tal modo potenziano le argomentazioni per la loro critica, sia ad opera di Kelsen e dei suoi allievi, attenti soprattutto a «mantenere una posizione di intransigenza»⁴⁷⁵: «a chi avesse sollevato il dubbio che nella dottrina pura del diritto non fosse necessariamente implicita una concezione del diritto come mera forma, gli avversari, anche senza richiamarsi ai fondamenti etici neo-kantiani, facevano rilevare che questa dottrina era sostanzialmente l'espressione di una mentalità astratta, insensibile ai problemi concreti della società e della storia e che per questo era fatalmente spinta a mutilare il diritto o addirittura ad ucciderlo, separandolo dalle sue basi e dai suoi ideali e privandolo delle sue sorgenti di vita»⁴⁷⁶.

La comprensione del significato del formalismo Kelseniano passa attraverso la chiarificazione della sua distinzione dal formalismo normativistico o «formalismo della Scienza giuridica»⁴⁷⁷, corrente di pensiero che, identificando da un lato il diritto con il complesso delle norme giuridiche, e dall'altro queste ultime con la volontà dello Stato, ed affermando l'esigenza di sottomettersi a questa volontà e quindi alla lettera della legge, «conduce al legalismo»⁴⁷⁸.

Alla identificazione normativistica della norma con il comando, Kelsen contrappone la definizione della norma giuridica quale «puro giudizio ipotetico»⁴⁷⁹, «semplice espressione formale»⁴⁸⁰ e «schema qualificativo privo di qualsiasi contenuto psicologico volontaristico»⁴⁸¹, che ha fatto montare contro la dottrina pura del diritto l'accusa di «superformalismo»⁴⁸², «di un formalismo in cui il processo di purificazione è giunto fino alle estreme conseguenze»⁴⁸³. In realtà, il carattere formalistico della dottrina pura del diritto assume una portata diversa a seconda che si consideri il periodo iniziale della produzione kelseniana, in cui non soltanto la statica prevale sulla dinamica, ma l'intento di Kelsen è rinvenire il fondamento filosofico della sua teoria giuridica nella filosofia neo-kantiana di Cohen, mera logica del diritto, in cui la realtà giuridica è vuota forma, o, piuttosto, la produzione degli ultimi scritti europei, nei quali, la dottrina pura del diritto, ben lungi dal voler essere una filosofia, rivendica il suo carattere di «scienza autentica»⁴⁸⁴, «che cerca esclusivamente di conoscere il diritto, e di “avvicinare il più possibile i suoi risultati all'ideale della scienza:

⁴⁷⁵ TREVES R., *Intorno alla concezione*, cit., 183.

⁴⁷⁶ TREVES R., *lc. cit.*

⁴⁷⁷ TREVES R., *Intorno alla concezione* cit., 185.

⁴⁷⁸ TREVES R., *lc. cit.*

⁴⁷⁹ TREVES R., *lc. cit.*

⁴⁸⁰ TREVES R., *lc. cit.*

⁴⁸¹ TREVES R., *lc. cit.*

⁴⁸² TREVES R., *Intorno alla concezione* cit., 186.

⁴⁸³ TREVES R., *lc. cit.*

⁴⁸⁴ TREVES R., *Intorno alla concezione* cit., 188.

oggettività e chiarezza”»⁴⁸⁵.

Premesso che l'«accusa di formalismo»⁴⁸⁶, «obiezione fondamentale»⁴⁸⁷ sollevata contro la dottrina pura del diritto, è inconsistente e priva di senso, data la problematicità del contrasto tra forma e contenuto del diritto, secondo Kelsen ciò che conta, per quanto riguarda la questione del formalismo della scienza giuridica, non è «determinare l'essenza della forma distinta dal contenuto, al fine di decidere conformemente se la giurisprudenza sia o meno una disciplina formale»⁴⁸⁸, ma chiarire se «il giudizio sprezzante, implicito nella dichiarazione di formalismo, valga nei confronti della conoscenza del diritto e dunque di una teoria del diritto»⁴⁸⁹, o se invece vuol colpire «una attività rivolta alla produzione del diritto, alla sua formazione e al suo perfezionamento, dunque ad una prassi giuridica»⁴⁹⁰.

La taccia di formalismo se può essere rivolta alla prassi del diritto, per significare la «inadeguatezza»⁴⁹¹ e la non conformità allo scopo di sentenze giudiziarie, provvedimenti amministrativi e leggi, lascerebbe indenne una teoria del diritto «avalutativa»⁴⁹² che ha «il solo ed unico fine di capire il diritto dato così come viene prodotto dal legislativo e dall'esecutivo, senza prendere verso questo diritto nessuna posizione valutativa»⁴⁹³. La definizione della dottrina pura del diritto, quale scienza che, scindendo, «nel fenomeno del diritto positivo, forma e contenuto»⁴⁹⁴ e separando i concetti giuridici formali, che si riscontrano in ogni ordinamento giuridico, dai concetti relativi al contenuto del diritto, crea «gli strumenti concettuali grazie ai quali ci si può impadronire di un particolare diritto»⁴⁹⁵, se da una parte consente di rivendicare la realtà quale positività del diritto, dal momento che «*solo ciò che è formale è reale, e quanto più formale è una metodica tanto più reale essa può diventare...*» (Cohen, *Logik der reinen Vernunft*)⁴⁹⁶, dall'altra rende possibile la distinzione Kelseniana tra il formalismo «vizio»⁴⁹⁷, che riguarda l'applicazione del diritto, e il formalismo «virtù»⁴⁹⁸, concernente la teoria del diritto, in quanto «sforzo»⁴⁹⁹, «comune ad ogni conoscenza nei confronti del suo oggetto»⁵⁰⁰, «di abbracciare quanto più è possibile il

⁴⁸⁵ TREVES R., lc. cit.

⁴⁸⁶ KELSEN H., *Formalismo giuridico* cit., 39.

⁴⁸⁷ KELSEN H., lc. cit.

⁴⁸⁸ KELSEN H., lc. cit.

⁴⁸⁹ KELSEN H., lc. cit.

⁴⁹⁰ KELSEN H., lc. cit.

⁴⁹¹ KELSEN H., op. cit. 40.

⁴⁹² KELSEN H., lc. cit.

⁴⁹³ KELSEN H., lc. cit.

⁴⁹⁴ KELSEN H., op. cit., 41.

⁴⁹⁵ KELSEN H., lc. cit.

⁴⁹⁶ KELSEN H., lc. cit.

⁴⁹⁷ KELSEN H., lc. cit.

⁴⁹⁸ KELSEN H., lc. cit.

⁴⁹⁹ KELSEN H., lc. cit.

⁵⁰⁰ KELSEN H., op. cit., 42.

materiale che le è dato, in un sistema di concetti quanto più possibili precisi»⁵⁰¹. Al doppio significato Kelseniano, positivo e negativo di formalismo giuridico, il primo riferito alla conoscenza ed il secondo alla creazione del diritto, corrisponde la doppia connotazione, buona e cattiva, della giurisprudenza dei concetti: la prima riferita alla dottrina pura del diritto, che, preservando, attraverso la separazione di teoria e pratica del diritto, di scienza e politica, la sua «purezza teoretica»⁵⁰², «non incorre in quel formalismo che consiste nel voler dedurre norme giuridiche da concetti scientifici già precostituiti»⁵⁰³; la seconda espressione di quel sincretismo dei metodi e di quella confusione tra la conoscenza e la creazione dello Stato e del diritto positivo, che sforzandosi di dare a questi oggetti una forma predeterminata, in realtà corrispondente ad un «*interesse soggettivo*»⁵⁰⁴, riduce la scienza a «*mera ideologia della politica*»⁵⁰⁵.

Kelsen, nel definire «l'inscindibile legame tra scienza politica e diritto»⁵⁰⁶ «uno dei segni caratteristici di questa epoca»⁵⁰⁷, che, «scossa da una guerra mondiale e da una rivoluzione mondiale»⁵⁰⁸, dichiara essere oggettivamente giusto ciò che corrisponde all'interesse soggettivo politicamente prevalente, conferma la lettura della crisi del diritto quale crisi del formalismo giuridico: l'accusa di formalismo giuridico rivolta contro la dottrina pura del diritto esprime la «disillusione per il fatto che la dottrina pura del diritto non solo non dà alcuna ideologia utile- né per la destra né per la sinistra - ma addirittura combatte quella scienza che si premura di rendere disponibile una tale ideologia»⁵⁰⁹.

Tuttavia, a conferma dell'evoluzione che la posizione del Kelsen in ordine al «formalismo puro» ha subito nel corso della sua produzione, è opportuno ricordare il suo riconoscimento del carattere erroneo ed affrettato dell'identificazione della dottrina pura del diritto con il «liberalismo formalistico»⁵¹⁰ contenuta nella prefazione ai suoi *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*: dalla lettura delle sue opere risulterebbe infatti, che ciò che «unisce i diversi esponenti della dottrina pura del diritto non è una comune convinzione politica, meno che mai il liberalismo, il democraticismo, il pacifismo; è la dedizione ad un metodo scientifico, che astrae – fin dove è umanamente possibile – da ogni valutazione politica»⁵¹¹. Ed è proprio dalla lettura che è stata fatta delle opere di Kelsen che emerge una duplice modo di intendere il formalismo puro: «mentre nel continente europeo, ove

⁵⁰¹ KELSEN H., op. cit., 41.

⁵⁰² KELSEN H., op. cit., 42.

⁵⁰³ KELSEN H., lc. cit.

⁵⁰⁴ KELSEN H., op. cit., 43.

⁵⁰⁵ KELSEN H., lc. cit.

⁵⁰⁶ KELSEN H., lc. cit.

⁵⁰⁷ KELSEN H., lc. cit.

⁵⁰⁸ KELSEN H., lc. cit.

⁵⁰⁹ KELSEN H., op. cit., 44.

⁵¹⁰ KELSEN H., op. cit., 45.

⁵¹¹ KELSEN H., lc. cit.

fervevano le polemiche tra sostenitori ed avversari, gli studiosi hanno generalmente attribuito maggiore importanza alla statica e hanno considerato la dinamica come la parte più debole e contraddittoria della dottrina»⁵¹², nell'«ambiente americano»⁵¹³ la concezione kelseniana «del diritto come processo dinamico di concretizzazione»⁵¹⁴, fungendo da giustificazione logica alle conclusioni raggiunte dai realisti americani, ha inaugurato il progressivo avvicinamento della dottrina pura del diritto con le correnti di pensiero antiformalistiche che in Europa erano generalmente considerate come «le sue più aperte ed irriducibili avversarie»⁵¹⁵. È lo stesso Kelsen a riconoscere come solo «una completa ignoranza della sua dottrina»⁵¹⁶ abbia potuto indurre a ritenere, erroneamente, che essa potesse mettere in pericolo i risultati della scuola del diritto libero, avendo, al contrario, con «l'intuizione della *struttura a gradi dell'ordinamento giuridico*»⁵¹⁷, dotato di un fondamento teoretico la tesi, decisiva per la scuola del diritto libero, secondo cui «la così detta esecuzione della legge da parte dei tribunali e dell'amministrazione è vera *creazione* del diritto»⁵¹⁸.

Un punto rimane fermo per Kelsen: la dottrina pura del diritto è e rimane formalistica, orgogliosa di accollarsi tale accusa, laddove essere formalistici significhi essere «onesti, non voler ingannare né se stessi né gli altri»⁵¹⁹, essendo ormai consapevoli che la positività è limite invalicabile della conoscenza del diritto e che, conseguentemente, voler superare le colonne d'Ercole del diritto positivo dato significa asservire la scienza alla politica, eleggendosi a difensori di «valori oggettivi»⁵²⁰, ma in realtà finendo per contribuire, più o meno consapevolmente, alla realizzazione di «interessi»⁵²¹ soggettivi, individuali o di gruppi.

È proprio sulla “positività” quale limite kelseniano alla conoscenza, e quindi alla scienza, del diritto che si appunta la critica di Giuseppe Capograssi, per il quale «sistema ideale o filosofico della ragione giuridica e sistema reale o filosofico della legalità, corrono sullo stesso filo e commerciano tra di loro con la stessa coerenza»⁵²².

La critica metodologica è rivolta contro il «dogmatismo intrepido»⁵²³ della dottrina pura del diritto,

⁵¹² TREVES R., *Intorno alla concezione cit.*, 191.

⁵¹³ TREVES R., *lc. cit.*

⁵¹⁴ TREVES R., *lc. cit.*

⁵¹⁵ TREVES R., *lc. cit.*

⁵¹⁶ KELSEN H., *op. cit.*, 48.

⁵¹⁷ KELSEN H., *lc. cit.*

⁵¹⁸ KELSEN H., *lc. cit.*

⁵¹⁹ KELSEN H., *op. cit.*, 49.

⁵²⁰ KELSEN H., *lc. cit.*

⁵²¹ KELSEN H., *lc. cit.*

⁵²² MERCADANTE F., *Kelsen tra i due: Capograssi e Bobbio*, in *Metodo linguaggio scienza del diritto*, a cura di Punzi Antonio, Omaggio a Norberto Bobbio (1909-2004), *Quaderni della Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 6, Milano, 2007, 292.

⁵²³ CAPOGRASSI G., *Impressioni su Kelsen tradotto* (1952), in *Opere*, V, Milano, 1959, 321.

che, «chiusa»⁵²⁴ nello svolgimento dei suoi «presupposti dogmatici»⁵²⁵, finisce per scambiare «un concetto particolare assunto come ipotesi di lavoro con la effettiva realtà delle cose»⁵²⁶ e per prendere per «realtà»⁵²⁷ quella che è solo una «concezione parziale o un lato della realtà»⁵²⁸, con la conseguenza che, si genera l'illusione di essere giunti al termine del processo di conoscenza del diritto, quando in realtà si è ancora lontani dalla semplice posizione dei problemi giuridici stessi.

Il formalista puro riposa tranquillo nell'ordine della costruzione logica, che, «come un piano regolatore»⁵²⁹, «smista e distribuisce tutto in compartimenti separati»⁵³⁰ ed in cui il diritto è una «tecnica della sanzione»⁵³¹, che posta da una norma, staccata ed indipendente dal contenuto e capace, conseguentemente, di rivestire qualunque contenuto, vive in una realtà «composta di parti, le une separate dalle altre, ognuna esistente per suo conto, forma e contenuto, ragione e volontà, conoscenza ed emozione, prescrizione e sanzione»⁵³², a loro volta ordinate dall'ordinamento. Il «dubbio della artificialità ed arbitrarietà»⁵³³ della separazione, orgogliosamente difesa da Kelsen, tra conoscenza e creazione del diritto, non sfiora mai il teorico puro del diritto, incapace di avvertire che «l'intera esperienza giuridica, l'intero mondo del diritto, che tiene incluso in sé norme sanzioni e ordinamenti»⁵³⁴ è «unità vivente»⁵³⁵, a causa della mancanza di un «metodo obiettivo»⁵³⁶ che, conducendo «un'analisi interna dei sistemi positivi e delle concrete esperienze del diritto»⁵³⁷, rispecchi «le logiche ed i significati obiettivi di quei sistemi e di quelle esperienze»⁵³⁸, e «non i preconcetti attinti da questa o quella filosofia»⁵³⁹.

È la contrapposizione non solo tra i due metodi, Kelseniano «dell'espedito»⁵⁴⁰ e Capograssiano dell'unità dell'esperienza giuridica, ma di due «antropologie filosofiche originali»⁵⁴¹, elaborate ed esposte nell' «imponente mole dell'opera di Hans Kelsen»⁵⁴² e nella «sagoma ascendente»⁵⁴³ degli scritti di Giuseppe Capograssi, entrambi i pensatori «meritatamente considerati due interpreti»⁵⁴⁴

⁵²⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵²⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵²⁶ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵²⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵²⁸ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵²⁹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵³⁰ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵³¹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵³² CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵³³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵³⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵³⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵³⁶ CAPOGRASSI G., *Impressioni su cit.*, 322.

⁵³⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵³⁸ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵³⁹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁴⁰ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁴¹ FROSINI V., *Saggi su Kelsen e Capograssi cit.*, 1.

⁵⁴² FROSINI V., *lc. cit.*

⁵⁴³ FROSINI V., *lc. cit.*

⁵⁴⁴ FROSINI V., *op. cit.*, 2.

«delle ansie e delle speranze degli uomini, quali esse furono vissute dalla generazione che conobbe la prima e la seconda guerra mondiale, dal colpo di rivoltella di Sarajevo al tuono della bomba atomica su Hiroshima»⁵⁴⁵.

Nel sistema Kelseniano l'espedito tecnico di risolvere tutto in termini di normatività, con la conseguente separazione della forma dal contenuto, dell'ordinamento dall'esperienza, per arrivare ad una interpretazione coerente del materiale normativo, supponendo che le parti così ottenute fossero il diritto, non è inteso come scelta di una particolare prospettiva, tesa a cogliere un particolare, per quanto ristretto, lato della vita, ma è una vera e propria concezione della realtà e del diritto, mai solo supposta e consapevolmente dichiarata tale. Il problema della validità finale delle norme è risolto supponendo una norma fondamentale, norma inventata, che fondando la validità di tutte le altre norme, consente allo scienziato di lavorare nell'illusione che il problema fosse definitivamente risolto, quando in realtà è solo accantonato. Chiuso nel mondo completo ed autonomo della normatività, il teorico puro del diritto crede di aver toccato, sano e salvo, la riva, mentre è ancora nel pieno della tempesta.

«Che la norma fondamentale faccia luce in cima alla piramide, come se brillasse di luce propria, mentre è sotto gli occhi di tutti la scala del titolare - di un titolare anche avventizio della *summa potestas* - che sale per accenderla»⁵⁴⁶, è ciò che Capograssi contesta a Kelsen, opponendogli «esplicitamente»⁵⁴⁷ «l'idolatria tranquilla della forza cristallizzata, cioè dell'endiadi forza-forma»⁵⁴⁸.

La perfetta separazione ed indipendenza della forma dal contenuto, cuore pulsante della dottrina pura del diritto, non vale per la norma fondamentale, il cui contenuto, fondante la validità di tutte le norme, è il fatto storico della trasformazione del potere in diritto: «chi ha vinto diventa Padre della Costituzione, legislatore, e la sua volontà, in quanto e fino a quando ha la forza di farsi obbedire, diventa valida, e questo diventare valida, specificato in tutte le ipotesi per cui si dispongono sanzioni, è tutto il diritto»⁵⁴⁹. Crollato il paravento della norma fondamentale, rifugio sicuro dalla «mischia»⁵⁵⁰ della competizione politica, attraverso la «strategia»⁵⁵¹ e la «tattica»⁵⁵² normativistica della «neutralità, rispetto ai valori»⁵⁵³ emerge, dietro la purezza teoretica e la positività, «il diritto naturale della forza»⁵⁵⁴, che, reggendo «tutti questi ordinamenti positivi»⁵⁵⁵ ed autenticando

⁵⁴⁵ FROSINI V., *lc. cit.*

⁵⁴⁶ MERCADANTE F., *op. cit.*, 292.

⁵⁴⁷ MERCADANTE F., *lc. cit.*

⁵⁴⁸ MERCADANTE F., *lc. cit.*

⁵⁴⁹ CAPOGRASSI G., *Impressioni su cit.*, 329.

⁵⁵⁰ MERCADANTE F., *op. cit.*, 291.

⁵⁵¹ MERCADANTE F., *lc. cit.*

⁵⁵² MERCADANTE F., *lc. cit.*

⁵⁵³ MERCADANTE F., *lc. cit.*

⁵⁵⁴ CAPOGRASSI G., *op. cit.*, 331.

⁵⁵⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

«incessantemente tutte le variazioni della storia»⁵⁵⁶, «fa diventare validi i sistemi di norme sanzionatorie che continuamente la forza escogita»⁵⁵⁷, attraverso la norma, vuota forma, che, «in diretta e tecnica dipendenza logica dal diritto naturale»⁵⁵⁸, funge da «dispositivo di sanzioni»⁵⁵⁹ «disponibile per tutti i contenuti»⁵⁶⁰ ed, in definitiva, indifferente rispetto ad essi.

Se «un contenuto proprio ed imprescindibile ed un principio sostanziale c'è nella dottrina pura del diritto, ed è quello della forza»⁵⁶¹, la critica Capograssiana è destinata a sfociare nella negazione del formalismo kelseniano. Il diritto come «forza, cioè efficacia, e come forma, cioè validità»⁵⁶², per cui, in un rapporto di dipendenza reciproca, «la validità è l'espressione formale dell'efficacia e l'efficacia è la realtà sostanziale della validità»⁵⁶³ e la «doppia faccia dell'ordinamento giuridico»⁵⁶⁴, in cui i due diritti, «in senso normativo ed in senso sociologico»⁵⁶⁵, rispecchiandosi e andando di conserva, sono «le due faccie dello stesso fatto»⁵⁶⁶, sconfessano amaramente la orgogliosa rivendicazione Kelseniana del carattere formale di una scienza pura del diritto, che, in quanto avalutativa, sarebbe in grado di riconoscere i suoi limiti. La distinzione tra teoria e pratica del diritto, difesa a gran voce da Kelesen, ben lungi dall'essere una barriera contro lo scadimento della scienza nella ideologia, è la principale causa della inconoscibilità del diritto: «la riduzione del diritto a nuda forza e vuota forma»⁵⁶⁷, al di fuori dei contenuti della vita che, «tiene il diritto e la formazione del mondo pratico secondo il diritto come uno dei suoi tipi costitutivi»⁵⁶⁸, rende «inesplicabile da una parte la vita e dall'altra il diritto stesso»⁵⁶⁹.

Conoscere il diritto non vuol dire costruire una struttura astratta e logicamente perfetta di concetti, condannata a galleggiare in eterno e senza pace nel mare infinito della ipostatizzata distinzione tra forma e contenuto, ma «cogliere l'unità vivente nella quale i valori, se si vuole, gli interessi o fini costitutivi della vita sono riusciti a realizzarsi nel concreto come principio di azione e realtà, a crearsi un mondo concreto nel quale sono diventati realtà»⁵⁷⁰. La distinzione tra la forma ed il contenuto del diritto non è altro che un «comodo mezzo»⁵⁷¹ che, esauendo la sua funzione con la

⁵⁵⁶ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁵⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁵⁸ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁵⁹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁶⁰ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁶¹ CAPOGRASSI G., *Impressioni su cit.*, 333.

⁵⁶² CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁶³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁶⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁶⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁶⁶ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁶⁷ CAPOGRASSI G., *Impressioni su cit.*, 350.

⁵⁶⁸ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁶⁹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁷⁰ CAPOGRASSI G., *op. cit.*, 353.

⁵⁷¹ CAPOGRASSI G., *op. cit.*, 352.

creazione «di prospettive provvisorie»⁵⁷² per cogliere «più lati del dato giuridico»⁵⁷³, deve essere soppiantata dalla consapevolezza della unità della struttura e del contenuto dell'esperienza: «l'esperienza ha quella struttura perché ha quel contenuto»⁵⁷⁴.

«La grande verità vichiana che il mondo storico lo conosciamo perché lo facciamo»⁵⁷⁵ non solo abbaglia, fino a dissolverla, la nebbiosa distinzione tra conoscenza e creazione del diritto, ma illumina il fondamento dell'«unità vivente umana dell'esperienza nella quale forma e sostanza sono la stessa cosa»⁵⁷⁶: l'umanità comune, da cui nascono tutti i principi e le strutture fondamentali dell'esperienza.

La critica Capograssiana del formalismo kelseniano, ben lungi dal risolversi in una argomentazione antiformalistica o «giusnaturalistica»⁵⁷⁷ o «giusontologica»⁵⁷⁸ o «giuspersonalistica»⁵⁷⁹ esprime il punto di vista nuovo di un «“pensatore moderno e contemporaneo”»⁵⁸⁰ che coglie nel carattere estrinseco della norma rispetto al soggetto e del soggetto rispetto alla norma tutta la fragilità della dottrina pura del diritto, incapace di comprendere come l'oggetto del diritto sia proprio «la vivente umana unità dell'esperienza»⁵⁸¹: noi uomini siamo, per mezzo delle nostre azioni, in comunione con l'esperienza, per cui «vediamo in essa come in noi stessi»⁵⁸², giungendo lì dove è negato l'accesso ai principi logici.

La caduta definitiva ed inesopabile della distinzione tra conoscenza e creazione del diritto, è l'*incipit* della collaborazione tra la scienza e la vita del diritto: la scienza conosce il diritto, ma tale conoscenza, riflessa, «rifluisce nella vita»⁵⁸³, quale suo «elemento costitutivo»⁵⁸⁴.

⁵⁷² CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁷³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁷⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁷⁵ CAPOGRASSI G., *Impressioni su cit.*, 354.

⁵⁷⁶ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁷⁷ MERCADANTE F., *op. cit.*, 290.

⁵⁷⁸ MERCADANTE F., *lc. cit.*

⁵⁷⁹ MERCADANTE F., *lc. cit.*

⁵⁸⁰ MERCADANTE F., *lc. cit.*

⁵⁸¹ CAPOGRASSI G., *Impressioni su cit.*, 355.

⁵⁸² CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁸³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁵⁸⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

Capitolo III

Formalismo *versus* Anti-Formalismo e la ricerca dell' equilibrio tra formalità e sostanzialità del diritto.

§1. Formalismo versus antiformalismo: i termini di un dibattito aperto ed acceso nella Filosofia del diritto contemporanea. §2. La forma delle norme e la formatività della giustizia nell'opera d'arte dell'ermeneutica. §3. Oltre il positivismo giuridico: dallo Stato di Diritto allo Stato Costituzionale di Diritto. §4. Dalla tradizione all'esperienza: il ruolo del Diritto Romano nel pensiero giuridico contemporaneo. §5. Il compromesso tra formalità e sostanzialità nell'esperienza giuridica romana.

§1. Formalismo *versus* antiformalismo: i termini di un dibattito aperto ed acceso nella Filosofia del diritto contemporanea.

Il «*salvagente della forma*»⁵⁸⁵, che mette in salvo il giurista dalle onde del nichilismo giuridico, nel mare in tempesta dell'«indifferenza contenutistica»⁵⁸⁶ del diritto, e la forma quale «*struttura*»⁵⁸⁷ o «*the purposive systematic arrangement of a functional legal unit*»⁵⁸⁸ o «*formatività della giuridicità (forma-formante)*»⁵⁸⁹, sono le parole-chiave di un dibattito aperto ed acceso nella Filosofia del diritto contemporanea, in cui le fila dei giuristi si ordinano nelle due schiere contrapposte, ben decise a darsi battaglia, dei “formalisti”, sostenitori della «gloria imperitura»⁵⁹⁰ di Kelsen, al quale andrebbe ascritto il merito «di aver chiuso la produzione normativa entro l'edificio a gradi (*Stufenbau*), riducendo la dispersa pluralità ad unità, il caos a ordine»⁵⁹¹, e degli antiformalisti, detrattori della dottrina pura del diritto, atto finale della crisi del formalismo giuridico, il cui motivo fondamentale è il tentativo, compiuto proprio da Kelsen, «di portare il “formalismo” al grado di “purezza” del formalismo logico, così come questo si è venuto manifestando nei nuovi sistemi e metodi di logistica»⁵⁹², per cui «al neo-positivismo logico ha fatto riscontro un neo-formalismo logico, l'uno nel pensiero filosofico e l'altro nel pensiero giuridico»⁵⁹³. Per gli antiformalisti le sagomature, realizzate nella prima metà del XX secolo, dei vari sistemi di formalismo giuridico, sia teorico, come quello Kelseniano, sia costituzionale, degli Stati a nuovo regime costituzionale, sia processuale, fondato sulla concezione dell'azione, pietra angolare di ogni formalismo processuale, sarebbero cadute in rovina già negli anni Sessanta dello stesso secolo, sia nel campo della riflessione filosofica, in cui la contrapposizione alla logica formale si spingeva fino alla rivendicazione di Perlman di una autonoma logica umana, sia nel campo del diritto costituzionale, in cui la “costituzione in senso materiale” di Mortati rivitalizzava i metodi di interpretazione dei fenomeni giuridici, sia nel campo del diritto processuale, in cui l'esigenza di innovazione era compiutamente espressa dalla affermazione di Satta della necessità di ricominciare tutto daccapo⁵⁹⁴. La consapevolezza della insostenibilità teoretica ed inaccettabilità pratica di una “teoria pura del diritto” diviene, in tale ottica, la presa d'atto dell'insussistenza di un rapporto di implicazione

⁵⁸⁵ IRTI N., *Il salvagente della forma*, Bari, 2007.

⁵⁸⁶ IRTI N., *Nichilismo giuridico*, Roma- Bari, 2004, 26.

⁵⁸⁷ FROSINI V., *Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea*, in *RIFD*, Milano, 1959, 167; ID. *Formalismo e morfologia nella logica del diritto*, in *RIFD*, Milano, 1962, 397.

⁵⁸⁸ SUMMERS R. S., *Form and function in a Legal System - A General Study*, 2006, New York, 48.

⁵⁸⁹ CANANZI D. M., *La spirale estetica del diritto. Narratività e formatività giuridica discusse con Ricoeur e Pareyson*, in AVITAVILE L. - BARTOLI G. - CANANZI D. M. - PUNZI A., *Percorsi di fenomenologia del diritto*, Torino, 2007, 117.

⁵⁹⁰ IRTI N., *Il salvagente* cit., 8.

⁵⁹¹ IRTI N., *lc.cit.*

⁵⁹² FROSINI V., *Formalismo e morfologia nella logica del diritto*, in *RIFD*, 1962, 397.

⁵⁹³ FROSINI V., *lc. cit.*

⁵⁹⁴ FROSINI V., *lc.cit.*

necessaria tra il “formalismo esterno”, quale delineazione della struttura di regole che compongono l’ordinamento giuridico, ed il “formalismo interno”, quale applicazione della logica formale nell’attività di decisione, per giudicare e risolvere il problema del diritto: se il primo, strumento della certezza e mezzo della legalità, può sussistere senza implicare necessariamente il secondo, negazione della rilevanza giuridica del giusto e delle “ragioni” della giustizia, ne consegue che nulla osta alla ricerca dell’equilibrio tra la “formalità” del diritto, quale sistema di regole certe, che garantiscono la legalità della decisione, e la “sostanzialità” del diritto, quale soddisfacimento delle esigenze di giustizia e di equità, che richiedono la rilevanza giuridica e non solo extra-legale delle particolarità dei casi concreti, in un definitivo superamento del solco scavato tra teoria e pratica del diritto, ad opera dell’attività ermeneutica del giurista-artista. L’eventualità, concretamente verificatasi nella pratica dei tribunali, che due giudici decidano diversamente lo stesso caso, è la prova provata della non necessaria coincidenza tra il ragionamento giuridico e la logica formale: il verbo “giudicare” va inteso non già in senso logico, quale risultato di risoluzione delle antinomie attraverso la tecnica del calcolo proposizionale e del ragionamento analitico, ma in senso giuridico, cioè con riguardo al formalismo esterno, quale metodo di applicazione della legge e della giustizia, esterno sia rispetto all’esperienza comune sia rispetto all’etica.

La non identità e la conseguente autonomia del formalismo giuridico rispetto al formalismo logico è nella lettura “antiformalista ed antikelseniana” degli ultimi cinquanta anni di riflessione giusfilosofica, l’*incipit* di un profondo processo di riassetamento e di riedificazione che attraverserebbe la metodologia come la teoria del diritto, sia Europea sia Americana e che, pur nella diversità delle tradizioni e nella originalità delle posizioni e delle linee di ricerca, sembrerebbe trovare un punto di contatto nella tendenza a dimostrare la faziosità della contrapposizione del formalismo e dell’antiformalismo, entrambi protesi verso la ricerca di un equilibrio che passa per il ripensamento della nozione di forma.

L’equilibrio tra le regole formali ed le esigenze di giustizia sostanziale non solo ha trovato un illuminante esempio nella ricostruzione che Okko Behrends ha fornito dell’evoluzione del rapporto tra le fonti del diritto nel Diritto Romano Classico⁵⁹⁵, contribuendo, per altro verso, a dimostrare la inconsistenza di ogni pretesa separazione “scientifica” della Filosofia del Diritto dalle altre branche del diritto, siano esse storiche o positive, ma ha riaperto il dibattito in entrambe le grandi aree che segnano il campo della filosofia del diritto contemporanea: la filosofia razionalista, analitica e positivista, specie nella sua versione Anglo-Americana, che, pur conservando intatta la razionalità logica, quale fondamento del diritto, si apre alle implicazioni di scopo, e la filosofia che,

⁵⁹⁵ BEHRENDIS O., *Formality and Substance in Classical Roman Law*, in KRAWIETZ W. - MCCORMICK N. - VON WRIGHT G.H., *Precriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers*, Berlin, 1994, 207.

rivendicando la ricerca di una autonoma ed indipendente razionalità del diritto, trova un emblematico ed ancora attuale esempio di conciliazione tra formalità e sostanzialità, legalità e giustizia, certezza ed equità, nella nozione di esperienza giuridica di Giuseppe Capograssi, quale emerge da due sue opere decisive: *Analisi dell'esperienza comune* e *Studi sull'esperienza giuridica*⁵⁹⁶.

Al filosofo del diritto Giuseppe Capograssi va riconosciuto il merito di «una originale e profonda introspezione del mondo dell'esperienza giuridica, condotta avvalendosi dell'intuizione, in certo senso Goethiana, delle forme o strutture dell'azione»⁵⁹⁷: la sua concezione del diritto come «profonda struttura interna dell'azione»⁵⁹⁸, per cui la «legge è veste, ma veste intrinseca al corpo, vera forma»⁵⁹⁹, preannuncia la centralità che nel modo di pensare della cultura giuridica tradizionale assume il termine «struttura»⁶⁰⁰, «traduzione italiana del tedesco *Gestalt*»⁶⁰¹, intesa «in modo organico»⁶⁰², quale «unità profonda di una *forma vivente*»⁶⁰³, la «*forma organica* di un organismo»⁶⁰⁴.

L' "evoluzione" del significato del termine *forma*, da esterna e separata dal contenuto del diritto, ad interna e plastica, emerge dalla produzione di Santi Romano che, nei suoi *Frammenti di un dizionario giuridico*⁶⁰⁵, sostituendo il precedente termine "istituzione", con il quale aveva designato l'ordinamento giuridico, con il nuovo termine «struttura»,⁶⁰⁶ «intese accentuare il significato organico, di forma plastica, modellante dall'interno il corpo sociale, ch'egli attribuiva al diritto»⁶⁰⁷, sempre meno «accolta estrinseca di norme, meccanicamente collegate in sistema»⁶⁰⁸, sempre di più «unità vivente»⁶⁰⁹, negazione del formalismo giuridico dei primi cinquanta anni del XX secolo che, sotto l'egida della purezza del diritto, aveva spinto la elaborazione formale fino alla coincidenza, o quanto meno alla verifica, della logica formalistica.

Nella delineata prospettiva antikelseniana ed antiformalista l'esigenza della riflessione filosofica contemporanea è proseguire lungo un cammino che non solo sia diverso dalla strada tracciata dalla logica simbolica e formalistica, ma rivendichi la propria autonomia di "scienza", libera di

⁵⁹⁶ CAPOGRASSI G., *Analisi dell'esperienza comune*(1959), in *Opere*,II, Milano, 1959, 1; ID., *Studi sull'esperienza giuridica* (1932), in *Opere*,II, Milano, 1959, 211.

⁵⁹⁷ FROSINI V., *Il concetto di struttura* cit., in *RIFD*,1959,175.

⁵⁹⁸ FROSINI V., lc.cit.

⁵⁹⁹ FROSINI V., lc.cit.

⁶⁰⁰ FROSINI V., *Il concetto di struttura* cit., 168.

⁶⁰¹ FROSINI V., lc.cit.

⁶⁰² FROSINI V., lc.cit..

⁶⁰³ FROSINI V., lc.cit..

⁶⁰⁴ FROSINI V., lc.cit..

⁶⁰⁵ ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

⁶⁰⁶ FROSINI V., *Il concetto di struttura* cit., 175.

⁶⁰⁷ FROSINI V., lc.cit.

⁶⁰⁸ FROSINI, op.cit.

⁶⁰⁹ FROSINI, op.cit.

investigare il mondo dell'esperienza giuridica «*iuxta propria principia*, secondo una propria logica dell'azione»⁶¹⁰. Espressione della autonomia della Scienza giuridica, impegnata in una rifondazione del significato di formalismo giuridico, quale metodo di applicazione ed interpretazione del diritto, è la considerazione, che nel pensiero giuridico contemporaneo si è venuto imponendo, della «forma»⁶¹¹, non più «vuota, passiva, immota»⁶¹², ma immedesimata alla realtà che si considera, e in quanto tale non più «esterna»⁶¹³, ma «interna alla materia»⁶¹⁴.

Nella filosofia antikelseniana ed antiformalista europea, sulle orme del significativo indirizzo strutturalistico adottato da Capograssi, nell'analisi da lui condotta dell'esperienza giuridica, la forma diviene una «costante funzionale della variazione»⁶¹⁵, un «principio di movimento e di trasformazione»⁶¹⁶, che Frosini, già negli anni Sessanta, designa col termine *struttura*, quale «forma immedesimata alla realtà che si considera»⁶¹⁷, oggetto di una dottrina che non è più la vecchia dottrina formalistica, riferita alle forme giuridiche quali elementi di conoscenza intellettualistica, ma una «*morfologia dell'azione*»⁶¹⁸, ossia «l'insieme delle forme o delle strutture, che l'azione umana si è data, in cui essa si è definita e disciplinata»⁶¹⁹, secondo la «logica propria dell'esperienza giuridica, che è vivente in quanto nasce e procede con la vita che è azione»⁶²⁰.

A tale concezione della forma fa eco, nella *Jurisprudence* Americana, «*the overall form of a discrete functional unit [that] purposively and systematically arranges the unit as a whole*»⁶²¹: la forma che organizza la unità giuridica facendola divenire un intero sistematico e funzionale al raggiungimento dello scopo, segna la definitiva ed irriducibile apertura de *The New Analytical Jurists*, di formazione Kelseniana e formalista, alle «*purposive implications*»⁶²², alle implicazioni di scopo, con le quali la Scienza giuridica prende atto dell'insostenibilità, teoretica e pratica, dell'indifferenza del diritto per ciò che l'accettazione degli scopi sociali “implica” in termini di adattamento sociale e ordine giuridico.

Sulla sponda opposta, rimangono arroccati gli irriducibili formalisti, che fermi ed intransigenti nella difesa della teoria pura del diritto di Kelsen, fraternamente abbracciano il nichilismo, «il più sinistro

⁶¹⁰ FROSINI V., *Formalismo e morfologia* cit., in *RIFD*, 399.

⁶¹¹ FROSINI V., *Formalismo e morfologia* cit., 397.

⁶¹² FROSINI V., *lc. cit.*

⁶¹³ FROSINI V., *lc. cit.*

⁶¹⁴ FROSINI V., *lc. cit.*

⁶¹⁵ FROSINI V., *lc. cit.*

⁶¹⁶ FROSINI V., *lc. cit.*

⁶¹⁷ FROSINI V., *lc. cit.*

⁶¹⁸ FROSINI V., *lc. cit.*

⁶¹⁹ FROSINI V., *lc. cit.*

⁶²⁰ FROSINI V., *lc. cit.*

⁶²¹ SUMMERS R.S., *Form and function* cit., 11.

⁶²² SUMMERS R.S., *The New Analytical Jurists*, in *The Jurisprudence of Law's Form and Substance*, Aldershot, England, 1999, 866.

degli ospiti»⁶²³, al quale «la smarrita solitudine»⁶²⁴ della modernità giuridica, consegnatasi «per intero alla volontà degli uomini»⁶²⁵ e privata «di ogni centro che non sia l'energia della volontà»⁶²⁶, per cui «non c'è più un conoscere la verità del diritto, ma un incessante e tormentoso volere»⁶²⁷, ha aperto «le porte del diritto»⁶²⁸. Il volere che funge da «divisa del diritto»⁶²⁹, è «una scelta di scopi e di mezzi»⁶³⁰ che, non soggiacendo «a nessun criterio esterno ed ad alcun controllo di ammissibilità»⁶³¹, riduce il diritto ad una «tecnica»⁶³², finalizzata non più «a conoscere la verità o a dedurre norme da un ordine sovra o extra storico»⁶³³, ma a garantire la «razionalità della produzione»⁶³⁴, quale «coerenza reciproca degli scopi e precisione strumentale dei mezzi»⁶³⁵, attraverso l'adozione delle «procedure del produrre ed applicare diritto»⁶³⁶, che fungono da «canali, pronti ad accogliere qualunque contenuto e perciò indifferenti verso ogni contenuto»⁶³⁷. Il nichilismo giuridico è indice non dell'assenza di scopi, i quali al contrario sono molteplici e tutti fortuiti, ma dell'assenza di necessità, per cui il diritto è aperto a tutte le scelte ed a tutte le soluzioni, in una casualità del volere in cui il giurista è spettatore ormai disincantato di come le norme escano dal nulla e vi ritornano, non lasciando dietro di sé niente altro che la sempre più radicata ed amara convinzione che, per effetto della dispersione delle norme in significati e contenuti inattesi, imprevedibili ed indefiniti, «l'unico senso più proprio e più stabile»⁶³⁸ del diritto è nella funzionalità delle procedure: non in ciò che è prodotto, ma in come si produce»⁶³⁹. Venuti meno la unità teologica del mondo, lo spirito del popolo, la sacralità del potere, l'ordine conchiuso dei codici, presidi posti a difesa della normatività giuridica, questa ultima, finalmente libera da presupposti e condizioni, si è risolta nella «nuda artificialità del produrre»⁶⁴⁰, essendo, con l'avvento della modernità giuridica, finiti i dualismi, le antitesi, le distinzioni e le alternative che hanno accompagnato il diritto lungo l'intero arco della sua storia. Prima dell'avvento della modernità giuridica il diritto positivo non era mai lasciato solo, ma ad esso era contrapposto sempre un altro

⁶²³ IRTI N., *Nichilismo* cit., 24.

⁶²⁴ IRTI N., *lc.cit.*

⁶²⁵ IRTI N., *Nichilismo* cit., V.

⁶²⁶ IRTI N., *Nichilismo* cit., 24.

⁶²⁷ IRTI N., *Nichilismo* cit., V.

⁶²⁸ IRTI N., *Nichilismo* cit., 24.

⁶²⁹ IRTI N., *Nichilismo* cit., V.

⁶³⁰ IRTI N., *lc. cit.*

⁶³¹ IRTI N., *lc.cit.*

⁶³² IRTI N., *lc.cit.*

⁶³³ IRTI N., *lc.cit.*

⁶³⁴ IRTI N., *lc.cit.*

⁶³⁵ IRTI N., *lc.cit.*

⁶³⁶ IRTI N., *lc.cit.*

⁶³⁷ IRTI N., *lc.cit.*

⁶³⁸ IRTI N., *lc.cit.*

⁶³⁹ IRTI N., *Nichilismo* cit., VI.

⁶⁴⁰ IRTI N., *Nichilismo* cit., VII.

diritto, «diverso per fonte e per rango»⁶⁴¹: l'attività del giudicare si risolveva sempre in un giudizio di conformità o difformità, dapprima, imperante il dualismo teologico, rispetto alla legge divina, e poi, sotto l'egida del dualismo giusnaturalistico, rispetto al diritto naturale, eterno ed immutabile di fronte e di contro alla storia, caduca e provvisoria. L'avvento del giusrazionalismo, con la sua «fondazione immanente del diritto»⁶⁴², non lascia spazio ad alcun residuo dualismo: si esclude l'ammissibilità di una dimensione sovrappositiva, laica o religiosa, che possa guidare gli uomini nella scelta ed applicazione di regole governanti la convivenza sociale. Nell'antitesi tra diritto naturale e diritto di ragione, dissolta l'estrinseca datità della natura in una trama di prospettive e di relazioni umane ed in una pluralità di oggetti, l'uomo della modernità, pur realizzando il dominio del mondo con la tecnica, o illudendosi di essere in grado di farlo, si ritrova solo, incontrando sempre e soltanto sé stesso.

La critica del giusrazionalismo, che, dissolta «l'incondizionata assolutezza dei valori»⁶⁴³ e demolito ogni criterio di controllo del diritto positivo, finisce per distruggere anche sé stesso, si traduce nell'assenza non dei valori, ma solo della loro necessità, essenzialità ed eternità: il dualismo, ora tutto intramondano, si consuma tra volontà portatrici di «diverse concezioni, ideologie, interessi», che rivelano la loro natura di criteri storici ed effimeri, mere proiezioni della volontà, quando questa, nel vuoto agghiacciante dell'universo, essendo chiamata ad interrogarsi su se stessa, deve necessariamente prendere atto della nientità del diritto, che è producibile unicamente con la forza esclusiva ed arbitraria della volontà. Se le norme vengono dal nulla e ritornano nel nulla, in un fluire ininterrotto e casuale di valori, che proclamati in costituzioni e dichiarazioni universali, sono destinate a rimanervi solo fin quando gli uomini lo vogliano, in ragione della modificabilità ed abrogabilità di quegli atti, pur tanto solenni, «se gli Dei si sono ritirati, se natura e ragione si fanno silenziosi, se l'unità di senso gli è ormai negata, all'uomo non resta che costruire forme, capaci di accogliere qualsiasi contenuto»⁶⁴⁴, «confidando esclusivamente sul regolare e produttivo funzionamento delle procedure»⁶⁴⁵. Il nichilismo conduce al «culto»⁶⁴⁶ della purezza della forma, che non lasciandosi contaminare dalle scelte di valore e dalle implicazioni di scopo, mette i giuristi in salvo nello *Stafenbau* Kelseniano, edificio geometrico, rigoroso e soprattutto indifferente rispetto ai propri abitanti, che, abbandonati i contenuti «all'indefinita molteplicità dei sensi e degli scopi», preferiscono rifugiarsi nella artificialità di macchine produttrici di norme, sicuri che il rispetto della forma e delle procedure garantirà di per sé la validità del diritto. Il nichilismo rivela la sua indole di

⁶⁴¹ IRTI N., *Il nichilismo* cit., 21.

⁶⁴² IRTI N., *lc.cit.*

⁶⁴³ IRTI N., *Nichilismo* cit., 22.

⁶⁴⁴ IRTI N., *Nichilismo* cit., 26.

⁶⁴⁵ IRTI N., *Nichilismo* cit., 25.

⁶⁴⁶ IRTI N., *Nichilismo* cit., 26.

«tratto saliente della modernità giuridica» solo se considerato unitamente al formalismo, che «sterilizza nella impassibilità»⁶⁴⁷ delle sue forme il «pathos dei contenuti, discordi e contrastanti»⁶⁴⁸, in una «costruzione geometrica»⁶⁴⁹ che funge da corrispettivo alla «decostruzione dei contenuti»⁶⁵⁰.

Il formalismo giuridico non è più il «repertorio di concetti»⁶⁵¹ ed il «metodo a-storico che, forte della tradizione e dell'autorità degli antichi, scende sulle norme e tutte le rischiera nella razionalità del sistema»⁶⁵², ma assume il significato altro e diverso di essenza propria di un diritto che, ripiegatosi tutto nella caducità della storia e nel vertice del divenire, essendo ormai privo di punti di appoggio esterno, che siano al di sopra ed al di fuori di esso, non può che fare affidamento sulla «stabilità della forma»⁶⁵³ e sulla «funzionalità degli apparati produttivi»⁶⁵⁴, che, a fronte della molteplicità delle volontà stringenti ed incalzanti nella produzione di norme, sono in grado di fornire «l'atteso quantitativo di norme»⁶⁵⁵.

Nella diversità ed inconciliabilità delle posizioni che dividono gli antiformalisti dai formalisti, un significativo punto di contatto è rappresentato dall'idea che la forma non possa in ogni caso essere ridotta ad «una veste esteriore, la quale si aggiunga ad un contenuto e si faccia veicolo e portatrice di una sostanza, di qualcosa che valga in sé e per sé»⁶⁵⁶. Nella condivisa concezione della inerenza della forma all'«essenza propria del diritto»⁶⁵⁷, mentre gli antikelseniani, antiformalisti, rivendicano il ruolo decisivo e centrale dei contenuti e delle scelte di valore all'interno del mondo giuridico, i kelseniani, formalisti, escludono che la forma sia «al servizio del contenuto perchè è il contenuto a scomparire «dietro e dentro la forma»⁶⁵⁸, che campeggia nuda e solitaria, ormai liberata da ogni giudizio sul contenuto, da ogni ragione di consenso e di dissenso, splendente nella sua piena e libera autonomia. Le stesse Costituzioni, dagli antiformalisti valorizzate in ragione della essenzialità, fundamentalità e tendenziale immodificabilità dei valori di cui le norme costituzionali si facevano prezioso contenitore, sono dagli antiformalisti valutate positivamente sotto il diverso profilo della complessità e perfezione dei loro congegni di revisione costituzionale, che, «pur nella rigidità dei testi costituzionali, eccitano la rappresentazione di un continuo ed ininterrotto divenire»⁶⁵⁹.

⁶⁴⁷ IRTI N., *Nichilismo* cit., 29.

⁶⁴⁸ IRTI N., *lc.cit.*

⁶⁴⁹ IRTI N., *lc.cit.*

⁶⁵⁰ IRTI N., *lc.cit.*

⁶⁵¹ IRTI N., *Il salvagente* cit., V.

⁶⁵² IRTI N., *lc.cit.*

⁶⁵³ IRTI N., *lc.cit.*

⁶⁵⁴ IRTI N., *lc.cit.*

⁶⁵⁵ IRTI N., *lc.cit.*

⁶⁵⁶ IRTI N., *Il salvagente* cit., VI.

⁶⁵⁷ IRTI N., *lc.cit.*

⁶⁵⁸ IRTI N., *lc.cit.*

⁶⁵⁹ IRTI N., *lc.cit.*

La forma è tanto più pura quanto più è slegata dal contenuto del diritto ed in grado di vivere della sua intima funzionalità, unico e saldo punto di appoggio di un diritto ormai nichilisticamente smarrito nel tumulto delle volontà. La descrizione della condizione umana, prima ancora che giuridica, dell'uomo moderno, che, dopo aver decapitato re ed eretto stati, in un delirio di onnipotenza alimentato dal dominio della natura, realizzato con l'ausilio della tecnica, si è ritrovato privo di ogni certezza, nel deserto di una solitudine «dove si agitano interessi e passioni e cupidigie, ma manca il 'fine'»⁶⁶⁰, richiama alla mente la descrizione che il giovane Capograssi fa della condizione dell'individuo contemporaneo. Tuttavia, se Capograssi, prima voce di un coro in cui si distinguono per l'originalità dell'analisi e delle soluzioni proposte, le posizioni di Lopez de Onãte e Calamandrei, individua una via di salvezza nel recupero della spiritualità e nella capacità di realizzare un equilibrio tra certezza e giustizia, per mezzo dell'arte ermeneutica del giudizio, i formalisti afferrano il «salvagente della forma»⁶⁶¹, che mette al sicuro nel «naufragio di un tempo in cui le volontà lottano senza tregua»⁶⁶², irrompendo «nel tempo e nello spazio e determinando nuovi e diversi corsi della storia»⁶⁶³. L'uomo non è risucchiato dal nichilismo, nel vortice del caos giuridico, grazie al formalismo, che, «non essendo in grado di giudicare nulla circa il merito dei contenuti, a tutti può prescrivere tempi e modi di procedura e tutti riconduce nell'ordine»⁶⁶⁴.

La storia della riflessione gius-filosofica italiana degli ultimi cinquanta anni è il disvelamento di questa «intima connessione»⁶⁶⁵ fra nichilismo e formalismo, fra il nulla, che oscilla tra l'essere ed il non essere, in assenza di una norma che dall'alto comandi e ordini il mondo della possibilità giuridica, e la forma, l'unica in grado di porre ordine nel caos delle volontà e delle norme, servendosi della insensibilità e rigidità del suo apparato produttivo. Non è possibile parlare degli studi giuridici della seconda metà del XX secolo in Italia senza fare menzione dei concetti, oggetto della disputa Novecentesca concernente non la loro incontrovertita necessità metodologica, ma il loro modo di formazione: per la giurisprudenza dei concetti, deduttivo e strutturale, tutto racchiuso sul come le norme siano fatte e su quali corollari se ne possano e se ne debbano ricavare; per la giurisprudenza degli interessi induttivo e funzionale, attento agli interessi in gioco ed al *perchè* una norma sia emanata, e quali scopi essa si proponga di conseguire e riesca a raggiungere. Il metodo giuridico degli anni Cinquanta, come emerge «dalle pagine di Emilio Betti e Francesco Carnelutti»⁶⁶⁶, fu sempre un metodo concettuale, in grado di preservare l'unità sistematica del

⁶⁶⁰ IRTI N., *Il salvagente* cit., VIII.

⁶⁶¹ IRTI N., *lc.cit.*

⁶⁶² IRTI N., *lc.cit.*

⁶⁶³ IRTI N., *lc.cit.*

⁶⁶⁴ IRTI N., *lc.cit.*

⁶⁶⁵ IRTI N., *lc.cit.*

⁶⁶⁶ IRTI N., *Il salvagente* cit., 5.

diritto dalla dispersione e demolizione della frenesia legislativa, aggrappandosi ad una tradizione munita di una potenza costrittiva tale da mondare, per mezzo di operazioni logico-sistematiche, la norma da ogni impurità storica attraverso un'attività interpretativa che era una epurazione dei fenomeni giuridici da ogni contaminazione della quotidianità. Il metodo concettuale, che si proclamava storico, in quanto, sulla scia della «scuola storica del diritto»⁶⁶⁷, isolava ed innalzava a modello l'esperienza del diritto romano, era indipendente dal proprio oggetto e quindi «a-storico»⁶⁶⁸, proteggendo il passato dal divenire, dal «caos delle volontà normative, che è «la storia dell'oggi, figlia del tempo non meno e non più del diritto romano»⁶⁶⁹. Il contrasto tra il tradizionalismo concettuale, che vincolava le norme alla tradizione, servendosi della logica e dell'idea di sistema, ed il positivismo, che riduceva il diritto a prodotto della volontà umana, si risolveva, negli anni Sessanta-Settanta a favore del secondo, ad opera soprattutto dell'indirizzo analitico-linguistico di Norberto Bobbio, che già programmaticamente negli anni Cinquanta enunciava il proposito di sostenere e rinvigorire il metodo concettuale distaccandolo dalla tradizione, per appoggiarlo alla «convenzione, la quale finiva per risolversi nel linguaggio dei giuristi, a cui, purificate e semplificate, erano ridotte tutte le norme»⁶⁷⁰. Il giurista, manovratore di regole linguistiche, che, in una dimensione non tanto storica quanto antistorica, strappava le norme dal loro processo di formazione e le riduceva alla loro estrinseca datità, era destinato ad entrare in crisi a cavallo degli anni Settanta ed Ottanta, percependo, «con inquieto dubitare, che la fede in una presupposta razionalità determinava lo smarrimento dell'oggetto, e soffocava il divenire nella gabbia di uno statico concettualismo»⁶⁷¹. Nell'«età della decodificazione»⁶⁷², in cui le leggi speciali ed eccezionali, ben lungi dall'essere «brevi parentesi, destinate a chiudersi con il ritorno al codice»⁶⁷³, o «misure di emergenza, legate alla gravità di fatti»⁶⁷⁴, o «sviluppi di principi e criteri generali»⁶⁷⁵, era «un divenire ossessivo irrispettoso di qualsiasi coerenza e vincolo sistematico»⁶⁷⁶, la fiducia nella «vincolante razionalità»⁶⁷⁷ prodotta dal concettualismo scemava nella consapevolezza, raggiunta grazie all'indagine storiografica, dell'intrinseco rapporto fra dottrina e testi normativi e dunque della «funzione servile»⁶⁷⁸ dei concetti che, diversamente da come comunemente sostenuto fino ad allora, non potevano determinare «l'oblio dell'oggetto, cioè la

⁶⁶⁷ IRTI N., *Il salvagente* cit., 4.

⁶⁶⁸ IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁶⁹ IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁷⁰ IRTI N., *Il salvagente* cit., 5.

⁶⁷¹ IRTI N., *Il salvagente* cit., 6.

⁶⁷² IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁷³ IRTI N., *Il salvagente* cit., 7.

⁶⁷⁴ IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁷⁵ IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁷⁶ IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁷⁷ IRTI N., *Il salvagente* cit., 6.

⁶⁷⁸ IRTI N., *lc. cit.*

dimenticanza che il sapere giuridico è un sapere circa il contenuto di norme, e che queste sono nella disponibilità non della dottrina e dei suoi metodi, ma di volontà capaci di emanarle ed esigerne esecuzione»⁶⁷⁹. La decodificazione, fenomeno della continua ed incontrollata produzione legislativa che segnava il definitivo tramonto della completezza ed esaustività cognitiva ed applicativa dei codici, ponendo in luce l'instabilità dei contenuti giuridici, e la conseguente improponibilità della vincolante razionalità del metodo concettuale, inaugurava «un'apertura problematica al nuovo, al diverso, all'inatteso»⁶⁸⁰, fondata sul rovesciamento del rapporto tra oggetto e metodo giuridico: non era più il metodo a definire l'oggetto, ma al contrario, in ragione della comprensione del senso dei testi, si era finalmente disposti a «sacrificare lasciti antichi»⁶⁸¹ ed a «mettere in crisi qualsiasi nozione, che apparisse rifiutata o modificata dalla norma»⁶⁸². Sbarazzatasi di ogni tradizione e pronta a sacrificare qualsiasi lascito teorico, la vita del diritto si identifica con le procedure produttive di norme, che si svolgono nelle forme e dalle forme ricevono nuova e profonda razionalità. È il trionfo, negli anni Novanta, del positivismo, quale «terrena positività delle norme»⁶⁸³, segnato: sul piano teorico, dalla incondizionata adesione all'idea Kelseniana che le procedure normative, quali previste sequenze di atti, attraversando vie già stabilite, riducono la pluralità ad unità ed il caos ad ordine; sul piano pratico, dalla radicata convinzione che il frammentismo di norme che si urtano e contraddicono scambievolmente, nel «buio tumulto delle volontà»⁶⁸⁴, si compone nelle forme procedurali, che sciolte da qualsiasi vincolo e condizione, insensibili al merito dei contenuti, garantiscono una “nuova” razionalità giuridica, che non si fonda più sulla «verità del messaggio divino, dell'eterna natura e della ragione umana»⁶⁸⁵, o su una tradizione in grado di trascendere, nobilitare e “purificare” la «storica datità delle norme»⁶⁸⁶, ma sulla validità del diritto, fondata su un volere, che sia «capace di attraversare i canali delle procedure (nomodotti) e di calarsi nelle forme della posizione giuridica»⁶⁸⁷. I giuristi, non più «assicurati né dalla tradizione né dalla continuità del metodo»⁶⁸⁸, incapaci di prevedere il contenuto di norme future e l'impiego dell'uno o dell'altro concetto, a fronte della indefinita ed incondizionata molteplicità degli scopi, individuano nella forma sia l'unico e l'ultimo centro intorno al quale può raccogliersi il mondo del diritto, sia la posta in gioco nella lotta tra partiti politici e gruppi economici. L'identità “dominio sulla forma = dominio sul diritto” sintetizza,

⁶⁷⁹ IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁸⁰ IRTI N., *Il salvagente cit.*, 7.

⁶⁸¹ IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁸² IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁸³ IRTI N., *Il salvagente cit.*, 9.

⁶⁸⁴ IRTI N., *Il salvagente cit.*, 7.

⁶⁸⁵ IRTI N., *Il salvagente cit.*, 9.

⁶⁸⁶ IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁸⁷ IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁸⁸ IRTI N., *Il salvagente cit.*, 10.

secondo la ricostruzione filo-kelseniana ed anti-formalista, l'itinerario «paradossale»⁶⁸⁹ della riflessione gius-filosofica contemporanea, dal concettualismo allo storicismo, al nichilismo, per approdare, infine, al formalismo. Il concettualismo, con la sua pretesa di universalità e la conseguente presunzione di metodo applicabile in ogni tempo ed in ogni luogo, è confutato dalla esaltazione storicistica della individualità di qualsiasi accaduto, che, tutto immergendo nello sviluppo del tempo, consuma la tragedia del diritto, travolto, nella furia della corrente nichilistica, dall'indefinito fluire delle norme e dal mutevole uso dei concetti, disvelando, in tal modo, la sua vera natura di «nuda volontà di potenza»⁶⁹⁰, di «tecnica»⁶⁹¹ che, predisponendo «mezzi in vista di scopi»⁶⁹², «governa e manipola il mondo esterno»⁶⁹³. Il rischio è la dissoluzione del diritto «nel generale dominio della tecnica, nella severiana capacità di indefiniti scopi»⁶⁹⁴: se la storia relativizza le norme precarizzandole a «creature del tempo»⁶⁹⁵ e piegando il metodo al servizio dell'effimero, la inevitabile sorte del diritto è l'eterna oscillazione tra l'essere ed il non essere, caduta «nelle braccia di volontà terrene che lo traggono dal nulla e lo risospingono nel nulla»⁶⁹⁶. Inutile, secondo i formalisti, è il giornaliero appello ai valori al fine di risollevare il diritto dalla frustrazione del «contenutismo deluso»⁶⁹⁷: proposti come surrogati delle idee della metafisica, in grado di distinguere bene e male, assoluto e relativo, giusto ed ingiusto, i valori, quali meri atti di volontà, che, come sottolineato da Nietzsche, sorgono «da un atto di posizione che tanto più vale quanto più cresce in potenza chi ha deciso di stabilirlo»⁶⁹⁸, sono «formule discriminanti, armi utilizzate per l'annullamento morale dell'avversario»⁶⁹⁹. L'alternativa al Weberiano conflitto di valori, che dietro la pretesa di esclusività e verità, nascondono interessi, ideologie e fedi, originatesi nella storia e dalla storia, ma innalzantesi fuori di essa, con la pretesa di guardarla dal di sopra, ergendosi a criterio discretivo tra il conforme ed il difforme, e quindi tra il bene ed il male, è la «lotta tra pari»⁷⁰⁰ del nichilismo giuridico, in cui nessuna volontà può essere liquidata «in base ad un criterio che dall'alto tutte giudichi e misuri»⁷⁰¹. Nel passaggio dalla concezione valoriale e veritativa del diritto al nichilismo giuridico la *ratio legis* non è più il fondamento universale che,

⁶⁸⁹ IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁹⁰ IRTI N., *Il salvagente cit.*, 11.

⁶⁹¹ IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁹² IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁹³ IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁹⁴ IRTI N., *Il salvagente cit.*, 12.

⁶⁹⁵ IRTI N., *Il salvagente cit.*, 14.

⁶⁹⁶ IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁹⁷ IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁹⁸ IRTI N., *lc. cit.*

⁶⁹⁹ IRTI N., *lc. cit.*

⁷⁰⁰ IRTI N., *lc. cit.*

⁷⁰¹ IRTI N., *lc. cit.*

donando «corpo al sapere»⁷⁰² e «verità al volere»⁷⁰³, congiunge «verità e giustizia»⁷⁰⁴, ma indicando «l'*id quod ex lex lata est*»⁷⁰⁵, lo «scopo, il qualsiasi scopo perseguito dalla norma»⁷⁰⁶, «si infrange nelle innumerevoli e contingenti *rationes*, che sostengono, per lungo o per breve tempo, le singole norme»⁷⁰⁷. Tra le fonti del moderno nichilismo giuridico vanno annoverati il declino ed il perimento di quei simboli ed istituti terreni con cui l'uomo ha cercato di colmare l'assenza di principi metastorici o di reintrodurli sotto altre forme, primo fra tutti, la rottura del rapporto tra diritto e verità: arcaica è per i formalisti contemporanei la relazione tra diritto e verità, dal momento che la volontà dell'uomo non essendo più espressione e strumento di una verità divina ed in ogni caso trascendente la dimensione positiva, nel senso di prodotta dall'uomo, trova «il perché, l'unico ed esclusivo perché, nel suo proprio svolgersi ed attuarsi, in quella *loi de l'efficacité*, che Albert Camus indicava tra gli strumenti del moderno nichilismo»⁷⁰⁸. Altro fattore che ha contribuito a chiudere il giurista nella «gabbia del diritto positivo»⁷⁰⁹, privandolo definitivamente della fiducia «nell'esistenza di una logica eterna del diritto, valevole in tutti i luoghi ed in tutti i tempi»⁷¹⁰, è stata l'interruzione della tradizione del diritto romano ad opera di «volontà codificatrici»⁷¹¹, che, seguendo il disegno illuministico, si proponevano «di governare la convivenza mediante la razionalità della legge»⁷¹². La polemica sulla codificazione fra Savigny e Thibaut, ai primi dell'Ottocento, è l'*incipit* di un processo di progressiva marginalizzazione dell'eredità logico-argomentativa del Diritto Romano, ridottasi, da «vincolo di continuità, tale da raffrenare ed orientare la volontà degli uomini»⁷¹³, ad «un divenuto che sbarra la strada al divenire»⁷¹⁴. Nella ricostruzione in chiave antiformalista della storia degli studi giuridici degli ultimi Cinquanta anni, «il rifiuto di una logica propria del diritto, di figure e concetti meta-positivi, cioè comuni ad ogni diritto e rinvenibili in ogni concreto ordinamento»⁷¹⁵, è un tutt'uno con «l'abbandono del diritto romano»⁷¹⁶, complesso di categorie giuridiche, ieri in grado di cogliere la logica interna dei singoli istituti, oggi tenuto a dimostrare «l'utilità e l'opportunità della sua presenza nelle Facoltà

⁷⁰² IRTI N., *Il salvagente* cit., 17.

⁷⁰³ IRTI N., *lc. cit.*

⁷⁰⁴ IRTI N., *Il salvagente* cit., 19.

⁷⁰⁵ IRTI N., *lc. cit.*

⁷⁰⁶ IRTI N., *lc. cit.*

⁷⁰⁷ IRTI N., *lc. cit.*

⁷⁰⁸ IRTI N., *Il salvagente* cit., 37.

⁷⁰⁹ IRTI N., *Il salvagente* cit., 40.

⁷¹⁰ IRTI N., *lc. cit.*

⁷¹¹ IRTI N., *Il salvagente* cit. 37.

⁷¹² IRTI N., *lc. cit.*

⁷¹³ IRTI N., *Il salvagente* cit., 22.

⁷¹⁴ IRTI N., *lc. cit.*

⁷¹⁵ IRTI N., *Il salvagente* cit., 37.

⁷¹⁶ IRTI N., *lc. cit.*

Giuridiche»⁷¹⁷. Rifiutando l'antico patrimonio del Diritto Romano e negando le voci che giungono dal passato e dall'alto, il diritto, arbitrario, in quanto sciolto dalla tradizione e disobbediente ad ogni autorità ereditaria, è lasciato in una solitudine che è nuda non per l'assenza di interessi, bisogni ed attese che, al contrario, chiedono, numerosi, di soddisfarsi attraverso la posizione di norme, ma per la mancanza di vincoli, costrizioni, criteri e misure, che siano sopra il diritto e che fungano da criterio assoluto nel prevedere e prognosticare norme e nel governare le direzioni volitive. Il nichilismo giuridico non è indice dell'assenza di volontà normative, ma della loro solitudine e precarietà, che non può trovare rimedio nè nei dettami della natura, atteso il dominio dell'uomo su di essa attraverso la tecnica, nè nei dettami della ragione, che ha perso qualsiasi unità, infrangendosi, da un lato nella perizia tecnica e, dall'altro, nelle molteplici e relative esperienze della storia umana. Né un aiuto al giurista, chiuso nella gabbia del diritto positivo, può venire da scienze assolute o da dottrine generali, incapaci di recare, dal di fuori e dall'esterno, una razionalità sistematica a cui le norme non obbediscono, essendo il disordine del mondo ben più forte ed impetuoso delle finzze metodologiche del giurista. Atto di onestà intellettuale, nell'ottica formalista, è non fingere un senso complessivo ed unitario, ma accettando l'indefinita ed inattesa molteplicità dell'agire umano, prendere atto che per effetto, sia dell'assenza di un principio immutabile, in grado di fungere da guida e sostegno, sia dell'estendersi al diritto di tecniche produttive e dello spirito meccanico, applicati nel mondo dell'industria e dell'economia, il diritto è un prodotto del fare umano, realizzato attraverso procedure, ovvero meccanismi, idonei a garantire, mercè la ripetitività di atti tipici e l'indifferenza rispetto ai contenuti, l'incessante produzione di norme. La necessità che esista un diritto, quale garanzia di attuazione più dura ed efficace di ogni altra volontà, è soddisfatta attraverso una concezione procedurale del diritto, che regolando nei modi di una tipicità ripetitiva, posizione ed applicazione di norme, rovescia il soggettivismo, a cui la modernità giuridica sembrava spingere mercè la negazione di ogni criterio meta-storico, nell'algida oggettività procedurale, che purifica e risolve in sé le rudi passioni degli uomini. L'accusa di algido vuoto e rigida astrattezza rivolte dagli antiformalisti contro la concezione procedurale del diritto, viene paralizzata dai Kelseniani osservando che la rivolta contro il formalismo, se ha una valenza positiva e costruttiva quando si traduce nella proposta di un senso, che riempia di sé la forma, «negli altri casi, esprime il desiderio di soggiacere al nudo potere, di sgravare l'uomo dalla preoccupazione più tormentosa: trovare qualcuno a cui restituire, il più presto possibile, quel dono della libertà che il disgraziato ha avuto al momento di nascere»⁷¹⁸. I formalisti hanno anche cura di chiarire la distinzione che corre tra il carattere procedurale che è proprio di

⁷¹⁷ IRTI N., *lc. cit.*

⁷¹⁸ IRTI N., *Il salvagente cit.*, 32.

ogni ordinamento giuridico, in una fase avanzata del suo sviluppo, e che si concreta in una tipicità ripetitiva nella posizione e applicazione di norme, sottostante a vincoli e condizioni esterne, per cui il risultato delle procedure, il prodotto normativo, era sempre giudicabile in base ad un criterio superiore e metaprocedurale, ed il formalismo del diritto moderno e contemporaneo, chiuso in procedure che sono valutate e giudicate esclusivamente nella loro funzionalità produttiva. Il carattere formale, oggettivo e meccanico delle procedure qualificherebbe anche le procedure democratiche nelle quali il criterio maggioritario ha un carattere esclusivamente aritmetico, servendo a selezionare le proposte di norme ed a convertire talune e non altre nel diritto vigente, a prescindere dal merito della norma e quindi, dal suo contenuto di convenienza o di giustizia.

«Il massimo grado di formalismo procedurale corrisponde al massimo grado di nichilismo contenutistico»⁷¹⁹: quanto più il diritto è divelto da qualsiasi contenuto e tragicamente segnato dalla perenne perdita di un principio ordinante il caos delle volontà normative, tanto più cerca la «salvazione nella geometria delle forme»⁷²⁰, raccogliendosi, al massimo grado dell'indifferenza contenutistica, «intorno ad un nuovo centro che è la sua stessa capacità produttiva, il suo auto-generarsi nella produzione di norme»⁷²¹. Alla dimostrazione del rapporto «fraterno»⁷²² che lega formalismo e nichilismo, per cui il primo è insieme «fattore determinante e conseguenza ineluttabile»⁷²³ del secondo, segue l'appello accorato ai critici del nichilismo e del formalismo, «soliti alla antitesi fra rigidità delle procedure e creatività della vita»⁷²⁴, a riflettere sulla circostanza che non solo il diritto, ma la vita stessa si ridurrebbe a caos tenebroso, se il diritto non vi recasse la propria capacità ordinatrice ed il flusso delle cose non si stringesse e componesse nell'alveo delle procedure normative. Se il nichilismo da un lato è strettamente connesso al formalismo, dall'altro esprime e raccoglie i caratteri della modernità giuridica, in cui «la posizione di norme è consegnata sempre e soltanto alla volontà dell'uomo»⁷²⁵ e «nessun criterio esterno è legittimato a guidare e valutare le scelte compiute»⁷²⁶. Emerge in tal modo lo stretto legame che lega il nichilismo ed il formalismo procedurale alla teoria pura del diritto Kelseniana che, concependo il diritto come apparato di produzione, forma elaboratrice di qualsiasi materia, che nulla esclude e tutto è in grado di ricevere, consente di risolvere la pluralità dei sensi nella unità, che non è vera o verosimile o presunta, ma, prescindendo dal vero e dal falso, è «un risultato procedurale»⁷²⁷.

⁷¹⁹ IRTI N., *Il salvagente* cit., 40.

⁷²⁰ IRTI N., *Il salvagente* cit., 27.

⁷²¹ IRTI N., *lc. cit.*

⁷²² IRTI N., *Il salvagente* cit., 52.

⁷²³ IRTI N., *Il salvagente* cit., 52.

⁷²⁴ IRTI N., *Il salvagente* cit., 54.

⁷²⁵ IRTI N., *Il salvagente* cit., 99.

⁷²⁶ IRTI N., *lc. cit.*

⁷²⁷ IRTI N., *Il salvagente* cit., 124.

§2. La forma delle norme e la formatività della giustizia nell'opera d'arte dell'ermeneutica.

La radicalità e nettezza dell'opposizione formalismo *versus* antiformalismo emerge inconfutabilmente dalla contrapposizione “*salvagente della forma*” *versus* «*forma morte della vita*»⁷²⁸, visione comune a Nietzsche e Pirandello, dalla quale, secondo Bruno Romano, è possibile sfuggire grazie all'opera d'arte dell'ermeneutica, capace di cogliere, oltre la fissità della forma, la formatività sempre in formazione del diritto, in un nesso di reciproca compenetrazione di legalità e giustizia. L'arte del giurista è in grado di differenziare «il diritto dalle leggi spicciole, che si accavallano quotidianamente e si risolvono nella sostanza di atti di amministrazione»⁷²⁹, non fermandosi alla vista della «*fissità della forma*»⁷³⁰, ma volgendo lo sguardo alla «*formatività sempre in formazione*»⁷³¹, nella consapevolezza che «il senso esistenziale del diritto dell'uomo»⁷³² può essere illuminato solo dalla presa d'atto del rapporto di reciproca essenzialità di «*forma delle norme e formatività della giustizia*»⁷³³. La forma e la verità, «qualità delle relazioni tra gli uomini»⁷³⁴ e non «corretta sistemazione logico-formale dei contenuti del diritto»⁷³⁵, non si identificano l'una nell'altra, né la prima è in grado di esistere nell'indifferenza della seconda, ma si divaricano, aprendo uno squarcio sulla problematica del rapporto tra legalità e giustizia, profilo giuridico della relazione più generale tra forma e verità, filo rosso che, attraversando la riflessione filosofica di ogni tempo, trova già compiuta espressione nella Apologia di Socrate, con la quale «il pensiero greco iniziale mostra, nel modo più luminoso, la centralità del legame tra la questione della *giustizia* e la ricerca della *verità*, luogo degli interrogativi sul bene e sul male»⁷³⁶. Se il male è la presunzione della «disponibilità di un *sapere totale*»⁷³⁷ e la negazione della parzialità della conoscenza della verità, la cui ricerca rende la vita degna di essere vissuta, è solo nel luogo terzo del giudizio che «l'intera esperienza giuridica»⁷³⁸, e «più in generale l'esperienza umana»⁷³⁹, trae il suo senso e continuamente si ritrova, nella pienezza di un dialogo che presenta la dimensione della «*trilateralità dialogica*»⁷⁴⁰, essendo lo spazio in cui ciascuno, mosso dall'«*ansia di verità*»⁷⁴¹ e sapendo di non poterla possedere mai completamente, ascolta l'altro, nella tensione di una comune ricerca e condivisione dei contenuti del diritto. Nel processo il giudice imparziale non è chiuso nella presunta

⁷²⁸ ROMANO B., *Due studi su forma e purezza del diritto*, 2008, Torino, 11.

⁷²⁹ BENEDETTI G., in ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 15.

⁷³⁰ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 51.

⁷³¹ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷³² ROMANO B., *lc.cit.*

⁷³³ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷³⁴ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 15.

⁷³⁵ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷³⁶ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 22.

⁷³⁷ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 16.

⁷³⁸ PUNZI C., in ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 57.

⁷³⁹ PUNZI C., *lc. cit.*

⁷⁴⁰ ROMANO B., *Due studi su forma*, cit.18.

⁷⁴¹ ROMANO B., *Due studi su forma*, cit.17.

sufficienza del suo sapere «monolitico»⁷⁴², funzionale al «funzionamento impersonale del *diritto come forma*»⁷⁴³ ed al successo di un sistema normativo indifferente ad ogni dimensione veritativa del diritto, ma è impegnato, mediante la «*differenza nomologica*»⁷⁴⁴, che riprende in ogni giudizio la «distinzione tra *giustizia del diritto e legalità delle leggi*»⁷⁴⁵, in una ricerca costante e mai esaurita della verità, nella consapevolezza che se le leggi si danno in un «*senso già formato* negli enunciati»⁷⁴⁶ normativi ed in una forma già fissata, in quanto espressione di una «visione storicamente condizionata dell'uomo»⁷⁴⁷, la giustizia, ben lungi dall'essere estranea alla dimensione giuridica, «consiste in un *senso in formazione*»⁷⁴⁸, «sovratemporale e dialogicamente non esauribile né in un definito enunciato, né in un sistema di enunciati normativi»⁷⁴⁹, in quanto espressione dell'«incondizionatezza dell'essere-uomo»⁷⁵⁰ e della umanità del diritto, che «non nasce da altro diritto e da altre norme, ma dall'insopprimibile bisogno dell'uomo di non essere assoggettato al dominio naturalistico della forza più forte»⁷⁵¹.

All'affermazione che «ogni teoria del diritto è una *antropologia filosofica*»⁷⁵² si contrappone la concezione nichilistica, comune a Nietzsche e Pirandello, del diritto che, ridotto a mera forma, è la morte della vita. La verità, che, nella antropologia filosofica, è la qualità della relazione di rispetto o di violenza sull'altro, nel nichilismo, diviene solo un nome, per effetto della riduzione al nulla dei contenuti del diritto, mere forme, che fissano e tradiscono la vita, nel suo fluire, in uno scorrimento senza senso e senza scopo alcuno. Comune ai formalisti ed agli antiformalisti è il significato del nichilismo giuridico quale perdita della dimensione veritativa del diritto, ma differente è il ruolo che, al suo interno, essi fanno giocare alla forma: se per i primi il fondamentalismo funzionale e formalistico delle procedure salva il diritto, consentendo a scopi e volontà, imprevedute ed imprevedibili, di essere incanalate nei «nomodotti»⁷⁵³ del diritto, non soggette al controllo di alcun principio meta-positivo e valoriale; per i secondi la *forma* è «*la fissità = morte*»⁷⁵⁴, ad un tempo, sia «*della vita, capace di rivivere nel vincere le forme, ri-iniziando il suo fluire che s-forma, lungo l'eterno ritorno del nulla*»⁷⁵⁵, sia del diritto, «“finzione” strumentale al funzionamento dell'unica

⁷⁴² ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 21.

⁷⁴³ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁴⁴ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 19.

⁷⁴⁵ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁴⁶ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 21.

⁷⁴⁷ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁴⁸ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁴⁹ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁵⁰ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁵¹ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁵² ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁵³ IRTI N., *Il salvagente* cit., 9.

⁷⁵⁴ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 31.

⁷⁵⁵ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 31.

realtà che veramente abbia un “valore”»⁷⁵⁶, il mercato.

L'io, un «nessuno»⁷⁵⁷, privato di un «volto personale»⁷⁵⁸, di una propria identità, da «una vita che non conclude perché non ha senso»⁷⁵⁹, al pari degli altri centomila, avverte il «dramma»⁷⁶⁰ di una opposizione, che si consuma, sul piano pratico, tra il «*diritto propriamente legale* ed il *diritto dell'umanità*»⁷⁶¹, e, sul piano teorico, tra la teoria formalistica del diritto, che pone tutto in termini di legalità, e la teoria antropologica del diritto, che fa leva sulla differenza tra il «non umano»⁷⁶², fluente secondo un «*animus impersonale*»⁷⁶³, e «l'*anima* del singolo uomo»⁷⁶⁴, staccantesi, nel suo essere di persona, dal divenire incomposto del caos, «mediante il pensiero e la libertà»⁷⁶⁵ dello scegliersi di un «uno»⁷⁶⁶, che non è più né un «nessuno»⁷⁶⁷ né un «centomila»⁷⁶⁸.

In una lettura della condizione dell'uomo contemporaneo, che avvicina Pirandello a Capograssi, la radice del nichilismo, il nostro male, è il «sentimento che noi abbiamo della vita»⁷⁶⁹, la sensazione di smarrimento, derivante dalla perdita del senso di sé, che ci accompagna nella esperienza umana, prima ancora che giuridica, e che rende la «coscienza»⁷⁷⁰ impassibile allo spettacolo «dell'affermazione di qualsiasi contenuto delle norme, ovvero delle forme prodotte dalla potenza più potente nell'ordine della forza, del sapere, dell'avere, della disponibilità dell'accesso ai dati». In uno scenario, in cui il male consiste nel non eseguire «i contenuti normativi fattualmente vincenti»⁷⁷¹, affermatasi come norme, il salvagente dal naufragio del nulla, ben lungi dall'essere «la forma non misurata dal bene»⁷⁷², è solo la riapertura della «questione della verità, della priorità del bene sul male»⁷⁷³, con la conseguente rifondazione dei diritti d'umanità, gli unici in grado di mettere veramente in salvo l'uomo, altrimenti condannato a trascinarsi in una vita che, «condivisa con altri uomini, non abbia senso oltre il darsi ed il consumarsi del vivere»⁷⁷⁴.

«Nell'ordine delle utilità biologiche»⁷⁷⁵, «in cui la verità è soltanto la continua trasformazione delle

⁷⁵⁶ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 33.

⁷⁵⁷ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁵⁸ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁵⁹ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁶⁰ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 37.

⁷⁶¹ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁶² ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁶³ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁶⁴ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁶⁵ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁶⁶ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 30.

⁷⁶⁷ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁶⁸ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁶⁹ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁷⁰ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 33.

⁷⁷¹ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁷² ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 34.

⁷⁷³ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 37.

⁷⁷⁴ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 41.

⁷⁷⁵ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 43.

menti nell'adattarsi ai transiti informativi che accadono quando una pluralità di cervelli umani vive insieme e si scambia informazioni sull'ambiente condiviso in una fase delle operazioni bio-economiche»⁷⁷⁶, ciò che distingue l'umano dal non umano è la sola capacità degli uomini di produrre delle «fissità – fissazioni»⁷⁷⁷, dissolvendo immagini e metafore in schemi concettuali, finzioni e menzogne, funzionali alla semplificazione di relazioni interpersonali che, pur rimanendo sempre prive di senso, eliminerebbero la fatica del «cominciamento di una formazione durevole»⁷⁷⁸ nel rapportarsi agli altri, trasformando così, «la lotta e lo scorrimento del sangue in un rito concettuale e giuridico»⁷⁷⁹.

Nella concezione nichilista e formalista se vivere significa lasciarsi vivere, nel gioco degli eventi biologici, che alimentano l'impulso alle metafore vitali, e tenersi lontano dall'irrigidimento concettuale che falsamente rende uguale ciò che è semplicemente diseguale, allora il mondo dell'esperienza giuridica diviene sinonimo di morte, in cui il giurista è un falsario, che con il discorso e la parola, incatena ed uccide la verità e la vita.

Il superamento della sterile contrapposizione tra formalismo ed antiformalismo, ricomposti nella reciproca essenzialità della «forma delle norme e della formatività della giustizia»⁷⁸⁰, funzionali, non ad un lasciarsi vivere in una vita che non conclude, ma ad illuminare il senso esistenziale dell'uomo quale soggetto di diritti, richiede un esame dell'opera d'arte dell'ermeneutica giuridica, in cui il giurista non è più un carnefice, ma un ricercatore instancabile della verità.

È sul piano gnoseologico infatti, che si consuma lo scontro decisivo tra «la costruzione della riduzione fenomenologica e la formulazione della teoria pura della conoscenza»⁷⁸¹, da un lato, coesenziali «sia nel porre la coscienza come oggetto di analisi, sia nel mettere tra parentesi la priorità esistenziale della volontà di conoscere rispetto alle operazioni della conoscenza»⁷⁸² e lo svolgimento del pensiero greco-cristiano, dall'altro, propugnatore, nelle argomentazioni di Agostino e Tommaso, della irriducibilità dell'uomo nelle operazioni del conoscere puro, dal momento che è la volontà che «muove anche se stessa e tutte le altre potenze»⁷⁸³, in un conoscere che è subordinato al volere. La visione nichilistica del mondo umano trova la sua base teorica, nella teoria pura del diritto che, se da una parte stringe, in un nesso indissolubile, nichilismo e formalismo, dall'altra richiede, per la sua chiarificazione, la presa d'atto di essere essa stessa la

⁷⁷⁶ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁷⁷ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁷⁸ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 37.

⁷⁷⁹ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 43.

⁷⁸⁰ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 51.

⁷⁸¹ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 61.

⁷⁸² ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁸³ ROMANO B., *lc.cit.*

«concretizzazione giuridica»⁷⁸⁴ della svolta segnata da Husserl con la «teorizzazione di un modello di “purezza del conoscere”»⁷⁸⁵. Scelta infatti, una «logica noematica formale»⁷⁸⁶, Husserl muove i primi passi in direzione di una teoria pura dell’oggetto: scartate «le dimensioni umane dell’esperienza naturale»⁷⁸⁷, non riducibili al conoscere puro, opera la «riduzione fenomenologica»⁷⁸⁸, intesa come metodo che mette «“tra parentesi”»⁷⁸⁹ «in via di principio»⁷⁹⁰ «tutte le appercezioni psicologiche»⁷⁹¹, naturali e reali.

Allo «spazio geografico» dell’«io gnosico, che cerca ed esegue la *purezza* della conoscenza e della dottrina del diritto»⁷⁹², la «critica del “concetto puro di umanità”»⁷⁹³ contrappone «lo spazio del paesaggio»⁷⁹⁴ dell’«io patico, che, con la sua storia esistenziale, è il soggetto di un conoscere–sapere consapevole *sia* di non poter esistere nella purezza del sapere, *sia* di essere titolare di diritti incondizionati ed universali, che però non si lasciano enunciare “scientificamente” in qualche laboratorio, oggi posto al servizio della bio-economia»⁷⁹⁵. All’io della coscienza-conoscenza, che rifugge dall’esperienza per la sua parzialità e lacunosità, preferendo immergersi nella riflessione radicale in cui, pur consapevole che non è il mondo ad abbracciarci, ma siamo noi ad abbracciare il mondo, cade, ormai privo della sua corporeità, nell’incapacità di stringere a sé ogni cosa, si sovrordina l’io della coscienza-volontà, il cui «pathos»⁷⁹⁶ «precede le operazioni della conoscenza e le orienta»⁷⁹⁷, mostrando che «l’uomo entra nel mondo con l’*ego volo*»⁷⁹⁸, atto di esercizio della libertà, appartenente al singolo unico, di scegliere il senso da dare alla propria vita, «esistendo sospeso tra la *volontà buona* e la *volontà malvagia*»⁷⁹⁹. Titolare della pretesa giuridica e destinatario della sentenza del giudice terzo, notificata in una determinata dimensione spazio-temporale, non è e non può essere l’io gnosico della conoscenza, ma solo l’io patico «della libertà – responsabilità»⁸⁰⁰, l’unico giuridicamente imputabile nelle aule del palazzo di giustizia, in quanto volontà che, nella formazione continua della sua identità esistenziale, è in grado di «*scegliersi un senso nella vita*»⁸⁰¹.

⁷⁸⁴ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁸⁵ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁸⁶ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 58.

⁷⁸⁷ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 61.

⁷⁸⁸ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁸⁹ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁹⁰ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁹¹ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁹² ROMANO B., *Due studi su forma, cit.*, 63.

⁷⁹³ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁹⁴ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁹⁵ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁹⁶ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 64.

⁷⁹⁷ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁹⁸ ROMANO B., *lc.cit.*

⁷⁹⁹ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸⁰⁰ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 66.

⁸⁰¹ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 67.

L'errore di Husserl di considerare la relazionalità, la fantasia, l'affettività, l'amore, il diritto, la carità quali dimensioni esistenti nel singolo soggetto, l'una radicalmente confinata dall'altra, ognuna chiusa nella sua purezza, è emendato con la convinzione che se è vero che l'io di ogni uomo «risulta dal configurarsi di un equilibrio tra la molteplicità di tali dimensioni»⁸⁰², queste ultime hanno sede non in una «molteplicità di io»⁸⁰³, ma nell'«unità»⁸⁰⁴ di un io, che «non è una forma, incontrabile nella “purezza” della coscienza = conoscenza, ma è l'essere stesso che, nell'opera stessa della sua formazione, si trascende nell'inquietudine della personale ricerca di senso, oltre ogni chiusura in forme conoscibili, sia nell'essersi già date sia nel potersi dare»⁸⁰⁵.

Mentre nella fenomenologia, scienza dei fenomeni, che non chiarificano l'oggetto reale del mondo naturale, partendo dai dati di fatto dell'esperienza, ma si costituiscono nella riflessione pura, sulla base di principi e leggi trascendentali, la coscienza è una unità configurante un uomo sofferente per essere un io puro, vuoto, sempre plasmabile dagli accadimenti di una vita che non conclude, nella antropologia filosofica «l'interezza del se stesso è una struttura costantemente in ristrutturazione»⁸⁰⁶, che in quanto forma in formazione, è espressione della libertà dell'uomo che, scegliendo le forme della sua conoscenza, ad un tempo opta anche per i contenuti della sua esistenza e coesistenza con gli «altri elementi del suo mondo»⁸⁰⁷. È la condizione umana di essere necessariamente ed indissolubilmente calato nell'esperienza umana, prima ancora che giuridica, a dimostrare l'insostenibilità di un approccio fenomenologico alla conoscenza, che pretende di strappare il fenomeno alla vita. L'uomo non è una «entità eidetica senza volto»⁸⁰⁸, ma soggetto di diritti incondizionati ed universali, che vive nell'ansia del loro riconoscimento, non nella dimensione pura o fenomenologica di «forme logico-cognitive»⁸⁰⁹ già date, che essendo senza tempo e senza storia, escludono la possibilità di qualsiasi attestazione della loro titolarità, ma nel mondo delle «forme in formazione»⁸¹⁰, in cui, rischiando, «personalmente e nella storia, i contenuti di uno scegliere vissuto come scegliersi»⁸¹¹, diviene soggetto «giuridicamente imputabile»⁸¹², titolare di situazioni giuridiche inalienabili ed indisponibili.

Mentre nella antropologia filosofica la conoscenza è la iscrizione di un senso nel mondo, ad opera di una volontà, che calata nella quotidianità dell'esperienza e del vissuto, forma il sé stesso, in una

⁸⁰² ROMANO B., *lc.cit.*

⁸⁰³ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸⁰⁴ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸⁰⁵ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸⁰⁶ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 70.

⁸⁰⁷ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸⁰⁸ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 81.

⁸⁰⁹ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 75.

⁸¹⁰ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 68.

⁸¹¹ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 75.

⁸¹² ROMANO B., *lc.cit.*

formazione continua, che è la scelta tra il bene ed il male, la teoria pura del diritto di Kelsen, e, quale sua premessa teorica, la teoria della conoscenza pura di Husserl, tralasciano «*il volere che avvia il perseguire degli scopi*, nella ricerca del senso di se stesso sempre in formazione»⁸¹³, nell'unità di io gnosico e di io patico, per avere esclusivo riguardo al «*vedere della mente*»⁸¹⁴ ad opera dell'io gnosico. Come abbia luogo nella dottrina pura del diritto di Kelsen la neutralizzazione e la conseguente scomparsa dell'io patico si chiarisce ove si consideri che la tesi centrale di Husserl, secondo cui «una ricchezza infinita di leggi a priori regola la coscienza prima che essa si faccia coscienza empirica»⁸¹⁵ costituisce «la guida, assunta, con o senza consapevolezza»⁸¹⁶, da Kelsen per la sua costruzione di una teoria pura, cioè epurata dalle «contaminazioni»⁸¹⁷ della morale, della sociologia, delle ideologie politiche, perseguendo una visione scientifica del diritto, che passa attraverso la messa tra parentesi «del mondo reale della *polis* e dunque degli uomini esistenti nella ricerca del senso»⁸¹⁸. Nella Dottrina pura del diritto c'è solo un io gnosico che, non interrogandosi oltre «il funzionare impersonale e disincantato del sistema cognitivo e del sistema normativo»⁸¹⁹, risolve il diritto in un insieme di norme, rette da una forma che è principio a se stessa, ed aventi «l'architettura del fondamentalismo funzionale»⁸²⁰ al continuarsi di una «*società disincarnata*, non abitata da persone, ma popolate da entità prodotte dalla riduzione fenomenologica»⁸²¹. Il fondamentalismo formale, rimosso «il senso esistenziale ed oltre-fattuale della relazione giuridica»⁸²², considera la ricerca del giusto nel legale una menzogna, una modalità del mentire, facendo leva proprio sulla svolta di Husserl della esistenza di principi *a priori* precedenti e sovraordinati ai dati empirici, che, nella versione giuridica, diviene la coincidenza integrale della verità, ridotta ad organizzazione formale logico-sistematica, con la legalità, intesa quale imposizione, con lo strumento della sanzione, della «fattualità vincente degli uomini più forti agli uomini meno forti»⁸²³. Completamente oscurata «l'opera d'arte dell'ermeneutica»⁸²⁴ e con essa la consapevolezza che «*le norme non producono altre norme, ma solo gli uomini le istituiscono e le interpretano*»⁸²⁵, il giurista, testimone inerte del rapporto di reciproca implicazione di nichilismo e fondamentalismo formale, diviene «*uno operatore che non opera nulla, perché si limita ad avviare*

⁸¹³ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 82.

⁸¹⁴ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸¹⁵ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 85.

⁸¹⁶ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸¹⁷ ROMANO B., *lc. cit.*

⁸¹⁸ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 88.

⁸¹⁹ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 89.

⁸²⁰ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸²¹ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 91.

⁸²² ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 92.

⁸²³ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸²⁴ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 94.

⁸²⁵ ROMANO B., *lc.cit.*

la macchina che gira le scene e registra i fatti, ma non li qualifica perché li ritiene elementi del Nulla, della vita senza senso»⁸²⁶.

La teoria pura del diritto, rimuovendo qualsiasi interrogativo sulla distinzione tra il legale ed il giusto, e riducendo «le domande sul giusto processo»⁸²⁷ ad interrogativi concernenti esclusivamente «il funzionamento intrasistemico del diritto come forma»⁸²⁸, si limita, in nome della «scientificità del diritto»⁸²⁹, alla enunciazione dei fatti in norme, che «istituite da norme per servire altre norme»⁸³⁰, sono unite in una «catena»⁸³¹ radicata nella norma fondamentale, «in grado di generare ogni sorta di sistema giuridico, sia quello che tende a modellarsi secondo la struttura di uno stato democratico, sia quello che scivola verso la struttura della criminalità organizzata»⁸³². L'interrogativo ironico di Agostino, che si domanda: «“che cosa sono gli stati se non delle grandi bande di ladri? Perché anche le bande di ladri che cosa sono se non dei piccoli stati?”⁸³³ sintetizza l'inversione radicale della concezione classica, del Bene come prevalente sul Male, presente nel pensiero greco-cristiano ed incontrovertibile fino a Kant, per cui se è vero che si agisce «“per un fine e per qualche Bene”»⁸³⁴ ovvero non è possibile agire «senza un fine e solo per un qualche male»⁸³⁵, «la legge non è che un potere secondo e delegato»⁸³⁶, dipendente «“da un principio più alto che è il Bene”»⁸³⁷. Rovesciato tale principio nel suo opposto non è più la legge a dipendere dal Bene, ma il Bene a dipendere dalla norma, la purezza del conoscere di Husserl e della dottrina pura del diritto di Kant, consente che il più alto principio da cui la legge è superata sia non più il Bene, ma l'idea del Male Fondamentale che decide, «con una selezione arbitraria»⁸³⁸, se infliggere la sofferenza o la gioia: «come la fattualità della Norma fondamentale può alimentare i diversi contenuti delle norme giuridiche, servendo l'assoggettamento o la liberazione, la violenza o il rispetto, lo Stato o la banda dei ladroni, così analogamente la *fattualità del Male fondamentale* può qualificare in ogni direzione le azioni del relazionarsi degli uomini»⁸³⁹. Come «la *Norma Fondamentale* non ha alcun legame con i *diritti fondamentali dell'uomo in quanto uomo*»⁸⁴⁰, ma è tale semplicemente perché «fattualmente si impone e genera, con procedure logico-formali,

⁸²⁶ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 96.

⁸²⁷ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸²⁸ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸²⁹ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 92.

⁸³⁰ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 96.

⁸³¹ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 94.

⁸³² ROMANO B., *lc.cit.*

⁸³³ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 92.

⁸³⁴ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 97.

⁸³⁵ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸³⁶ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 96.

⁸³⁷ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸³⁸ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 97.

⁸³⁹ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸⁴⁰ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 102.

l'insieme delle altre norme»⁸⁴¹, così il *Male Fondamentale*, non avendo alcun riguardo al pot-essere degli uomini, alla loro gioia o sofferenza, è tale semplicemente perché, fattualmente, «si è affermato ed ha vinto nello scorrere della vita che non conclude»⁸⁴². Tuttavia, dietro questa fattualità, osannata dai formalisti di oggi, sulla scia della «prospettiva depersonalizzante di Kelsen»⁸⁴³, sorta sulla «medesima direzione antipsicologista di Husserl»⁸⁴⁴, la Norma ed il Male Fondamentale celano una comune natura «controfattuale»⁸⁴⁵: «nel plesso che unisce *fondamentalismo formale e nichilismo giuridico*»⁸⁴⁶, ed in cui l'uomo esiste come «un fuscello stretto in un fascio che galleggia sull'acqua in balia della corrente degli eventi indistinti di una “vita” che non conclude»⁸⁴⁷, come il Male è il non lasciarsi assoggettare al movimento senza senso dei fatti, fissandoli nel loro fluire, così la Norma Fondamentale, sorta nella purezza del Fatto Fondamentale, si fissa in una *Norma* che «staticizza il flusso della fattualità»⁸⁴⁸.

Il nesso che lega formalismo e nichilismo giuridico rimane indissolubile anche nel momento della loro confutazione: la negazione della purezza del formalismo Kelseniano, contraddetta dalla «non purezza del non-diritto»⁸⁴⁹ e dalla «non-formalità del Fatto vincente»⁸⁵⁰, «inizio impuro della produzione delle norme»⁸⁵¹, è, ad un tempo, la confutazione della fondazione fattuale del nichilismo giuridico, che «dice di muovere dai fatti»⁸⁵², privi di qualsiasi qualificazione, «in scorrimento al di là del bene e del male»⁸⁵³, ma impiega l'apparato «lessicale e concettuale»⁸⁵⁴ di atti, scelti da uomini liberamente responsabili, ed espressi in parole non pure e depersonalizzate, ma di persone «in carne ed ossa, con un volto ed una storia»⁸⁵⁵.

Per quanti sforzi faccia l'io puro per annullare la volontà, questa si apre sempre uno spazio nella coscienza, assumendo la posizione guida ed orientativa della conoscenza e disvelando, nella «discorsività ermeneutica»⁸⁵⁶ di un linguaggio che ha la struttura aperta del dialogo, «l'interesse

⁸⁴¹ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸⁴² ROMANO B., *lc.cit.*

⁸⁴³ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 112.

⁸⁴⁴ ROMANO B., *lc. cit.*

⁸⁴⁵ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 110.

⁸⁴⁶ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 99.

⁸⁴⁷ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸⁴⁸ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 110.

⁸⁴⁹ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 117.

⁸⁵⁰ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸⁵¹ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸⁵² ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 111.

⁸⁵³ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸⁵⁴ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸⁵⁵ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 112.

⁸⁵⁶ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 119.

*esistenziale dell'io*⁸⁵⁷. Ogni tentativo di «*mistificare degli atti con i fatti*»⁸⁵⁸ è destinato a fallire perché il giurista nichilista, che dovrebbe limitarsi a riprendere e riprodurre i fatti indifferenziati di una vita senza senso, girando «la “manovella” della macchina da ripresa, al grido di “viva la Macchina che meccanizza la vita”»⁸⁵⁹, «non rinuncia a presentarsi come autore di *atti*»⁸⁶⁰, salvo poi liberarsi dalla responsabilità di doverne rispondere, occultandoli dietro le spoglie dei fatti e finendo così per «giocare cinicamente»⁸⁶¹ con la verità, ineliminabile qualità delle relazioni umane, non soppressa, ma solo nascosta e pronta, inevitabilmente, a riemergere, dimostrando la fallacia nichilistica e formalistica.

La salvezza dal caos del nulla non è allora, nella forma procedurale che mistifica gli atti nei fatti, come sostenuto dai formalisti nichilisti, ma nella triadicità dialogica della scelta di senso della vita e del diritto, chiaro, palese e responsabile «*passaggio dai fatti agli atti*»⁸⁶², genesi, ad un tempo, dell'esperienza umana e giuridica.

⁸⁵⁷ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸⁵⁸ ROMANO B., *lc.cit.*

⁸⁵⁹ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 99.

⁸⁶⁰ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 119.

⁸⁶¹ ROMANO B., *Due studi su forma cit.*, 122.

⁸⁶² ROMANO B., *lc.cit.*

§3. Oltre il positivismo giuridico: dallo Stato di Diritto allo Stato Costituzionale.

Dimostrata la fallacia del formalismo di impronta nichilistica occorre «interrogarsi sul rapporto tra politica e diritto e dunque tra lo Stato e la giustizia, riprendendo a considerare con Agostino che “se non è rispettata la giustizia, che cosa sono gli Stati se non delle grandi bande di ladri? Perché anche le bande dei briganti che cosa sono se non dei piccoli Stati? È sempre un gruppo di individui che è retto dal comando di un capo, e vincolato da un patto sociale e il bottino si divide secondo la legge della convenzione”»⁸⁶³.

Il formalismo nichilistico, di impronta positivista, negando la possibilità di una fondazione meta-positiva, pre-supposta ed esterna del diritto, che troverebbe la condizione della sua validità esclusivamente «nel meccanismo produttore di norme»⁸⁶⁴, lancia un pesante atto di accusa contro il «patriottismo della Costituzione»⁸⁶⁵, che, ben lungi dall'essere il «criterio sovra-storico»⁸⁶⁶, che edifica lo Stato democratico sulle solide basi della costituzionalizzazione dei diritti, piuttosto «radicalizzerebbe un dato contenuto di norme, assumendolo, in schietta contraddizione con la logica del regime democratico, come fermo e statico»⁸⁶⁷.

Lo Stato Costituzionale sarebbe, agli occhi dei formalisti-nichilisti, doppiamente contraddittorio: vuole apparire per quel che non è, con la sua pretesa di fungere da fondamento meta-positivo e meta-storico, mentre in realtà è un mero «atto di volontà, un conferimento di priorità deciso e sorretto dal potere umano, e perciò mutevole e precario»; voler rendere l'ordinamento giuridico quel che non è, pretendendo di chiuderlo nella gabbia, sia pur dorata, della Costituzione e negando, così, la sua natura di “strumento” di organizzazione sociale dinamico e di “forma” “flessibile” ad ogni mutamento prodotto, nella compagine politica, sociale e, oggi, più che mai, economica, dalla forza dei “vincenti”, nella più assoluta indifferenza delle ragioni dei “perdenti”.

La lettura “formalistica” dello Stato Costituzionale, oltre ad essere un travisamento dei suoi contenuti, è noncurante di quel fenomeno storico di progressiva «rimaterializzazione»⁸⁶⁸ del diritto cui si assistette, a livello mondiale, a partire dalla seconda metà del XX secolo, e che se, sul piano politico segnò il definitivo superamento dello Stato di diritto, sul piano filosofico si tradusse nella unanime affermazione della inaccettabilità della teoria pura del diritto e nella conseguente ricerca di nuovi percorsi di speculazione filosofico-giuridica, «oltre il positivismo»⁸⁶⁹.

Testimone ed interprete acuto dell’“età dei diritti” e della loro internazionalizzazione fu Giuseppe

⁸⁶³ ROMANO B., *Due studi su forma* cit., 121.

⁸⁶⁴ IRTI N., *Il salvagente* cit., 102.

⁸⁶⁵ IRTI N., *lc. cit.*

⁸⁶⁶ IRTI N., *lc. cit.*

⁸⁶⁷ IRTI N., *lc. cit.*

⁸⁶⁸ WEBER M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, a cura di Winckelmann, Tübingen, 1976, 397.

⁸⁶⁹ LA TORRE M., *Formalism and Anti-Formalism in Modern Law and Beyond*, in *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal System: Festschrift for Robert S. Summers*, Berlin, 1994, 647.

Capograssi: la Dichiarazione universale dei diritti umani, quale intuizione che «la verità deve essere confessata e ripetuta»⁸⁷⁰ e che conoscerla è già «principio del suo pieno adempimento»⁸⁷¹, ha operato «una scelta tra due vie, due concezioni, due direzioni, due sistemi di finalità pratiche»⁸⁷². Lasciatasi definitivamente alle spalle la strada che aveva portato alle gravi violazioni dei diritti umani nella prima metà del XX secolo, ponendo e trattando «l'individuo, l'individualità umana, le libere formazioni sociali»⁸⁷³ come «mezzi»⁸⁷⁴, non aventi valore in sé, ma traenti valore solo da ciò che è posto come valore supremo, privi di qualsiasi funzione se non «di servire da mezzo a quel fine»⁸⁷⁵, la comunità internazionale ha, a partire dal Secondo Dopoguerra, imboccato, quale punto di non ritorno, la strada «antica»⁸⁷⁶, perché segnata dalle «spontanee certezze della coscienza comune»⁸⁷⁷, del «valore supremo»⁸⁷⁸ della «persona umana»⁸⁷⁹, fine inviolabile rispetto al quale «tutto il resto, realtà naturali e collettive, politiche e sociali, società e Stato, sono mezzi e valori strumentali»⁸⁸⁰.

L'affermazione Capograssiana che tutelare i diritti umani significa garantire gli individui dall'opera di uno Stato che li ha ridotti a «nuda forza senza diritti»⁸⁸¹, è l'intuizione della insostenibilità teorica e pratica del positivismo giuridico, quale epistemologia dello «Stato di diritto», figura istituzionale centrale nello sviluppo culturale e politico del diritto moderno europeo, specie continentale, che ha contribuito a renderlo in una certa misura universale ed uniforme. Il positivismo infatti, «strettamente collegato con la formazione e lo sviluppo di certi tipi di organizzazione politica, caratteristica del tipo di Stato chiamato moderno»⁸⁸² e «sentendosi ragionevolmente a casa sua con il diritto approvato legislativamente»⁸⁸³, ha funto da riflesso di un razionalismo totalizzante, che, sulla base della presunzione di essere l'unica razionalità possibile e pensabile, in ragione del primato delle scienze naturali su quelle umane, ha trasformato la *juris prudentia* in *scienza giuridica*, il paradigma sillogistico in ideologia legalistica e la teoria della argomentazione giuridica in una «teoria delle fonti».⁸⁸⁴

⁸⁷⁰ CAPOGRASSI G., *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ed il suo significato* (1950), in *Opere*, V, Milano, 1959, 49.

⁸⁷¹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁸⁷² CAPOGRASSI G., *La Dichiarazione universale cit.*, 46.

⁸⁷³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁸⁷⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁸⁷⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁸⁷⁶ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁸⁷⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁸⁷⁸ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁸⁷⁹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁸⁸⁰ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

⁸⁸¹ CAPOGRASSI G., *op. cit.*, 40.

⁸⁸² SCARPELLI U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, 49.

⁸⁸³ FULLER L., *Anatomy of the Law*, Harmondsworth, 1971, 161.

⁸⁸⁴ RAZ J., *The Authority of Law*, Oxford, 1979, capitolo III.

La insostenibilità del positivismo giuridico e del formalismo, con la sua fondazione teoretica nella teoria pura del diritto, emerge in modo sempre più netto dalla metà del XX secolo, mano a mano che si passa dallo Stato di diritto allo Stato Costituzionale: la *Grundnorm*, non è più, Kelsenianamente, il fondamento di validità di tutte le norme, privo di contenuto, ma diviene lo strumento di controllo della “razionalità sostanziale e finalistica” della legge, quale adeguatezza del mezzo-legge alla realizzazione dello scopo, ora strettamente connesso alla materia regolata mediante l’esercizio dell’attività normativa.

Secondo il formalismo legalistico se il diritto è l’atto di esercizio della volontà statale, ogni Stato si auto-costituisce come Stato di diritto o, come Hans Kelsen e Carl Schmitt ripetutamente dicono: «ogni ordinamento è un ordinamento di diritto e ogni stato è uno stato di diritto»⁸⁸⁵. La identificazione del principio di sovranità con il principio di legalità⁸⁸⁶, che non ha nessun criterio di qualificazione sostanziale, ma è fonte contemporaneamente della validità e della legittimazione delle norme giuridiche, è il nocciolo duro della interpretazione positivista della formula “Stato di diritto”⁸⁸⁷, lungo una linea teorica che da Gerber attraverso Jellinek fino a Kelsen, ha segnato la teoria e la pratica del diritto pubblico nei paesi dell’Europa continentale. Ciò spiega come, «nel corso del secolo XX, attorno all’idea di Stato Costituzionale si colloca significativamente anche il

⁸⁸⁵ LA TORRE M., op. cit., 648. “*Jede Ordnung ist eine Rechtsordnung und jeder Staat ein Rechtsstaat*”.

⁸⁸⁶ Il principio di legalità è espressione dell’idea della legge come atto regolativo supremo e irresistibile che, non solo non può essere subordinato ad alcun diritto più forte, quale che ne sia la fonte o il fondamento, ma è al contempo espressione della centralizzazione del potere politico ad opera dello Stato. Di qui la ambiguità del termine “Stato di diritto” che, essendo ad un tempo non solo lo Stato regolato dalla legge, ma anche lo Stato che esercita il potere attraverso la legge, è un tutto uno con il principio della sovranità, quale esercizio di un monopolio politico esclusivo da parte dello Stato - persona. Nella sua realizzazione storica, il principio di legalità ha espresso il primato della borghesia ed il regresso dell’esecutivo e dei giudici, da poteri autonomi al apparati subordinati alla legge.

⁸⁸⁷ L’ampiezza della formula “Stato di diritto” si risolve nella necessità di specificare a quale nozione dello Stato di diritto ci si vuole riferire.

Così “lo Stato *liberale* di diritto”, legato ad una connotazione sostanziale, relativa ai compiti ed ai fini di uno Stato, condizionato, nell’esercizio della sua autorità, alla libertà della società, nell’equilibrio politico che viene stabilito dalla legge, viene contrapposto allo “Stato *totalitario* di diritto”, nozione svuotata di qualsiasi contenuto, in cui l’essenziale era il rispetto della legge, essendo poi giuridicamente irrilevante se questa legge, quanto ai contenuti, si risolvesse in misure personali o, quanto ai modi di formazione, coincidesse con la volontà di un dittatore.

Altra distinzione è tra il “*Rechtsstaat* continentale”, che, richiamandosi ad un sovrano che decide unilateralmente, esprime una concezione del diritto universale e senza tempo, che, trovando il suo punto di avvio nell’ideale della giustizia astratta, ha l’aspetto di un sistema nel quale da premesse si traggono conseguenze, *ex principiis derivationes*, ed il “*rule of law* britannico”, che orientandosi alla dialettica del processo giudiziario, la cui sede naturale e storica è il Parlamento, fonda una idea del diritto quale processo duraturo, storicamente sempre aperto, che, originandosi da esperienze sociali concrete, trova la ragione del suo incessante e continuo sviluppo nell’insufficienza del diritto già esistente a regolarle, in una costante attenzione all’ingiustizia, che riempie il *rule of Law* di concretezza e di vita.

Se le indicate distinzioni sono *species* nel *genus* “Stato di diritto”, la contrapposizione Stato di diritto *versus* Stato Costituzionale, indica una mutazione genetica del diritto contemporaneo europeo, in cui per la prima volta la legge è subordinata ad uno strato più alto di diritto, stabilito dalla Costituzione. Il significato e la reale portata di questa novità dipende dal significato che si intende dare alla Costituzione: centro statico, verso cui tutto deve convergere, secondo i formalisti; centro da guadagnare, in un’opera di continua costruzione, secondo gli anti-formalisti, accomunati, nonostante la diversità delle posizioni, dalla convinzione di dover recuperare la “sostanzialità” del diritto.

superamento della divisione dell'Europa in Stati nazionali gelosi della loro sovranità»⁸⁸⁸, «intesa originariamente come situazione efficiente di una forza impegnata nel compito della costruzione e garanzia della propria unicità e supremazia nella sfera politica»⁸⁸⁹.

La sovranità della persona statale, cui era ricondotta ogni manifestazione della sua forza politica, attuata attraverso un diritto che è dello Stato(*Staatrecht*) sia perché creato esclusivamente da lui sia perché posto esclusivamente al suo servizio, è stata corrosa, con un processo lento ma inarrestabile, durato tutto il XX secolo, sino a dissolversi nello Stato Costituzionale contemporaneo. Lo Stato come modello dell'unità politica, titolare esclusivo ed indiscusso del più straordinario di tutti i monopoli, cioè del monopolio della decisione politica, fulgida creazione del formalismo europeo e del razionalismo occidentale, è divenuto, per usare la colorita immagine Capogrossiana, un povero gigante scoronato, per effetto di fattori sgretolanti la compattezza non solo filosofica ed ideologica, ma politica e giuridica dello Stato di diritto, quali il pluralismo politico e sociale, accanito contestatore dell'idea stessa di sovranità e di soggezione e la formazione di centri di poteri alternativi e concorrenziali con lo Stato, la cui progressiva istituzionalizzazione, talora promossa dagli Stati stessi, ha consentito la creazione di giurisdizioni internazionali e sovrastatali, in cui i singoli individui sono soggetti legittimati a far valere i propri diritti anche contro gli stati di appartenenza.

La lettura "storica" della crisi e del progressivo sfaldamento dello Stato di diritto e della sua sovranità quale persona detentrica esclusiva del monopolio politico e giuridico, accomuna formalisti ed anti-formalisti, le cui strade sono destinate a dividersi quando si tratti di considerare se «questo tramonto porti con sé il ritorno alle condizioni premoderne dell'insicurezza e della sopraffazione politiche»⁸⁹⁰ ed alla negazione nichilistica dell'esistenza di un "senso" del diritto, che rischia di morire anche esso con lo Stato, nell'agonia dell'indifferenza contenutistica, se non è tratto in salvo dalla forma, «oppure se in questa morte si celi in realtà la nascita o la premessa per la nascita di nuovo diritto, indipendente dal contesto univoco rappresentato dalla sovranità statale»⁸⁹¹.

Una via d'uscita dalla «grande desolazione di ideali, ideologie e speranze travolte», nello scorcio finale del secolo XX, dal «micidiale composto»⁸⁹² della competizione economica illimitata «del mercato delle merci, delle idee, della politica e perfino degli uomini», e della omologazione culturale «distruttiva delle piccole identità collettive»⁸⁹³, è offerta dall'«assunzione del pluralismo

⁸⁸⁸ ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, 1992, Torino, 4.

⁸⁸⁹ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁸⁹⁰ ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, 8.

⁸⁹¹ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁸⁹² ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, 12.

⁸⁹³ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

nelle forme di una costituzione democratica»⁸⁹⁴, che garantisca «una convivenza “mite”»⁸⁹⁵ in quanto fondata non su «un progetto rigidamente ordinante»⁸⁹⁶, «un *a priori* dotato di forza propria, dall’alto in basso»⁸⁹⁷, ma su «una proposta di soluzioni e coesistenze possibili»⁸⁹⁸, che funga da «compromesso delle possibilità»⁸⁹⁹.

La contrapposizione formalismo *versus* antiformalismo diviene qui la contrapposizione tra due inconciliabili concezioni della Costituzione che, se per i formalisti nichilisti è l’ennesimo tentativo di ipostatizzazione di interessi forti e vincenti sottratti alla loro fisiologica storicità, in quanto costruzione di un «centro»⁹⁰⁰ chiuso e statico, fisso, «dal quale tutto deriva per irradiazione, attraverso la sovranità dello Stato cui si appoggia»⁹⁰¹, per i sostenitori del pluralismo democratico è un «centro»⁹⁰² “aperto”, da cui, cioè «tutto deve partire»⁹⁰³ e «tutto deve convergere»⁹⁰⁴, consentendo, entro i limiti costituzionali, sia «la spontaneità della vita sociale che la competizione per l’assunzione della direzione politica, entrambe condizioni di sopravvivenza di una società democratica e pluralista»⁹⁰⁵. A fronteggiarsi sono non solo due “idee” del diritto e della sovranità statale, ma prima ancora due “visioni” del pluralismo, che se nichilisticamente è la perdita di senso dell’esistenza, ridotta ad una vita che non conclude, agli occhi di coloro che vedono nella politica Costituzionale il mezzo non «di esecuzione della Costituzione»⁹⁰⁶, quale coacervo di principi e valori ormai a-storici, ma «di realizzazione della Costituzione, in uno dei mutevoli equilibri in cui può rendersi effettiva»⁹⁰⁷, è il «carattere spirituale»⁹⁰⁸ del nostro tempo, quale «aspirazione non a uno, ma a tanti principi o valori formativi della convivenza collettiva»⁹⁰⁹.

I termini della contrapposizione Stato di diritto *versus* stato Costituzionale sono smussati dal carattere «elastico»⁹¹⁰ del «concetto di Stato di diritto»⁹¹¹, il quale non contenendo «in sé precise

⁸⁹⁴ ZAGREBELSKY G., op. cit., 10.

⁸⁹⁵ ZAGREBELSKY G., op. cit., 12.

⁸⁹⁶ ZAGREBELSKY G., op. cit., 10.

⁸⁹⁷ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁸⁹⁸ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁸⁹⁹ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁰⁰ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁰¹ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁰² ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁰³ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁰⁴ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁰⁵ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁰⁶ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁰⁷ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁰⁸ ZAGREBELSKY G., op. cit., 13.

⁹⁰⁹ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹¹⁰ ZAGREBELSKY G., op. cit., 21.

⁹¹¹ ZAGREBELSKY G., lc. cit. Se lo Stato di diritto ha rappresentato storicamente uno degli elementi essenziali delle concezioni costituzionali liberali, esso non è incompatibile con altri orientamenti politico-costituzionali, quale, l’Assolutismo illuminato, in cui la formula Stato di diritto fu utilizzata per esprimere lo “Stato di ragione” (*Staat der Vernunft*), ovvero lo Stato governato secondo la volontà generale di ragione ed orientato al solo scopo del miglior bene generale.

implicazioni»⁹¹² ed accennando solo a «una direzione di sviluppo dell'organizzazione dello Stato»⁹¹³, è stato riempito dei contenuti più diversi⁹¹⁴, in un rinnovamento continuo della sua vitalità, al punto che «lo Stato Costituzionale stesso è stato presentato spesso come una versione particolare dello Stato di diritto»⁹¹⁵.

Tuttavia se si osserva la profonda trasformazione intervenuta nel diritto attuale, non più soggetto ai postulati del diritto legislativo, deve necessariamente prendersi atto che lo Stato Costituzionale contemporaneo rappresenta, rispetto allo Stato di diritto Ottocentesco, «un vero e proprio mutamento genetico»⁹¹⁶, di cui è ad tempo «conseguenza»⁹¹⁷ e «causa»⁹¹⁸.

La “crisi della legge” di cui i giuristi discorrevano già nella prima metà del XX secolo, quale aspetto della più complessa “crisi del diritto”⁹¹⁹, meccanizzato e tecnicizzato, in conseguenza della produzione di leggi a ciclo continuo, da parte di un «“legislatore motorizzato” in tutti i settori dell'ordinamento giuridico»⁹²⁰, ben lungi dall'essere una «perversione transitoria»⁹²¹, si è rivelata, sempre di più negli ultimi cinquanta anni, una «situazione strutturale delle società attuali»⁹²², in cui alla «polverizzazione»⁹²³ si è aggiunta la «eterogeneità»⁹²⁴ dei contenuti di un diritto legislativo, ridotto da «fattore di ordine»⁹²⁵ a «espressione di un disordine»⁹²⁶, rimediabile solo «*ex post factum*»⁹²⁷.

Le Costituzioni contemporanee hanno cercato di rimediare a questi effetti distruttivi dell'ordine giuridico con la «previsione di un diritto più alto, dotato di valore cogente anche per l'attività del legislatore»⁹²⁸: «il pluralismo non degenera in anarchia normativa a condizione che, malgrado la divisione su strategie particolari di gruppi sociali, vi sia una convergenza generale su alcuni aspetti strutturali della convivenza politica e sociale che si possano così mettere fuori discussione e consacrare in un testo non disponibile da parte degli occasionali signori della legge e delle fonti

⁹¹² ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹¹³ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹¹⁴ Prova storica è la definizione degli Stati totalitari quali Stati di diritto, operata, tra le due guerre mondiali, dai “giuristi della continuità” che, volendo presentare tali regimi sotto un aspetto legale, ricollegandosi alla tradizione Ottocentesca, qualificarono “Stati di diritto” tutte le “situazioni dotate di ordine pubblico”, in cui, cioè, “fosse garantito il rispetto della legge, quale che essa fosse”, trascurando sia i compiti ed i fini dello Stato sia la natura della legge. ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, 23.

⁹¹⁵ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹¹⁶ ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, 32.

⁹¹⁷ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹¹⁸ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹¹⁹ Sotto tale profilo confronta quanto affermato nel Capitolo I.

⁹²⁰ ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, 47.

⁹²¹ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹²² ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹²³ ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, 44.

⁹²⁴ ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, 46.

⁹²⁵ ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, 45.

⁹²⁶ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹²⁷ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹²⁸ ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, 48.

concorrenti con la legge»⁹²⁹.

Se incontestabile è il fenomeno storico, nel diritto continentale europeo del Secondo Dopoguerra, della promulgazione di Costituzioni “rigide”, oggetto di divisioni e dissensi è l’interpretazione della «natura della unificazione della società pluralista nello Stato Costituzionale»⁹³⁰, la quale sarebbe completamente svuotata della sua portata innovativa, rispetto allo Stato di diritto, qualora fosse intesa, formalisticamente, «con una trasposizione dal vecchio ordine concettuale, quale meccanica unificazione dall’alto al basso, attraverso una forza giuridica gerarchicamente superiore che dalla Costituzione si sviluppa unilateralmente e deduttivamente, pervadendo tutte le altre e subordinate manifestazioni del diritto»⁹³¹.

L’insostenibilità teorica e, soprattutto, la non rispondenza alla realtà delle dinamiche costituzionali, dell’affermazione dello Stato Costituzionale quale mera sostituzione della «sovranità concreta del sovrano»⁹³², sia esso monarca o assemblea parlamentare, espressa nella legge, con la «sovranità astratta della Costituzione»⁹³³, emerge ove si consideri il fenomeno della «rimaterializzazione” del diritto»⁹³⁴, quale crescente orientamento delle norme statali verso valori che “riempiono” la sostanzialità di un diritto, non è più ridotto ad una legge che si auto-giustifica ed auto-fonda la propria validità e legittimazione, sulla base di prerogative formali e senza ricorso a speciali fonti extra-legali o speciali contenuti, ma definito e subordinato, in tutte le sue manifestazioni, e non solo nella produzione normativa, a criteri materiali, la cui esplicita formulazione è sanzionata nella Costituzione.

Intendere la *Grundnorm* Costituzionale quale semplice delegazione di poteri alla legislatura, significa fraintendere la comprensione del carattere dello Stato Costituzionale odierno, di guida del legislatore, attraverso la posizione di regole sostanziali o, quanto meno, di principi di condotta, comprovato dalla radicale trasformazione che il principio di equità ha subito nei sistemi costituzionali europei, da criterio formale, cogente nella applicazione del diritto, e quindi particolarmente per il giudice ed i pubblici ufficiali, a postulato sostanziale vincolante per la affermazione e la validità del diritto, e quindi, in primo luogo e principalmente, per il legislatore. Se per la maggior parte degli studiosi la prima parte dell’art. 3 della Costituzione della Repubblica Italiana⁹³⁵ è un’elenco delle qualificazioni che i giudici e la pubblica amministrazione sono vincolati a prendere in considerazione nell’applicazione della legge, per altri è vincolante principalmente per

⁹²⁹ ZAGREBELSKY G., op. cit., 49.

⁹³⁰ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹³¹ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹³² ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹³³ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹³⁴ LA TORRE M., op.cit., 650.

⁹³⁵ Art. 3, comm. 1 Cost. “Tutti i cittadini hanno uguale dignità sociale e sono uguale di fronte alla legge, senza distinzione di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali.

il potere legislativo, come comprovato dalla giurisprudenza⁹³⁶ della Corte Costituzionale, la quale nel convertire il giudizio sul rispetto del principio di uguaglianza in una valutazione della ragionevolezza della legge, accerta la sua congruenza con lo scopo perseguito, distinguendo così tra la determinazione dello scopo, riservata al legislatore, quale esplicazione della sua discrezionalità, e l'adeguatezza della legge quale mezzo in relazione allo scopo stesso, secondo un «criterio di razionalità sostanziale o di scopo (*porpositive rationality*)»⁹³⁷. La legge subordinata al criterio della ragionevolezza non è più la mera manifestazione di una impenetrabile ed arbitraria volontà legislativa, ma diviene atto discrezionale, giudicabile sulla base della sua *ratio* e controllabile dal punto di vista di un eccesso di potere legislativo, non solo per specifiche violazioni di norme costituzionali: «il legislatore cede porzioni di sovranità alla “razionalità” della legge»⁹³⁸, che non è più espressione di autorità, secondo il principio dello Stato di diritto, *auctoritas non veritas facit legem*, ma di «verità»⁹³⁹, la quale, ben lungi dall'essere normativa, supera «i limiti piuttosto ristretti della validità formale»⁹⁴⁰ e viene intesa quale «adeguatezza del mezzo rispetto allo scopo», «congruamente con il criterio della razionalità»⁹⁴¹.

La conversione del concetto di sovranità da qualità o attributo dello Stato quale soggetto, secondo la definizione di Hans Kelsen, in qualità o attributo di qualche procedura, quale struttura razionalmente e moralmente giustificata per arrivare alla decisione vincolante per tutti i cittadini, secondo la trasformazione particolarmente sottolineata da Jürgen Habermas, segna il superamento del positivismo giuridico, quale teoria e pratica dello Stato di diritto dell'Ottocento, la cui «sopravvivenza “ideologica”»⁹⁴² tra i giuristi contemporanei che continuano a considerare il loro compito come «un servizio alla legge, ancorché integrata con la legge costituzionale»⁹⁴³, è «un esempio della forza di inerzia delle grandi concezioni giuridiche, che spesso continuano ad operare come residui anche quando hanno perso la loro ragion d'essere a causa del mutamento delle condizioni che le aveva giustificate in origine»⁹⁴⁴. Il processo di “rimaterializzazione” del diritto, di cui l'affermazione dello Stato Costituzionale è ad un tempo causa ed effetto, se lascia indenne il positivismo giuridico *latu senso*, quale affermazione della “umanità” del diritto, quale lavoro dell'uomo e prodotto, sebbene involontario, della sua azione, mette in crisi il positivismo *strictu senso*, quale affermazione del monopolio Statale nella produzione di un diritto che non solo è

⁹³⁶ Confronta le decisioni della Corte Costituzionale Italiana ns. 170 e 264 del 1976, n. 100 del 1977, n. 73 del 1979, n. 72 del 1980.

⁹³⁷ LA TORRE M., op. cit., 653.

⁹³⁸ LA TORRE M., *lc. cit.*

⁹³⁹ LA TORRE M., *lc. cit.*

⁹⁴⁰ LA TORRE M., *lc. cit.*

⁹⁴¹ LA TORRE M., *lc. cit.*

⁹⁴² ZAGREBELSKY G., op. cit., 50

⁹⁴³ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹⁴⁴ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

prodotto esclusivamente dello Stato, ma si esaurisce interamente nella legge⁹⁴⁵, con ciò favorendo il sorgere di «teorie post-positiviste»⁹⁴⁶, accomunate dal comune riconoscimento che il «peso delle leggi fondamentali, dei principi e dei valori nei moderni Stati Costituzionali è troppo grande perché sia possibile continuare a difendere una teoria semplicemente legalistica della decisione giudiziaria»⁹⁴⁷. L'affermazione del carattere mitologico di una «scienza senza premesse»⁹⁴⁸ è la conquista delle teorie epistemologiche post-positiviste che, seguendo e sviluppando Karl Popper, negano la possibilità di esistenza della conoscenza scientifica senza “paradigmi teoretici”, senza una volontà che, fungendo da *prius* rispetto all'intelletto, è dimostrata ed interpretata secondo ragione. Tradotte in termini di teorie giuridiche le tesi epistemologiche post-positiviste, negando la possibilità di una scienza giuridica non solo senza concetti epistemologici precedenti, ma anche priva di valori, affermano la necessità di un *a priori* nella conoscenza del diritto, non potendosi né stabilire la validità di una legge, né arrivare ad una decisione giuridica, senza il ricorso a criteri normativi esterni rispetto a quelli posti dal legislatore.

Prova dell'inadeguatezza sia teoretica che operativa del positivismo giuridico nello Stato Costituzionale contemporaneo è il superamento della contrapposizione tra i «diritti come patrimonio soggettivo individuale, cui consegue l'importanza del compito dei giudici nell'attuazione di tale patrimonio»⁹⁴⁹, e la «legge come strumento di disegni politici e giuridici obiettivi»⁹⁵⁰, in una soluzione di «equilibrio»⁹⁵¹, fondata sulla «coesistenza di due lati egualmente essenziali del diritto»⁹⁵²: il lato «soggettivo»⁹⁵³, dei diritti, «esentato dalle incursioni della politica»⁹⁵⁴, ed il «lato oggettivo»⁹⁵⁵, della legge, in cui «le scelte politiche svolgono legittimamente la loro parte»⁹⁵⁶.

L'esigenza di fondazione di un nuovo ordine, basato sui diritti politici democratici, seguita alla

⁹⁴⁵ Al significato di positivismo giuridico *strictu senso* sono connesse: 1) l'interpretazione formalista, che nell'attività di ricerca del “significato” di regole giuridiche esclude l'interferenza di fattori estranei al diritto positivo, espellendo così dalla sfera del metodo giuridico ogni considerazione di natura filosofica, storica e giuridica; 2) la tesi della separazione tra uno studio descrittivo ed uno studio prescrittivo del diritto, che assegna al giurista il compito esclusivo di descrivere ciò che il diritto è, che è la legge valida in vigore. La tesi della separazione tra prescrizione e descrizione del diritto, se, da una parte, non è condizione necessaria per una posizione giuridica positivista, assumendosi nel positivismo ideologico che la descrizione del diritto valido è la prescrizione di ciò che il diritto può essere, dall'altra è ritenuta da autori come Herbert Hart e Ota Weinberger il fondamento della imposizione positivistica di un limite invalicabile tra diritto e morale.

⁹⁴⁶ LA TORRE M., op. cit., 658.

⁹⁴⁷ LA TORRE M., lc. cit.

⁹⁴⁸ LA TORRE M., lc. cit.

⁹⁴⁹ ZAGREBELSKY G., op. cit., 76.

⁹⁵⁰ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁵¹ ZAGREBELSKY G., op. cit.

⁹⁵² ZAGREBELSKY G., op. cit.

⁹⁵³ ZAGREBELSKY G., op. cit.

⁹⁵⁴ ZAGREBELSKY G., op. cit.

⁹⁵⁵ ZAGREBELSKY G., op. cit.

⁹⁵⁶ ZAGREBELSKY G., op. cit. 85.

condanna del positivismo giuridico «per aver offerto il terreno di base per l'assolutizzazione del potere dello Stato, che, nel totalitarismo, ha trovato la sua manifestazione più radicale e terribile»⁹⁵⁷, non ha potuto essere soddisfatta con la «riproposizione di un diritto naturale di matrice soggettiva e razionalistica»⁹⁵⁸, che «alla fine si scontrava con le stesse obiezioni storiche che condannavano il positivismo giuridico»⁹⁵⁹: la ragione, presentata come «rispecchiamento di un mondo razionale esteriore»⁹⁶⁰, nella quale tale posizione, poneva il titolo della sua legittimità ed il fondamento dell'ordine dato come giusto, vero e perciò doveroso, risultava essere in realtà «un ordine puramente voluto e pensato, nel caos delle opinioni»⁹⁶¹.

Altro grande ostacolo al successo del diritto naturale, quale alternativa al positivismo giuridico, negli ultimi cinquanta anni, è stata la sua incompatibilità con la «democrazia competitiva»⁹⁶², legata non solo alla «opinabilità ed al contrasto tra i progetti, e dunque alla relatività»⁹⁶³, ma anche «all'idea della legge come modo di espressione di un fondamentale diritto politico di trasformazione sociale, che si deve riconoscere a tutte le future possibili maggioranze»⁹⁶⁴. «L'ancoraggio a qualcosa di obiettivo, di più forte delle ragioni e delle volontà politiche che si raserebbero affermate nella successione del tempo, che potesse essere posto da punto di attacco iniziale, naturale e non controverso, di qualunque ordine sociale e politico, e dal quale non sarebbe stato possibile distaccarsi»⁹⁶⁵, fu la «costituzionalizzazione dei diritti»⁹⁶⁶, ad un tempo, superamento dello Stato di diritto ed armonizzazione di due tradizioni di diritti tradizionalmente contrapposte: i «diritti in funzione della libertà»⁹⁶⁷ ed i «diritti in funzione della democrazia»⁹⁶⁸.

«L'avvento della democrazia pluralista»⁹⁶⁹ segna il superamento della riduzione della giustizia alla legge, operata dal positivismo giuridico per effetto della negazione dell'esistenza di strati del diritto diversi da quelli iscritti nella legge, attraverso l'assunzione, da parte della Costituzione pluralista della struttura di un patto, in cui le aspirazioni di giustizia di tutte le componenti sociali, ammesse alla elaborazione della Carta Fondamentale, vengono tratte dal campo del pre-giuridico ed inserite pienamente nel diritto.

La «costituzionalizzazione dei principi di giustizia»⁹⁷⁰ non solo è stata di importanza tale da

⁹⁵⁷ ZAGREBELSKY G., op. cit. 86.

⁹⁵⁸ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁵⁹ ZAGREBELSKY G., op. cit., 87.

⁹⁶⁰ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁶¹ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁶² ZAGREBELSKY G., op. cit., 88.

⁹⁶³ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁶⁴ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁶⁵ ZAGREBELSKY G., op. cit., 89.

⁹⁶⁶ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁶⁷ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁶⁸ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

⁹⁶⁹ ZAGREBELSKY G., op. cit., 129.

⁹⁷⁰ ZAGREBELSKY G., op. cit., 130.

condizionare il successo della stessa opera costituente, rendendola “di tutti” e non imposizione unilaterale di una parte sull'altra, ma è anche il fulcro del dibattito attuale che vede schierati su posizioni antagonistiche da una parte i formalisti, propensi a vedervi una pietrificazione del diritto e quindi la prova che lo Stato Costituzionale non è altro che la imposizione della volontà delle forze sociali e delle fazioni politiche più forti nel momento costituente, che, del tutto arbitrariamente, ipostatizzano ed assolutizzano i loro bisogni materiali e storici, con ciò snaturandoli, e, dall'altra, gli antiformalisti, secondo i quali l'inserimento dei diritti di giustizia nella Costituzione, suo punto di forza, non solo ne allargherebbe le fondamenta consensuali, ma proverebbe la necessità che si trovi un largo consenso sociale in ordine ai contenuti, agli scopi ed alle finalità del diritto, essendo impensabile ed inverosimile che in una società pluralistica, come quella contemporanea, regole giuridiche formali e procedurali, “producano” un «ordine spontaneo»⁹⁷¹.

L'accusa nichilistica di una Costituzione che pietrifica⁹⁷² il diritto risulta infondata ove si consideri la «distinzione di struttura»⁹⁷³ tra norme giuridiche, che, «ci danno il criterio delle nostre azioni e ci dicono come dobbiamo, non dobbiamo o possiamo agire in determinate specifiche situazioni previste dalle regole stesse»⁹⁷⁴ e i principi costituzionali che, pretendendo, «non una azione conforme alla fattispecie»⁹⁷⁵, di cui sono privi, «ma una presa di posizione conforme al proprio *ethos*, di fronte a tutte le non precisate e non preventivamente precisabili evenienze concrete della vita»⁹⁷⁶, «hanno una loro autonoma ragion d'essere di fronte alla realtà»⁹⁷⁷.

La separazione dalla legge sia dei diritti che della giustizia ed il loro inserimento nella Carta Fondamentale, non importa, come sostenuto dai formalisti nichilisti, una loro «fondazione nella sfera di un diritto obiettivo»⁹⁷⁸, nel quale si rispecchierebbero quale statico ed intangibile «ordine naturale»⁹⁷⁹, come realmente accade «in tutte le manifestazioni del giusnaturalismo»⁹⁸⁰. Al contrario «la realtà, posta a contatto con il principio, viene, per così dire, a vivificarsi, acquisendo valore»⁹⁸¹ e presentandosi, non quale «materia inerte, oggetto meramente passivo dell'applicazione delle regole», fattispecie concreta irrilevante giuridicamente fino a quando non è inquadrata nella fattispecie astratta, ma quale «realtà»⁹⁸² «dotata di proprie intrinseche qualità giuridiche»⁹⁸³: «il

⁹⁷¹ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹⁷² ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, 129.

⁹⁷³ ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, 149.

⁹⁷⁴ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹⁷⁵ ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, 161.

⁹⁷⁶ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹⁷⁷ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹⁷⁸ ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, 155.

⁹⁷⁹ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹⁸⁰ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹⁸¹ ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, 161.

⁹⁸² ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹⁸³ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

valore si incorpora nel fatto e pretende che seguano conformi “prese di posizioni” giuridiche (del legislatore, della giurisprudenza, dell'amministrazione, dei singoli individui ed in generale, degli interpreti del diritto)»⁹⁸⁴; «l' “essere”, illuminato dal principio, non contiene in sé ancora la sua regola, ma almeno l'indicazione di una direzione lungo la quale deve porsi la regola per non contravvenire al valore contenuto nel principio»⁹⁸⁵.

L'idea che la realtà sia dotata di proprie intrinseche qualità giuridiche, che essa rivela nel momento in cui entra in contatto con i principi costituzionali, consente di proporre la tesi che lo Stato Costituzionale contemporaneo, ben lungi dall'essere meramente antiformalistico, quale affermazione giusnaturalistica della fundamentalità dei contenuti dei diritti umani, sia il superamento della stessa contrapposizione tra formalismo ed antiformalismo, tra formalità e sostanzialità del diritto, e, sul piano della filosofia del diritto, tra positivismo e giusnaturalismo.

Argomenti a sostegno di tale ipotesi di studio sono, sul piano storico, l'ampio consenso politico che ha accompagnato l'approvazione della Costituzione italiana e, sul piano filosofico l'«antropologia positiva»⁹⁸⁶ dell'«empatia»⁹⁸⁷, quale armonia dell'uomo con la natura universale e sua inclinazione naturale all'amore per gli altri uomini.

La considerazione del carattere erroneo dell'attribuzione ai principi costituzionali di un carattere meramente suppletivo e marginale, limitato, cioè, alle ipotesi in cui il sistema legislativo presenti lacune e contraddizioni consente, ad un tempo, sia di infliggere un duro colpo alla critica formalistica ed alla concezione positivista della Scienza giuridica, quale mera ricerca della legge da applicare, sia di avvalorare l'idea che i principi costituzionali non sono semplicemente antiformalistici, quale positivizzazione di fissi contenuti giusnaturalistici, dipendendo, invece, nella loro sostanzialità, dal contesto culturale di cui sono parti e che influenza in modo decisivo ogni loro applicazione: «le dichiarazioni costituzionali non sono che accenni le cui precisazioni e concrete realizzazioni si muovono nel senso della storia delle idee».⁹⁸⁸

Ne consegue l'improponibilità di un ritorno al mondo logico – formale di trattazione del diritto in cui la fissità, aspetto della certezza, non è più elemento portante del sistema giuridico, per effetto del pluralismo e della crescente complessità e dinamicità *in primis* economica, ma è anche e conseguentemente sociale, politica e giuridica. È questo il «problema fondamentale»⁹⁸⁹ del giurista contemporaneo, affetto da un cronico *deficit* di certezza giuridica nella nichilistica carenza di valori di un diritto che rischia di morire, nella indifferenza dei suoi contenuti: «gli scienziati del diritto»,

⁹⁸⁴ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹⁸⁵ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹⁸⁶ ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, 141.

⁹⁸⁷ ZAGREBELSKY G., *lc. cit.*

⁹⁸⁸ ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, 169.

⁹⁸⁹ CAPOGRASSI G., *Il problema fondamentale*, in *Opere*, V, Milano, 1959, 29.

che sinora «hanno vissuto di positivismo giuridico»⁹⁹⁰ vivono il dramma della non coincidenza dell'ordinamento giuridico «con le supreme certezze della coscienza umana»⁹⁹¹.

Guardando «nel profondo degli ordinamenti positivi»⁹⁹² e lasciando parlare l'esperienza giuridica, dalla quale emergono quei valori e principi fondativi del diritto, in una realtà, che non è forma formata delle norme, ma forma formante, che cioè, ad un tempo si fa e fa l'esperienza, che nasce e si modifica in continuazione, con l'azione stessa, Giuseppe Capograssi mostra che il superamento della contrapposizione formalismo *versus* antiformalismo, sia nella versione più risalente - diritto positivo *versus* diritto naturale -, sia nella versione attuale “formalità nichilistica” *versus* “sostanzialità della forma formante e dello Stato Costituzionale”, passa attraverso lo studio dell'«ordine positivo, ma senza fermarsi a mezza strada, senza fermarsi alla sua superficie normativa, e alle suture logiche del sistema, senza fermarsi allo Stato, che non è altro, sotto questo aspetto, che un comodo organo di smistamento e di elaborazione dei contenuti della vita, che urgono per organizzarsi nell'ordinamento»⁹⁹³. Il giurista deve essere in grado di cogliere, attraverso lo studio dell'ordinamento positivo, la «radice umana e perenne»⁹⁹⁴ che ne è la sostanza e di cui «norme ed istituzioni positive, non sono che svolgimenti e determinazioni storicamente puntuali»⁹⁹⁵. Scoprirà, in questo modo, che «l'ordinamento positivo ha in sé, è in sé l'ordine naturale, quel tanto di razionale, nel senso di obiettivo e costitutivo dell'esperienza che ha la parola»⁹⁹⁶ e che il suo compito è cercare «di portare la sua vita e la umanità alla perfetta verità di sé stessa»⁹⁹⁷, evitando così che «il bene che la vita presenta»⁹⁹⁸ sia perso di vista e disperso, al pari di «tutte le teoriche» che, riducendo il diritto a «puro mezzo, a pura volontà dello Stato, cioè a puro fatto»⁹⁹⁹ e, diremmo secondo la terminologia filosofica corrente, a nichilistica forma, «non tendono che a sopprimere questo bene prezioso ed insostituibile che è il diritto, che fa, insieme agli altri beni, preziosa la vita»¹⁰⁰⁰.

A Capograssi fanno eco le parole di Satta, secondo il quale il torto della teoria pura del diritto è di avere equivocato «sul concetto di valore»¹⁰⁰¹, che, ben lungi dall'essere una «valutazione»¹⁰⁰², come sostenuto dai positivisti, è «intrinseco al diritto ed è proprio il suo essere diritto, e non può come tale

⁹⁹⁰ CAPOGRASSI G., *Il problema fondamentale* cit., 30.

⁹⁹¹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*.

⁹⁹² CAPOGRASSI G., *Il problema fondamentale* cit., 32.

⁹⁹³ CAPOGRASSI G., *Il problema fondamentale* cit., 31.

⁹⁹⁴ CAPOGRASSI G., *Il problema fondamentale* cit., 30.

⁹⁹⁵ CAPOGRASSI G., *Il problema fondamentale* cit., 31.

⁹⁹⁶ CAPOGRASSI G., *Il problema fondamentale* cit., 30.

⁹⁹⁷ CAPOGRASSI G., *Il problema fondamentale* cit., 31.

⁹⁹⁸ CAPOGRASSI G., *Il problema fondamentale* cit., 33.

⁹⁹⁹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁰⁰⁰ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁰⁰¹ SATTA S., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Milano, Padova, 1968, 69.

¹⁰⁰² SATTA S., *lc. cit.*

risolversi nella mera validità formale di una norma intrinsecamente posta»¹⁰⁰³.

Alla medesima conclusione giunge, utilizzando il metodo fenomenologico, Edith Stein¹⁰⁰⁴, la quale, applicando la riduzione fenomenologica al diritto, prospetta un diritto *a priori*, antecedente al diritto positivo, che tuttavia, non è “puro”, nel senso formale Kelseniano, ma originario perché attiene alla persona, quale nucleo di senso al centro della comunità e dello Stato. Nella sua costruzione ed interpretazione fenomenologica-giuridica del diritto e dello Stato, il procedimento Husserliano, consentendo di porsi nella direzione dell'ascolto e di liberarsi dai pregiudizi, diviene «il metodo di completa apertura, destinato a porre in primo piano l'essenza della *Sache*, rappresentata dall'essenza del diritto e dello Stato»¹⁰⁰⁵. Il metodo della riduzione fenomenologica è considerato «lo strumento più adeguato per avvicinarsi al diritto»¹⁰⁰⁶, perché, indirizzando « “lo sguardo all'essenziale”»¹⁰⁰⁷ e lasciando «parlare le cose»¹⁰⁰⁸, consente «l'empatia»¹⁰⁰⁹, intesa da Stein quale «scelta di un soggetto di “mettersi nei panni” dell'altro»¹⁰¹⁰, cogliendone «l'alterità»¹⁰¹¹: «nel rapporto con l'altro l'io diventa se stesso»¹⁰¹² ed è in grado di “sentire” l'ingiustizia dello Stato di diritto nazista che, contrastando «con gli *a priori* del diritto puro»¹⁰¹³, «priva le persone della possibilità di svolgere attività economiche, della dignità di cittadini e della patria»¹⁰¹⁴.

Nella «costruzione progressiva della morfologia dello Stato di diritto»¹⁰¹⁵, Stein distingue tra «diritto puro»¹⁰¹⁶, l'«*a priori* del diritto»¹⁰¹⁷, e «diritto positivo»¹⁰¹⁸, la «*praxis* del diritto»¹⁰¹⁹, ponendo il primo quale «ratio»¹⁰²⁰ o «misura esistenziale del secondo»¹⁰²¹. Non si tratta di una «distinzione semplificata»¹⁰²² tra ideale e reale, ma di una «distinzione fenomenologica»¹⁰²³,

¹⁰⁰³ SATTÀ S., *lc. cit.*

¹⁰⁰⁴ «La questione di una rappresentazione del giuridico nella fenomenologia è la sfida che Edith Stein», allieva di Husserl, «si propone nella sua opera *Una ricerca sullo Stato* (1925)», «secondo quelle direttive che Roman Ingarden e Hedwig Conrad-Martius definiscono *Realontologie*.» AVITABILE L., *Fenomenologia giuridica e comunità nell'opera di Edith Stein*, in AVITABILE L. - BARTOLI G. - CANANZI D.M. - PUNZI A., *Percorsi di Fenomenologia del diritto*, Torino, 2007, 18.

¹⁰⁰⁵ AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰⁰⁶ AVITABILE L., *op. cit.*, 21.

¹⁰⁰⁷ AVITABILE L., *op. cit.* 18-19 n.

¹⁰⁰⁸ AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰⁰⁹ AVITABILE L., *op. cit.*, 21.

¹⁰¹⁰ AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰¹¹ AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰¹² AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰¹³ AVITABILE L., *op. cit.*, 28.

¹⁰¹⁴ AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰¹⁵ AVITABILE L., *op. cit.*, 29.

¹⁰¹⁶ AVITABILE L., *op. cit.*, 36.

¹⁰¹⁷ AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰¹⁸ AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰¹⁹ AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰²⁰ AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰²¹ AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰²² AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰²³ AVITABILE L., *lc. cit.*

direzionata all'oggetto, ed in cui l'*a priori*, rappresentando proprio la «struttura giuridica che potrebbe determinare sia il contenuto del diritto che il suo oggetto»¹⁰²⁴, qualifica «la validità del diritto quale riconoscimento del diritto a creare norme di condotta destinate alle persone»¹⁰²⁵, con la conseguente possibilità di non coincidenza di diritto puro e positivo. Il soggetto capace di cogliere lo scarto tra il diritto puro ed il diritto positivo e di trascendere questo ultimo, «per elevarsi ad una lotta per il giusto, è la persona»¹⁰²⁶: superata la condizione naturalista del nascere, ha un'attesa di senso e, «attraverso il metodo della giustizia, si emancipa continuamente dalla datità del legale»¹⁰²⁷. La persona è il «primo *a priori* del diritto»¹⁰²⁸, l'«origine del diritto»¹⁰²⁹, che, attraverso il processo empirico del «“vivere accanto”»¹⁰³⁰, si costituisce in «comunità»¹⁰³¹. La differenza tra la «società», «monade senza finestre»¹⁰³², «retta dal mero interesse»¹⁰³³ e la comunità, formata da persone, legate in modo empirico dall'*idem sentire*, è anticipatrice della distinzione tra uno Stato di diritto, che si esaurisce nel suo diritto positivo, e lo Stato Costituzionale, costituito sulla base di una preesistente comunità, in quanto muove non dalla struttura dello Stato- persona, ma dalla struttura di persone, le sole in grado di apportargli la spiritualità e la creatività di cui ha bisogno per esistere. L'incontestabile presenza nel pensiero filosofico contemporaneo, di *a priori* ineludibili, ad un tempo espressione del comune sentire della comunità del popolo e del suo diritto, e condizione di esistenza di uno Stato che, non può che essere Costituzionale, confuta la concezione nichilistica e formalistica del diritto e, con esso, la concepibilità teorica e la realizzabilità pratica di uno Stato di diritto, assolto e risolto nel principio di legalità, quale esclusivo fondamento della legittimità e validità del suo diritto.

¹⁰²⁴ AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰²⁵ AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰²⁶ AVITABILE L., *op. cit.*, 41.

¹⁰²⁷ AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰²⁸ AVITABILE L., *op. cit.*, 50.

¹⁰²⁹ AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰³⁰ AVITABILE L., *op. cit.*, 45.

¹⁰³¹ AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰³² AVITABILE L., *lc. cit.*

¹⁰³³ AVITABILE L., *lc. cit.*

§4. Dalla tradizione all'esperienza: il ruolo del Diritto Romano nel pensiero giuridico contemporaneo.

Causa ed, ad tempo, conseguenza della decadenza dei «titoli di legittimazione esterna»¹⁰³⁴ che, secondo il nichilismo formalistico, logora il diritto contemporaneo è, oltre alla già illustrata e confutata contraddittorietà del «patriottismo della Costituzione»¹⁰³⁵, con la sua pretesa di fungere da centro metastorico e metapositivo di un diritto, ridotto all'indifferenza contenutistica, anche la liberazione del «diritto moderno»¹⁰³⁶ dai vincoli della «tradizione»¹⁰³⁷ romanistica, che lega a sé i giuristi non tanto con il prestigio della sua «eredità»¹⁰³⁸ concettuale e sistematica, che venendo da fuori, è tuttavia accolta e vissuta come intimamente propria, ma anche e soprattutto con il peso di «una autorità, che costringe con la forza delle categorie giuridiche»¹⁰³⁹.

Tuttavia, la tesi dell'«abbandono del diritto romano»¹⁰⁴⁰ ad opera del diritto moderno, quale «rifiuto di una logica propria del diritto, di figure e concetti metapositivi, cioè comuni ad ogni diritto e rinvenibili in ogni concreto ordinamento»¹⁰⁴¹ trascura che «l'eredità del pensiero giuridico romano (la c.d. “tradizione romanistica”), che ha caratterizzato la storia, non solo giuridica dell'Occidente»¹⁰⁴², «qualifica ancora»¹⁰⁴³ «buona parte degli ordinamenti giuridici moderni europei e di quei territori, geograficamente diversi, che sono stati influenzati dalla cultura europea»¹⁰⁴⁴.

Le codificazioni di diritto privato ad opera dei nascenti stati nazionali europei, a partire dalla fine del XVIII secolo, se, da una parte, hanno «significativamente contribuito alla frammentazione nazionale della tradizione giuridica Europea»¹⁰⁴⁵, essendo promulgate da stati specifici, i cui confini territoriali delimitavano, ad un tempo, sia la competenza legislativa delle loro legislature sia l'ambito di applicazione delle loro codificazioni, dall'altro non ruppero ogni legame con la tradizione romanistica¹⁰⁴⁶, essendo, al contrario, «mere variazioni regionali o nazionali»¹⁰⁴⁷ ed

¹⁰³⁴ IRTI N., *Il salvagente* cit., 102.

¹⁰³⁵ IRTI N., *lc. cit.*

¹⁰³⁶ IRTI N., *Il salvagente* cit., 33.

¹⁰³⁷ IRTI N., *lc. cit.*

¹⁰³⁸ IRTI N., *lc. cit.*

¹⁰³⁹ IRTI N., *lc. cit.*

¹⁰⁴⁰ IRTI N., *lc. cit.*

¹⁰⁴¹ IRTI N., *lc. cit.*

¹⁰⁴² CASCIONE C., *Manuale Breve di Diritto Romano*, Milano, 2007, 4.

¹⁰⁴³ CASCIONE C., *lc. cit.*

¹⁰⁴⁴ CASCIONE C., *lc. cit.*

¹⁰⁴⁵ ZIMMERMANN R., *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, 2001, New York, 1.

¹⁰⁴⁶ La storia del diritto europeo del XIX secolo fu segnata non dall'abbandono della tradizione romanistica, ma dalla progressiva frammentazione della tradizione del diritto civile, il cui primo segno divenne visibile già al tempo dell'*usus modernus pandectarum* dei secoli XVII e XVIII, quando gli scrittori istituzionali non discussero più del Diritto Romano come tale, ma del diritto Romano-Olandese, Romano-Scozzese, Romano-Ispanico, o Romano-Sassone. ZIMMERMANN R., *lc. cit.*

¹⁰⁴⁷ ZIMMERMANN R., *op. cit.*, 2.

«emanazioni differenti di una comune tradizione giuridica»¹⁰⁴⁸: «il codice civile era stato inteso stabilire un diritto uniforme, non nuovo»¹⁰⁴⁹.

E così, conclusasi la «“seconda vita del Diritto Romano”»¹⁰⁵⁰, segnata dalla sua applicazione diretta nella pratica giuridica¹⁰⁵¹, le codificazioni europee del XIX secolo, in stridente contrasto con le aspettative e le intenzioni dei loro redattori¹⁰⁵² e con le loro specifiche affermazioni¹⁰⁵³, furono accompagnate dal sorprendente fenomeno di una «“terza rinascita del Diritto Romano”»¹⁰⁵⁴, a livello sia teorico che pratico¹⁰⁵⁵: lo «straordinario grado di continuità sostanziale»¹⁰⁵⁶ tra la tradizione del *ius commune* ed i codici civili europei portò il Diritto Romano a diventare uno «strumento indispensabile»¹⁰⁵⁷ nell'interpretare i nuovi codici, nel risolvere le dispute dottrinali e nel colmare le lacune del diritto.

Confutata la tesi che il diritto moderno, per effetto delle codificazioni nazionali europee, si sia liberato dal peso della tradizione del Diritto Romano, non dovendone più subire i condizionamenti di “senso”, deve altresì escludersi che il Diritto Romano possa essere ridotto ad una mera tradizione. La ricostruzione dei caratteri che lo studio del Diritto Romano ha assunto, nei secoli XIX e XX, in Europa ed, in particolare, in Germania, consente di distinguere, accanto all'approccio dottrinale al Diritto Romano, quale “tradizione utile” nella misura in cui è strumento di ricerca non solo del Diritto Romano nel Diritto Contemporaneo, attraverso una indagine a-storica, ma anche del Diritto Contemporaneo nel Diritto Romano, secondo un metodo anti-storico, che finì per caratterizzare la Scuola Storica e, in maggior misura, la Pandettistica, un approccio storicistico al Diritto Romano, che, prevalso in Germania agli inizi del XX secolo, all'indomani della promulgazione del BGB, ed intendendo la storicità quale negazione della giuridicità, ha escluso

¹⁰⁴⁸ ZIMMERMANN R., *lc. cit.*

¹⁰⁴⁹ ZIMMERMANN R., *op. cit.*, 3.

¹⁰⁵⁰ ZIMMERMANN R., *lc. cit.*

¹⁰⁵¹ Dal giorno della sua “recezione” il Diritto Romano aveva fornito le basi dell'amministrazione della giustizia nell'Europa Centrale ed Occidentale ed era diventato *ius commune* o diritto comune, trasformandosi, per effetto dell'assorbimento di elementi di Diritto Canonico e di diritto consuetudinario indigeno, da *usus antiquus* in *usus modernus*.

¹⁰⁵² Il gran numero e la complessità delle fonti del diritto negli ordinamenti giuridici in cui il Diritto Romano era applicabile direttamente, ma solo in via sussidiaria, *in subsidio*, rispetto a numerosi e più specifici, diritti territoriali e locali, aveva generato un sentimento molto esteso di incertezza giuridica e di inefficienza dell'amministrazione della giustizia, che, non solo scosse l'autorità del Diritto Romano, accusato di aver fatto sorgere intricate dispute dottrinali, in quanto antiquato e privo di senso pratico, ma contribuì a radicare la speranza ed, ad un tempo, la convinzione teorica, che le codificazioni dell'età della Ragione avrebbero fornito una regolamentazione sistematica dell'intero diritto privato, rimuovendo tutte le fonti “rivali” del diritto, incluso in particolare il *ius commune* Romano–Canonico.

¹⁰⁵³ L'art. 1 della Legge Abrogatrice Olandese (*Afschaffingswet*) sanciva: “La validità giuridica del Diritto Romano è e rimane abrogata”. ZIMMERMANN R., *op. cit.*, 3.

¹⁰⁵⁴ ZIMMERMANN R., *op. cit.*, 6.

¹⁰⁵⁵ Lo dimostrano l'abito costante della «*peregrinatio academica*», le giornaliere convenzioni sulla letteratura da imparare e le politiche delle nomine nelle facoltà giuridiche. ZIMMERMANN R., *op. cit.*, 2.

¹⁰⁵⁶ ZIMMERMANN R., *op. cit.*, 3.

¹⁰⁵⁷ ZIMMERMANN R., *lc. cit.*

ogni “utilità” del Diritto Romano per il Diritto Contemporaneo e ha ridotto i Romanisti a “storici”, che possono rivolgere la loro attenzione ai «fiori di loto»¹⁰⁵⁸.

Nella definizione del ruolo che il Diritto Romano doveva giocare nel diritto già codificato, o in procinto di divenirlo¹⁰⁵⁹, degli stati nazionali ottocenteschi europei, un peso decisivo ebbe la Scuola Storica, che dominando il pensiero giuridico tedesco¹⁰⁶⁰ ed europeo¹⁰⁶¹ del XIX secolo, lo rese consapevole della «vitale connessione tra presente e passato»¹⁰⁶²: poiché non c'è una esistenza umana completamente separata ed indipendente, «ogni età crea il suo proprio mondo giuridico non per sé stesso ed arbitrariamente, ma in indissolubile comunità con l'intero passato»¹⁰⁶³. Raccolta la sfida di trasformare il Diritto Romano in Diritto Romano Contemporaneo, la Scuola Storica, sempre preoccupata di valutare il Diritto Romano, dal punto di vista della dottrina moderna, e di assimilare, in modo produttivo, Diritto Romano e Diritto Contemporaneo, finì per cadere nella tentazione di leggere il Diritto Contemporaneo nel Diritto Romano: l'unico risultato prodotto è stato una visione distorsiva del passato, che l'ha resa emblema di quei tentativi del pensiero giuridico contemporaneo che, intendendo essere ad un tempo storici e dottrinali, nel senso di contribuire alla formazione del diritto, si avventurano in una impresa tanto impossibile ed inutile quanto «il voler mescolare il fuoco con l'acqua»¹⁰⁶⁴.

Se la Scuola Pandettistica, di fronte alle difficoltà di conciliazione tra studio storico e dottrinale del Diritto Romano, che si facevano sempre più evidenti mano a mano che attuava il programma di Savigny, fu sempre più interessata alla «dottrina giuridica che alla storia giuridica»¹⁰⁶⁵, l'inizio del XX secolo fu segnato da una completa storicizzazione della Scuola del Diritto Romano, che,

¹⁰⁵⁸ ZIMMERMANN R., op. cit., 48.

¹⁰⁵⁹ Nel suo famoso saggio *Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la scienza giuridica (Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)*, considerato il manifesto fondativo della Scuola Storica, Savigny, nel rispondere alla richiesta di Thibaut di porre fine alla intollerabile e sconveniente diversità dei diritti privati prevalenti in Germania, attraverso l'adozione di un Codice Civile tedesco, modellato sul *code civil* francese, individuò nella conformità del codice alla tradizione l'unica via per evitarne il carattere inorganico, non scientifico ed arbitrario. D'altra parte la contraddittorietà della tesi di Savigny, che la struttura concettuale e dottrinale del diritto debba essere elaborata in modo sufficientemente sofisticato da essere perpetuato in una codificazione, con la supposizione basilare della Scuola Storica, che il diritto si sviluppa gradualmente ed organicamente, è uno dei paradossi del suo programma: «la idealizzazione del presente è a-storica come quella di una specifica epoca del passato». ZIMMERMANN R., op. cit., 17. Ne conseguì la inadeguatezza dello schema di evoluzione giuridica di Savigny, in quanto semplice «generalizzazione di un modello Romano», separato da ogni altro sistema giuridico e «mai veramente applicato all'esperienza tedesca». (STEIN P., *Legal evolution. The story of an idea*)

¹⁰⁶⁰ ZIMMERMANN R., op. cit., 13.

¹⁰⁶¹ STEIN P., *Legal evolution. The story of an idea*, Cambridge, 53.

¹⁰⁶² ZIMMERMANN R., *loc. cit.*

¹⁰⁶³ È questo il fulcro del programma della scienza giuridica storica (*geschichtliche Rechtswissenschaft*) delineato da Savigny, padre fondatore della Scuola Storica, la cui preoccupazione principale, come risultante dal suo Sistema del Diritto Romano Contemporaneo, fu l'elaborazione di un pensiero giuridico, di una concezione del diritto, piuttosto che di una storia del diritto.

¹⁰⁶⁴ È questo il giudizio di Koschaker, riportato da ZIMMERMANN R., op. cit., 13. La questione centrale non è qui la condivisione o meno del giudizio sulla Scuola Storica o sui tentativi successivi di conciliare storia e dottrina nello studio del Diritto Romano, ma l'emergere di questi due approcci nella storia del pensiero giuridico contemporaneo.

¹⁰⁶⁵ ZIMMERMANN R., op. cit., 18.

liberata dal suo obbligo di servire ai bisogni del diritto privato moderno, si «emancipò»¹⁰⁶⁶ da esso. Tuttavia, le ragioni per le quali il Diritto Romano fu pensato separatamente dal Diritto Moderno, ed entrambi rimasero isolati e ridotti, il primo a strumento pedagogico, ad una delle tante materie che attengono alla fondazione del diritto¹⁰⁶⁷, il secondo a disciplina completamente a-storica¹⁰⁶⁸, non vanno ricercate «nel fatto della codificazione come tale, sia perchè il cambiamento di prospettiva intervenne prima che il BGB entrasse in vigore, e sia perché non era avvenuto allo stesso modo o in modo simile sotto le codificazioni che precedevano il BGB»¹⁰⁶⁹. Si tratta di un processo complesso, che, iniziato nella seconda metà del XIX secolo, fu favorito «dalla ricchezza di fonti scoperte, decifrate e pubblicate nel corso del XIX secolo ed ai primi del XX secolo»¹⁰⁷⁰, obiettivo affascinante delle giovani generazioni di studiosi, che, stanchi di «cercare nuovi punti di pressione»¹⁰⁷¹ per estrarre dal «vecchio limone già spremuto del Digesto»¹⁰⁷² qualche «nuova goccia»¹⁰⁷³, furono finalmente liberi di distribuire «allegrementemente un fiore fresco, il fiore di loto»¹⁰⁷⁴.

Genesi della storicizzazione del Diritto Romano e della sua disgiunzione sia dal Diritto Privato sia dalla Scienza Giuridica, a partire dalla metà del XIX secolo, fu il lavoro della Pandettistica, che, accogliendo «il famoso invito di Jhering, di avventurarsi oltre il Diritto Romano, per mezzo del Diritto Romano»¹⁰⁷⁵, operò una purificazione del Diritto Romano attraverso il Diritto Romano, spogliandolo di tutto ciò che fosse «contingente»¹⁰⁷⁶. Il risultato fu la creazione di una sorta di

¹⁰⁶⁶ L'inizio del processo di storicizzazione del Diritto Romano fu acutamente descritto da E. I. BEKKER come una «emancipazione»... «pensando separatamente il Diritto Romano ed il Diritto moderno». ZIMMERMANN R., op. cit., 11.

¹⁰⁶⁷ I professori di diritto, che si incontrarono ad Eisenach nel marzo del 1896, per considerare la futura organizzazione degli studi giuridici in Germania, considerando incomprensibile che nelle Università degli Stati tedeschi, dotati di una codificazione, non fosse assegnata a questa ultima un ruolo preminente nei piani di studio delle facoltà giuridiche, adottarono una raccomandazione, con cui si impegnavano ad assegnare al BGB nel *curriculum* un ruolo «essenzialmente differente e più prominente», rispetto a quello che era stato assegnato ai precedenti codici di diritto privato, per cui mentre le lezioni sul BGB dovevano assumere un carattere sistematico, il Diritto Romano doveva essere ridotto ad un «livello propedeutico». ZIMMERMANN, op. cit., 9.

La posizione del Diritto Romano all'interno delle facoltà giuridiche fu indebolita al punto tale che si iniziò a dubitare che il posto del Diritto Romano fosse nelle facoltà giuridiche, essendo i suoi metodi e risultati ormai ritenuti interamente irrilevanti per la applicazione pratica del Diritto. Il dilagare di un sentimento di crisi profondamente radicato tra i romanisti, impegnati, in permanenti ed accesi dibattiti metodologici, per legittimare la storia giuridica come parte del *curriculum* di diritto, trova conferma nella radicata convinzione, espressa con una frase di Radbruch che «le discipline che hanno ragione di esaminare la loro propria metodologia sono discipline malate». ZIMMERMANN R., op. cit., 46.

¹⁰⁶⁸ L'emanazione del BGB, a differenza dei codici di matrice illuministica, emanati a cavallo tra la fine XVIII secolo e gli inizi del XIX secolo, non stimolò una «terza rinascita del Diritto Romano» che svanì dalle pagine dei rapporti sulla legge, come dalle opere accademiche, gettando il Diritto Privato Tedesco nel più completo isolamento.

¹⁰⁶⁹ ZIMMERMANN R., op. cit., 46

¹⁰⁷⁰ ZIMMERMANN R., lc. cit.

¹⁰⁷¹ ZIMMERMANN R., op. cit., 48

¹⁰⁷² ZIMMERMANN R., lc. cit.

¹⁰⁷³ ZIMMERMANN R., lc. cit.

¹⁰⁷⁴ ZIMMERMANN R., lc. cit.

¹⁰⁷⁵ ZIMMERMANN R., lc. cit.

¹⁰⁷⁶ ZIMMERMANN R., lc. cit.

«Positivismo degli studiosi», un «sistema di Diritto Romano Contemporaneo»¹⁰⁷⁷, «collegato al sistema, ai concetti ed alla dottrina giuridica del *Corpus iuris*»¹⁰⁷⁸, ritenuto così puro, comprensivo e completo da rendere sempre possibile «la soluzione logicamente più adeguata anche per problemi giuridici non specificamente trattati dalle fonti»¹⁰⁷⁹.

Paradossalmente però, il livello molto elevato della teoria pura del diritto elaborata dai Pandettisti e del loro positivismo, fu il fattore determinante del processo di storicizzazione del Diritto Romano, consentendo alla codificazione del BGB, basata sui loro insegnamenti più avanzati e più fini¹⁰⁸⁰, di prescindere completamente da una teoria del diritto meta-positiva, che, ponendosi cioè, «ad un più elevato livello di riflessione»¹⁰⁸¹, fungesse da fondamento del diritto codificato. È per effetto della compiuta purificazione del Diritto Romano, operata dalla Pandettistica e recepita dalla scienza giuridica di diritto privato nel XIX secolo, che il Diritto Romano, apparve ai giuristi positivi, a seguito della codificazione, qualcosa di contingente, di cui potevano, sia a livello teorico che pratico, fare a meno. Il passo successivo fu il trasferimento delle nozioni della teoria pura del diritto dal *Corpus iuris* al BGB: «il positivismo degli studiosi si tradusse nel positivismo normativistico», che, identificando il Diritto con l'intero corpo delle previsioni della legge, così come erano state previamente emanate, nelle stesse individuava le ragioni esclusive dell'azione, escludendo anche la sola possibilità di ricercare un fondamento giuridico che trascendesse il diritto positivo.

Il nesso che sembra legare il Positivismo normativistico al Positivismo dei Pandettisti, consente di avanzare l'ipotesi che il preteso “abbandono del Diritto Romano” operato dal diritto moderno, ben lungi dall'essere un fenomeno storico, prodotto dal processo di codificazione europea, è un riflesso incondizionato del pensiero giuridico del positivismo normativistico, base teorica dell'attuale formalismo, che dopo aver trasferito i contenuti della teoria pura della Pandettistica nella sua Dottrina pura del Diritto, dovendo escludere, sulla base dei suoi presupposti teorici, qualsiasi fondazione meta-positiva del Diritto, ha eliminato ogni traccia di quella che era la sua genesi, da una parte, riducendo il Diritto Romano ad una tradizione ormai inutile e, dall'altro, omettendo di considerare sia il profilo storico del Diritto Romano sia la problematica, riaperta dal processo di

¹⁰⁷⁷ ZIMMERMANN R., op. cit., 51.

¹⁰⁷⁸ ZIMMERMANN R., lc. cit.

¹⁰⁷⁹ ZIMMERMANN R., lc. cit.

¹⁰⁸⁰ Una conferma storica del legame esistente tra il positivismo della Pandettistica ed il positivismo normativistico è il giudizio che fu formulato sulla prima bozza del BGB, pubblicata nel 1888, non solo condannata per essere troppo astratta e pedante, ma denunciata come un «libro di testo della Pandettistica nella forma della legge», «completamente non tedesco», in quanto privo di ogni contatto con la realtà. ZIMMERMANN R., op. Cit., 54.

¹⁰⁸¹ ZIMMERMANN R., op. cit., 51.

unificazione europea¹⁰⁸², della possibilità di individuare, se non una «nuova sintesi»¹⁰⁸³, quanto meno un qualche collegamento, tra la storia giuridica e la scienza giuridica che, nel pensiero giuridico europeo ed in specie tedesco, abbiamo visto essersi contese il campo dello studio del Diritto Romano, «in funzione delle due diagnosi contrapposte, essere cioè il diritto romano un diritto morto, e dunque destinato ad essere oggetto di una scienza storica, o un diritto ancora attuale, e perciò materia di una scienza giuridica»¹⁰⁸⁴.

Nell'età del post-positivismo, in cui, lasciatici progressivamente alle spalle la limitatezza, ma anche la sicurezza delle codificazioni nazionali, ci muoviamo verso la costruzione di un diritto europeo transnazionale, è stata avanzata, a partire dagli inizi degli anni '90 del XX secolo, la proposta «neopandettistica»¹⁰⁸⁵ «di sciogliere la storia del diritto romano in una dogmatica del diritto romano»¹⁰⁸⁶, in grado, ad un tempo, di rinnovare ed attualizzare la relazione, istituita dalla Pandettistica, tra Diritto Romano, inteso quale *ius commune*, e costruzione del diritto vigente.

In questo progetto di unificazione giuridica, affidata ad una scienza giuridica capace di ringiovanire l'eredità della tradizione romanistica, si inserisce il programma di Zimmermann di creare un collegamento tra studio storico e studio dottrinale del Diritto Romano, sulla base dell'esistenza della triplice connessione tra presente e passato, storia giuridica e diritto comparato, *civil law* e *common law*¹⁰⁸⁷: rendere il diritto nuovamente europeo, significherebbe allora, combinare lo studio storico, che consenta una considerazione genetica del diritto, e ci renda consapevoli della base comune ancora esistente tra i nostri sistemi giuridici nazionali, quale risultato della nostra tradizione comune e dei suoi sviluppi, indipendenti, ma paralleli, con lo studio comparatistico, che, soddisfacendo le esigenze di un raffronto funzionale ed escludendo la netta contrapposizione tra *civil law* e *common law*, faccia emergere la natura di «“sistema giuridico misto”»¹⁰⁸⁸ del Diritto Europeo. Zimmermann, accogliendo l'idea della Scuola Storica, della necessaria continuità tra diritto presente e diritto passato, per cui, non essendoci «autonoma esistenza umana interamente isolata dal passato, noi non possiamo liberamente modellare la nostra propria esistenza, incluso il nostro diritto»¹⁰⁸⁹, e paragonando la situazione dell'Europa attuale a quella della Germania del primo Ottocento, opera una «trasposizione del progetto di superamento nella dimensione nazionale di un anacronistico

¹⁰⁸² Una prima risoluzione del Parlamento Europeo del 26 maggio 1989 sulla codificazione del diritto privato della comunità ed una del 6 maggio 1994, che l'ha ribadita e precisata, hanno dato un forte impulso al processo di unificazione del diritto privato europeo, che sembra oscillare tra le due opposte alternative della codificazione e della semplice armonizzazione, passando attraverso la soluzione, per così dire “intermedia” di una sua formazione giurisprudenziale.

¹⁰⁸³ È questa la tesi di M. KASER, in ZIMMERMANN R., op. cit., 107.

¹⁰⁸⁴ CASAVOLA F. P., *Dal diritto romano al diritto europeo*, Napoli, 2006, 8.

¹⁰⁸⁵ MAZZACANE A., “*Il leone fuggito dal circo*”: *pandettistica e diritto comune europeo*, in *Index*, 29, 2001, 97

¹⁰⁸⁶ MAZZACANE A., *lc.cit.*

¹⁰⁸⁷ ZIMMERMANN R., op. cit., 114.

¹⁰⁸⁸ ZIMMERMANN R., op. cit., 160.

¹⁰⁸⁹ ZIMMERMANN R., op. cit., 109.

particolarismo, nel progetto di superamento nella dimensione europea di un nazionalismo giuridico, altrettanto anacronistico»¹⁰⁹⁰, oggetto di contestazioni sotto il profilo sia storico che filosofico. Se il rinvenire la causa della crisi degli ordinamenti giuridici nazionali negli «incontri-scontri intereuropei»¹⁰⁹¹ ed il trascurare i mutamenti di ordine planterario, ricompresi nel fenomeno della globalizzazione, che non si limita a spostare «situazioni, decisioni e norme da uno Stato-nazione, ad una forma statale pluri o sovranazionale»¹⁰⁹², ma, «muovendosi in una direzione opposta rispetto a quella di Savigny e della Pandettistica»¹⁰⁹³, richiede «la invenzione di un diritto senza nazione e senza nulla che assomigli allo Stato così come finora lo abbiamo conosciuto»¹⁰⁹⁴, sono effetti di un «evidente eurocentrismo»¹⁰⁹⁵, l'interpretazione del processo di unificazione del diritto privato europeo quale riemersione di un *ius commune*, è impropria nella misura in cui trascura che «l'ordinamento comunitario è una *lex mercatoria* prodotta e monitorata da organi che ripetono la loro investitura da accordi intergovernativi»¹⁰⁹⁶ ed «il diritto che possiamo chiamare europeo è per la logica e le categorie concettuali impiegate un diritto internazionale e non ancora costituzionale in senso pieno, malgrado il trattato costituente del giugno 2004»¹⁰⁹⁷.

Sul piano della filosofia del diritto, nessun pensiero contemporaneo, dal positivismo storiografico al postmodernismo, ammetterebbe mai la tesi di una perdurante virtù operativa del diritto romano-comune nel Diritto Privato Europeo, che, trasferendo nel presente i contenuti prescrittivi appartenenti al passato, comunque restaurati o ricostruiti, e proiettando gli schemi attuali su concetti storici, non solo conduce a fraintendimenti e deformazioni interpretative, ma, concependo «il passato come il necessario e quindi fatale denominatore di ogni età successiva e quindi pure del nostro presente»¹⁰⁹⁸, offre il fianco alla obiezione teorica insormontabile di «identificare il “senso storico” con il “senso della continuità”»¹⁰⁹⁹. La visione della storia costruita soltanto o in prevalenza sul parametro della continuità finisce per annullare le azioni – e il valore delle azioni - degli uomini, impedendo di cogliere il loro significato d'immane novità, fosse anche in bilancio negativo. La storia è un intreccio di fatti concreti, di una serie ininterrotta di volizioni, azioni e di situazioni poste in essere non da un concetto astratto e sempre uguale a sé stesso di umanità, ma da uomini in carne ed ossa, in grado di esprimere contro corrente le proprie volizioni e di proporsi di cambiare

¹⁰⁹⁰ MAZZACANE A., op.cit., 101.

¹⁰⁹¹ MAZZACANE A., lc. cit.

¹⁰⁹² MAZZACANE A., op.cit., 102.

¹⁰⁹³ MAZZACANE A., lc.cit.

¹⁰⁹⁴ MAZZACANE A., lc.cit.

¹⁰⁹⁵ MAZZACANE A., op. cit., 101.

¹⁰⁹⁶ CASAVOLA F. P., op. cit., 18.

¹⁰⁹⁷ CASAVOLA F. P., lc. cit..

¹⁰⁹⁸ ORESTANO R., *Ordinamento giuridico ed esperienza giuridica*, in *Diritto e Storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei. Antologia* a cura di Corbino Alessandro e Milazzo Francesco, Padova, 1995, 45.

¹⁰⁹⁹ ORESTANO R., *Ordinamento giuridico*. cit., 43.

l'andamento degli eventi che sono nel raggio della loro azione, talvolta riuscendovi nel bene e nel male. Se lo storicismo implica il seguire le piste di quanto vi è di continuo nel rincorrersi delle vicende ed il celare, o quanto meno lo sminuire, la presenza di elementi di discontinuità, sempre in opposizione dialettica con la continuità, come se si trattasse di astratte categorie concettuali, la storicità è il convincimento che i «fili dell'ordito»¹¹⁰⁰, la continuità, intrecciandosi, «in ciascuna esperienza»¹¹⁰¹, con i «fili della trama»¹¹⁰², i fatti concreti posti in essere dagli uomini di ciascuna generazione ed espressione di «discontinuità e quindi di mutamento e di movimento»¹¹⁰³, formano ogni giorno un «momento significativo del comporsi del tessuto della storia»¹¹⁰⁴.

La irriducibilità della storia alla continuità, è un aspetto della riconquistata centralità della «esperienza comune»¹¹⁰⁵, quale «sfera della realtà nella quale gli uomini vivono ed hanno coscienza di vivere la loro esperienza vitale»¹¹⁰⁶ e, sul piano giuridico, della concezione del diritto quale esperienza giuridica, progressivamente elaborata da Giuseppe Capograssi, «pensatore tra i maggiori del nostro secolo»¹¹⁰⁷, per rivendicare «l'autonomia del diritto»¹¹⁰⁸, reagendo così, agli opposti «estremismi del formalismo e dell'antiformalismo»¹¹⁰⁹.

La presa d'atto di un inaccettabile «distacco»¹¹¹⁰, né «casuale»¹¹¹¹ né «inavvertito»¹¹¹², tra l'idealismo, che tradendo il «nobile scopo»¹¹¹³ della filosofia di «spiegare la vita»¹¹¹⁴ e di renderla consapevole di sé, traccia «la più netta, la più incolmabile linea di separazione tra la sfera di realtà che attinge la coscienza filosofica, e la sfera di realtà nella quale gli uomini vivono ed hanno coscienza di vivere la loro esperienza vitale»¹¹¹⁵, e l'esperienza, che, fondandosi «sulla volontà e sulla coscienza dell'individuo di avere una sua vita ed una sua meta, di dovere percorrere l'una ed arrivare all'altra»¹¹¹⁶, non è altro che lo «sforzo», «ricco di affermazioni e di dubbi, di speranze e di scoraggiamenti, per arrivare a veder chiaro ed a realizzare il proprio destino»¹¹¹⁷, è l'*incipit* del

¹¹⁰⁰ ORESTANO R., *lc. cit.*

¹¹⁰¹ ORESTANO R., *lc. cit.*

¹¹⁰² ORESTANO R., *lc. cit.*

¹¹⁰³ ORESTANO R., *lc. cit.*

¹¹⁰⁴ ORESTANO R., *lc. cit.*

¹¹⁰⁵ CAPOGRASSI G., *Analisi dell'esperienza comune cit.*, 1.

¹¹⁰⁶ CAPOGRASSI G., *Analisi dell'esperienza comune cit.*, 5.

¹¹⁰⁷ È questo il giudizio di Riccardo Orestano, il quale sottolinea come a Capograssi non restò estranea alcuna possibile attività nel diritto ed all'interno del diritto: «da un lungo intenso esercizio dell'avvocatura nobilmente intesa, alla riflessione di grande giurista, alla speculazione filosofica più acuta ed illuminata, troppo presto troncata». ORESTANO R., *Ordinamento giuridico cit.*, 54.

¹¹⁰⁸ ORESTANO R., *Ordinamento giuridico cit.*, 54.

¹¹⁰⁹ ORESTANO R., *lc. cit.*

¹¹¹⁰ CAPOGRASSI G., *Analisi dell'esperienza comune cit.*, 6.

¹¹¹¹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹¹² CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹¹³ CAPOGRASSI G., *op. cit.*, 5.

¹¹¹⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹¹⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹¹⁶ CAPOGRASSI G., *op. cit.*, 10.

¹¹¹⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

tentativo Capograssiano di «ricostruzione dell'esperienza comune»¹¹¹⁸, teso a proclamare la necessità che la speculazione coincida con il dato della vita, attraverso la dimostrazione della profonda ricchezza del dato e la illustrazione delle «ragioni per cui le ricchezze che sono nell'azione, che sono nella vita ordinaria, che sono nelle forme della vita che sembrano più esteriori, debbono essere comprese valutate ed amate»¹¹¹⁹.

Risultato dell'indagine è la scoperta che il soggetto, «nell'oscuro mondo della realtà e dell'esitenza»¹¹²⁰ «non è solo»¹¹²¹, ma comprendendo «l'altrui pensiero traverso la parola»¹¹²² e affermandosi «reciprocamente tra vita e vita traverso l'azione»¹¹²³, si riconosce «di fronte al mondo»¹¹²⁴, in una posizione «assolutamente a sé stante, assolutamente unica»¹¹²⁵ che è «la radice profonda»¹¹²⁶ della sua «individualità»¹¹²⁷. In questo «legame tra la completa e complessa individualità umana e tutte le cose»¹¹²⁸ sta l'essenza dell'azione, che, quale tentativo che non cessa, può essere determinata solo seguendo la storia degli sforzi vitali di cui l'esperienza risulta.

La storia allora, ben lungi dall'essere un ripetersi del passato nel presente, è «la prova del germe di verità che è nell'azione, della necessità che ha questo germe di venire a contatto con altre vite per fruttificare, della necessità che tutte le vite hanno di assorbire questo germe per il loro vivere»¹¹²⁹, non acquietandosi «nell'azione fatta»¹¹³⁰, ma «dall'azione»¹¹³¹ traendo «perenni germi di nuova azione»¹¹³².

«Parte fondamentale della storia dell'azione»¹¹³³ è l'esperienza giuridica, che sotto l'apparente esteriorità, cela la profonda e vissuta intimità di «sostanza imprescindibile e preziosa della vita del soggetto»¹¹³⁴, essendo l'unica forma di cui il destino dell'individuo può disporre «per avvicinarsi al suo termine»¹¹³⁵. La forma giuridica, assumendo come suo oggetto il lavoro della coscienza comune, che trovando in essa i modi di espressione, realizza quell'unità logica che regge tutta quanta la infinita dispersione e molteplicità dell'esperienza storica, ben lungi dal ridurre il “diritto”

¹¹¹⁸ CAPOGRASSI G., op. cit., 22.

¹¹¹⁹ CAPOGRASSI G., op. cit., 20.

¹¹²⁰ CAPOGRASSI G., op. cit., 42.

¹¹²¹ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹¹²² CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹¹²³ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹¹²⁴ CAPOGRASSI G., op. cit., 50.

¹¹²⁵ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹¹²⁶ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹¹²⁷ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹¹²⁸ CAPOGRASSI G., op. cit., 84.

¹¹²⁹ CAPOGRASSI G., op. cit., 113.

¹¹³⁰ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹¹³¹ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹¹³² CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹¹³³ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹¹³⁴ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹¹³⁵ CAPOGRASSI G., lc. cit.

ad un concetto astratto, coglie la specificità sostanziale dell'esperienza giuridica, la giuridicità quale qualifica sostanziale dell'esperienza e riassume in sé l'aspetto sia esteriore sia reale della vita effettiva dell'azione. Il problema del diritto diviene allora, comprendere questa «forma sostanziale, non più logica, ma formativa e creativa dell'esperienza»¹¹³⁶, intesa non più come insieme di norme ma quale rapporto dialettico di un contenuto «coincidente con la forma»¹¹³⁷ e di una forma sempre più chiaramente consapevole di quel contenuto.

La coscienza comune non concordando con le vedute e le posizioni delle correnti filosofiche sia idealistiche, che annullano l'individuo, sia normativistiche, che riduce il diritto ad un insieme di norme astratte, sente la «essenziale connessione tra le norme giuridiche e la sua azione»¹¹³⁸ e non perde mai di vista «l'unico punto fermo, l'unica e sola base del lavoro del pensiero riflesso»¹¹³⁹: «il diritto esiste e vive nella esperienza comune, come esperienza giuridica, la quale è come tale realizzata nell'azione ordinaria del soggetto»¹¹⁴⁰.

L'affermazione della «semplice verità che il diritto esiste come esperienza, nel piano della coscienza e dell'esperienza comune, cioè dell'attività pratica e diretta del soggetto»¹¹⁴¹, implica, sul piano epistemologico, che il principio di spiegazione di questo fatto dell'esperienza giuridica¹¹⁴², non possa essere costruito o dedotto da concezioni filosofiche, che presentando il reale come costituito dai «tre mondi separati o separabili»¹¹⁴³ dei «comportamenti umani»¹¹⁴⁴, del diritto e della riflessione filosofica, riducono il mondo giuridico ad un insieme di «norme di ogni genere e produzione che, seguendo o precedendo i comportamenti, sono rivolte a disciplinarli, a riplasmarli, a convogliarli entro canali formalizzati e canalizzati o a determinarne e stimolarne di nuovi»¹¹⁴⁵.

Il «*principium individuationis*»¹¹⁴⁶ dell'esperienza giuridica «occorre rintracciarlo penetrando dentro questa esperienza in quanto tale e cioè penetrando dentro questa volontà che comanda e dentro questa volontà che obbedisce»¹¹⁴⁷, «senza pretendere di dividere questa volontà in forma e contenuto ed astrarre dal contenuto»¹¹⁴⁸, ma cogliendola «in quanto forma e contenuto, in quanto

¹¹³⁶ CAPOGRASSI G., op. cit., 159.

¹¹³⁷ CAPOGRASSI G., op. cit., 163.

¹¹³⁸ CAPOGRASSI G., *Studi sull'esperienza giuridica*, cit., 220.

¹¹³⁹ CAPOGRASSI G., *Studi sull'esperienza giuridica*, cit., 231.

¹¹⁴⁰ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹¹⁴¹ CAPOGRASSI G., *Studi sull'esperienza giuridica*, cit., 234.

¹¹⁴² L'esperienza giuridica, presa nella sua immediatezza, consta di tre elementi: 1) l'affermazione della volontà come comando e come obbedienza; 2) la logica e la disciplina delle situazioni concrete nelle quali mettono capo e prendono forma le varie sfere dell'esperienza concreta della vita del soggetto; 3) il sentimento del diritto che è il sentimento delle connessioni tra quella volontà e quelle situazioni. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, cit., 239.

¹¹⁴³ ORESTANO R., *Ordinamento giuridico* cit., 21.

¹¹⁴⁴ ORESTANO R., lc. cit.

¹¹⁴⁵ ORESTANO R., lc. cit.

¹¹⁴⁶ CAPOGRASSI G., *Studi sull'esperienza giuridica* cit., 263.

¹¹⁴⁷ CAPOGRASSI G., *Studi sull'esperienza giuridica* cit., 266.

¹¹⁴⁸ CAPOGRASSI G., lc. cit.

tutto vivente»¹¹⁴⁹, che è tale solo «per quello che vuole e per il modo in cui lo vuole, sia quando si pone come comando, sia quando si pone come obbedienza»¹¹⁵⁰.

«L'esperienza dell'azione comune, del fine immediato, qualunque esso sia, porta l'agente, libero nella sua determinazione volitiva, alla scoperta singolare ma fondamentale che l'azione è una realtà a sé stante, ha una sostanza ed un suo fine»¹¹⁵¹, che condizionando, assoggettando ed includendo il fine particolare, esclude anche la sola possibilità di concepire il mondo giuridico come distinto dagli altri e tutti «rotanti in orbite diverse»¹¹⁵²: se le «concezioni negative del diritto»¹¹⁵³, che riducono, cioè, la sua essenza ad una «funzione negativa»¹¹⁵⁴ di «difesa»¹¹⁵⁵ e di «garanzia»¹¹⁵⁶, ponendo il diritto «fuori dal rapporto con la vita»¹¹⁵⁷, annullano la «connessione intrinseca tra rapporto di vita e diritto»¹¹⁵⁸ e lo staccano «dalla volontà di vita che presiede alla formazione del contenuto dell'esperienza»¹¹⁵⁹, parimenti, le «concezioni che riducono il diritto ad un imperativo, ad un dover essere imperativo, sia come principio ideale, sia come mera forma suscettibile di qualunque contenuto»¹¹⁶⁰, trascurano proprio il «nesso caratteristico che lega il diritto con l'azione»¹¹⁶¹.

Solo se il diritto è «principio di vita, energia attuosa e viva»¹¹⁶², esso può avere una storia che non sia «puramente esterna»¹¹⁶³, mera ricostruzione «delle varie dottrine con cui è stato concepito quel principio, o dei vari contenuti di cui quella forma è stata riempita»¹¹⁶⁴: la storia dell'esperienza giuridica è lo stesso diritto che forma sé stesso, «nella limitazione e finitezza della vita umana»¹¹⁶⁵.

L'identità Capograssiana di diritto, esperienza giuridica e storia, consente non solo di abbracciare la «fenomenologia giuridica»¹¹⁶⁶, «nella molteplicità delle sue concrete manifestazioni, senza

¹¹⁴⁹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹⁵⁰ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹⁵¹ CAPOGRASSI G., *Studi sull'esperienza giuridica cit.*, 272.

¹¹⁵² ORESTANO R., *Ordinamento giuridico cit.*, 22.

¹¹⁵³ CAPOGRASSI G., *Studi sull'esperienza giuridica cit.*, 294.

¹¹⁵⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹⁵⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹⁵⁶ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹⁵⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹⁵⁸ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹⁵⁹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹⁶⁰ CAPOGRASSI G., *Studi sull'esperienza giuridica cit.*, 295.

¹¹⁶¹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹⁶² CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹⁶³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹⁶⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹⁶⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹¹⁶⁶ Sotto tale profilo la nozione di esperienza giuridica è più ampia di quella di ordinamento giuridico, che elaborata dalla dottrina istituzionalistica, per ricondurre sotto una considerazione unitaria del diritto una molteplicità di aspetti, che per l'innanzi ricevevano trattazioni disarticolate e disarmoniche, non risulta sufficientemente comprensiva, «nel duplice senso di includere e di favorire l'intendimento» del fenomeno giuridico. L'aspirazione alla creazione di un sistema chiuso e delimitato, nel rispetto della «tradizione della ricerca obiettiva, tanto cara allo scientismo positivista», induce l'istituzionalismo a lasciare fuori dall'ordinamento giuridico, l'attività di tutti gli operatori giuridici, che pure concorrono, nella loro incessante cooperazione, alla edificazione del giuridico. ORESTANO R., *Ordinamento giuridico cit.*, 17-18.

aprioristiche esclusioni»¹¹⁶⁷, scorgendo, «nella congerie dei dati rapportabili al giuridico - dalle strutture organizzative degli ordinamenti alle attività della *scienza iuris* - i nessi, le correlazioni, i reciproci condizionamenti, i rapporti fattuali e gli eventuali rapporti logici, le implicazioni ideologiche palesi ed occulte»¹¹⁶⁸, ma pure di rappresentarne le continuità e le discontinuità, rendendo così, ogni studio dell'esperienza giuridica «uno studio storico: non beninteso uno studio della storia del diritto, ma della sua storicità»¹¹⁶⁹.

È proprio la comprensione, «nel duplice senso di includere e di favorire l'intendimento»¹¹⁷⁰, del formalismo del Diritto Romano Arcaico nell'esperienza giuridica romana, colta nella sua storicità, a consentire di profilare «un rapporto tra forme negoziali e volontà dei soggetti assai diverso da quello solitamente ritenuto»¹¹⁷¹, arrivando a negare la esistenza storica di «quel particolare carattere»¹¹⁷² «del primo tipo di formalismo»¹¹⁷³, che, tradizionalmente giustificato con il suo «esasperato rigore»¹¹⁷⁴ e «comunemente qualificato dal Mitteis in avanti come “formalismo interno”»¹¹⁷⁵, avrebbe subordinato l'efficacia dei negozi che lo prevedevano, esclusivamente «alla scrupolosa osservanza delle forme»¹¹⁷⁶, «indipendentemente dall'esistenza o meno di una effettiva (nel senso di libera) volontà negoziale da parte degli autori dell'atto e senza alcun riguardo allo specifico intento da essi perseguito»¹¹⁷⁷.

La questione dell'esistenza, nel Diritto Romano Arcaico, di una «forma in grado di eliminare la rilevanza sostanziale della volontà, sia quanto alla volontà di essa, sia quanto all'incidenza dell'intento perseguito dai soggetti sull'efficacia del negozio»¹¹⁷⁸, non ponendosi per i negozi formali in cui la forma aveva rilevanza pubblica o coinvolgesse «comunque anche l'intento perseguito»¹¹⁷⁹, si riduce alla sola *mancipatio*¹¹⁸⁰ ed *in iure cessio*, nei quali «la mancanza di qualsiasi riferimento formale alla determinazione causale che li accompagna»¹¹⁸¹, conferisce loro «la struttura di negozi

¹¹⁶⁷ ORESTANO R., *Ordinamento giuridico* cit., 18

¹¹⁶⁸ ORESTANO R., *Ordinamento giuridico* cit., 20.

¹¹⁶⁹ ORESTANO R., *lc. cit.*

¹¹⁷⁰ ORESTANO R., *Ordinamento giuridico* cit., 18.

¹¹⁷¹ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*², Torino, 2006, 43.

¹¹⁷² CORBINO A., *op. cit.* 15.

¹¹⁷³ CORBINO A., *op. cit.* 15.

¹¹⁷⁴ CORBINO A., *lc. cit.*

¹¹⁷⁵ CORBINO A., *lc. cit.*

¹¹⁷⁶ CORBINO A., *lc. cit.*

¹¹⁷⁷ CORBINO A., *lc. cit.*

¹¹⁷⁸ CORBINO A., *lc. cit.*

¹¹⁷⁹ «In gran parte dei negozi formali», l'intento soggettivo in quanto «scolpito nei *verba* pronunciati», è assorbito dalla forma, nella stessa misura in cui lo sono gli altri elementi che concorrono alla loro validità ed efficacia. CORBINO A., *op. cit.* 16. Si fanno gli esempi dell'*adrogatio* (Gell., *Noct. Att.* 5.19.9) e della *confarreatio* (Gai. 1.112).

¹¹⁸⁰ Il problema del formalismo interno si pone solo per la più antica ed elementare applicazione della *mancipatio*, ma non per le altre, quali la *coemptio*, la *mancipatio familiae* e la *mancipatio* costitutiva di servitù rustiche, nelle quali «la forma investiva lo scopo dell'atto, tanto da incidere su di esso». CORBINO A., *op. cit.* 21.

¹¹⁸¹ CORBINO A., *lc. cit.*

per così dire astratti»¹¹⁸².

Con riguardo alla *mancipatio*, istituto sviluppatosi «nell'età più risalente del diritto di Roma antica»¹¹⁸³ e messo «in relazione dalla storiografia moderna»¹¹⁸⁴, ma in parte già collegato «dalla giurisprudenza romana»¹¹⁸⁵, con «la *emptio-venditio*»¹¹⁸⁶, in quanto costruito «in modo da corrispondere (anche) alla funzione economica»¹¹⁸⁷ della «compravendita consensuale»¹¹⁸⁸, Wolfgang Kunkel, «ebbe a proporre»¹¹⁸⁹, con una tesi «non particolarmente fortunata, seppure assai qualificata»¹¹⁹⁰, «un sostrato consensuale dell'antico negozio librato»¹¹⁹¹, osservando come «rispetto alla sostanza di “Barkauf”, di vendita a contanti basata sull'accordo delle parti, l'atto gestuale svolgentesi tra *mancipio accipiens* e *mancipio dans* (in presenza dei testimoni e del *libripens*) costituirebbe solo una fase finale, “completiva e pubblicitaria”, e non quella essenziale, che dovrebbe rinvenirsi nella “Einigung”, dunque nel consenso, delle parti, che, come “Grundelement” del negozio si porrebbe logicamente e cronologicamente prima dell'atto formale»¹¹⁹². Alla stessa conclusione che «le XII Tavole»¹¹⁹³ riconoscessero «effetti obbligatori derivanti dal consenso»¹¹⁹⁴ è giunto più di recente, Alessandro Corbino, il quale esclude che il «*negotium*, l'affare che i soggetti concludono»¹¹⁹⁵, potesse identificarsi «con la forma che lo realizza»¹¹⁹⁶, essendo, piuttosto «qualcosa che sta a monte, spesso temporalmente, ma comunque sempre logicamente»¹¹⁹⁷.

Tappa decisiva di questo percorso di ricerca sulla «funzionalità del consenso al di fuori delle *obligationes consensu contractae*»¹¹⁹⁸ è stata la esclusione della connotabilità della *mancipatio* come negozio astratto di trasferimento, la cui forma cioè, rigorosissima quanto ai moduli verbali da utilizzare ed ai gesti da compiere, avesse, come comunemente ritenuto, «la forza di escludere la rilevanza dell'intento negoziale dei soggetti, dal quale dipendeva al contrario, *ab antiquo*, la specificità degli effetti dell'atto»¹¹⁹⁹. «E ciò sia perchè il medesimo atto (la *mancipatio* appunto) era

¹¹⁸² CORBINO A., *lc. cit.*

¹¹⁸³ CASCIONE C., *Consensus. Problemi di origine tutela processuale prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, 216.

¹¹⁸⁴ CASCIONE C., *lc. cit.*

¹¹⁸⁵ CASCIONE C., *lc. cit.*

¹¹⁸⁶ CASCIONE C., *lc. cit.*

¹¹⁸⁷ CASCIONE C., *lc. cit.*

¹¹⁸⁸ CASCIONE C., *lc. cit.*

¹¹⁸⁹ Nel 1928, nella *Real-Encyclopedie der Klassischen Altertumswissenschaft*, nell'ambito della voce dedicata alla *mancipatio*. CASCIONE C., *op. cit.*, 217.

¹¹⁹⁰ CASCIONE C., *op. cit.*, 216.

¹¹⁹¹ CASCIONE C., *op. cit.*, 217.

¹¹⁹² CASCIONE C., *lc. cit.*

¹¹⁹³ CORBINO A., *Negozio e forma in età decemvirale. Una lezione*, in *Opuscola 3*, [Centro di Studi romanistici v. Arangio Ruiz] a cura di Adamo A., Napoli, 1995, 8.

¹¹⁹⁴ CORBINO A., *Negozio e forma in età decemvirale*. *ul.cit.*

¹¹⁹⁵ CORBINO A., *Negozio e forma in età decemvirale*. *ul.cit.*

¹¹⁹⁶ CORBINO A., *Negozio e forma in età decemvirale*. *ul.cit.*

¹¹⁹⁷ CORBINO A., *Negozio e forma in età decemvirale*. *ul.cit.*

¹¹⁹⁸ CASCIONE C., *Consensus cit.*, 220.

¹¹⁹⁹ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana cit.*, 37

idoneo a costituire diritti diversi (*mancipium sui filii*, dominium sulle res), sia perchè ciascuno di tali diritti non era sottratto all'influenza che assumeva, in ordine alla sua produzione ed alla sua specifica dimensione, l'intento (lo scopo concreto) che determinava le parti al negozio»¹²⁰⁰. Sotto il profilo della idoneità del negozio librato a costituire diritti diversi, la diversità di effetto¹²⁰¹ della *mancipatio* avente ad oggetto il *filius* da quella avente ad oggetto *res* dipendeva non dalla diversa natura dell'oggetto (persona libera cioè, o *res*), ma dalla diversità della causa negoziale: la condizione del *filius* «non è diversificata da una minore intensità del diritto su di lui»¹²⁰² ma, «piuttosto dalla diversa qualità di tale diritto (che assumeva infatti, per altro, speciale denominazione)»¹²⁰³. Sotto il secondo profilo della rilevanza, per il regime positivo, dell'intento specifico perseguito dai soggetti, la *causa* per cui le persone erano mancipate¹²⁰⁴ incideva, in senso reale, sulla loro specifica condizione giuridica, pur rimanendo le parole ed i gesti che accompagnavano la *venditio*¹²⁰⁵, la *noxae deditio*¹²⁰⁶ e l'alienazione *ut manumitteretur* del *filius*¹²⁰⁷, assolutamente identici.

La indipendenza degli effetti del negozio dai presupposti sostanziali che li legittimavano deve ugualmente escludersi per la *in iure cessio*¹²⁰⁸, tradizionalmente additato quale ulteriore esempio di

¹²⁰⁰ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* cit., 37-38.

¹²⁰¹ Nel caso in cui la *mancipatio* era usata, come consentito, secondo le fonti, sin dall'età di Romolo, dal *pater* per alienare il proprio *filius*, con l'effetto di costituire quest'ultimo *causa mancipi*, presso un altro *pater*, *loco servi*, i *verba* che il *pater* acquirente pronunciava e i gesti che egli compiva erano i medesimi dell'acquisto avente ad oggetto uno schiavo o qualunque altra *res*. (*eo modo* [Gai 1.120])

Gli effetti differivano: 1) il *filius in causa mancipi*, era oggetto di *possessio* e non di *dominium*, a differenza della *res* alienata, anche uno schiavo, con la duplice conseguenza che, da un lato il vizio di forma nella *mancipatio* di una *res*, a differenza di quello del *filius*, avrebbe potuto essere sanato dall'*usus*, dall'altro, lo schiavo mancipato, in quanto *res*, poteva fare da tramite di acquisto sia quanto al *dominium* sia quanto alla *possessio*, a differenza del *filius in causa mancipi*, che poteva pacificamente fungere da tramite di acquisto solo per il *dominium*. (Gai. 2.89-90); 2) il *filius in causa mancipi* restava legato, sino ad una eventuale terza *venditio*, al *pater naturalis*, nella cui *potestas*, se manomesso ricadeva, mentre la *res*, e quindi anche lo schiavo, uscivano con la *mancipatio*, definitivamente dalla potere dell'alienante. CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* cit., 32.

¹²⁰² CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* cit., 32.

¹²⁰³ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, l.c. cit.

¹²⁰⁴ Già, al più tardi dagli inizi del IV sec. a. C., era possibile distinguere tra le *personae in causa mancipi*, quelle che lo fossero *venditionis causa*, quelle che lo fossero *noxae deditio* e quello che lo fossero *ut manumitteretur*, essendo stato attivato dal *pater* il procedimento diretto a sottrarle alla sua *potestas*.

¹²⁰⁵ Si tratta dell'ipotesi già considerata sopra, in cui il *pater* alienava il proprio *filius*, con l'effetto di costituire quest'ultimo *causa mancipi*, presso un altro *pater*, *loco servi*.

¹²⁰⁶ Le XII Tavole introdussero la facoltà per il *pater*, che volesse sottrarsi alla responsabilità patrimoniale derivante dal *furtum* commesso dal *filius* sottoposto alla propria *potestas*, di trasferire il *filius in causa mancipi* dell'offeso (c.d. *noxae deditio*). (Gai. 4.75-76)

¹²⁰⁷ Sfruttando l'antica disposizione che fissava solo alla terza *venditio* la perdita definitiva della *potestas* paterna sul *filius*, i pontefici consentirono al *pater* di dare *in causa mancipi* il proprio *filius* anche allo scopo di sottrarlo alla sua *potestas*, ricorrendo a tre successive mancipazioni del *filius*, seguite da più o meno immediate manumissioni da parte di un acquirente compiacente. (Gai. 1.132). CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* cit., 33.

¹²⁰⁸ Nato nell'ambito dell'*agere lege sacramentum in rem*, la *in iure cessio* si svolgeva davanti al magistrato: colui che conseguiva il vantaggio negoziale affermava come esistente il proprio diritto, utilizzando l'apposita *legis actio*, mentre la controparte, che aveva la posizione formale di avversario processuale, sollecitata a controindicare dal magistrato, taceva o anche esplicitamente approvava; il magistrato sanzionava con la *addictio* la pronuncia dell'acquirente. (Gai. 2.24).

formalismo interno: la titolarità e la disponibilità del diritto in capo all'alienante erano condizioni necessarie dell'acquisto in capo all'acquirente, come dimostrato dalla circostanza che, nonostante l'affermazione rituale non facesse alcun riferimento a ciò, egli lo conseguiva gravato dagli eventuali pesi di cui era gravato presso l'alienante¹²⁰⁹.

La considerazione del formalismo negoziale nell'esperienza giuridica romana arcaica, comprensiva di ogni manifestazione della fenomenologia giuridica, non solo consente di escludere la attendibilità scientifica e la stessa esistenza storica del formalismo astratto, ma modifica la nozione stessa di formalismo nel Diritto Romano antico, che non è più un rozzo e semplificante primitivismo, ma diviene una necessità imposta dalle particolari condizioni sociali, economiche e culturali, dell'ambiente che lo esprimeva, funzionale sia alla serietà, obiettiva riconoscibilità ed efficacia della volontà, sia alla stabilità dei risultati cui si indirizzavano i comportamenti negoziali.

Banco di prova della diversità dei risultati conseguiti da uno studio che non sia storicistico, quale ricerca delle sole "continuità" nella storia degli istituti giuridici, ma storico, quale valorizzazione delle discontinuità come delle continuità nella storia dei fenomeni giuridici, è l'esame delle modificazioni che la forma della *mancipatio* subì nel tempo.

La circostanza storica che «accanto alla *mancipatio* costitutiva di appartenenza, si affiancarono la *mancipatio familiae*, la *coemptio*, la *mancipatio servitutis*»¹²¹⁰ se storicisticamente è intesa quale crisi del formalismo romano arcaico, in visione della storia che sia un intreccio di costanti e variabili, è indice della «flessibile adattabilità»¹²¹¹ della forma, strumento non insensibile alle esigenze di adattamento delle *solemnia verba* alle specifiche circostanze: «la *mancipatio* si piegò nel tempo ad una serie di sopravvenienti esigenze» ed i *certa e solemna verba*, sempre necessari, per il permanere del carattere formale della originaria *mancipatio*, di cui i nuovi istituti erano pur sempre applicazioni, divennero «in parte costanti, i medesimi cioè per ciascuna applicazione dell'atto, in parte invece peculiari e funzionali allo scopo per cui l'atto era posto in essere»¹²¹².

L'ampiezza della nozione di esperienza giuridica, comprensiva sia della fase dell'accertamento giudiziale di una pretesa giuridica sia delle reali modalità di compimento del negozio, espressione del clima economico sociale e culturale ed idonee a fungere da ambiente in cui l'atto giuridico si svolge, diviene, altresì, la chiave di volta per spiegare la particolare situazione della *sponsio*¹²¹³, il

¹²⁰⁹ Il frammento di Ulpiano, "Nemo plus in alium transferre potest, quam ipse habet" (D.50.17.54 [Ulp.46 ad ed.]) era originariamente riferito proprio alla *in iure cessio*. CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* cit., 41

¹²¹⁰ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* cit., 61.

¹²¹¹ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* cit., 62.

¹²¹² CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, loc. cit. Analoga alla *mancipatio*, e, secondo Corbino, per certi versi più interessante, fu la vicenda delle *leges actiones*.

¹²¹³ Promessa fatta attraverso una risposta ad una domanda, che impegnava, *iure civili*, indipendentemente dall'esistenza e dalla liceità della causa che la sorreggeva, a condizione che ricorressero tre circostanze: 1) fosse intervenuta immediatamente di seguito alla domanda; 2) fosse stata pronunciata *in praesentia*; 3) fosse stata incentrata sull'uso

solo caso in cui «i Romani affidarono alla forma, e in particolare alla parola, la forza di creare un effetto giuridico, che si sovrapponeva alla volontà del soggetto, relegando ad un ruolo solo eventuale la rilevanza della causa»¹²¹⁴.

Se dal clima sociale, economico e culturale dell'ambiente di Roma arcaica, traspare la massima idoneità del verbo *spondeo*, «per le implicazioni religiose che essa comporta»¹²¹⁵, a evocare «l'affermazione di chi si impegna attraverso di essa»¹²¹⁶ e se dalla struttura dell'atto risulta la «unicità dell'effetto»¹²¹⁷, sempre e soltanto «l'*obligatio*»¹²¹⁸, quale che ne fosse la *causa*, è solo la considerazione che, in caso di inadempimento, la esecuzione sulla persona del debitore era sempre subordinata al preventivo accertamento giudiziale ed al conseguente sorgere di un dovere da *iudicatum*, a farne emergere la natura di «giuramento laico»¹²¹⁹, «strumento che denuncia per sé la debolezza – sul piano della prova umana e razionale - della parte che lo riceve»¹²²⁰ e che, in quanto tale, «non può essere sottoposto ad alcuna condizione sostanziale di rilevanza»¹²²¹: «o rileva o non rileva. Dove rileva, rileva perché ci è stato, non per la ragione che lo ha determinato»¹²²².

La conclusione, cui porta lo studio del formalismo nell'esperienza giuridica romana arcaica, della «consensualità»¹²²³ dei negozi, che già «dall'epoca delle XII Tavole»¹²²⁴, erano «in sé qualcosa di diverso dalla forma (*mancipatio, traditio*) con cui le parti realizzavano gli effetti dovuti»¹²²⁵, dimostra il carattere storico della tradizionale distinzione tra «forme negoziali»¹²²⁶, quali «limiti all'attività soggettiva»¹²²⁷ interpretata, al cui rispetto è subordinata la vincolatività di una manifestazione della volontà comunque esistente, e «formalizzazione»¹²²⁸ normativa «dei fatti»¹²²⁹, che, «compiuta da chi abbia la facoltà di *condere ius* e avente perciò valore “prescrittivo”»¹²³⁰, condiziona la stessa «identificazione»¹²³¹ degli elementi esistenti per il diritto.

Il rapporto tra significato politico-costituzionale e dimensione privatistica del *consensus* nell'esperienza giuridica romana, evidenzia come il medesimo lemma fosse utilizzato nei due

del verbo *spondeo*.

¹²¹⁴ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* cit., 68.

¹²¹⁵ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* cit., 74.

¹²¹⁶ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* cit., 75.

¹²¹⁷ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* lc. cit.

¹²¹⁸ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* lc. cit.

¹²¹⁹ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* cit., 76

¹²²⁰ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* lc. cit.

¹²²¹ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* lc. cit.

¹²²² CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, lc. cit.

¹²²³ CASCIONE C., *Consensus*, cit., 220.

¹²²⁴ CASCIONE C., *Consensus*, lc. cit.

¹²²⁵ CASCIONE C., *Consensus*, lc. cit.

¹²²⁶ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* cit., 4.

¹²²⁷ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* lc. cit.

¹²²⁸ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* lc. cit.

¹²²⁹ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* lc. cit.

¹²³⁰ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* lc. cit.

¹²³¹ CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* lc. cit.

campi del diritto pubblico-costituzionale e del diritto privato, per indicare il momento volontaristico, della comunanza della volontà, giuridicamente esistente «pur in mancanza di una forma data dall'ordinamento, per manifestare l'adesione di uno o più soggetti nei confronti di un oggetto/progetto che incide sul generale o particolare assetto di interessi in cui sono coinvolti»¹²³².

Se del *consentire*, quale necessario antecedente logico e cronologico della forma negoziale nel diritto privato romano, si è già detto, è possibile rintracciare, nel diritto pubblico-costituzionale dell'esperienza romana sia il *consensus «tacitus»*¹²³³, quale fonte di produzione del diritto che, evocando l'immagine di «un *populus»*¹²³⁴ che «“sente” congiuntamente il diritto»¹²³⁵, descrive «efficacemente»¹²³⁶ «uno stato d'animo produttivo di *ius»*¹²³⁷, sia il «*consensus universorum»*¹²³⁸, quale «sintesi verbale»¹²³⁹ di un contenuto politico, che, se «non può identificarsi con un atto formale»¹²⁴⁰, non è detto che non possa «riversarsi in una deliberazione costituzionalmente rilevante»¹²⁴¹.

Il carattere antistorico dell'applicazione delle nozioni contrapposte di forma negoziale degli atti e formalizzazione normativa dei fatti all'esperienza del Diritto Romano, emerge in tutta la sua evidenza ed inaccettabilità ove se ne rinvenga l'origine nella «teoria ottocentesca dei diritti»¹²⁴², «anticipata insuperabilmente dal capostipite lontano del positivismo giuridico, Thomas Hobbes»¹²⁴³, con la sua distinzione tra la «*lex»*¹²⁴⁴, che esauriva il campo del diritto pubblico, quale comando autoritario *ex parte principis*, «privo di sostanza e consistente in una semplice forma giuridica, la forma della legge»¹²⁴⁵, e il «*ius»*, il diritto privato, *ex parte civium*, quale «libertà lasciata»¹²⁴⁶ ai

¹²³² CASCIONE C., *Consensus*, op. cit. 163.

¹²³³ CASCIONE C., *Consensus*, op. cit. 160.

¹²³⁴ CASCIONE C., *Consensus*, lc. cit.

¹²³⁵ CASCIONE C., *Consensus*, lc. cit.

¹²³⁶ CASCIONE C., *Consensus*, lc. cit.

¹²³⁷ CASCIONE C., *Consensus*, lc. cit.

¹²³⁸ CASCIONE C., *Consensus*, op. cit. 95. Tra la fine della Repubblica e l'inizio del Principato di Ottaviano Augusto il *consensus*, nella sua accezione politico-costituzionale, diviene «la struttura di legittimazione» del nuovo potere politico, assumendo il significato di «adesione alla posizione politica di Ottaviano». CASCIONE C., *Consensus*, cit. 91.

Se la descrizione Svetoniana del conferimento ad Ottaviano Augusto del *cognomen* di *pater patriae* (Suet. *div. Aug.* 58.1-2) è, da una parte comparata con la testimonianza autobiografica relativa alla attribuzione del *cognomen* di *Res gestae* 6, e dall'altra cordinata con il «*consensus universorum* di *Res gestae* 34» se ne può indurre che la *coniuratio Italiae et provinciarum* del 32 a.C., giuramento di fedeltà politica dell'Italia e delle *provinciae* ad Ottaviano non coincide con il *consensus universorum* e che il *Senatus* di Roma, dopo tale *conuiratio* ed a seguito dell'epurazione degli Antoniniani, abbia potuto «produrre a favore di Ottaviano una consimile interpretazione del suo ruolo universale».

Ne consegue che «l'aspetto non formalizzato» del *consensus* «non significa assenza dell'atto e della sua memorizzazione». CASCIONE C., *Consensus*, cit., 106.

¹²³⁹ CASCIONE C., *Consensus*, op. cit., 101.

¹²⁴⁰ CASCIONE C., lc. cit.

¹²⁴¹ CASCIONE C., lc. cit.

¹²⁴² ZAGREBELSKY G., lc. cit., 62.

¹²⁴³ ZAGREBELSKY G., lc. cit.

¹²⁴⁴ ZAGREBELSKY G., op. cit., 63.

¹²⁴⁵ ZAGREBELSKY G., op. cit., 59.

¹²⁴⁶ HOBBS T., *Elements of Law: Natural and Political* (1650), Cambridge, 1928, 148.

singoli nell'esercizio e per l'esercizio delle relazioni intersoggettive.

Tale «ideologia statalista – legislativa del diritto»¹²⁴⁷, che, rigorosamente conforme ai principi dello Stato di diritto ottocentesco «totale»¹²⁴⁸, capace di estendere il proprio controllo fin dove convenisse ai suoi fini su una società borghese, unica detentrica del potere politico e di una monopolistica produzione del diritto, risulta essere inadeguata in quanto antistorica per lo studio dell'esperienza giuridica non solo romana, ma anche contemporanea. La disperazione nichilistica della perdita di senso del diritto per effetto della incontrastata ed indomabile moltiplicazione delle volontà giuridicamente rilevanti nell'attività di produzione del diritto, che cosa è se non l'effetto dell'inadeguatezza del descritto modello teorico positivista e normativista per interpretare i caratteri di una realtà post-positivista e pluralista come quella contemporanea?

Ed ecco che lo studio storico del Diritto Romano influisce sul diritto attuale, non quale pretesa di costruzione di un “diritto romano attuale”, ma quale ausilio alla comprensione dell'esperienza giuridica contemporanea, attraverso la comparazione con l'esperienza giuridica antica.

La dimostrazione della matrice positivista della tradizionale distinzione tra forma negoziale degli atti e formalizzazione normativa dei fatti, fa emergere la contraddittorietà del nichilismo giuridico, il quale, per un verso, sul piano descrittivo, dell'osservazione della realtà contemporanea, prende atto della contrattualizzazione della legge, quale espressione del concorso di una pluralità di volontà nell'attività di “creazione” del diritto, in un sistema aperto e tendenzialmente democratico, dall'altro, quando passa alla riflessione filosofica sull'attualità giuridica, dimentica della necessaria dimensione storica anche degli strumenti di indagine teoretica, per cui ogni epoca deve adeguare il metodo ai suoi contenuti, sembra pretendere che la volontà politica – giuridica continui ad essere unica, come accadeva nello Stato di diritto Ottocentesco, ravvisando nella perdita della generalità ed astrattezza della legge, conseguente al non essere più questa prodotto di un'attività normativa monopolistica, i segni di una catastrofe per l'uomo e per il diritto che, inseguito dalla tecnica e sull'orlo del precipizio del nulla, non potrebbe fare altro che aggrapparsi, per non morire, ad una vuota forma. Lo studio storico dell'esperienza giuridica romana sembra consentire di prospettare un diverso scenario, in cui la circostanza che qualsiasi volontà possa essere incanalata nei normadotti, ben lungi dall'essere segno di indifferenza contenutistica, di cui inspiegabilmente non c'è traccia in campo contrattuale, potrebbe essere letta come lo stabilirsi di un nuovo accostamento tra i due campi del diritto pubblico-costituzionale e del diritto civile, tra forma negoziale e forma normativa, non più unica, generale ed astratta, ma successiva, logicamente e temporalmente, ad un consenso aperto al concorso di una pluralità di volontà, come accade, incontestabilmente, nel diritto dei

¹²⁴⁷ ZAGREBELSKY G., op. cit., 60.

¹²⁴⁸ ZAGREBELSKY G., op. cit., 61.

privati.

§5. Il compromesso tra formalità e sostanzialità del diritto nell'esperienza giuridica romana.

La filosofia del diritto contemporanea, osservando il pendolo¹²⁴⁹ che, con il suo ininterrotto e ritmato periodo tra sistemi giuridici formali e sostanziali, scandisce la storia del diritto, ed interrogandosi¹²⁵⁰, conseguentemente, sulla concepibilità teoretica e sulla realizzabilità pratica dell'equilibrio tra argomentazioni concettuali di base, che giustificano la formalità giuridica, ed argomentazioni sostanziali, giuridicamente rilevanti per ragioni di giustizia ed equità, addita, quale «primo esempio»¹²⁵¹ di un «compromesso interessante ed in certa misura aperto»¹²⁵² tra «formalità e sostanzialità del diritto»¹²⁵³, la «combinazione»¹²⁵⁴, nell'esperienza del Diritto Romano Classico, di regole sicure e veloci e di principi guida¹²⁵⁵.

Si tratta della soluzione giuridica che crea una «convergenza»¹²⁵⁶ ed un «compromesso eclettico»¹²⁵⁷ fra il «formalismo scientifico e scettico»¹²⁵⁸ dei Proculeiani ed il «diritto naturale pratico e materiale»¹²⁵⁹ dei Sabiniani, senza peraltro far sparire l'originario «dualismo»¹²⁶⁰ ed il radicato «contrasto»¹²⁶¹, di una contesa tra Scuole, «*Schulengegensatz*»¹²⁶², ricondotta al profondo mutamento di metodo, «*Methodenwechsel*»¹²⁶³, «che aveva avuto luogo nella Giurisprudenza della più tarda Repubblica»¹²⁶⁴: il sistema giuridico classico in senso stretto¹²⁶⁵, unicamente fondato su regole formali e su concetti, sostituì il sistema preclassico¹²⁶⁶ basato su una dualistica teoria del

¹²⁴⁹ Il fenomeno, che costituisce una esperienza sempre più ricorrente nella storia giuridica e nel diritto comparato, dell'alternarsi di sistemi giuridici formali e sostanziali è designato come «metodo del pendolo».

¹²⁵⁰ Confronta i §§ 1, 2, 3 di questo Capitolo III.

¹²⁵¹ BEHREND O., *Formality and Substance in Classical Roman Law*, KRAWIETZ W.- MCCORMICK N. - VON WRIGHT G. H., *Precriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems: Festschrift for Robert S. Summers*, Berlin, 1994, 207.

¹²⁵² BEHREND O., *lc. cit.*

¹²⁵³ BEHREND O., *lc. cit.*

¹²⁵⁴ BEHREND O., *Formality and Substance cit.*, 221.

¹²⁵⁵ BEHREND O., *lc. cit.*

¹²⁵⁶ AVENARIUS M., *lc. cit.*, 91.

¹²⁵⁷ BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in *Index*, 12, 1983/84, 191.

¹²⁵⁸ BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane cit.*, 210.

¹²⁵⁹ BEHREND O., *lc. cit.*

¹²⁶⁰ AVENARIUS M., *lc. cit.*, 87.

¹²⁶¹ AVENARIUS M., *lc. cit.*

¹²⁶² AVENARIUS M., *op. cit.*, 91.

¹²⁶³ AVENARIUS M., *op. cit.*, 87.

¹²⁶⁴ AVENARIUS M., *lc. cit.* L' emersione improvvisa delle due Scuole giuridiche agli inizi del Principato è la «conseguenza storica di un cambiamento di metodo avvenuto già in epoca repubblicana». BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane cit.*, 191.

¹²⁶⁵ Nell'età classica, dal I al III sec. d.C., si assiste ad uno stravolgimento del volto della *civitas*, per effetto dell'avvento del Principato, che, pur conservando tracce, per altro sempre più lievi, del passato repubblicano, sovverte l'assetto costituzionale per effetto dell'affermazione, con forza sempre maggiore, da parte degli imperatori, del potere di creare *ius*. Per la fecondità e la complessità di articolazioni della giurisprudenza dell'età classica, epoca di scuole di pensiero e correnti più o meno legate al potere costituito e di giuristi maturi, che diedero il contributo maggiore allo sviluppo del pensiero giuridico romano, la stessa è esaminata secondo la «ulteriore ripartizione in pre-adrianea (I sec. d.C. e fino al 130 circa, con Salvio Giuliano a fare da spartiacque), post-adrianea (quanto resta del II sec. d.C.), severiana (a cavallo tra la fine del II e l'inizio del III sec. d.C.)». BISCOTTI B., *La giurisprudenza romana modello di logica giuridica* in CENDERELLI A.-BISCOTTI B., *Produzione e scienza del diritto: storia di un metodo*, 2005, Torino, 162.

¹²⁶⁶ L'età preclassica copre l'arco di tempo che va dal IV al I sec. a.C., suddividendosi in: 1) «prima età preclassica», dal IV al III sec. a.C. circa, corrispondente al momento storico della costruzione ed affermazione della *civitas*

diritto naturale, che aveva cercato di armonizzare la buona fede e la solidarietà della vita sociale con il principio della volontà privata, espressa nel rispetto di rigide forme¹²⁶⁷.

L'esperienza giuridica romana fu segnata dal succedersi di «due tendenze scientifiche»¹²⁶⁸, la cui diversità teoretica e metodologica, da un lato «un diritto naturale fondato su valori sociali e individuali»¹²⁶⁹, dall'altro «un diritto positivo fondato su nozioni tecniche e descrittive»¹²⁷⁰, fu così radicata e profonda da generare non solo «forme»¹²⁷¹ ugualmente originali di «argomentazione giuridica»¹²⁷², ma anche «tipi»¹²⁷³ reciprocamente incompatibili, almeno originariamente, di «scienza giuridica»¹²⁷⁴.

La «tradizione pre-classica dei *veteres*»¹²⁷⁵, improntata alla filosofia stoica e partita, all'inizio del II secolo a. C., dal «contrasto»¹²⁷⁶ tra «un *ius naturale*, chiamato *ius gentium*, sociale e solidaristico»¹²⁷⁷, ed «un *ius strictum*, individualistico e liberale»¹²⁷⁸, in quanto regolamentazione di rapporti giuridici di rigido interesse personale¹²⁷⁹, suppose l'esistenza di valori giuridici, dotati di qualità normativa dei rapporti sociali, e la cui affermazione, nella vita sociale, nei rapporti giuridici e nelle decisioni sui casi concreti, fu ritenuto «compito essenziale dei giuristi»¹²⁸⁰ impegnati, attraverso uno stile argomentativo, che subordinava sempre l'uso dei concetti giuridici ad una previa argomentazione materiale, «a trovare un equilibrio ben calibrato tra queste due componenti del *ius civile*»¹²⁸¹.

repubblicana e del raggiungimento della stabilità dell'assetto costituzionale, con l'affiancamento ai *mores*, nel novero delle fonti del diritto, delle *leges* emanate dalle assemblee popolari (leggi e plebisciti) e con una accessibilità progressivamente maggiore dei cittadini al *ius*, conseguente al passaggio dalla giurisprudenza pontificale alla laica; la «seconda o tarda età preclassica», dal I al II sec. a.C., tempo del grande boom degli scambi commerciali, ma anche delle gravi crisi interne politiche, specie nel I sec. a.C., economiche e sociali, «che condurranno al crollo del modello democratico, a favore di quello monarchico del principato». BISCOTTI B., *La giurisprudenza romana modello di logica giuridica* cit., 161.

¹²⁶⁷ BEHREND O., op. cit., 207. Il cambiamento di metodo ed i suoi effetti sulla Scienza Giuridica del Principato sono descritti da BEHREND O., *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex*, Göttingen, 1976, 273 ss., e 281 ss.; ID, *RHDFE* 55 (1977), 7-23; ID, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, tomo 95, 1978, 187-231; *Gnomon* 55, 1983, 230ss.; *Index* 12, 1983/84, 189-225; *Festschrift für Wolf*, 7ss., 21 ss.; ID, *Die Gewohnheit des Rechts und das Gewohnheitsrecht*, in *Die Begründung des Rechts als historisches Problem*, hrsg. Von Dietmar Willoweit, München, 2000, 19-135.

¹²⁶⁸ BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane* cit., 189

¹²⁶⁹ BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane* lc. cit.

¹²⁷⁰ BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane* lc. cit.

¹²⁷¹ BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane e le forme* lc. cit.

¹²⁷² BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane e le forme* lc. cit.

¹²⁷³ BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane e le forme* lc. cit.

¹²⁷⁴ BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane e le forme* lc. cit.

¹²⁷⁵ AVENARIUS M., op. cit., 87.

¹²⁷⁶ AVENARIUS M., op. cit., 87.

¹²⁷⁷ BEHREND O., *Iusta causa traditionis*, in LABRUNA L., *Tradere ed altri studi*, Napoli, 1998, 32.

¹²⁷⁸ BEHREND O., *Iusta causa traditionis*, lc. cit.

¹²⁷⁹ Cicerone ricorda come il modello giuridico dei *veteres* fosse costituito da una parte dal *ius gentium*, dall'altro dal *ius civile*. Cic. *De off.* III 17.69 *maiores aliud ius gentium aliud ius civile esse voluerunt*.

¹²⁸⁰ BEHREND O., *Iusta causa traditionis*, lc. cit.

¹²⁸¹ BEHREND O., *Iusta causa traditionis*, lc. cit.

Il modello di scienza giuridica preclassica, in cui «principi»¹²⁸², al tempo stesso, giusnaturalistici e solidaristici, in quanto creati dalla natura e non dell'uomo, e civili e rigorosi, in quanto prodotti dalla storia umana, trovavano applicazione nei casi concreti, per il tramite degli istituti giuridici, dominò incontrastata per tutto il II secolo a. C., fino all'assassinio, nell'anno 82 a.C., di Quinto Mucio Scevola, la cui opera, *De iure civili*, ne fu la più «compiuta espressione»¹²⁸³.

«A partire dagli anni Ottanta del I secolo a. C.»¹²⁸⁴ al suo posto subentrò la Scienza Giuridica Classica»¹²⁸⁵, «pregna di individualismo umanista»¹²⁸⁶: il suo «programma rigorosamente positivistico»¹²⁸⁷, in quanto concepiva il diritto come «creato dagli uomini e per volontà degli uomini»¹²⁸⁸, sostituendo il diritto naturale preclassico con una «*natura* dalla quale non derivava più nessun diritto»¹²⁸⁹, fondò, sulla contrapposizione tra un *ius*, che mette al servizio delle parti forme giuridiche, ed un mondo naturalistico, nel quale le parti si comportano in modo puramente fattuale, la riduzione sia degli istituti giuridici a mere manifestazioni dell'autorità formale della parola e del concetto, sia dell'argomentazione giuridica ad un meccanismo di “sussunzione” di fatti della vita reale, categoricamente e nettamente distinti dalle nozioni astratte in cui si esauriva il diritto, in forme giuridiche.

E così, il *ius gentium*, che per la Scienza giuridica preclassica era stato un «*solidarisch Naturrecht*»¹²⁹⁰, fuse da «*Mittelpunkt*»¹²⁹¹ della Dottrina delle fonti giuridiche del Diritto Romano Classico, ma nella diversa accezione di «*Zivilisationrecht*»¹²⁹², quale diritto esistente negli «istituti giuridici validi, o che comunque dovrebbero essere validi, in tutte le comunità sviluppate»¹²⁹³, ed in quanto tale contrapposto al «*proprium ius civile*»¹²⁹⁴, di cui sarebbero stati composti invece, «gli istituti giuridici riservati, di volta in volta, ai membri delle singole comunità»¹²⁹⁵.

La teoria delle fonti preclassica distinse non solo, mediante «il binomio *ius civile - ius gentium*»¹²⁹⁶, «un diritto formale che proteggeva gli interessi individuali in strutture formali»¹²⁹⁷, da «un diritto

¹²⁸² BEHRENDTS O., *Iusta causa traditionis*, op. cit., 36.

¹²⁸³ AVENARIUS M., lc. cit., 87.

¹²⁸⁴ BEHRENDTS O., *Le due giurisprudenze romane* cit., 190.

¹²⁸⁵ AVENARIUS M., op. cit., 88.

¹²⁸⁶ BEHRENDTS O., *Iusta causa traditionis*, op. cit., 35.

¹²⁸⁷ BEHRENDTS O., *Le due giurisprudenze romane*, 190

¹²⁸⁸ AVENARIUS M., op. cit., 88.

¹²⁸⁹ AVENARIUS M., lc. cit.

¹²⁹⁰ AVENARIUS M., lc. cit., 87.

¹²⁹¹ AVENARIUS M., op. cit., 88.

¹²⁹² AVENARIUS M., lc. cit.

¹²⁹³ AVENARIUS M., lc. cit.

¹²⁹⁴ AVENARIUS M., lc. cit.

¹²⁹⁵ AVENARIUS M., lc. cit. L'a. fa l'esempio della *mancipatio*, riservata ai soli cittadini romani.

¹²⁹⁶ BEHRENDTS O., *Dalla mediazione arbitrare alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. Formulae in facto conceptae*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche* a cura di Cascione Cosimo e Masi Doria Carla, Napoli, 2002, 199.

¹²⁹⁷ BEHRENDTS O., *Dalla mediazione arbitrare alla protezione giudiziaria.*, lc. cit.

naturale sociale e di mutua solidarietà che ispirava tutti i rapporti umani vissuti in negozi concreti»¹²⁹⁸, ma altresì, all'interno del *genus* del *ius gentium*, «un *ius gentium* nascosto e secondario»¹²⁹⁹, che sorgendo soltanto «con il sorgere dei molteplici stati»¹³⁰⁰, era contenuto «nel *ius civile* in modo non immediato (*non continuo*)»¹³⁰¹, ossia solo «potenzialmente e in linea di principio»¹³⁰², e da questo doveva perciò essere tratto fuori per il suo sviluppo, ed «un *ius gentium* primario che derivava dalla società umana già articolata in stirpi di lingua diversa dall'evoluzione storica prestatale»¹³⁰³, e che, «negli stati che sorgono storicamente»¹³⁰⁴, continuava «ad essere valido ovunque allo stesso modo»¹³⁰⁵.

La contrapposizione tra la filosofia della Stoa, «la cui dottrina ha reso possibile la giurisprudenza dei *veteres*»¹³⁰⁶, grazie alla sua convinzione che i principi, ben lungi dall'essere una sicura affermazione scientifica, fungono da semplici orientamenti, fondati sull'esperienza e mai elisivi della necessità di verifica della loro validità nel caso singolo, e la filosofia scettica, con la sua raccomandazione rivolta «all'uomo dotato di ragione»¹³⁰⁷, di sostituire ai valori speculativi della speculazione stoica, «la cui riconoscibilità veniva contestata, forme scientifiche di tipo descrittivo»¹³⁰⁸, non si riflesse solo sulla differenza stilistica tra un pensiero giuridico preclassico, operante con «principi materiali e direttivi»¹³⁰⁹, la cui applicazione richiese sempre una argomentazione sensata e concretizzante, ed un pensiero giuridico classico, operante, al contrario, con «regole puramente descrittive»¹³¹⁰, formalizzate attraverso la rottura di qualsiasi suo «nesso speculativo»¹³¹¹ con i dati dell'esperienza comune, ma incise anche, ed in modo significativo, sulla Dottrina delle fonti. Sotto tale profilo, una prova inconfutabile della matrice stoica del sistema preclassico è rinvenuta nel «principio della fiducia, la *bona fides*»¹³¹², «esempio principale»¹³¹³ di *ius gentium* primario, che, quale *summa ius* del diritto del commercio umano, tenendo insieme e rendendo possibile i rapporti umani di scambio, collaborazione e aiuto propri della convivenza

¹²⁹⁸ BEHREND O., *Dalla mediazione arbitrare alla protezione giudiziaria*, lc. cit.

¹²⁹⁹ BEHREND O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da Luigi Labruna, a cura di Baccari Maria Pia e Cascione Cosimo, tomo primo, Napoli, 483.

¹³⁰⁰ BEHREND O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, lc. cit.

¹³⁰¹ BEHREND O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, lc. cit.

¹³⁰² BEHREND O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, lc. cit.

¹³⁰³ BEHREND O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, lc. cit.

¹³⁰⁴ BEHREND O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, op. cit., 484.

¹³⁰⁵ BEHREND O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, lc. cit.

¹³⁰⁶ BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane* cit., 196.

¹³⁰⁷ BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane* cit., 198.

¹³⁰⁸ BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane* lc. cit.

¹³⁰⁹ BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane* lc. cit., 196.

¹³¹⁰ BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane* lc. cit., 198.

¹³¹¹ BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane e le forme*, lc. cit.

¹³¹² BEHREND O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, op. cit., 484.

¹³¹³ BEHREND O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, lc. cit.

sociale»¹³¹⁴, consentì, secondo i dettami dell'etica stoica, «agli uomini, che corrispondono a questo principio, di comportarsi in modo conforme al diritto naturale, giacchè non soltanto i beni del mondo, ma anche ciò che uomini possono fare l'uno per l'altro è di volta in volta destinato all'altro uomo, e adempie a tale destinazione nello scambio sociale»¹³¹⁵.

È proprio per effetto del rifiuto del pensiero stoico di «un diritto naturale originario dato in dote alla società umana»¹³¹⁶, che il diritto di civilizzazione classico non conobbe «alcun *ius gentium* primario (giusnaturalistico)»¹³¹⁷: se ogni diritto era ora visto, nell'ottica scettica, «quale creazione del pensiero umano»¹³¹⁸, ne conseguiva, necessariamente, che il *ius gentium* classico dovesse assumere come *ius civile* anche quell'insieme di istituti, quali «i contratti consensuali classici *emptio venditio* e *locatio conductio*»¹³¹⁹, che, «formati in prima linea dal *ius gentium* classico»¹³²⁰, mediante la trasformazione delle «materie del *ius gentium* preclassico primario giusnaturalistico»¹³²¹ in «istituti di diritto di civilizzazione»¹³²², furono chiamati «*institutio aequitatis* o *civilis aequitas*»¹³²³.

«Questo sistema»¹³²⁴, in cui al gioco di «cooperazione preclassico tra *ius gentium* giusnaturalistico-altruistico e *ius gentium* secondario-egoistico, contenuto in linea di principio nel *ius proprium civitatis*»¹³²⁵, subentrò «l'affiancamento tra un *ius gentium* di civilizzazione, le cui regole creavano tutte le principali istituzioni giuridiche, ma ammettevano modificazioni per mezzo del *ius proprium civitatis*, e una naturale *aequitas*, in base ai valori della quale il pretore integrava, controllava e sosteneva le conseguenze giuridiche degli istituti»¹³²⁶, «impose Servio Sulpicio Rufo su base scientifica»¹³²⁷, attraverso la sua *ars iuris*, intesa, «secondo il significato del concetto scientifico ellenistico, come *τέχνη*»¹³²⁸.

Si trattò di «un vero cambiamento di “paradigma” e di una effettiva rivoluzione teorica in campo giuridico»¹³²⁹, come evidenziato da Cicerone, il quale, confrontando il suo maestro Quinto Mucio con il suo amico Servio Sulpicio Rufo¹³³⁰, riconobbe al primo, il «*magnus usus*»¹³³¹, cioè una «prassi

¹³¹⁴ BEHRENDTS O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, lc. cit.

¹³¹⁵ BEHRENDTS O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, lc. cit.

¹³¹⁶ BEHRENDTS O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, op. cit., 490.

¹³¹⁷ BEHRENDTS O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, lc. cit.

¹³¹⁸ BEHRENDTS O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, lc. cit.

¹³¹⁹ BEHRENDTS O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, lc. cit.

¹³²⁰ BEHRENDTS O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, lc. cit.

¹³²¹ BEHRENDTS O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, lc. cit.

¹³²² BEHRENDTS O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, lc. cit.

¹³²³ BEHRENDTS O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, lc. cit.

¹³²⁴ AVENARIUS M., lc. cit., 88.

¹³²⁵ BEHRENDTS O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, op. cit., 491.

¹³²⁶ BEHRENDTS O., *Che cosa era il ius gentium antico?*, lc. cit.

¹³²⁷ AVENARIUS M., lc. cit.

¹³²⁸ AVENARIUS M., lc. cit.

¹³²⁹ AVENARIUS M., op. cit. 203.

¹³³⁰ Cic., *Brut.* 41, 152.

¹³³¹ Cic., *Brut.*, 41, 152.

in grande stile»¹³³², ma l'«*ars dialectica*»¹³³³, cioè «l'arte del concetto»¹³³⁴, soltanto al secondo, «il quale l'aveva portata dentro la giurisprudenza come a suo tempo Prometeo aveva portato il fuoco fra gli esseri umani»¹³³⁵. Questa *ars*, che, «come riporta Cicerone, si basava sul *rem universam tribuere in partem*»¹³³⁶, corrispondeva «evidentemente ad una grande *partitio*, quella fondamentale per il diritto classico, che distingueva *ius* e *natura*, e costituiva una *regola* con l'aiuto della quale si poteva giudicare sulla validità di una proposizione giuridica (*qua vera et falsa iudicarentur*) e decidere senza ambiguità se le fattispecie di un caso concreto fossero sufficienti per produrre l'effetto giuridico previsto o meno (*quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia*)»¹³³⁷. Sul pensare per divisioni, «*Trennungsdenken*»¹³³⁸, «della *partitio* si fondava altresì, la distinzione tra la *institutio* creata dagli uomini e la *natura*»¹³³⁹, risalente alla «*ratio iuris* dell'Accademia scettica»¹³⁴⁰, caratterizzata dal «*Gegensatz lex (Norm) und natura (Natur)*»¹³⁴¹, ovvero dal contrasto tra la legge, intesa come norma, e la natura.

La matrice filosofica scettica dell'*ars iuris* di Servio Sulpicio Rufo, disvela il significato di «*ars dialectica*»¹³⁴², quale metodo in grado di predisporre «concetti formali capaci di sussunzione»¹³⁴³: se la «“dialettica” nel senso stoico»¹³⁴⁴, era stata un complesso di forme e proposizioni logiche che, fungendo da vero e proprio mezzo di speculazione razionale, aveva consentito alla Scienza giuridica preclassica di comprendere, per il tramite della loro materializzazione, la realtà spirituale, la dialettica scettica, ora, «abbandonato l'ideale della realizzazione dei valori e del perfezionamento dell'individuo di fronte alla riconoscibilità di valori vincolanti»¹³⁴⁵ legava il giurista del Diritto Romano Classico, così nel diritto, come nell'intera conduzione della sua vita, alla «osservanza di forme convenzionalmente stabilite»¹³⁴⁶.

Emerge in questo modo, inequivocabilmente, il carattere innovativo che la *regula* di Servio Sulpicio Rufo, che si serve di concetti per «*rem universam tribuere in partem*»¹³⁴⁷, rivestì rispetto ai *genera* di Quinto Mucio, pure indicato da Pomponio come «il primo ad esporre lo *ius civile*

¹³³² BEHRENDTS O., *Le due giurisprudenze romane* cit, 200.

¹³³³ Cic., *Brut.* 41, 152.

¹³³⁴ BEHRENDTS O., *Le due giurisprudenze romane*, lc. cit.

¹³³⁵ BEHRENDTS O., *Le due giurisprudenze romane*, lc. cit.

¹³³⁶ AVENARIUS M., lc. cit., 88.

¹³³⁷ BEHRENDTS O., *Iusta causa traditionis*, lc. cit., 39.

¹³³⁸ AVENARIUS M., op. cit., 89.

¹³³⁹ AVENARIUS M., lc. cit.

¹³⁴⁰ AVENARIUS M., lc. cit., 90.

¹³⁴¹ AVENARIUS M., op. cit., 89-90.

¹³⁴² Cic., *Brut.* 41, 153.

¹³⁴³ BEHRENDTS O., *Le due giurisprudenze romane*, lc. cit..

¹³⁴⁴ BEHRENDTS O., *Le due giurisprudenze romane*, op. cit., 201.

¹³⁴⁵ BEHRENDTS O., *Le due giurisprudenze romane*, lc. cit..

¹³⁴⁶ BEHRENDTS O., *Le due giurisprudenze romane*, lc. cit..

¹³⁴⁷ Cic., *Brut.* 41, 152.

«*generatim*»¹³⁴⁸, cioè attraverso concetti: mentre i *genera* di Mucio furono «principi materiali della ragione»¹³⁴⁹ o «principi di giustizia indicati dalle leggi»¹³⁵⁰, che formarono «in modo vivo il diritto»¹³⁵¹», attraverso «il *magnus usus, l'empeiria*», all'interno di una Scienza giuridica che si propose di operare compensazioni fra valori materiali, individuali e sociali, la *regula* di Servio Sulpicio fu l'argomento sussuntivo, che aspirò ad individuare il concetto formale valido per il caso concreto, attraverso la *partitio dell'ars iuris*, all'interno della concezione, centrale nella Scienza giuridica Classica, che «il diritto fosse formato da un Sistema di istituti»¹³⁵².

La contrapposizione¹³⁵³ di «forme giuridiche»¹³⁵⁴ e «mondo empirico»¹³⁵⁵, in cui «le parti si comportano in modo puramente fattuale»¹³⁵⁶, utilizzata «per distruggere il vecchio diritto naturale»¹³⁵⁷, informò infatti, anche la concezione degli istituti giuridici, gli «*Institute*», quali «strutture intellettuali e complessi regolamentati di norme giuridiche che l'uomo rende vigenti nel mondo empirico a completamento delle sue caratteristiche biologiche, per determinare valori che assicurino la convivenza civile»¹³⁵⁸: se dalla parte della *institutio* stavano le istituzioni del diritto comune delle civiltà (*ius gentium*), nonché le istituzioni, riservate ai cittadini, delle *leges publicae* e del *mos maiorum*, d'altro canto, facevano parte della *natura* il mondo materiale, gli uomini e da ultimo, le regolamentazioni di fatto del Pretore¹³⁵⁹.

Per non incorrere in fraintendimenti antistorici, l'analisi del rapporto tra formalità e sostanzialità del diritto, nell'esperienza giuridica romana, deve aver cura di isolare, nel vasto e talvolta confuso campo semantico della parola Giurisprudenza, accanto ad un significato di diritto moderno, indicante, in Francia, a partire dal sec. XVI, ed in Italia, dall'inizio del XIX¹³⁶⁰, l'esito dell'attività decisoria delle corti giudicanti, quale insieme delle pronunce giudiziarie prodottesi nel tempo, una accezione di Diritto Romano, designante i *iuris prudentes*, gli esperti di diritto, «per mezzo dei quali il diritto viene costantemente migliorato»¹³⁶¹, per usare le parole con le quali Pomponio, giurista del

¹³⁴⁸ D. 1.2.2.41 (Pomp. *l.sing. enchir.*).

¹³⁴⁹ BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane*, op. cit., 200.

¹³⁵⁰ BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane*, loc. cit.

¹³⁵¹ BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane*, loc. cit.

¹³⁵² AVENARIUS M., op. cit., 90.

¹³⁵³ Un esempio della concezione classica del diritto, fondata sulla contrapposizione tra componente fattuale e componente giuridica dell'esperienza, con la conseguente riduzione del diritto solo alla seconda e l'esclusione della prima, confinata nel campo di una natura puramente fattuale e quindi non giuridica, è la norma che richiede, per il trasferimento della proprietà, «un accordo sulla *iusta causa*», «parte giuridica», ed «una trasmissione del possesso, *traditio*», «parte naturalistica». BEHREND O., *Iusta causa traditionis*, cit., 38-39.

¹³⁵⁴ BEHREND O., *Iusta causa traditionis*, op. cit., 38.

¹³⁵⁵ BEHREND O., *Iusta causa traditionis*, loc. cit.

¹³⁵⁶ BEHREND O., *Iusta causa traditionis*, loc. cit.

¹³⁵⁷ BEHREND O., *Iusta causa traditionis*, loc. cit.

¹³⁵⁸ AVENARIUS M., loc. cit., 90.

¹³⁵⁹ AVENARIUS M., loc. cit.

¹³⁶⁰ GORLA G., *Giurisprudenza* (voce) in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970, 489.

¹³⁶¹ D.1.2.2.13 (Pomp. *l.sing. enchir.*) *Constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*

Il sec. d.C., definendo il *proprium ius civile* come «ciò che, senza essere scritto, consiste nella sola interpretazione dei giuristi»¹³⁶², lungi dal voler limitare il *ius civile* alla sola *interpretatio prudentium*, intese alludere proprio alla «funzione della giurisprudenza, che operava, rispetto al diritto positivo, rappresentato da *leges* e *mos maiorum*, come bacino di sedimentazione e rielaborazione creativa»¹³⁶³.

La identificazione Pomponiana del *ius civile*¹³⁶⁴ con l'attività rispondente dei giuristi è indice della imponenza dei loro *responsa*, che, emanati fin dall'età arcaica, prima dai pontefici¹³⁶⁵ e poi dagli esperti aristocratici¹³⁶⁶, costituirono «il *ius* vivente della città repubblicana»¹³⁶⁷ e «l'ossatura prescrittiva delle sue relazioni sociali»¹³⁶⁸ e continuarono ad avere un peso decisivo nel sistema giuridico romano durante tutta l'età repubblicana, come provato dalla circostanza che l'attuazione di tali prescrizioni “giurisprudenziali”, mai cristallizzate in alcun altro luogo che non fosse la memoria e la sapienza del giurista, fu sempre e soltanto «legata al rispetto per il prestigio di chi le aveva emanate»¹³⁶⁹.

Se a completamento del quadro dell'esperienza giuridica romana di tutta l'età della Repubblica, si evidenzia che la *iurisprudencia* fu sempre in una posizione di subordinazione rispetto al *ius*, per cui le sue innovazioni passarono necessariamente «tramite l'*imperium* del magistrato giusdicente, nel senso che la sua *interpretatio*, per acquistare effettività, dovette essere tradotta in tutela giurisdizionale da parte del pretore o in norma, sia pure annua, nell'editto»¹³⁷⁰, diviene comprensibile come, il formalismo della nuova Scienza giuridica, in cui inizialmente niente è

¹³⁶² D.1.2.2.12 (Pomp. *l.s. enchir.*) ...*quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit.*

¹³⁶³ BISCOTTI B., *lc.cit.*

¹³⁶⁴ Fu detto *ius civile* il sistema delle fonti giuridiche «“proprio” dell'antica comunità cittadina (*civitas*)», che, «dopo il procedimento di laicizzazione del diritto fu adeguato alle esigenze della prassi dalla giurisprudenza». CASCIONE C., *Manuale breve di Diritto Romano*, Milano, 2007, 27.

Sebbene il *ius civile* risultava «nella prospettiva romana» «come un unico blocco omogeneo», a suo interno si è soliti distinguere tre «strati»: 1) i *mores* arcaici, rielaborati dalla prima tradizione sacerdotale; 2) la legge delle XII Tavole, «nello specchio della sua interpretazione pontificale»; 3) i *responsa* della nuova giurisprudenza laica. AMARELLI F. - DE GIOVANNI L. - GARBARINO P. - SCHIAVONE A. - VINCENTI U., *Storia del Diritto Romano*, a cura di Schiavone Aldo, Torino, 2000, 171.

¹³⁶⁵ Prima della codificazione delle XII Tavole, avvenuta presumibilmente nel 451-450 a.C., ad opera di una commissione di Decemviri, muniti di poteri consolari, cui fu affidato il compito di tradurre in forma di leggi generali, rivolte all'intera città, il vecchio *ius pontificale*, manifestatosi, fino ad allora, solo attraverso la pronuncia di *responsa*.

¹³⁶⁶ A partire dal III-IV secolo a.C., in cui il “sapiente” fu non più un sacerdote, ma un nobile, esponente della nobiltà patrizio-plebea e detentore del privilegio aristocratico di professare il suo sapere pubblicamente, a seguito della decisione di Tiberio Coruncario, *Pontifex Maximus* plebeo, di violare la tradizionale segretezza pontificale.

¹³⁶⁷ AMARELLI F. - DE GIOVANNI L. - GARBARINO P. - SCHIAVONE A. - VINCENTI U., *Storia del Diritto Romano*, *cit.*, 171.

¹³⁶⁸ AMARELLI F. - DE GIOVANNI L. - GARBARINO P. - SCHIAVONE A. - VINCENTI U., *Storia del Diritto Romano*, a cura di Schiavone, Torino, 2000, 171.

¹³⁶⁹ AMARELLI F. - DE GIOVANNI L. - GARBARINO P. - SCHIAVONE A. - VINCENTI U., *Storia del Diritto Romano*, *lc. cit.*

¹³⁷⁰ VACCA L., *Considerazioni sull'aequitas come elemento del metodo della Giurisprudenza romana*, in VACCA L., *Metodo, casistica e sistema prudenziale*, 2006, Padova, 14-15.

diritto, fino a che non è posto in istituzioni chiaramente demarcate¹³⁷¹, individuabili in modo sicuro e veloce ed applicabili senza l'aiuto di argomenti sostanziali, potesse da un lato, limitarsi ad investire esclusivamente il profilo funzionale della organizzazione della società ed escludere, l'attività giurisdizionale di risoluzione delle controversie e, dall'altro, designando con il termine *ius* soltanto il corpo di regole situato a livello della Scienza giuridica e destinato a rimanere intatto ed insensibile alla particolarità del caso concreto ed alle sue esigenze di giustizia sostanziale, fosse in grado di porre in essere un «cambiamento di sistema, da concetti bisognosi di concretizzazione a concetti idonei ad operare sussunzioni»¹³⁷².

Se è vero che «le forme giuridiche portano il segno di chi le produce»¹³⁷³ frutto dei «processi di graduale modernizzazione dell'economia e della società romana, avviata a liberarsi sempre più dei limiti angusti - territoriali, personali, ideologici - dell'Urbe e poi della Penisola e protesa verso un sempre più decisivo inserimento, in un contesto mediterraneo più segnatamente mercantile»¹³⁷⁴, fu la progressiva affermazione dell'attività del pretore quale «fonte centrale dei rapporti privatistici»¹³⁷⁵, che, «a partire dalla fine del III secolo»¹³⁷⁶, coinvolsero, in misura sempre più rilevante, piccoli e medi operatori commerciali stranieri, cui il *ius civile*, nella «concezione esclusivistica che ne informava l'applicabilità»¹³⁷⁷, non riconosceva diritti, riservati esclusivamente «ai *cives*, ai *Latini prisci* e, forse, a qualche comunità privilegiata cui era stato concesso lo *ius commercii*»¹³⁷⁸.

Di fronte «alle pressioni di una vita cittadina sempre meno riconducibile, sia dal punto di vista delle forme materiali sia da quello dei modelli culturali, al suo passato remoto e all'intreccio tra diritto, religione e magia, alle origini del *ius* arcaico»¹³⁷⁹ ed all'esigenza «di protezione delle nuove realtà economiche delle società schiavistico – mercantile mediterranea»¹³⁸⁰, i magistrati, pur continuando ad applicare il *ius* e negando quindi, qualsiasi cambiamento nella struttura delle regole giuridiche, attraverso l'esercizio del loro *ius edicendi* - potere di emanare *edicta*¹³⁸¹, ovvero

¹³⁷¹ BEHRENDTS O., *Formality and Substance in Classical Roman Law*, op. cit., 208.

¹³⁷² BEHRENDTS O., *Le due giurisprudenze romane*, op. cit., 198.

¹³⁷³ LABRUNA L., *Il diritto mercantile dei Romani e l'espansionismo* in *Le strade del potere*, Saggi raccolti da Corbino Alessandro, Catania, 1994, 120.

¹³⁷⁴ LABRUNA L., *Il diritto mercantile dei Romani*, op. cit., 127.

¹³⁷⁵ CASCIONE C., *Manuale breve*, op. cit., 12.

¹³⁷⁶ LABRUNA L., *Il diritto mercantile dei Romani e l'espansionismo*, op. cit., 128.

¹³⁷⁷ LABRUNA L., *Il diritto mercantile dei Romani e l'espansionismo*, lc. cit.

¹³⁷⁸ LABRUNA L., *Il diritto mercantile dei Romani e l'espansionismo*, lc. cit.

¹³⁷⁹ AMARELLI F.- DE GIOVANNI L.- GARBARINO P. - SCHIAVONE A. - VINCENTI U., *Storia del diritto romano*, op. cit., 175.

¹³⁸⁰ AMARELLI F.- DE GIOVANNI L. - GARBARINO P. - SCHIAVONE A. - VINCENTI U., *Storia del diritto romano*, op. cit., 178.

¹³⁸¹ «A partire dai decenni centrali del primo secolo, i magistrati presero l'abitudine di emanare regolarmente, all'inizio della loro carica, un editto di portata generale, destinato a valere per l'intera annualità del mandato, e per questo chiamato *pretorium*, contenente tutte le formule processuali che si impegnavano ad adottare». AMARELLI F.- DE GIOVANNI L. - GARBARINO P. - SCHIAVONE A. - VINCENTI U., *Storia del diritto romano*, op. cit., 176.

enumerazioni di «fattispecie per le quali il magistrato si impegnava a dare azione al richiedente contro un'altra parte»¹³⁸² - soddisfecero le esigenze di giustizia dei casi, mediante il ricorso ad argomentazioni di natura sostanziale che, pur estendendo o correggendo il diritto formale, non lo alteravano, essendo i principi di equità posti al livello più basso del diritto secondario.

L'editto contenendo, «da una parte i mezzi di impugnazione, che erano concepiti *in ius*, e si basavano su istituti giuridici, e dall'altra, i mezzi di impugnazione, che individuavano le fattispecie rilevanti per il diritto ed erano concepiti *in factum*»¹³⁸³, riflesse la «*Zweiteilung*», bipartizione, tra *institutio* e *natura* della Giurisprudenza classica, che, includendo nel *ius* solo fattispecie giuridiche chiaramente determinate e suscettibili di sussunzione, escluse dal suo ambito fattispecie di fatto, che cioè, non potevano essere previste da istituti giuridici formali. Il pretore, regolamentando i casi concreti, colmava le lacune, riconducibili alla strutturale rigidità delle regole giuridiche, attraverso il ricorso alle regole di una etica materiale che, pur fondandosi su valori di comportamento generalmente riconosciuti, e svolgendo una funzione correttiva e suppletiva della disciplina normativa, non diventarono mai *ius* «nel senso della *institutio* classica»¹³⁸⁴.

Con la redazione del primo commento all'editto classico, Servio Sulpicio sancì non solo la centralità dell'editto all'interno della Scienza giuridica, consentendo la trattazione congiunta, in un unico sistema, di *ius* e regole etiche materiali pretorie, ma, anche, il permanere della loro netta distinzione, sotto il profilo delle fonti: mentre i mezzi di impugnazione che spettavano in forza del *ius* erano proposti (*actio competit*), il Pretore, in forza del diritto derivatogli dal suo ufficio, rendeva noti i rimedi particolari (*iudicium dabo*)¹³⁸⁵.

Tuttavia, nell'ultimo periodo della Repubblica, mano a mano che l'antitesi tra *ius strictum* ed *aequitas* si fece più marcata e netta, a causa dell'inadeguatezza delle strutture del *ius civile* a soddisfare le nuove esigenze economiche e sociali di Roma, il potere discrezionale del magistrato divenne non solo in grado di correggere il *ius civile*, ma di contrapporsi ad esso, come evidenziato da due fenomeni, indice di una trasformazione dei mezzi di comunicazione sociale e di una conseguente, completa revisione dei rapporti tra forma ed efficacia del negozio: da una parte venne attribuita efficacia a negozi formali, che presentavano vizi di forma tali tuttavia, da non inficiare la certezza e la riconoscibilità della volontà; dall'altra si considerò produttiva di effetti giuridici una volontà esternata in modi non tradizionali, ma “nuovi”, con la conseguente formazione dei contratti consensuali¹³⁸⁶.

¹³⁸² CASCIONE C., *Manuale breve*, op. cit., 12.

¹³⁸³ AVENARIUS M., op. cit., 90.

¹³⁸⁴ AVENARIUS M., op. cit., 90.

¹³⁸⁵ AVENARIUS M., op. cit., 91.

¹³⁸⁶ Un quadro completo delle modificazioni che si produssero nell'esperienza giuridica romana, a partire dalla metà del III secolo a. C., in ordine, da un lato ai rapporti tra forma ed efficacia del negozio e dall'altro alla rilevanza della

E così, in un ordinamento giuridico sempre più aperto alla possibilità di considerare rilevante la volontà, in quanto certa e riconoscibile, anche qualora fosse stata esternata in modo non conforme al rigore dei vecchi e risalenti negozi formali, il magistrato divenne artefice di un superamento del rigore delle forme: se non poteva istituire erede chi non lo fosse in base al *ius*, poteva, tuttavia, per ragioni di giustizia del caso concreto, nominarlo possessore del patrimonio del *de cuius*, supplendosi in tal modo, al difetto della formalità del *nomen* di erede, con la sostanzialità del godimento dei beni ereditari¹³⁸⁷; se, in presenza di una *mancipatio* affetta da vizi di forma, non poteva accordare gli effetti che da essa ci si attendeva *iure civili*, poteva, tuttavia, in presenza di tutti i requisiti sostanziali (volontà certa e riconoscibile, di soggetti capaci e legittimati, e causa lecita), attribuire all' acquirente una tutela analoga in fatto, «conferendogli l'*in bonis habere*»¹³⁸⁸; se era stata manifestata la volontà di rendere libero uno schiavo con una *manumissio* nulla per vizi di forma, non poteva *iure civili* affermare la libertà dell'uomo, che restava servo, ma poteva tuttavia, tutelarlo nella sua libertà di fatto, «impedendo al *dominus*, purchè questi avesse manifestato la sua volontà in modo certo e riconoscibile (attraverso forme cioè, che potevano ora considerarsi idonee, in relazione allo specifico scopo, secondo le convenzioni sociali), di far valere la nullità *iure civili* del negozio compiuto»¹³⁸⁹.

Se nell'esperienza comune «ai valori della stabilità, la cui difesa è tipica di un ambiente sociale ristretto e dalle cadenze regolari, proprie di una società economicamente immobile, che vuole conservare i propri tradizionali equilibri»¹³⁹⁰, si sostituirono «quelli della trasformazione, propri di un ambiente aperto al ricambio di classe e caratterizzato perciò, da una grande mobilità economica»¹³⁹¹, nell'esperienza giuridica, corrispondentemente, il posto di «forme stereotipe e ripetitive di comunicazione, che rallentano i commerci, piuttosto che agevolarli», fu preso dalle forme che le circostanze suggerirono, caso per caso, come le più idonee ad assecondare la velocità di circolazione delle merci, le trasformazioni nella distribuzione della ricchezza e nei connessi e

volontà negoziale, è delineato da CORBINO A., *Il formalismo negoziale*, op. cit., 79.

¹³⁸⁷ Se vi era stata irregolarità formale nel compimento di un testamento librato, ma le *tabulae* in cui erano state racchiuse le volontà del testatore, presentavano i requisiti di integrità, che consentivano di far considerare le disposizioni in esse contenute come le autentiche disposizioni del *de cuius*, non poteva dirsi esistente *iure civili* il *testamentum*, ma il pretore poteva ugualmente concedere a chi risultava istituito nelle *tabulae*, la *bonorum possessio*, garantendogli in tal modo, una protezione analoga di fatto, a quella prevista dal *ius civile* per l'*heres ex testamento*. CORBINO A., *Il formalismo negoziale* cit., 84.

¹³⁸⁸ CORBINO A., *Il formalismo negoziale*, lc. cit.

¹³⁸⁹ CORBINO A., *Il formalismo negoziale*, lc. cit.

Al caso originario della dichiarazione resa dal *dominus inter amicos*, si aggiunse la manifestazione della volontà resa *per epistulam*: in entrambi i casi i manomessi non si consideravano liberi, ma tuttavia esonerati dalla preoccupazione di dover servire, in quanto in consuetudine di libertà per volontà del *dominus*, condizione di fatto che il pretore proteggeva, «impedendo ai manomissori che osassero, di riportarli in servitù». CORBINO A., *Il formalismo negoziale*, op. cit., 95.

¹³⁹⁰ CORBINO A., *Il formalismo negoziale*, op. cit., 97.

¹³⁹¹ CORBINO A., *Il formalismo negoziale*, lc. cit.

conseguenti equilibri sociali.

Il carattere «solo apparentemente paradossale»¹³⁹², ma in realtà caratterizzato da «una linea di sviluppo costante»¹³⁹³, del «processo evolutivo»¹³⁹⁴ che vide una crescita delle complessità delle relazioni giuridiche e un più largo atteggiamento nei confronti delle forme, pur nel dominio della Scienza giuridica imposta da Servio Sulpicio Rufo, assertore di un sistema di diritto fondato su rigidi istituti formali, si chiarisce ove si consideri che sia «il ricorso a consuetudini comuni e cornici pattizie, coinvolgenti le comunità di appartenenza degli operatori economici»¹³⁹⁵, sia «la previsione di collegi arbitrali incaricati di dirimere le eventuali conseguenti controversie»¹³⁹⁶, sia «lo sviluppo di rapporti commerciali sulla base della *fides*, la fiducia, intesa come lealtà e correttezza negoziali»¹³⁹⁷, sia «l'adozione diffusa e consolidata in età piuttosto risalente, nei rapporti di scambio tra privati, (in primo luogo tra *cives*) dello schema della *lex*, quale precetto stabilizzato in un determinato enunciato linguistico e momento paradigmatico proposto da una delle parti, al quale l'altra deve, in via di principio conformarsi»¹³⁹⁸, furono il contesto economico-giuridico, in cui si articolavano, progressivamente, «i quattro contratti fondamentali di compravendita, locazione, società e mandato»¹³⁹⁹ ed «i tre principi giuridici, destinati a diventare altrettanti cardini di ogni successivo sviluppo giuridico»¹⁴⁰⁰: il consensualismo, quale attribuzione di valore all'accordo tra le parti, comunque manifestato, purchè dimostrabile, indipendentemente dalla forma usata per la sua espressione; la buona fede, quale obbligo delle parti, coinvolte in una transazione ad un comportamento in cui l'inganno non fosse il fine determinante del loro agire; la reciprocità, secondo cui ad una prestazione economicamente onerosa di una delle parti impegnate in una transazione dovesse necessariamente corrispondere una prestazione simmetrica dell'altra, o un suo corrispettivo, di pari entità economica¹⁴⁰¹.

Durante il Principato, in presenza di esigenze di regolamentazione di rapporti economici e giuridici nuovi, in quanto non previsti dal *ius civile*, e di pratiche commerciali sempre più consolidate, definite e in attesa di vedere riconosciuta la propria giuridicità, quale presupposto di una tutela giurisdizionale piena e stabile, la diversità dei paradigmi giuridici tra «la Scienza giuridica Classica,

¹³⁹² CORBINO A., *Il formalismo negoziale*, lc. cit.

¹³⁹³ CORBINO A., *Il formalismo negoziale*, lc. cit.

¹³⁹⁴ CORBINO A., *Il formalismo negoziale*, lc. cit.

¹³⁹⁵ LABRUNA L., *Il diritto mercantile dei Romani e l'espansionismo*, op. cit., 128.

¹³⁹⁶ LABRUNA L., *Il diritto mercantile dei Romani e l'espansionismo*, lc. cit.

¹³⁹⁷ LABRUNA L., *Il diritto mercantile dei Romani e l'espansionismo*, lc. cit.

¹³⁹⁸ CASCIONE C., *Consensus*, op. cit., 264.

¹³⁹⁹ AMARELLI F. - DE GIOVANNI L. - GARBARINO P. - SCHIAVONE A. - VINCENTI U., *Storia del diritto romano*, op. cit., 178.

¹⁴⁰⁰ AMARELLI F. - DE GIOVANNI L. - GARBARINO P. - SCHIAVONE A. - VINCENTI U., *Storia del diritto romano*, lc. cit.

¹⁴⁰¹ AMARELLI F. - DE GIOVANNI L. - GARBARINO P. - SCHIAVONE A. - VINCENTI U., *Storia del diritto romano*, lc. cit.

fondata da Servio e trasmessa, attraverso Pacuvius Labeo, suo figlio Antistio Labeo e Nerva a Proculo, fondatore della scuola che prese il suo nome ed ideatore di un metodo giuridico caratterizzato dal pensiero istituzionale»¹⁴⁰², e la Scuola giuridica Sabiniana, fondata da «Masurio Sabino e ricorrente al Diritto Naturale preclassico, per sostenere un Sistema giuridico dominato da Principi portatori di senso»¹⁴⁰³, divenne un punto nodale dell'esperienza giuridica romana fin dagli «ultimi anni del potere d'Augusto»¹⁴⁰⁴.

Il perdurante indirizzo formalistico trovò una concorrenza fondamentale nel sistema giuridico delineato da Sabino, come evidenziato dalla comparazione del trattamento della questione dell'errore di diritto: la Scuola Sabiniana, che faceva propria la tradizione preclassica, sebbene distinguesse tra i diritti individuali, formulati dal *ius strictum*, ed il regno della vita sociale, governato dai principi del diritto naturale sostanziale del *ius aequum*, specialmente quello della buona fede¹⁴⁰⁵ e richiedesse quindi che ognuno sopportasse le conseguenze dell'errore che investisse i propri diritti, assunse tuttavia, essere scusabile l'errore che cadesse sulla situazione giuridica della controparte¹⁴⁰⁶; Neratius, il capo dei Proculeiani al tempo di Traiano ed Adriano, formulando il punto di vista del Diritto Romano Classico, per cui «il diritto può e deve essere definito»¹⁴⁰⁷, enunciò invece, il principio del netto contrasto tra *ius* e *factum*, secondo cui «in ogni branca del diritto l'errore di diritto non può essere trattato come l'errore di fatto, poiché il diritto può e deve essere definito, mentre l'interpretazione dei fatti spesso confonde anche le persone molto attente»¹⁴⁰⁸. Mentre nella Scienza giuridica Sabiniana, sulla scia del pensiero preclassico, «l'infinito mondo sociale regolato dal diritto naturale»¹⁴⁰⁹ completava il diritto in senso stretto, divenendo parte integrante di esso, nella Scuola giuridica Proculeiana, sulle orme del sistema classico di Servio Sulpicio, il magistrato era chiamato a portare un qualche ordine nel mondo fattuale attraverso «regole secondarie, concepite come puramente fattuali (*in factum concepta*)»¹⁴¹⁰, e quindi non facenti parte integrante del *ius*.

Tuttavia, nel corso dell'età classica, la nettezza della distinzione tra diritto primario, comprensivo di regole formali e concetti formanti il corpo del diritto, e diritto secondario, includente argomentazioni e principi, che estendono e correggono il *ius*, essendo tuttavia completamente incapaci di alterarlo, si attenua sempre di più, moderando l'idea della immutabile formalità della

¹⁴⁰² AVENARIUS M., op. cit., 91.

¹⁴⁰³ AVENARIUS M., loc. cit.

¹⁴⁰⁴ BEHRENDIS O., *Iusta causa traditionis*, op. cit., 32.

¹⁴⁰⁵ BEHRENDIS O., op. cit., 214.

¹⁴⁰⁶ BEHRENDIS O., loc. cit.

¹⁴⁰⁷ D. 22.6.2 (Ner. 5 membran.)... *cum ius finitum et possit esse et debeat*.

¹⁴⁰⁸ D. 22.6.2 (Ner. 5 membran.) *In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.*

¹⁴⁰⁹ BEHRENDIS O., op. cit., 215.

¹⁴¹⁰ BEHRENDIS O., loc. cit.

ratio iuris ed ammettendo aggiustamenti nelle regole e nei concetti stessi, in modo da invadere profondamente l'idea classica della formalità, ma senza escluderne il primato: le argomentazioni di natura sostanziale, pur ammesse al livello del *ius*, operano sempre per la gran parte in modo casuale, nella forma di eccezioni al formalismo, ammesse per ragioni di equità.

Sebbene infatti, il Principato non solo rispettasse il «dualismo tra le scuole, che fornivano al pubblico pareri contrastanti su molte questioni, ma, anzi, lo legittimasse, conferendo ai più importanti giuristi della città, qualunque fosse la scuola di appartenenza, il famoso *ius respondendi ex auctoritate principis*, concesso a partire da Augusto»¹⁴¹¹, vedendo nella grande contesa tra le scuole un riflesso del carattere compromissorio del suo assetto costituzionale, che, coscientemente, aveva rinunciato ad armonizzare i propri fondamenti con quelli della *res publica* restituita, nella giurisprudenza altoclassica si realizzò, pur «sotto un predominio netto del sistema classico»¹⁴¹², istituzionale¹⁴¹³, una sorta di convergenza tra le diverse opinioni, promossa principalmente da Giuliano, caposcuola Sabiniano, e Celso, coevo caposcuola Proculiano.

Mitigato ma non scomparso il contrasto tra le scuole, il manifesto orgoglioso del Diritto Romano Classico, prese atto della pericolosità delle definizioni giuridiche per cui chi utilizza una regola o una definizione può spesso essere costretto a confessare che la regola deve essere modificata: tale convinzione espressa da Javolenus¹⁴¹⁴, contemporaneo di Neratius ed esponente della contrapposta Scuola dei Sabiniani, finì per divenire un luogo comune, al punto che nessuno più fu disposto a credere nella fissità, immutabilità ed eternità del *ius*, ammettendo, al contrario, modificazioni dei concetti giuridici nell'interesse della giustizia, ad opera di argomenti di natura sostanziale e principi, fino ad allora confinati dalla tradizione del diritto classico, al livello inferiore del diritto secondario.

Prova del cambiamento che interviene nel rapporto tra sostanzialità e formalità nel Diritto Romano Classico fu anche la decisione di Celso, promotore dell'equità di diritto naturale nella Scuola dei Proculiani, in ordine alla concepibilità del contratto di compravendita senza la cosa venduta: decidendo che «se non si conviene diversamente, il debitore cedente rimane obbligato anche se il debitore ceduto non è obbligato»¹⁴¹⁵, sovvertì la regola formale che «non c'è vendita senza una cosa che possa essere venduta»¹⁴¹⁶, sacrificando la purezza del sistema all'equità, per la ragione di

¹⁴¹¹ BEHRENDTS O., *Iusta causa traditionis*, op. cit., 33.

¹⁴¹² BEHRENDTS O., *Iusta causa traditionis*, op. cit. 33

¹⁴¹³ BEHRENDTS O., *Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht*, in BEHRENDTS O., *Institut und Prinzip* Göttingen, 2004, 15.

¹⁴¹⁴ D 50.17.202 (Iav. 11 *epist.*) *Omne definitio in iure civili periculosa est: parum (Haloander legge rarum) est enim ut non subverti potest.*

¹⁴¹⁵ D 18.4.4 (Ulp 32 *ad ed.*) *Si nomen sit distractum, Celsus libro nono digestorum scribit, locupletem esse debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare, nisi aliud convenit.*

¹⁴¹⁶ D 18.1.8 (Pomp. 9 *ad Sab.*) *Nec emptio nec venditio sine qua veneat potest intellegi.*

giustizia sostanziale, che in caso di inesistenza del credito ceduto, le regole secondarie del diritto non erano facilmente accessibili, ed i magistrati avrebbero avuto delle serie difficoltà ad intervenire essendo richiesto, per l'operatività dei rimedi fino ad allora ammessi, il dolo del cedente, che avesse cioè intenzionalmente agito conoscendo l'inesistenza della cosa venduta.

L'insegnamento di Sabino, ormai condiviso anche dai Proculeiani, secondo cui «il diritto potrebbe non essere derivato da una regola, ma dal diritto sorge la regola»¹⁴¹⁷ fu il nuovo ideale scientifico del Diritto Romano Classico, che combinandosi con la originaria ed immutata fiducia nel *ius finitum*, stabilito in regole e concetti, realizzò l'equilibrio tra sostanzialità e formalità del diritto, tra l'acquisita consapevolezza che i principi di giustizia e di equità possono modificare le regole ed i concetti della *ratio iuris* formale, da una parte, e la persistente osservanza di un *corpus* di regole di facile e veloce individuazione, dall'altra. Le diversità di posizioni tra Proculeiani e Sabiniani, si assottigliarono, fino a divenire unanimemente condivisa la definizione del *ius* quale «*ars boni et aequi*»¹⁴¹⁸: il diritto serve la giustizia sostanziale, avvalendosi sia dei mezzi costituiti principalmente dal *ius finitum*, sia della Giurisprudenza, non più relegata al ruolo marginale di regola secondaria, ma elevata al ruolo di «vera e propria fonte normativa»¹⁴¹⁹.

A seguito dell'avvento del Principato «giuristi» furono coloro ai quali, attraverso decisioni ed opinioni, fu «permesso di fondare il diritto»¹⁴²⁰. L'«equivalenza automatica tra il dedicarsi allo studio del diritto ed il potere di interferire con la produzione di norme», che si desume dalla definizione di Gaio, fu il risultato finale della graduale trasformazione della «semplice autorevolezza»¹⁴²¹, «riconosciuta, in tema di enucleazione ed illustrazione in sede applicativa di norme ai giureconsulti in ragione dello spessore scientifico della loro specializzazione»¹⁴²², in «vincolatività delle interpretazioni dei *prudentes*, almeno nei casi in cui esse risultassero convergenti»¹⁴²³. Se già nei primi secoli della Repubblica, le risposte dei *prudentes* influivano in

¹⁴¹⁷ D 50.17.1 (Paul. 16 *ad Plaut.*) *non ex regula ius sumatur, sed iure quod est regula fiat.*

¹⁴¹⁸ D 1.1.1 (Ulp. 1 *inst.*) *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

¹⁴¹⁹ CENDERELLI A., *Produzione e applicazione del diritto nello sviluppo storico di Roma* in CENDERELLI A.-BISCOTTI B., *op.cit.*, 42.

¹⁴²⁰ Gai, 1.7. *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiant, iudicii licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.*

La concezione della Giurisprudenza di Gaio, vissuto nella seconda metà del II sec. d.C., se da una parte esprime la spiccata consapevolezza del carattere creativo dell'attività dei giuristi, dall'altro deve essere affrontata con cautela, dal momento che definendo i responsi quali fonti del diritto, avrebbe potuto riferirsi non ai giuristi in generale, ma solo a coloro tra essi ai quali era stato concesso il *ius respondendi ex auctoritate principis*, introdotto fin dall'avvento del Principato, con Augusto, come sembrerebbe far pensare la precisazione *quibus permissum est iura condere*. CENDERELLI A., *Produzione e applicazione del diritto nello sviluppo storico di Roma*, in CENDERELLI A. - BISCOTTI B., *op. cit.*, 36.

¹⁴²¹ CENDERELLI A., *op. cit.*, 39.

¹⁴²² CENDERELLI A., *lc. cit.*

¹⁴²³ CENDERELLI A., *lc. cit.*

modo determinante sulla decisione delle controversie¹⁴²⁴, dovendosi in ogni caso escludere la loro natura di fonte del diritto, essendo regole secondarie ed in quanto tali incapaci di modificare o, addirittura, sovvertire una regola giuridica già appartenente al sistema del Diritto Romano (*mores* o *leges*), l'avvento del Principato, con Augusto, segnò, secondo Pomponio, l'introduzione del *ius respondendi ex auctoritate principis*, sostituito, ad opera di Tiberio, dal *ius publice respondendi, beneficium* concesso dall'Imperatore, che, implicando una netta discriminazione tra giuristi ufficiali o patentati e giuristi rispondenti a titolo privato, compresse il libero esercizio del *respondere*.

Una inversione di tendenza, nella direzione di incoraggiare la prassi secondo cui chiunque avesse fiducia nella propria dottrina avrebbe potuto dare responsi al pubblico, si ebbe al tempo di Adriano, che conferendo al giurista Salvio Giuliano «l'incarico di procedere al riordinamento ed alla definitiva stabilizzazione (*compositio*) degli *edicta tralatiticia* dei pretori, nonché dell'editto degli edili curuli, produsse la definitiva cristallizzazione del testo dell'editto pretorio.

La redazione dell'editto ad opera del suo maestro Giuliano permise a Gaio la elaborazione di «un Sistema Istituzionale unitario»¹⁴²⁵, in cui «la *partitio* di Servio»¹⁴²⁶ fu resa superflua da una visione del potere imperiale, anche essa opera di Giuliano, per cui l'*imperator* non solo, essendo al di sopra dei rapporti umani, poteva, quando ne avesse avuto bisogno, introdurre nuove regolamentazioni, derivanti dalla *ratio naturalis* ed espresse in *constitutiones*¹⁴²⁷, ma, quale più alto grado del giudizio e realizzatore della giustizia naturale, non soggetto quindi, ai limiti dell'editto, con la concessione dell'autorizzazione all'esercizio della funzione giurisdizionale, rendeva le creazioni dell'*imperium* del Pretore equivalenti alle proprie, e quindi *ius*.¹⁴²⁸

Diminuito il peso, fino a quel momento decisivo nella dottrina delle fonti di Diritto Romano Classico, tra «la formazione del diritto attraverso la modificazione del *ius*»¹⁴²⁹ e le «correzioni del Pretore nei casi concreti» e ridottosi, conseguentemente il contrasto tra *ius* e *natura*, «il sistema istituzionale, fino a questo momento comprensivo delle sole istituzioni del *ius*, si estese a tutte le creazioni del diritto»¹⁴³⁰.

Il merito dello sviluppo di questo nuovo sistema delle fonti del diritto va, senz'altro attribuito a Salvo Giuliano, il quale, aveva fatto propria la distinzione del pensiero istituzionale classico,

¹⁴²⁴ In epoca Repubblicana i *prudentes* esercitarono la loro influenza non solo nell'applicazione delle norme, grazie all'ossequio che gli inesperti giudici privati prestavano costantemente ai *responsa prudentium* allegati dai contendenti, ma anche nella prassi, come risultante dalla circostanza che, in sede di revisione annuale del testo dell'editto o di stesura di una proposta di legge, i magistrati si appoggiavano per consiglio ai giureconsulti, ad evitare errori tecnici che non solo avrebbero inciso sul loro prestigio, ma avrebbero potuto essere titolo per una loro responsabilità. CENDERELLI A., *lc. cit.*

¹⁴²⁵ AVENARIUS M., *op. cit.*, 92.

¹⁴²⁶ AVENARIUS M., *lc. cit.*, 92.

¹⁴²⁷ AVENARIUS M., *op. cit.*, 92.

¹⁴²⁸ AVENARIUS M., *op. cit.*, 93.

¹⁴²⁹ AVENARIUS M., *lc. cit.*

¹⁴³⁰ AVENARIUS M., *lc. cit.*

incentrato sulla differenza tra *institutio*, creata e regolata dagli uomini, e *natura*, puramente descrittiva e contemporaneamente aveva conservato il modo di pensare sabiniano, di derivazione preclassica, fautore di un diritto naturale avente la quintessenza dei principi ed agenti direttamente sul piano normativo. La conseguente affermazione, accanto ad un Sistema delle fonti giuridiche classiche, articolato in tre parti, di un Sistema bipartito costituito da un *ius civile* ed da un *ius gentium* interpretato naturalisticamente¹⁴³¹, segnò non solo il superamento della bipartizione edittale, ma anche la ricomprensione delle regolamentazioni quali parti di un unico Ordine istituzionale¹⁴³².

Venuta meno la funzione di continuo adeguamento dell'ordinamento giuridico alle nuove esigenze della vita quotidiana che l'editto aveva saputo svolgere per secoli, e fatto salvo il limitato apporto dell'attività normativa svolta dal Principe in prima persona, toccò ai giuristi il compito di tenere il passo con l'evoluzione della società romana, con l'attribuzione di forza di legge (*legis vicem*) ai responsi dei giuristi, espressi non solo in sede rispondente, ma anche in scritti scientifici e didattici, purché fra di loro concordanti.

Il Diritto Romano Classico offrendo un esempio di compromesso e raggiunto equilibrio tra formalità del diritto, al servizio della libertà e dei diritti individuali, e principi di giustizia sostanziale, chiarisce come il loro rapporto debba essere di complementarità, non potendoci essere legalità, nel senso di applicazione del diritto, senza giustizia¹⁴³³. Il diritto è un giano bifronte, per cui se da una parte è la regola, o modernamente e statualisticamente la legge, dall'altro è la norma di diritto effettivo, che tiene conto delle esigenze di giustizia sostanziale, in un raccordo che è ben sintetizzato dalla espressione «*Gesetz*»¹⁴³⁴, ad un tempo la norma, regola scritta e codificata, e diritto, risultante dall'interpretazione extralegale, tesa a realizzare la giustizia sostanziale. In questo rapporto di complementarità tra formalità, sinonimo di «umanità»¹⁴³⁵, in quanto le regole sono poste dall'uomo, per l'uomo e in funzione dell'uomo e della sua realizzazione individuale e sociale, e sostanzialità, quale esigenza di tenere conto della particolarità del caso concreto, la forma assolve alla funzione di organizzazione attraverso concetti la cui caratteristica non è la rigidità e la fissità, ma la flessibilità ed elasticità: i concetti si allargano e si restringono nell'applicazione casistica, avvolti dalla penombra dei principi di giustizia ed equità che, cingendoli di una tenue indefinitezza, li rende più rispondenti alle esigenze di una società giusta.

La formalità del Diritto Romano Classico quale sistema di regole definite, di facile e sicura individuazione, che fungono da mezzo funzionale alla realizzazione del diritto quale *ars boni et aequi*, offre un esempio di compromesso tra formalità e sostanzialità del diritto, che illumina la

¹⁴³¹AVENARIUS M., op. cit., 94.

¹⁴³²AVENARIUS M., op. cit., 94.

¹⁴³³BEHRENDIS O., *Formality and substance*, op. cit., 220.

¹⁴³⁴BEHRENDIS O., *Formality and substance*, op. cit., 219.

¹⁴³⁵BEHRENDIS O., *Formality and substance*, op. cit., 211.

riflessione filosofica contemporanea.

Capitolo IV

Forma e funzione nel sistema giuridico:

la teoria generale della forma nella *Jurisprudence* Nordamericana.

§1. La composizione degli unilateralismi nella equilibrata integrazione di componenti formali e sostanziali del diritto quale attuale tendenza della *Jurisprudence* Nordamericana. §2. L'approccio orientato alla forma quale alternativa ai riduzionismi giuridici. §3. L'articolazione della Teoria generale della forma giuridica. §4. Le reazioni alla Teoria generale della forma nella *Jurisprudence* Statunitense ed i «commenti ai commenti» di Summers. §5. Il carattere unitario del pensiero Jheringhiano: dalla insanabile rottura alla necessaria complementarità delle due fasi della produzione Jheringhiana, quale ausilio per il superamento degli unilateralismi giuridici.

§1. La composizione degli unilateralismi giuridici nella equilibrata integrazione di componenti formali e sostanziali del diritto quale attuale tendenza della *Jurisprudence* Nordamericana.

La *Jurisprudence* Statunitense¹⁴³⁶ è un esempio significativo¹⁴³⁷ sia della oscillazione del sistema giuridico tra tendenze formalistiche e conseguenti reazioni antiformalistiche, così dirompenti da aver assunto, tra la fine del XIX secolo e gli anni Trenta del XX secolo, i caratteri di una vera e propria «*revolt against formalism*»¹⁴³⁸, guidata dalla «*liberal social philosophy in America*»¹⁴³⁹ contro «*the last bastions of formalist philosophy, economics, law and political science*»¹⁴⁴⁰, gli ultimi baluardi del formalismo filosofico, economico, giuridico e politico del XIX secolo, sia della ricerca di una equilibrata composizione di tale conflittualità, attraverso la elaborazione, a partire dalla fine del XX secolo, di «nuove forme di discorso dottrinale»¹⁴⁴¹, che, rappresentando, ad un tempo, «una completa rottura con gli “stili” moderni della teoria del diritto»¹⁴⁴² ed una loro riformulazione, in «una nuova prospettiva postmoderna»¹⁴⁴³, sono accomunate, nonostante le irriducibili diversità, dalla condivisa aspirazione a fornire una adeguata risposta all'eterno problema dell'identità del diritto e della sua differenza dal non diritto¹⁴⁴⁴, passando, con gli studi di Robert S. Summers¹⁴⁴⁵, attraverso un ripensamento del ruolo che la forma è chiamata a giocare, nel processo costitutivo, prima, ed applicativo, poi, del diritto¹⁴⁴⁶.

¹⁴³⁶La *Jurisprudence*, nel panorama accademico ed intellettuale Nordamericano, è il ramo della Filosofia del diritto che, dedicandosi allo studio del diritto e dell'interpretazione giudiziale, tratta soprattutto le teorie generali dei diritti soggettivi, i problemi dell'interpretazione giudiziale e la natura del diritto. Tradizionalmente infatti, i corsi di *Jurisprudence*, nella maggior parte delle Facoltà giuridiche statunitensi, ruotano intorno ai temi principali della natura del diritto e dell'interpretazione giudiziale nei termini di una teoria oggettiva distinta dalla filosofia politica e morale. CHRISTIE G. C., *Jurisprudence: text and Readings on the Philosophy of Law*, St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1973; MINDA G., *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's end*, New York and London, New York University Press, 1995. Edizione italiana, curata da Mauro Barberis *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, 9.

¹⁴³⁷BEHRENDTS O., *Formality and substance in Classical Roman Law*, op. cit., 207.

¹⁴³⁸WHITE M., *Social Thought in America. The Rivolt against Formalism.*, London, Oxford University Press, 1976, 11.

¹⁴³⁹WHITE M., *lc. cit.*. Sotto la denominazione di «*liberal social philosophy in America*» vengono ricondotte da Morton White le idee e le produzioni scientifiche di Oliver Wendell Holmes, Jr., Thorstein Veblen, James Harvey Robinson e Charles A. Beard, accomunati, non soltanto dall'attacco contro «*formalism or abstractionism*», ma anche dagli elementi positivi dello «*historicism*», lo storicismo, quale tendenza a spiegare i fatti facendo riferimento ai fatti precedenti, e del «*cultural organicism*», l'organicismo culturale, quale tendenza a trovare spiegazioni e materiali rilevanti nelle scienze sociali. WHITE M., *op. cit.*, 12.

¹⁴⁴⁰WHITE M., *lc. cit.*

¹⁴⁴¹MINDA G., *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's end*, New York and London, New York University Press, 1995. Edizione italiana, curata da Barberis Mauro, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, 8.

¹⁴⁴²MINDA G., *lc. cit.*

¹⁴⁴³MINDA G., *lc. cit.*

¹⁴⁴⁴CAMPBELL T. D., *Legal Change and Legal theory: the context for a Rvisited Legal Positivism in Prescriptive Formality and Normative rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers*, op. cit., 607.

¹⁴⁴⁵SUMMERS R.S., *Form and Function in a Legal System- A General Study*, Cambridge University Press, New York, 2006; ID., *Form and Substance in Anglo-American Law*, coauthored with Patrick s. Atiyah , Oxford University Press, 2002; ID., *On Giving Legal Form Its Due. A Study in Legal Theory*, in *Ratio Juris*, Vol. 18 No. 2 June 2005, 129-143; ID. *Comments on the Comments in Ratio Juris*, Vol. 20 No. 1 March 2007 (66-76); ID., *The place of Form in the Fundamental of Law*, in *Ratio Juris*, Vol. 14 No. 1 March 2001 (106-129); ID. *The Jurisprudence of Law's Form and Substance*, Aldershot, england, 2000.

¹⁴⁴⁶SUMMERS R.S., *Form and Function in a Legal System- A General Study*, 2006, Cambridge University Press, New

Lo scenario della *Jurisprudence* Statunitense è stato caratterizzato, «già a partire dal New Deal»¹⁴⁴⁷, da una crescente complessità dovuta al moltiplicarsi di scuole e movimenti di Filosofia del diritto, tra i quali l'*Analisi economica del diritto*, i *Critical legal studies*, la *Teoria giuridica femminista* e la *Teoria dei diritti*,¹⁴⁴⁸ così innovativi, rispetto ai «movimenti giuridici nordamericani specificamente moderni»¹⁴⁴⁹, dall'essere definiti «postmoderni»¹⁴⁵⁰, a voler sottolineare, sia la comune resistenza alla «teorizzazione concettuale»¹⁴⁵¹ ed alla «costruzione sistematica»¹⁴⁵², sia la più o meno accentuata rivendicazione della loro irriducibilità ad una «concezione generalizzata della teoria del diritto»¹⁴⁵³, sia, infine, un diffuso criticismo verso il «modo in cui gli studiosi moderni hanno concepito il diritto e l'*adjudication*»¹⁴⁵⁴.

La competizione e rivalità tra i nuovi movimenti giuridici, impegnati in studi sempre più eclettici e sofisticati, suscitando un vivace dibattito nella *Jurisprudence* Statunitense, ha incentivato «la diversità e la frammentazione della teoria del diritto»¹⁴⁵⁵, difficile da intendere in modo corretto ed esaustivo per noi Europei, abituati ad indossare «gli occhiali della teoria del diritto continentale»¹⁴⁵⁶, inadatti per leggere sia la concezione Statunitense della vita del diritto, sintetizzata dalla celebre definizione «*the life of law has not been logic: it has been experience*»¹⁴⁵⁷, la vita del diritto deve essere non la logica, ma l'esperienza, proclamata da Holmes nel 1881, e destinata a divenire, nel pensiero sociale Americano, lo slogan di generazioni di «*legal realists*»¹⁴⁵⁸, sia il nesso inscindibile

York, Usa, 4.

¹⁴⁴⁷ MINDA G., op. cit., 9.

New Deal, “nuovo corso”, è il nome con cui nella storia Americana si è soliti indicare «l' insieme dei provvedimenti di ripresa, assistenza e riforma» promossi dal Presidente degli Stati Uniti Franklin Delano Roosevelt, il primo democratico dopo Woodrow Wilson, che, eletto nel 1932, cercò di porre rimedio alla grave crisi economica scatenata dal crollo della borsa del 1929, attraverso una politica economica volta a creare potere d'acquisto ed a stimolare l'attività industriale, attraverso «l'innovazione principale della spesa governativa», ossia « “il finanziamento in disavanzo” ». PALMER R.- COLTON J., *Storia del mondo moderno. Dalla prima guerra mondiale a oggi*, 1985, Roma, 134-135.

¹⁴⁴⁸ CAMPBELL T. D., *Legal Change and Legal theory: the context for a Revisited Legal Positivism*, op. cit., 608. MINDA G., *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's end*, New York and London, New York University Press, 1995. Edizione italiana, curata da Mauro Barberis *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, 9.

¹⁴⁴⁹ BARBERIS M., *Presentazione* in MINDA, op. cit., VIII.

¹⁴⁵⁰ MINDA G., op. cit., 10. Minda utilizza l'opposizione moderno/postmoderno per caratterizzare come moderni tutti i movimenti dottrinali Statunitensi sino agli anni Settanta e postmoderni tutti i successivi. Dubbi sono stati sollevati sulla correttezza di questa impostazione nello studio della recente *Jurisprudence* Statunitense, per la sua vaghezza ed onnicomprensività. In particolare essa si adatterebbe male sia al Realismo giuridico Americano, almeno «nella variante radicale associata al nome di Jerome Frank», «abbastanza critico e scettico da risultare “postmoderno” *ante litteram*», sia alla prima generazione dell'analisi economica del diritto, per la sua accentuata «fiducia nell' “oggettività della scienza giuridica”», di stampo marcatamente moderno. BARBERIS M., *Presentazione* in MINDA, op. cit., IX.

¹⁴⁵¹ MINDA G., op. cit., 12.

¹⁴⁵² MINDA G., *lc. cit.*

¹⁴⁵³ MINDA G., *lc. cit.*

¹⁴⁵⁴ MINDA G., op. cit., 10.

¹⁴⁵⁵ MINDA G., op. cit., 9.

¹⁴⁵⁶ BARBERIS M., *Presentazione* in MINDA, op. cit., VIII.

¹⁴⁵⁷ WHITE M., *Social Thought in America. The Rivolt against Formalism.*, London, Oxford University Press, 1976, 13.

¹⁴⁵⁸ WHITE M., *lc. cit.*

di storia, teoria e pratica del diritto¹⁴⁵⁹, che rende ciascun teorico Americano necessariamente anche un pratico del diritto.

Resistendo sia alla tentazione eurocentrica di liquidare sbrigativamente la *Jurisprudence* Statunitense, in ragione semplicemente della sua diversità e conseguente non riducibilità all'idea europea di Filosofia del diritto, come ovvia, superficiale e, come tale, incapace a reggere il confronto con la tradizione del pensiero filosofico europeo, sia alla speculare «prospettiva graniticamente Usa-centrica»¹⁴⁶⁰, pronta a scambiare «le attuali fortune nordamericane del postmodernismo e del decostruzionismo»¹⁴⁶¹ per «una svolta epocale»¹⁴⁶², va ascritto alla *Jurisprudence* Nordamericana, ed al sistema socio-politico, che funge da contesto della sua genesi, sviluppo e continua trasformazione, il merito dell'ecllettismo, quale capacità di aprirsi al nuovo ed integrarlo con l'esistente, in un rinnovamento continuo, ricco di spunti ed elementi di riflessione, sul piano teorico, come di una invincibile capacità di adattamento al cangiante assetto economico, politico e sociale, sul piano pratico.

L'ecllettismo, quale tendenza dei movimenti filosofici sia formalistici, di correggere il loro unilateralismo, mediante l'assorbimento delle componenti positive del sostanzialismo, sia antiformalistici, di integrare, mediante l'attribuzione del dovuto credito alla forma, teorie che individuano nei contenuti l'unica fonte del diritto, consente, attualmente ed a partire dagli ultimi anni del XX secolo, ad orientamenti filosofici, inconciliabili, se considerati isolatamente, di teorizzare, ed, almeno in parte, concretamente realizzare, una equilibrata complementarità di componenti formali e non formali.

I nuovi percorsi del positivismo giuridico sembrano confermare questa chiave interpretativa dei recenti sviluppi della Filosofia del diritto, se è vero che caduto, con la presa d'atto della insostenibilità della teoria pura del diritto, il mito della neutralità del diritto rispetto ad istanze morali e valoriali, la ricerca, ad opera della attuale generazione di positivisti, di una teoria intellettualmente vitale e moralmente convincente del diritto da portare nel processo di riforma giuridica¹⁴⁶³, implica non solo la critica, ma anche la parziale riabilitazione delle due principali contendenti teorie della *Rights Theory* e della *Economics Analysis of Law*, per giungere a delineare una nuova teoria positivista, il *Legal Ethic Positivism*, che, da una parte presenta alcuni punti in comune alle parti teoreticamente contendenti, e dall'altro fa proprie, in modo aperto, le critiche dei *Critical legal studies* e della *Feminist Jurisprudence*¹⁴⁶⁴. Se da una parte, si dubita fortemente della

¹⁴⁵⁹WHITE M., op. cit., 59.

¹⁴⁶⁰BARBERIS M., *Presentazione* in MINDA G., op. cit., VII.

¹⁴⁶¹BARBERIS M., *Presentazione* in MINDA, op. cit., VIII.

¹⁴⁶²BARBERIS M., *Presentazione* in MINDA, lc. cit.

¹⁴⁶³CAMPBELL T. D., *Legal Change and Legal theory: the context for a Rerivited Legal Positivism*, op. cit., 608.

¹⁴⁶⁴CAMPBELL T. D., op. cit., 610. In termini generali, senza nessuna pretesa di esaustività e di completezza, che

idoneità della distinzione tra diritti giuridici ed obiettivi politici, teorizzata dalla *Rights Theory*, tra i cui fautori va ricordato Ronald M. Dworkin, a sopportare il peso richiesto per erigere un effettivo e resistente steccato contro l'intrusione di certi aspetti della politica all'interno dell'impero del diritto, dal momento che ogni asserzione politica in termini di obiettivi, può essere riscritta come rivendicazione di diritti¹⁴⁶⁵, in applicazione del criticismo dei *Critical Legal Studies* e della *Feminist Jurisprudence*, secondo cui il diritto non è altro che uno strumento per la difesa degli interessi di classe o di genere, dall'altra, moralmente inadeguata, per la sua incompletezza ed unilateralità, è pure la *Economic Analysis of Law*, con la pretesa di fondare la scelta di obiettivi politici esclusivamente sui giudizi di valore degli economisti, trascurando, di conseguenza, che la distribuzione iniziale dei diritti, oltre ad essere, ma solo in parte, basata su un calcolo di massimizzazione della ricchezza sociale, possa fondarsi, come invece di fatto accade, su valutazioni di giustizia e di umanità¹⁴⁶⁶.

Integrata la imprescindibilità della dimensione etica e valoriale del diritto della *Rights Theory*, con la fiducia nella razionalità e sistematicità del diritto della *Economic Analysis of Law*, e depurate entrambe le teorie dei loro unilateralismi, attraverso la critica dei *Critical Legal Studies*, secondo cui, non è possibile da una parte separare il diritto dalla politica e dall'altro ridurre il diritto ad un calcolo di razionalità economica, la equilibrata composizione delle componenti positive dei sopradetti movimenti filosofici è da rinvenire nel *Legal Ethic Positivism*, che conserva la sua fiducia nelle regole e nelle altre componenti formali del diritto, ed, al tempo stesso, correggendo il precedente unilateralismo del positivismo, riconosce il ruolo dei giudizi di valore nella produzione del diritto come nella giustificazione politica dei sistemi giuridici¹⁴⁶⁷.

La presa d'atto del carattere obsoleto della ortodossia dicotomica Positivismo - Diritto Naturale e

richiederebbe un'indagine estesa alla evoluzione nel tempo di ciascun movimento filosofico, oltre che della posizione di ciascun esponente di spicco al suo interno, l'idea centrale intorno a cui ruota il movimento dei *Critical Legal Studies*, è che gli obiettivi giuridici tradizionali servono semplicemente ad applaudire l'operazione del potere di classe, razziale e di genere. Nella stessa direzione si muove anche la *Feminist Jurisprudence*, secondo la quale il diritto è, nella sua forma, come nella sua sostanza, un metodo maschile di realizzazione di interessi di lavoro, e che quindi, almeno in una formulazione radicale di queste posizioni, è meglio abbandonarlo che utilizzarlo per la realizzazione di interessi migliori. Nonostante la diversità di posizioni presenti nella *Economic analysis of Law* l'idea cardine, che consente di comporre, al suo interno, la diversità delle posizioni in una scuola, è la convinzione che ogni decisione umana, e quindi anche giuridica, sia dettata dalla logica economica di massimizzazione del profitto e di ottimizzazione dell'allocazione delle risorse. Il politicamente popolare ed intellettualmente riabilitato *Rights Theory* fonda la distinzione tra la sfera giuridica e quella politica sulla base della convinzione che la politica si occupa degli obiettivi, mentre la prima è distintiva caratteristica del diritto è la sua protezione ed appoggio dei diritti fondamentali.

¹⁴⁶⁵Si fa l'esempio della insufficienza di letti in un ospedale: è questo un problema di deficienza negli obiettivi politici o di violazione del diritto fondamentale alla salute delle persone che sono in lista d'attesa e che non possono usufruire delle necessarie cure mediche? È chiaro che ipotizzando una netta separazione tra politica e diritto, laddove essa non c'è e non ci può essere, il rischio è di favorire una ingerenza, nel processo di determinazione politica democratica, delle Corti giudiziarie, che potrebbero decidere arbitrariamente di valutare una questione come politica o giuridica. CAMPBELL T. D., op. cit., 610.

¹⁴⁶⁶ CAMPBELL T. D., op. cit., 613.

¹⁴⁶⁷ CAMPBELL T. D., op. cit., 616.

della caduta del muro di gomma della neutralità del diritto, sulla base della acquisita consapevolezza che non vi può essere una statuizione giuridica senza una decisione politica e, più a monte, una valutazione etica, apre nuovi percorsi di ricerca, anche al fine di dotare il cambiamento giuridico di una adeguata base teorica, in un ambito non solo Statunitense, ma internazionale. Ciò è evidenziato dal dibattito su *The future of Legal positivism*, svoltosi, in occasione del *XXIII IVR World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy*¹⁴⁶⁸ tra Eugenio Bulygin¹⁴⁶⁹, esponente di spicco del *Normative Positivism* e Manuel Atienza¹⁴⁷⁰, membro di primo piano della *Theory of Legal Argomentation*, ed incentrato sul confronto, definito «una nuova versione della vecchia controversia tra positivismo giuridico e diritto naturale»¹⁴⁷¹, tra il positivismo normativo, fondato su una analisi concettuale, e la teoria dell'argomentazione giuridica, ricorrente ad elementi materiali e pragmatici.

La tesi di Bulygin, che vi sono buone ragioni per preferire l'analisi concettuale e la logica a teorie che, facendo ricorso ad elementi materiali e pragmatici, implicano mancanza di chiarezza e certezza¹⁴⁷², è sviluppata utilizzando l'esempio dell'ufficiale che ordina a tre soldati A, B e C di torturare un prigioniero: la posizione del soldato B, un positivista metodologico, a *methodological positivist*, che valuta l'ordine come giuridicamente valido, ma moralmente ripugnante è migliore rispetto al soldato C, giusnaturalista, dal momento che se pure entrambi corrono il rischio di essere puniti per disobbedienza, mentre il primo può addurre che la sua disobbedienza fu dettata da ragioni giuridiche, dal momento che configura un genuino conflitto tra un obbligo giuridico di obbedire all'ufficiale ed un dovere morale di non torturare il prigioniero, il secondo, che potrebbe essere un seguace di Radbruch o di Alexy, può soltanto invocare ragioni morali, escludendo, sulla base di un insanabile contrasto tra giustizia e certezza, la validità giuridica del comando¹⁴⁷³.

Escluso da Atienza che la cd. formula di Radbruch, secondo cui una norma giuridica moralmente ripugnante non è una norma giuridicamente valida, implichi, per una norma giuridicamente invalida, la impossibilità di una critica giuridica e la ammissibilità del solo giudizio di riprovazione morale, e che quindi, sulla base di tale argomento, la posizione del positivista possa dirsi migliore di quella del giusnaturalista¹⁴⁷⁴, il punto decisivo, al fine della esatta comprensione dell'attuale

¹⁴⁶⁸ Svoltosi a Cracovia dal 1 al 6 agosto 2007.

¹⁴⁶⁹BULYGIN E., *Normative Positivism vs. theory of Legal Argomentation*, in GIZBERT-STUDNICKI T. - STELMACH J., *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity. Plerary lectures*, 23th IVR Congress, August 1-6, 2007, Cracow, Warszawa, 2007, 221 ss.

¹⁴⁷⁰ATIENZA M., *Is Legal Positivism a Sustainable Legal Theory*, in GIZBERT-STUDNICKI T. - STELMACH J., *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity. Plerary lectures*, 23th IVR Congress, August 1-6, 2007, Cracow, Warszawa, 2007, 229 ss.

¹⁴⁷¹BULYGIN E., *Normative Positivism vs. theory of Legal Argomentation*, op. cit., 222.

¹⁴⁷²BULYGIN E., op. cit. 226.

¹⁴⁷³BULYGIN E., op. cit. 226-227.

¹⁴⁷⁴ATIENZA M., op. cit., 236.

tendenza della Filosofia del diritto contemporanea alla equilibrata integrazione e composizione dei profili giuridici formali e sistematici con le componenti materiali e pragmatiche del diritto, è la condivisione da parte sia del positivista metodologico, sia del teorico dell'argomentazione giuridica, non solo dell'opinione circa il carattere estremamente ingiusto e moralmente ripugnante dell'ordine dell'ufficiale, ma anche del suo carattere decisivo sul piano giuridico: sia il soldato B, il positivista metodologico, sia il soldato C, il giusnaturalista, decidono di non obbedire. È questa la conferma di come il positivismo metodologico, nonostante la predilezione per la sistematicità e le componenti formali del diritto, sia divenuto consapevole della imprescindibilità e decisività di una valutazione valoriale nel campo del diritto. Una ulteriore riprova di come gli attuali positivisti ritengano imprescindibile, per la stessa configurabilità del diritto, una integrazione ed equilibrata composizione, sia pure minima, di componenti formali-sistematiche e materiali-pragmatiche, si deduce dalla circostanza che Bulygin, sebbene, nella formulazione dell'enigma dell'ufficiale che ordina al soldato di torturare il prigioniero, presenti, accanto alle posizioni del positivismo metodologico, esemplificato dall'atteggiamento assunto dal soldato B, e del giusnaturalismo, espresso dal comportamento del soldato C, anche quella del positivismo ideologico, il soldato A, secondo cui tutto il diritto deve essere obbedito, escludendo completamente la rilevanza di argomentazioni etiche e valoriali nel campo del diritto, alla fine escluda anche la sola proponibilità di tale argomentazione nell'attuale Filosofia del diritto, per la necessaria rilevanza dei contenuti etici nel campo del diritto¹⁴⁷⁵.

Una speculare tendenza a correggere gli unilateralismi degli orientamenti filosofici materiali-pragmatici, mediante il ricorso ad argomentazioni formali-sistematiche, per giungere ad una composizione equilibrata delle due componenti del diritto, si desume dalla tesi di Atienza della necessità di ricondurre l'esempio dell'ufficiale che ordina al soldato di torturare il prigioniero, nel campo giuridico, per consentirgli di assumere la consistenza del caso pratico, realmente verificatosi, in cui i giudici hanno dovuto decidere se i soldati, addetti a sorvegliare il muro di Berlino e che hanno eseguito l'ordine di sparare per uccidere coloro che cercavano di passare da un lato all'altro del muro, hanno commesso o meno omicidio. La scelta di ricondurre un caso di scuola alla realtà storica offre l'indubbio vantaggio di mostrare la inaccettabilità degli astratti argomenti giuridici dei tre soldati: i giudici, infatti, e più in generale i giuristi, obbligati a ragionare giuridicamente, ovvero in termini giuridici, a dare una giustificazione giuridica alle loro decisioni, non potrebbero mai concludere il ragionamento giuridico nel modo seguente: «la legge mi obbliga a fare p, ma io devo, per le mie convinzioni morali, non fare p»; al contrario, se p è il contenuto di una norma o ordine moralmente riprovevole, devono sviluppare un ragionamento giuridico che gli

¹⁴⁷⁵BULYGIN E., op. cit., 226-227.

permetta di concludere: «il diritto mi permette di non fare p».¹⁴⁷⁶ Come l'argomentazione di Atienza sia espressione della tendenza della teoria della argomentazione giuridica ad integrare formalità e sostanzialità giuridica, diviene evidente ove esso venga messo in relazione con l'insegnamento di Piero Calamandrei, condiviso da Giuseppe Capograssi¹⁴⁷⁷, secondo cui il giurista, ribellandosi senza ribellarsi, deve piegare la componente formale alle esigenze etiche e valoriali, attraverso lo strumento dell'interpretazione giuridica: «il diritto è forma e contenuto, cioè principio di azione, azione che si concreta in un suo mondo di principi, di esperienze, di istituzioni, di realtà. È perciò forma piena e viva, che può prendere e prende i contenuti che la lotta politica, la lotta delle forze va preparando, non rivestendoli come di involucro esteriore, che li copre e li lascia intatti, ma trasformandoli, elaborandoli in vari elementi concreti dell'ordine giuridico, assorbendoli in questo ordine, e purificandoli come elementi della vita del diritto, dando cioè loro profonda consapevolezza della pienezza concreta della umanità della vita»¹⁴⁷⁸.

In altri termini, l'argomentazione giuridica è uno strumento di adattamento e di contemperamento tra la componente sistematica e formale, tradizionalmente ritenuta garanzia di certezza, e i contenuti del diritto, portatori di istanze di giustizia materiale.

Una uguale tendenza ad una equilibrata composizione di istanze materiali e formali del diritto, è rinvenibile nei recenti sviluppi della Filosofia Analitica Anglo-Americana, in cui si distingue tra il lavoro dei “vecchi” giuristi analitici, tra i quali spicca il nome di John Austin, e le opere pubblicate da un gruppo di giuristi Analitici Anglo-Americani, i *New Analytical Jurists*, emersi dalla Seconda Guerra Mondiale, tra i quali H.L.A. Hart e R. Dworkin¹⁴⁷⁹.

Se alla considerazione che gli elementi di novità, presenti nella nuova generazione di Filosofi del diritto Analitici Anglo-Americani, non sono nuovi in assoluto, ovvero, nel mondo filosofico in generale, ma solo per la filosofia del diritto analitica, quale branca tra le molte che costellano il cielo della teoria del diritto, si aggiunge la valutazione che essi consistono prevalentemente in un crescente interesse per le indagini sociologiche e valutative¹⁴⁸⁰, diviene evidente come, anche in seno alla Scuola Analitica, si stia verificando un fenomeno di progressiva ed equilibrata integrazione tra sostanzialità e formalità del diritto.

Una conferma è data dal nuovo modo in cui i *New Analytical Jurists* intendono l'analisi della struttura concettuale esistente nel diritto e concernente il diritto, che se è sempre stato il principale, se non il primario, interesse dei giuristi Analitici, dei vecchi, come dei nuovi, ha subito, ad opera

¹⁴⁷⁶ATIENZA M., op. cit., 236.

¹⁴⁷⁷ A tale proposito vedi il capitolo I sul rapporto tra certezza e giustizia.

¹⁴⁷⁸CAPOGRASSI G., *Considerazioni conclusive*, in LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, 254.

¹⁴⁷⁹SUMMERS R. S., *The New Analytical Jurists*, in *The Jurisprudence of Law's Form and Substance*, Aldershot, England, 1999, 863.

¹⁴⁸⁰SUMMERS R. S., *The New Analytical Jurists*, in *The Jurisprudence of Law's Form and Substance*, op. cit., 864.

dell'ultima generazione, non solo un ampliamento, nel senso di allargamento della serie dei concetti analizzati e di una conseguente più ampia varietà delle attività analitiche compiute, ma anche un cambiamento del suo significato, nel senso di significative implicazioni di scopo¹⁴⁸¹. Se Austin e con lui i “vecchi” Filosofi Analitici, individuavano la principale finalità dell'analisi concettuale nella chiarezza e nella distinzione, sulla base della considerazione che una affilata consapevolezza dell'uso delle parole, può migliorare la nostra comprensione dei concetti e delle loro interrelazioni¹⁴⁸², Hart, nel discorrere delle ragioni che inducono i filosofi a ricorrere all'analisi concettuale, si interroga sul rapporto tra i concetti e la realtà, definendo la questione se la Filosofia del diritto Analitica concerna il diritto o le cose, una dicotomia molto ingannevole, dal momento che non c'è una chiarificazione dei concetti che può fallire nell'aumentare la nostra comprensione del mondo alla quale la applichiamo: se ad un uomo, occupato, in un porto, nel mettere a fuoco, attraverso un telescopio, una nave da guerra, che si trova ad una certa distanza, viene chiesto, da un amico, se sia più interessato all'immagine del suo cannocchiale o alla nave, egli non può che rispondere di esserlo ad entrambe, dal momento che egli non sta facendo altro che cercare di allineare l'immagine nell'occhiale con la nave da guerra, al fine di vederla meglio¹⁴⁸³.

I *New Analytical Jurists*, non solo hanno modificato gli scopi del ricorso all'analisi concettuale, ma, sulla base della considerazione che il diritto è un modo di organizzazione sociale ed, in quanto tale, soggetto esso stesso a cambiamenti, anche fondamentali, nel lungo periodo¹⁴⁸⁴, hanno, a differenza della precedente generazione, ammesso la possibilità di dover ricorrere alla costruzione di nuove strutture concettuali, per l'inadeguatezza di quelle precedenti a rappresentare esaustivamente e correttamente la realtà: la ragione del superamento dello *status quo concettuale*, è una fondamentale e nuova, per la Filosofia Analitica Anglo-Americana, esigenza di adeguamento delle componenti formali del diritto, tra cui la struttura concettuale, ai contenuti giuridici, scaturenti dalla realtà¹⁴⁸⁵.

Altro tipo di sforzo analitico, che ha interessato i nuovi giuristi Analitici, ma che è stato completamente estraneo ai “vecchi”, è l'implicazione di scopo, *the purposive implication*, espressione introdotta in letteratura da Lon Fuller¹⁴⁸⁶, che, sebbene non fosse un filosofo analitico, ha fornito numerose intuizioni utili ai *New Analytical Jurists*, tra cui la necessità che siano tracciate le implicazioni di ciò che potrebbero essere chiamate anche “premesse sociali”.

¹⁴⁸¹SUMMERS R. S., *The New Analytical Jurists*, op. cit., 866.

¹⁴⁸²AUSTIN J. L., “*A Plea for Excuses*”, *Proceeding of the Aristotelian Society*, 57 (1956), 8, in SUMMERS R.S., *The New Analytical Jurists*, loc. cit.

¹⁴⁸³HART H.L.A., *Analytical Jurisprudence in Mid-twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer* (1957), 105, *University of Pennsylvania. Law Review*, 953-957, 1957, in SUMMERS R. S., *The New Analytical Jurists*, loc. cit.

¹⁴⁸⁴SUMMERS R. S., *The New Analytical Jurists*, op. cit., 874.

¹⁴⁸⁵SUMMERS R. S., *The New Analytical Jurists*, op. cit., 872.

¹⁴⁸⁶FULLER L., *The Morality of Law*, 1964, 184 in SUMMERS R. S., *The New Analytical Jurists*, op. cit., 877.

La consapevolezza, radicata nella nuova generazione di Filosofi Analitici Anglo-Americani che le conclusioni valide di una implicazione di scopo, sebbene derivino la loro validità dal consenso con le regole di inferenza logica, non sono assimilabili alla deduzione strettamente formale¹⁴⁸⁷, ma sono il principale strumento attraverso cui contenuti del diritto assumono rilevanza nell'ambito dell'analisi concettuale, consente di ritenere ormai realizzata, anche in questa branca della teoria del diritto, l'integrazione di formalità e sostanzialità del diritto.

Gli sviluppi della Scuola Analitica Americana di ultima generazione si intrecciano con il percorso di ricerca seguito da Robert S. Summers, la cui originalità è uno dei motivi decisivi dell'interesse per il suo ultimo lavoro¹⁴⁸⁸, che ne rappresenta una tappa, se non conclusiva, sicuramente decisiva: partito dalla scuola Analitica Americana e dalla metodologia concettuale, non è rimasto sulla comoda poltrona della teorizzazione concettuale¹⁴⁸⁹, pretendendo, con i dizionari e l'analisi del linguaggio¹⁴⁹⁰, di capire il diritto ed ordinare il mondo, ma ha intrapreso la fatica di indagare l'ovvio¹⁴⁹¹ e, con la consapevolezza di attirare su di sé, in questo modo, le critiche sia della scuola analitica più tradizionale, sia dei neorealisti, scettici della forma e riduzionisti del diritto alla politica ed agli altri suoi contenuti, ha costruito la sua compiuta teoria della forma. Ha risposto alle accuse rivoltegli di ovvietà del suo tema di indagine ed, ancor più, delle sue conclusioni, argomentando che ciò che è familiare ed implicitamente utilizzato nella pratica quotidiana dai teorici e soprattutto dai pratici del diritto, come la forma, non per questo deve essere trascurato, come è stato fatto fino ad ora, ma merita una considerazione ancora maggiore, per il suo carattere costitutivo ed essenziale del diritto¹⁴⁹².

È così che l'affermazione, apparentemente banale e scontata, che senza la forma le unità giuridiche del diritto, ed il diritto stesso, non possono esistere, diviene il *central core*, il cuore pulsante, di una teoria della forma che indaga, in modo diretto e frontale, ciò che fino ad ora, nella cultura Europea ed Americana, è stato dato per scontato od esaminato solo in modo indiretto ed obliquo¹⁴⁹³.

È questa considerazione, e soprattutto la disponibilità, non solo a proclamare solennemente, per poi rimanere, di fatto, ancorati a vecchi schemi e metodologie, ma anche ad applicare concretamente, la convinzione che non esiste una metodologia buona per ogni stagione ed argomento, ma il metodo si deve continuamente adeguare al suo oggetto, che fa dell'opera di Summers un lavoro meritevole di

¹⁴⁸⁷SUMMERS R. S., *The New Analytical Jurists*, loc. cit.

¹⁴⁸⁸SUMMERS R.S., *Form and Function in a Legal System- A General Study*, Cambridge University Press, New York, 2006.

¹⁴⁸⁹ BIX B., *Form and Formalism: The view from Legal Theory*, in *Ratio iuris*, Vol. 20, No. 1, March 2007, 49.

SUMMERS R.S., *Comments on the comments*, in *Ratio iuris*, Vol. 20, No. 1, March 2007, 68.

¹⁴⁹⁰ SUMMERS R.S., *Comments on the comments*, in *Ratio iuris*, Vol. 20, No. 1, March 2007, 68.

¹⁴⁹¹ BIX B., loc. cit.

¹⁴⁹²SUMMERS R.S., *Form and Function*, op. cit., 15-17.

¹⁴⁹³SUMMERS R.S., *Form and Function*, op. cit., 47.

attenzione, al di là della condivisione o meno delle sue conclusioni.

Form and Function di Summers è un ottimo punto di osservazione per tornare sulla Filosofia del diritto Americana, cercando di comprendere aspetti e tendenze che dimostrino finalmente come la diversità tra la cultura Americana e quella Europea non sia sinonimo di incompatibilità: come la *open-mindedness* di Summers ha consentito di individuare una terza via tra formalismo ed antiformalismo, sulla base di una concezione “finalistica” della forma, che fa tesoro della lezione di Jhering, così una maggiore apertura verso la *Jurisprudence* Americana ci potrà aiutare nella ricerca, di soluzioni nuove, o, anche, nella riscoperta di prospettive già delineate, al problema dell'equilibrio tra formalità e sostanzialità del diritto.

Un' ultima nota riguarda la organizzazione del capitolo: se l' aspirazione di questo, come degli altri, è la sua scientificità, la struttura si caratterizza per le note ridotte all'essenziale e lo stile più diretto ed immediato. È questo un effetto dei contenuti trattati sulla forma? O è la forma che incide sui contenuti, fino a plasmarli diversamente? Od entrambe le cose?

La risposta la daranno queste pagine, frutto della lettura di un testo di Filosofia del diritto Americana interessante, non solo per i temi e le argomentazioni, ma anche per il suo approccio frontale e conciso.

§2. L'approccio orientato alla forma quale alternativa ai riduzionismi giuridici.

Lo studio della forma giuridica è funzionale alla risoluzione del problema più fondamentale del diritto e della teoria giuridica, concernente la natura del sistema giuridico¹⁴⁹⁴, a cui non ha fornito adeguata risposta il «modo di analisi Hart-Kelsen»¹⁴⁹⁵, che, ideato, nel corso del XX secolo, da H.L.A. Hart e H. Kelsen, con la sua pretesa di ridurre il diritto ad un sistema di regole, non ha tenuto nella dovuta considerazione la crescente complessità delle società occidentali sviluppate, in cui le regole sono ormai soltanto una della grande varietà di unità funzionali che compongono il diritto. Quale strumento alternativo per la comprensione della natura delle unità giuridiche funzionali del sistema giuridico come un intero, Summers prospetta il *form-oriented approach*¹⁴⁹⁶, approccio orientato alla forma, che, accordando il dovuto credito alla forma complessiva, intesa quale «*the purposive systematic arrangement of the unit as a whole*»¹⁴⁹⁷, ne valorizza, ad un tempo, sia la essenza organizzativa e sistematica, sia il carattere funzionale rispetto ad uno speciale gruppo di scopi. È lo stretto legame della forma complessiva con gli scopi, alla cui realizzazione è funzionale la costituzione e la implementazione del sistema giuridico, a rivelare la inadeguatezza dell'approccio orientato alle regole per la comprensione del sistema giuridico: se è vero che la forma complessiva di una unità giuridica funzionale come un intero, insieme con le sue caratteristiche costituenti, i suoi materiali complementari e le altre componenti dell'unità, sono in parte prescritti, sebbene non sempre esplicitamente, nei contenuti di regole giuridiche di rinforzo o, comunque, in norme di diritto positivo, queste ultime, tuttavia, non potrebbero essere neanche abbozzate senza una precedente formulazione della forma desiderata, delle sue caratteristiche e componenti complementari, anche materiali, tra cui vanno inclusi anche gli scopi.

Sebbene le forme complessive e le caratteristiche costitutive di una unità differiscono grandemente l'una dall'altra, per cui, ad esempio, quelle di una Corte giurisdizionale sono disegnate, definite ed organizzate in modo molto differente da quelle di una istituzione legislativa, e quelle di una regola precettiva differiscono da quelle di un contratto così come di una metodologia interpretativa, è possibile individuare tre scopi fondamentali al cui servizio è posta la concezione della forma complessiva dell'unità funzionale quale intero: 1) la definizione, specificazione ed organizzazione del «*make-up*»¹⁴⁹⁸, la composizione, di una unità giuridica, funzionale allo svolgimento del suo ruolo distintivo, unitamente alle altre unità, nella realizzazione dei fini del diritto; 2) l'organizzazione, in ciascuna unità intera, delle relazioni tra le varie caratteristiche formali, e tra queste ultime e le altre componenti complementari non formali; 3) l'organizzazione del modo di

¹⁴⁹⁴ SUMMERS R. S., *Form and Function*, op. cit., 4.

¹⁴⁹⁵ SUMMERS R. S., *Form and Function*, loc. cit.

¹⁴⁹⁶ SUMMERS R. S., *Form and Function*, op. cit., 10.

¹⁴⁹⁷ SUMMERS R. S., *Form and Function*, op. cit., 8.

¹⁴⁹⁸ SUMMERS R. S., *Form and Function*, op. cit., 6.

operare, «*the mode of operation*»¹⁴⁹⁹, e della capacità strumentale, «*the instrumental capacity*»¹⁵⁰⁰, di ciascuna unità, che, incapace di servire da sola gli scopi in vista dei quali è costituita, deve necessariamente essere interrelata ed unificata, in vario modo, con le altre.

La definizione della forma giuridica quale «*the purposive systematic arrangement of the unit as a whole*»¹⁵⁰¹, tesa a sottolinearne il duplice profilo, sia strutturale, evidenziato dall'essere una organizzazione sistematica, *a systematic arrangement*, che costruisce l'unità quale sistema, sia funzionale, *purposive*, che contribuisce a definire, oltre che attuare, gli scopi dell'unità giuridica, non è inventata *de novo* da Summers, ma, è, in parte ereditata o presa in prestito da precedenti sistemi, ed in parte frutto di una evoluzione diacronica, tesa al soddisfacimento dei bisogni sentiti. La conseguente negazione del carattere positivista della concezione della forma di Summers quale costruzione puramente concettuale, che prescinde cioè, completamente dal contesto storico e sociale in cui sorgono i bisogni che il diritto ha lo scopo di soddisfare emerge, chiaramente ed inequivocabilmente, dalla enunciazione delle ragioni che hanno indotto Summers a scrivere *Form and Function*: oltre al già enunciato ed ambizioso obiettivo di contribuire alla comprensione teoretica e pratica della natura delle unità giuridiche funzionali come un intero, argomento principale nell'intero campo della teoria giuridica, che richiede lo studio delle unità giuridiche funzionali, finalizzato, tra l'altro, ad una loro migliore costruzione, la teoria generale della forma segna il superamento di un approccio riduzionistico al diritto. Alle accuse circa il carattere ovvio delle verità sostenute in merito all'importanza teorica e pratica delle forme complessive delle unità giuridiche funzionali, Summers risponde prima ricordando, con una citazione del filosofo europeo Ludwig Wittgenstein, come gli aspetti delle cose che sono importanti per noi sono nascoste a causa della loro semplicità e familiarità, e poi ribadendo, con una frase dell'esponente di spicco del Realismo Americano Oliver Wendell Holmes Jr., che ciò di cui noi spesso abbiamo bisogno è l'educazione all'ovvio, piuttosto che la investigazione dell'oscuro¹⁵⁰².

Lo studio della forma complessiva delle unità giuridiche funzionali può fare avanzare la comprensione sia teoretica, comprensiva e sinoptica della natura formale di un sistema giuridico, consentendo di riconoscerne la natura di caratteristica fondamentale, sia pratica, evidenziando come una forma ben disegnata in tali unità non solo serve meglio i fini della società, ma possa anche concorrere ad incorporarli, esprimerli e conservarli come una reliquia, simbolizzandoli, irradiandoli e perfino rinforzandoli. Ad esemplificazione del carattere costitutivo e non soltanto espressivo dei valori posseduto dalla forma, Summers sottolinea come il valore della imparzialità verso persone

¹⁴⁹⁹ SUMMERS R. S., *Form and Function*, lc. cit.

¹⁵⁰⁰ SUMMERS R. S., *Form and Function*, lc. cit.

¹⁵⁰¹ SUMMERS R. S., *Form and Function*, cit., 8.

¹⁵⁰² SUMMERS R. S., *Form and Function*, cit., 16.

accusate di un crimine, non solo è attuato, ma anche espresso e simbolizzato in una procedura giudiziale adeguatamente definita ed organizzata, che, quale principale strumento di esercizio del potere di inventiva nel servire questo valore, diviene il maggiore elemento costitutivo della forma complessiva dell'aggiudicazione.¹⁵⁰³

La forma in un sistema giuridico è necessaria sotto il duplice profilo della esistenza e della conoscenza delle unità giuridiche funzionali.

L'affermazione di Jhering, posta a fondamento della teoria di Summers, secondo cui una unità giuridica funzionale non può esistere affatto come totalmente priva di forma, si chiarisce alla luce della considerazione che la forma stessa provvede alla organizzazione, sistematica e finalistica, di ciascuna unità, mediante tecniche operazionali per la creazione ed implementazione del diritto: la forma è necessaria non soltanto per consentire la manifestazione della volontà, volta alla creazione di una regola legislativa o di un contratto, ma, anche, per la esistenza della unità. Un esempio è fornito da Summers con riguardo all'esercizio della funzione giurisdizionale: anche se una società è ricca di elementi richiesti per il suo esercizio, quali le risorse materiali, il personale, il *know how* giuridico, perchè si abbia un Tribunale è necessario che il personale, le risorse materiali, e le altre componenti non formali, siano integrate in un complesso organizzato funzionalmente, in una forma, appunto, quale sistemazione sistematica e finalistica della composizione, dell'unità, del modo di operare e della capacità strumentale dell' istituzione giudiziaria. L'essenzialità della forma per l'esistenza del diritto non è confinata all'esercizio della funzione giurisdizionale, e quindi alla creazione dei precedenti, con un chiaro riferimento al sistema delle fonti di produzione del diritto di *common law*, ma si estende anche alla legislatura ed alla pubblica amministrazione: l'esistenza e l'effettività di un sistema giuridico richiedono, l'identificazione, da parte degli operatori giuridici, come dei comuni cittadini, di un diritto valido, attraverso l'impiego di criteri orientati da fonti di validità, quali una sentenza, una legge o un atto amministrativo, che, a loro volta, presuppongono la forma complessiva, richiesta per l'esistenza di tali fonti.

Altro profilo di essenzialità della forma concerne la conoscenza di unità giuridiche funzionali, la cui adeguata comprensione, passa attraverso lo studio della forma, con la conseguente ed importante implicazione della irriducibilità del diritto al suo contenuto: una regola non è semplicemente una incarnazione della politica o di altro contenuto, ma è anche una combinazione di tale contenuto con la prescrittività, la generalità, la definitezza, la struttura interna, la completezza, l'espressione dovuta ed il modo di incapsulamento, che sono tutte caratteristiche costitutive della sua forma complessiva. Come la forma non è riducibile al contenuto, così il contenuto non è riducibile alla forma: lo studio della forma complessiva rivela come essa abbraccia, ma non annulla, il contenuto, essendo il suo

¹⁵⁰³ SUMMERS R. S., *Form and Function*, cit., 17.

scopo servire, unitamente sia alle altre componenti della stessa unità, sia alle differenti unità, gli obiettivi della politica e gli altri valori, quali i principi dello stato di diritto ed i valori fondamentali. Ne consegue che, nella teoria generale della forma di Summers, il rapporto tra la forma ed i contenuti del diritto è di complementarità: da una parte le caratteristiche formali, imbrigliando i contenuti, lasciano le loro impronte e producono altri effetti su di essi, con la conseguenza che una adeguata conoscenza dei contenuti del diritto passa attraverso una adeguata indagine sulla sua forma; dall'altra senza la formulazione e la comparazione delle versioni alternative della stessa caratteristica formale di una regola come manifesta in un differente contenuto complementare, non è possibile né comprendere adeguatamente le importanti impronte e gli altri effetti connessi alla loro incidenza sul contenuto, né è possibile disegnare la forma ed il contenuto della regola in modo adeguato.¹⁵⁰⁴

La concezione della forma quale entità che provvede alla sistemazione, sia sotto il profilo funzionale che finalistico, dell'unità giuridica come un intero, non solo mina la tradizionale contrapposizione tra forma e sostanza, in cui la forma è intesa come vuota ed estranea alla realizzazione dei fini del diritto, ma consente di attribuire credito alla forma non solo per il suo contributo alla realizzazione dei fini del diritto, in parte ed in varia misura già riconosciuto, ma anche quale condizione di esistenza dell'unità giuridica: imprime un segno indelebile e duraturo sui contenuti del diritto, e diviene, in tal modo costitutiva dei suoi scopi.

La mancanza dell'impiego di una terminologia giuridica, che faccia esplicito riferimento alle forma ed alle componenti formali del diritto, non implica l'esclusione di argomenti a sostegno delle scelte di forma, che, di fatto, sono regolarmente presenti negli argomenti utilizzati dai buoni avvocati, custodi delle istituzioni giuridiche, e partecipi della creazione del diritto, nella misura in cui divengono consapevoli dei requisiti richiesti per la sua operatività ed idoneità. Per tali avvocati, responsabili della qualità del diritto, le implicazioni pratiche dello studio frontale della forma fungono da utile sussidio sia per la progressiva acquisizione di una più acuta consapevolezza delle deficienze presenti all'interno del sistema giuridico, sia per la concreta formulazione di proposte pratiche, volte al loro superamento.

La teoria della forma supporta, non solo l'attività dei membri di una professione giuridica organizzata, che è anche essa un'unità giuridica funzionale, ma anche i professori di diritto, colpevoli di un *antiformal animus*, di un animo antiformalistico: lo studio frontale della forma può indurli a comprendere che il formale, nelle unità giuridiche funzionali, ben lungi dal dover essere identificato con il formalistico, con la meccanica aderenza a rigide regole, e con un letteralismo interpretativo di legno, assume una connotazione non peggiorativa, nella misura in cui designa

¹⁵⁰⁴ SUMMERS R. S., *Form and Function* cit., 20.

caratteristiche formali funzionali alla definizione e realizzazione di scopi giuridici positivi.¹⁵⁰⁵

Una confutazione del prospettato peso decisivo assunto dalla forma, nella teoria, come nella pratica del diritto, sembrerebbe derivare dalla considerazione della trascuratezza per il tema della forma giuridica, che, comunque, non è stata totale nella *Jurisprudence* Statuninense, nonostante la sua tradizione realistica e marcatamente antiformalistica. Incontestabile tuttavia, è la circostanza che nessun teorico del diritto o altro studioso, prima di Summers, abbia cercato di lavorare ad una sistematica teoria generale delle forme complessive di una ampia selezione di unità giuridiche funzionali. Né H.L.A. Hart né H. Kelsen, i caposcuola positivisti del XX secolo, hanno trattato sistematicamente le principali forme complessive delle unità giuridiche funzionali ed il loro significato in quanto formali. Se negli Stati Uniti d'America Lon Fuller, ha realizzato studi illuminanti sulle basilari forme dell'ordine giuridico, ed in special modo l'aggiudicazione, la legislazione ed il contratto privato, sottolineando la relazione tra i mezzi ed i fini, con esplicita attenzione alla forma ed agli scopi del diritto, in Europa il merito di avere avuto un grande rispetto per la forma delle unità giuridiche funzionali, va ascritto a Jhering, che, assumendo un atteggiamento molto critico verso il ragionamento giuridico formalistico, diversamente da altri teorici, non solo americani, rifiutò la semplicistica identificazione del formale con il formalistico, per cui ciò che è formale è anche necessariamente formalistico e quindi negativo¹⁵⁰⁶.

Nonostante i numerosi riconoscimenti del carattere fondamentale ed essenziale dello studio della forma, non si è addivenuti, prima di Summers, non solo negli Stati Uniti, ma anche in Europa, allo sviluppo di una teoria generale della forma ed è naturale chiedersi le ragioni della inadeguatezza ed incompletezza degli studi giuridici sulla forma. Le riflessioni di Summers sulle cause della trascuratezza per il tema della forma giuridica sono state, come si vedrà, oggetto di critica da parte della contemporanea *Jurisprudence* Statunitense, quale implicazione della suo arroccamento nella contrapposizione formalismo *versus* antiformalismo: a fasi della storia del pensiero giuridico Europeo ed Americano, in cui l'importanza della forma è stata così tanto presa per garantita che i teorici e gli altri giuristi non sono stati indotti a considerare l'argomento in modo frontale, sistematico e relativamente comprensivo, si sono alternate stagioni di riflessione teorica, in cui il congedarsi dalla forma è nato principalmente dall'ostilità verso il formalismo, a tratti così dirompente, nell'analisi giudiziale e nelle altre analisi giuridiche, da assumere i caratteri di una vera e propria rivolta.

L'apice del movimento antiformalista dei Realisti Americani si raggiunse nei lavori del primo K. N. Llewellyn, che, nelle sue reazioni ampiamente salutari contro metodologie interpretative

¹⁵⁰⁵ SUMMERS R. S., *Form and Function* cit., 24.

¹⁵⁰⁶ SUMMERS R. S., *Form and Function*, loc. cit., 27.

formalistiche dei giudici americani della fine del XIX secolo e dei primi del XX secolo, arrivò a ridicolizzare la unità funzionale di una regola, comprensiva della sua forma, definendola «un bel giocattolo»¹⁵⁰⁷. La identificazione del formale, *the formal*, con alcune versioni del formalismo giuridico, quali la meccanica aderenza a rigide regole, *the mechanical adherence to rigid rules*, ed il vuoto letteralismo nella interpretazione, *the wooden literalism in interpretation*, segna, secondo Summers, anche la produzione scientifica dei neo-realisti, sia di destra, come R. Posner¹⁵⁰⁸, sia di sinistra come D. Kennedy¹⁵⁰⁹, accomunati, nonostante la diversità delle loro posizioni, dalla negazione che vi possa essere uno studio serio sulla forma e dalla conseguente convinzione della necessità di abbandonare l'idea stessa di una teoria generale della forma, etichettandola come priva di senso.

Summers, prendendo posizione contro la identificazione neorealistica della forma con il formalismo giuridico, esclude che dalla duplice circostanza della creazione di regole giuridiche formalistiche, che incarnano distinzioni senza che vi corrispondano reali differenze, o, viceversa, negano differenze realmente esistenti, e della applicazione giudiziale meccanica di regole giuridiche, considerate come rigide e ridotte ad un feticcio delle formalità, possa inferirsi che le forme complessive delle unità giuridiche funzionali siano inerentemente formalistiche: la forma complessiva di una regola non incorpora inerentemente distinzioni senza differenze né occulta differenze reali, così come una metodologia formale di interpretazione non richiede necessariamente un ragionamento meccanico e concettualistico o interpretazioni di legno.

Cause del salto fallace dalla forma al formalismo giuridico sono i riduzionismi giuridici, sia formalistici, nei quali la forma assorbe ed annulla i contenuti del diritto, sia sostanzialistici, con la loro assunzione che solo la politica o altro contenuto sostantivo di una regola giuridica può servire i fini del diritto: se la riduzione del diritto ad un sistema di regole o di forme è il tipo di riduzionismo giuridico che trova espressione nell'approccio orientato alla regola di Hart e Kelsen, cui Summers pone, quale alternativa, l'analisi orientata alla forma, la riduzione del diritto alla politica è il secondo nemico giurato di una teoria generale e di uno studio incentrato, in modo frontale, sulla forma giuridica, in quanto conduce alla negazione che la determinatezza possa, essa stessa, avere alcun significato reale nel servire gli scopi del diritto. La confutazione del luogo comune del neorealismo americano, per cui solo uno standard e non una regola compiutamente definita, può essere essenziale alla realizzazione di una effettiva ed adeguata politica, si fonda sulla dimostrazione che non solo non c'è niente di formalistico nella formale caratteristica della determinatezza, ma questa ultima, al pari delle altre caratteristiche costitutive della forma complessiva delle regole, quali la

¹⁵⁰⁷ SUMMERS R. S., *Form and Function*, loc. cit., 29.

¹⁵⁰⁸ POSNER R. A., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1990.

¹⁵⁰⁹ KENNEDY D., *Legal Formality*, op. cit.

completezza, la generalità, i modi di espressione, contribuisce, unitamente anche alle altre componenti complementari, alla effettiva realizzazione della politica e dei valori.

Nell'aspirazione al raggiungimento dell' equilibrio tra formalità e sostanzialità del diritto, Summers argomenta come non solo una forma ben disegnata in una regola è spesso non meno sostanziale, nei suoi effetti, che un contenuto politico ben disegnato, ma la forma è essa stessa un valore, se ed in quanto ben disegnata, concorrendo, non solo alla realizzazione, ma anche alla definizione degli scopi del diritto.

L'equilibrio tra formalità e sostanzialità del diritto passa quindi, attraverso il riconoscimento della loro complementarità: nel ricorrente esempio della regola che fissa un limite di velocità nella circolazione dei veicoli e che presenta un elevato grado di definitezza, del tenore “non superare i 65 Km/h”, all'alta definitezza, riconducibile alla sua forma, si ricollega anche un contenuto politico complementare, quale lo stabilito limite di velocità, al servizio, al pari delle componenti formali, della realizzazione degli scopi del diritto, individuati nella sicurezza e/o nella scorrevolezza della circolazione stradale. Un diritto ben disegnato, come non può essere tutta sostanza e niente forma, ugualmente, non può essere tutta forma e niente sostanza, dal momento che le caratteristiche formali di una regola, come la dovuta prescrittività, generalità e definitezza, sono essenziali al pari e anche di più dei contenuti ed delle altre componenti non formali, alla ottima realizzazione della politica o del loro contenuto.

Dalla complementarità della *form* e delle altre componenti costitutive formali, con il materiale, *the material*, e le altre componenti non formali del diritto, discende il carattere non positivistico di una teoria generale della forma, indirizzata, principalmente, ai paradigmi generali o esemplari delle forme complessive di una selezione di unità giuridiche funzionali, in società occidentali sviluppate, con la precisazione che qui il positivismo giuridico è inteso quale “credenza” che qualunque regola imposta dal legislatore, o comunque dal “produttore” del diritto, debba necessariamente qualificarsi come tale, malgrado la sua forma ed il suo contenuto¹⁵¹⁰.

La negazione del carattere positivistico della teoria generale della forma giuridica è un tutt'uno, fin dai primi studi di Summers, con la reiezione sia del deduttivismo concettualistico nel ragionamento giuridico, sia del formalismo giuridico pre-realistico, secondo cui il sistema giuridico consiste solo di regole rigidamente applicate. La teoria della forma di Summers è antiformalistica nella misura in cui, facendo tesoro della lezione del realismo americano, supera la contrapposizione tra la forma e la materia e le altre componenti del diritto, alla luce della considerazione che la forma concorre, con le altre componenti della unità giuridica, alla definizione e realizzazione degli scopi del diritto: non

¹⁵¹⁰ SUMMERS R. S., *Form and Function* cit., 34.

solo la forma complessiva di una unità giuridica funzionale è una *purpose-built*¹⁵¹¹, costruzione di scopo - in quanto eretta in funzione della realizzazione degli scopi dell'unità giuridica funzionale, a sua volta, strutturata secondo il disegno della sua propria forma complessiva, per cui, ad esempio, una specie di diritto non precettivo, come un contratto, è organizzata in modo molto differente da una regola o un principio -, ma la forma complessiva, sufficientemente diretta al raggiungimento degli scopi e sistematicamente organizzata, è condizione imprescindibile per la fondazione di unità giuridiche che siano debitamente adeguate alle loro funzioni.

Accanto agli scopi fondativi di ciascuna unità giuridica funzionale, Summers individua, quali ulteriori categorie principali di fini giuridicamente rilevanti, che devono essere realizzati, in parte anche attraverso forme complessive ben disegnate, gli scopi concernenti i requisiti essenziali al modo di operare di una unità, quale ad esempio il principio maggioritario, regola procedurale che deve essere rispettata nell'unità giuridica della istituzione legislativa per assicurare la risolutezza richiesta ad una produzione del diritto feconda. Alle ulteriori categorie di scopi relativi alla realizzazione sia delle politiche pubbliche, sia dei valori politici fondamentali, sia dei principi dello stato di diritto, Summers affianca la razionalità, non più intesa quale meccanica applicazione di regole, ma valore giuridico, realizzato in parte attraverso la forma, e volto a consentire che, nella costituzione ed operatività dell'unità, sia realizzata una razionalità, non più formalistica, ma di scopo¹⁵¹². Summers, nella sua teoria generale della forma, differenzia le ragioni di scopo dalle autoritative: se le seconde sorgono sotto la regola giuridica o altro tipo di diritto, assumendo, per tale motivo, la denominazione di ragioni giuridiche per l'azione e la decisione, le prime sono scopi morali, politici, economici, ed istituzionali, e, come tali non giuridici, privi, cioè, di forza autoritativa, fino a che non siano adottati da una corte o da una autorità.

In un sistema ben disegnato, le ragioni di scopo, o più semplicemente scopi, non solo determinano direttamente o indirettamente molte scelte delle forme giuridiche e delle componenti complementari, nelle unità giuridiche funzionali, ma continuamente determinano come queste caratteristiche e componenti sono schierate a servire scopi o valori: un sistema ben disegnato di unità giuridiche è un monumento non solo alla forma, ma anche alla razionalità, che modella la forma. Come il conio di una zecca sta ad una moneta, secondo l'esempio di Jhering, riportato da Summers¹⁵¹³, così la forma sta ad una unità giuridica funzionale: la forma complessiva non rende da sola la unità un tutto determinato, ma concorre, con i materiali complementari e con gli altri componenti, a rendere una tale entità la specie determinata che essa è.

Per chiarire la sua concettualizzazione e generale definizione della forma complessiva di una unità

¹⁵¹¹ SUMMERS R. S., *Form and Function* cit., 242.

¹⁵¹² SUMMERS R. S., *Form and Function* cit., 46.

¹⁵¹³ SUMMERS R. S., *Form and Function*, cit., 49.

giuridica funzionale quale *purposive and systematic arrangement*, Summers la compara con gli usi comuni della parola forma riconosciuti nella lingua inglese, evidenziandone le disanalogie: se il primo significato della forma, quale contorno visibile o modello di una entità fisica, è inaccettabile, in quanto la forma complessiva di una unità giuridica, quali una regola, un contratto o una metodologia interpretativa o uno strumento sanzionatorio, non hanno contorni, eccetto che metaforicamente, la seconda definizione, di matrice positivista, della forma, quale contenitore, discredita da Lon Fuller perchè riduttiva del ruolo della forma ad una “carriola vuota”, suscettibile di essere riempita di qualsiasi contenuto e spinta in ogni direzione, è altamente ingannevole, dal momento che gli effetti modellanti della forma giuridica non sono quelli di un secchio d'acqua, che vanno persi quando il contenuto è versato, ma hanno carattere continuo, lasciando una impronta indelebile sui materiali e le altre componenti dell'unità giuridica ¹⁵¹⁴.

La teoria generale della forma di Summers, presupposta, piuttosto che esplicitamente stabilita, la sopradetta definizione generale della forma, si articola attraverso un suo adattamento ad una selezione di unità giuridiche funzionali che vengono schematicamente distinte in cinque tipi: 1) istituzionale, inclusivo di legislazioni, corti giudiziarie, agenzie amministrative e società o altri enti privati; 2) precettivo, comprensivo di regole, principi, massime e regolamenti; 2) non precettivo, con una posizione preminente dei contratti; 3) metodologico, e quindi interpretativo, senza però, dimenticare il profilo redazionale degli atti e di ricerca e qualificazione dei fatti giuridicamente rilevanti; 4) sanzionatorio ed implementativo.

L'adattamento della definizione generale della forma a questi tipi differenti di unità giuridiche funzionali è anche uno sforzo di differenziazione, non solo delle unità giuridiche tra di loro, ma anche, al loro interno, tra le componenti formali e le componenti materiali. Attraverso la sua teoria generale della forma infatti, Summers traccia una differenza, che, almeno per certi aspetti, è una vera e propria contrapposizione tra profili formali e materiali, o comunque non formali, dell'unità giuridica funzionale: se il diritto non è riducibile a i suoi contenuti, parimenti le orme, profonde ed indelebili, che la forma lascia sulle componenti non formali complementari, rimangono solo tali, consentendo ai contenuti, che ne sono incisi, di conservare la loro distinta identità. A riprova della separatezza della forma dai contenuti del diritto Summers osserva la facilità con cui sia possibile immaginare che, cambiando la forma complessiva e lasciando i contenuti più o meno inalterati, si crei una differente unità funzionale: se le componenti personali, materiali e le altre componenti non formali rimangono identiche, ma cambiamo la forma complessiva, in luogo di un tribunale, esercente una funzione giurisdizionale, potremmo avere una agenzia di natura amministrativa.¹⁵¹⁵

¹⁵¹⁴ SUMMERS R. S., *Form and Function* cit., 52.

¹⁵¹⁵ SUMMERS R. S., *Form and Function* cit., 60.

Alla indipendenza della forma dal contenuto Summers affianca la priorità della prima sulla seconda: una regola, o altra unità giuridica funzionale, non può essere tutta forma e niente contenuto, ma la sua forma complessiva e le altre caratteristiche formali, possono esistere attualmente, anche quando le componenti richieste, perchè quella unità sia operativa, non esistano affatto. Se, da una parte, potrebbe non essere riconosciuta la forma giurisdizionale e potrebbero non esserci tribunali, anche in presenza della componente personale, ovvero di persone dotate delle competenze e professionalità necessarie per l'esercizio della funzione giurisdizionale, dall'altra, in uno stato nascente, la forma di una istituzione legislativa potrebbe essere creata da una assemblea costituente ben prima della predisposizione delle risorse materiali o della selezione del personale.

Il tradizionale contrasto forma *versus* sostanza del diritto, pure in precedenza utilizzato da Summers¹⁵¹⁶, diviene, nella teoria generale della forma, la controfigura della contrapposizione tra la ragione giuridica autoritativa, per cui il diritto è ciò che è affermato essere tale da chi lo pone, e la ragione giuridica sostanziale, secondo cui nel diritto è necessario tenere conto delle ragioni economiche e sociali, oltre che giuridiche. Tale contrapposizione rivela tutta la sua inconsistenza se la forma è intesa, come fa Summers, non come “una carriola vuota”, pronta a riempirsi, indifferentemente, di qualsiasi contenuto, ma quale componente della unità giuridica complessiva, che imprime una forma a questa unità, così come il marchio della zecca concorre alla formazione della moneta.

Se è errato contrapporre la forma alla sostanza del diritto, dovendosi riconoscere anche alla forma un carattere “sostantivo”, è necessario, d'altra parte, distinguere la forma dalle altre componenti, con le quali la forma si trova in un rapporto di complementarità: è la forma che organizza, sia sotto il profilo degli scopi, sia dal punto di vista strutturale e sistematico, l'unità giuridica in un intero.

Il contrasto tra la razionalità autoritativa, espressione di una concezione formalistica del diritto, quale rigida e meccanica applicazione di regole, e la razionalità sostantiva, che intende il diritto quale veicolo per la realizzazione di razionalità economiche, sociali ed etiche, può essere intesa quale aspetto della più generale contrapposizione tra formalità e sostanzialità del diritto, il cui superamento, sembra suggerire Summers, passa attraverso la confutazione sia della concezione della forma come vuota e quindi pronta ad accogliere, indifferentemente, ogni contenuto, sia della concezione del diritto come mero strumento politico, necessariamente riducibile alle decisioni politiche. Se è vero che i contenuti, politici o di altra natura, giocano un ruolo decisivo all'interno del diritto, al pari della forma, allora si deve concludere che la soluzione della antitesi formalità *versus* sostanzialità del diritto, vada necessariamente rinvenuta in un ritrovato equilibrio: come la

¹⁵¹⁶ ATIYAH P. - SUMMERS R. S., *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institution*, Clarendon Press, Oxford, 1987.

forma non ingoia il contenuto, così il contenuto non dissolve la forma.

La inadeguatezza della contrapposizione forma *versus* sostanza del diritto, non deve far pensare, a giudizio di Summers, che la realtà sia caratterizzata da un *continuum*, e da una generale e generalizzata indistinzione di componenti formali e componenti materiali e comunque non formali, del diritto, le quali, al contrario, rimangono suscettibili di essere differenziate, almeno con una relativa nettezza: tale distinzione è fedele alla realtà, in cui le componenti formali sono sempre distinguibili dalle altre, ed, inoltre, funzionale ad un avanzamento nella comprensione della natura di un sistema giuridico, attraverso l'analisi della forma, quale strumento distinto dalle altre componenti e, per tale motivo, degno di credito per la realizzazione dei fini del diritto.

L'avanzamento nella comprensione di una unità giuridica funzionale, secondo Summers, passa attraverso lo studio della forma complessiva di una unità come un intero, delle sue componenti costitutive e delle forme delle parti costitutive dell'unità, ma non isolatamente: le componenti formali devono sempre essere messe in relazione con il materiale complementare ed le altre componenti non formali, dal momento che solo la loro integrazione ed equilibrata composizione, è in grado di illuminare la struttura, la unità ed i restanti attributi dell'unità giuridica funzionale.

L'uso del termine "sostanza" è ingannevole perchè induce a pensare che la sostanza designi tutti gli elementi giuridicamente rilevanti, con la conseguenza che la forma, non solo non è sostanziale, ma è priva di un significato affermativo generale suo proprio, essendo usata semplicemente per contrasto, per escludere cioè, la necessità di ulteriori catalogazioni.

Alla inaccettabilità dell'antitesi tradizionale tra forma e sostanza del diritto, consegue la negazione della neutralità della forma, le cui caratteristiche costitutive, quali la prescrittività, la completezza, la generalità, la definitezza e la struttura interna, esplicitamente, o anche implicitamente, specificano gli indirizzi dell'unità giuridica funzionale, e, quindi, delle azioni che essa deve tenere per servire la politica e gli altri scopi. La forma non è, allora, vuota e leggera, impalpabile ed intangibile, ma dotata di una potenza organizzativa, essenziale, al punto che senza di essa una unità giuridica non esisterebbe affatto.

Summers, se, nello sviluppo della sua Teoria generale della forma, opera un confronto sistematico tra l'adottato *form – oriented approach*, approccio orientato alla forma, ed il criticato *rule-oriented approach*, approccio orientato alla regola, altamente influente nella Filosofia del diritto, non solo in quanto applicato da L.A. Hart in *The concept of Law*, il principale lavoro di teoria giuridica nella moderna tradizione analitica, ma anche in ragione della sua accentuata similitudine con il metodo orientato alla norma di Kelsen, non esorta all'abbandono del secondo, ma ravvisa l'opportunità che esso sia adeguatamente integrato e funga da approccio secondario rispetto al primo, considerato primario, in quanto non si focalizza esclusivamente, o anche principalmente, sulle regole giuridiche,

con relativa trascuratezza degli altri tipi di unità giuridiche funzionali, ma si applica anche a tutte le altre varietà di unità giuridiche funzionali¹⁵¹⁷. Criticando la concezione di Hart, secondo cui “*the key to the science of jurisprudence*”¹⁵¹⁸, è la “unione” delle regole primarie, che impongono obblighi, con le secondarie, che conferiscono poteri, Summers rinviene la chiave della Scienza giuridica nelle forme complessive che definiscono ed organizzano le singole unità giuridiche funzionali, e nella forma complessiva che definisce ed organizza un sistema giuridico come un intero.¹⁵¹⁹ Solo un approccio orientato alla forma è in grado di dimostrare come uno studio sistematico ed approfondito delle forme possa far avanzare nella comprensione degli attributi delle unità giuridiche funzionali, come la composizione, l'unità e la capacità strumentale, attribuendo credito alle forme, da un lato, quali mezzi per la realizzazione degli scopi del diritto, dall'altro, quali strumenti di composizione del sistema del diritto in un intero, che, *olisticamente*, non è più pari alla somma delle sue parti¹⁵²⁰.

Assumere la forma quale chiave principale per la comprensione della vera identità di una unità giuridica funzionale, significa gettare una speciale luce sulla questione, fondamentale nella filosofia del diritto, della natura del sistema giuridico, consentendo di argomentare non solo che le caratteristiche formali di una regola debbono essere esplicitamente identificate e differenziate da ogni altro contenuto, prima dell'attribuzione ad essa di qualsiasi significato, ma anche e soprattutto che, nella creazione di un sistema giuridico, la concettualizzazione *a priori* della forma debba precedere la definizione dei contenuti delle regole: se è vero che le regole aggiungono *normative cement*, cemento normativo, la forma complessiva che si intende dare alla unità giuridica deve essere conosciuta prima di scrivere le regole.¹⁵²¹

L'approccio orientato alla forma rivendica anche un carattere olistico della forma, che è del tutto estraneo alla regola giuridica, dal momento che solo la prima, e non anche la seconda, consente la comprensione delle basi razionali mezzo – fine, inclusive degli scopi e dei corrispondenti valori, tali da rendere la forma complessiva appropriata per una ben disegnata unità giuridica come un intero: il sistema giuridico non è più statico, ma finalmente dinamico, quale complesso integrato e coordinato di unità, all'interno di una tecnica operativa, che non considera solo la condotta di produzione, ma, finalmente, anche l'attività di implementazione del diritto¹⁵²².

¹⁵¹⁷ SUMMERS R. S., *Form and Function* cit., 74.

¹⁵¹⁸ SUMMERS R. S., *Form and Function* cit., 75.

¹⁵¹⁹ SUMMERS R. S., *Form and Function*, loc. cit.

¹⁵²⁰ SUMMERS R. S., *Form and Function* cit., 78.

¹⁵²¹ SUMMERS R. S., *Form and Function* cit., 84.

¹⁵²² SUMMERS R. S., *Form and Function* cit., 85.

§ 3. L'articolazione della teoria generale della forma giuridica.

Per dimostrare come sia possibile avanzare nella comprensione del sistema giuridico attraverso lo studio delle forme complessive e delle impronte o altri effetti che esse producono sulla componente materiale e altre componenti non formali del diritto, Summers si concentra, sistematicamente, sulla selezione dei paradigmi delle unità giuridiche funzionali, nei sistemi giuridici occidentali sviluppati, analizzando, nell'ambito del tipo generale dell'unità giuridica istituzionale, «*the centralized legislature with substantial nationwide jurisdiction*»¹⁵²³, la istituzione legislativa centralizzata con una giurisdizione sostanziale di ampiezza nazionale, da un lato guardandola dall'esterno, quale corpo che, prendendo una forma complessiva debitamente disegnata per servire gli scopi complessivi, è descritta e compresa come un corpo determinato ed intellegibile, con distinte funzioni ed identità; dall'altro adottando una prospettiva più interna, in grado di enfatizzare l'ordine interno rivolto al raggiungimento degli scopi e consistente, principalmente, nella composizione delle caratteristiche costitutive formali, con i materiali complementari e le altre componenti, debitamente unificate in un tutto coerente.

In applicazione del caposaldo della teoria generale della forma, secondo cui la forma complessiva di una unità giuridica funzionale non si esaurisce nelle sue caratteristiche costitutive formali, ma è comprensiva di componenti non formali, Summers, escludendo che una istituzione giuridica, quale quella legislativa, possa essere definita ed organizzata, cioè formata, in un vuoto senza scopi e privo di valori, ne individua gli elementi costitutivi: 1) gli scopi fondanti, la cui realizzazione è la ragione stessa di esistenza dell'unità giuridica funzionale; 2) la forma complessiva, come debitamente disegnata per servire questi scopi; 3) le caratteristiche costitutive della forma complessiva e le loro interrelazioni; 4) i materiali complementari e le altre componenti come abilità e personale; 5) la interrelazione tra tutte le precedenti componenti; 5) gli attributi risultanti quali la composizione, la unità, il modo di operare e la capacità strumentale.

L' esistenza stessa di una istituzione legislativa, nella sua forma complessiva centralizzata, quale si è concretamente sviluppata nelle società occidentali, è un tributo eretto alla capacità umana di esercitare una razionalità organizzativa di scopo, trattandosi della ragionata costruzione di una sistemazione istituzionale che, se funzionalmente è in grado di servire gli scopi del diritto - siano essi volti a giustificare le scelte di caratteristiche costitutive, che adeguatamente definiscono ed organizzano un tale corpo, o, anche, ogni altra razionalità di scopo -, sistematicamente è un intero, non riducibile ad una mera somma delle sue parti, a causa delle interrelazioni tra di esse esistenti¹⁵²⁴. Passando all'esame delle caratteristiche della forma complessiva dell'istituzione legislativa,

¹⁵²³ SUMMERS R. S., op. cit., 91.

¹⁵²⁴ SUMMERS R. S., op. cit., 99.

Summers si sofferma, in primo luogo, sulla «*compositional feature*»¹⁵²⁵, caratteristica compositiva, che definisce ed organizza la composizione determinata della componente complementare del personale, inclusiva dei legislatori. L'esistenza della componente compositiva, quale componente della forma complessiva, è condizione necessaria per la stessa configurabilità della istituzione legislativa, dal momento che, nel caso della sua mancanza, difetterebbero i requisiti relativi alla costituzione, composizione e conseguente identificazione dell'unità. Inoltre, non è vero che i requisiti formali sono estranei dai fini perseguiti dall'istituzione, che riguarderebbero esclusivamente la componente materiale: la componente compositiva non è un semplice mezzo strumentale, ma è, in parte, costitutiva del vero fine che deve essere perseguito. Una riprova è fornita dallo scopo della rappresentanza democratica realizzato attraverso l'elezione periodica dei legislatori, che, ben lungi dall'essere naturale, nel senso di pre-legale o, anche, a-legale, e quindi interamente indipendente dal diritto, è creazione della forma giuridica: lo scopo della rappresentanza democratica nella produzione del diritto, per essere suscettibile di implementazione, deve prendere una forma debitamente disegnata e specificata, in grado di risolvere una serie di problemi di definizione e di organizzazione.

La dimostrazione, attraverso la riflessione sul tema della democrazia, che la componente compositiva, in quanto formale, non solo realizza gli scopi del diritto, ma concorre a determinarli, è la via maestra, non solo per il superamento del tradizionale contrasto tra sostanza e forma del diritto, attraverso l'argomentazione del carattere *purposive*, di scopo, di quest'ultima, ma anche per l'avanzamento nella comprensione delle caratteristiche strutturali di una attività, quale quella legislativa, attraverso l'utilizzazione di un approccio orientato, anziché alla regola, alla forma, capace, a differenza della prima, di cogliere la relazione tra le caratteristiche compositive dell'unità e gli scopi perseguiti¹⁵²⁶. Così, se una analisi orientata alle regole, avrebbe considerato, con specifico riferimento alla «*jurisdictional feature*»¹⁵²⁷, la caratteristica giurisdizionale della istituzione legislativa, esclusivamente i contenuti delle regole giurisdizionali, con specifica attenzione a quelle che conferiscono e limitano i poteri di legiferare, un'analisi orientata alla forma tratta questa caratteristica olisticamente, ovvero come debitamente integrata con le altre, tutte collegate alla forma legislativa complessiva, rivelando come le caratteristiche formali presuppongono, ed al tempo stesso aderiscono, alle altre caratteristiche costitutive della forma legislativa complessiva¹⁵²⁸.

Il carattere primario di un'analisi orientata alla forma e la conseguente inadeguatezza di un

¹⁵²⁵ SUMMERS R. S., op. cit., 101.

¹⁵²⁶ SUMMERS R. S., op. cit., 107.

¹⁵²⁷ SUMMERS R. S., op. cit., 108.

¹⁵²⁸ SUMMERS R. S., op. cit., 110.

approccio incentrato sulla regola, emerge anche dall'esame della «*structural feature*»¹⁵²⁹, caratteristica strutturale: il contenuto di *reinforcive rules*, regole di rinforzo, di un particolare sistema, che prescrive la caratteristica strutturale della forma complessiva di una istituzione legislativa, semplicemente non potrebbe essere stata scritta senza una precedente comprensione della struttura che dovesse essere prescritta¹⁵³⁰. Altro merito ascritto ad uno studio incentrato sulla forma è la sua capacità di comprendere la stretta relazione tra la struttura e la «*procedural feature*»¹⁵³¹, la procedura, anche essa, al pari della prima, di natura formale: la struttura implica la procedura, e la procedura implica la struttura. Se la struttura ha riguardo alle relazioni tra le parti, all'interno dell'intera legislatura, ed al modo in cui esse sono integrate, per coordinazione o subordinazione, e se la procedura concerne la natura e la sequenza dei vari *steps*, passi, che devono essere condotti nello svolgimento dell'attività legislativa, compresa la produzione del diritto, la loro azione è sinergica, ciascuna essendo in grado di contribuire al miglioramento dell'altra¹⁵³². Ritorna nuovamente il *leit motive* della contrapposizione tra analisi fondata sulla regola ed analisi fondata sulla forma: la riduzione dello studio dell'istituzione legislativa all'esame delle regole di rinforzo, dirette, cioè, a spiegare il funzionamento dell'istituzione legislativa, non è in grado di comprendere i meriti della forma complessiva ed, in particolare, l'interazione tra la componente strutturale, che attiene alla composizione dell'istituzione legislativa, e la componente procedurale, che riguarda invece, il procedimento con cui essa opera.

La struttura e la procedura non sono più contrapposte, come nelle due concezioni che riducono il diritto, l'una alla sostanzialità e l'altra alla formalità: la struttura e la procedura sono caratteristiche formali in quanto consentono la sistemazione della unità giuridica in un intero, completo, sia sotto il profilo sistematico che funzionale. Il risultato è la descrizione non di una versione leggera, ma robusta dell'istituzione legislativa centralizzata e delle sue caratteristiche costitutive, in grado di rivelare come la forma definisce ed organizza, in modo finalistico, la risoluzione di problemi di composizione, giurisdizionali, strutturali, procedurali e precettivi, in ordine a chi deve fare che cosa, quando, come e con quali mezzi, nelle attività dei partecipanti ad una istituzione legislativa democratica¹⁵³³.

Perché la forma di una regola, una delle unità giuridiche funzionali, sia robusta è necessario che sia *purposive*, di scopo, tesa cioè, insieme con i contenuti complementari, ed in combinazione con le altre unità funzionali, alla realizzazione (1) di politiche e di altri fini sociali, (2) di principi generali

¹⁵²⁹ SUMMERS R. S., op. cit., 112.

¹⁵³⁰ SUMMERS R. S., op. cit., 116.

¹⁵³¹ SUMMERS R. S., *lc. cit.*

¹⁵³² SUMMERS R. S., op. cit., 120.

¹⁵³³ SUMMERS R. S., op. cit., 132.

dello stato di diritto, (3) di valori politici fondamentali¹⁵³⁴.

Assumendo che la forma è radicata nella essenza più profonda delle regole, come avrebbe detto Jhering, Summers analizza gli attributi del modo di operare, ovvero della determinatezza e della distinta identità della regola, quale unità giuridica funzionale ed affronta il rapporto tra la forma giuridica ed i principi dello stato di diritto, secondo cui le regole giuridiche devono essere “razionali”, prescrittive, complete e definite, al fine di avanzare nella comprensione ed attribuire il dovuto credito alla forma complessiva ed alle sue caratteristiche costitutive.

Se il carattere formale della “razionalità” di una regola giuridica è una implicazione del rapporto di complementarità tra la forma ed i contenuti del diritto, per cui, da un lato non è possibile definire la forma ed operare la scelta delle caratteristiche formali del diritto, prescindendo totalmente dai contenuti, dall'altro la forma lascia le sue profonde ed indelebili impronte sui contenuti del diritto, la prescrittività non è riducibile al contenuto che essa prescrive¹⁵³⁵, ma è una caratteristica della forma complessiva di una regola, ordinariamente manifesta nel linguaggio, esprime, ad un tempo, la forma ed il contenuto della regola¹⁵³⁶.

Al pari della completezza, caratteristica formale che, a riprova della complementarità di forma e contenuto, si manifesta, essa stessa, nel contenuto complementare che riempie gli spazi della regola¹⁵³⁷, anche la definitezza, sinonimo di fissità e specificità, tendendo a turno, sia a rendere capaci, sia ad influenzare i destinatari ad osservare la regola politica, con ciò servendo la politica o qualche altro contenuto, contribuisce alla determinatezza di una regola e così alla sua fecondità, quale fonte delle ragioni per l'azione e la decisione¹⁵³⁸. La definitezza, pur manifestandosi in una politica complementare alla forma o in altro contenuto, e non potendo, conseguentemente, essere separata da essi, non perde la sua identità quale caratteristica formale, per effetto della sua riduzione ai contenuti del diritto: se il diritto fosse tutto contenuto e non definitezza formale semplicemente non potrebbe esistere, anche solo al fine della realizzazione degli scopi giuridici¹⁵³⁹.

Ugualmente inesistente, perchè priva di una caratteristica costitutiva, è la regola, che difettesse della caratteristica formale della generalità, impronta che la forma complessiva lascia sui suoi contenuti. Altra caratteristica necessaria della forma complessiva di una regola è la sua struttura, che concerne le relazioni tra le parti, tra le parti e l'intero e tra gli elementi interni di ogni singola, complessa parte. Al pari delle altre componenti della forma complessiva di una regola, già viste, cui va aggiunto solo l'incapsulamento, ovvero la necessità che la regola sia formulata in un chiuso assetto

¹⁵³⁴ SUMMERS R. S., op. cit., 137.

¹⁵³⁵ SUMMERS R. S., op. cit., 143.

¹⁵³⁶ SUMMERS R. S., op. cit., 146.

¹⁵³⁷ SUMMERS R. S., op. cit., 147.

¹⁵³⁸ SUMMERS R. S., op. cit., 156.

¹⁵³⁹ SUMMERS R. S., op. cit., 158.

di parole, in una sequenza verbale fissata¹⁵⁴⁰, la struttura non è riducibile al contenuto, il quale rimane sempre separato dalla forma e funge da oggetto nel quale essa, con tutte le sue componenti, è imbevuta¹⁵⁴¹.

Summers risponde alle obiezioni che alla sua concezione del rapporto tra forma e contenuti del diritto, potrebbero essere avanzate dai riduzionisti del “diritto alla politica” e dagli scettici della forma, o come altrimenti si potrebbero chiamare i sostanzialisti, sotto il profilo della riducibilità della forma ai contenuti, per cui, la prima, divenendo parte dei secondi, si ridurrebbe alla politica o ad altro contenuto sostanziale, con la conseguente perdita della sua identità come formale.

La prima argomentazione contro la fusione della forma con i contenuti all'interno di una regola, per cui questa annullerebbe ogni distinzione, con la sopravvivenza dei soli contenuti, fa leva sulla osservazione empirica che qualsiasi caratteristica formale - si fa l'esempio della definitezza, intesa quale fissità e specificità della regola giuridica - in quanto isolabile, con la sua identità, formale ed intatta, sopravvive alla fusione con il contenuto politico, e non solo conserva la sua distinta identità, ma continua ad essere suscettibile di una sua ulteriore caratterizzazione come formale.

La critica al riduzionismo sostanzialista diviene più dura quando si passa a dimostrarne la insostenibilità, mediante l'uso della *reductio ad absurdum*: la posizione generale dei riduzionisti e degli scettici, secondo cui, non solo la definitezza, ma la prescrittività, la completezza, la generalità e tutte le altre caratteristiche costitutive della forma, basilari di una regola, perderebbero la loro identità come formali, per effetto della fusione con i contenuti, è assurda, dal momento che, senza le caratteristiche necessarie alla forma complessiva di una regola, la regola stessa non potrebbe esistere affatto; *a contrario* esistono, chiaramente ed incofutabilmente, molte regole.

Un fondamento empirico ha anche l'ulteriore argomento di Summers, secondo cui i riduzionisti sostanzialisti trascurano di considerare le ampie impronte e gli altri effetti delle caratteristiche formali, che, incidendo sui contenuti, una volta che la regola è formata, non solo sottolineano l'importanza della forma, ma contribuiscono, altresì, all'avanzamento della comprensione della natura stessa della regola.

Assurda è anche la tesi riduzionista secondo cui la esistenza di una politica razionale per la scelta di una caratteristica formale, la convertirebbe in una scelta politica: in primo luogo perchè essa confonde una caratteristica formale con una delle sue possibili ragioni, le quali sono semplicemente non identiche; in secondo luogo perchè vi possono essere anche ragioni non politiche per molte scelte di caratteristiche formali; in terzo luogo, perchè se una caratteristica deve essere classificata come formale, in quanto servente principalmente i valori dello stato di diritto, ma come avente un

¹⁵⁴⁰ SUMMERS R. S., op. cit., 170.

¹⁵⁴¹ SUMMERS R. S., op. cit., 165.

contenuto e quindi una natura politica, in quanto servente anche la politica, allora la stessa caratteristica, per esempio una elevata definitezza, potrebbe mancare di una stabile identità, figurando, in alcune regole, come formale ed, in altre, quale contenuto non formale¹⁵⁴².

Summers analizza i possibili scopi della forma complessiva delle regole, a partire dal più ovvio e fondamentale di creare e mantenere sia unità giuridiche funzionali sia un sistema giuridico come un intero¹⁵⁴³: per creare e mantenere le unità giuridiche funzionali, all'interno di un sistema legale, quale conosciuto nelle società occidentali, il mero ricorso ai principi generali potrebbe non essere sufficiente, richiedendosi, invece, il ricorso ad una forma complessiva, inclusiva delle sue caratteristiche della prescrittività, completezza, generalità, definitezza e struttura interna, in grado, non solo di assicurare la esistenza dell'unità giuridica, ma di concorrere, insieme con i contenuti, alla formulazione ed implementazione sia della politica e di fini sociali simili¹⁵⁴⁴, sia dei principi dello stato di diritto¹⁵⁴⁵, sia, infine, dei valori politici fondamentali¹⁵⁴⁶.

L'osservazione del procedimento di costruzione, redazione ed adozione di regole legislative, in cui le scelte di forma interagiscano con le decisioni concernenti il contenuto politico o altri contenuti complementari, evidenzia come, in ragione del corcoso della forma nella definizione ed implementazione degli scopi, ciò che, in parte, sono scelte di forma potrebbero ricevere maggiore credito per i fini realizzati. È il caso del «*rule of law priorital effect*»¹⁵⁴⁷, effetto prioritario dello stato di diritto, in cui i principi dello stato di diritto prendono la priorità sulla politica confliggente, con la conseguente adozione di una caratteristica formale altamente definita ed il sacrificio, in qualche misura, della realizzazione di politiche particolari. La non identità tra i principi dello stato di diritto, dotati di un carattere formale, ed i contenuti della politica, non deve necessariamente risolversi a favore dei primi: se i dati empirici mostrano che il sacrificio della politica e degli altri fini del diritto, dovuto ad una elevata definitezza, è troppo grande, una regola meno definita sarebbe migliore, anche se essa implicasse un minor peso dei principi formali dello stato di dritto, ed un conseguente «*policy priorital effect*»¹⁵⁴⁸, effetto di priorità della politica. Un caso ulteriore di interazione tra cotenuti politici e principi formali dello stato di diritto è l'episodio in cui alcuni sacrifici dei valori dello stato di diritto sono richiesti, non, come nel caso precedente, perchè questi valori sono vinti da una politica estensiva, che deve essere realizzata attraverso un più basso livello di definitezza, ma quale concessione alla necessità che ci sia un qualche diritto¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴² SUMMERS R. S., op. cit., 181.

¹⁵⁴³ SUMMERS R. S., op. cit., 183.

¹⁵⁴⁴ SUMMERS R. S., lc. cit.

¹⁵⁴⁵ SUMMERS R. S., op. cit., 184.

¹⁵⁴⁶ SUMMERS R. S., op. cit., 185.

¹⁵⁴⁷ SUMMERS R. S., op. cit., 197.

¹⁵⁴⁸ SUMMERS R. S., op. cit., 198.

¹⁵⁴⁹ SUMMERS R. S., lc. cit.

Ad ulteriore riprova della erroneità della tesi avanzata dai riduzionisti del diritto alla politica e dagli scettici della forma, che una regola legislativa, come da ultimo creata, è tutto contenuto politico e niente forma, Summers, analizza i casi che, concretamente e realmente, possono riscontrarsi in un procedimento di creazione di una legge, giungendo alla conclusione che la scelta giuridica finale è, politica e formale, insieme: nel processo di produzione del diritto legislativo, le considerazioni relative alla appropriatezza della forma, non solo figurano nella scelta iniziale e provvisoria, ma anche successivamente, sia dopo la scelta provvisoria ed iniziale del contenuto politico, e sia prima la scelta finale della forma e del contenuto complementare¹⁵⁵⁰. Il risultato è la individuazione di quattro tipi principali di interazione tra forma e contenuto, all'interno del processo costitutivo di una regola giuridica: 1) una forma ben disegnata combinata con una buona politica o altro contenuto; 2) una forma poveramente disegnata, in quanto insufficientemente prescrittiva, o incompleta, o indefinita, o poco chiara, o in altro modo inadeguata, quale mezzo per la realizzazione di obiettivi politici o di valori generali dello stato di diritto o, anche, di valori politici fondamentali, combinata con una politica o altro contenuto potenzialmente buono; 3) una forma ben disegnata, combinata con una cattiva politica o altro contenuto; 4) una forma poveramente disegnata, combinata con un contenuto cattivo o altro contenuto¹⁵⁵¹.

Dalla osservazione empirica e dalla analisi dei casi concreti, di possibile combinazione della forma con i contenuti del diritto, deriva la confutazione della obiezione dei riduzionisti della forma ai suoi contenuti, secondo cui la forma è dettata esclusivamente da fini politici, per cui, il legislatore inizialmente farebbe una scelta formale libera da ogni condizionamento dei fini politici, e, solo in seguito, sceglierebbe i mezzi politici, senza alcuna modificazione concorrente o successiva della politica o dei fini collegati. Dall'analisi del modo concreto di operare del legislatore deriva la conferma, secondo Summers, che non vi sono scelte del fine politico completamente «*form-free*»¹⁵⁵², libere dalla forma, essendo la forma non meramente strumentale, ma in larga misura costitutiva degli scopi del diritto: il concorso della forma nella definizione ed organizzazione degli obiettivi politici e degli altri contenuti valoriali del diritto, è dimostrato dal sistema elettorale, ove questo venga correttamente inteso quale forma il cui credito non è artificiale¹⁵⁵³, ma reale, in quanto attribuito in funzione della sua capacità, non solo di promozione ed incentivazione, ma anche e soprattutto di implementazione, dei contenuti del voto democratico e della regola di maggioranza¹⁵⁵⁴.

L'affermazione dell'essenzialità della forma, pronunciata da Summers, con riguardo all'unità

¹⁵⁵⁰ SUMMERS R. S., op. cit., 201.

¹⁵⁵¹ SUMMERS R. S., op. cit., 205.

¹⁵⁵² SUMMERS R. S., op. cit., 208.

¹⁵⁵³ SUMMERS R. S., op. cit., 209.

¹⁵⁵⁴ SUMMERS R. S., *lc. cit.*

funzionale dell'istituzione legislativa, è ribadita nell'esame del contratto quale «*form of non preceptual law*»¹⁵⁵⁵, forma di diritto non precettivo, integrato e coordinato, all'interno della forma complessiva di una delle maggiori tecniche operazionali dei sistemi giuridici, ovvero la tecnica dell'ordine privato: il contratto non ha solo un contenuto, gli oggetti dello scambio e le parti indicate nel contratto, ma anche una forma complessiva, richiesta per la creazione di un valido contratto bilaterale¹⁵⁵⁶. Il rapporto tra la forma ed i contenuti del contratto è delineato, nella teoria generale della forma, quale un rapporto di complementarità, la cui comprensione richiede un'analisi olistica orientata alla forma¹⁵⁵⁷.

Caratteristiche formali fondamentali della forma complessiva del contratto sono, sia l'impegno assunto con la promessa, sia il reciproco consenso allo scambio, la cui funzione è permettere e facilitare gli sforzi delle parti all'incanalamento delle loro particolari intenzioni e comprensioni in unità giuridiche funzionali, che, almeno *prima facie*, sono validi se ed in quanto sussistono le caratteristiche formali¹⁵⁵⁸. Summers sottolinea quelli che sono i meriti che vanno ascritti ai requisiti formali di validità contrattuale, quali la definitezza, una sufficiente completezza, l'apposizione di termini scritti e la chiarezza di espressione, insieme con altre pratiche, tacitamente comprese come sfondo, quali gli usi del commercio ed il ricorso alle principali operazioni, che, lasciando impronte ed altri effetti sul contenuto, conferiscono una speciale determinatezza allo scambio. È la validità contrattuale, fondata *prima facie* sulla formalità, ad aver facilitato lo sviluppo del libero scambio: i criteri formali non solo hanno massimizzato la libertà delle parti nell'esprimere le loro preferenze nei mercati competitivi, facilitando la definizione dei prezzi e consentendo al libero gioco delle forze del mercato, la ottimizzazione nell'allocazione delle risorse, ma hanno consentito, altresì, nei sistemi occidentali sviluppati, di addivenire alla stipulazione dei contratti, in presenza di una consapevolezza solo limitata e di una conoscenza solo superficiale degli specifici criteri della loro validità¹⁵⁵⁹.

Tali considerazioni confemano, sempre sulla base dell'osservazione empirica, da una parte come, contrariamente a quanto sostenuto dagli scettici della forma o dai critici, disposti a ridurre tutta la forma alla politica, la forma, manifestatasi nel contenuto, non scompare all'interno di essa, ma conservi la sua distinta identità; dall'altro come forme contrattuali ben disegnate sono necessariamente al servizio dei valori.

Gli impegni delle promesse, il requisito della loro reciprocità, richiesta per la formazione del mutuo consenso, unitamente alla dovuta completezza e definitezza, componenti tutte formali che si

¹⁵⁵⁵ SUMMERS R. S., op. cit., 211.

¹⁵⁵⁶ SUMMERS R. S., op. cit., 217.

¹⁵⁵⁷ SUMMERS R. S., op. cit., 221.

¹⁵⁵⁸ SUMMERS R. S., op. cit., 228.

¹⁵⁵⁹ SUMMERS R. S., op. cit., 230.

manifestano però, nel contenuto complementare, sono caratteristiche necessarie della forma complessiva del contratto bilaterale, in assenza delle quali, all'assetto di interessi, pur raggiunto, non potrebbe essere accordata la forma complessiva del contratto bilaterale¹⁵⁶⁰.

La teoria generale della forma, elaborata da Summers, non poteva non avere importanti implicazioni anche nel campo della metodologia giuridica, intesa quale tipo speciale di unità giuridica funzionale, e costruzione di scopo, che definisce ed organizza come il ragionamento giuridico deve essere formulato e fatto nascere per risolvere particolari problemi di interpretazione¹⁵⁶¹.

Conformemente alla impostazione seguita nell'analisi delle altre unità giuridiche funzionali, il modo migliore per studiare la forma complessiva, le caratteristiche costitutive, il materiale e gli altri componenti di una metodologia interpretativa, è non esaminare, semplicemente, i contenuti di regole giuridiche di rinforzo, perseguendo solo lo scopo della descrizione del loro contenuto, ma adottare una analisi improntata alla forma.

L'idea fondamentale che la forma complessiva ed i suoi scopi debbono necessariamente precedere la redazione di regole che si trovano in una posizione subordinata, comporta, quale implicazione necessaria, che gli scopi di una metodologia interpretativa, la sua forma complessiva, come pure le sue caratteristiche costitutive, debbano essere formulate prima che qualcuno possa anche soltanto scrivere le regole giuridiche prescrittive, o anche solo descrittive delle componenti formali.

A fronte della inadeguatezza delle regole a formulare felicemente alcune caratteristiche costitutive della forma complessiva di una metodologia interpretativa, consistente di principi generali e massime, l'analisi orientata alla forma, per il suo carattere olistico, non solo è in grado di abbracciare meglio le caratteristiche costitutive della forma complessiva di una metodologia interpretativa, ma si rivela migliore anche sotto il profilo della capacità di cogliere le interrelazioni tra ciascuna delle sue caratteristiche formali e le componenti materiali o comunque non formali, rivelatore della natura di insieme integrato dell'unità giuridica, quale entità non riducibile alla somma delle sue parti individuali¹⁵⁶².

Posta l'imprescindibilità dell'interpretazione, per cui è necessario farvi ricorso, anche quando la legge è ben scritta¹⁵⁶³, e ribadito il carattere formale delle caratteristiche costitutive della metodologia interpretativa, per cui, anche qui l'assenza di forma sarebbe preclusiva alla realizzazione degli scopi principali di tale unità¹⁵⁶⁴, criterio primario di correttezza e fedeltà interpretativa, che deve cioè, essere applicato prima ed a preferenza degli altri, e sempre fatta salva

¹⁵⁶⁰ SUMMERS R. S., op. cit., 238.

¹⁵⁶¹ SUMMERS R. S., op. cit., 243.

¹⁵⁶² SUMMERS R. S., op. cit., 244.

¹⁵⁶³ SUMMERS R. S., op. cit., 248.

¹⁵⁶⁴ SUMMERS R. S., op. cit., 251.

sia la possibilità del ricorso a criteri secondari, sia la opportunità di un bilanciamento tra differenti criteri¹⁵⁶⁵, è il linguaggio, scelto per la sua maggiore conformità allo *standard* ordinario rilevante, o allo standard tecnico rilevante, o allo speciale significato rilevante del linguaggio adottato nella legge, alla luce degli scopi immediati, resi evidenti dal testo o dal contesto¹⁵⁶⁶.

Adottare quale criterio ermeneutico generale il linguaggio, non significa propendere per una interpretazione formalistica, unanimemente condannata, quale vizio dei sistemi giuridici occidentali sviluppati, più spesso del vizio opposto ed altrettanto temibile del sostantivismo.

Summers, condividendo la convinzione comunemente diffusa, della negatività dell'interpretazione formalistica, confuta l'opinione, ancora diffusa, dell'impossibilità, per uno studioso del diritto, essere, al tempo stesso e coerentemente, sia difensore della *well-designed* form, forma ben disegnata, e del *formal*, il formale, nelle leggi e nella metodologia interpretativa, sia oppositore sincero e convinto della *formalistic statutory interpretation*, interpretazione formalistica della legge¹⁵⁶⁷.

I critici Americani del formalismo giuridico¹⁵⁶⁸, non distinguendo in modo soddisfacente tra la forma, il formale ed il formalistico, hanno erroneamente assunto che il ricorrere di una interpretazione formalistica vada ascritta alla forma complessiva o alle caratteristiche formali della metodologia interpretativa applicata, non essendo rilevante quanto queste forme e caratteristiche formali fossero ben disegnate¹⁵⁶⁹. Equiparare chi esorta alla importanza della forma, nella legge e nella metodologia interpretativa, a chi incoraggia o sostiene una interpretazione formalistica, significa porre sullo stesso piano chi sostiene l'importanza del contenuto politico nel diritto – e qui è chiaro il riferimento di Summers ai neorealisti americani - e chi promuove un contenuto politico cattivo: la forma, includendo la forma ben disegnata, nelle leggi e nelle metodologie interpretative, non dovrebbe avere un cattivo nome semplicemente perchè i giudici talvolta interpretano il diritto in modo formalistico, così come ad un contenuto politico o altro contenuto del diritto, non dove essere negata rilevanza nel campo del diritto solo perchè è malamente deliberato¹⁵⁷⁰.

La analisi di Summers del formalismo giuridico ne considera una particolare varietà, il «*wooden literalism*»¹⁵⁷¹, letteralismo di legno, e ripropone, per la sua illustrazione, un antico caso giudiziario, che si fa risalire a Cicerone, avente ad oggetto una legge sul salvataggio in mare, in base alla quale i proprietari della nave, che la avessero abbandonata quando questa si fosse trovata in balia di una

¹⁵⁶⁵ SUMMERS R. S., op. cit., 265.

¹⁵⁶⁶ SUMMERS R. S., op. cit., 258.

¹⁵⁶⁷ SUMMERS R. S., op. cit., 275.

¹⁵⁶⁸ POSNER R., *The Problems of Jurisprudence* cit.; KENNEDY D., *Legal Formality*, in *Journal of Legal Studies*, 1976, 351, 358-9.

¹⁵⁶⁹ SUMMERS R. S., op. cit., 276.

¹⁵⁷⁰ SUMMERS R. S., *lc. cit.*

¹⁵⁷¹ SUMMERS R. S., *lc. cit.*

tempesta, ne avrebbero perso la proprietà, a favore di colui o di coloro che “fossero stati con la nave” - è questa l'espressione utilizzata nel testo legislativo - nell'eventualità che questa non fosse andata distrutta. Nella fattispecie si assume che un marinaio che si trovasse, malato, nella infermeria di una nave in balia di una tempesta, fosse, per l'impossibilità di scappare, rimasto su di essa. Scampato alla tempesta, insieme con la nave, ma senza aver fatto alcunchè per metterla in salvo, il marinaio ne rivendica la proprietà ed i giudici gliela accordano, dandogli ragione del fatto che “era stato con la nave”: al linguaggio utilizzato dal legislatore è attribuito il significato formalistico, espressione di un letteralismo di legno, di “continuare a stare a bordo”.

Applicando una metodologia interpretativa formale, ma non formalistica, che consente di tenere conto (1) di un generale criterio primario di corretta e fedele interpretazione orientato al linguaggio; (2) di corrispondenti argomenti implementativi del linguaggio ordinario, alla luce del contesto dell'uso delle parole “stava con la nave”; (3) dell'evidente, immediato scopo di questo uso delle parole della legge, Summers ritiene che debba correttamente concludersi che, non avendo il reclamante malato scelto di stare con la nave per salvarla, e non avendo quindi egli concretamente contribuito a salvare la nave, non avrebbe potuto riceverne la proprietà: la legge, correttamente e non formalisticamente interpretata, ne attribuisce la proprietà, quale ricompensa, a chi si sia impegnato per salvarla e non sia solo limitato a rimanere a bordo, per di più involontariamente contro la sua stessa volontà¹⁵⁷².

La novità della metodologia interpretativa formale seguita da Summers risiede nell'integrazione del criterio primario e formale di corretta e fedele interpretazione, orientato al linguaggio, con argomentazioni, finalizzate ad implementare quelle parole nel testo e nel contesto della legge, giungendo, per effetto di una equilibrata composizione di componenti formali e materiali, alla individuazione dello scopo, la cui realizzazione è stata perseguita mediante l'uso di quelle parole.

Alla concezione della forma quale *purposive and systematic arrangement*, sistemazione sistematica orientata ad uno scopo, va, allora, ascritto il merito di superare, anche sul piano della metodologia interpretativa, la contrapposizione tra formalità e sostanzialità del diritto, mediante un equilibrio sinergico di criteri formali e sostanziali.

Gli usi delle parole e delle frasi ordinarie sono infatti, un tutt'uno con lo scopo o gli scopi immediati, determinabili alla luce del contesto e dell'oggetto, che, ben lungi dal porsi in contrapposizione, in ragione della loro sostanzialità, con il criterio formale del linguaggio, lo integrano e completano, consentendo di superare sia la pluralità di significati che molte parole o frasi del linguaggio ordinario hanno in astratto, sia la corrispondente molteplicità dei possibili scopi immediati realizzabili con il loro uso: quando una parola ordinaria, con due o più possibili

¹⁵⁷² SUMMERS R. S., op. cit., 277.

significati standard, è usata in una legge, questo uso è tipicamente caricato di uno scopo particolare immediato che, se non esplicito, è facilmente discernibile dallo specifico contesto d'uso, inclusivo, tra le altre cose, delle altre parole presenti nel testo della legge, e del suo oggetto.

Come, alla luce del contesto e sulla base di un equilibrato e sinergico uso di criteri interpretativi formali e attinenti ai contenuti del testo legislativo, nonché del contesto, l'interprete possa arrivare a determinare, di solito fedelmente alla legge, quale dei due o più significati standard si sarebbero dovuti attribuire al linguaggio utilizzato, è esemplificato nel caso in cui la Corte, erroneamente secondo Summers, attribuisce al marinaio la proprietà della barca intendendo “lo stare sulla barca” semplicemente nel senso del “continuare a stare a bordo”, e non nel senso di “starci per scelta, cioè per salvarla”. L'errore interpretativo consiste nell'aver interpretato la legge senza tenere conto dello scopo immediato dei legislatori, desumibile dal contesto, di compendiare, con l'attribuzione della proprietà della nave, gli sforzi per il salvataggio e, quindi, per aver salvato una proprietà così preziosa. Il significato letterale corretto dell'espressione “stare con la nave” è quello ordinario che queste parole avrebbero avuto in questo contesto, e non quello formalistico e “di legno”, discorde dallo scopo immediato, evidenziato dal contesto d'uso¹⁵⁷³.

Summers esclude la esistenza di un collegamento necessario tra il formalismo interpretativo ed una forma deficiente nella redazione del testo legislativo o nella metodologia interpretativa: la ricorrenza del vizio del formalismo giuridico non è da ascrivere alla presenza della forma nelle leggi o nel metodo interpretativo, quando questa sia ben disegnata, dal momento che questo condurrebbe a credere nella possibilità di poter avere leggi e metodologie interpretative senza caratteristiche formali di qualunque tipo, laddove, invece, queste sono essenziali per l'esistenza di qualsiasi unità giuridica funzionale. Se la causa dell'interpretazione formalistica è da ascrivere non a qualche aberrante approccio dell'interprete, ma veramente alla forma, allora la colpa sarebbe non della forma in quanto tale, ma solo di una forma disegnata male, nella legge o nella metodologia interpretativa¹⁵⁷⁴.

Ad ulteriore riprova della inesistenza di un rapporto di implicazione necessaria tra la forma ed il formalismo, Summers dimostra come lo stesso contenuto di una legge, che tratti in modo differente delle istanze simili e, viceversa, assimili differenze realmente esistenti, possa essere fonte di formalismo giuridico: la legge è formalistica anche quando il risultato interpretativo formalistico è radicato in una assimilazione formalistica, incorporata nel contenuto della stessa legge, e non in una metodologia interpretativa o nella sua applicazione¹⁵⁷⁵.

La necessità della forma per l'esistenza dell'unità giuridica, che è argomento centrale della critica

¹⁵⁷³ SUMMERS R. S., *lc. cit.*

¹⁵⁷⁴ SUMMERS R. S., *op. cit.*, 279.

¹⁵⁷⁵ SUMMERS R. S., *op. cit.*, 281.

all'assimilazione di forma e formalismo giuridico, torna anche nell'esame dell'unità giuridica delle sanzioni e del rimedio del risarcimento del danno nel caso di inadempimento contrattuale, quali principali mezzi per assicurare, anche attraverso l'uso della coercizione, la implementazione del diritto.

È proprio la implementazione del diritto ed il suo concreto dispiegarsi nella realtà, quale sistema giuridico compiuto, a costituire uno dei problemi di fondo della *Jurisprudence*, non solo Americana, cui Summers propone la soluzione non solo della pluralità e varietà di unità funzionali, in contrapposizione alla monistica regola di Hart, ma anche della esistenza di strumenti di secondo livello, che organizzando le unità di primo livello, consentano la loro configurazione nella forma complessiva di un sistema giuridico. Anche in un approccio orientato alla regola ed alla norma vi sono strumenti di secondo livello, ma questi hanno carattere monistico al pari di quelli di primo livello, essendo riconducibili alla regola di riconoscimento nel modello di Hart ed alla norma fondamentale in quello di Kelsen.

Nella teoria generale di Summers, se lo scopo fondamentale della forma complessiva di un sistema giuridico è portare ad esistenza un intero, complesso ed organizzato in sistema, gli strumenti di sistematizzazione di secondo livello sono uno strumento fondamentale per la realizzazione di questo risultato che, si incentra sulla nozione di forma complessiva quale sistemazione sistematica e finalistica del sistema giuridico, quale intero¹⁵⁷⁶.

Il percorso argomentativo di Summers si fonda, anche qui, su una equilibrata e felice combinazione di osservazione empirica ed elaborazione concettuale: la grande molteplicità e differenziazione delle istituzioni e delle altre entità di primo livello, richiede, al fine di essere effettiva, una sistematizzazione, predisposta sia attraverso il disegno formale interno a ciascuna unità sia mediante gli effetti degli strumenti di sistematizzazione di secondo livello, in grado, sia di organizzare coerentemente uno schieramento di istituzioni ed altre entità, sia di operare insieme.

Un esempio di strumento di sistematizzazione di secondo livello è l'ordinamento gerarchico centralizzato, volto a porre rimedio alla disunità di primo livello ed alle disfunzioni in cui possono incorrere istituzioni legislative non centralizzate e subordinate¹⁵⁷⁷. Se l'ordinamento gerarchico e centralizzato opera all'interno di ciascuna sfera, legislativa, giurisdizionale ed amministrativa, la sistematizzazione di secondo livello, tra le sfere, è operata da strumenti di secondo livello volti a stabilire, invece, le priorità tra le istituzioni o le altre fonti di diritto valido¹⁵⁷⁸.

Gli strumenti di sistematizzazione di secondo livello, non solo producono effetti unificanti, ma servono fini e valori fondamentali, quali, ad esempio, l'uniformità dell'implementazione del diritto

¹⁵⁷⁶ SUMMERS R. S., op. cit., 311.

¹⁵⁷⁷ SUMMERS R. S., op. cit., 313.

¹⁵⁷⁸ SUMMERS R. S., op. cit., 317.

su tutto il territorio, la certezza giuridica e la prevedibilità, la uguaglianza di fronte alla legge, come tra persone poste similmente all'interno dello stesso territorio, e la integrità sistematica complessiva, derivante dalla creazione, consistente e coerente, del diritto applicabile, all'interno dello stesso territorio.

Perchè un complesso di unità giuridiche funzionali possa essere debitamente qualificato come sistema giuridico pienamente e compiutamente dispiegato, è necessario che esso combini, integri e coordini le unità giuridiche funzionali di primo livello, all'interno di tecniche di secondo livello, in una linea di sviluppo coerente non solo per la creazione, ma anche per la implementazione del diritto. Ognuna di queste tecniche ha una propria forma complessiva, essendo sinteticamente e schematicamente riconducibili a cinque: la tecnica penale, anche detta correttiva; la tecnica del regolamento amministrativo, la tecnica del conferimento di benefici pubblici; la tecnica della sistemazione privata.

L'obiettivo che sembra sotteso a questa sezione della teoria generale della forma è munire la costruzione concettuale di Summers della necessaria dinamicità. Ancora una volta la strada maestra scelta da Summers è una combinazione di concettualismo ed analisi empirica, di cui un ultimo e compiuto saggio è offerto da una applicazione pratica, volta ad evidenziare gli effetti sinergici e cumulativi delle forme giuridiche¹⁵⁷⁹, quasi a ricordarci, ancora una volta, ed anche con riguardo alla *Jurisprudence* Americana, che il modo migliore per mettersi in salvo, dal formalismo come dal sostanzialismo, è avere lo sguardo puntato verso l'esperienza.

¹⁵⁷⁹ SUMMERS R. S., op. cit., 351.

§4. Le reazioni alla Teoria generale della forma nella *Jurisprudence* Statunitense ed i «commenti ai commenti» di Summers.

Il carattere innovativo della filosofia di Summers ed il riconosciuto merito di avere indotto, attraverso una rinnovata attenzione per il tema della forma, a ripensare, non solo lo scopo della teoria generale e della filosofia del diritto, ma anche i criteri di valutazione del lavoro in questo campo¹⁵⁸⁰, non poteva lasciare indifferenti i Filosofi del diritto Americani: non sono mancate reazioni, anche forti.

Il primo problema che gli studiosi Americani si pongono, nel commentare *Form and Function* di Summers è la sua collocazione nell'ambito della disputa tra formalisti e realisti. Il formalismo, termine e concetto, dalla lunga e colorita storia, nella teoria giuridica americana, ha funto, quale sinonimo di concettualismo e filosofia del diritto meccanica, da antagonista del realismo americano, convinto che la logica, l'astrazione, la deduzione, la matematica, e la meccanica siano inadeguati alla ricerca sociale ed incapaci, come tali, di contenere la corrente ricca, mobile e viva della vita sociale¹⁵⁸¹. Se al tempo del realismo giuridico non c'erano formalisti che si definivano tali, ma il formalismo era un termine denigratorio con cui venivano bollati i giudici ed i commentatori che pervenivano troppo velocemente a conclusioni politiche da regole giuridiche o concetti giuridici generali, attualmente, nella *Jurisprudence* Americana, ci sono autori che definiscono le loro concezioni e teorie come formaliste tenendosi, tuttavia, prudentemente ed adeguatamente lontani dalle tesi che i realisti criticavano. Di qui la definizione del formalismo giuridico americano attuale come post-realista: quando il giudice della Corte Suprema Americana Antonin Scalia¹⁵⁸² si proclama formalista, intende riferirsi al “testualismo”, tesi secondo cui ci sono buone ragioni per interpretare i testi giuridici secondo il loro significato pieno, senza ricorso alla storia o allo scopo legislativi.

Summers non prende posizione nella disputa tra formalisti, propugnatori di un esasperato ed assorbente concettualismo, ed antiformalisti, neorealisti scettici verso qualunque connotazione positiva della forma nel campo del diritto, ma, ponendosi al di là di essa, costruisce una teoria della forma incentrata sulla idea che il diritto, non essendo né formalista e puramente concettuale, né semplicemente anti-formalista, in quanto riduzionista del diritto ai suoi contenuti, serva gli scopi umani e debba, pertanto, essere valutato sulla base del successo che è in grado di conseguire nel realizzarli.

La focalizzazione diretta sul tema della forma si fonda, da un lato sulla condivisione della conquista realista ed antiformalista delle necessità di superare la pretesa neutralità del diritto, nel senso della

¹⁵⁸⁰ É questo il giudizio di Brian Bix in *Form and Formalism: the View from Legal Theory*, in *Ratio Iuris* Vol. 20, No. 1, March 2007, 45.

¹⁵⁸¹ WHITE M., *Social thought in America. The revolt against formalism*, Oxford University Press, London, Oxford, New York, 1949, 11.

¹⁵⁸² SCALIA A., *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, Princeton, New York, 1998.

indifferenza di questo, ridotto a mera forma, rispetto a quelli che sono i contenuti del diritto, e dall'altro, sulla reiezione della posizione estrema antiformalista della riduzione del diritto ai suoi contenuti politici o ad altri contenuti, per cui il rapporto tra la forma ed il contenuto è il rapporto tra due entità, tali che la prima è destinata a sciogliersi nella seconda. I risultati sono da un lato, *the form*, la forma, quale *purposive systematic arrangement*, sistemazione sia sistematica, in quanto diretta alla creazione del diritto, sia finalistica, in quanto mirante alla realizzazione degli scopi del diritto, dall'altro, sul piano metodologico, *a form – oriented mode of analysis*, un modo di analisi orientato alla forma, inteso quale alternativa al *rule-oriented mode of analysis*. Summers sostiene infatti, che i teorici che si focalizzano sulle regole, come Hart, o sulle norme, come Kelsen, tendono a perdere aspetti importanti del diritto, dal momento che, riducendo il diritto ad un complesso di regole o norme, sono incapaci di cogliere il profilo finalistico del diritto, cioè la sua direzione alla realizzazione degli scopi del diritto. L'approccio orientato alla forma invece, è in grado di spiegare la natura delle unità giuridiche funzionali e del sistema giuridico come un intero: ogni varietà di unità è concepita nei termini dei suoi scopi, della sua forma complessiva, delle sue caratteristiche formali, dei suoi materiali complementari e di altre componenti.

Alla luce di tali considerazioni metodologiche risulta ancora più giustificata la lettura della teoria della forma di Summers quale risultato dello sforzo, non solo tentato, ma anche riuscito, di ricercare un equilibrio tra un approccio troppo formale, che riduce cioè, il diritto a mera forma, ed un approccio scettico rispetto alla forma, che sciolta nei suoi contenuti, sarebbe privata di autonoma consistenza: la forma deve essere tenuta distinta dal contenuto del diritto per la impossibilità di ridurre la prima alla seconda.

La forma non solo è indipendente, ma anche in posizione di preminenza rispetto al contenuto, dovendole essere ascritto il merito fondamentale di consentire la costruzione olistica del diritto quale sistema, che è un intero, non corrispondente alla somma delle sue parti. Anche sotto tale profilo Summers traccia una strada nuova per la filosofia del diritto, terza, sia rispetto alla indifferenza del diritto, in quanto forma, rispetto ai suoi scopi, sia rispetto alla riduzione del diritto a puro strumento della politica, risultante della somma delle scelte, puramente contenutistiche, che siano state fatte, di volta in volta, dal legislatore. È la teoria della formazione del diritto, in primo luogo legislativo, ma non solo, che deve essere ripensato, con la piena consapevolezza che le scelte di forma vanno di pari passo con le scelte di contenuto, e ben lontano dall'essere solo strumentali rispetto ad esse, concorrono invece, alla loro determinazione. L'approccio orientato alla forma è superiore rispetto a quello orientato alle regole ed alle norme: ci sono infatti, buone ragioni non solo per supplire alla conoscenza delle regole con la conoscenza della forma, ma anche per dare la priorità alla conoscenza delle forme.

Il superamento della contrapposizione formalismo *versus* antiformalismo è operata, come constatato dai commentatori americani, anche sul piano metodologico: Summers, pur partendo da una posizione analitica, non adopera il concettualismo puro, ma costruisce la sua teoria della forma sulla base di un rapporto di comparazione o, meglio, complementarità con un approccio empirico e con ovvie convergenze con la sociologia del diritto.

La consapevolezza che Summers apre un capitolo nuovo nella *Jurisprudence* Americana, che va al di là della contrapposizione tra formalismo ed antiformalismo, si coglie nel riconoscimento, ad opera dei commentatori americani, del carattere di sfida di questa teoria della forma, prima, per non esservene state altre, e, quindi, unica nel suo genere. Una attenzione rivolta in modo centrale alla forma sembra da un lato, troppo empirica ai teorici giuridici analitici tradizionali, che preferiscono una analisi concettuale, e, dall'altro, non abbastanza empirica, ai teorici che studiano formule economiche e dati scientifici e sociali. Rimane, in ogni caso, una alternativa chiaramente valutabile per la comprensione del diritto, con l'ovvio vantaggio di non rimanere vittima né delle aride battaglie concettuali, da un lato, né delle contese tra i differenti contenuti politici, dall'altro.

Si fa strada in questo modo, la presa d'atto che la liberazione del diritto dai lacci della contesa formalismo vs. antiformalismo, in America, come in Europa, non è altro che una rivendicazione della sua autonomia rispetto sia alla razionalità logica, che riduce il diritto ai concetti, sia alla razionalità politica, che strumentalizza il diritto alla realizzazione degli obiettivi governativi.

L'incapacità di cogliere la collocazione della teoria della forma di Summers oltre il formalismo e l'antiformalismo, genera il rischio di un suo fraintendimento e, conseguentemente, l'errore di attribuire un carattere vago e confuso alla strutturazione del rapporto tra *form and substance* nel diritto: alla rivendicazione di indipendenza della forma dalla sostanza del diritto seguirebbe prima, l'affermazione della loro complementarità, ed infine, la considerazione che, talvolta, potrebbero esserci effetti sinergici¹⁵⁸³.

Summers, affermando la superiorità ed il primato della forma rispetto all'approccio ancillare e complementare orientato alla regola, lascerebbe senza risposta e quindi aperti, due interrogativi fondamentali: 1) quale è l'essenza della differenza tra la forma e la sostanza del diritto? 2) affermata l'esistenza di una interrelazione tra forma e sostanza del diritto, Summers condivide o meno l'idea che la forma segue sempre la sostanza del diritto?¹⁵⁸⁴ Soper, in altri termini, rivelerebbe una incongruenza tra la tesi della indipendenza e netta distinzione tra forma e sostanza del diritto, da un lato, e la presa d'atto che la decisione politica, di natura sostanziale, automaticamente porta con sé la forma correlativa, per cui si può dire che la sostanza porti la forma al suo seguito¹⁵⁸⁵: non possiamo

¹⁵⁸³ SOPER P., op. cit., 58.

¹⁵⁸⁴ SOPER P., op. cit., 59.

¹⁵⁸⁵ SOPER P., lc. cit.

mantenere il contenuto sostanziale costante e cambiare la forma della definitezza dal momento che, nel caso del precetto giuridico, la decisione politica sostanziale porta sempre con sé la forma correlativa.

Nella circostanza che la forma segua la sostanza, è rinvenuta la spiegazione di ciò che Soper identifica come *puzzle* della forma: se la forma è così importante perché è stata dimenticata e trascurata così a lungo? Alla giustificazione di Summers della possibilità che anche l'ovvio possa nascondere dimensioni che meritano una più piena esplorazione, Soper ribatte che se il ruolo della forma è ovvio, se esso è in modo inconscio incorporato nella pratica, forse la ragione è da rinvenire proprio nella circostanza che la forma, sebbene presente e distinguibile dal contenuto, è secondaria e non primaria.

Correlato al tema del rapporto tra forma e sostanza del diritto, è il problema, da sempre aperto, della neutralità della forma e del suo rapporto con i valori: la definizione della forma di Summers è neutrale dal punto di vista dei valori, ponendosi quale concetto fattuale, o implicitamente, nel momento in cui decide che cosa rientra nella nozione stessa di forma, acquista un carattere valutativo, informato a criteri morali? Ed in caso positivo, quali sono le conseguenze sostanziali che la forma, in quanto concetto valoriale, comporta? Quale è, infine, la connessione tra la forma ed i fini sostanziali che essa aiuta a raggiungere?

La affermazione di Summers della neutralità della forma sarebbe in insanabile contrasto con la sua definizione della forma di 1) *arrangement*, sistemazione o organizzazione del sistema giuridico 2) finalistico, *purposive*, diretto cioè, al raggiungimento dello scopo, e 3) sistematico, *systematic*, in quanto costitutivo di un sistema giuridico, che non è pari alla somma dei suoi elementi: il carattere finalistico della forma e la superfluità e ripetitività del riferimento al carattere sistematico creerebbe una confusione tra la *semplice* forma, quale nozione fattuale ed avalutativa, e la forma buona, se ed in quanto sufficientemente sistematica. Due sono le conseguenze che Soper fa derivare dal carattere valutativo, piuttosto che fattuale e quindi neutrale della forma in Summers: il credito dovuto alla forma si ridurrebbe in quanto, avendo carattere sostanziale, perderebbe la sua identità di forma e si ridurrebbe a sostanza del diritto; la inclusione di criteri valutativi nella definizione della forma porterebbe ad una errata definizione dei fenomeni giuridici.

La critica che si muove a Summers, in altri termini, è, da una parte, di avere attribuito un carattere sostanziale alla forma, secondo quello che è l'orientamento presente nel *Critical Legal Studies Movement*, volto a disvelare la matrice politica del diritto, per cui ogni scelta giuridica è sempre una decisione politica, e dall'altra, di aver continuato a distinguere, incoerentemente a detta di Soper, la forma dalla sostanza del diritto. Il carattere valutativo della forma, secondo Soper, si risolve necessariamente, in un giudizio di adeguatezza della forma rispetto alla realizzazione degli scopi del

diritto. Di qui l'accusa di incompletezza della sua analisi degli scopi del diritto realizzabili attraverso la definitezza dei concetti giuridici: nel vagliare le considerazioni politiche, che sono alla base della scelta giuridica, avrebbe omissso la considerazione che la definitezza dei precetti giuridici favorisce le classi più elevate e sofisticate rispetto alle classi più vulnerabili e meno bene educate¹⁵⁸⁶.

Aspetto della problematica, concernente il rapporto tra la forma o i principi procedurali, da un lato, ed il contenuto sostanziale, dall'altro, sviluppata, nella teoria della forma di Summers, a detta di Soper, in modo confuso o comunque dai contorni poco netti, è la affermazione della possibilità che una buona forma generi un buon contenuto o sostanza. Si tratta di una asserzione che, risalente a Fuller, propugnatore della necessità che valori procedurali, richiedenti la chiarezza nel diritto, generino valori morali minimi, e aspramente criticata da Hart, negatore di una speciale incompatibilità tra le leggi chiare ed il male, sembrerebbe tornare in Summers, pure attento a precisare che soltanto una buona forma tende a generare un buon contenuto, ed a puntualizzare che una forma ben disegnata potrebbe comunque essere combinata con una politica o altro contenuto cattivi. Inaccettabile ed incoerente sarebbe questa idea della necessaria connessione tra la chiarezza del diritto, suo requisito formale, e la bontà dei suoi contenuti, inerenti alla sostanza del diritto, come dimostrato, tra l'altro, sul piano della osservazione empirica, dalla esistenza di numerosi esempi in cui regimi che hanno diritti chiari sono disegnati per comunicare norme giuridiche, i cui contenuti sono manchevoli, sotto il profilo della libertà e della dignità umana.

Criticata infine, è la metodologia interpretativa di Summers ed il primato che in essa egli attribuisce al criterio di correttezza interpretativa orientata al linguaggio: come si può, conciliare *a language-oriented criterion as the primary criterion of interpretative faithfulness*, un criterio orientato al linguaggio come il principale criterio di correttezza interpretativa, con la condanna, che pure Summers condivide, del vizio del formalismo, di cui espressione fondamentale è il *wooden literalism*, letteralismo di legno? Se il formalismo, come metodologia interpretativa, è cattiva perchè essa è insufficientemente sensibile agli scopi, al contesto ed agli intenti del legislatore, questo non significa che, assumendo una posizione antiformalistica, le priorità metodologiche dovrebbero essere assegnate proprio a questi ultimi, e non al linguaggio, criterio ermeneutico necessariamente formalistico?

L'esame delle critiche rivolte alla teoria generale della forma di Summers è un utile sussidio al fine della sua contestualizzazione nel quadro della Filosofia del diritto Statunitense, essendo tutti i commenti riconducibili all'interrogativo di fondo: ma la teoria della forma di Summers è neorealista, nella misura in cui rivendica il carattere finalistico di una forma che è *purposive*, diretta

¹⁵⁸⁶ KENNEDY D., *Form and substance in Private Law Adjudication*, in *Harvard Law Review* 89, 1685-778.

cioè, alla realizzazione degli scopi del diritto, anche, ma non esclusivamente politici, o è, invece, analitica, in quanto assertrice della *reasonableness*, ragionevolezza, di un diritto che è razionale nella misura in cui è logicamente e compiutamente ordinato in concetti?

I *comments on the comments* di Summers¹⁵⁸⁷, con cui egli risponde alle critiche mosse al suo ultimo lavoro, confermano che la sua teoria della forma, rompendo, con pacatezza, gli schemi della *Jurisprudence* Americana, ha, con successo, elaborato un approccio giuridico orientato alla forma, che va al di là sia della posizione neorealista antiformalista sia del concettualismo formalistico di matrice normativistica Kelseniana o anche, nella sua formulazione meno recente, analitica Hartiana. È lo stesso Summers a precisare come il suo approccio orientato alla forma sia una alternativa rispetto all'approccio orientato alle regole: non è vero, come sostiene Bix, che egli abbia frainteso Hart e Kelsen, le cui teorie traccierebbero le linee di separazione tra diritto e non diritto, piuttosto che concernere la natura delle varie unità giuridiche funzionali di un sistema giuridico, non riducibili, nella loro varietà, alle sole regole; per tracciare le linee tra il diritto ed il non diritto, è essenziale e necessario, considerare anche, di che cosa il diritto sia fatto, interrogandosi su che cosa sono le sue unità giuridiche funzionali e come esse includono il sistema.

Emerge così, in modo netto ed inconfutabile, la volontà di aprirsi un varco tra i due principali indirizzi di filosofia del diritto americani, l' analitico ed il neorealista, attraverso il superamento di ogni barriera metodologica: «noi abbiamo bisogno qui di tutto l'aiuto che possiamo ottenere da tutti i tipi di indagine»¹⁵⁸⁸, superando gli steccati del concettualismo come degli studi empirici, nella consapevolezza che l'elaborazione dell'ovvio richiede che si sviluppino sia le capacità di astrazione sia di osservazione, pressochè costante, dei fenomeni giuridici.

Risultato della focalizzazione di Summers sulla elaborazione dell'ovvio¹⁵⁸⁹, è la sostituzione del contrasto forma *versus* sostanza del diritto con l'altro forma di una unità giuridica funzionale *versus* componenti complementari o altre componenti del diritto¹⁵⁹⁰. La inadeguatezza della prima e più tradizionale contrapposizione emerge dalla considerazione che, comparata a qualcosa di così robusto come la sostanza del diritto, la forma figurerebbe come relativamente anemica, sottovalutata nella sua estensione, densità e contenuto complessivo, a fronte della esaltazione del contenuto.

Nella teoria della forma, quale sistemazione sistematica e finalistica di una unità giuridica come un intero, di Summers, l'anemia formale è sostituita dalla robustezza organizzativa e definizionale di una forma, che è debitamente disegnata per servire i fini del diritto, in un rapporto con i materiali e

¹⁵⁸⁷ SUMMERS R.S., *Comments on the comments*, in *Ratio iuris* Vol. 20, No. 1, March 2007, 66-76.

¹⁵⁸⁸ SUMMERS R.S., *Comments on the comments*, cit., 68.

¹⁵⁸⁹ SUMMERS R.S., *Comments on the comments*, loc. cit..

¹⁵⁹⁰ SUMMERS R.S., *Comments on the comments*, op. cit., 70.

le altre componenti dell'unità che è definito di complementarità, per sottolineare come il rapporto dicotomico tra componenti formali e sostanziali non è di netta ed insuperabile incomunicabilità, come sottolineato dal contrasto forma *versus* sostanza del diritto, ma di interazione e reciproca ed equilibrata integrazione.

La sostituzione del contrasto forma *versus* sostanza del diritto con la interazione della forma con le complementari componenti materiali o altre componenti del diritto, è più idonea a sottolineare l'ampiezza della nozione di forma quale sistemazione sistematica e di scopo della unità, inclusiva delle sue impronte e degli altri effetti che è in grado di produrre sulla componente materiale e le altre componenti del diritto: alla varietà delle scelte formali corrisponde una uguale e corrispondente ampiezza di effetti sulle componenti contenutistiche del diritto, come comprovato dalla considerazione degli effetti che la caratteristica compositiva formale di una complessa istituzione, quale quella legislativa, è in grado di produrre sulla composizione del suo corpo.

La inaccettabilità del contrasto forma *versus* sostanza del diritto è allora, un tutt'uno, non solo con la affermazione di una nozione ampia della forma, comprensiva di un duplice profilo, stutturale-sistematico e funzionale-finalistico, ma anche con il rifiuto della concezione della sostanza quale prodotto della combinazione della forma con la materia. Il rifiuto della riduzione del diritto alla sua sostanza non equivale però, alla elevazione della forma, al di sopra della sostanza, in un modo che potrebbe ed è stato da taluno definito formalistico: il maggior credito della forma per i fini serviti non scade mai nel formalismo, quale risoluzione del diritto nella forma, permanendo sempre la connessione con la componente materiale o altra componente della unità giuridica, quale la componente politica in una regola, o personale in una corte.

Alla inadeguatezza del contrasto forma *versus* sostanza del diritto rispetto al superamento della conflittualità formalismo *versus* antiformalismo, segue la confutazione della tesi che la scelta formale è sempre successiva rispetto alla scelta del contenuto e la segue necessariamente ed automaticamente, per cui la scelta formale non farebbe che riflettere la scelta del contenuto. Per spiegare perchè la forma non segua necessariamente il contenuto, Summers suppone l'esistenza di due regole, regolatrici del limite di velocità, del tenore 1) “guida a non più che 65 Km/h”; 2) “guida ragionevolmente”, che differiscono principalmente, sotto il profilo della caratteristica formale del grado di definitezza e, conseguentemente, della differente impronta formale sulla sostanza delle regole: ad ogni grado di determinatezza corrisponde una differente formulazione della regola e quindi una diversità non solo della sua forma, ma anche del suo contenuto: regole alternative prendono differenti gradi della caratteristica formale della definitezza, e la scelta tra queste potrebbe essere fatta, almeno in parte, sulla base di considerazioni indipendenti dalla politica sostanziale o dagli altri contenuti del diritto. In altri termini, la forma stessa è portatrice di determinati scopi, che

presentano un carattere aggiuntivo rispetto alle finalità realizzabili attraverso le scelte contenutistiche.

La spiegazione della trascuratezza del tema della forma nel campo del diritto, quale oggetto centrale di una teoria generale, nel suo significato di compiuta elaborazione del tema trattato, lungi dall'essere puramente tautologico, esprime il carattere fallimentare di ogni tentativo di focalizzarsi sulla forma separatamente che sulla sostanza, e viceversa. Il problema allora, del superamento della contrapposizione formalismo *versus* antiformalismo è principalmente e fundamentalmente metodologico, richiedendo, secondo Summers: 1) la centralità sia della esperienza sociale ordinante sia dei fatti noti, per la definizione di una regola *chiara e definita*, le cui caratteristiche formali, cioè, non incidano solo sulla determinatezza del diritto e su una più facile eseguibilità da parte dei destinatari, requisiti giuridici tradizionalmente ricondotti alla forma, ma, anche e contemporaneamente, su una più chiara opportunità di completezza per i destinatari, caratteristica giuridica normalmente ascritta al contenuto; 2) una spiegazione generale finale della forma, basata su una conoscenza ampiamente comprensiva delle unità giuridiche funzionali; 3) il riconoscimento del carattere non solo concettuale, ma anche empirico delle caratteristiche formali delle unità giuridiche funzionali non generalmente controverse; 4) la concezione delle unità giuridiche funzionali come *mezzi* per la realizzazione di scopi sociali generalmente accettati quali le politiche, le regole dello stato di diritto, i valori politici fondamentali; 5) una razionale elaborazione dell'ovvio, come può essere, ad esempio, la considerazione che da una equa e corretta conoscenza preventiva, dipende un sufficiente grado di definitezza; 6) il riconoscimento che sia la forma che le componenti non – formali del diritto hanno la caratteristica di scopi del diritto; 7) la insopprimibilità della componente fattuale all'interno del diritto, che passa attraverso la considerazione che anche coloro che pretendono di ordinare il diritto, mediante lo strumento della logica concettuale, dovranno spesso “abbassarsi” alla ricerca empirica dei fatti.

La scelta metodologica di combinare la forma con la sostanza del diritto suggerisce il carattere primario della forma, che, lasciando impronte ed altri effetti sul contenuto, contribuisce alla determinazione di tutti i suoi attributi quali la unità, la determinatezza, la capacità strumentale e la sua distinta identità, al punto che si può concludere che senza la forma, ciascuna unità giuridica non potrebbe avere una sua identità, intesa come definita ed organizzata. Questo naturalmente non implica, secondo Summers, la riducibilità dell'intero alla forma, per la inclusione, nella composizione dell'unità giuridica, di componenti materiali complementari o di altre componenti, come colpite dalla forma.

Merito di Summers, all'interno della *Jurisprudence* Americana, è non solo aver elaborato una teoria della forma giuridica, volta a superare la contrapposizione formalismo *versus* antiformalismo, ma

anche aver intuito come il punto di contatto, su cui si fonda la complementarietà tra forma e sostanza del diritto, vada individuato negli scopi, che informando, sia la forma complessiva e le caratteristiche costitutive formali, sia le componenti materiali complementari della unità giuridica, consente, ad entrambe, di contribuire alla definizione ed organizzazione del sistema giuridico: la forma non segue automaticamente la sostanza, dal momento che ci sono differenti possibili combinazioni della forma e delle componenti materiali ed altre componenti del diritto e dei loro scopi, che tutti concorrono alla definizione dei contenuti del diritto, con la conseguenza che la forma, potendo abbracciare o comportare elementi sostanziali di valore, può essere buona o cattiva, a seconda che la forma di una unità giuridica funzionale sia bene o male disegnata.

La complementarietà della forma e della sostanza nella concorrente definizione ed implementazione degli scopi del diritto, rende superfluo l'interrogativo sul carattere alternativo ed incompatibile della fattualità o, invece, della valutatività della forma giuridica: essa, in quanto serve i fini del diritto, in congiunzione con la componente materiale o le altre componenti di una unità giuridica funzionale, non può non essere un concetto portatore di valori, al pari dei contenuti giuridici.

Escluso un rapporto di implicazione necessario tra forma buona e contenuti giusti ed equi del diritto, ed ammessa sia la possibilità che alcune varietà di forma buona possano combinarsi con una politica od un contenuto cattivo, sia la complementarietà tra forma e contenuti del diritto cade, l'ultimo baluardo della dicotomia formalismo *versus* antiformalismo, secondo cui l'adozione del linguaggio, quale criterio primario di correttezza interpretativa, si risolve, necessariamente ed inevitabilmente, in una esclusione di attenzione, sul piano della metodologia interpretativa, per il contesto o lo scopo del diritto.

§ 5. Il carattere unitario del pensiero Jheringhiano: dalla insanabile rottura alla necessaria complementarità delle due fasi della produzione Jheringhiana, quale ausilio per il superamento degli unilateralismi giuridici.

Form and Function è costellato di numerosi riferimenti alla teoria di Rudolf von Jhering, il giurista tedesco del XIX secolo dell'Università di Göttingen, il cui ultimo lavoro, *Der Zweck im Recht, Lo scopo del diritto*, è, a detta dello stesso Summers, una delle principali fonti di ispirazione del suo libro¹⁵⁹¹. La forma complessiva, quale essenza organizzativa dell'unità giuridica funzionale, che intanto riesce ad assolvere alla sua funzione, in quanto è munita di una forma complessiva, adeguata al suo ruolo speciale di servire gli scopi del diritto, unitamente alle altre unità, è una idea Jheringhiana¹⁵⁹². Si stabilisce inoltre, un parallelo tra l'opposizione alla nozione di forma giuridica, che si è consumata nella *Jurisprudence* Nordamericana, ad opera degli scettici e dei riduzionisti, che usando la parola forma e formale in senso peggiorativo, hanno considerato le forme di alcune, forse di molte regole, come rigide, formalistiche ed espressione di una concezione puramente meccanica e concettualista del diritto, e le attitudini fortemente antiformali del movimento del diritto libero tedesco del XIX secolo, noto come *Freirechtslehre*.

La lettura di Jhering, posta a fondamento della teoria generale della forma di Summers, è interessante, in una prospettiva più ampia, anche per il suo carattere innovativo rispetto alla tradizionale interpretazione, secondo la quale, non solo all' interno della produzione Jheringhiana sarebbe necessario distinguere due fasi, nettamente separate ed insanabilmente inconciliabili, la prima sistematica e concettualista, la seconda espressione di un dichiarato funzionalismo e di un sotteso antiformalismo, ma i due profili avrebbero altresì, influito in modo diverso, in Europa e negli Stati Uniti d'America: mentre la teoria Europea Continentale avrebbe apprezzato il Jhering de *Lo spirito del diritto romano*, il Realismo Nordamericano avrebbe assimilato la lezione funzionalista dell'ultimo Jhering de *Lo scopo del diritto*.

In realtà, dalla lettura di *Form and Function*, si è indotti ad operare una revisione di questa tesi in un duplice senso: da una parte osservando come non ci sia un salto nelle teorie Jheringhiane dalla sistematicità alla funzionalità del diritto, ma una linea continua di sviluppo, in cui si tende, con lo studio dello scopo del diritto, a porre rimedio all'unilateralismo della teoria della costruzione giuridica e al suo concettualismo, dall'altra argomentando che la contrapposizione tra una concezione Europea ed una Nordamericana del diritto, della quale sarebbe espressione un differente modo di studiare il pensiero di Jhering, se pure è stata riscontrabile in passato, non è nelle attuali tendenze della Filosofia del diritto, che a livello globale, diviene consapevole, per effetto della

¹⁵⁹¹ SUMMERS R. S., *Form and Function* cit., 13.

¹⁵⁹² SUMMERS R.S., *Form and Function* cit. cit., 3.

tendenza al superamento del contrasto formalità *versus* sostanzialità del diritto, dell'impossibilità di continuare a contrapporre sistematicità e funzionalità del diritto.

Jhering ha giocato, nella Scuola Storica del diritto, il ruolo del “giovane turco”: dopo averla studiata ed applicata a fondo, con onestà intellettuale, ha preso atto dei suoi limiti ed ha cercato di porvi rimedio, forse in modo incompleto e per certi versi contraddittorio e criticabile. Ma ogni novità, quando compare, oltre a suscitare curiosità, è foriera di reazioni, anche dure, che vanno dallo stupore al disprezzo per ciò che non è “normale” o comunemente accettato. Anche oggi, ogni qual volta le concezioni di Filosofia del diritto più tradizionali, pretendono di continuare ad arroccarsi su posizioni formaliste o antiformaliste, Jhering torna ad essere una fonte di ispirazione, per chi sia pronto a riconoscere nella sua opera, la ricerca di un equilibrio, sempre dinamico, tra profilo sistematico e teleologico del diritto.

Summers sottolinea le specifiche fonti di ispirazione che ha trovato nel libro di Jhering. In prima fra tutte, il principio giuridico che le forme ben disegnate di unità giuridiche funzionali sono robuste e resistenti e non, vuote e sottili, in quanto relativamente prive di fini e struttura, come una volta disse il giurista tedesco deridendo gli antiformalisti: l'assurdità della leggerezza ed inconsistenza della forma diviene evidente ove si consideri che essa si tradurrebbe nella sua incapacità di definire ed organizzare sia una effettiva unità funzionale sia un sistema giuridico come un intero. Nella asserzione Jheringhiana che la forma è radicata nella più intima essenza del diritto, Summers ravvisa elementi sufficienti per supporre che il giurista tedesco sarebbe stato d'accordo sia con la sua idea che la forma è un elemento essenziale per avanzare nella comprensione di una unità giuridica funzionale, sia con la conseguente convinzione che la forma complessiva di una unità giuridica funzionale, quando è ben disegnata, definisce ed organizza la composizione e l'assetto unitario dell'unità giuridica funzionale, non solo rendendola determinata ed organizzativamente efficace, ma munendola, anche, della sua unità distintiva: è molto citata in *Form and Function* la frase di Jhering, secondo cui la forma sta all'identità di una tale unità come il marchio della zecca sta a conio¹⁵⁹³.

I commenti dei Filosofi del diritto e dei giuristi Americani all'ultimo lavoro di Summers hanno ignorato il continuo riferimento alle teorie Jheringhiane e forse è questa una delle cause della loro difficoltà a cogliere appieno il carattere innovativo della elaborazione di una compiuta teoria generale della forma.

Summers non si rifà a Jhering per ricordare come egli fosse l'ispiratore della Giurisprudenza degli interessi, sviluppo successivo del Movimento del diritto libero, come si è soliti fare nella *Jurisprudence* Americana, al fine di puntualizzare la vicinanza del Realismo nordamericano

¹⁵⁹³ SUMMERS R. S., *Form and Function*, loc. cit.

all'asserzione Jheringhiana della centralità del profilo funzionale nel diritto, né cita esclusivamente *Lo spirito del diritto romano*, per ricordarne la qualità di costruttore di articolati complessi giuridici: per il Filosofo del diritto Statunitense, il Giurista Tedesco è colui che ha colto la complementarità tra sistematicità e funzionalità del diritto, rinvenendone la più alta e completa espressione e realizzazione nella forma complessiva di una unità giuridica funzionale che, secondo Jhering, nel predisporre la struttura dell'unità giuridica funzionale, è altamente finalistica. Jhering sarebbe stato d'accordo, a giudizio di Summers, che coloro che vogliono creare una istituzione devono fornire ed integrare qualsiasi materiale e gli altri componenti, in modo complementare, alla sua forma complessiva ed alle sue caratteristiche formali: nel caso di una Corte giudiziaria, gli scopi di questa organizzazione sistematica richiedono certo personale, risorse materiali ed altre componenti, che, debitamente sistematizzati, portano anche i segni della forma dell'istituzione giudiziaria¹⁵⁹⁴.

Sebbene Summers riconosce che Jhering non abbia sviluppato precisamente il tema della forma nei termini da lui riportati, gli attribuisce il merito di avere visto lo studio della forma come la principale chiave per la comprensione teoretica e pratica delle unità giuridiche funzionali, con la conseguente presa d'atto che forme ben disegnate meritano un maggior credito per il fine che servono.

Idea Jheringhiana è pure la essenzialità della forma rispetto alla stessa configurabilità del fenomeno giuridico, ma con l'avvertenza che qui la forma è il felice connubio di sistematicità e funzionalità, che richiama la complementarità tra formalità e sostanzialità del diritto: Jhering se riconobbe che le transazioni giuridiche non possono avvenire senza forme riconosciute per la loro valida creazione, implicitamente ammise che non vi può essere contenuto giuridico senza forma e che la definitività della forma è richiesta per fissare le relazioni tra le politiche conflittuali ed i loro fini, ovvero per fissare la fluida sostanza in un diritto. La forma Jheringhiana, nella lettura di Summers, è un ponte fra la formalità e la sostanzialità del diritto, che organizzandosi in modo da creare un sistema, in funzione della realizzazione dei fini del diritto, rende possibile non solo la elaborazione teorica, ma anche la pratica esistenza del fenomeno giuridico. La teoria e la pratica del diritto sembrano procedere all'unisono quando all'enfasi filosofica della forma, quale sorella gemella della libertà, si accompagna la esemplificazione empirica che senza la forma complessiva richiesta quale requisito di validità giuridica, la libertà contrattuale semplicemente non esiste.

Jhering è un precursore anche nel riconoscimento della inadeguatezza del contrasto forma *versus* sostanza per esprimere la complessità del diritto e la interazione tra le sue componenti formali e materiali, o comunque non formali: la forma, nemico giurato dell'arbitrio, in quanto presiede, non solo alla organizzazione dell'unità giuridica, ma alla sua esistenza e configurabilità, provvedendo

¹⁵⁹⁴ SUMMERS R. S., *Form and Function*, op. cit., 14.

sia alla strutturazione di un sistema giuridico sia alla sua funzionalizzazione rispetto agli scopi, è manifestazione di un forte impegno della ragione, non solo strumentale, in quanto mezzo per la realizzazione dei fini del diritto, ma anche creativo degli scopi che ci si prefigge di realizzare: ogni tipo di unità funzionale ha i suoi scopi primari e deve essere razionalmente disegnata, anche e soprattutto per mezzo di una forma, che ad tempo sistematica e finalistica, concorre alla realizzazione e definizione degli scopi della politica, delle regole del diritto e degli altri valori.

La ricostruzione che Summers opera del pensiero di Jhering, nel senso di ritenere esistente una continuità tra la sistematicità e la funzionalità, richiede di essere verificata, alla luce sia della sua produzione scientifica sia del contesto nel quale egli si trovò ad operare.

Si è soliti infatti, ritenere che la frattura propria della seconda metà del XIX secolo, si rifletta anche nella ricerca scientifica di Jhering, tanto che è ormai invalsa l'abitudine di considerarne il pensiero come diviso in due fasi opposte, fino ad arrivare ad intendere il Jhering del primo periodo quasi come un autore diverso dal Jhering del secondo periodo¹⁵⁹⁵.

La duplice fase, rinvenibile nella produzione di Jhering, non sarebbe altro che una conseguenza della rottura che, prodotta sul piano storico dalla rivoluzione del 1848, trova compiuta espressione anche nella Scienza giuridica del secolo XIX: se la prima metà è l'epoca d'oro della Scuola Storica del diritto e la seconda metà quella della sua dissoluzione, Jhering fa parte di quell'epoca d'oro e, in seguito, contribuisce a quella dissoluzione¹⁵⁹⁶. La Scuola Storica del primo periodo è una reazione contro il razionalismo illuministico, che, concentrando la sua attenzione sul materiale storico dei tempi passati, raggiunge il suo apogeo con l'equilibrio classico tra esigenze storiche ed esigenze sistematiche, presente nelle opere di Savigny, ed inizia la sua fase discendente con il primo Jhering, che, al pari di Puchta, concentra la sua attenzione sui problemi sistematici del diritto, a discapito della ricerca storica ed in nome di un formalismo giuridico che viene portato alle sue estreme conseguenze e superato tra il 1850 ed il 1855, quando la costruzione, elemento ineliminabile di ogni ricerca romanistica dell'Ottocento, diviene una forza caudina: smesso di adattare la costruzione alle fonti, si adattano le fonti alla costruzione, decretando così, la fine della Scuola storica.

È anche qui un alternarsi di formalismo e sostanzialità del diritto, cui corrispondono due differenti stagioni della vita sociale tedesca, entrambe vissute da Jhering: il *Vormärz*, il pre-marzo - il riferimento è al rivolgimento politico aperto dall'insurrezione Berlinese del 18 e 19 marzo 1848 - è dominato dalla reazione voluta e guidata dal ministro Metternich, che mette nelle mani di funzionari pubblici probi, *bieder* - di qui anche la denominazione di questa fase come *Biedermeier* - ogni attività pubblica; il *Nachmärz*, il dopo marzo, segnato dalla dura repressione antiliberalista, seguita

¹⁵⁹⁵LOSANO M. G., *Introduzione*, in JHERING v. R., *Lo scopo del diritto*, Torino, 1972, XXX.

¹⁵⁹⁶LOSANO M. G., *Introduzione*, op. cit., VX.

alla sconfitta dei rivoluzionari liberali del 1848¹⁵⁹⁷. L'attenzione al fondamento storico del diritto e la ricerca, nel passato, delle radici del presente, che caratterizza la quiete del *Vormärz* e la fase crescente della Scuola storica, con il suo uso di argomenti storici contro una codificazione indesiderata, diviene impossibile nella seconda metà del secolo, in cui l'espansione, a ritmo crescente, di una società ormai sempre più industrializzata, rendeva obsoleta la congerie delle fonti romanistiche, per cui al giurista non rimaneva altra alternativa che «o tenere fede alla costruzione, allontanandola sempre più da una realtà ormai non più rispecchiata dal diritto, ovvero accostarsi a quella realtà, rinunciando a sistematizzare le norme»¹⁵⁹⁸.

È questo il percorso di ricerca seguito da Jhering, che nella prima metà del XIX secolo, segue la via della costruzione, ma, nella seconda metà, «quando la mutata realtà politica glielo impone»¹⁵⁹⁹, la abbandona. Per tali motivi si è soliti individuare due fasi del pensiero di Jhering, comunemente ritenute tra di loro inconciliabili, e tali che tra l'una e l'altra è dato individuare una insanabile rottura. Esempio tipico del Jhering sistematico è la pubblicazione del primo volume dello *Spirito del diritto romano*, espressione di una tecnica costruzionistica, ispirata a Savigny ed analoga a quella dei Pandettisti, in cui alla domanda sulla natura del diritto è data «una risposta positivistico-giuridica», che «respinge il diritto naturale tradizionale e considera oggetto della propria indagine solo il diritto emanato dallo stato»¹⁶⁰⁰; e una «sistematica, perchè mira a riorganizzare le norme giuridiche positive in istituti giuridici, collegando poi questi ultimi tra di loro, secondo un procedimento di sussunzione dei concetti specifici in concetti sempre più generali»¹⁶⁰¹.

Nel percorso di ricerca e di vita di Jhering viene individuata una crisi, scaturente dalla condizione paradossale di chi, da un lato è impegnato in una colossale opera costruzionistica, e dall'altro, «sensibile alla tendenza materialistica del proprio tempo, sente il bisogno costante di confrontare i risultati sistematici con la realtà»¹⁶⁰². Sarebbe stata proprio la inadeguatezza del nesso logico tra le norme ad esprimere la complessità della realtà sociale, ad indurre Jhering ad abbandonare la teoria della costruzione, per abbracciare la teoria funzionalistica, in cui se il punto focale dell'analisi è ancora il carattere unitario dell'ordinamento giuridico, cambia il metodo, non più logico ma teleologico: Jhering ignorerebbe i nessi logici tra le norme, per considerare esclusivamente i nessi teleologici, che uniscono ciascuna norma direttamente al fine ed, indirettamente, al carattere unitario dell'ordinamento giuridico.

Anche se si ritiene che il passaggio dal metodo logico al metodo teleologico non sia in Jhering un

¹⁵⁹⁷ LOSANO M. G., *Introduzione*, op. cit., XXII.

¹⁵⁹⁸ LOSANO M. G., *Introduzione*, op. cit., XXX.

¹⁵⁹⁹ LOSANO M. G., *Introduzione*, lc. cit.

¹⁶⁰⁰ LOSANO M. G., op. cit., XXXI.

¹⁶⁰¹ LOSANO M. G., lc. cit.

¹⁶⁰² LOSANO M. G., *Introduzione*, lc. cit..

salto, ma una transizione, la comune convinzione è che la scelta del secondo abbia necessariamente comportato l'abbandono di un approccio logico – sistematico al diritto, alimentando la convinzione, maturata nell'ottica del contrasto formalità *versus* sostanzialità del diritto, della inconciliabilità tra teoria della costruzione o, in termini più consueti per la contemporanea terminologia filosofica, sistematicità e funzionalismo. La fedeltà di Jhering alla meta ultima della Scuola storica, il fornire una spiegazione veramente storica e dinamica del fenomeno giuridico, dimenticata dagli altri seguaci, intenti soltanto a sistemare il diritto nella coerenza di un sistema logico, lo avrebbe indotto a cambiare metodo ed ad essere incoerente nei mezzi per salvare la coerenza nel fine¹⁶⁰³. Il passaggio dal metodo logico al teleologico sarebbe incoerente per una sottintesa incociliabilità tra i due, che si fonda su una altrettanto ingiustificata assimilazione della sistematicità ed attenzione al suo profilo formale del diritto con il formalismo, come si desume dalla affermazione che, «mentre le ultime propagini della Scuola storica si avviano per la strada di un sempre più astratto formalismo, Jhering supera dialetticamente questa fase e si pone come fondatore della moderna giurisprudenza sociologica»¹⁶⁰⁴.

Causa del passaggio dal primo al secondo Jhering sarebbe la discordanza tra le regole proposte ed i risultati raggiunti, che dimostrerebbero la inadeguatezza delle regole rispetto alla realizzazione di quel tipo di Scienza giuridica. All'interno dello *Spirito del diritto romano* è presente una concezione sistematica del diritto, nella misura in cui «il diritto non è, come si credeva un tempo, un aggregato esterno di disposizioni arbitrarie, nate dalla riflessione del legislatore, bensì un prodotto della storia interamente conchiuso, come la lingua di un popolo»¹⁶⁰⁵. Il carattere sistematico del diritto consiste allora, nell'essere un ordine intrinseco alla cosa, non esterno alla cosa, ma che, ricavandosi da esso, è in grado di estendersi dall'interno verso l'esterno. Nella deduzione del carattere sistematico del diritto dalla realtà e nelle sue proprietà espansive, dall'interno verso l'esterno, vengono ravvisati i caratteri fondamentali della originalità che, fin dalla prima fase, ha connotato la posizione di Jhering rispetto a quella della Scuola Storica, nella quale il diritto è concepito, non come un complesso di elementi che ha in sé il fondamento ed il principio della propria sistematicità, ma come «una convenzionale linea spezzata che riunisce in costellazione linee sparse nel cielo»¹⁶⁰⁶.

A questa concezione della sistematicità iniziale Jheringiana non poteva non accompagnarsi il pensiero sistematico, sia pure limitato alla fase dell'attività costruttiva del diritto, per cui, per costruire il sistema giuridico è necessario riunire norme che perseguano il medesimo fine¹⁶⁰⁷.

La lacuna di un approccio sistematico al diritto, che avrebbe indotto Jhering ad abbandonarlo,

¹⁶⁰³ LOSANO M. G., op. cit., XXXIII.

¹⁶⁰⁴ LOSANO M. G., lc. cit..

¹⁶⁰⁵ JHERING v. R., *Geist des römischen Rechts* (5. Auflage), Leipzig, 1891, vol. 1, 25.

¹⁶⁰⁶ LOSANO M. G., op. cit., XXXVIII.

¹⁶⁰⁷ LOSANO M. G., lc. cit.

consiste nella difficoltà di spiegare, una volta ammesso che il diritto sia un sistema, composto di unità giuridiche funzionali, in che modo si giunga ad individuare, univocamente, queste minime unità strutturali, o, in altri termini, quale è l'essenza dell'unità giuridica funzionale che ne permette la organizzazione in un sistema. Nella lettura più tradizionale di Jhering si ritiene che questi, nello *Spirito del diritto romano*, non sia riuscito a trovare una risposta adeguata a questo quesito e che, per tale motivo, abbia preferito abbandonare il metodo logico-sistematico in favore di uno teleologico.

La interpretazione innovativa che Summers opera della teoria Jheringhiana, ponendola alla base della sua concezione della forma giuridica, è che in realtà già nello *Spirito del diritto romano* Jhering avesse individuato nella *forma* l'essenza dell'unità giuridica funzionale, in grado di organizzarla in un sistema, in un intero, che, olisticamente, è di più della somma delle sue parti. Se uno sviluppo ci fu nel pensiero di Jhering non si trattò di una sostituzione, ma di una integrazione metodologica.

Chi sostiene la incompatibilità e conseguente alternatività tra la fase sistematica e la componente teleologica della produzione Jheringhiana, alla obiezione della presenza, evidente ed inconfutabile, già nello *Spirito del diritto romano*, di un elemento teleologico, tradizionalmente identificato come evoluzionistico, risponde che l'evoluzionismo della seconda fase è differente da quello della prima. Individuate le due matrici delle concezioni evoluzionistiche Ottocentesche, la prima idealistica ed identificabile con la dottrina di Herder, a cui viene attribuito un carattere teologico, affermando che l'evoluzione avviene in una certa direzione, verso un fine ritenuto superiore ai precedenti, la seconda, Darwiniana, che tende ad escludere lo scopo, identificandolo con l'effetto dell'evoluzione, Jhering con *Lo scopo del diritto*, avrebbe abbandonato la prima matrice a favore della seconda. In tal senso si argomenta, sulla base della inconciliabilità tra la Scuola storica e l'evoluzionismo Darwiniano, che l'abbandono della Scuola storica da parte di Jhering coinciderebbe con la sostituzione del primo con il secondo tipo di evoluzionismo, in ragione dello scontro tra Darwinismo e Scuola Storica¹⁶⁰⁸.

La ravvisabilità dei tre caratteri fondamentali dell'evoluzionismo, la metamorfosi, la continuità e la ereditarietà, anche all'interno della concezione della storicità del diritto della Scuola storica, potrebbero far pensare ad un seducente parallelismo tra Darwinismo e Scuola Storica, basato sulla circostanza che entrambi combattono le concezioni del secolo precedente: il primo, le concezioni metafisiche sull'origine della specie, da parte di un atto di volontà divino e la conseguente immutabilità; la seconda, le concezioni illuministiche, con il loro razionalismo giuridico, eretto a fondamento filosofico della codificazione. Sebbene accomunati dall'avversione per ciò che li aveva

¹⁶⁰⁸LOSANO M. G., loc. cit.

preceduti, le direzioni della lotta erano radicalmente diverse, essendo il Darwinismo indubitabilmente progressista, la Scuola Storica, con la sua avversione alla codificazione, irriducibilmente conservatrice. Jhering, «fino a che opera nel quadro della Scuola storica»¹⁶⁰⁹, secondo questa interpretazione, accetterebbe «una concezione herderiana dell'evoluzione»¹⁶¹⁰, ma «quando si avvede che la Scuola storica deve opporsi agli eventi perchè contrari ad una propria concezione della storia», accetterebbe «un evoluzionismo di tipo darwinistico»¹⁶¹¹.

La tesi della inconciliabilità della componente sistematica con quella funzionale nel pensiero di Jhering ha, come implicazione necessaria, una lettura antiformalistica dello *Scopo del diritto*, al punto che «la fortuna della giurisprudenza degli interessi e della scuola del diritto libero, è, in ultima analisi, un aspetto della fortuna di questa opera»¹⁶¹². L'idea Jheringhiana che «lo scopo è il creatore di tutto il diritto»¹⁶¹³ fece scuola all'inizio del secolo, generando le due correnti di pensiero del movimento del diritto libero e della Giurisprudenza degli interessi, i cui membri, pur preferendo il nome di movimento a quello di scuola, a sottolineare l'originalità delle loro posizioni, erano accomunate dalla lotta contro il formalismo e dal tentativo di adeguare il diritto alla realtà sociale¹⁶¹⁴.

I movimenti del diritto libero e della Giurisprudenza degli interessi, che si sviluppano in una linea temporale successiva, per cui si è soliti vedere nel secondo uno sviluppo del primo, apertamente riconoscono la loro derivazione dalla concezione teleologica di Jhering, ad ulteriore dimostrazione che il pensiero Jheringhiano è stato interpretato contestualizzandolo all'interno della contesa tra formalisti ed antiformalisti. In particolare gli antiformalisti hanno accentuato la “rottura” tra la prima e la seconda fase della produzione del Giurista tedesco, proprio al fine di dimostrare che l'uscita dal torpore della logica non poteva che condurre ad un approccio funzionalistico. Alla base c'è, naturalmente la identificazione del metodo logico e sistematico, che riconosce la essenzialità della forma, con un formalismo da condannare. Ciò diviene evidente quando nel movimento del diritto libero si giunge a definire il diritto che non è né positivo né consuetudinario quale «diritto non formalizzato»¹⁶¹⁵, chiaramente affermando la possibilità che esista un diritto privo di una forma. Il riconoscimento della funzione creativa del diritto ad opera della giurisdizione, caposaldo della giurisprudenza del diritto, si fonda sulla esclusiva rilevanza del profilo funzionale del diritto, ovvero degli scopi o interessi che si intendono perseguire: la strada è quella segnata da Jhering,

¹⁶⁰⁹LOSANO M. G., op. cit. XLIV

¹⁶¹⁰LOSANO M.G., lc. cit

¹⁶¹¹LOSANO M. G., lc. cit.

¹⁶¹²LOSANO M. G., op. cit. LI.

¹⁶¹³ È questa la frase che Jhering scrisse sotto il titolo della sua opera *Lo scopo del diritto*. JHERING v. R., *Lo scopo del diritto*, op. cit.

¹⁶¹⁴LOSANO M. G., op. cit., LXIV.

¹⁶¹⁵LOSANO M. G., op. cit., LXVII.

anche qui interpretato nell'ottica della contrapposizione tra formalità e sostanzialità del diritto, al punto da trascurare il profilo formale e da trasformare il diritto in una tecnica di regolazione dei conflitti di interesse.

Sulla contrapposizione tra teoria sociologizzante di Jhering e dogmatica giuridica, e quindi su una lettura di Jhering funzionale ad una costruzione della teoria giuridica in termini di contrapposizione tra formalità e sostanzialità, è fondata pure, l'opinione comune che il Giurista tedesco sia un antesignano della sociologia giuridica: all'inizio dello *Spirito del diritto romano* vi è il paragone tra l'albero, che trae il suo nutrimento dalla terra e dall'aria, ed il diritto, che vive perchè fonda le sue radici in un certo modo ed è circondato da una certa atmosfera.

La lettura della duplice natura del pensiero di Jhering in termini di contrapposizione tra sistematicità e funzionalità del diritto, è alla base della stessa analisi dell'influenza di Jhering sia nel nuovo che nel vecchio continente: se è vero che tanto la cultura Europea Continentale che quella Realista Nordamericana sono state influenzate da Jhering, è opinione comune che, nelle prime, fu recepito soprattutto il Jhering della prima fase, nelle seconde, invece, soprattutto il Jhering della seconda fase, in modo da alimentare la convinzione che ci trovassimo in presenza di sistemi giuridici caratterizzati da una inconciliabilità di posizioni e di idee, così come, di nuovo, la formalità è in insanabile contrasto con la sostanzialità del diritto¹⁶¹⁶.

L'empirismo della cultura Americana viene raffigurato come incapace di comprendere, se non con grande difficoltà, le astrazioni formalistiche della scuola giuridica del continente Europeo: unica eccezione sarebbe la Giurisprudenza degli Interessi e quindi il funzionalismo Jheringhiano, nei quali le soluzioni prospettate sono tanto simili a quelle Nordamericane quanto basta a renderle facilmente comprensibili, e tanto diverse, quanto basta a renderne fruttuoso il confronto¹⁶¹⁷.

La lettura che Summers fa di Jhering evidenzia come il rapporto tra il profilo sistematico e funzionale del suo pensiero vada inteso, non in termini di insanabile contraddizione, ma di necessaria integrazione e complementarità. Si tratta di un modo nuovo di interpretare Jhering, che se negli Stati Uniti è stato posto alla base di una compiuta teoria generale della forma, ha trovato la sua prima e compiuta espressione in Germania, ad opera di Okko Behrends¹⁶¹⁸, a dimostrazione della possibilità che non solo Jhering sia un ponte tra due culture diverse, ma si stabiliscano punti di contatto importanti tra mondi culturali fino ad ora ritenuti, almeno sul piano della Filosofia del

¹⁶¹⁶LOSANO M. G., op. cit., LXXXV.

¹⁶¹⁷FULLER L., *Introduction*, in *the Jurisprudence of Interest*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1948, XVIII.

¹⁶¹⁸BEHRENDIS O., *Anche la giurisprudenza è una scienza? La riscoperta della prolusione viennese tenuta da R. von Jhering venerdì 16 ottobre 1868*, in *Index*, 23, 1995, 183; ID. *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano e diritto moderno in un momento di grande rottura culturale*, in *Rivista di Diritto Romano*, III, 2003, www.ledonline.it/rivistadirittoromano/.

diritto, caratterizzati da una scarsa comunicabilità e quasi assente transitabilità di nozioni e concezioni.

In realtà, la interpretazione del pensiero di Jhering, nel senso di ritenere che vi sia stata una contrapposizione, tra la prima fase e la seconda fase della sua produzione scientifica, con una conseguente inconciliabilità tra sistematicità e funzionalità del diritto, è priva di ogni giustificazione se si guarda a quanto affermato dallo stesso Giurista tedesco. Infatti, oltre agli elementi teleologici, già presenti nello *Spirito del diritto romano*, lo stesso Jhering, non solo sottolinea il carattere unitario del suo lavoro, ma esclude che l'attenzione allo scopo si risolva nell'abbandono di ogni profilo logico e soprattutto sistematico.

L'affermazione Jheringhiana che «lo scopo è il creatore di tutto il diritto, non esiste alcuna norma giuridica che non debba la sua origine ad uno scopo, cioè ad un motivo pratico»¹⁶¹⁹, ben lungi dal negare un profilo logico-sistematico, si limita ad affermare la essenzialità ed imprescindibilità dello scopo, senza assolutamente intendere che l'uno escluda l'altro.

Jhering spiega come *Lo scopo del diritto* tragga origine dal suo lavoro su *Lo spirito del diritto romano*: l'ultimo volume di questa opera terminava con una teoria dei diritti in senso soggettivo, che contrastava con la dottrina dominante, dal momento il fondamento del diritto in senso soggettivo non era più ravvisato, come tradizionalmente avveniva, nella «volontà»¹⁶²⁰, ma nell'«interesse»¹⁶²¹. La contrapposizione allora, non è tra sistematicità e funzionalismo, ma tra un approccio esclusivamente volontaristico ed uno incentrato invece, sulla valutazione degli interessi che sottendono alla scelta giuridica.

L'assenza di ogni contrapposizione alla sistematicità del diritto si evince anche dallo sviluppo de *Lo scopo del diritto*, in cui Jhering definisce la nozione di scopo, in funzione dello studio delle tecniche di controllo sociale, che possono fondarsi sulla ricompensa, propria dei rapporti economici, e sulla coercizione, che si manifesta invece, nei rapporti giuridici. La contrapposizione, anche qui, non è tra sistematicità e funzionalità del diritto, ma tra la legge di causalità, che governa i fenomeni naturali, e la legge di scopo, che governa il diritto, con la precisazione che «entrambe le leggi trovano la loro unità nella legge di scopo, intesa come supremo principio creatore del mondo»¹⁶²². Che il tentativo Jheringhiano di individuare una legge speciale che governa il mondo non sia in contrasto con un profilo sistematico del diritto è confermato dalla circostanza che un uguale tentativo è presente in dottrine più tarde e completamente diverse, alle quali non si esita a riconoscere un carattere sistematico: Kelsen, ad esempio, distingue la causalità dall'imputazione e

¹⁶¹⁹ JHERING v. R., *Lo scopo del diritto*, op. cit., 6.

¹⁶²⁰ JHERING v. R., *Lo scopo del diritto*, op. cit., 5.

¹⁶²¹ JHERING v. R., *Lo scopo del diritto*, lc. cit.

¹⁶²² JHERING v. R., *Lo scopo del diritto*, op. cit., 11.

fonda su questa ultima l'ordinamento giuridico.

Unica spiegazione dell'interpretazione di Jhering, nel senso di ritenere che la utilizzazione della metodologia teleologica abbia comportato l'abbandono di quella sistematica, che attribuisce il dovuto credito alla forma, quale sistemazione, ad un tempo sistematica e finalistica del diritto, è l'aver confuso la formalità, componente essenziale del diritto, con il formalismo, come si evince dal commento offerto, secondo la interpretazione tradizionale del pensiero Jheringhiano, alla spiegazione della tecnica di costruzione giuridica, nella quale la materia, dopo essere stata selezionata, preparata, ripulita ed interpretata, per una sorta di mistico fenomeno, «come un di l'argilla prometea»¹⁶²³, si anima, e «l'*homunculus* giuridico, il concetto, diventa fecondo, si accoppia con i suoi simili e prolifica»¹⁶²⁴: «avendo ripreso l'immagine dell'organismo giuridico (già esposta da Savigny) ed avendola trasformata da metafora in strumento metodologico, Jhering si era messo per una strada che doveva allontanarlo sempre più dal metodo formalistico dei pandettisti. Se il diritto è un organismo, dopo averne studiato la struttura, occorre studiarne la funzione: Jhering passa così dall'anatomia alla fisiologia del diritto»¹⁶²⁵.

Una conferma di come nel pensiero Jheringhiano la metodologia teleologica sia stata sviluppata ad integrazione di quella sistematica, e non in opposizione rispetto ad essa, viene dalla «riscoperta della prolusione viennese tenuta da R. von Jhering venerdì 16 ottobre 1868»¹⁶²⁶, nella quale egli, rispondendo affermativamente alla domanda se la giurisprudenza sia una scienza, si mostra «pronto a riconoscere alla filosofia del diritto il posto che le spetta»¹⁶²⁷, definendo «la scienza del diritto come la consapevolezza scientifica in materia di diritto»¹⁶²⁸.

Se la scientificità del diritto non è «un dato di fatto»¹⁶²⁹, quale «caratteristica necessariamente inerente al diritto»¹⁶³⁰, ma la sua esistenza consegue alla ispirazione e conseguente utilizzazione da parte dei giuristi del «metodo giusto»¹⁶³¹, quest'ultimo non può non essere che una combinazione del profilo sistematico e metodologico del diritto. Nel momento in cui Jhering afferma che «il momento della scientificità»¹⁶³² della scienza giuridica vada ricercato e trovato «completamente sul terreno dello stesso diritto positivo, nella dogmatica, ove esso stesso è però più difficile da sostenere che

¹⁶²³ JHERING v. R., *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, 1954, 12.

¹⁶²⁴ JHERING v. R., *Serio e faceto nella giurisprudenza*, loc. cit.

¹⁶²⁵ LOSANO M.G., op. cit. XLI.

¹⁶²⁶ BEHREND O., *Anche la giurisprudenza è una scienza? La riscoperta della prolusione viennese tenuta da R. von Jhering venerdì 16 ottobre 1868*, in *Index*, 23, 1995, 183.

¹⁶²⁷ BEHREND O., *Anche la giurisprudenza*, op. cit., 184.

¹⁶²⁸ JHERING v. R., *Frammenti scelti dalla prolusione viennese di Jhering (Venerdì 16 ottobre 1868)*, I. I risultati di Jhering, in *Appendice a BEHREND O., Anche la giurisprudenza* cit., 190.

¹⁶²⁹ BEHREND O., *Anche la giurisprudenza*, op. cit., 185.

¹⁶³⁰ BEHREND O., *Anche la giurisprudenza*, loc. cit.

¹⁶³¹ BEHREND O., *Anche la giurisprudenza*, loc. cit.

¹⁶³² JHERING v. R., *Frammenti scelti dalla prolusione viennese di Jhering*, op. cit., 191.

negli altri due campi della giurisprudenza – la filosofia del diritto e la storia del diritto-»¹⁶³³, implicitamente, ma incontestabilmente, riconosce la imprescindibile sistematicità del diritto, confermata anche dal riconoscimento che «compito della teoria è di elevare la prassi giudiziaria ad una forma di consapevolezza concettuale»¹⁶³⁴.

Altra conferma della imprescindibilità del profilo sistematico e concettuale del diritto è l'affermazione che «il positivismo cattivo, prodotto unicamente da una giurisprudenza senza ispirazione scientifica»¹⁶³⁵, è «il nemico mortale della giurisprudenza»¹⁶³⁶, da un lato rendendo il giudice «una rotella, priva di sensibilità giuridica, all'interno della macchina della giustizia»¹⁶³⁷, dall'altro impedendo alla teoria di elevare la prassi a «forma della consapevolezza giuridica»¹⁶³⁸.

Se l'affermazione Jheringhiana della consapevolezza concettuale, quale essenza della scientificità della giurisprudenza, viene messa in relazione con il frammento che indica, quale unico modo perchè i giuristi non perdano «l'autonomia di pensiero»¹⁶³⁹ e di critica, il non fermarsi alla «*Lex ita scripta est*»¹⁶⁴⁰, ma il preoccuparsi di indagare e capire da dove viene quella determinata formulazione giuridica, interrogandosi sul «dove»¹⁶⁴¹ ed il «perchè»¹⁶⁴², ovvero su quali sono le ragioni e gli scopi del diritto, la complementarità tra metodo sistematico e teleologico del diritto in Jhering, diviene evidente ed innegabile. Solo sulla base dell'integrazione tra sistematicità e funzionalità del diritto, è possibile comprendere la composizione triadica della scienza del diritto, comprensiva della filosofia del diritto, quale ricerca dei «fondamenti ultimi su cui il diritto basa la sua origine e la sua ragion d'essere su questa terra»¹⁶⁴³, della storia giuridica, che «accompagna il diritto in ogni sua manifestazione, per procedere di grado in grado ad un livello sempre maggiore di perfezione»¹⁶⁴⁴ e la dogmatica giuridica, che «ha il compito della rappresentazione scientifica, destinata all'uso pratico, di tutte le esperienze e fattispecie che racchiudono in sé il culmine e l'approdo attuale della nostra cognizione ed apprensione del diritto»¹⁶⁴⁵.

In Jhering «si uniscono in modo omogeneo»¹⁶⁴⁶ le tre figure del «teorico del diritto»¹⁶⁴⁷, dello

¹⁶³³ JHERINGv. R., *Frammenti scelti dalla prolusione viennese di Jhering*, lc. cit.

¹⁶³⁴ BEHREND O., *Anche la giurisprudenza*, op. cit., 184.

¹⁶³⁵ BEHREND O., *Anche la giurisprudenza*, op. cit., 185.

¹⁶³⁶ JHERINGv. R., *Frammenti scelti dalla prolusione viennese di Jhering*, op. cit., 191.

¹⁶³⁷ JHERINGv. R., *Frammenti scelti dalla prolusione viennese di Jhering*, op. cit., 190.

¹⁶³⁸ JHERINGv. R., *Frammenti scelti dalla prolusione viennese di Jhering*, lc. cit., 190.

¹⁶³⁹ JHERINGv. R., *Frammenti scelti dalla prolusione viennese di Jhering*, op. cit., 191.

¹⁶⁴⁰ JHERINGv. R., *Frammenti scelti dalla prolusione viennese di Jhering*, lc. cit.

¹⁶⁴¹ JHERINGv. R., *Frammenti scelti dalla prolusione viennese di Jhering*, lc. cit.

¹⁶⁴² JHERINGv. R., *Frammenti scelti dalla prolusione viennese di Jhering*, lc. cit.

¹⁶⁴³ JHERINGv. R., *Frammenti scelti dalla prolusione viennese di Jhering*, op. cit., 190.

¹⁶⁴⁴ JHERINGv. R., *Frammenti scelti dalla prolusione viennese di Jhering*, lc. cit.

¹⁶⁴⁵ JHERINGv. R., *Frammenti scelti dalla prolusione viennese di Jhering*, lc. cit.

¹⁶⁴⁶ BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, op. cit., 2.

¹⁶⁴⁷ BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, lc. cit.

«storico del diritto»¹⁶⁴⁸ e del «giurista professionista»¹⁶⁴⁹, ed emerge l'influsso che l'intera sua opera esercita sulla giurisprudenza moderna, animata com'è, da una rara passione scientifica ed umana per il diritto vigente tra gli uomini.

Jhering è allora, il «mediatore più vivo tra diritto romano ed odierno»¹⁶⁵⁰, da un lato perchè la sua opera è animata da «una rara passione scientifica ed umana per il diritto vigente tra gli uomini»¹⁶⁵¹, dall'altra perchè, nella sua «teoria dell'evoluzione giuridica»¹⁶⁵², quale «mutamento sociale attraverso il diritto»¹⁶⁵³, l'ordinamento giuridico è inteso come in grado di generare, al pari della cultura umana, le condizioni del suo perfezionamento, attraverso «la creazione delle condizioni di vita che comportano per tutti coloro che ne approfittano, la possibilità di raffinare la propria sensibilità e di creare, partendo dall'esperienza delle condizioni culturali raggiunte, esigenze ulteriori»¹⁶⁵⁴.

La teoria evoluzionistica di Jhering, quale «teoria umanistica»¹⁶⁵⁵, «nutrita delle migliori tradizioni del pensiero giuridico europeo, e che lascia all'individuo, nei diversi posti offerti dalla società, il suo ruolo di protagonista»¹⁶⁵⁶, segna il momento in cui Jhering, definitivamente allontanatosi «dall'insegnamento di Savigny e Puchta, i suoi primi maestri»¹⁶⁵⁷, ben lungi dal rinnegare un approccio sistematico al diritto, e dall'abbandonare la concezione evoluzionistica iniziale, in favore del Darwinismo, che fu sempre conosciuto solo nelle sue linee generali, si accorge che «un giurista deve trattare i concetti giuridici, non come concetti assoluti e preesistenti, ma come mezzi utili dell'ordinamento giuridico creati dall'uomo»¹⁶⁵⁸.

L'«*umschwung*»¹⁶⁵⁹, il «cambiamento improvviso ed il mutamento repentino» che sconvolse la sua produzione scientifica ed anche la sua vita spirituale, per la profondità ed incisività della svolta che produsse in lui, portandolo, di fronte ad un caso concreto¹⁶⁶⁰, ad abiurare alla «sua fede pressochè incondizionata nella giustizia prestabilita, insita nel formalismo accolto da Puchta (formalismo che

¹⁶⁴⁸ BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, lc. cit.

¹⁶⁴⁹ BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, lc. cit.

¹⁶⁵⁰ BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, op. cit., 1.

¹⁶⁵¹ BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, lc. cit.

¹⁶⁵² BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, lc. cit.

¹⁶⁵³ BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, lc. cit.

¹⁶⁵⁴ BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, op. cit., 17.

¹⁶⁵⁵ BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, op. cit., 19.

¹⁶⁵⁶ BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, lc. cit.

¹⁶⁵⁷ BEHREND O., *Anche la giurisprudenza è una scienza?*, op. cit., 187.

¹⁶⁵⁸ BEHREND O., *Anche la giurisprudenza è una scienza?*, lc. cit.

¹⁶⁵⁹ BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, op. cit., 11

¹⁶⁶⁰ Il caso concreto, che causò la svolta nel pensiero Jheringhiano, concerne il venditore che, venduta la stessa cosa due o molte volte, avrebbe avuto diritto, qualora la cosa fosse stata distrutta, prima della consegna e senza sua colpa, a due o anche a più prezzi. Se il giovane Jhering, esegeta acuto delle fonti, aveva ritenuto corretta tale soluzione formalistica, ora, cadutegli dagli occhi le bende delle rigide costruzioni concettuali, avverte l'ingiustizia palese prodotta dall'applicazione meccanicistica di una regola formale posta a protezione di un diritto soggettivo. BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, op. cit., 13-14

non richiede che una applicazione consequenziale di concetti)»¹⁶⁶¹ ed a sforzarsi di elaborare una soluzione più ragionevole, se indica una «discontinuità»¹⁶⁶² tra la prima e la seconda fase del suo pensiero, di cui bisogna necessariamente tenere conto, non la caratterizza come illimitata, e, ciò che più rileva, non è preclusiva di una lettura unitaria del pensiero Jheringhiano.

Se emblema della grande rottura tra la prima e la seconda fase è la decisione di Jhering di interrompere lo *Spirito del diritto romano*, ed il conseguente apparire de *Lo scopo del diritto*, può essere addotta, proprio con riferimento a queste due opere, una duplice prova della conciliabilità, ricca di implicazioni positive, dei due momenti: da una parte, nel primo periodo, «nell'ultimo volume del *Geist* apparso prima della prolusione, Jhering aveva già fatto giustizia della dottrina a cui addebitava la “sopravvalutazione dell'elemento logico” da lui compiuta prima della svolta»¹⁶⁶³; dall'altra, nel secondo periodo, sforzandosi di «arrivare ad un certo equilibrio, mettendo innanzi tutto l'accento sull'idea che la società che si sviluppa in modo giusto ingrandisce ed arricchisce la libertà dell'individuo, creando nuove scelte e spazi di attività, egli aveva anche riveduto le prime parti del *Geist*, aggiungendo note critiche alle affermazioni iniziali»¹⁶⁶⁴.

La opportunità di integrare il metodo sistematico con quello teleologico nel pensiero di Jhering e quindi di non contrapporre le due fasi del suo pensiero, ma di leggerle unitamente, come fa Summers, diviene ancora più auspicabile ove si consideri che ciascuna delle due «soffre del medesimo difetto: l'unilateralismo».¹⁶⁶⁵ Sia la posizione iniziale della imprescindibilità della libertà individuale, sia la sua sostituzione successiva, con l'idea della giustizia sociale, che necessariamente la limita e condiziona, favoriscono l'idea che il diritto scaturisca necessariamente da un'unica fonte, che, in perfetta consonanza con la contrapposizione formalismo *versus* antiformalismo, viene individuata prima, in un diritto formalistico e poi, negli interessi della società umana.

L'affermazione Jheringhiana, contenuta nel *Geist*, secondo cui «“la forma è la sorella gemella della libertà e la nemica giurata dell'arbitrio”»¹⁶⁶⁶, «unilaterale perchè anche colui che adopera l'argomento della giustizia sociale, richiamandosi all'equità materiale, difende la propria libertà»¹⁶⁶⁷, va letta unitamente alle affermazioni che «“la vita non esiste per servire alle nozioni, ma le nozioni per servire la vita”»¹⁶⁶⁸, riportata nel *Geist*, e «“bisogna aver perso la fede nelle nozioni per poterle

¹⁶⁶¹ BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, lc. cit.

¹⁶⁶² BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, op. cit., 14.

¹⁶⁶³ BEHREND O., *Anche la giurisprudenza è una scienza?*, op. cit., 187.

¹⁶⁶⁴ BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, op. cit., 15.

¹⁶⁶⁵ BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, 15.

¹⁶⁶⁶ BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, op. cit.

¹⁶⁶⁷ BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, lc. cit.

¹⁶⁶⁸ BEHREND O., *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano*, lc. cit.

utilizzare senza pericolo”» citata invece nello *Zweck*, caratterizzate, anche se presenti in opere appartenenti alle due differenti fasi, dallo stesso unilateralismo di ritenere superflui i concetti giuridici e quindi inutile un approccio sistematico al diritto.

Il superamento dei due unilateralismi ed una comprensione del pensiero Jherinhiano che, non solo non sia distorta, ma non produca travisamenti del suo significato nelle culture Europea e Nordamericana, richiede, allora, una lettura unitaria della prima e dell' ultima produzione di Jhering, in grado di contribuire in modo decisivo alla realizzazione di quell'equilibrio tra formalità e sostanzialità del diritto che pure doveva essere, come intuito da Summers, la più profonda aspirazione di Jhering e la cui esatta recezione ha permesso la costruzione, nella *Jurisprudence* Americana, di una completa teoria generale della forma.

Capitolo V

La problematicità della Scienza del diritto quale requisito essenziale per una equilibrata integrazione di formalità e sostanzialità giuridica: le conclusioni.

Disvelata la vera identità della crisi del diritto quale crisi del formalismo giuridico, e distinta dall'accezione peggiorativa di "formalismo", la nozione positiva di forma giuridica, è emersa, accanto all'alternanza di formalismo ed antiformalismo, quale elemento costantemente ricorrente nella storia del pensiero giuridico, la tendenza, nella Filosofia del diritto contemporanea, a ricercare i modi di una equilibrata integrazione di formalità e sostanzialità giuridica, anche attraverso una metodologia giuridica che risolva il contrasto tra costruzione logica dei concetti ed esegesi pragmatica dei fatti, nel senso di una loro unitaria composizione.

Sul piano metodologico, e quindi della concezione della scienza giuridica, si contrappongono tradizionalmente, il metodo «assiomatico»¹⁶⁶⁹, che costruisce i concetti, prescindendo dalla realtà del dato, ed il «metodo della topica»¹⁶⁷⁰, secondo il quale la soluzione discende dal caso pratico e non dal sistema. Nel pensiero assiomatico, tutti i principi ed i concetti di un sistema sono logicamente dedotti da principi e concetti fondamentali, che non ammettono né richiedono nessuna ulteriore motivazione, richiedendosi soltanto che tali concetti fondamentali non si escludano a vicenda e non possano desumersi l'uno dall'altro o dal sistema nel suo complesso, discendendo piuttosto da essi gli altri principi del sistema. L'obiezione contro tale creazione integralmente logica è che, se è perfettamente efficace nel campo della logica formale, come nella matematica, è comunque inadeguata all'ambito della logica materiale e quindi del diritto, che si sottrae ad un'integrale sistemazione, per la presenza di molteplici elementi di natura materiale e non logica, oggetto di classificazione e valutazione.

Di fronte al metodo assiomatico sta la topica, quale metodica propria del pensatore, la quale si orienta sul problema, non scaturendo dal sistema, un tutto dal quale possa essere deduttivamente ricavato il principio speciale recante la soluzione del caso, ma, *a contrario*, dal caso medesimo. La topica è la ricerca delle premesse idonee alla soluzione del caso e si concreta nella tecnica idonea alla scoperta di *topoi*, principi guida, che non sono verità valide e chiare *a priori*, ma hanno un senso ed una portata problematici, dal momento che implicano, quale loro carattere costitutivo, la discussione circa «l'applicabilità al caso controverso ed il significato ai fini della soluzione fino a

¹⁶⁶⁹ KASER M., *Sul metodo di individuazione del diritto attraverso la riflessione dei tecnici*, in *Diritto e storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei*, Antologia a cura di A. Corbino con la collaborazione di F. Milazzo, Padova, 1995, 150.

¹⁶⁷⁰ KASER M., *lc. cit.*

quando, esauritasi questa discussione, non risulti la decisione»¹⁶⁷¹.

La contrapposizione tra assiomatica e topica è la contrapposizione, ai fini dell'escogitazione giuridica, tra un metodo sistematico deduttivo, fondato sulla fissità di concetti, cui è riconducibile il sistema, e dal carattere assolutamente incontrovertibile, ed il procedimento induttivo ed empirico, nel quale, pur non escludendosi gli elementi sistematici-deduttivi, il caso è considerato dal lato del risultato, e le soluzioni concepibili sono verificate secondo la loro giustizia sostanziale, anche sulla base del confronto con altri casi simili, ed in ogni caso negandosi la incontrovertibile veridicità e la imprescindibile applicabilità dei principi posti a fondamento del sistema giuridico.

La polivalenza delle nozioni di casistica e sistema¹⁶⁷² e la conseguente possibilità che l'osservatore del fenomeno giuridico li assuma con differenti significati, comporta la necessità di individuare, l'accezione che meglio corrisponde alla realtà storica esaminata. Va tuttavia precisato che quando si parla di sistema non ci si riferisce all'attività classificatoria del materiale giuridico, che, riguardando la didattica e non la scienza, concerne la sistemazione per *genera e species*, ma alla costruzione di un sistema intrinseco, e quindi, alla organizzazione del diritto in un sistema logico.

Un esempio di approccio casistico al diritto è offerto dall'esperienza giuridica Romana: «tutti i periodi della storia del Diritto Romano»¹⁶⁷³, sono dominati «dalla prospettiva degli specifici problemi scaturenti dai singoli casi»¹⁶⁷⁴. «La casistica romana è il prodotto di un diritto giurisprudenziale che si sviluppa con metodo casistico induttivo»¹⁶⁷⁵, e come tale differisce sia dalla produzione legislativa, sia dall'attività di massimizzazione delle sentenze delle supreme corti continentali, riflettendosi la particolarità del metodo di formazione nella diversità del procedimento della sua successiva utilizzazione.

Se la fase iniziale dell'approccio casistico dei Romani al loro diritto fu segnato, non dalle metodiche razionali dell'induzione e della deduzione, ma dall'«intuizione»¹⁶⁷⁶, quale conseguimento della giusta decisione attraverso un'immediata comprensione, che non necessita dell'argomentazione razionale, l'inizio di una teoria Romana del diritto si trova nei dibattiti tra Labeone e Sabino,

¹⁶⁷¹ KASER M., op. cit. 153.

¹⁶⁷² LAZZARO G., voce *Sistema giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 459; MENGONI L.- MODUGNO F.- RIMOLI F., *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, 2003, Torino, 2 ss.; MENGONI L., *Ermeneutica e Dogmatica giuridica*, Milano, 1996; PATTARO, *Modelli di discorso, tipi di sistema e funzione di principi. Cenni storici e profili teorici*, in *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Treccani, Firenze, 1991, 263.

¹⁶⁷³ KASER M., op. cit. 154-155.

¹⁶⁷⁴ KASER M., op. cit. 155.

¹⁶⁷⁵ VACCA L., *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006, 180.

¹⁶⁷⁶ KASER M., op. cit. 157.

all'inizio dell'Impero, a proposito della natura della norma giuridica¹⁶⁷⁷: se già dalla fine della Repubblica i giuristi avevano cercato di dichiarare il *ius civile* in una serie di *definitiones*, cioè di descrizioni sommarie dello stato allora attuale del diritto, rivolgendo le attenzioni più al passato che al futuro e generalizzando l'effetto delle pratiche passate, Labeone, muovendo dall'assunto che il diritto è razionale e che quindi, si può scoprire il diritto applicabile ai casi non ancora decisi ricorrendo all'analogia, introdusse una nuova parola, la *regula*, proposizione normativa che governa tutte le situazioni che rientrano nella sua *ratio*.

Il carattere innovativo della *regula*, che guarda al futuro perchè la sua *ratio* è applicabile ad una intera serie di casi non ancora verificatisi in pratica e che si possono solo immaginare, è contestata da Sabino il quale, nel famoso testo «*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*»¹⁶⁷⁸, obietta che non è il diritto ad essere derivato dalla *regula*, ma è piuttosto la *regula* che deriva dal diritto già esistente: la *regula* sarebbe soltanto una descrizione del diritto, come una *definitio*, per cui la dimostrazione della sua inapplicabilità è causa di esclusione della sua validità.

In realtà l'eresia della *regula* di Labeone, porta a compimento quel percorso, iniziato da Quinto Mucio e approfondito da Servio Sulpicio, di «impostazione della metodologia interpretativa del diritto in chiave problematica, fondata sull'analisi del caso, che segnerà la giurisprudenza romana fino alla sua scomparsa»¹⁶⁷⁹. Labeone infatti, incarnava la nuova figura di intellettuale, che si era affacciata sul finire del I secolo d. C., non più chiuso nella ristrettezza della sua visione, limitata al campo del *ius*, ma aperta ad una prospettiva più ampia, e soprattutto più eclettica, che, grazie all'ausilio della filosofia, allargava il campo del giurista all'*aequitas*, inteso quale correttivo del *ius* stesso.

«Dicendosi *non ex regula ius- sed ex iure regula*, si afferma che il principio dell'operazione decisionale giuridica»¹⁶⁸⁰ non è un «dettame astratto»¹⁶⁸¹, ma va tratto «dal caso stesso»¹⁶⁸², ed è una «realizzazione pratica del diritto»¹⁶⁸³, che non perde il legame con la vita del diritto, dal momento che, pur dopo aver preso «forma di regola»¹⁶⁸⁴, quando la si applicherà in futuro, lo si farà

¹⁶⁷⁷ STEIN P., *Sabino contra Labeone: due tipi di pensiero giuridico romano*, in *BIDR*, 1977, 80, 66-67; ID. *Regulae iuris: from juristic rules to legal maxims*, Edinburgh, 1966.

¹⁶⁷⁸ D. 50.17.1 (Paul., 16 ad Plautium).

¹⁶⁷⁹ BISCOTTI B., *La giurisprudenza romana modello di logica giuridica*, in CENDERELLI-BISCOTTI, *Produzione e scienza del diritto: storia di un metodo*, 2005, 209.

¹⁶⁸⁰ CANNATA C. A., *Per una storia della scienza giuridica europea. I. Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997, 328.

¹⁶⁸¹ CANNATA C. A., *lc. cit.*

¹⁶⁸² CANNATA C. A., *lc. cit.*

¹⁶⁸³ CANNATA C. A., *lc. cit.*

¹⁶⁸⁴ CANNATA C. A., *lc. cit.*

considerandola, sempre e solo, quale «la soluzione giusta del caso»¹⁶⁸⁵.

Il culmine del processo di maturazione di Labeone in ordine all'applicazione del metodo casistico, è segnata dai *Pithanà* - termine greco che significa verosimiglianza o, meglio probabilità -, dai quali si ricava come il modo di procedere di Labeone, nel ragionare sul caso, si articola in un percorso, in cui, partendo da una ipotesi, che è una supposizione, si giunge ad una tesi, che è una dimostrazione, fondata sulla intuizione, qualificata dalla competenza ed esperienza di colui che la esprime e diretta a *plurima innovare*, senza tuttavia, uscire dal solco della tradizione.

La enunciazione *non ex regula ius – sed ex iure regula*, si attaglia perfettamente al contenuto ed allo scopo dei *Pithanà*, quali espressioni della stessa proposta di un metodo che, volendo formulare regole astratte, a partire dalle soluzioni fino a quel momento individuate, si fonda sulla convinzione che sia la stessa struttura giuridica dei casi da risolvere a determinare se «una regola già formata in relazione a casi simili sia idonea ad indicare la soluzione, ovvero richieda una nuova e differente soluzione»¹⁶⁸⁶.

Labeone intitola la sua opera probabilità perchè le decisioni giuridiche, i responsi, sono intesi quali soluzioni verosimili, dati certi presupposti e, dunque, soluzioni che non devono essere necessariamente adottate, ma devono essere senz'altro considerate, discusse e confutate ove si voglia proporre altre. Si tratta di un «procedimento circolare»¹⁶⁸⁷: dalla struttura del caso specifico, se correttamente valutata, alla luce del diritto, deriva la soluzione giusta, sintetizzata in principi da utilizzare per la decisione dei casi successivi, ma mai certi e definitivi, dal momento che, «se risulta che il procedimento valutativo che ha portato alla loro definizione è viziato in qualche elemento, dovranno essere modificati»¹⁶⁸⁸.

La prima tappa del percorso argomentativo Labeoniano è la formulazione di una ipotesi, nella quale la fattispecie, ormai depurata di ogni riferimento pratico, si presenta in modo decisamente astratto, a seguito di un procedimento di astrazione e di generalizzazione, che, tuttavia, non si perfeziona mai al massimo livello, data la volontà di non abbandonare completamente il metodo casistico. I passaggi successivi, che dalla fattispecie conducono alla formulazione di una soluzione, sono «logicamente condizionati dai presupposti rappresentati nella fattispecie medesima, con la conseguenza che al mutare di uno solo di tali elementi del caso, dovrà cambiare anche la sentenza

¹⁶⁸⁵ CANNATA C. A., *lc. cit.*

¹⁶⁸⁶ VACCA L., *lc. cit.* 187.

¹⁶⁸⁷ VACCA L., *op. cit.* 188.

¹⁶⁸⁸ VACCA L., *lc. cit.*

del giurista»¹⁶⁸⁹.

Il carattere «aperto» del percorso argomentativo Labeoniano, che soddisfa le esigenze sistematiche e, contemporaneamente, tiene conto della particolarità del caso concreto, lo rende idoneo a fungere da esempio di come sia possibile la conciliazione tra la costruzione sistematica di concetti e l'esegesi pragmatica di fatti, assicurando, ad un tempo, la certezza, intesa in termini di verificabilità del percorso argomentativo seguito, e l'equità, quale rivedibilità della soluzione prospettata, in presenza di una fattispecie futura, che pur essendo riconducibile alla stessa *ratio*, presenti elementi di novità o semplicemente di diversità rispetto ai casi precedenti.

Merito che senza dubbio va ascritto a Labeone è di avere, con la consapevolezza che traspare dal titolo *Pithanà*, operato una rivoluzione metodologica nel campo del diritto, individuando «compiutamente gli strumenti per una rappresentazione razionale del diritto in funzione della sua costruzione in un sistema aperto, quale implicata dal necessario continuo collegamento tra la sfaccettatura e variabilità dei casi pratici e l'individuazione di principi rappresentativi del diritto sino a quel momento individuato»¹⁶⁹⁰.

La natura inevitabilmente permeata di soggettività dei passaggi logici che conducono alla soluzione infatti, assicura la perenne rivedibilità della decisione, non solo sotto il profilo del cambiamento di essa in relazione alla sostituzione di un elemento della fattispecie, ma anche dal punto di vista della possibilità, da parte di altri giuristi, di condividere quel determinato percorso logico o uno alternativo. I *Pithanà* rappresentano la sintesi di «una trama, che non è destinata a rimanere fissa, ma che ciascun giurista deve sempre tenere sott'occhio, per intervenire man mano che si presenti l'occasione, arricchendola certo, ma anche correggendola, modificandola, aggiornandola, come dettasse la meditazione scientifica di ciascuno, nutrita dalla pratica del *respondere*, del *cavere* e dell'*agere*»¹⁶⁹¹.

La problematicità della scienza del diritto nell'applicazione del metodo Labeoniano, deriva dalla consapevolezza che la soluzione suggerita non è l'unica possibile, ma la più probabile, e che ne sono ammesse infinite altre. Carattere necessariamente conseguente alla problematicità della scienza giuridica è la storicità del diritto, che non è statico, ma dinamico, frutto di una incessante opera creativa e generativa, all'interno della quale l'apporto di ogni singolo costituisce soltanto «un

¹⁶⁸⁹ BISCOTTI B., op. cit., 211.

¹⁶⁹⁰ VACCA L., op. cit. 192.

¹⁶⁹¹ CANNATA C. A., op. cit. 185. In tal senso anche TALAMANCA M., *I Phitanà di Labeone e la logica stoica*, in *Iura*, XXVI, 1975, 195.

momento, un passaggio logico del pensare il diritto da parte di quel grande ed unico pensatore che è la Giurisprudenza, considerata nel suo insieme»¹⁶⁹². La logica non è più un rigido schema, dal quale sarebbe difficile uscire, ma diviene una «logopaidia»¹⁶⁹³, un gioco del linguaggio, per effetto della totale consapevolezza, da parte dei giuristi, che «il pensiero, in relazione ad un fenomeno, quale quello giuridico, legato alla mutevolezza del vivere umano, non può essere assoggettato a regole che lo vincolino, ma deve venire, invece, sostenuto da strumenti logici, che ne assicurino, quanto più è possibile, la libertà di movimento»¹⁶⁹⁴.

L'esperienza giuridica romana, con il metodo di Labeone, offre un esempio di come la negazione dell'assolutizzazione della logica non implichi necessariamente, l'assenza di regole, ma si concili bene con un approccio relativistico al diritto, che si traduce nella formulazione di soluzioni giuridiche, la cui principale caratteristica è rappresentata dalla probabilità: ogni soluzione giuridica è precaria, legata ad un numero infinito di variabili, concretandosi nella ricerca, sulla base di criteri anche logici, inclusivi, in ogni caso del profilo storico, della soluzione, tra le tante possibili, che appare come preferibile in quelle determinate circostanze; la *sententia verior* è la decisione più vera e quindi da preferire alle altre, non in quanto portatrice di verità universali, ma perchè più adatta alla particolarità del caso concreto.

Di fronte all'oscillazione della scienza del diritto tra una concezione sistematica chiusa ed una visione problematica aperta, esemplificata dalla tensione tra la *definitio* di Sabino e la *regula* di Labeone, resta l'interrogativo sulla possibilità di qualificare la riflessione dei giuristi come scienza e sui modi per superare il divario e ricucire lo strappo, presente nella filosofia del diritto contemporanea, fra teoria e pratica del diritto.

Ancora una volta il pensiero di Giuseppe Capograssi è foriero di intuizioni tanto geniali quanto precorritrici dei tempi: egli infatti, non soltanto nota come la scienza del diritto sia «in un continuo stato di oscillazione»¹⁶⁹⁵, per cui o «si sottomette alla vita e si riduce alla più umile esegesi, o si allontana dalla vita e diventa tanto autonoma da fabbricare a sé stesso il suo oggetto»¹⁶⁹⁶, ma ricollega tale contraddittorietà ed insoddisfazione alla «doppia e singolare esigenza di considerare il diritto l'esperienza giuridica come fine come realtà a sé stante, avente la sua ragione in sé stessa, e insieme e per contrasto come mezzo per i fini della vita, della vita del soggetto e di tutta la realtà

¹⁶⁹² BISCOTTI, op cit., 212.

¹⁶⁹³ BISCOTTI, op. cit., 236.

¹⁶⁹⁴ BISCOTTI, lc. cit.

¹⁶⁹⁵ CAPOGRASSI G., *Il problema della Scienza del diritto*, in *Opere II*, Milano, 1959, 613.

¹⁶⁹⁶ CAPOGRASSI G., lc. cit.

delle vite associate dei soggetti¹⁶⁹⁷.

Alla intima esigenza di ridurre il diritto ora a fine ora a mezzo della vita, corrisponde la doppia ed ineliminabile spinta della scienza giuridica, in cui si risolvono le sue avventure, le sue tendenze ed i modi della sua crisi: da una parte cede «alle esigenze formali interiori del proprio sistema logico, e dall'altro»¹⁶⁹⁸ sente «i richiami irresistibili dei fini della vita, che sono superiori ed imperativi e che perciò tentano di ridurre a semplice accessorio la vita stessa del sistema»¹⁶⁹⁹. Il problema della scienza del diritto, consistente nella ineliminabilità di tale duplice esigenza, accompagnata dalla consapevolezza della loro insopprimibilità e della conseguente necessità di una loro conciliazione, non è altro che una diversa formulazione della questione della integrazione tra formalità e sostanzialità del diritto.

Se «in sede riflessa»¹⁷⁰⁰ la scienza giuridica afferma la sua «funzione subalterna»¹⁷⁰¹ e pragmatica rispetto alla vita pratica dell'esperienza, «in sede di attività e di creazione del proprio lavoro»¹⁷⁰², rivendica la sua perfetta autonomia, dimostrando la inattendibilità di un metodo teleologico, la falsità di un significato puramente strumentale dei concetti giuridici e soprattutto la impossibilità di privare la scienza del diritto di una sua verità, come se, completamente vuota, fosse «sempre pronta ad accogliere, con i suoi metodi e i suoi artifici, tutto quello che l'esperienza presenta»¹⁷⁰³.

La singolarità e la problematicità della scienza giuridica contemporanea è la consapevolezza di un profondo contrasto tra la riflessione teoretica, in cui si proclama strumentale rispetto agli scopi della vita, e la pratica effettiva del suo lavoro, in cui, ergendosi a custode del contenuto valoriale del diritto, ed a difensore della sua veridicità, scopre, con profondo acume, i problemi insiti nell'esperienza giuridica, sollevando «da sé di proprio impulso e con propria meditazione, i più elementari i più certi dati dell'esperienza allo stato di problemi»¹⁷⁰⁴.

Il problema della scienza del diritto risiede nel rapporto con il suo oggetto, che è il «dato»¹⁷⁰⁵, ovvero «la realtà giuridica concreta ed immediata»¹⁷⁰⁶: non solo la mancanza di autonomia del dato-privo di solidità e certezza, per effetto del continuo formarsi e sformarsi di sistemi giuridici,

¹⁶⁹⁷ CAPOGRASSI G., op. cit. 614.

¹⁶⁹⁸ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹⁶⁹⁹ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹⁷⁰⁰ CAPOGRASSI G., op. cit., 380.

¹⁷⁰¹ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹⁷⁰² CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹⁷⁰³ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹⁷⁰⁴ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹⁷⁰⁵ CAPOGRASSI G., op. cit., 401.

¹⁷⁰⁶ CAPOGRASSI G., lc. cit.

dipendenti da tutto un insieme di condizioni storiche e quindi, «in uno stato di formazione continuamente volubile»¹⁷⁰⁷, per cui «non appena si sono assestati si disfanno»¹⁷⁰⁸ - si risolve nella mancanza di autonomia della scienza giuridica, il cui lavoro consiste proprio nella conoscenza del suo dato attraverso concetti, ma la «eterogeneità»¹⁷⁰⁹ tra l'esperienza, che è vita, e la scienza, che è astrazione, determina l'incapacità sia del concetto di captare il dato sia della Scienza di servire la vita. Se l'oggetto della scienza c'è, ma è eterogeneo rispetto ad una scienza che opera attraverso la riduzione dell'esperienza in concetti, allora «la scienza del diritto appare come niente, come povero lavoro logico, impotente ad arrivare alla vitalità e praticità profonda dell'esperienza giuridica»¹⁷¹⁰; se l'oggetto della scienza giuridica non c'è, allora la scienza, condannata a darsi l'illusione di averlo, appare «come tutto, come potenza creativa del proprio oggetto, di una immagine a sè stante di esperienza, che è l'esperienza giuridica»¹⁷¹¹.

Il carattere fondamentale del problema della scienza del diritto diviene evidente ove si consideri che la questione del valore della scienza è la questione del valore del diritto, dal momento che, essendo la scienza mescolata ed intersecata con la vita, «la concezione del diritto che si spende e si usa nell'esperienza è quella che la scienza ci fornisce»¹⁷¹².

Il problema della scienza del diritto consiste allora nella sua ineliminabile dualità dell'essere teorica e pratica insieme: se fosse soltanto «una mera tecnica per risolvere i problemi pratici, sarebbe un'arte pratica e non una scienza, come si chiama e pretende di essere; se si trattasse di una pura conoscenza della verità e della vita del diritto, cioè di quello che questa vita è nel sistema complesso e concreto della vita totale dell'esperienza spirituale, sarebbe una filosofia, la Filosofia del diritto e non la scienza del diritto come essa è e vuole essere»¹⁷¹³. Il problema della scienza del diritto è la stessa scienza, la quale consiste proprio in questa profonda unità, «per cui la cd. parte teorica e la cd. parte pratica sono la stessa cosa, per cui anzi, proprio nella parte pratica è il segreto della teoreticità della scienza e viceversa»¹⁷¹⁴.

La scienza, da un lato percorre la via logica della comprensione e della elaborazione dei dati dell'esperienza giuridica, e dall'altro, si pone al servizio della vita, non solo in quanto sorretta, in tutto il suo sforzo conoscitivo, dalla credenza profonda nell'idea di vita che va realizzando con i

¹⁷⁰⁷ CAPOGRASSI G., op. cit., 403.

¹⁷⁰⁸ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹⁷⁰⁹ CAPOGRASSI G., op. cit., 405.

¹⁷¹⁰ CAPOGRASSI G., op. cit., 408.

¹⁷¹¹ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹⁷¹² CAPOGRASSI G., op. cit., 409.

¹⁷¹³ CAPOGRASSI G., op. cit., 410-11.

¹⁷¹⁴ CAPOGRASSI G., op. cit., 412.

suoi schemi, ma anche e soprattutto in quanto spinta dall'intimo amore per la vita a non rinchiudersi nella apparente pace della ricerca teoretica. Simbolo di tale costitutiva ed irrinunciabile unità di teoria e pratica della scienza del diritto è Jhering, la cui «insoddisfazione verso la costruzione puramente concettuale»¹⁷¹⁵ non deriva tanto dal «formalismo teoretico»¹⁷¹⁶, conseguente al distacco della scienza dalla realtà, quanto dalla «indifferenza pratica»¹⁷¹⁷, verso il movimento stesso della vita, che paralizzando alle radici l'intima spinta di amore, contraddice lo slancio costitutivo e caratterizzante della scienza.

Di fronte alla dispersione del concreto ed alla frammentarietà di tutti i suoi elementi, l'«atto di fede»¹⁷¹⁸ della scienza del diritto alla «razionalità dell'esperienza»¹⁷¹⁹, si concreta nel suo lavoro di interpretazione e di costruzione: la prima, mostrando che nella norma interpretata vi è di più di quel che appare, è l'affermazione del tutto e della «unità»¹⁷²⁰ di fronte alla particolarità ed alla frammentarietà dei singoli comandi; la seconda, reagendo alla dispersione dell'esperienza ed al suo staccarsi in una pluralità di elementi, è l'affermazione del sistema che regge il mondo delle norme, che fa del mondo delle norme un mondo.

Alla luce di tali considerazioni, la spiegazione Capograssiana dell'origine del problema della scienza del diritto può essere un utile ausilio nella individuazione delle concrete modalità di superamento della contrapposizione fra formalità e sostanzialità del diritto. Secondo Capograssi infatti, il carattere problematico della scienza del diritto, che oscilla continuamente ed alternativamente tra una tendenza sistematico-concettuale, che annulla il suo oggetto, la realtà dell'esperienza giuridica, ed una opposta tendenza meramente esegetica, in cui il diritto diventa schiavo dei fatti, e quindi incapace di ogni, sia pur minima, astrazione e concettualizzazione, è conseguente ad un duplice modo di intendere l'esperienza giuridica: 1) l'esperienza giuridica come fine e come realtà a sé stante, avente la sua ragione in sé stessa; 2) l'esperienza giuridica come mezzo per i fini della vita del soggetto e di tutta la realtà delle vite associate dei soggetti. La doppia possibile concezione del diritto e dell'esperienza giuridica si manifesta, in conformità alla natura della scienza, in una doppia ineliminabile spinta a cedere alle esigenze formali interiori del proprio sistema logico, ove si intenda il diritto come fine, avente una ragione in sé; a sentire i richiami irresistibili per i fini della vita, che sono superiori ed imperativi e che tendono a ridurre a semplice accessorio la vita stessa del sistema, ove si intenda il diritto come mezzo per la realizzazione dei

¹⁷¹⁵ CAPOGRASSI G., op. cit., 485.

¹⁷¹⁶ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹⁷¹⁷ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹⁷¹⁸ CAPOGRASSI G., op. cit., 492.

¹⁷¹⁹ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹⁷²⁰ CAPOGRASSI G., op. cit., 490.

suoi scopi.

La prima importante intuizione di Capograssi è che il problema della Scienza Giuridica, il suo oscillare tra tendenze formalistiche contettuali-sistematiche e tendenze antiformalistiche meramente esegetiche, non è altro che un riflesso del duplice modo di intendere il diritto e l'esperienza giuridica, come fine, che ha la sua ragione in sé, e può quindi prescindere dal suo oggetto, e come mezzo per i fini del diritto, che, per la massima aderenza alla realtà, rinuncia ad ogni costruzione concettuale, ed in tal modo alla sua stessa identità.

La seconda intuizione Capograssiana è la ineliminabilità di uno dei due termini: come non è possibile sopprimere l'idea del diritto come fine in sé o come mezzo per i fini della vita, ugualmente non è possibile rinunciare al profilo sistematico o teleologico del diritto; il che non significa altro che necessità di integrare, in modo tendenzialmente equilibrato, formalità e sostanzialità del diritto.

Se il problema della scienza del diritto consiste nella ineliminabilità delle due tendenze, sistematica e teleologica, che rispecchia la dualità dell'esperienza giuridica, allora è da questa ultima che occorre partire.

«Oggetto proprio»¹⁷²¹ della scienza giuridica è l'esperienza giuridica nella sua «immediatezza»¹⁷²², quale si presenta, in termini di pura azione, a chi non dispone che dei concetti della coscienza comune e «prima della *stretta* a cui la scienza la sottopone»¹⁷²³. Il fare degli uomini “qualche cosa che essi considerano diritto”, prima della trasformazione in nozioni, è la considerazione delle azioni degli uomini, finalizzata alla loro compenetrazione, «perchè l'una non intralci l'altra, perchè ogni agente sia sicuro di non essere intralciato nella sua attività dagli altri, come gli altri devono essere sicuri della promessa di lui»¹⁷²⁴.

La esperienza giuridica, prima della elaborazione concettuale, è una formazione e posizione di comandi ed ordini, caratterizzata da una perenne circolarità: «per regolare l'azione nasce tutta una serie di ordini e questo nascere si risolve in una ulteriore serie di azioni, dirette a trovare e porre ordini; trovarli e postarli, dirette ad assimilare alle azioni, ad adeguare l'ordine all'azione»¹⁷²⁵.

Se nell'esperienza giuridica, prima della elaborazione scientifica, l'ultima parola spetta all'azione,

¹⁷²¹ CAPOGRASSI G., op. cit., 417.

¹⁷²² CAPOGRASSI G., loc. cit.

¹⁷²³ CAPOGRASSI G., op. cit., 418.

¹⁷²⁴ CAPOGRASSI G., op. cit., 419.

¹⁷²⁵ CAPOGRASSI G., op. cit., 421.

perchè, nata dall'azione, tutta questa esperienza torna all'azione e si risolve nell'azione, l'ordine nasce dal fatto che gli individui si pongono come centri di comando e di obbedienza, che, partecipando alla formazione di una volontà comune, realizzano, al di sotto della formazione sparsa dell'esperienza, l'unità: se alla superficie l'esperienza è e rimane allo stato sparso, sempre aperta alle nuove aggiunte, che non rispondono a nessun segreto disegno, in profondità c'è l'unità, fondata sull'intrecciarsi di comandi e di obbedienze. Già prima dell'elaborazione scientifica, nella sua immediatezza, l'esperienza giuridica presenta un carattere contraddittorio, per cui oscilla «in una specie di continua alternativa tra un ordine a sé stante una volontà che si determina e determina le altre volontà con propri criteri e propri fini e un ordine per cui essa è soggetta ai fini, ai criteri, principi di altre forme di esperienza: tra una volontà che vuole qualche cosa di proprio ed una volontà che non fa che prestarsi, che prestare il suo braccio secolare alla esigenza di altri fini e di altri interessi, nascenti e viventi in altre forme di esperienza»¹⁷²⁶.

L'elaborazione scientifica è un lavoro di profonda trasformazione dell'esperienza giuridica, il cui primo stadio è la formazione di concetti, che non sono «un trovato della scienza o un suo strumento»¹⁷²⁷, ma, fungendo da «traduzione»¹⁷²⁸ e «riassunto nozionale dei principi che la scienza ha trovato nei comandi e nei quali ha risolto il contenuto dei comandi»¹⁷²⁹, costituiscono la trasformazione dell'esperienza in oggetto della scienza. Lo stato sparso ed incoerente di comandi e di attività dell'esperienza giuridica nella sua immediatezza, sparisce, a mano a mano che i concetti sono ordinati in grandi gruppi che mettono capo a posizioni tipiche, a loro volta sistemati in posizioni ancora più generali, che attingono, sia dall'attività stessa concreta, in cui vigono o sono stati scoperti i principi, sia dai momenti della storia dei comandi. L'immagine della scienza che si viene costruendo è così chiara, semplice e patente, nella sua ordinata e razionale architettura, nella sua aspirazione a costruire la vera visione della vera esperienza, da arrivare alla importante scoperta che questi concetti hanno una profonda implicazione ed una reciproca dipendenza, al punto che, appartenendo tutti alla stessa sfera e supponendo ed implicando una unità, fanno l'unità. Di là dalle grandi divisioni, attinte dalla materia stessa del suo oggetto, la scienza si avvede non soltanto che formando i suoi concetti ed i suoi sistemi e procedendo a queste divisioni, essa pensa in un dato modo il suo oggetto, ma anche esiste una connessione dei sistemi dei comandi e dell'ordine giuridico con la realtà e che esso inerisce alla realtà. Il sistema di poteri e di soggetti che la scienza giuridica ha scoperto esistenti nel fondo dei concetti e dei gruppi di concetti che ha configurato, e da

¹⁷²⁶ CAPOGRASSI G., op. cit., 432.

¹⁷²⁷ CAPOGRASSI G., op. cit., 440.

¹⁷²⁸ CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹⁷²⁹ CAPOGRASSI G., lc. cit.

cui deriva il loro carattere unitario, è un riflesso del legame della scienza del diritto con il mondo della naturale attività del volere e con il mondo naturale, che non sono fuori dell'ordinamento giuridico, ma hanno significato e valore per l'ordinamento giuridico.

Se l'esperienza giuridica non consiste che nella inclusione del mondo naturale e del mondo volontario nell'ordinamento giuridico, con conseguente attribuzione di valore giuridico sia ai fatti che agli atti della volontà, e se la scienza del diritto non è più «né puro metodo né una forma vuota»¹⁷³⁰, ma contiene ed è una concezione specifica dell'esperienza, allora il problema della scienza del diritto non è che il problema del valore di questa concezione, che regge la scienza ed assicura tutto il suo lavoro. La acquisita consapevolezza del legame della scienza del diritto con la esperienza giuridica comporta da una parte, la impossibilità di continuare a tenere la scienza giuridica sospesa nel vuoto, negandole, sul piano teorico un nesso con la vita che la pratica giuridica afferma quotidianamente, e la conseguente necessità di interrogarsi sul «paradosso»¹⁷³¹ di una scienza, il cui risultato è anche l'origine del suo lavoro, essendo l'assenza di una conclusione definitiva la ragione della sua stessa esistenza.

La duplicità che si è riscontrata nella struttura stessa della scienza, che è insieme analisi e sintesi, logica ed intuizione, interesse teorico ed interesse pratico, caratterizza anche la funzione della scienza del diritto, che è «doppiamente nel cuore dell'esperienza»¹⁷³², dal momento che nell'atto con cui conosce l'esperienza, la integra e la compie, divenendone «parte integrale ed essenziale»¹⁷³³.

Se da una parte l'esigenza essenziale della scienza del diritto è di non staccarsi dall'esperienza, ma di rimanere nell'esperienza, portando «l'atto vitale dell'azione giuridica, il movimento stesso dal quale risulta il mondo dell'esperienza giuridica, alla determinazione dei suoi elementi, alla rivelazione della sua struttura ed alla trasparenza di sé stessa»¹⁷³⁴, dall'altra la scienza è la riflessione che si esercita sull'azione giuridica, è l'analisi che si intromette nella dialettica e nella storia dell'azione giuridica.

La consapevolezza della funzione dualistica della scienza giuridica, ad un tempo, sintesi ed analisi, pone il problema della comprensione di come, ad un certo punto, avviene questo strano piegarsi, della sintesi di cui l'azione è fatta, verso l'analisi, quasi un fermarsi in una specie di stasi, che è il momento della costruzione dei concetti e della produzione di teorie. Il problema della scienza del

¹⁷³⁰ CAPOGRASSI G., op. cit., 475.

¹⁷³¹ CAPOGRASSI G., op. cit., 476.

¹⁷³² CAPOGRASSI G., op. cit., 521.

¹⁷³³ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁷³⁴ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

diritto diviene costitutivo della sua funzione ed il lavoro scientifico funge da «momento fisiologico della vita dell'azione giuridica»¹⁷³⁵, ove la scienza giuridica, nell'unità di sintesi ed analisi, sia intesa quale ricerca del «punto naturale di intersezione del lavoro scientifico nella dialettica dell'azione»¹⁷³⁶.

L'esperienza giuridica, sforzandosi di rendere il soggetto individuale consapevole della totalità dell'esperienza, per cui il contenuto della vita individuale è proprio la totalità dell'esperienza e la totalità dell'esperienza è viva solo in quanto individuale, evidenzia l'ineliminabile «dualismo dell'esperienza e della particolarità dell'azione, della obiettività del volere della legge e della individualità del volere del soggetto».

Di qui la eteronomia dell'esperienza giuridica, quale exteriorità della legge giuridica rispetto alla volontà del soggetto: «l'azione ubbidisce e si conforma, ma senza che la volontà esca dai suoi motivi particolari»¹⁷³⁷ e soprattutto «in via di obbedienza, come una necessità naturale alla quale occorre uniformarsi»¹⁷³⁸. Sembra che l'esperienza giuridica si accontenti solo del corpo, e non dell'animo, non pretendendo che «la volontà esca dalle sue molteplici occupazioni»¹⁷³⁹, ma accontentandosi esclusivamente e con discrezione, dell'assenso della volontà e della sua obbedienza.

Tuttavia, anche se la legge giuridica non vuole nulla, è bonaria e discreta e sembra accontentarsi solo del consenso esteriore della volontà, essendo giuridicamente irrilevanti i motivi che l'hanno indotta all'obbedienza, la esperienza giuridica nasce, quello che era «nel profondo della volontà e dell'azione viene a galla e si realizza addirittura in un sistema di istituzioni»¹⁷⁴⁰: di fronte all'organizzarsi e consolidarsi dell'esperienza giuridica in tutto un mondo che nasce, la volontà particolare, che aveva ceduto alla insidiosa discrezza della legge giuridica e aveva creduto di non uscire fuori dal mondo dei suoi motivi, non solo si accorge che essi sono stati superati, ma anche che sono stati il mezzo per arrivare alla novità della legge giuridica e dell'esperienza giuridica. Nell'atteggiamento dell'esperienza giuridica c'è una «profonda arte»¹⁷⁴¹, dal momento che essa, accogliendo tutto, si offre alla volontà come un mezzo, come uno dei mezzi che la volontà ha per i suoi fini, e sembra che proclami la sovranità della volontà, ed invece porta la volontà ad inserirsi in

¹⁷³⁵CAPOGRASSI G., op. cit., 523.

¹⁷³⁶CAPOGRASSI G., lc. cit.

¹⁷³⁷CAPOGRASSI G., op. cit., 615.

¹⁷³⁸CAPOGRASSI G., op. cit., 614.

¹⁷³⁹CAPOGRASSI G., op. cit., 617.

¹⁷⁴⁰CAPOGRASSI G., op. cit., 618.

¹⁷⁴¹CAPOGRASSI G., lc. cit.

un mondo che quest'ultima non aveva nemmeno sospettato. Dietro la apparente modestia della legge giuridica, che sembra accontentarsi della pretesa azione esteriore, c'è la profonda intuizione dello spirito pratico, che dà vita all'esperienza del diritto, secondo cui la «conformità esteriore è conformità interiore, vera adesione alla legge», per cui non solo non c'è distinzione tra obbedienza ed adesione, ma il permanere dei motivi psicologici, nella obbedienza alla legge, non significa altro che l'azione resta concreta, mentre la volontà particolare, in quanto obbedisce alla legge, è volontà dell'ordinamento giuridico e dell'esperienza giuridica.

Nell'esperienza giuridica sussiste l'«apparente inganno»¹⁷⁴² di una volontà, che crede di seguire i suoi oggetti particolari e di determinarsi per i suoi motivi particolari, ma in realtà vuole il mondo dell'esperienza, che è implicito nel suo stesso volere e nei suoi stessi fini particolari.

L'atto di obbedienza della volontà alla legge è in realtà un atto di adesione, con cui la volontà individuale pensa umanamente: con l'obbedienza all'esperienza giuridica e con l'adesione al mondo del diritto, che è adesione all'umanità del mondo dell'esperienza, il soggetto inizia a pensare umanamente, dal momento che dirige la sua azione dietro l'idea umana del diritto, «che è appunto l'idea dell'azione ricca in sé della implicazione e del destino di tutta quanta l'esperienza concreta, nella molteplicità originale e nella connessione segreta delle sue vite»¹⁷⁴³.

L'identità di obbedienza ed adesione al diritto da parte della volontà, spiega come l'esperienza giuridica sia «veramente mezzo e fine»¹⁷⁴⁴, e quindi «veramente esteriore ed interiore all'azione»¹⁷⁴⁵: è mezzo, in quanto rende possibili tutti i fini della vita, scoprendo e realizzando il mondo che ognuno di essi tiene implicito in sé, un «mondo umano», nel quale cioè, «l'umanità e la razionalità dell'esperienza sia affermata non concettualmente, ma nell'azione e come azione, come mondo di istituzioni e di realtà»¹⁷⁴⁶; è fine, in quanto tutti i fini tendono a far sì che il soggetto «pensi umanamente e crei un mondo umano»¹⁷⁴⁷, che è il mondo dell'esperienza giuridica.

Il carattere problematico della Scienza del diritto allora, non è altro che un riflesso della «duplicità»¹⁷⁴⁸ dell'«intima vita dell'esperienza giuridica»¹⁷⁴⁹, che è esteriore ed interiore all'atto della volontà concreta: se «l'esperienza giuridica si presenta come mezzo e come fine, come

¹⁷⁴² CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁷⁴³ CAPOGRASSI G., *op. cit.*, 620.

¹⁷⁴⁴ CAPOGRASSI G., *op. cit.*, 621.

¹⁷⁴⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁷⁴⁶ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁷⁴⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁷⁴⁸ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁷⁴⁹ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

estrinsecismo e come intrinsecismo, in una specie di incontro singolare e doloroso, che è tutta la sua vita»¹⁷⁵⁰, «la scienza del diritto si presenta con la doppia e lacerante esigenza di considerare il suo oggetto, la legge e l'organizzazione giuridica come mezzo per i fini della vita, per i fini veramente sovrani della vita, e, insieme, di considerare il suo oggetto come fine, come avente valore per sè, come avente la sua chiusa autonomia e la sua chiusa e completa natura in sè stesso, come avente un sè stesso»¹⁷⁵¹.

La scienza giuridica è la sola totale scienza umana dell'Uomo: non si affida alla volontà incostante ed all'intelletto insufficiente del singolo uomo, ma, è, ad un tempo, conoscenza comune dell'uomo, e scoperta dei valori più umani del singolo uomo: realizza il felice connubio di individuale ed universale, non annullando la volontà del singolo nella totalità dell'atto etico, ma trasformando l'epistemologia giuridica in una gnosologia veramente umana. Il risultato è un ribaltamento del rapporto tra filosofia e scienza del diritto: la filosofia del diritto, ove voglia possedere certezza di vera scienza, non può limitarsi ad esprimere e contenere quella che tradizionalmente presenta come la ragion d'essere della scienza giuridica, ma ha l'obbligo di rendersi esperta delle conoscenze custodite dalla scienza del diritto, unica custode dei “segreti dell'azione”, in quanto conoscitrice dell'umano agire e produttrice esclusiva di criteri di verità validi per la vita¹⁷⁵². Ne consegue un modo nuovo di intendere il rapporto tra la scienza e la storia: se tradizionalmente, quando si parla del carattere storico della scienza, si immagina la storia meno la scienza, e, operando una astrazione, il lavoro della scienza del diritto si risolve nel riempire «le piccole conchiglie vuote dei suoi concetti»¹⁷⁵³ con i contenuti della storia, per Capograssi la scienza del diritto è nella storia, quale coscienza di verità profonde, che, ben lungi dal farsi sommergere dai fatti, solcano vittoriosamente le incertezze della vita, mediante la affermazione di valori che il diritto custodisce e salva.

Rinvenuta nella doppia natura di mezzo e fine dell'esperienza giuridica la genesi della problematicità della scienza giuridica, che è ad un tempo costruzione sistematica e concettuale ed esegesi dei fatti, la doppia esigenza di non perdere il nesso con la realtà fattuale e di “ordinare” l'esperienza giuridica in concetti, «domina tutto il lavoro»¹⁷⁵⁴ della scienza iuridica: «alla prima esigenza corrisponde cerca di corrispondere il suo lavoro di interpretazione; alla seconda esigenza

¹⁷⁵⁰ CAPOGRASSI G., op. cit., 624.

¹⁷⁵¹ CAPOGRASSI G., lc. cit..

¹⁷⁵² PIOVANI P., *Introduzione a CAPOGRASSI, Il problema della scienza del diritto*, a cura di Pietro Piovani, Milano, 1964, III-XXXII.

¹⁷⁵³ POIVANI P., lc. cit.

¹⁷⁵⁴ CAPOGRASSI G., lc. cit.

cerca di corrispondere il suo lavoro di costruzione»¹⁷⁵⁵. Tutto l'organismo della scienza del diritto è dominato da questa duplicità fondamentale della elaborazione scientifica, che deve essere in grado di cogliere «la struttura e la funzione»¹⁷⁵⁶ del diritto.

La intuizione Capograssiana, che può essere di ausilio al superamento della contrapposizione tra formalità e sostanzialità del diritto, mediante la loro composizione in una equilibrata integrazione, è che la soluzione del dilemma se la scienza Giuridica debba essere esegesi dei fatti o costruzione sistematica di concetti, non solo non può essere risolto a beneficio dell'una e con conseguente soppressione dell'altra componente, ma forma il «cuore stesso»¹⁷⁵⁷ della scienza del diritto, «la quale è perennemente occupata a corrispondere a questo duplice fine di costruire con il suo lavoro concettuale l'autonomia profonda ed obiettiva dell'esperienza giuridica, e insieme di cogliere, col suo lavoro di interpretazione, la vita nella sua concretezza, nella quale l'esperienza giuridica è inserita, di cogliere, nell'autonomia stessa dell'esperienza giuridica, tutta la vita, con i suoi fini e le sue concretezze»¹⁷⁵⁸.

Il dilemma della Scienza Giuridica, che oscilla tra costruzione concettuale ed esegesi fattuale è il puntuale riprodursi, in sede conoscitiva, dell'intima lacerazione dell'esperienza: il diritto, come nella vita è, fuori della volontà agente, vera costrizione e, dentro la volontà agente, vera accettazione, così, nella scienza giuridica, ha insieme, il suo fine in sé stessa e serve come mezzo ai fini della vita.

L'oscillazione della scienza giuridica tra teoria e pratica, tra la sua certezza costitutiva e le sue incertezze particolari ed ineliminabili, è la rappresentazione genuina dell'esperienza giuridica, che è ad un tempo astrazione e concreta realizzazione dell'azione, nella sua sostanza e nella sua profonda realtà. Il valore di verità della scienza giuridica consiste nell'essere la perfetta testimonianza della intima sostanza dell'esperienza giuridica, non tanto in quanto ci fa conoscere, col suo lavoro di costruzione e di interpretazione, la originalità ed unità che tiene insieme i dati dell'esperienza, ma in quanto riassume in sé la struttura dell'esperienza giuridica: «la scienza del diritto è la breve ma viva sfera di luce, nella quale possiamo vedere manifesta e quasi in vitro la vita oscura ed intima che regge l'esperienza»¹⁷⁵⁹; «è come il fiore e, con gli straordinari e sconcertanti paradossi dei suoi problemi, e con il suo intimo dilemma, che fa la sua vita e la sua croce, è come il simbolo di questa

¹⁷⁵⁵ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁷⁵⁶ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁷⁵⁷ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁷⁵⁸ CAPOGRASSI G., *op. cit.*, 625.

¹⁷⁵⁹ CAPOGRASSI G., *op. cit.*, 626.

esperienza paradossale»¹⁷⁶⁰.

La ineliminabilità dei due profili sia della esperienza giuridica, che è, ad un tempo e costitutivamente, mezzo e fine, sia della scienza del diritto, che è, contemponemente e necessariamente, teoria e pratica, costruzione di concetti ed esegesi di fatti, non solo le accomuna nel loro identico carattere paradossale, ma evidenzia anche che sia la esperienza giuridica sia la scienza del diritto non hanno conclusione: presentano e rappresentano, ma non risolvono l'enigma del loro dilemma e del loro problema costitutivo.

Il carattere problematico della scienza del diritto e dell'esperienza giuridica è ineliminabile ed è connaturato alla loro essenza: come l'esperienza giuridica non si esaurisce mai, ma è sempre nuova nella combinazione di volontà individuali, che, in quanto obbediscono alla legge, esprimono il loro consenso, rendendola da imposta esternamente a condivisa internamente, così la scienza del diritto non ha conclusione, essendo sempre impegnata nel suo perenne lavoro di equilibrata composizione di formalità e sostanzialità del diritto, ovvero di componenti concettuali, frutto di costruzione, e di componenti fattuali, risultanti dall'umila fatica dell'esegesi.

L'indagine sul tema dell'equilibrio tra formalità e sostanzialità del diritto risente della duplicità della scienza del diritto e dell'esperienza giuridica: è come loro, senza conclusione, ma con la consapevolezza che il suo compito è l'eterna ricerca.

Ancora una volta Giuseppe Capograssi coglie nel segno e non possiamo fare di meglio che prendere in prestito le sue parole: il problema del paradosso dell'esperienza giuridica, della scienza del diritto e della ricerca di un equilibrio tra formalità e sostanzialità del diritto «è il problema della filosofia. Anzi questo problema è la filosofia. La quale, appunto, ha la funzione, non di risolverlo, ma, modestamente, di porlo.»¹⁷⁶¹

¹⁷⁶⁰ CAPOGRASSI G., *lc. cit.*

¹⁷⁶¹ CAPOGRASSI G., *op. cit.* 627.

Bibliografia

- AMARELLI F. - DE GIOVANNI L.- GARBARINO P. – SCHIAVONE A. - VINCENTI U. :** *Storia del Diritto Romano*, a cura di Schiavone A., Giappichelli, Torino, 2000.
- ASTUTI G. :** *Avvertenza* in LOPEZ DE ONATE F., *La certezza del diritto*, (1942), a cura di Astuti G., Giuffrè, Milano, 1968, VII-VIII.
- ATIENZA M. :** *Is Legal Positivism a Sustainable Legal Theory?* in GIZBERT-STUDNICKI T. - STELMACH J.: *Law and Legal Culture in the 21st Century. Diversity and Unity. Plerary Lectures*, 23th IVR Congress, August 1-6, 2007, Cracow, Poland Wolters Kluwer Polska, 2007 Warszawa.
- ATYIAH P. - SUMMERS R. S. :** *Form and Substance in Anglo- American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institution*, Claredon Press, Oxford, 1987.
- AUSTIN J. L. :** “*A Plea for Excuses*”, *Proceeding of the Aristotelian Society*, 57 (1956), 8, in SUMMERS R. S., *The New Analytical Jurists*, in SUMMERS S. R. *The Jurisprudence of Law's Form and Substance*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, England, 1999, 866.
- AVITABILE L. :** *Fenomenologia giuridica e comunità nell'opera di Edith Stein*, in AVITABILE L. - BARTOLI G. - CANANZI D. M. - PUNZI A., *Percorsi di Fenomenologia del diritto Presentazione* di Romano Bruno, Giappichelli, 2007, Torino, 1-51.
- AVITABILE L. - BARTOLI G. - CANANZI D. M. - PUNZI A. :** *Percorsi di Fenomenologia del diritto Presentazione* di Romano Bruno, Giappichelli, 2007, Torino
- AVENARIUS M. :** *Der pseudo- ulpianische liber singularis regularum*, Wallestein, Göttingen, 2005.
- ARISTOTELE :** *La Metafisica*. Traduzione, introduzione e commento di Reale G., 2 vol., Loffredo, Napoli, 1968.
- BALLADORE PALLIERI G- CALAMANDREI P. - CAPOGRASSI G. - CARNELUTTI F. - DELITALA G. - JEMOLO A. C. - RAVA' A. - RIPERT G. :** *La crisi del diritto*, a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, Cedam, Padova, 1953.
- BARBERIS M. :** *Presentazione* in MINDA G. *Teorie postmoderne del diritto*, a cura di Barberis Mauro, Il Mulino, Bologna, 2001, VIII.
- BEHREND O.:** *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola Pontifex*, Vandenhoech & Ruprecht, 1976, Göttingen, 273 ss., e 281 ss.
- BEHREND O. :** *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, tomo 95, Böhlau H., 1978, 187-231;
- BEHREND O. :** *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in *Index*, 12, 1983/84, 191.

- BEHRENDTS O.** : *Formality and Substance in Classical Roman Law*, in KRAWIETZ W.-MCCORMICK N. - VON WRIGHT G. H., *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems: Festschrift for Robert S. Summers*, Duncker & Humblot, 1994 Berlin, 207.
- BEHRENDTS O.** : *Anche la giurisprudenza è una scienza? La riscoperta della prolusione viennese tenuta da R. von Jhering venerdì 16 ottobre 1868*, in *Index*, 23, 1995, 183.
- BEHRENDTS O.** : *Iusta causa traditionis* in LABRUNA L. *Tradere ed altri studi. Con un saggio di Okko Behrendts su Iusta causa traditionis*, Jovane, Napoli, 1998, 32.
- BEHRENDTS O.** : *Die Gewohnheit des Rechts und das Gewohnheitsrecht*, in *Die Begründung des Rechts als historisches Problem*, hrsg. Von Dietmar Willoweit, München, 2000, 19-135
- BEHRENDTS O.** : *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. Formulae in facto conceptae*, in *Diritto e giustizia nl processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, a cura di Cascione C. e Masi C., Editoriale Scientifica, Napoli, 2002, 199.
- BEHRENDTS O.** : *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano e diritto moderno in un momento di grande rottura culturale*, in *Rivista di Diritto Romano*, III, 2003, www.ledonline.it/rivistadirittoromano/
- BEHRENDTS O.** : *Che cosa era il ius gentium antico?*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da Labruna Luigi, a cura di Baccari M.P. e Cascione C., t. 1, Esi, Napoli, 2006, 483.
- BERTI E.** : *Studi aristotelici*, L. U. Japadre, L'Aquila, 1975.
- BETTI E.** : *Diritto Romano*, I, *Parte generale*, Cedam, Padova, 1935.
- BISCOTTI B.** : *La giurisprudenza romana modello di logica giuridica*, CENDERELLI A.-
- BISCOTTI B.** : *Produzione e scienza del diritto: storia di un metodo*, Giappichelli, Torino, 2005, 161.
- BIX B.** : *Form and Formalism : the view from Legal Theory*, in *Ratio iuris*, vol. 20, No. 1, Maerch 2007, 68.
- BOBBIO N.** : *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, Padova, 1942.
- BOBBIO N.** : *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*³, Ed. di Comunità, Milano, 1977.
- BRETONE M.** : *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Laterza, 2001 Roma-Bari.
- BULYGIN E.** : *Normative Positivism vs. theory of Legal Argomentation*, in GIZBERT-STUDNICKI T. - STELMACH J., *Law and Legal Culture in the 21th Century. Diversity and Unity. Plerary Lectures*, 23th IVR Congress, August 1-6, 2007, Cracow, Poland Wolters Kluwer Polska, 2007 Warszawa.
- BUCKLAND W.W.** : *Ritual Acts and words in Roman Law*, in *Festschrift Paul Koschaker*, Böhlau, Weimar, 1939.

- CALAMANDREI P.** : *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in LOPEZ DE ONATE F., *La certezza del diritto*, a cura di Astuti G., Giuffrè, Milano, 1968, 169. Pubblicato originariamente nella *Rivista di diritto commerciale*, 1942, I, 341; ripubblicato in *Studi sul processo civile*, V, Cedam, Padova, 1947.
- CAMPBELL T. D.** : *Legal Change and Legal Theory : the context for a Revisited Legal Positivism* in KRAWIETZ W.- MCCORMICK N. - VON WRIGHT G. H., *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems: Festschrift for Robert S. Summers*, Duncker & Humblot, 1994 Berlin, 607.
- CANANZI D. M.** : *La spirale estetica del diritto. Narratività e formatività giuridica discusse con Ricoeur e Pareyson*, in AVITABILE L. - BARTOLI G. - CANANZI D. M. - PUNZI A. - *Percorsi di Fenomenologia del diritto* Presentazione di Romano Bruno, Giappichelli, 2007, Torino, 77-124
- CANNATA C. A.** : *Per una storia della scienza giuridica europea. I. Dalle origini all'opera di Labeone*, Giappichelli, 1997, Torino
- CAPECCI A.** : *Struttura e fine: la logica della teologia aristotelica*, L. U. Japadre, L'Aquila, 1978.
- CAPOGRASSI G.** : *Flavio Lopez de Onate*, in LOPEZ DE ONATE F., *La certezza del diritto*, a cura di Astuti G., Giuffrè, Milano, 1968, 3-17. Ripubblicato in CAPOGRASSI G. , *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959, 119.
- CAPOGRASSI G.** : *Considerazioni conclusive*, in LOPEZ DE ONATE F., *La certezza del diritto*, a cura di Astuti G., Giuffrè, Milano, 1968, 246; ripubblicato in GIUSEPPE CAPOGRASSI, *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959, 77.
- CAPOGRASSI G.** : *Saggio sullo Stato* (1918), in *Opere*, I, Giuffrè, Milano, 1959, 5.
- CAPOGRASSI G.** : *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi* (1921), in *Opere*, I, Giuffrè, Milano, 1959, 151.
- CAPOGRASSI G.** : *La nuova democrazia diretta*, (1922), in *Opere*, I, Giuffrè, Milano, 1959, 405.
- CAPOGRASSI G.** : *Analisi dell'esperienza comune*, (1930), in *Opere*, II, Giuffrè, Milano, 1959, 3.
- CAPOGRASSI G.** : *Studi sull'esperienza giuridica*, (1932), in *Opere*, II, Giuffrè, Milano, 1959, 211
- CAPOGRASSI G.** : *Il Problema della Scienza del Diritto*, (1937) in *Opere*, II, Giuffrè, Milano, 1959, 377.
- CAPOGRASSI G.** : *Il Problema della Scienza del Diritto*, a cura di Pietro Piovani, Giuffrè, Milano, 1964.
- CAPOGRASSI G.** : *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959 , 151.
- CAPOGRASSI G.** : *Incertezze sull'individuo*, in *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959 , 429.
- CAPOGRASSI G.** : *Impressioni su Kelsen tradotto*, in *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959 , 311.

- CAPOGRASSI G.** : *La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo*, in *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959 , 35.
- CAPOGRASSI G.** : *Il problema fondamentale*, in *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959 , 27.
- CAPOGRASSI G.** : *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959 385; pubblicato anche in BALLADORE PALLIERI G- CALAMANDREI P. - CAPOGRASSI G. - CARNELUTTI F. - DELITALA G . - JEMOLO A. C. - RAVA' A. - RIPERT G., *La crisi del diritto*, a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, Cedam, Padova, 1953.
- CARNELUTTI F.** : *La certezza del diritto*, in LOPEZ DE ONATE F., *La certezza del diritto*, a cura di Astuti G., Giuffrè, Milano, 1968, 194. Pubblicato originariamente nella *Rivista di diritto civile*, XX, 1943, 81; ripubblicato in CARNELUTTI F., *Discorsi intorno al diritto*, Cedam, 1937, Padova.
- CARNELUTTI F.** : *Discorsi intorno al diritto*, Cedam, Padova, 1937.
- CASAVOLA F. P.** : *Dal Diritto Romano al Diritto Europeo*, Editoriale Scientifica, 2006, Napoli.
- CASCIONE C.** : *Consensus. Problemi di origine tutela processuale prospettive sistematiche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003.
- CASCIONE C.** : *Manuale Breve di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano, 2007.
- CECCHINI A. - OPOCHER E.** : *Prefazione* in **BALLADORE PALLIERI G- CALAMANDREI P. - CAPOGRASSI G. - CARNELUTTI F. - DELITALA G. - JEMOLO A. C. - RAVA' A. - RIPERT G.** : *La crisi del diritto*, a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, Cedam, Padova, 1953.
- CENDERELLI A.- BISCOTTI B.** : *Produzione e scienza del diritto: storia di un metodo*, Giappichelli, Torino, 2005.
- CORBINO A.** : *Negoziato e forma in età decemvirale . Una lezione*, in Opuscola 3,[Centro di Studi romanistici V. Arangio- Ruiz] a cura di Adamo A., Napoli, 1995, 8.
- CORBINO A.**(a cura di): *Diritto e Storia:l'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei. Antologia* a cura di Corbino Alessandro e Milazzo Francesco, Cedam , 1995, Padova.
- CORBINO A.** : *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana²*, Giappichelli, Torino, 2006.
- CHRISTIE G. C.** : *Jurisprudence: text and Readings on the Philosophy of Law*, St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1973.
- DE LUCA A.** : *Giustizia e legalità nella filosofia politica di Kant*, Editoriale Scientifica, 1984, Napoli.
- FASSO' G.** : *La legge della ragione*, Il Mulino, 1964, Bologna.
- FASSO' G.** : *Società, legge e ragione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1974.

- FASSO' G.** : *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, a cura di Faralli Carla e Zanetti Gianfrancesco, Il Mulino, 1994, Bologna.
- FOUCAULT M. - RABINOW P.** : *The Foucault Reader*, Pantheon Books, New York, 1984.
- FULLER L.** : *The Anatomy of the Law*, Pelican Books, Harmondsworth, 1971.
- FROSINI V.** : *Formalismo e morfologia nella logica e nel diritto*, in *RIFD*, Giuffrè, Milano, 1962, 397.
- FROSINI V.** : *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988
- FROSINI V.** : *Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea*, in *RIFD*, Giuffrè, Milano, 1959, 167.
- GASCHE' R.** : *The idea of form. Rethinking Kant's Aesthetics*, Stanford University Press, 2003, Usa
- GIZBERT-STUDNICKI T. - STELMACH J.** : *Law and Legal Culture in the 21st Century. Diversity and Unity. Plerary Lectures*, 23th IVR Congress, August 1-6, 2007, Cracow, Poland Wolters Kluwer Polska, 2007 Warszawa.
- GORLA G.** : *Giurisprudenza*(voce) in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1970, 1970, 489.
- GROSSO G.** : *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Giappichelli, Milano, 1948.
- HOBBS T.** : *Elements of Law: Natural and Political* pubblicato da Ferdinand Tönnies Cambridge University Press, 1928, Cambridge.
- HART H. L. A.** : *Analytical Jurisprudence in Mid-twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer* (1957) 105 *University of Pennsylvania Law Review*, 953-957, 1957 in SUMMERS R. S., *The New Analytical Jurists*, in SUMMERS S. R. *The Jurisprudence of Law's Form and Substance*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, England, 1999, 866.
- IRTI N.** : *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-bari, 2004.
- IRTI N.** : *Il salvagente della forma*, Laterza, Bari, 2007.
- JHERING v. R.** : *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 3voll., 4 t. , 1852, 1858, 1865, Druck und Verlag von Breitkopf und Haertel Lipsia, 1877, 1878, 1880. Traduzione italiana *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, vol.I, traduzione dal tedesco di Luigi Bellavite, dottore di legge , con aggiunte e cambiamenti dell'Autore, a da esso approvati, ed una prefazione del traduttore, Tipografia e Libreria Pirotta e C., 1855, Milano.
- JHERING v. R.** : *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Sansoni, 1954, Firenze
- JHERING v. R.** : *Lo scopo del diritto*, Einaudi, 1972, Torino.
- KANT I.** : *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto di Immanuel Kant*, tradotti da Giole

Solari e Giovanni Vidari, Ed, postuma a cura di N. Bobbio e V. Mathieu, Torino, Utet, 1956.

KASER M. : *Sul metodo di individuazione del diritto attraverso la riflessione dei tecnici* in *Diritto e Storia: l'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei*. Antologia a cura di Corbino Alessandro e Milazzo Francesco, Cedam , 1995, Padova, 150.

KELSEN H. : *Das problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Mohr, Tübingen, 1928.

KELSEN H. : *Formalismo giuridico e realtà sociale*, scritti di Hans Kelsen, Renato Treves, a cura di Stanley L. Paulson, Esi, Napoli, 1992.

KENNEDY D. : *Legal Formality* (1973), in *Journal of Legal Studies*, 1976, 351.

KENNEDY D. : *Form and substance Law Adjudication* , in *Harvard Law Review* , 89(4), 1685-778, 1978.

KRAWIETZ W.- MCCORMICK N. - VON WRIGHT G. H. : *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems: Festschrift for Robert S. Summers*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

KUKLA R. : *Aesthetics and Cognition in Kant's Critical Philosophy*, Cambridge University Press, 2006, Cambridge Usa, 2006.

LA TORRE M. : *Formalism and Anti-Formalism in Modern Law and Beyond*, in KRAWIETZ W.- MCCORMICK N. - VON WRIGHT G. H. , *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems: Festschrift for Robert S. Summers*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, 647

LABRUNA L. : *Il diritto mercantile dei Romani e l'espansionismo* in *Le strade del potere; saggi raccolti da Alessandro Corbino*, La Torre, Catania, 1994.

LABRUNA L. : *Tradere ed altri studi. Con un saggio di Okko Behrends su Iusta causa traditionis*, Jovane, Napoli, 1998.

LASH S. : *Another modernity. A different rationality*, Blackwell Publishing, Oxford, 1999.

LAZZARO G. : *Sul diritto come forma*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1962, 638.

LAZZARO G. : *Sistema giuridico* (voce) in *Novissimo Digesto italiano*, XVII, 1970 Torino, 459.

LLOYD A. C. : *Form and universal in Aristotle*, F. Cairns, Liverpool, 1981.

LOCKE J. : *Due trattati sul governo*, Utet, Torino, 1982.

LOPEZ DE ONATE F. : *La certezza del diritto*, a cura di Astuti G., Giuffrè, Milano, 1968.

LOSANO M.: *Introduzione*, in JHERING v. R., *Lo scopo del diritto*, Einaudi, 1972, Torino

MAINE H. S. : *Diritto Antico*, a cura di Ferrari V., Giuffrè, Milano, 1998.

MAKKREEL R. A. : *Imagination and Interpretation in Kant: The Hermeneutical Import of the*

Critique of Judgment University of Chicago Press, 1995, Usa.

MANTELLA A. : *Natura e diritto da Servio a Labeone*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano. Atti del Terzo Collegio di Diritto Romano*, (Cedant Pavia, genn. 2005), a cura di Mantovani Dario e Schiavone Aldo, Multimedia Cardano, 2007, Pavia,209

MANTOVANI D. - SCHIAVONE A. (a cura di) : *Testi e problemi del Giusnaturalismo romano. Atti del Terzo Collegio di Diritto Romano*, (Cedant Pavia, genn. 2005), Multimedia Cardano, 2007, Pavia.

MAZZACANE A. : *Il leone fuggito dal circo: pandettistica e diritto comune europeo*, in *Index*, 29, 2001, 97-111.

MENGONI L. - MODUGNO F. - RIMOLI F : *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Giappichelli, 2003, Torino.

MENGONI L. : *Ermeneutica e Dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996, Milano

MERCADANTE F. : *Kelsen tra i due: Capograssi e Bobbio*, in *Metodo linguaggio scienza del diritto*, a cura di Punzi Antonio, Omaggio a Norberto Bobbio (1909-2004), *Quaderni della Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*,6, Giuffrè, 2007, Milano, 292.

MINDA G. : *Postmodern Legal Movements . Law and Jurisprudence at Century's end*, New York and London , New York University Press, 1995. Ed. Italiana curata da Mauro Barberis *Teorie postmoderne del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2001.

MONTESQUIEU C. : *Lo spirito delle leggi*, Utet, Torino, 1973.

NESCHKE-HENTSCHKE A. : *Il diritto naturale nell'antica Grecia. Platone e gli stoici*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano. Atti del Terzo Collegio di Diritto Romano*, (Cedant Pavia, genn. 2005), a cura di Mantovani Dario e Schiavone Aldo, Multimedia Cardano, 2007, Pavia, 33.

ORESTANO R. : *Formalismo giuridico* in *Enciclopedia Italiana*, III Appendice, t. 1, 1961, 658.

ORESTANO R. : *Ordinamento giuridico ed esperienza giuridica* in *Diritto e Storia:l'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei. Antologia* a cura di Corbino Alessandro e Milazzo Francesco, Cedam , 1995, Padova, 45

PALMER R. - COLTON J. : *Storia del mondo moderno. Dalla prima guerra mondiale ad oggi*, 1985, Editori Riuniti 1985, Roma.

PASINI D. : *Diritto, Società e Stato in Kant*, Giuffrè, Milano, 1957.

PATTARO E.: *Modelli di discorso, tipi di sistema e funzione di principi. Cenni storici e profili teorici*, in *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Treccani, Firenze, 1991, 263.

PIOVANI P.: *Introduzione*, in CAPOGRASSI G., *Il Problema della Scienza del diritto*, a cura di Piovani Pietro, Giuffrè 1964, Milano, I-XXXII

- POSNER R. A.** : *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1990.
- RAVA' A.** : *Crisi del diritto e crisi mondiale*, in BALLADORE PALLIERI G- CALAMANDREI P. - CAPOGRASSI G. - CARNELUTTI F. - DELITALA G. - JEMOLO A. C. - RAVA' A. - RIPERT G. , *La crisi del diritto*, a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, Cedam, Padova, 1953, 49-75.
- RAZ J.** : *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- REALE G.**: *Commento a ARISTOTELE, La Metafisica* , traduzione, introduzione e commento di Reale Giovanni, Loffredo, Napoli, 1968.
- ROMANO B.** : *Due studi su forma e purezza del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008.
- ROMANO S.** : *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1945.
- SALVUCCI P.** : *L'uomo di Kant*, Argalià, Urbino, 1963.
- SATTA S.** : *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, Milano-Padova, 1968.
- SCALIA A.** : *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, Princeton, New York, 1998.
- SCARPELLI U.** : *Che cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni Comunità, Milano, 1965.
- SCHIAVONE A.** : *Per una storia del giusnaturalismo romano in Testi e problemi del giusnaturalismo romano. Atti del Terzo Collegio di Diritto Romano*, (Cedant Pavia, genn. 2005), a cura di Mantovani Dario e Schiavone Aldo, Multimedia Cardano, 2007, Pavia, 5.
- SCHULZ F.**, *History of roman Legal Science*, Claredon Press, Oxford, 1946.
- SEVERINO E.** : *La filosofia antica*, Feltrinelli, Milano, 1994.
- SOPER P.** : *On the Relation between Form and Substance in Law*, in *Ratio Iuris*, Vol. 20, No. 1, March 2007, 56-65.
- STEIN P.** : *Regulae Iuris: from juristic rules to legal maxims* Edinburg University Press, Edinburg, 1966
- STEIN P.** : *Sabino contra Labeone : due tipi di pensiero giuridico romano*, in *BIDR*, 1977, 80, 66-67.
- SUMMERS R. S.** : *The New Analytical Jurists* , in SUMMERS S. R. *The Jurisprudence of Law's Form and Substance*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, England, 1999 866.
- SUMMERS R. S.** : *The Place of Form in the Fundamental of Law*, in *Ratio Iuris*, Vol. 14 No. 1, March 2001, 106-129.
- SUMMERS R.S.** : *On Giving Legal Form its Due. A Study in Legal theory*, in *Ratio Iuris* , Vol. 18 No. 2, June 2005, 129-143.
- SUMMERS R. S.** : *Form and function in a Legal System- A General Study*, Cambridge University Press, New York, 2006.
- SUMMERS R. S.** : *Comments on Comments* , in *Ratio iuris* Vol. 20 No. 1 March 2007, 66-76.

- TALAMANCA M.:** *I Phitanà di Labeone e la logica stoica*, in *Iura* XXVI, 1975, 195
- TARELLO G. :** *Formalismo* , in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1961, 571-580.
- TARELLO G. :** *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, 1976, Bologna.
- THOMAE AQUINATIS :** *In octo libros Physicorum expositio*, Marietti, Torino-Roma, 1954.
- TREVES R. :** *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, in *RIFD*, 1952.
- TREVES R. :** *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, in *RIFD*, 1933.
- VACCA L. :** *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*. Cedam, Padova, 2006.
- WEBER M. :** *Wirtschaft und Gesellschaft*, a cura di Winckelmann, Mohr, Tübingen, 1976.
- WHITE M. :** *Social Thought in America. The Rivolt against Formalism*, Oxford University Press, 1976 London.
- ZAGREBELSKY G. :** *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.
- ZIMMERMANN R. :** *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford University Press, New York, 2001.
- ZYL, D. H. VAN :** *Cicero's legal philosophy*, Digma, Roodeport, 1986.

INDICE DELLE FONTI

ARISTOTELES

Alessandro

360, II. 43; 43.295; 43.296

Ethica Nicomachea

V, 7, 1134 b 18. 45; 45. 305

V, 7, 1134 b 19. 45; 45. 306

Metaphysica

I, 2, 983 a 5-6. 39; 39.255

III, 4, 999 b. 39; 39.251

VI, 3, 1027b 39; 39.256

V, 5, 1015 a 12-14 40; 40.261; 40.262

XI, 2, 1060 b 28-31. 39; 39.254

VII, 3, 1029, a 16-26 40; 40.259

Physica

I, 1, 184a 1. 41; 41.280

CICERO

Brutus

41, 152 140; 140.1330; 140.1331;

141; 141;1347

41, 153 141; 141.1342

De Legibus

I, 6. 18-19 45

De officiis

III, 17.69 137.1279

De oratore

I, 40.183 57.388

Topiche

VII. 44.300

GAIUS

Institutiones

1.7 150; 150.1421

1.112 128.1179

1.120 130. 1201

1.132 130.1207

2.24 130.1208

2.89-90 130.1201

4.16 55

4.29 56

4.75-76 130.1206

GELLIUS

Noctes Atticae

5.19.9. 128.1179

CORPUS IURIS CIVILIS

Digesta

1.1.1 150.1418

1.2.2.12 143.1362

1.2.2.13 142.1361

1.2.2.41 142; 142.1348

18.4.4 149.1415

18.1.8 149.1416

22.6.2 148; 148.1407; 148.1408

50.17.1. 150; 150.1417; 217;

217.1678

50.17.54 131.1209

50. 17. 202 149.1414

PLATO

Republica

5.472 c 4- d 5 38. 246

SUETONIUS

De vita Caesarum

Divus Augustus

58.1-2 133.1238

