

MASSIMO STIPO

Riflessioni storico-critiche sulla scienza giuridica nel prisma delle trasformazioni politico-sociali e sulle prospettive del diritto.

Indice

1. La ricorrente critica alla scienza giuridica e l'impopolarità del ceto dei giuristi. 2. Il c.d. "formalismo giuridico" ed i suoi limiti. 3. La legge dell'eterogenesi dei fini di Wundt e alcune applicazioni pratiche nel campo del diritto. 4. La pandettistica civilistica tedesca del sec. XIX e la sua influenza. 5. Il mito della c.d. neutralità dello Stato liberal borghese e le "bugie convenzionali" di tale Stato. 6. La nascita dello Stato "formalmente democratico" e l'evento storico della Costituzione tedesca di Weimar dell'11 agosto 1919. 7. Le concezioni realistiche del diritto e la critica al metodo del formalismo concettuale. 8. I concetti giuridici come pseudo-concetti. 9. La crisi del dogmatismo classico. 10. L'ordinamento democratico

contemporaneo: pluralismo e principio della sovranità popolare; loro implicazioni e capacità espansiva. 11. La rilevanza giuridica della c.d. Costituzione materiale. 12. Storia e cultura giuridica nella loro evoluzione. La soft law e il livello internazionale dell'esperienza giuridica. Un novello "ius gentium".

1. La tesi dell'inesistenza teorica della scienza del diritto (o della sua mancanza di valore) è sempre storicamente ricorrente; è la tesi di tutti coloro che, nei confronti delle scienze c.d. esatte e naturalistiche, ritenute vere ed autentiche scienze, reputano che non si possa parlare che per approssimazione o per metafora di una scienza del diritto che non avrebbe un oggetto, una regolarità, un complesso di leggi costanti.

È sintomatico che non solo presso i contemporanei, ma anche in età successive abbia riscosso tanto successo il noto saggio-discorso scritto nel 1848 da *Julius Hermann Von Kirchmann* (1802-1884), giurista, uomo politico e cultore di studi filosofici, il quale, pur non escludendo che si possa fare scienza, nega che la dottrina, la legislazione e la giurisdizione del suo tempo, possano vantarne i relativi titoli, parlando degli "addottrinati" con lo stesso disprezzo ostentato da tanti Autori, suoi e nostri contemporanei; queste critiche toccano il legislatore capriccioso, il tecnico inidoneo, il giudice miope, il leguleio arruffone ed il professionista esperto di cavilli procedurali, compiacendosi il Kirchmann stesso nel considerare che il

disprezzo popolare della giurisprudenza sia giustificato e meritato, tant'è che, in quanto la pseudo-scienza del diritto assume come proprio oggetto il contingente, diventa contingente essa stessa; è ben nota la suggestiva proposizione del Kirchmann, per cui “tre parole di rettifica del legislatore, ed intere biblioteche diventano carta straccia”.

È altresì evidenziato come il passo della pseudo-scienza giuridica è sempre in ritardo su quelli dei processi evolutivi “talché mai le è dato raggiungere il presente. Essa è simile al viandante nel deserto. I giardini fioriti, l'ondeggiare delle acque gli stanno dinanzi; egli cammina l'intera giornata e la sera ne è lungi come al mattino. Dal tempo di Goethe molto si è cercato di migliorare, eppure lo scherno del suo Mefistofele è ancor oggi vero, specialmente per il diritto pubblico”.

Un'altra singolarità, secondo il Kirchmann, è che in generale la giurisprudenza osteggia il progredire del diritto.

“E' comodo restare ad abitare nella antica casa, ben messa e ben conosciuta, piuttosto che doverla abbandonare ogni anno, per ricominciare ad installarsi ed orientarsi daccapo. Ma anche quando la giurisprudenza seconda il

progresso del diritto, rimane tuttavia in essa prevalente la tendenza a costringere le formazioni del presente nelle ben note categorie di istituzioni defunte“.

Il Kirchmann, si sofferma altresì sul linguaggio dell'uomo qualunque e così osserva: “il contadino che ha perso la lite non dice di aver avuto torto, ma piuttosto: ho giocato male. La perdita della lite e la devastazione del suo campo dalla grandine sono per lui eventi di eguale natura: mancanza non di diritto, ma di fortuna. Questo è dunque il trionfo della scienza del diritto: la creazione di un diritto che il popolo più non conosce, che non ha più potere sul suo sentimento, che viene da lui posto sullo stesso piano delle brute forze della natura”.

È così anche il metodo con il quale la scienza del diritto si sforza di assolvere i suoi compiti è considerato spesso unilaterale ed inadeguato, antiquato e lontano dalla vita e si citano così volentieri le ben note parole del Faust sullo studio del diritto che Goethe fa pronunciare allo spirito della perenne negazione. D'altronde è agevole osservare che lo studioso del diritto non può contare su una attiva partecipazione dell'opinione pubblica alla sua opera,

non su una spontanea fiducia nei metodi che egli adopera per venire a capo dei problemi dell'ordinamento sociale, non su un diffuso riconoscimento del valore etico o delle utilità sociale della sua attività (giusta le osservazioni svolte nel 1953 da Erik Wolf, nel suo importante saggio-discorso dal titolo *“Il carattere problematico e necessario della scienza del diritto“* (nella trad. italiana di A. Baratta, Milano, 1964).

Lo stesso Wolf (pur critico nei confronti del saggio del Kirkmann) serenamente riconosce che uno dei motivi del dubbio circa il valore della giurisprudenza è l'incomprensibilità (per i non addetti ai lavori) del linguaggio giuridico, con espressioni rare e con concetti artificiosi che rendono la dottrina giuridica lontana dalla vita pratica anche se - osserva Wolf - il linguaggio tecnico specifico è tuttavia pur sempre necessario.

Eppure lo stesso Wolf, appassionato sostenitore del carattere necessario della scienza del diritto, osserva (e non è il solo, ma è osservazione frequente in tanti scrittori) una “profonda diffidenza” nei riguardi dell'utilità e del valore della giurisprudenza come scienza, come testimonia un'ampia tradizione letteraria ed artistica di stampo satirico e caricaturale, che risale fin dai tempi

di Cicerone che nella *Oratio pro Murena*, parla di una “*tenuis scientia*” del giurista che mancherebbe della dovuta dignità.

D'altronde da parte nostra è d'uopo ricordare come il Vangelo di S. Luca è sempre duramente polemico nei confronti del ceto dei giuristi, fino a giungere all'invettiva (Luca 11, 52): “Guai a voi, dottori della legge, perché avete portato via le chiavi della conoscenza; voi stessi non siete entrati e l'avete impedito a quelli che avrebbero voluto entrare”.

Nel gustosissimo poemetto satirico in dialetto alsaziano del 1494 “*La nave dei pazzi*” di Sebastian Brandt celebre umanista, poeta e giurista tedesco (1457 – 1521) l'Autore descrive e flagella, sotto i colori di un'ampia allegoria, la debolezza ed i vizi del suo secolo, nonché quelli comuni a tutti i tempi. In detto poemetto, che rese celebre il suo Autore, Brandt immagina che una moltitudine di pazzi (divisa in varie categorie) s'imbarchino in una nave per recarsi in *Narragonien* (Paese dei pazzi) passando per *Shlaurafenland* (Paese di cuccagna) e affoghi miseramente per via.

È evidente che egli vuole simboleggiare la fine deplorabile di coloro che non si prefiggono nella vita una meta alta e nobile e che si lasciano sedurre

da ogni miraggio della loro immaginazione e da ogni capriccio dei loro istinti. Viene descritta così in una successione di vari capitoli volta a volta una classe particolare “di pazzi”.

Un posto di primo piano viene riservato, nel viaggio, ad una schiera di magistrati eruditi ma infarciti di pregiudizi e prevenzioni; eppure Brandt non combatte i vizi riscontrati con la morale, ma nelle incisioni e nei versi riassuntivi che precedono ogni capitolo (che comprende anche gli schiavi della moda, gli avidi, i testardi, gli intemperanti, i sacerdoti ipocriti, etc) i lettori sono chiamati a riconoscere, come in uno specchio, i vizi e le assurdità delle varie classi di “pazzi”.

È il caso di ricordare che il citato poema fu il più popolare del sec. XV, ristampato in 26 edizioni, e tradotto in numerosissime lingue.

Ma Brandt non è il solo che denunciò le clausole capziose e l’estraneità al popolo della scienza giuridica. Si pensi ancora a Thomas Murner e, sulle sue orme, a Geiler Von Kieselberg che rappresentano i giuristi come membri della corporazione dei pazzi, colpiti da follia al settimo grado, ed ancora si pensi ad Erasmo da Rotterdam, ai versi saccenti nei confronti degli avvocati

di Hans Sachs (1568) e così alle vibranti critiche dei riformatori protestanti (ad eccezione di Calvino che era un profondo estimatore del *Corpus juris civilis*) che guardavano con occhio diffidente i *doctores utriusque juris* (civile e canonico): già prima di Lutero erano noti i proverbi (che anche egli usò) in voga particolarmente nelle canzoni dei cantastorie: << Juristen böse Christen>> (giuristi, cattivi cristiani).

Si rammenti che ancora nel sec. XVIII, il re Federico Guglielmo I di Prussia, obbligò gli avvocati a portare mantelli neri, per renderli, così egli motivò la sua ordinanza, riconoscibili a tutti come “vampiri”.

Federico il Grande non solo espresse molte volte profonda diffidenza per il senso giuridico dei suoi consiglieri giudiziali, ma dichiarò anche, nello statuto della Accademia berlinese delle Scienze da lui dettato:<< in essa non deve trovar posto la scienza giuridica positiva>>.

Qui naturalmente esisteva una tacita riserva per il diritto naturale, i cui maestri, a partire dal Pufendorf, godevano anche in Germania di altissima fiducia. D'altronde (lo ha notato lo stesso Wolf) fra i “vizi professionali” proprio la letteratura accusa spesso di insensibilità morale gli uomini di

legge, riflettendosi in raffigurazioni tratte del “tipo” avvocato (come l’Azzecagarbugli di manzoniana memoria) ed in particolare, nella tradizione drammatica, è ricorrente una tematica circa l’interpretazione legalistica in funzione dell’ingiustizia.

Certo si tratta di un sentimento, che ha in particolare origini popolari, come fanno fede quei filoni della letteratura culta che recuperano motivi popolari, dagli elisabettiani ai romantici: spesso la legge è sentita come “oppressione” il che trova una manifestazione anche nell’antica tradizione favolistica (recepita dalla stessa letteratura romantica) del demone che si serve di un contratto per assicurarsi le anime, ove è agevole scorgere come uno strumento idoneo ad esprimere la “malignità” del maligno fosse visto nell’assimilarlo a chi si avvale di strumenti legali.

D’altronde il diritto (a differenza dell’arte o della poesia le quali ci si donano) vuole proprio qualcosa da noi e spesso ciò ci appare al sommo sgradevole in quanto può anche costringere a ciò che esso (cioè il diritto) vuole, quanto meno normalmente.

E a nessuno piace la costrizione e perciò nemmeno una scienza che insegni il metodo del giusto costringere. Sono note le espressioni di Nietzsche: “io preferirei lasciarmi derubare, piuttosto che avere spauracchi intorno a me”.

2. A questa diffusa “diffidenza” ed “insofferenza” nei confronti del diritto hanno certo concorso gli aspetti deteriori del c.d. “formalismo giuridico”.

Come ha osservato acutamente l’Orestano, l’esperienza giuridica delle diverse epoche e dei diversi popoli ha dato soluzioni molteplici ai problemi delle forme (solenni). Di solito sono gli ordinamenti primitivi ad essere più impregnati di un rigido formalismo, spesso connessi ad elementi religiosi (talvolta addirittura magici) nel senso che la puntuale osservanza del rituale avrebbe conferito all’atto virtù creative di ordine trascendentale.

Uno dei caratteri salienti del formalismo primitivo è che gli effetti giuridici dell’atto si producono automaticamente: realizzata la forma non solo non è consentito accertare che gli effetti corrispondano a ciò che si è voluto, ma pure questa ricerca è preclusa.

In fasi più evolute questa indagine è ammessa in misura più o meno ampia. Quanto alla funzione del formalismo (prescindendo dalle credenze religiose o magiche di cui è primitivamente circondato) essa è ormai variamente interpretata dagli studiosi, taluni attribuendogli soprattutto il compito di richiamare l'attenzione sull'importanza dell'atto al fine di una cauta determinazione di chi debba porlo in essere, altri mettendone in evidenza il significato sociale o il valore di certezza.

Certo è che il formalismo si connette solitamente in una determinata società agli atti che hanno maggiore rilievo sociale ed economico.

Rispetto al diritto privato, ad un più rigido formalismo sono talora ispirati il diritto processuale, il diritto amministrativo ed il diritto costituzionale.

Ma ancora più interessante è l'espressione formalismo giuridico, allorché è impiegata, con implicazioni di ordine filosofico, ad indicare ora talune concezioni del diritto, ora taluni indirizzi della scienza giuridica, in contrapposto agli indirizzi contenutistici, sociologici, e storici.

Alle origini dell'impiego di locuzioni quali il "diritto come forma" e simili sta pur sempre la concezione aristotelico-scolastica di <<forma>> di ciò che

dat esse rei e si può ricordare che attraverso la tradizione dialettica, la locuzione “forma” era già penetrata nel linguaggio giuridico ad indicare la “tipicità” (sia nel caso di negozi nominati, *forma mandatis, forma locationis, etc*, sia, nel caso di organizzazioni, ad es., forma di Stato).

Anche in forza delle dominanti concezioni giusnaturalistiche abbastanza frequentemente nei sec. XVI e XVII, si trova la proposizione “*ius est forma societatis*”. Ma è soprattutto alla speculazione kantiana che si deve il dilagare dell’applicazione del concetto di forma al diritto. Per Kant, i caratteri che rendono “giuridica” una relazione intercorrente tra due arbitri individuali, vengono indicati nella esteriorità, nella reciprocità e nella “formalità”.

Formalità significa che non assume rilevanza il contenuto dell’arbitrio (cioè lo scopo che gli individui perseguono) bensì solo la forma secondo la quale viene considerata la relazione fra di essi.

Nei principi metafisici della dottrina del diritto, Kant così si esprime: “non si deve considerare che la forma nella relazione fra due arbitri, in quanto questi sono considerati assolutamente come liberi, e cercare 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 è connessa ad una concezione "liberale" della libertà; essa inoltre configura la legge come <<la condizione di possibilità di ogni qualifica giuridica>>.

Questi due aspetti di tale concezione l'hanno resa strettamente atta ad atteggiarsi in senso giusnaturalistico (G. Tarello).

Infatti molti istituti storici vengono sussunti sotto la nozione di libertà divenendo così determinazioni necessarie della *forma*: ad es, per Kant <<il mio giuridico (*meum iuris*) è quello col quale io sono così legato che l'uso che un altro potrebbe farne senza il mio consenso mi danneggerebbe>>..

Una sfumatura diversa assume il termine formalismo allorché viene riferito alla teoria Kelseniana del diritto come forma.

Tale teoria è anch'essa d'ispirazione Kantiana anche se nella sue più recenti formulazioni si è avvicinata ad altre tendenze pure formalistiche, ravvisate talvolta nelle correnti analitiche (J. Austin) talvolta nelle correnti neo-positivistiche. Il formalismo Kelseniano (sottoposto a continue revisioni dal suo stesso autore) muove da una netta distinzione fra sfera dell'essere (la

realtà empirica di cui si occupano le scienze naturali fondate sul principio di casualità) e la sfera del dover essere, di cui si occupano le scienze normative fra cui egli colloca la scienza del diritto.

Per il Kelsen la norma giuridica è semplicemente un giudizio ipotetico, cioè una struttura logico-formale, che esprime il rapporto specifico, da lui detto “imputazione” di un fatto condizionante con una conseguenza condizionata.

La validità delle norme (distinta dalla loro efficacia) non dipende dal loro contenuto, ma dalla loro riducibilità direttamente o attraverso una catena di norme gerarchizzate, ad una “norma fondamentale”, la cui esistenza funge da presupposto e costituisce l’unità nella pluralità di tutte le norme che per essa appunto formano un ordinamento.

La visione giuridica tradizionale, cioè che le norme sono un prodotto della realtà empirica viene rovesciata dal positivismo Kelseniano, in quanto sarebbero processi di produzione del diritto gli eventi della realtà empirica elevati a tale funzione da una norma giuridica. Secondo il Kelsen, la dottrina pura del diritto vuol essere una teoria del diritto positivo in generale, non di un particolare ordinamento; mira a porsi come scienza oggettiva del diritto,

svolge le sue analisi secondo i principi della <<purezza metodologica>> e perciò va distinta da una parte dalla filosofia della giustizia e dall'altra dalla sociologia o conoscenza della realtà sociale. Essa così descrive il suo oggetto con proposizioni di dover essere e si concreta nell'esame dei concetti fondamentali di norma, sanzione, illecito, dovere giuridico, persona giuridica, ordinamento, Stato, riducendo il concetto di giustizia, considerato dal punto di vista giuridico, a mera verifica della conformità di un fatto ad una norma, che funziona da schema normativo.

Come ha osservato giustamente l'Orestano, l'essere del diritto viene quindi ridotto a pura forma normativa. Dal punto di vista del contenuto le norme giuridiche, per Kelsen, non regolano questo o quel comportamento ma esclusivamente l'esercizio della forza per ottenere, in un determinato gruppo sociale, la condotta voluta. In base a queste vedute, il Kelsen, pur condividendo la teoria classica che considera la coazione come elemento fondamentale del diritto, sostiene che la coazione non è un mezzo per ottenere l'osservanza delle norme giuridiche, ma la materia stessa regolata dalle norme giuridiche. In quanto prescrizioni, le norme giuridiche (per

Kelsen) sono rivolte non direttamente ai membri del gruppo, ma agli organi deputati ad applicare le sanzioni; sarebbero cioè norme secondarie e non primarie. Così la sanzione è considerata elemento costitutivo interno della norma giuridica (o, meglio, poiché possono esistere singole norme non statuenti sanzione) la coercibilità è la caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico nella sua globalità.

Così la “teoria pura” Kelseniana è in antitesi con le correnti sociologiche e realistiche del diritto le quali, a suo dire, confondendo la sfera del dover essere con la sfera dell'essere, portano il giurista a credere che lo studio del diritto possa essere risolto nello studio dei comportamenti e di conseguenza a scambiare una scienza normativa (quale deve essere la giurisprudenza) con una scienza esplicativa di tipo naturalistico, come la sociologia.

La coercibilità risulta quindi l'elemento fondamentale che caratterizza il diritto e lo distingue dalla morale: fra diritto e morale, tuttavia, esiste un'ulteriore differenza perché nel primo (come si è visto) le norme si connettono fra loro secondo un criterio di produzione formale stabilito dalla

norma fondamentale (*Grundnorm*) dell'ordinamento, mentre nella seconda le regole di condotta sono deducibili nel loro contenuto dal principio primo.

La “teoria pura” vede così il diritto come un prodotto del potere (e quindi è comprensibile che esso gli appaia sotto il profilo esclusivo della norma); si comprende allora che in Kelsen il superamento del dualismo fra diritto e Stato non solo non produce alcun esito anti-statalistico (nonostante la sua teoria appaia connotata da anti-statalismo) ma di fatto finisce per rinsaldare l'associazione fra i due concetti.

È però il caso di avvertire che nell'età contemporanea sono invero gli stessi giuristi a guardare con rinnovato interesse ai metodi forniti non solo dalla sociologia del diritto, ma dalle scienze sociali in genere.

In diritto privato si è affermata l'analisi economica del diritto, in diritto penale sono ben accetti i contributi dell'antropologia criminale, della criminologia, della psichiatria, in diritto pubblico si guarda con rinnovato interesse alla scienza politica, alla sociologia dell'organizzazione, all'analisi economica delle scelte pubbliche.

Invero a fronte del normativismo ontologico, ossia della tesi, secondo la quale il diritto è dover essere e non essere, si rinviene ogni teoria che del normativismo ontologico condivide l'ipotesi (che essere e dovere essere sono distinti) e neghi la tesi (che il diritto è dover essere): cioè ogni teoria secondo la quale il diritto sia essere; ne è modello esemplare il realismo giuridico (nelle sue varie correnti).

Vero è che, comunque, l'espressione formalismo giuridico (avendo una sua congenita tendenza alla degenerazione) come acutamente osservato dall'Orestano, ricorre spesso, negli scritti di giuristi e non giuristi, in un significato peggiorativo, come denuncia dell'attaccamento in ogni campo del diritto (legislazione, giurisdizione, amministrazione, giurisprudenza pratica, avvocatura, notariato, commercio giuridico) ad una considerazione del tutto estrinseca e sovente puntigliosa di norme e di rapporti, basata per lo più su una rigida interpretazione letterale delle prime, che impedisce ogni valutazione dello spirito della legge rispetto al concreto delle situazioni o viene condotta su una loro visione puramente concettuale ed astratta.

A tale riguardo suona pertinente l'ammonimento del Capograssi: "se la scienza potesse staccarsi da questa vita, se si staccasse da essa come talvolta è accaduto, resterebbe senza basi e non sarebbe più se stessa, perché si ridurrebbe o ad una pura e penosa descrittiva di fatti giuridici... oppure ad una pura e vuota attività di costruzione degli elementi logici che risultano dalle norme (si ridurrebbe veramente a una logica astratta e formale alla quale sfuggirebbe la norma stessa nella profonda e caratteristica connessione con l'esperienza). Nell'uno e nell'altro caso la scienza del diritto non sarebbe più conoscenza del diritto ma costruzione di alcuni schemi vuoti – di fatti o di norme – che non avrebbero alcuna rassomiglianza con la vita né potrebbero inserirsi nel lavoro della vita".

Analogamente Benedetto Croce (nella *Filosofia della pratica*) evidenziava che per capire il diritto occorre che "l'attenzione sia rivolta allo spettacolo pieno della vita reale, e non esclusivamente alle astrazioni dei legislatori".

Anzi, "al modo stesso che la storia di una lingua è sempre arbitraria ed astratta fintanto che si consideri per sé, fuori dalle opere in cui la lingua si è incarnata, epperò la vera storia della lingua è quella della sua poesia e

letteratura, così la vera storia del diritto di un popolo (del diritto realmente eseguito, e non di quello solo formulato nelle leggi e nei codici, e che spesso è rimasto più o meno, lettera morta), non può non essere tutt'uno con la *storia sociale e politica di quel popolo*".

Si comprende allora che coloro che obbediscono alla legge, che la interpretano e la applicano, lungi dal riprodurre un contenuto immobile (la "lettera morta della legge" di cui mirabilmente parlava il Betti, nei suoi pregevolissimi studi sulla teoria dell'interpretazione), assolvono una funzione, dinamica: non si limitano a ripetere il comando della norma e invece gli attribuiscono peculiari significati in relazione alle istanze che maturano nella prassi.

Da più parti, quindi, ci si chiede che belle costruzioni formali, apparentemente perfette, ineccepibili, non saggiate però nella rispondenza alla vita, non abbiano per unico scopo se non una gioia dell'intelletto di chi le crea, e di una piccola cerchia di spiriti affini.

Di qui, l'ansia, ognor ricorrente, di scavare sotto gli istituti giuridici per raggiungere il terreno del pre-giuridico, tornando quindi a dare il loro posto alla storia ed alla società civile.

3. Non sembra, quindi, di poter comprendere una norma giuridica se non sappiamo come sorse, per quali fini da raggiungere, come ai fini originari altri si sono aggiunti o si siano sostituiti: si pensi soltanto alla legge dell'eterogenesi dei fini di Wilhelm Wundt, secondo cui in tutti i processi del volere e quindi nella vita dello spirito, in opposizione al meccanicismo della natura, si assiste alla creazione di sintesi sempre nuove, sicché sul piano della storia si è portati a constatare la realizzazione di fini che vanno oltre i motivi originali delle singole volontà rendendo ragione di quella ricchezza sempre crescente che induce allo sviluppo dell'ordine etico nella società.

A ben guardare, la predetta legge di Wundt si può associare da una parte, alla visione Vichiana della Provvidenza, dall'altra all'hegeliana astuzia della ragione (*List Der Wernunft*), nonché accentuando al massimo l'esistenza di meccanismi evolutivisti spontanei (spiegati senza ricorrere ad un *deus ex machina*) si pensi al meccanismo economico chiamato mano invisibile

(*invisible hand*) e alla spiegazione denominata “la mano invisibile” (*invisible hand explanation*).

Portando un esempio tratto dall’evoluzione della giustizia amministrativa in Italia, si rifletta sulla seguente vicenda: è a tutti noto che la l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. E, abolitrice del precedente sistema del contenzioso amministrativo ordinario, intese fondare (art. 2) la giurisdizione unica del giudice civile a fronte di diritti soggettivi lesi dalla P.A., nell’esercizio dell’attività amministrativa (oltre che, ovviamente, nei rapporti in cui la P.A. *jure privatorum utitur*).

Si trattò di una legge ispirata a principi liberali intendendo sottoporre ad un’unica giurisdizione, quella del giudice ordinario, le controversie in cui fossero coinvolti P.A. e privati (così come avviene per i rapporti intersoggettivi privati) purché si vertesse su questioni inerenti ad un diritto soggettivo “civile o politico”.

Ben presto, però (e anche questa è vicenda nota) ci si accorse, soprattutto dalle menti più illuminate, come Silvio Spaventa, che nonostante i buoni propositi (è il caso di dire che di buoni intenzioni è lastricata la via

dell'inferno) la timidezza e lo spirito conservatore con cui la magistratura ordinaria interpretò l'innovazione della legge del 1865, fece sì che di una legge d'ispirazione liberale e garantista (che intendeva dare, così come si evince dai lavori preparatori di detta legge, un vero giudice nei conflitti P.A.-privati) si desse un'interpretazione sostanzialmente illiberale e restrittiva, atteso che i giudici (civili) del tempo condividevano la fondamentale ideologia autoritaria della borghesia agraria e sul conflitto fra governanti e c.d. amministrati, adottarono preferibilmente il punto di vista dei primi; il che avvenne più che per costrizione giuridica, per l'intima convinzione (tratta dal ceto sociale cui appartenevano i giudici) che fra l'esigenza di soddisfazione dell'interesse pubblico (quale interpretato dalla P.A.) e le ragioni di garanzia dei cittadini dovesse, almeno tendenzialmente, prevalere la prima.

Tale angusta e riduttiva visione del proprio ruolo da parte del giudice ordinario (e della stessa Suprema Corte di Cassazione dell'epoca), frutto della mentalità e dell'ideologia di tale giudice, portò alla legge Crispi del 31 marzo 1889 n. 5992, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato con

funzioni contenziose, al fine di dare un giudice (seppure speciale, e del quale in un primo tempo si dubitava, da parte di autorevoli studiosi, quali per es., Santi Romano e V. E. Orlando, della sua natura veracemente giurisdizionale) per quegli interessi (che pur non assurgendo alla dignità dei diritti soggettivi) si presentavano meritevoli di considerazione giuridica e che erano rimasti sprovvisti di tutela giurisdizionale con la legge del 1865, la quale aveva finito per lasciarli in balia della P.A. (a parte il rimedio del ricorso straordinario al Re).

È vicenda nota che la legge del 1889 intendeva integrare e completare la tutela impartita dal giudice ordinario nelle controversie P.A.-cittadini.

Ma, in forza della riconosciuta imperatività incondizionata dell'atto amministrativo (quale ereditata dalle concezioni dello Stato assoluto) in grado di estinguere sulla sua strada, tutti i diritti soggettivi nei quali si imbatteva anche se l'atto stesso fosse stato invalido, e quindi in virtù di quegli effetti che dottrina e giurisprudenza chiamarono teoria dell'equiparazione dell'atto amministrativo invalido a quello valido, finché non se ne fosse statuita la sua invalidità (da parte di un giudice, di un'autorità

di controllo, etc.) degradazione dei diritti soggettivi ad interessi legittimi, presunzione di legittimità dell'atto amministrativo etc, si ebbe la seguente conseguenza: l'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo a detrimento di quello ordinario. Finì così che il giudice amministrativo tutelava oltre agli interessi c.d. occasionalmente protetti (e quindi non collegati a preesistenti diritti soggettivi) anche i c.d. diritti affievoliti o degradati o condizionati (che dir si voglia), e cioè interessi aventi *in origine* natura di diritti soggettivi.

In effetti, il Consiglio di Stato assolse in genere bene al suo ruolo (per l'elevata capacità professionale dei suoi magistrati), ma, a ben riflettere, contrariamente agli originari intendimenti del legislatore del 1865 e di quello del 1889, finì con l'erosere la giurisdizione di quello ordinario, per le ricadute in sede di riparto di giurisdizione verso la P.A., delle prospettive di diritto sostanziale (derivate da una consuetudine interpretativa) incentrate sull'esaltazione del regime autoritario degli atti della P.A, che mal si adattava ad un ordinamento che fosse autenticamente garantista.

Non a caso una dottrina significativa e liberale (Cannada-Bartoli) parla di difesa dinanzi al giudice amministrativo di interessi legittimi equivalenti ai diritti soggettivi accanto ad interessi di altro genere nell'ottica di un interesse alla legittimità dell'atto amministrativo di cui peraltro un diritto soggettivo costituirebbe un presupposto di qualificazione; è preliminarmente da considerare che si dovrebbe correttamente parlare non di un interesse alla legittimità dell'atto amministrativo, ma semmai di un interesse a non subire pregiudizio da atti amministrativi illegittimi. Comunque, con tale tesi (che invero ha riscosso pochissime adesioni) i diritti soggettivi, a ben guardare, sarebbero delle cellule capaci di produrre delle altre per un fenomeno di endogenesi (giusta una concezione naturalistica dei diritti soggettivi ereditata dalla pandettistica civilistica tedesca del sec. XIX).

A parte l'agevole obiezione che non necessariamente un diritto soggettivo costituisca l'antecedente cronologico e logico-giuridico dell'interesse legittimo (basti pensare alla maggioranza agli interessi legittimi c.d. pretensivi o acquisitivi comunque non collegati e necessariamente condizionati da preesistenti diritti soggettivi), c'è da chiedersi se la dottrina

giuridica ricorrendo, come nel nostro caso, a complesse articolazioni astratte (non aventi riscontro nel diritto positivo) non celi al fondo elementi intrinseci di debolezza, giacché il fenomeno dell'avvicinarsi di situazioni giuridiche soggettive non implica necessariamente una loro concatenazione logica qualificante-qualificato, essendo appunto soltanto da considerare che non vi è nulla di definitivo nel fluire dell'esperienza giuridica.

Vero è che, in modo compiuto, in sintonia con la Costituzione repubblicana del 1948 si è potuto comprendere dai più evoluti indirizzi (grazie soprattutto a M. S. Giannini ed A. Piras) che vicende note come affievolimento del diritto, diritti degradati ad interessi legittimi, presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, costituissero in realtà vicende romanizzate e fuorvianti non aventi alcun riscontro obiettivo.

E' auspicabile quindi che oggi, la giurisdizione del giudice amministrativo si espanda fino a comprendere vari interessi ancora considerati semplici che, però, nell'evoluzione della società contemporanea ed in relazione a valori aventi ormai particolare rilevanza per chi ne è portatore o ne è legittimato hanno assunto o sono in grado di assurgere ad interessi legittimi, cioè, a

situazioni giuridiche soggettive attive e di vantaggio (afferenti quindi in qualche modo a beni della vita) che la Costituzione repubblicana (artt. 24, 103, 113 Cost.) costituzionalmente garantisce, accanto ai diritti soggettivi..

Si potrebbe continuare con altri esempi: basti solo considerare l'art. 2043 cod. civ., sulla responsabilità da illecito civile, in riferimento alla locuzione "danno ingiusto" interpretata in un primo tempo, come danno lesivo di diritto soggettivo, (per di più assoluto), laddove la locuzione "ingiusto" avrebbe, *iam ab initio*, giustificato l'interpretazione di danno lesivo di situazione giuridica soggettiva (o quantomeno di una situazione di fatto rilevante giuridicamente) tutelata dall'ordinamento, cioè di danno *iniuria datum* e non necessariamente anche *contra jus*: se si leggono i lavori preparatori in ordine all'art. 2043 *cit*, l'intento del legislatore era quello di circoscrivere solo ai diritti soggettivi (assoluti) il risarcimento per lesione di danno ingiusto per non allargare la platea dei possibili danneggiati, ma era inevitabile che detta norma era destinata ad avere storicamente "esiti ulteriori" – essendo ormai pacificamente acquisito, anche da parte della giurisprudenza (divenuta sensibile al profilo della protezione delle vittime

dell'illecito), che l'art. 2043 cod. civ. detta una norma primaria contenente la clausola generale dell' "*alterum non laedere*" e non già una norma secondaria (al pari di quella penale) sanzionatoria della violazione di un comando, con importanti applicazioni a tutta una serie di situazioni soggettive meritevoli di considerazione o di tutela giurisdizionale, attesa altresì l'influenza che le regole della Costituzione hanno sulla trama del codice civile e sui "modelli in esso accolti".

Altro esempio è rinvenibile nell'art. 11 Cost. che ha dato "copertura" costituzionale al recepimento (nel nostro ordinamento) dei Trattati comunitari europei e quindi alle ampie limitazioni di sovranità che la partecipazione italiana al sistema comunitario europeo comporta (in tal senso, si vedano le sentenze numero 14/1964 e n. 183/1973 della Corte Costituzionale).

Come emerge dai lavori preparatori, la disposizione dell'art. 11 Cost. era stata pensata e quindi formulata solo con riferimento ad organizzazioni di respiro mondiale ed in particolare per consentire la partecipazione dell'Italia al Trattato dell'Onu. Per un processo di "eterogenesi dei fini" quest'articolo

è valso “al posto” della legge costituzionale costituendo il fondamento positivo della adesione dell’Italia all’ordinamento europeo, il che costituisce ormai pacificamente “diritto vivente”, anche se da parte della dottrina si è talora prospettata a tale riguardo una certa forzatura interpretativa (v. R. Quadri, Esposito, Mattioni, etc).

4. Riprendendo il discorso sul “formalismo” nel diritto non si può tacere l’apporto della pandettistica civilistica tedesca del sec. XIX. Invero per pandettistica, come è noto, si intende quel movimento di studio, i cui prodromi sono del XVIII e il massimo svolgimento nel XIX secolo, tendente a creare una teoria generale di quella parte del diritto romano giustiniano opportunamente adattato che si intendeva costituire come il diritto comune vigente nei Paesi germanici. Tale indirizzo, si badi, persistette nonostante la promulgazione delle codificazioni germaniche, che esso considerò come espressioni legislative del diritto comune medesimo, affermando quindi la necessità di studiare questo per comprendere quelle. Il metodo espositivo prescelto dalla pandettistica (nelle varie trattazioni) ripudia l’ordine legale,

essendo costante lo sforzo di astrazione e costruzione sistematica volto a riconoscere e ricavare i principi informativi ed ad acclarare alla luce di essi l'intero sistema giuridico, nelle sue singole specie.

La vasta elaborazione dottrinale della pandettistica ebbe risonanza mondiale com'è dimostrato, fra l'altro, dalle traduzioni in diverse lingue dei suoi trattati generali e più significativi.

Vero è che essa aveva introdotto la concezione della scienza del diritto come fondata su concetti perfetti ed universali, così come si riteneva fossero le scienze esatte. Di qui la concezione del diritto come "sistema" e della nozione giuridica come concetto nel senso autenticamente filosofico del termine.

Donde quell'opera di imponente revisione di tutto il sapere giuridico, a cominciare dal concetto di norma giuridica (e delle sue variabili positive) producendo così alcune importanti teorie come quelle riguardanti il diritto soggettivo, il dovere, il rapporto giuridico, il negozio giuridico, etc.

A principio ordinante e nucleo iniziale del sistema giuridico verrà elevato l'individuo, considerato nella sua capacità, nelle manifestazioni della sua volontà, nelle sue attività.

Elementi necessari di ogni trattazione diverranno quindi la teoria del soggetto del diritto (*subiectum iuris*), la teoria dei diritti soggettivi (*iura et obligationes*) la teoria degli atti giuridici da cui nascerà la costruzione del “negozio giuridico” (oggi in fase di forte ripensamento critico).

Così sempre alla pandettistica risale l'origine del concetto di rapporto giuridico intersoggettivo, inteso come relazione paritetica di diritti e di doveri, e lo stesso diritto sulla cosa è ricondotto in uno schema unitario di rapporto giuridico inteso come relazione fra il titolare del diritto (della cui tutela si tratti) e tutti gli altri soggetti del dovere di <<astenersi>> dall'interferire nella “sfera” del soggetto attivo.

La giuridicità di tale sfera in termini di diritto soggettivo sarebbe la risultante dell'adempimento del complesso dei “doveri” anzidetti. Il fittizio nucleo centrale (nel quale tutti o quasi tutti si accordano) consiste nella fede basilare che vi sia un ciclo naturalistico nell'esistenza dei diritti (come degli obblighi

e dei rapporti giuridici) per cui si possa dire che essi nascano e muoiano, si acquistino e si perdano, si modifichino pure, come avviene per tutti gli esseri viventi *in rerum natura*.

Ed infatti tra i due estremi del nascere e del perire di un diritto si svolgerebbero le molteplici vicende della sua vita, così i mutamenti, le alterazioni, gli incrementi, le diminuzioni .

Tutta questa confusione del diritto con la cosa (pur illustrata con particolare eleganza) che è il riflesso della concezione naturalistica del diritto soggettivo solo apparentemente è chiara, ma in realtà è piena di punti oscuri fino al punto da considerare (almeno in taluni) che la cosa è lo specchio del diritto.

Invero i fenomeni di nascita ed estinzione in una parola i fenomeni esistenziali si considerano come qualcosa di reale, al pari dei fenomeni successivi, in quanto presuppongono il trapasso di un'entità esistente; in altri termini, nascita, morte, espansione, reviviscenza del diritto soggettivo sono traslati con il quale il pensiero dogmatico intende appoggiare sul piano concreto e sensibile della natura un'entità astratta ed ideologica qual è il diritto soggettivo.

Quando si entifica e si concretizza il diritto soggettivo (come il dovere ed il rapporto giuridico) parlando in termini di nascita, di vita, di modificazioni, di morte e perfino delle malattie, dei letarghi, dei fenomeni di morte apparente, affievolimento, quiescenza, reviviscenza, i suddetti fenomeni possono essere innocui, purché si tenga presente però che si tratta di metafore e per tali vanno considerate con estrema prudenza e con vigile attenzione. Tali concezioni, le cui origini da un fondo giusnaturalistico sono evidenti, obliterano il fatto che i diritti non li crea la natura ma l'ordinamento giuridico né i rapporti giuridici devono esistere prima *in rerum natura* e nascere e morire come altrettante realtà naturali con tutta una serie di passaggi intermedi.

Non è difficile considerare che le due metodologie (quella della pandettistica e quella del diritto naturale) pur partendo da direzioni nettamente diversificate (se non altro perché i giusnaturalisti sono indotti a dedurre le singole norme particolari dai principi generali, canoni metapositivi a priori dati per esistenti) convergono nell'istanza diretta alla costruzione del "sistema": ciò costituisce un importante elemento comune, che per questo

aspetto permette di rintracciare un collegamento fra i due distinti pensieri (ai quali è quindi estranea la raffigurazione crociana dei concetti giuridici come pseudo-concetti); comunque, la pandettistica, che è un mix costituito da giusrazionalismo, diritto romano e <<spirito dei professori tedeschi>> (Koschaker) pur storicamente datata, è espressione pur sempre di una vasta cultura e di una innegabile *vis* ricostruttiva, che ancor oggi esercita un certo fascino. Né è corretto trasferire alla pandettistica responsabilità che non le possono essere ascritte.

È certamente vero che la giuspubblicistica tedesca trasferì al diritto pubblico le concezioni giuridiche, il metodo e l'ordine nozionale della Pandettistica che si era occupata solo del diritto privato; ma lo Stato borghese o monoclasse dell'epoca risponde ad un'ideologia statalista o statocentrica, che non è quella della pandettistica, la cui caratteristica è invero quella di una scuola che si ispira al dogma della volontà privata in una prospettiva in cui il diritto è inteso come una scienza antropologica ove primeggia l'autonomia del soggetto; in tal senso è giusta l'osservazione che se il diritto romano fu la grande miniera dalla quale la Pandettistica aveva tratto il materiale per la sua

ricostruzione; tuttavia, almeno dalla seconda metà dell'Ottocento, la Pandettistica operò una serena conciliazione delle due correnti scientifiche che l'avevano preceduta: la scuola del diritto naturale e la scuola storica, pur essendo nata in polemica con questa.

Infatti se è vero che la scuola del diritto naturale (esaltata dall'idea illuministica che dominò la cultura del sec. XVIII) aveva come postulato sommo la formazione aprioristica del diritto per opera della ragione e la scuola storica sostenne invece la concezione del diritto come creazione dello spirito popolare, il terreno sul quale questi due diversi indirizzi dovevano, in fondo, convergere (sia pure ispirandosi a motivi diversi e parlando un diverso linguaggio) non poteva non essere quello della volontà privata; così il problema dell'autonomia della volontà fu al centro di quella "teoria generale del diritto" (*allgemeine Rechtslehre*) che la pandettistica tedesca della seconda metà dell'ottocento costruì e trasfuse nel codice civile germanico (*Bürgerliches Gesetzbuch*) entrato in vigore il 1 gennaio 1900.

Ora, la scienza giuspubblicistica tedesca del tempo, nel recepire i modelli elegantemente forgiati dalla pandettistica li inserì in una prospettiva

statocentrica ed autoritaria, estranea all'ideologia ed alla mentalità dei pandettisti, i quali almeno nei suoi maggiori esponenti, furono dei liberali (nel significato odierno di tale termine).

Ed invero tale scienza giuspubblicistica (si pensi in Germania ad A. Thon, P. Laband, G. Jellinek, in Italia a V. E. Orlando) si articolò nelle varie concezioni imperativistiche, statualistiche e positivistiche del diritto aventi come tratti comuni il porre ad oggetto della scienza giuridica solo le norme assunte come espressione e prodotto di una volontà terrena superordinata prendendo a criterio di giuridicità il comando, la sanzione o la qualificazione da esse derivanti. Canone d'indagine diviene il cosiddetto <<metodo giuridico>> (o tecnico-giuridico) che si fa consistere nella depurazione dell'indagine, affinché sia "scientifica", da tutti gli elementi ritenuti estranei, cioè dagli elementi etici, psicologici, economici, etnologici, sociologici, politici, ideologici, in una parola storici o come anche si suol dire "metagiuridici" e da ogni considerazione moralistica, finalistica, utilitaria, etc, ossia valutativa. Questi elementi e queste considerazioni dovrebbero rimanere fuori dal cerchio della scienza giuridica la quale, per svolgere

un'indagine che possa dirsi scientifica dovrebbe rivolgersi all'interpretazione e sistematizzazione del diritto nella sua positività, al diritto quale risulta dal complesso delle norme effettivamente vigenti (il c.d. diritto <<costituito>>). Il problema del valore del diritto si riduce a quello della sua validità ed il problema della giustizia, anche in sede speculativa, ad una concezione meramente legale (R. Orestano).

5. Nell'aristocratica cittadella degli intellettuali, lo studioso si appella alla c.d. "neutralità" della cultura incoraggiando l'acrisia, l'accettazione o, peggio, l'indiscriminata esaltazione dei pretesi valori racchiusi in un determinato sistema di diritto positivo. Divennero così mitiche la c.d. neutralità e l'obiettività delle categorie borghesi.

Lo Stato borghese (o monoclasse od omogeneo, che dir si voglia) concepì lo Stato come onnipotente e, coerentemente, gli atti tipici dello Stato sono tutti sommamente autoritativi: la legge, la sentenza del giudice, l'atto amministrativo, che peraltro devono essere regolati da precise e puntuali

norme di legge (a differenza - così si diceva – dello Stato assoluto, fondato sull'arbitrio).

Si comprende allora la considerazione che lo Stato borghese – nella sua costituzione materiale - si presentò come uno Stato ad aristocrazia, così come il precedente Stato assoluto solo che l'aristocrazia non è costituita (a differenza della precedente) da classi chiuse, ma da una classe aperta fondata sul censo (dove il nome di Stato liberale censitario) come ha spiegato M.S. Giannini; l'elettorato (attivo e passivo) coerentemente spetta a chi paga imposte dirette oltre una certa misura ovvero ad un titolo di studio (non basso). Il fondamento giuridico di tale assunto è chiaro: può essere elettore (ed eletto) chi è libero, è libero chi ha indipendenza economica oppure chi, avendo studiato, sa comprendere; gli altri cittadini sono formalmente uguali ma non sono elettori; in tal modo i diritti politici spettano ad un gruppo ristretto che raramente supera il due per cento della popolazione statale (e che atteso il diffuso astensionismo, ulteriormente si riduce); si può anche affermare che nella società aristocratica borghese vi è un gruppo (classe) di comando che ha pienezza dei diritti e vi siano poi gruppi subalterni

assoggettati. Fra i componenti del gruppo di comando potranno anche esservi contrasti di indirizzi ma non vi sono contrasti fondamentali di interessi, ond'è che la generalità dell'ordinamento statale viene ad avere per contenuto interessi sostanzialmente omogenei (M. S. Giannini): lo Stato ente rispecchia - nella sua legislazione - questi interessi e ne cura la realizzazione nelle altre funzioni. Una società di individui (in perpetua concorrenza fra di loro) indipendenti e separati ha bisogno dello Stato, perché solo lo Stato garantisce la società, garantisce in ultima analisi che la atomizzazione della società coesista con il legame sociale, che la concorrenza, per così dire non si trasformi in guerra civile. Nello Stato liberal-borghese la separazione fra lo Stato e società civile è netta ed evidente e tale tipo di Stato, almeno tendenzialmente, appare come <<il guardiano>> della società borghese.

Si comprende allora come lo Stato borghese si presenta come duramente repressivo ed in nome della libertà e dell'uguaglianza, che di fatto erano solo dei borghesi, ha dovuto fronteggiare ribellioni sempre crescenti delle masse popolari le quali (com'è noto) lo hanno alla fine demolito; in effetti l'uomo liberale rappresentava un'esigua minoranza e pretendere di fondare un'intera

società su tale uomo assolutamente minoritario era manifestatamente impossibile; il fatto stesso di conferire la personalità giuridica all'entità astratta-Stato e di attribuire allo Stato-persona la sovranità, giovava agli interessi della borghesia, perché ne rendeva facile e stabile il possesso (o il compossesso) e ne difendeva meglio l'accesso dalle pretese delle altre classi sociali (M. Nigro). La normazione amministrativa coerentemente a tale disegno, costituì uno strumento, con cui la borghesia, conquistato il potere, tendeva a conservarlo da un lato contro le classi spodestate, dall'altro contro le classi subalterne.

Lo Stato liberal-borghese cercava la conferma della sua pretesa validità nella pace sociale, mentre la massa crescente dei problemi, prodotta necessariamente dallo stesso sviluppo del modo di produzione capitalistico, avrebbe finito per scagliare i non proprietari contro i proprietari; non a caso il pauperismo è una terribile piaga che accompagna il capitalismo fin dal suo sorgere, sicché il tipo di Stato borghese, per le sue contraddizioni, con le sue strutture e le sue regole, doveva finire per essere relegato ad elemento ormai

soccombente. Così come doveva fallire il tentativo del liberalismo borghese di riplasmare tutta la società, i costumi, le arti, la moneta, etc.

Non a caso i ricorrenti tentativi, per lo più letterari (da Molière, a Scarron, da Hugo a Balzac, fino a Berdiaeff) di delineare un tipo ed una mentalità borghesi (sempre più sinonimo nel senso comune, di ristrettezza di visuale e di egoismo) degenerano inevitabilmente nella caricatura e nella satira di costume. Il sec. XX segna così la fine della borghesia come “classe storica”.

Ed invero è agevole osservare che nei documenti costituzionali del XIX secolo le idee sociali rimanevano quasi completamente trascurate e queste quindi si realizzavano al di fuori di essi come reazione agli squilibri economici e sociali prodotti dal sistema liberal-borghese.

Ben presto l'assetto sociale ed economico non appare più come un dato armonico, ma andava rivelando tutte le sue profonde contraddizioni.

Così verso la fine del XIX secolo lo Stato censitario entra in crisi ed i diritti politici dovettero essere riconosciuti a strati sempre più ampi di cittadini; quando si giunse ad un suffragio elettorale sufficientemente esteso, si trovarono a partecipare al potere politico altre classi oltre a quella censitaria

e quando il suffragio almeno maschile (occorre infatti un certo tempo per superare l'idea dell'*infirmetas sexus* delle donne) divenne universale il tipo di Stato cambiò. Come osservato acutamente dal Giannini, da uno Stato monoclasse si passò ad uno Stato pluriclasse. Anche se le costituzioni formali restarono quasi ovunque immutate, la costituzione materiale subì una profonda modificazione, poiché lo Stato, nella sua organizzazione e nella sua attività, era ora mosso dagli interessi di tutti i gruppi componenti la comunità ivi compresi gli interessi dei gruppi subalterni, privi di potere in precedenza.

6. Si ebbe così lo Stato “formalmente” democratico. Ed invero l'allargamento del suffragio comportava una conseguenza politica: che dovessero sorgere delle organizzazioni capaci di raccogliere i nuovi voti e di convogliarli.

Le organizzazioni cui si fa riferimento sono, in particolare, i partiti politici di nuovo tipo, che si caratterizzano per avere un'ideologia ed un'organizzazione stabile; ed invero la differenza tra i partiti politici, che

compongono ormai elementi permanenti della nuova società e i gruppi elitari elettorali (del precedente tipo di Stato borghese) è profonda.

Ed infatti i partiti politici che si formarono prima furono non a caso i partiti di classe e furono partiti socialisti i quali attaccarono frontalmente il sistema capitalista dello Stato censitario, reclamando in sede concreta come evidenziato dal Giannini: a) la protezione del lavoro contro lo sfruttamento capitalistico; b) l'adozione di forme di assistenza, in tutti gli aspetti possibili; c) l'istituzione di istituti pubblici di previdenza; d) l'allargamento e la specializzazione dell'istruzione pubblica; e) la collettivizzazioni di attività gestite da imprese private, allorché le attività fossero servizi necessari per l'assistenza della collettività (quindi acqua, gas, energia elettrica, sanità pubblica, nettezza urbana, etc) f) interventi pubblici repressivi contro le imprese monopolistiche. La concezione astratta dell'individuo dell'ideologia liberal-borghese, viene sostituita da una visione più realistica e concreta. Il singolo non è più soltanto un centro di imputazione astratto (e astrattamente uguale agli altri) di diritti e di doveri ma un soggetto che appare nella sua effettiva posizione di forza sociale, economica e culturale.

All'individuo isolato ed autosufficiente succede l'uomo immerso nella società; il fenomeno si presenta con particolare evidenza nel campo del diritto del lavoro, ove non si parla più di soggetti giuridici astrattamente uguali, ma di imprenditori e di lavoratori, di impiegati e di datori di lavoro, e dove accanto alle persone singole si pongono i gruppi intermedi organizzati ed uniti in associazioni sindacali. Tutto ciò comporta un graduale abbandono dell'angusta prospettiva di una libertà intesa in senso individualistico e negativo configurata come pretesa ad un non fare da parte degli apparati pubblici. In realtà gli orrori (rilevati e documentati da replicate inchieste sulle condizioni di vita delle classi lavoratrici) non sono certo scomparsi per la generosità o l'illuminata visione di filantropi, ma per la pressione costante degli interessati e delle loro organizzazioni.

Invero lo Stato aristocratico, uscito dalla Rivoluzione francese, era espressione (come si è detto) di un liberalismo individualistico il quale aveva fatto *tabula rasa* dei numerosi raggruppamenti sociali preesistenti vedendo nell'individuo l'unica realtà e nei gruppi sociali una pura somma di soggetti. Le prime reazioni alla visione atomistica degli interessi e l'emergere nella

coscienza della dimensione collettiva degli interessi si registravano nel settore dei rapporti di lavoro ed il potere della classe operaia si fondò essenzialmente sul suo essere organizzata in maniera collettiva; è così quasi impossibile parlare della classe operaia come attore storico senza parlare del sindacato cioè della rappresentanza organizzata degli interessi dei lavoratori. Gli è che tutta l'armatura concettuale in cui poggiavano i codici del nostro Paese apparteneva alla filosofia liberal-borghese e ad una particolare visione della società civile; la dottrina giuspubblicistica (dall'Orlando, al Santi Romano al Ranelletti) guardava ai sindacati come a dei personaggi scomodi ed arroganti, molesti ed inesorabili creditori dello Stato che, per esprimerci con le parole dell'Orlando <<non esitano a ferire a morte quelle che sono condizioni essenziali per la salute e la vita dello Stato>> (V. E. Orlando, lo "Stato sindacale" e le condizioni attuali della scienza del diritto pubblico, in Riv. dir. pubbl., 1924, pp. 4-8; ma v. pure S. Romano, Lo Stato moderno e la sua crisi, in Riv. dir. pubbl., 1910, pp. 97-114 e O. Ranelletti, Il sindacalismo nella pubblica amministrazione, in Riv. dir. pubbl., 1920 pp. 442-445).

Vero è che l'interesse collettivo non si considerò più come quello di un'unità maggiore che risulti portatrice di un interesse che possa configurarsi il totale degli interessi delle unità minori; in ultima analisi l'interesse collettivo non esprime già una qualità dell'interesse, ma si risolve in un rapporto di strumentalità fra gli interessi individuali, facenti capo a soggetti diversi, indicando l'eguale direzione di molteplici interessi individuali.

Così di fronte alla complessità dei nuovi compiti e dei problemi da affrontare nello Stato pluriclasse si richiedeva una valutazione attenta dei riflessi che ogni azione, ogni decisione, importava nella vita economica e sociale del Paese, non essendo più rispondente alla realtà l'organizzazione classica dello Stato borghese e non essendo più sufficiente soltanto assicurare la ripartizione delle funzioni statali fra organi diversi (giusta l'insegnamento del Montesquieu) né sancire puramente e semplicemente la preminenza della legge intesa come atto generale ed astratto.

Ed invero, per es., il fenomeno dell'inderogabilità e dell'efficacia generale del contratto collettivo non si poteva inquadrare negli schemi della legislazione borghese, di tipo nettamente individualistico, davanti alla quale

<<ogni onesto sforzo di interprete naufraga>> (*Messina, I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro* in Riv. dir. comm., 1904, I, p 504); d'altronde, la borghesia quale artefice delle costituzioni dello Stato liberale era portata (per obiettivo interesse di classe, che ritraeva la propria prosperità dalla privata utilizzazione delle risorse) a nutrire una limitata concezione del potere, una concezione formale che identificava il potere nel potere costituito il quale si esprimeva attraverso la coercizione degli apparati dello Stato.

Tale classe sociale non aveva motivo di preoccuparsi che anche dal seno della società civile e (non solo dagli apparati dello Stato) potessero nascere forme di smisurato potere, che le garantite libertà civili potessero degenerare in potentati di fatto, fonte ben più profonda di disuguaglianze fra gli uomini. Sarà l'esperienza storica che si incaricherà di smentire tali assunti.

Sul piano costituzionale si giunse così alla Costituzione repubblicana di Weimar, votata da una larga maggioranza di 262 voti contro 79 dei nazionalisti e dei comunisti (11 agosto 1919).

Come è noto, sulle ceneri dell'impero guglielmino, nacque la Repubblica tedesca il 9 novembre 1918. A sede dell'assemblea legislativa fu scelta Weimar, tranquilla cittadina della Turingia, quasi a voler porre la nuova Germania sotto gli auspici di Herder, di Schiller, di Goethe; la scelta, al fine di sottrarre l'assemblea ai fermenti della capitale, simboleggia una volontà di rottura con il tradizionale militarismo, che ha avuto il suo cuore in Berlino.

La novità della Carta di Weimar, che costituisce indubbiamente una svolta nella storia delle costituzioni moderne, si caratterizza per essere improntata non solo come opposizione al dispotismo politico e quindi come assoggettamento al diritto del rapporto fra Stato e cittadini (e gruppi sociali portatori dei più svariati interessi) ma anche come opposizione al dispotismo economico e quindi ai potentati di fatto della società civile giuridificando - con solenni norme di principio - anche i rapporti intersoggettivi privati.

La Costituzione cessa così di essere solo la fonte suprema del diritto pubblico, regolatrice delle forme di governo, delle guarentigie delle libertà dei cittadini nei confronti dello Stato, ma diventa al tempo stesso la legge fondamentale del diritto privato, il che riflette appunto una profonda

evoluzione del concetto di potere, anche sotto l'influsso delle filosofie tardo romantiche ed idealistiche del tempo.

Nel clima ideologico della Costituzione di Weimar (frutto di un progetto di Costituzione elaborato da Preuss), ove confluivano in particolare gli orientamenti politici del socialismo-riformista e del solidarismo cristiano, viene accolta l'idea dello Stato sociale, che si cerca di concretizzare attraverso un ampio catalogo di diritti sociali.

La Costituzione di Weimar ispirata alle Costituzioni degli Stati federalisti, conteneva le disposizioni economico-sociali nella parte relativa ai diritti fondamentali, poneva accanto a norme che davano origine a veri e propri diritti soggettivi o a diritti riflessi anche norme di mero diritto oggettivo, così quelle concernenti la riforma agraria e la socializzazione (art. 56).

Il <<diritto sociale>> appariva così un diritto di gruppo e la protezione da esso accordata ai singoli dipendeva dalla loro appartenenza a certe collettività in particolare a quella dei lavoratori.

I diritti sociali che così affiancano i diritti di libertà classici non mirano più a tenere lontana l'ingerenza dello Stato, ma esigono, al contrario, un'azione,

un suo intervento; essi non sono così Staatsschranken (limiti dell'azione statale) ma Staatszweck (scopo dell'azione statale).

Ecco quindi che il principio dello Stato sociale diventa anche una Staatszielbestimmung una norma di scopo, che indica la direzione verso la quale gli organi pubblici ed in particolare il legislatore devono avviarsi al fine di creare le condizioni che permettano al singolo ed ai gruppi sociali, di svilupparsi compiutamente. È così che l'uguaglianza acquista un contenuto diverso e da uguaglianza formale tende a diventare uguaglianza sostanziale, uscendo perciò radicalmente trasformato il significato classico liberal-borghese dell'uguaglianza. Si chiede quindi che lo Stato incida sulle strutture esistenti per equilibrare le disparità sociali.

Ed è comunque importante che il valore fondamentale della libertà venga sottratto all'arbitrio ed all'egoismo del singolo ed inserito in una dimensione sociale; il soggetto non si pone più al di fuori della comunità che lo circonda ma diventa << persona sociale >> e la libertà individuale si presenta così come partecipazione attiva alla vita associata.

Si può quindi affermare che le disposizioni sociali, si pongono in rapporto al requisito di effettività di quel valore fondamentale di libertà che la Costituzione di Weimar pone a base dell'ordinamento dello Stato e della società. Ma purtroppo è vera e propria l'illusione che l'ordinamento di una società civile si possa migliorare e razionalizzare solo con provvedimenti di natura tecnico-giuridico riproponendo una visione aggiornata della scienza della legislazione di illuministica memoria la quale era fondata sull'equivoco che per mutare la società bastasse mutare le leggi che la governano.

La Costituzione di Weimar fu celebrata a suo tempo come una delle più perfette e moderne mai emanate ed attorno ad essa si sviluppò un dibattito sulla funzione dello Stato e del diritto nella modernità che fanno di questo periodo il più straordinario (e anche tragico) laboratorio delle idee che hanno innervato il secolo ventesimo.

Ancor oggi il nome di Weimar ha un suono sinistro ed evoca fantasmi.

La stagione relativamente breve di tale repubblica (1918-1933) doveva infatti rivelarsi per la Germania un periodo storico cruciale, sotto l'incalzare

di eventi tristemente famosi perché forieri di una crisi profonda del regime democratico e dell'avvento del nazismo.

La profonda crisi che colpisce i Paesi industriali negli anni successivi alla <<grande guerra>> si riflette con particolare intensità sulla Germania la cui economia già fiaccata dalle durissime ed umilianti condizioni imposte (con un perentorio ultimatum) dal Trattato di Versailles (28 giugno 1919) (che destò compassione per la sorte della Germania perfino sul personale della delegazione dei vincitori con alcune dimissioni) e le conseguenze interne della “pace punitiva” (in particolare per le enormi onere delle riparazioni economiche) erano gravi. Nel clima di frustrazione generale, seguito alla sconfitta, molteplici elementi si saldavano.

Il crollo della produzione industriale coinvolge il mondo del lavoro: attendibili dati statistici riferiti ai primi anni Venti parlano di sei milioni di tedeschi disoccupati.

La moneta subisce una forte svalutazione, alimentando i timori dei risparmiatori e del ceto agrario che vede i propri interessi mortificati dal calo dei prezzi agricoli. Sulle sorti della repubblica di Weimar incombe la

disgregazione del quadro politico con la crisi del parlamentarismo, l'impotenza dei governi, la conflittualità permanente.

Lo stesso perfezionismo legale con cui la Costituzione di Weimar era stata pensata e scritta dimostra come la democrazia ridotta a pura procedura cade vittima di un'imparzialità fittizia: Weimar rappresenta il paradosso di una democrazia che a poco a poco si svuota e consegna se stessa, disarmata, al nemico (e ciò che avvenne in Germania, nel gennaio 1933, con l'ascesa della dittatura hitleriana che, giunta al potere per vie legali, instaurò in tempi rapidi, sei mesi, il regime, riducendo la Costituzione di Weimar ad un guscio vuoto).

7. Come già si è rilevato sia la dottrina pandettistica che aveva portato al trionfo dell'*esprit de geometrie* nelle costruzioni giuridiche sia la c.d. *Begriffsjurisprudenz* (o giurisprudenza dei concetti) epiteto con cui lo Jhering aveva bollato la tendenza astrattizzante che la stessa pandettistica era venuta assumendo, cominciarono a cedere il passo a concezioni realistiche, volte ad abbattere non il concettualismo come tale ma la convinzione che le

nozioni giuridiche e le relative costruzioni fossero da intendere come entità aventi di per se stesse, un'esistenza reale ed un valore assoluto.

Ci si richiama così alla vita con i suoi problemi e le sue necessità, proponendosi un più effettivo e sostanziale aggancio a quelle esigenze pratiche per la cui tutela il diritto è costituito identificando la sostanza del diritto nell'interesse e studiando in funzione dell'interesse i processi di formazione, interpretazione ed integrazione delle regole giuridiche.

Merito notevole dello Jhering (che influenzerà tutte le successive costruzioni realistiche del diritto) è quello di avere introdotto nella fenomenologia giuridica la categoria dell'interesse e dei suoi derivati sicché "interesse, conflitti di interessi, composizione dei conflitti mediante la prevalenza di uno degli interessi in gioco o la loro conciliazione" sono espressioni che segnano il pensiero dello Jhering e resteranno acquisiti alla scienza giuridica.

Così l'importante teoria dell'*Interessenjurisprudenz* della scuola di Tubinga (che si caratterizza per lo studio dei rapporti fra gli interessi e le regole giuridiche nella loro genesi e nella loro interpretazione) costituisce uno svolgimento ed un superamento della teoria della *Zweckjurisprudenz* di

Jhering, ove appunto lo scopo pratico era diventato l'elemento cardine di tutta la concezione del diritto.

Ed infatti lo Jhering, pur supponendo che a base di ogni norma è collocato l'interesse che si viene fissando attraverso il conflitto ed il suo esito, tuttavia aderisce alla teoria imperativistica ed alla concezione Kantiana della coattività del diritto, assegnando pur sempre al potere un ruolo essenziale e determinante. Rispetto al sistema concettuale dello Jhering, nell'*Interessenjurisprudenz* (si pensi soprattutto ad Heck, ma anche a Rümelin e a Müller Erzbach) si afferma chiarissima la tendenza ad assegnare al momento sostanziale dell'interesse un ruolo di maggiore rilievo a confronto del momento formale dell'attività legislativa.

L'*Interessenjurisprudenz* introduce (al pari di altri orientamenti dottrinali) nel processo di produzione del diritto fattori diversi dalla legge e dalla consuetudine, quali l'attività giurisdizionale, l'attività scientifica, in generale la prassi. Quindi tale teoria intende spingere lo sguardo oltre la barriera della forma legislativa per indagare le aspirazioni e le esigenze della società, gli interessi reali che hanno causato il comando contenuto nella legge.

Così per accertare il significato delle regole giuridiche occorre (per così dire) nutrire la forma delle disposizioni legislative (e dei comportamenti consuetudinari) con la sostanza degli interessi che ne stanno alla base.

Soggetti di questi interessi sono ovviamente gli uomini ed i gruppi umani, fino all'intera collettività.

Due scienze giuridiche dunque, a confronto: da un lato la *Begriffsjurisprudenz* con i suoi *Ordnungsbegriffe* e *Strukturbegriffe* (diritto soggettivo, obbligazione, diritto reale, atto illecito, etc) confluenti in un *äusseres System* (Sistema esterno) dall'altro la Interessenjurisprudenz che impiega *Interessenbegriffe* (situazioni di interesse, alla stabilità, al progresso ed al miglioramento delle condizioni di vita ecc) e conduce ad un *inneres System* (sistema interno). A differenza del sistema esterno, che viene creato dal pensiero ordinatore dell'uomo il sistema interno è già dato nei contesti della vita; la stessa legge è un prodotto della vita influente a sua volta sulla vita attraverso le decisioni giurisprudenziali.

Non possiamo indugiare oltre, ma certo è che la battaglia contro l'eccessivo logicismo, astrattismo, formalismo nel campo del diritto costituisce un punto

di forza della *Interessenjurisprudenz* (come di tutte le altre teorie realistiche del diritto); così l'aderenza alle esigenze della vita e della storia, nel suo senso del reale e del concreto, fa sì che il diritto appaia nel suo aspetto fenomenologico; un tale metodo d'indagine ci mostra il fenomeno giuridico nella sua evoluzione e nel suo divenire, pone in luce gli stretti legami esistenti fra il diritto e la società, così promuovendo e favorendo una sempre maggiore aderenza della norma alla realtà, ed avversando nel contempo una nociva astrazione del pensiero giuridico; infine tale metodo esercita una benefica influenza sulla formazione e sull'attuazione del diritto positivo.

8. È agevole osservare che la teoria dello Stato neutrale che accompagnò (come si è detto), la vita dello Stato liberal-borghese dell'Ottocento non era un'idea ma un'ideologia in senso proprio, cioè un'idea elaborata in una funzione pratica che era quella di legittimare un certo tipo di Stato nel quale si espansero certi interessi. Come ha insegnato Mortati e ribadito Mario Nigro, se ogni ordinamento statale si sviluppa sempre intorno a certe forze ed a certi fini che lo fondano e lo identificano, non possono esistere Stati c.d.

neutrali: la formula dello Stato neutrale è una vera contraddizione in termini, conseguentemente non può predicarsi la neutralità del giurista dello Stato liberale il quale (solo apparentemente neutrale) non poteva che collegare (consapevolmente od inconsapevolmente) la propria opera a quei valori ed a quegli interessi che nella realtà erano propri, di volta in volta, dello Stato stesso. Sono, in altri termini, i valori di cui si è fatta portatrice la borghesia (e di cui si sostanzia lo Stato da essa creato). In questo, la borghesia non è “disinteressata” perché è l’ordine giuridico, che nella sua formalità ed uniformità proteggendo dall’esterno le istituzioni della società, le consente di operare e di svilupparsi liberamente.

Oggi si è ormai consapevoli che non si dia metodo dottrina o teoria giuridica che in qualche modo non sia influenzata ideologicamente.

Quindi sia le elaborazioni del giurista, sia lo stesso utilizzatore del diritto in generale si rivelano ideologicamente condizionati.

Nel condurre tali riflessioni non si vuole evidenziare una componente negativa, dispregiativa del termine ideologia; gli è che le teorie giuridiche, al

di là delle loro pretese descrittive, in realtà hanno una componente prescrittiva e dunque sono modelli ideologici.

Ed il termine ideologia come chiarito da Giovanni Tarello (Teorie e ideologie nel diritto sindacale, Milano, 1967) si può considerare in una duplice accezione: come momento condizionante le dottrine (e dunque come momento antecedente rispetto alla stesse) e come funzione e/o obiettivo politico della dottrina e quindi come momento successivo.

Così una dottrina giuridica è un'ideologia nel primo senso quando chi la elabora (in modo implicito o esplicito, consapevole o inconsapevole) la fonda su una preconstituita concezione dei fatti o su una preconstituita metodologia scientifica che costituiscono un'ideologia politica, ovvero impiega un linguaggio o un gergo che ha una connotazione ideologica; è un'ideologia nel secondo senso quando e in quanto il suo impiego da parte di un operatore giuridico tende a far svolgere o a condizionare il fenomeno giuridico disciplinato in modo da adeguarlo ad un suo modello.

La dogmatica giuridica deve così essere riletta e contestata nella sua rappresentazione tradizionale che la vedeva quale conoscenza di entità normativamente precostituite.

Coerentemente con tale prospettiva, viene meno anche la credenza del magistrato che si limita ad applicare il diritto preesistente alle fattispecie concrete di volta in volta sottoposte al suo giudizio (magari con metodo sillogistico). Ora è innegabile merito della *Zweckjurisprudenz* di R. Jhering e delle *Interessenjurisprudenz* di Ph. Heck e della Scuola di Tubinga, come ancora di tutte le teorie realistiche del diritto (dallo storicismo, al sociologismo, al c.d. socialismo giuridico di Bernstein e di Renner alla stessa scuola del diritto libero di Ehrlich e di Kantorowicz) aver chiarito che “la vita non esiste a causa dei concetti ma sono i concetti che esistono a causa della vita”, avendo ben presente il contrasto fra la natura essenzialmente dinamica e mutevole della vita e degli interessi di vita e la natura essenzialmente statica del dettato legislativo. Le predette teorie hanno dato l’avvio a varie correnti di pensiero, fra loro diverse, ma accomunate dall’idea che la soluzione delle questioni giuridiche (pur nel contesto codicistico e

legale) non sia affatto necessitata, non esistono le conclusioni “vere” o le conclusioni “false”; esiste piuttosto una pluralità di soluzioni alternative, in favore di una delle quali opterà l’interprete e l’operatore giuridico.

Ed è ormai acquisita la consapevolezza della relatività e storicità dei concetti giuridici. Questi, non avendo un fine teoretico, ma pratico si possono così intendere filosoficamente, come pseudo-concetti, di utilità mnemonica empirici e rappresentativi e quindi, dotati del carattere della concretezza e dell’espressività (Benedetto Croce); a tali concetti manca quindi per essere (concetti) puri e veri, una delle note essenziali, cioè il carattere dell’universalità che avevano, invece, per esempio, i concetti del classico diritto naturale, o della pandettistica civilistica, già considerata.

Essendo l’elaborazione dei concetti giuridici piegata a contingenti e mutevoli esigenze pratiche e (prendendo dal concetto “puro” solo la forma) essi vanno trattati come formazioni arbitrarie, ausiliarie del pensiero e dell’agire (su cui si lavora quotidianamente il giurista teorico e pratico).

Com’è stato acutamente osservato da A. C. Jemolo la fatale disorganicità e contraddittorietà dell’opera legislativa (che non potrà mai raggiungere la

perfezione) inibisce la possibilità di ricavare dal diritto concetti dal contenuto costante e dai limiti sicuri; non essendo quindi lecito porre “quegli aut-aut” che sul terreno della logica formale parrebbero dover essere sempre ammissibili. Se, quindi, i concetti giuridici non sono “concetti” nell’accezione del termine afferente ai procedimenti logici ed ai “giudizi di verità” non sono accettabili quelle concezioni giusnaturalistiche e razionaliste che hanno attribuito ai concetti (giuridici) un valore assoluto ed ontologico, atemporale ed aspaziale, come si ebbe modo di chiarire nel corso della nota polemica svoltasi sui concetti giuridici in Italia fra gli anni trenta e quaranta (dello scorso secolo) che vide impegnati, fra gli altri, Calogero, Cesarini Sforza, Jemolo, Pugliatti, G. Pugliese, etc.

9. Venendo al tempo presente e sfruttando le pregresse considerazioni, osserviamo come sia ormai in crisi irreversibile la dogmatica giuridica classica.

Si assiste così al superamento di quei processi di astrazione con cui la scienza del diritto, nel passato, è stata sollecitata dall’esigenza di dominare

per forza logica la fluida realtà che è il suo oggetto di studio; per ottenere questo risultato la scienza giuridica si è immaginata per astrazione quella realtà, come ferma nel tempo, nell'istante almeno in cui l'ha contemplata.

Con lo stesso processo di astrazione il giurista si è configurata questa realtà come un'unità logica (il <<sistema>>) dove i singoli elementi che la compongono ("gli istituti") ed i principi che ne regolano la vita soggiacciono ad immobilità. Tanto spesso quindi (magari a sua insaputa) il giurista è stato indotto a scambiare quelli che sono strumenti della sua logica con realtà vere e proprie (come si è evidenziato nel corso della presente trattazione), cadendo nell'illusione di poter fermare una volta per tutte i risultati raggiunti in quel processo d'astrazione. Questa illusione è rivelata proprio da quel termine "dogmatica" con la quale si è amato definire questo processo mentale, e che è la vera fonte degli equivoci e degli scetticismi di cui stiamo ragionando. Perché questa parola, come evidenziato dal Calasso, è estranea al mondo del diritto, ove è stata mutuata dalla scienza teologica, la sola scienza che può permettersi il "dogma" cioè la verità fissa ed immutabile

avendo come oggetto di conoscenza una “*substantia omnino immutabilis*” (S. Tommaso D’Aquino), cioè Dio.

Non si può invece parlare di dogmi, come nel passato e talora anche nel presente, parla la scienza giuridica, in quanto l’oggetto di questa, come creazione per eccellenza umanissima, è storicamente determinato e quindi mutevole. La catastrofe della seconda guerra mondiale, la lotta per la riconquista delle libertà, il crollo di certezze per l’addietro ritenute intangibili, assieme alla fioritura di nuove filosofie, come quelle esistenzialistica che insistono sul dramma della scelta individuale e con i toni della disperazione rappresentano il senso di una crisi che sembra non avere altri sbocchi se non l’apocalittica fine del regno degli uomini (D. Corradini), hanno gradualmente agevolato la critica degli antichi miti di cui per tanto tempo si è alimentata la scienza giuridica, miti che non sono più in grado di restituirci identità precise, laddove i contorni della realtà si fanno progressivamente più sinuosi, spingendoci verso una sempre maggiore incertezza. Si comprende allora che quello contemporaneo non è più il tempo

della “sistematica” del costruttivismo o strutturalismo, ma del problematicismo.

Lo Stato non appare più (come nell’800) un’entità che governa e amministra <<dall’esterno>> una società, in nome e per conto di essa, sicché la scienza giuridica non è più una scienza normologica ma è diventata (o tende a diventare) una <<scienza dell’esperienza giuridica>> penetrando la genesi, la “sostanza” ed i fini dei fenomeni studiati, senza fermarsi alla considerazione delle categorie formali sicché essa (la scienza cioè) non è solo ricognitiva di valori giuridici, ma concorre a crearli; la realtà è enormemente più complessa delle formule giuridiche, e soprattutto è una realtà mutevole, la quale obbliga a reinterrogarsi di continuo. D’altronde la democrazia non è il regime della “verità”. Se c’è la verità, non ci possono essere opinioni, discussioni, compromessi, dissenso, tantomeno vi può essere una verità “ufficiale”.

Così lo Stato (lo Stato-ente o Stato-soggetto) non può avere, quasi novello Leviatano, una sua ideologia che impone alla società civile anche se i valori etici, generalmente condivisi non possono non rimanere a presidio delle

scienze dello spirito e della vita dei popoli. Oggi, come ognuno vede, la società civile è sottoposta a sconvolgenti processi di trasformazione, sui quali sarebbe arduo pretendere di dare giudizi sicuri né si possono formulare congetture sull'ignoto avvenire. Nella fase storica che stiamo attraversando il mondo delle relazioni sociali è tutto vibrante di tensioni interne, che spesso imprimono al corpo sociale un'evoluzione deformante

Occorre quindi non creare nuovi castelli di concetti, schemi illusioni, simmetrie sistematiche che a poco a poco si trasformano in prigioni sbarrate da cui non si riesce più a liberare. Sebbene quella che stiamo vivendo appaia un'epoca di "demitizzazione" il pericolo è che si vada alla ricerca, sia pure inconsciamente, di nuovi miti, che assolvono ad un compito non dissimile dai miti del passato, avvolgendo la società nella nube degli incantesimi.

Il pericolo cioè è che succeda un sistema che sostituisce i miti vecchi, ormai consunti dall'uso, con dei miti nuovi, nell'atto stesso in cui se ne distruggono i vecchi. Vero è che ci si sta liberando delle vetuste incrostazioni mentali tradizionali, ove si rimaneva rinchiusi in una fortezza che dava (o, meglio, sembrava che desse) sicurezze rassicuranti. Oggi, invece, per adottare una

terminologia di Calamandrei, siamo chiamati a salire ad altezze ove, per così dire, l'aria si fa più ossigenata e frizzante.

La stessa legislazione va improntata ad un alto tasso di elasticità, di flessibilità e di adattabilità alle circostanze, e la scienza giuridica deve privilegiare non più *l'esprit de géométrie*, ma *l'esprit de finesse*.

E', infatti, ormai mutato il volto della società civile, sicché anche nella cosiddetta famiglia romano-germanica si è sempre più consapevoli che i sistemi giuridici devono essere sistemi aperti, perché devono accogliere i dati nuovi e sistemi elastici, purché capaci di adattamento al nuovo.

Nella complessità della società contemporanea, lo stesso principio (costituzionale) di eguaglianza deve suonare nel senso di dare a ciascuno il suo, non a ciascuno lo stesso, per non cadere in un letto di Procuste, in omaggio ad un principio di eguaglianza astratta.

Se, come si è detto, la realtà muta volto ormai continuamente, non si può non superare ogni visione angustamente normativistica ed astrattamente schematica e la rinnovata consapevolezza della relatività e della storicità dei fenomeni e degli schemi giuridici, deve aiutare e comprendere la realtà, che

l'esperienza viene continuamente scoprendo, adeguando così gli strumenti che permettono di analizzarla e di penetrarla. Occorre perciò seguire il carattere intimamente dinamico, dialettico e complesso di un'evoluzione che, come si è detto, viene dispiegandosi ed atteggiandosi secondo forme e sembianze del tutto nuove.

Così oggi noi assistiamo ad un'indubbia crisi dello Stato (Stato-persona, Stato-soggetto, Stato-ente) ed a una indubbia crisi della legge, i due oggetti della mitizzazione che ci appaiono sempre più (secondo la felice espressione forgiata dal Capograssi nell'immediato primo dopoguerra) due "giganti scoronati".

Può sembrare strano, ma l'ipertrofia o elefantiasi legislativa si è tradotta in una diminuzione della capacità regolativa del diritto.

Ed infatti un diritto sovrabbondante e torrenziale (gli ordinamenti normativi non sono mai stati popolati da tante prescrizioni come nel tempo in cui viviamo) diventa di fatto inconoscibile, è destinato a rimanere ignoto ai suoi destinatari (nel periodo tardo repubblicano, già Tacito, *Annali*, III, 27, 3 ammoniva: *corruptissima republica, plurimae leges*), cioè l'emanazione di

tante leggi è sinonimo di uno Stato in decadente rovina: GB. Vico in *Scienza nuova* IV, XII, 3, ci rammenta che: “gli spartani dicevano agli ateniesi che le leggi in Atene tante se ne scrivevano e le poche che vi erano in Sparta si osservavano”. In altri termini, troppe informazioni equivalgono di fatto a nessuna informazione.

Inoltre è agevole osservare che l’ipertrofia legislativa alimenta un sentimento di sfiducia e di sospetto dei cittadini nei confronti del diritto, come già aveva magistralmente denunciato Francesco Carnelutti negli anni ’40, in un saggio intitolato *La crisi del diritto*.

Ancora la proliferazione delle norme si traduce in un elenco sterminato di impegni normativi che spessissimo non sono concretamente realizzati (acutamente osserva il Bobbio, per es., che ciò che importa non è proclamare i diritti, ma proteggerli).

Ed ancora (come hanno osservato il Mortati e l’Ainis) all’inflazione delle leggi giocoforza corrisponde lo scadimento qualitativo, di cui l’esperienza di ogni giorno ci porge innumerevoli esempi.

Il nuovo segno che ha ormai assunto la legislazione è quella di essere sempre più parcellizzata, settoriale, provvedimentale, analitica, invischiandosi in tante ipotesi subordinate, deroghe particolari, distinzioni che la rendono inutilmente ermetica e complicata.

Non a caso un civilista come Natalino Irti ha definito il nostro tempo come *l'età della decodificazione*, dato che il diritto si diffonde ormai attraverso il flusso di leggi speciali. Fenomeno, questo, che è ancora più accentuato nel diritto penale e nel diritto amministrativo *sostanziale*.

D'altro canto, storicamente, quante volte non ci è capitato di leggere desolanti commenti circa l'inosservanza delle leggi, la contraddittorietà di esse, la confusione delle interpretazioni, la sostanziale ingiustizia dei rapporti giuridici: si pensi soltanto a Tacito, a Giustiniano, a Dante Alighieri, a GB. Vico, al Muratori, a Capograssi, al Carnelutti, allo Jemolo, etc.

Occorre però osservare che vi sono determinate età storiche in cui questa situazione di crisi è palesemente accentuata fino a raggiungere posizioni di vera e propria frattura fra determinate forme sociali e le organizzazioni pubbliche.

E la società del nostro tempo (come già si è rilevato) è una società che ha perduto il suo naturale equilibrio: è una società in cui sono in crisi non solo le strutture tradizionali dello Stato (soggetto) ma anche molti fini e valori, molte tradizioni e consuetudini, così come sono in crisi ideologia politiche e vecchi schemi politici; si è anzi ricordato, sulle orme del Saint-Simon, l'alternarsi di periodi critici e di periodi organici nella storia del diritto, e sull'esattezza di tali osservazioni recano la loro testimonianza giuristi e storici di tutte le epoche.

Oggi si assiste sempre più al contrasto fra certe strutture, valide e rispondenti in una data età, relativamente statica rispetto al tempo presente e le nuove pressanti necessità della società del nostro tempo, in così rapida trasformazione: di qui allora una serie di nuovi complessi problemi di fronte ai quali si trova lo Stato del nostro tempo.

Ha osservato acutamente il Pugliatti (in *Crisi della scienza giuridica* ora in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978) che al termine crisi si può attribuire sia un significato fisiologico sia uno patologico.

Nel primo senso, la crisi è il processo vitale stesso nel suo svolgersi; nel secondo se ne parla in relazione a momenti ed eventi nei quali è dato rilevare un brusco salto o una rottura nel normale svolgimento di tal processo.

È così chiaro che il secondo aspetto coinvolge il primo, non viceversa e che adoperando il termine crisi bisogna evitare di attribuirgli entrambi i significati.

Oggi (com'è stato da più parti osservato), persona, famiglia, matrimonio, cose e beni, società commerciali, proprietà, negozio giuridico, contratto, società commerciali, ed altre categorie, nozioni ed idee fondanti della tradizione giuridica non sono più in grado di “restituirci identità precise” (U. Vincenti, *Diritto senza identità, La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Bari, 2007). Si sta quindi assistendo ad un mutamento epocale del nostro diritto. E' giusto, quindi, l'osservazione che il giurista porta con sé l'irrequietezza dell'uomo contemporaneo e la metafora del navigante in mezzo alla tempesta vale per entrambi. Quant'acqua è passata sotto i ponti da quando la *Stufenbau kelseniana* pretendeva di costruire un geometrico e

rigoroso edificio che peraltro non si dava cura dei propri abitanti e si reputava capace di tradurre in norma qualunque contenuto!

N. Irti, riprendendo il saggio di A. Camus, *L'homme revoltè*, evidenzia come gli Dei si sono ritirati e non offrono più al potere il fondamento di legittimità.

Il potere rimane affidato a se stesso, alla capacità di sostenersi e realizzarsi.

La secolarizzazione del potere, ormai spogliato di mistero e di divino, riduce Stato e leggi a *prodotti* dell'attività umana: modificabili, sostituibili, piegati a singoli e precari bisogni.

Respinta l'incondizionata assolutezza di valori (che siano rilevati da un Dio o suggeriti dalla natura o dedotti dalla ragione) il diritto non rimane senza "valori" ma questi cala e risolve nel processo storico, che come osserva N. Irti, nel suo importante lavoro *Nichilismo giuridico* (Bari, 2005) sono molteplici e relativi, caduchi ed instabili, tra i quali la volontà dell'uomo è chiamata a determinarsi ed a scegliere, sicché il weberiano "politeismo dei valori" ne è la più schietta e veritiera descrizione.

10. Così è d'uopo sottolineare che il pluralismo, che costituisce diretto svolgimento del principio democratico, è un disegno costituzionale diretto a qualificare la forma del nostro Stato, la cui organizzazione deve essere capace di mediare tutte le forze politiche e sociali operanti, in maniera da evitare che qualcuna di esse consegua una condizione di egemonia di fronte alle altre, in uno Stato, quindi per quanto possibile, privo di ideologia, perché la Costituzione repubblicana (secondo la volontà espressa nel corso dell'Assemblea Costituente) sia "quella di tutte le possibili ideologie" ove l'aggettivo possibile appare carico di valore politico.

D'altronde le formule organizzative tipiche dello Stato-persona sono entrate in crisi allorché i sociologi prima ed i giuristi dopo presero finalmente coscienza dell'altra entità di cui si compone lo Stato, costituita da ciò che oggi comunemente viene indicato sotto il nome di "Stato comunità".

Ed è il pluralismo oggi la formula capace di garantire sostanzialmente (se attuato) i diritti e le libertà dei cittadini, nel passaggio dalla prospettiva statocentrica alla prospettiva sociocentrica ed antropocentrica del tempo presente. Si è esattamente osservato da L. Arcidiacono che oggi

l'ordinamento va guardato come un vero e proprio "bene" la cui determinazione è rimessa al popolo per la soddisfazione dei propri interessi (L. Arcidiacono, *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento*, Milano, 1974, p. 128).

Ecco perché il mutamento intervenuto nell'assetto istituzionale e costituzionale ha comportato il superamento del rassicurante quadro concettuale tramandato dall'esperienza liberale del sec XIX e dalle dogmatiche di cui esso si alimentava.

Così, per es., specie nel campo pubblicistico, sottratto alla sua originaria visione antropomorfa, la *juris figura* dell'organo viene ora adeguatamente inquadrata entro una logica organizzativa, come tecnica di imputazione di fattispecie giuridiche all'ente (come magistralmente spiegato dal Falzea).

Come osservato dall'Allegretti (*Pubblica Amministrazione e cittadino nell'ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, IV, c. 207) l'amministrazione (pubblica) di uno Stato democratico partecipa della strumentalità che connota quest'ultimo e si qualifica non più in termini di capacità (potere) di azione del soggetto Stato ma come <<attività di

realizzazione di compiti, o come un'attività per un fine, che dà l'idea di "funzione">>; vero è che il principio democratico vale ad individuare nella comunità sociale il punto di origine e il riferimento costante di tutte le potestà pubbliche (v. art. 1, secondo comma Cost.).

Non sarà mai sufficiente ripetere che il noto "dogma" dell'esclusiva sovranità dello Stato (soggetto) è storicamente condizionato al dato di ordinamenti positivi di un certo tipo, quindi certamente sprovvisto di qualsiasi validità universale.

Nel vigente ordinamento costituzionale, è da considerare che l'art. 1, secondo comma Cost. (secondo cui la sovranità "appartiene" al popolo) non è certo una vuota enunciazione retorica ma ha un preciso contenuto normativo. L'art. 1, secondo comma attribuisce decisamente la sovranità *quoad titulum* (e, nelle forme e nei limiti previsti dalla Costituzione, anche *quod exercitium*) al popolo, né si rinviene nel testo costituzionale alcun accenno ad una concorrente sovranità dello Stato-soggetto. E si badi che nessun principio impone ad un ordinamento di avere un solo tipo di entità soggettiva, ma vi sono vari componenti l'elemento "plurisoggettività".

E l'analisi degli ordinamenti giuridici, mostra che l'elemento "plurisoggettività" non è mai composto da entità soggettive uguali: ciò che le varie figure soggettive hanno in comune è il poter agire in modi giuridicamente rilevanti. Si può quindi considerare un equivoco, quello della pandettistica del sec XIX, la quale riteneva che le entità soggettive dell'ordinamento giuridico fossero tutte in pari posizione giuridica. La realtà invece (neanche allora) era così semplice bastando osservare che (come si è più volte detto) non tutti i cittadini avevano i diritti politici e che la stessa cittadinanza era variamente graduata (come "la piccola cittadinanza" le cittadinanze coloniali, speciali, gli *status civitatis* appartenenti a particolari razze, stirpi, etc). Quello che ormai è da considerare pacifico è che ogni ordinamento giuridico è idoneo a creare, senza limiti aprioristici, le più varie specie di figure soggettive, ché anzi è da osservare che in materia di figure soggettive gli ordinamenti positivi mostrano (come dimostra l'esperienza storica) fantasie praticamente inesauribili.

Quindi ogni ordinamento sceglie da sé i propri soggetti e può attribuire la qualifica di soggetto anche ad entità immateriali; la figura soggettiva

immateriale più nota è la persona giuridica, ma quest'ultima non è che una delle tante figure soggettive immateriali che possono essere immaginate.

Rimanendo strettamente nel campo del diritto pubblico, proprio l'emergenza delle nuove classi sociali - che (come si è visto) si avvera fra la fine del sec. XIX e l'inizio del XX secolo con l'acquisto dei diritti politici - condusse ad un diverso assetto dei pubblici poteri e alla formazione di nuovi centri di riferimento politici; nell'esperienza del sec XX, lo Stato-ente vede sorgere accanto a sé i partiti politici di massa, i sindacati, le associazioni professionali non sindacali, i più svariati "gruppi di pressione". E tali enti sono entità protagonistiche nella vita politico-amministrativa (M.S. Giannini).

Considerando che la creazione di figure giuridiche soggettive è comunemente condizionata dalle esigenze, dagli interessi e dai fini che caratterizzano storicamente la sostanza di ogni ordinamento, è logico, che in un ordinamento democratico contemporaneo come il nostro, il popolo diventi centro di riferimento di relazioni ed imputazioni giuridiche, assuma cioè la veste di figura giuridica soggettiva (senza peraltro assurgere alla veste

di persona giuridica). Ciò si desume *in primis* dall'espressa statuizione costituzionale di cui all'art. 1, secondo comma Cost. Ma non è ozioso ricordare che sussistono anche altre norme del nostro testo costituzionale che depongono nel senso dinanzi esposto: si pensi al diritto di associarsi ai partiti ex art. 49 Cost., al diritto di petizione ex art. 50 Cost, alla libertà di riunione (art. 17), alla libertà di associazione (art. 18) alla libertà di manifestazione di pensiero in tutte le sue forme (art. 21 Cost). Proprio le considerazioni fin qui svolte, intendendo così il popolo come figura giuridica soggettiva, lo rendono idoneo ad essere titolare della potestà sovrana in via esclusiva, come esattamente puntualizzato dall'art. 1, secondo comma Cost. – superando così l'obiezione dei fautori del “dogma” della sovranità statale, cioè non potersi assumere il popolo in quanto non dotato di soggettività, a titolare di una potestà giuridica. La sovranità così è rimane del popolo e lo Stato-soggetto è soltanto uno dei mezzi in cui essa viene costituzionalmente esercitata.

Il principio democratico ex art. 1 Cost., impone così che il popolo sia “l'elemento propulsore e controllore” dell'attività degli apparati pubblici, in grado quindi non solo d'imprimere una linea di indirizzo ma anche di reagire

contro le deviazioni dalla medesima che si producano nel momento dell'azione (G. Amato). Si può quindi sintetizzare dicendo che l'art. 1 Cost. (con i principi aventi preciso contenuto precettivo in esso contenuti) appare dotato di una forza espansiva tale da coinvolgere tutti i settori della vita pubblica.

11. Le pregresse considerazioni inducono a considerare positivamente la giuridicità della c.d. Costituzione materiale (*Verfassung*) accanto alla Costituzione formale (*Konstitution*) quale supremo documento normativo.

La Costituzione materiale è il modo in cui le forze interne dello Stato si affrontano e si bilanciano in una serie di concrete situazioni. Sulla traccia della lezione di Costantino Mortati, si può intendere per Costituzione materiale, il complesso (o la risultante) di valori, di fini, nonché di forze (politiche, economiche, sociali) che dialetticamente si esprime e si fa valere, costituendo il fondamento e lo sviluppo che identificano l'intero assetto di una società civile in un determinato periodo storico. Tale teoria rappresenta così un prodotto immediato e fecondo del principio di effettività (*principle of*

effectiveness, secondo l'espressione inglese), nato nel diritto internazionale pubblico; tale teoria si è sviluppata nella feconda giuspubblicistica tedesca formata nel periodo della Costituzione di Weimar, rappresentando l'esito in termini giuridici dell'incidenza del fatto sulle norme.

Così come ormai siamo consapevoli che il metodo giuridico tradizionale ha “condotto la scienza giuridica ad una sterile autosufficienza isolata dalla realtà della vita sociale e pubblica” (E. Kaufmann). Nella delineata prospettiva, si comprende come il diritto rivela il suo significato ultimo al livello dell'essere e non del dover essere, perché è un insieme di prescrizioni che sempre si innervano a comportamenti (umani) e unicamente nei comportamenti acquistano la loro vigenza. Si ribadisce quindi che il diritto si innesta nella dimensione della storicità e di qui anche la possibilità di scorgere nel “culto della legge” “onnipotente” (racchiuso nell'aforisma secondo cui le assemblee parlamentari possono tutto, eccetto che trasformare l'uomo in donna), niente di più che un'opzione ideologica, in voga nel sec. XIX, ma ormai superata.

Non solo, ma anche certi culti contemporanei vanno rivisitati; così il culto della “Costituzione” formale considerata come un testamento di divinità sacra, il culto apologetico della “Corte Costituzionale” (della quale non si vuole certo sottovalutare il ruolo), collocati in una prospettiva mistica e agiografica, in una prospettiva quindi di religione secolare “totalizzante”, nel senso in cui ne parlava Rousseau.

12. Ora è agevole osservare che le differenze salienti fra i vari periodi storici dell’umanità sono date soprattutto dalla prevalenza dell’una o dell’altra dalle varie categorie presenti nell’esperienza umana.

Una delle più importanti cause delle così radicali trasformazioni della società del nostro tempo è l’impressionante sviluppo che già è avvenuto e che sta avvenendo nel campo scientifico e tecnologico.

È di agevole osservazione quindi che sia le trasformazioni che le conquiste scientifiche e tecnologiche dei nostri giorni sono di proporzione talmente rilevanti per cui la pur importante rivoluzione industriale, iniziata in

Inghilterra alla fine del sec. XVIII, se confrontata con la suddetta rivoluzione del nostro tempo finisce con l'apparire di proporzione piuttosto modeste.

Così se la civiltà indiana, cinese e l'alto medioevo in Europa sono stati caratterizzati dalla prevalenza del fattore religioso; la civiltà greca e quella del rinascimento sono tutte improntate all'arte ad una concezione estetica della vita, lo spirito dell'antica Roma era essenzialmente giuridico e politico, la civiltà odierna, dal canto suo, segna un predominio dell'economia e della tecnica. Come osservato acutamente dal Rubino, ogni categoria (dell'esperienza umana) vive i suoi momenti più smaglianti nei periodi di creazione. Oggi economia e diritto sono discipline complementari, inscindibili. Nel nuovo assetto dell'economia mondiale dominato dalle forze del mercato sempre più debole risulta la capacità degli Stati nazionali di indirizzare e disciplinare, attraverso norme stabilite dai Parlamenti eletti, l'attività dei soggetti operanti nei propri confini.

Nel profilarsi di una dimensione mondiale al sistema economico, il diritto rivela la propria incompetenza rispetto all'internazionalizzazione dei mercati. Ne risulta mutato il sistema stesso delle fonti del diritto.

L'erosione del monopolio degli Stati nell'attività di produzione normativa si confronta così con l'ingresso di nuovi attori, ai vari livelli del processo di formazione di regole e principi.

Nella delineata prospettiva si colloca il ruolo della cosiddetta *soft law*, con la quale locuzione ci si riferisce a tutte quelle forme di regolamentazione che non sono frutto di un processo formale di produzione legislativa ad opera di organi rivestiti della relativa funzione e si caratterizzano per essere prive di un potere sanzionatorio da parte di organi pubblici.

Quella che è stata chiamata la *lex mercatoria* attuale si prefigge l'obiettivo di superare la frammentazione giuridica derivante dalla pluralità di norme nazionali, laddove l'antica *lex mercatoria* assolveva alla funzione di derogare per i rapporti commerciali alle non più congeniali regole del diritto romano.

Oggi gli operatori internazionali tendono a mettere a punto, a livello convenzionale, soluzioni atte a ricondurre a sostanziale unità una realtà giuridica frammentata, sfruttando gli spazi di libertà riconosciuti loro da quasi tutti gli ordinamenti statali.

Ha potuto così affermarsi, al di sopra delle frontiere nazionali, una prassi contrattuale relativamente omogenea che ha dato luogo, soprattutto in materia contrattuale, a una diffusione internazionale su vasta scala di schemi convenzionali. Così della nuova *lex mercatoria* fanno parte una serie di principi fondamentali considerati espressione di regole di portata universale, enucleati dalla giurisprudenza delle camere arbitrali-internazionali, alle cui decisioni tende a riconoscersi valore di precedente.

Regole uniformi desumibili dagli usi e dalla prassi degli affari sono altresì raccolte nelle codificazioni c.d. private, come quelle realizzate dell'Unidroit o dalla Commissione per il diritto europeo dei contratti.

Si pensi, per es, che i *Principles of International Commercial Contracts*, dell'Unidroit costituiscono, in particolare, una vera e propria compilazione della *lex mercatoria*, alla quale, in molti casi, le parti assoggettano volontariamente la disciplina dei loro rapporti.

Ancora si ponga mente alla circostanza che nella letteratura economica, il termine “contratto” viene impegnato in un’accezione più ampia di quella della tradizione giuridica, comprendendo cioè qualunque accordo volontario

che le parti considerano vincolante anche se priva di garanzie di organi giurisdizionali. Si usa in tal caso la locuzione “contratto implicito” per differenziarlo dal “contratto esplicito”, che possiede un valore giuridico formale. Nei contratti impliciti il rispetto degli accordi non potendo fondarsi sulla minaccia di ricorrere ad un’ autorità giudiziaria è assicurato dalla reciproca convenienza o dall’ interesse dei contraenti a costruirsi o a mantenere una buona reputazione. In ultima analisi, la globalizzazione economica e finanziaria ha dato una forte spinta ad un diritto dell’ economia (che spesso è un novello diritto dei privati, secondo la formula cara a W. Cesarini-Sforza) volta a rispondere alle esigenze degli scambi internazionali, sia commerciali, sia finanziari.

L’evoluzione in discorso è caratterizzata da un ruolo preminente del contratto, che, in molti settori della vita economica, tende a prendere il posto della legge, sicché il contratto diventa fonte di produzione giuridica, in un contesto nel quale gli operatori economici tendono sempre più ad autoorganizzarsi volontariamente, donde il fenomeno della circolazione internazionale di modelli contrattuali (tendenzialmente) uniformi.

Il nuovo diritto dell'economia dei privati punta direttamente all'efficienza economica, cosicché le attività economiche e gli scambi commerciali si svolgono con successo e possono svilupparsi a beneficio di tutti: emergono così regole (non autoritativamente imposte dall'alto) sulla base di un processo evolutivo della libera esperienza sociale che impara in qualche modo ad autoregolarsi (autodisciplina).

Si riconosce così grande importanza ai c.d. "vincoli informali" costituiti dall'insieme di convenzioni, tradizioni, credenze che emergono dall'evoluzione storico-culturale della società del nostro tempo e vi si incorporano.

Certo non si creda che l'ordine economico di mercato possa necessariamente emergere come evoluzione spontanea, quasi fosse in *rerum natura*.

Ma le regole giuridiche appaiono sempre più come un'emanazione di un *jus gentium* che supera i confini territoriali di singoli Stati.

Quindi oggi il territorio è sempre meno univocamente significativo, perché ciascuno di noi ha numerose e differenti appartenenze (dalle famiglie, quella di origine e quelle che si costituiscono, alla città, alla nazionalità, alle

comunità territoriali di vasta area, alle confessioni religiose, agli ordinamenti sovranazionali, fino alla comunità massima, la comunità internazionale), tant'è che la stessa dottrina e la prassi del diritto internazionale si sono trasformate da quando i diritti dell'uomo sono stati riconosciuti e solennemente proclamati nell'ambito della comunità internazionale (e non solo nelle costituzioni dei singoli Stati) tant'è che ogni cittadino è stato elevato a soggetto potenziale della comunità internazionale (i cui soggetti erano stati sin ora considerati eminentemente gli Stati).

Ne deriva che sta crescendo un nuovo diritto che si può chiamare "cosmopolitico" (N. Bobbio). D'altronde dato che i singoli individui acquistano almeno potenzialmente il diritto di chiamare in giudizio anche il proprio Stato, si vanno trasformando da cittadini di un singolo Stato in cittadini del mondo.

La problematica dei diritti umani si colloca dapprima negli ordinamenti interni come rilevato da E. Greppi (*I crimini di guerra contro l'umanità nel diritto internazionale*, Torino, 2001, p. 27 ss); la matrice si rinviene nei grandi testi classici del Settecento e dell'Ottocento (addirittura nel *Bill of*

Rights inglese del 13 febbraio 1689 e poi nelle Dichiarazioni americane del 12 giugno 1776 e del 17 settembre 1707 e in quella francese del 28 agosto 1789) e, con diverse formulazioni, sono state trasposte nelle Costituzioni moderne, soprattutto in Europa occidentale ed in Nordamerica.

Il passaggio da un livello di riconoscimento e di protezione negli ordinamenti statuali ad uno interstatale è avvenuto essenzialmente dopo la II guerra mondiale (si pensi alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948, ai Patti delle Nazioni Unite sui diritti umani e in particolare diritti civili e politici del 1966, dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 9 dicembre 1948 sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio, alla Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965, alla Convenzione del 30 novembre 1973 sulla eliminazione e la repressione del crimine di *apartheid*, alla Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione delle donne del 18 dicembre 1979, alla Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti del 10 dicembre 1984, la Convenzione dei diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989, etc).

Grazie a tali norme, la tematica dei diritti umani non appartiene più alla sfera della giurisdizione esclusiva, della competenza interna, della *domestic jurisdiction*, del *domaine réservé* degli Stati, per entrare in un ambito giuridico vasto e complesso, di principi e di regole di respiro universale.

Nel 1945 nella Carta dell'ONU vengono inseriti vari riferimenti ai “diritti umani”. Si tratta di un processo storico difficoltoso ma è da ritenere ormai “inesorabile”, sul terreno della preoccupazione della protezione della persona umana e dei suoi diritti fondamentali in tutte le situazioni in cui l'individuo si presenti debole ed i suoi diritti siano esposti a violazioni. Ciò induce ad una ormai riconosciuta esigenza di una planetaria solidarietà di uomini e di nazioni. Segna la fine o il tramonto di una concezione della società umana chiusa nell'ambito dello Stato sovrano, arbitro del proprio destino e fonte autonoma del diritto.

Si prende coscienza ormai del riconoscimento comune di principi normativi fondamentali di validità universale, sicché nella prospettiva planetaria, ci si avvia al superamento della sovranità assoluta degli Stati (quand'anche sia

mai esistita nella realtà concreta della storia, e non solo nelle teorizzazioni astratte), nella convinzione del solidale destino dei popoli.

La rivoluzione cosmo-antropologica ha il suo eterno antenato nella concezione cosmocentrica greca e nella teoria dell'armonia universale di Leibniz, e la rivoluzione giuridico-politica richiama alla mente la concezione romana dell'universalità del diritto e dello *ius gentium*, cui lo *ius civile* di un popolo è subordinato, come lo è logicamente il particolare all'universale.

Già Kant vedeva nel diritto cosmopolitico non “una rappresentazione fantastica di menti esaltate”, ma una delle condizioni necessarie per la pace perpetua, in un'epoca della storia in cui “la violazione del diritto avvenuta in un punto della terra è avvertita in tutti i punti” (I. Kant, *Per la pace perpetua*, a cura di N. Merker Roma, 1985, p 19), laddove lo stesso Kant, nell'Antropologia filosofica considera il cosmopolitismo come il supremo principio regolativo del genere umano. Ed oggi siamo andati anche oltre.

Nei movimenti ecologici sta emergendo un diritto della natura ad essere rispettata o non sfruttata, ove le parole “rispetto” e “sfruttamento” sono le stesse usate tradizionalmente nella definizione e nella giustificazione dei

diritti dell'uomo. Si parla ancora di un diritto dei posteri alla sopravvivenza ed invero tutte le tematiche dell'ambiente sono intrinsecamente destinate a riguardare la vita di quelli che verranno, quando verranno.

Si parla ancora con insistenza non solo dei diritti degli individui umani, ma, in un'ottica pluralistica, delle diverse comunità ideali o reali che li rappresentano, delle minoranze etniche e religiose fino a giungere a soggetti diversi dall'uomo come gli animali: diritti degli animali a non essere maltrattati, uccisi, torturati, utilizzati per esperimenti scientifici, portati all'estinzione a causa della caccia o della distruzione del loro *habitat*.

Appare come nuovissima categoria (per es, nella Carta della Terra) la "comunità di vita" che accomuna uomini, animali, piante.

Si agitano quindi ormai interessi e domande di protezione ignoti o comunque, non considerati fino a pochi decenni or sono, sicché, per il diritto del nuovo millennio (nel quale noi oggi viviamo), viene spezzata la connessione fra norma e territorio, nell'affermarsi di un'etica-giuridica planetaria, con la caduta dei confini e delle barriere territoriali, almeno di quelle degli Stati, in una linea "aperta" che rende possibile l'espansione o

l'uscita, anche sotto la spinta della società aperta delle comunicazioni; di talché il territorio da dimensione strettamente materiale o fisica (che invero si sta sfaldando) acquista una dimensione propriamente "culturale" incompatibile con le più risalenti costruzioni teoriche.

Si comprende allora perché le poche certezze che siamo in grado di avere sono piuttosto di segno negativo, dovendosi ammettere che molte delle categorie concettuali tradizionali, anche le più apparentemente resistenti e collaudate, risultano non più utili per comprendere o anche per descrivere ciò che accade sotto i nostri occhi.

Si sgretolano così via nelle mani vari elementi, consegnatici dalla tradizione dovendo rimeditare istituti ed istituzioni senza che si possa ricostituire l'equilibrio teorico preesistente, in una situazione quindi carica di novità, che nel superamento di tante certezze, si apre ad orizzonti e a spazi smisurati di possibilità, anche affascinanti.

Perciò il sistema non è più lineare (come nel diritto positivo legale, originato dalle codificazioni moderne, in particolare di quella napoleonica) ma tutto ci appare diverso, da un lato più difficile, dall'altro, potenzialmente in grado, al

di là della schermaglie quotidiane, di farci alzare lo sguardo più in alto e più lontano. Con riferimento al nostro ordinamento, la *vis* espansiva dell'art. 2 Cost. ("La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità") che rappresenta davvero un "catalogo aperto" comprensivo anche dei diritti ricavabili dall'interprete (oltre a quelli già enumerati) si iscrive ormai in un "circuito comunicativo e cooperativo" dalla dimensione sovranazionale ed internazionale. Dalla illimitata flessibilità dell'art. 2 Cost si desume un'illuminata esecuzione della garanzia (ivi prevista) a qualunque tipo di aggregato plurisoggettivo che si costituisca per soddisfare un'esigenza comune.

Queste nuove prospettive hanno fatto parlare di una vera e propria rivoluzione copernicana nel senso Kantiano cioè come capovolgimento del punto di osservazione. La dottrina dei diritti dell'uomo ha fatto molta strada, dalla sua prima apparizione nel pensiero politico del Sei e del Settecento sì da parlare di storia profetica dell'umanità, sicché si è passati dall'uomo generico, dell'uomo in quanto uomo, all'uomo specifico, ovvero alla

specificità dei suoi diversi status sociali (in base ai diversi criteri di differenziazione).

Si ponga mente alle carte dei diritti che si sono succedute, in ambito internazionale, per rendersi conto di questo fenomeno: così nel 1952 la Convenzione sui diritti politici delle donne, nel 1959 la Dichiarazione dei diritti del fanciullo, nel 1971 la Dichiarazione dei diritti del minorato mentale; nel 1975, la Dichiarazione dei diritti delle persone handicappate; nel 1982, la prima Assemblea mondiale a Vienna, sui i diritti degli anziani, che propone un piano di azione approvato da una risoluzione dell'Assemblea dell'Onu, il 3 dicembre.

Questo processo di moltiplicazione per specificazione è avvenuto principalmente nell'ambito dei diritti sociali. D'altronde attraverso il riconoscimento dei diritti sociali sono comparsi rispetto all'uomo astratto e generico, cioè al cittadino senza altre qualificazioni, nuovi attori come soggetti di diritto prima sconosciuti alle dichiarazioni dei diritti di libertà delle Costituzioni borghesi del sec. XIX: la donna ed il bambino, l'anziano e il molto anziano, il malato e il demente, etc.

Bene si esprime a tale riguardo l'art. 3, secondo comma della nostra Costituzione: "E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

Ora, la delineata prospettiva planetaria e cosmopolitica che dir si voglia, conquistata (ma non solo, come si è visto) da tecnica ed economia ci induce a considerare i nuovi orizzonti dei diritti universali dell'uomo al di là di ogni frontiera ideologica, politica, come pure di ogni transeunte volontà legislativa. Si tratta perciò di diritti inviolabili da qualsiasi potenza di fatto o di autorità costituita. E' un nuovo ordine significato con la splendida metafora musicale dell'armonia universale. Si è già visto che la cultura giuridica romana, oltre al concetto del diritto naturale, aveva elaborato anche il concetto del diritto delle genti.

Se è vero che questo tipo di diritto viene considerato il progenitore del diritto internazionale, peraltro nel suo rigoroso significato, letterale e concettuale,

se ne distingue: non è infatti un diritto *inter-gentes*, regolante i rapporti fra le genti o Stati, ma delle genti (*gentium*) di esistenza e di applicazione universale che attesta in modo implicito, ma concreto, la presenza effettiva del consenso universale su alcune disposizioni normative fondamentali, corrispondenti alle esigenze coesistenziali dell'uomo nella sua verità antropologica.

La nozione del diritto delle genti è il frutto dell'elaborazione concettuale di una esperienza reale dell'intero genere umano e dunque universale.

Così il diritto-dovere di rispettare la persona nella sua integrità fisica e spirituale, il dovere di rispettare i patti, cui corrisponde il diritto di esigere ciò che è dovuto. Si pensi ancora al diritto ad un giudizio giusto ed imparziale: si pensi, per es., all'art. 6, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (adottata a Roma, il 4 novembre 1950) ove il Protocollo 11, firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994 ha aggiunto la specifica rubrica *Droit à un procès équitable* (versione ufficiale francese) o *Right to a fair trial* (versione ufficiale inglese), ove è espressamente detto che «ogni persona ha diritto che la sua causa sia

esaminata imparzialmente, pubblicamente ed in un tempo ragionevole, da parte di un tribunale indipendente ed imparziale, costituito dalla legge>>>; si badi che non si tratta di un'astratta declamazione, poiché a presidio del rispetto dei diritti solennemente affermatasi dalla Convenzione e dai protocolli addizionali (diritto alla vita, divieto della tortura e di pene inumane e degradanti, diritti di non essere tenuto in schiavitù, in servitù, in regime di lavoro obbligatorio, o forzato, diritto al rispetto della vita privata e familiare, diritto alla libertà di pensiero, di espressione, di riunione e di associazione, di contrarre matrimonio, di rispetto dei beni, al "giusto processo") il Consiglio d'Europa ha istituito organi preposti a conoscere dei ricorsi che singoli cittadini possono promuovere a difesa dei diritti dell'uomo: la Commissione, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, il Comitato dei Ministri.

Va altresì fatto cenno ad un altro importante testo di principio di ambito non limitato ai Paesi comunitari: si tratta del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, con protocollo (c.d. Patto Onu) del 19 dicembre 1966 (ratificato e reso esecutivo in Italia con legge 25 ottobre 1977, n. 881) il cui

art. 14, par. 1, dopo aver affermato che “tutti sono eguali dinanzi ai tribunali e alle Corti di giustizia” prevede che “ogni individuo ha diritto ad un’equa e pubblica udienza dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge”.

Si pensi ancora che un organo giudiziario permanente quale la Corte internazionale di giustizia è chiamata dall’art. 38, lett. c del suo statuto a decidere le controversie ad essa sottoposte applicando “i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili ricorrendo, sia pure quali mezzi sussidiari di interpretazione, alle decisioni giudiziarie e alla dottrina degli autori più qualificati dei vari Paesi” (art. 38 lett. d).

Si pensi ancora alla Corte penale internazionale (17 luglio 1988) che ha dato l’avvio ad un principio di legalità internazionale affidata al giudizio di tribunali che tutelano i diritti umani, violati ovunque nel mondo dal potere politico. E sempre nel campo giuridico, il tradizionale concetto di amministrazione della giustizia è stato ampliato in modo da includere l’idea di riconciliazione.

Siamo così giunti in una fase in cui viene superato il dogma della unitarietà, coerenza ed esclusività delle norme di produzione statale che ha contraddistinto certi discorsi sulla natura del diritto nella cultura occidentale. Esistono ormai vari fattori di circolazione dei modelli giuridici, in un contesto in cui vi sono dei soggetti identificabili come propositori od esportatori di regole, e tra i soggetti propositivi sono da annoverare le organizzazioni internazionali quali il Fondo Monetario Internazionale, la Banca Mondiale, l'Organizzazione mondiale del Commercio, Organizzazioni non governative, gruppi di interesse economico, agenzie di standardizzazione tecnica, ecc.

D'altronde il diritto cosmopolitico, sganciato da un territorio, da un confine, avente perciò una valenza transtatale o astatuale (lo si è già avvertito), è un diritto dai contorni non ben definiti, fluidi, aperto alla recezione di criteri ed elementi di varia provenienza, sicché il fenomeno della globalizzazione ha innescato idee e profezie ed aperto scenari suggestivi.

La civiltà dello Stato-nazione appare così al tramonto. Si assiste quindi ad unioni transnazionali (si pensi all'Unione Europea) che funzionano come gli ecosistemi dentro la biosfera (Jeremy Rifkin).

Ed ancora la ricerca da parte di ciascuno di noi di un senso di appartenenza universale ci ha catapultato in sistemi *extra moenia* frutto di autonomia nomopoietica, dotati di maggiore fluidità rispetto al passato, più compositi ed eterogenei (perché gli Stati non sono più i protagonisti esclusivi delle relazioni internazionali); ciascuno di tali sistemi (spesso con originale mescolanza di *ius e facta*) si è progressivamente espanso occupando una posizione sempre maggiore del pianeta in cui viviamo con l'emergere di nuovi soggetti sociali, con la nascita di una nuova costellazione di bisogni con il venire ad esistenza di nuove e corrispondenti categorie dei beni con una ristrutturazione su basi nuove dei rapporti esistenziali materiali ed immateriali, patrimoniali e non patrimoniali, di vita dei cittadini dell'intero pianeta. Ci si trova così verso una transizione epocale che conduce ad un radicale riposizionamento dell'uomo sul pianeta con la tendenziale progettazione di un disegno certamente trascendente i confini e le restrizioni

connesse alla territorialità della sovranità nazionale (ed al correlativo “dominio riservato” degli Stati) passando attraverso un vero e proprio processo di corruzione della legalità statuale e dell’organizzazione sulla quale essa si fonda; ciò ha destrutturato e demolito il primato della legge, fino a non molto tempo addietro inserita nel sacrario più riposto delle mitologie giuridiche della modernità.

Si è da più parti osservato che il castello murato edificato con tanta cura dai nostri predecessori (con le mura cementate di legalità e formalismo) rende il paesaggio profondamente nuovo che deve essere letto, inforcando occhiali dalle lenti nuove idonee a mettere a fuoco una realtà altrimenti sfuggente (P. Grossi).

Il tutto nella prospettiva dell’incontro ideologico della comprensione reciproca e della “tutela e promozione della feconda diversità delle culture” (com’è espressamente detto nel Preambolo della Dichiarazione universale sulla diversità culturale adottata dall’Unesco il 2 novembre 2001); vale a dire nell’ottica del riconoscimento della ricchezza delle diversità, del rispetto dell’identità culturale altrui e quindi della convivenza fra identità distinte.

È quindi il multiculturalismo un insostituibile valore (si è anche parlato di una “sfida”) con il quale spiegare le modalità di incontro e di relazione fra culture varie ed eterogenee.

Si deve prendere quindi atto che il solo orizzonte che oggi dobbiamo cogliere, esplicitare e costruire consiste nelle condizioni epistemologiche del dialogo sociale e interculturale.

Nell’antica Roma (come osservato dal Vincenti) *Terminus* era il nume tutelare dei confini (e dunque delle pietre confinarie). Il Dio aveva il suo altare all’interno del tempio di Giove Capitolino, sotto un’apertura a cielo aperto, per la diretta comunicazione con la volta celeste. Questo simbolismo rappresenta l’essenza che segna il limite ma nel contempo slancia il finito verso l’esterno infinito spronandoci allo “sconfinamento”. Ed ancora è da osservare che la coesistenza di un geo diritto, di un diritto territoriale e di un diritto cosmopolita (o planetario) ci riporta alla grande intuizione di Gaio che apre le sue Istituzioni con la nota distinzione fra *ius civile* e *ius gentium*.

“Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum utuntur.” (Tutti i popoli, che sono retti da leggi e

da costumi, si servono in parte del loro proprio diritto, in parte del diritto comune a tutti gli uomini). Ed, almeno secondo la più vigile dottrina (G. Pugliese, A. Burdese), non esiste coincidenza fra *ius naturale* e *ius gentium* (in diritto romano), pur nella sussistenza di notevoli affinità, differenziandosi, se non peraltro, per la loro diversa origine: ed invero mentre lo *ius gentium* è quasi *quo iure omnes gentes utuntur* (Gaio, fr 9, D, I, 1) invece lo *ius naturale* è “*id quod sempre aequum ac bonum est*” (fr 11, D, I, 1), così come definito da Paolo, ovvero “*quod natura omnia animalia docuit*” (fr 1, paragrafo 3 D, I, 1), secondo la definizione di Ulpiano.

Né si può dimenticare che per la scuola stoica (fondata da Zenone di Cipro nel 308 a.c.) che ebbe fra i suoi seguaci anche Seneca e Marco Aurelio, superando l'ideale meramente civico di Platone e di Aristotele l'uomo è considerato cittadino del mondo e vi è oltre lo Stato, una società del genere umano e non è un caso che lo stoicismo fu, fra tutti i sistemi della filosofia greca, quello che ebbe maggior seguito in Roma: basti pensare soltanto a Cicerone (106 – 43 a.c.) che diede alle teorie degli Stoici splendore di forma e di eloquenza (si pensi per es. al “*De Republica*” e al “*De legibus*”).

Così concludendo se il Kirckmann (con il quale si è aperto il nostro saggio) nella sua pungente e serrata polemica sul c.d. preteso valore scientifico della giurisprudenza, intendeva rifugiarsi, come ancora di salvezza, nel diritto naturale, oggi sarà forse da guardare allo *ius gentium* (che nell'antichità era il diritto comune dei popoli, aventi un certo grado di civiltà, appartenenti al bacino del Mediterraneo e del vicino Oriente: espressione di tale jus erano per es., la fedeltà alla parola data e la santità delle promesse): *jus gentium*, quindi, che appare come l'orizzonte che ci aiuterà a superare (per esprimerci con le lucide parole del Calamandrei) tutte le nostre simmetrie sistematiche, tutte le nostre *elegantiae juris*, che diventano schemi illusori se non ci avvediamo "che al di sotto di essi di vero e di vivo non ci sono che gli uomini, colle loro luci e le loro ombre, colle loro virtù e con le loro aberrazioni".

E sempre Calamandrei, guardando alla nostra Costituzione repubblicana, da quella che considera la più alta delle finestre che si aprono verso l'avvenire (l'art. 11 Cost.) riusciva a scorgere in lontananza "da qualche strappo delle

vicine caligini, orizzonti di redenzione e di solidarietà umana, di libero e sereno lavoro, di pace internazionale e sociale”.